Alejandro Borda (Dir.)
Sofía Calderone (Coord.ª)

EL DERECHO
60 AÑOS

Basset - Bianchi - Boggiano - Borda - Carcavallo - Cassagne
Conte Grand - N. Cossari y L. Cossari - Coviello - Devia - Ferrer
Foglia - Gozaíni - Hernández - Krieger - Lafferriere - Lamanna
Guiñazú, Ubiría, Pérez y Moreno - Leonetti - Limodio - Mahiques
Muguillo - Ossola - Palazzo - Peyrano - Pigretti - Salierno
Sandro - Tarsitano - Truffat

60 AÑOS | EL DERECHO

EL DERECHO
60 AÑOS

EL DERECHO
60 AÑOS

EL DERECHO

El Derecho - 60 Años / Alejandro Borda ... [et al.] ; coordinación general de Sofía Calderone ; director Alejandro Borda. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : El Derecho, 2022.

688 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-8368-61-0

1. Derecho. 2. Derecho de Familia . 3. Derecho Constitucional . I. Borda, Alejandro II. Calderone, Sofía, coord. III. Borda, Alejandro, dir.

CDD 346.015

EL DERECHO

Todos los derechos reservados

Av. Alicia Moreau de Justo 1300 - PB, contrafrente (1107)
Buenos Aires, República Argentina, octubre de 2022

ISBN: 978-987-8368-61-0

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

ÍNDICE

Presentación 11
Alejandro Borda y Sofía Calderone

La Corte Suprema en los últimos 60 años (breve síntesis de una larga historia) 13
Alberto Bianchi

El derecho a la paz 35
Eugenio Luis Palazzo

Prolegómenos al estudio de la objeción de conciencia en el empleo público. Con referencia especial al personal de sanidad 65
Pedro José Jorge Coviello

El papel de la libertad en el Estado regulador y garante 93
Juan Carlos Cassagne

La tutela jurisdiccional efectiva en materia tributaria 109
Alberto Tarsitano

Orígenes del principio de legalidad en materia tributaria (costumbre y ley desde la Biblia hasta San Isidoro) 145
Juan Eduardo Leonetti

Los alcances de la penalización de los crímenes de lesa humanidad en el derecho interno e internacional 167
Carlos A. Mahiques

Sistema jurídico del delito: una máquina trivial..... 191
JORGE ALBERTO SANDRO

Reflexiones en torno a nuestro ordenamiento jurídico sociolaboral. Balance, tendencias y perspectivas 205
ESTEBAN CARCAVALLO

Derecho del Trabajo, tecnología y educación 225
RICARDO FOGLIA

Derecho Ambiental, [r]*evolución* 239
EDUARDO ANDRÉS PIGRETTI

A 50 años del multilateralismo ambiental. Avances regionales en el marco del Acuerdo de Escazú 281
LEILA DEVIA

Las instituciones, el orden público, los derechos y las garantías. Reflexiones a partir del debido proceso adjetivo 291
JULIO CONTE GRAND

Los pilares de la reforma de la Ley Nº 17.711: su vigencia en la codificación actual..... 331
GABRIEL LIMODIO

Derechos sobre el propio cuerpo. Sus coincidencias con otros derechos y sus límites 353
GUILLERMO F. PEYRANO

Cuestiones de Bioética y Derecho vinculadas con el final de la vida humana 371
JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

Reflexiones sobre los lineamientos fundamentales de la prescripción liberatoria en el Código Civil y Comercial 391
FEDERICO A. OSSOLA

El Derecho de Daños y la transformación tecnológica. Nuevos desafíos e interpretación jurídica del cambio. A propósito de los 60 años de Editorial El Derecho 419
Fernando Alfredo Ubiría, Matilde Pérez, Valeria Moreno y Emiliano Lamanna Guiñazú

La revisión del contrato 441
Alejandro Borda

Perfiles conceptuales y proyecciones prácticas del contrato marco 463
Carlos A. Hernández

El derecho al consumo sustentable. El necesario puente que une el Derecho del Consumidor y el derecho a un ambiente sano 483
Walter Fernando Krieger

Conjuntos inmobiliarios preexistentes y propiedad horizontal: hora de dar soluciones definitivas y posibles 495
Nelson G. A. Cossari y Leandro R. N. Cossari

¿Un buen Derecho de Familia? La intrincada relación entre principios y Derecho de Familia en el nuevo Derecho Privado argentino 519
Ursula C. Basset

El principio del interés superior del niño y su proyección en el ecosistema digital 549
Karina Vanesa Salierno

Connotaciones filosóficas, sociológicas y económicas del Derecho de Sucesiones 577
Francisco A. M. Ferrer

Esquicio sobre algunas resoluciones de la Inspección General de Justicia en materia de sociedades 609
Roberto A. Muguillo

Desapoderamiento e incautación 625
E. Daniel Truffat

Garantías, principios y reglas del proceso civil 647
Osvaldo A. Gozaíni

E**l derecho internacional ante el derecho estatal y el derecho estatal ante el derecho internacional** 671
Antonio Boggiano

EL DERECHO
60 AÑOS

PRESENTACIÓN

Celebramos los 60 años de la Editorial El Derecho con el libro que aquí se presenta. Sin duda, se trata de una celebración compartida, tanto más en este caso. Es que, en un mundo en el que todo está destinado a pasar, las seis décadas de la editorial no son poca cosa.

El aniversario ameritaba una conmemoración significativa y esa es la causa principal de este trabajo colectivo. Como muchos saben, por iniciativa de quien fuera su primer director, Jorge Salvador Fornieles, en diciembre de 1961 apareció por primera vez nuestro diario. Desde entonces, este periódico para abogados no ha dejado de salir.

A lo largo de las décadas, quienes hacen El Derecho han trabajado con ahínco y perseverancia para mantenerse a la vanguardia de las novedades jurídicas, sin perder de vista aquello que es necesario y permanente, y siempre con la guía de su ideario fundacional. En esto han tenido una labor determinante quienes estuvieron a cargo de la dirección editorial. Recordamos, además de Jorge Salvador Fornieles, a los juristas que lo sucedieron: Germán J. Bidart Campos (1979-1996); Jorge A. Mazzinghi (1997-2001); Carlos R. Sanz (2002-2008); Julio Conte Grand (2009-2012) y Guillermo F. Peyrano (2013-2020)[1].

Con el tiempo, se crearon suplementos especializados y paulatinamente comenzaron a imprimirse los libros bajo el sello de la editorial. Más adelante, El Derecho debió adaptarse a las nuevas tecnologías de la información. Actualmente, todos los contenidos del diario se encuentran digitalizados; del mismo modo, muchas de nuestras obras tienen su versión en *e-book*.

1. Por su parte, Gabriel F. Limodio ofició de "director interino" en 2008.

Conviene añadir algunas palabras más sobre este libro: las páginas que siguen reúnen una serie de contribuciones escritas por autores invitados –algunos de ellos son directores de nuestros suplementos especiales; otros, entre tantos, son habituales colaboradores del diario–. En cada capítulo, abordan temas cruciales para la ciencia jurídica, pero siempre con la mirada puesta en el futuro.

La obra es, además, prueba de una verdad irrefutable: estas seis décadas no hubieran sido posibles sin los juristas. Son ellos quienes, en estos años, nos regalaron su ingenio, sus ideas y sus palabras. Es que las editoriales tienen vida *porque* existen los autores. Por las venas de El Derecho corre la tinta de plumas empuñadas por profesores e investigadores que generosamente comparten sus conocimientos con la comunidad jurídica.

Con todo casi dicho, solo nos queda expresar nuestra gratitud. Por los 60 años de la editorial, a las autoridades de la Universidad Católica Argentina, que confían (y apuestan) en El Derecho; a cada uno de los directores; a los miembros presentes y pasados del Consejo de Redacción; a los cientos de autores que han dejado su huella en nuestro diario, a los lectores por acompañarnos; al equipo de redacción, que aminora el peso del quehacer editorial cotidiano.

También, debemos agradecer en particular a quienes posibilitaron este libro: nuevamente, a las autoridades de la Universidad; a los profesores cuyos artículos forman parte de este volumen –los doctores Basset, Bianchi, Boggiano, Borda, Carcavallo, Cassagne, Conte Grand, N. Cossari y L. Cossari, Coviello, Devia, Ferrer, Foglia, Gozaíni, Hernández, Krieger, Lafferriere, Lamanna Guiñazú, Ubiría, Pérez y Moreno, Leonetti, Limodio, Mahiques, Muguillo, Ossola, Palazzo, Peyrano, Pigretti, Salierno, Sandro, Tarsitano y Truffat–; a quienes se encargaron de la corrección, edición y diagramación.

Ahora sí, los invitamos a sumergirse en la lectura. Tienen en sus manos una obra mancomunada que resume lo que El Derecho ha sido, es y será: ¡por 60 años más!

Alejandro Borda
Director

Sofía Calderone
Coordinadora

LA CORTE SUPREMA EN LOS ÚLTIMOS 60 AÑOS (BREVE SÍNTESIS DE UNA LARGA HISTORIA)

ALBERTO BIANCHI*

SUMARIO: 1. Agradecimiento y salvedades iniciales. 2. La Corte Suprema en 1962. 3. El golpe militar llega por segunda vez a la Plaza Lavalle. 4. Un breve y tumultuoso interregno. 5. Una intervención militar más profunda. 6. Una Corte liberal. 7. Carlos Menen rearma la Corte. 8. Néstor Kirchner y después. 9. Conclusiones.

1. Agradecimiento y salvedades iniciales

Agradezco al Sr. Director de El Derecho, Dr. Alejandro Borda, y al Sr. Director de *El Derecho-Constitucional*, Dr. Eugenio Luis Palazzo, que me hayan invitado a participar en este trabajo que conmemora los (primeros) 60 años de la Revista. Desde los inicios de mi vida académica, he estado fuertemente ligado a ella, y es por lo tanto un gran honor para mí poder aportar aquí algunas reflexiones sobre el desarrollo histórico de nuestra Corte Suprema a lo largo de estas seis décadas.

Se trata, sin dudas, de un período prolongado y complejo, en el cual se han suscitado muchos cambios en el Tribunal, fruto de numerosas instancias políticas, que han acarreado modificaciones constantes en su integración y en su jurisprudencia, lo que constituye un verdadero desafío en aras de lograr una síntesis respetuosa y equilibrada de todas ellas. Por tal motivo, mencionaré tan solo los principales fallos que, a mi juicio, perfilan cada período.

* Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Si bien el proceso histórico de la Corte Suprema puede ser contado o explicado de muchas maneras, es inevitable el hecho de que esta evolución ha tenido cortes drásticos, que la dividen en segmentos nítidamente diferenciados por las idas y vueltas de los acontecimientos políticos[1]. Esto es particularmente notable en los primeros 40 años del período aquí considerado. Podría decirse que, recién a partir de 2003, luego de un nuevo "rearmado", las modificaciones en la integración de Corte Suprema no se han producido como resultado de los cambios de gobierno, sino por los canales regulares, es decir, por medio de la renuncia o el fallecimiento de sus jueces.

Una última salvedad antes de comenzar, aunque ella es evidente. Esta reseña es irremediablemente incompleta. Podría achacar este defecto al limitado espacio que me impone la participación de tantos y valiosos autores en esta obra colectiva, pero en todo caso es mi culpa por haber elegido un tema largo para esta ocasión.

2. La Corte Suprema en 1962

Cuando El Derecho hizo su entrada en el mundo de las publicaciones jurídicas, la Corte estaba integrada por siete jueces, fruto de la ampliación dispuesta en 1960 por la Ley Nº 15.271[2]. Pese a su ampliación, la estructura interna del Tribunal era todavía muy pequeña, comparada con la hiperinflación actual de sus funcionarios, pues cada juez trabajaba con el auxilio de tan solo un secretario letrado[3].

1. En los últimos años se han escrito varias historias de la Corte Suprema y todas ellas dividen su evolución según los distintos gobiernos que se han ido sucediendo. Ver, entre otros, AA. VV., *Historia de la Corte Suprema Argentina*, dirección: Alfonso Santiago (h), Marcial Pons, 2013; Manili, Pablo L., *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Astrea, 2ª ed., 2017; Carrió, Alejandro (con la colaboración de Alberto Garay), *La Corte Suprema y su independencia*, Abeledo Perrot, 1996.

2. En 1962 sus jueces eran: Esteban Imaz, Benjamín Villegas Basavilbaso, Aristóbulo Araoz de Lamadrid, Luis M. Boffi Boggero, Julio C. Oyhanarte, Ricardo Colobres y Pedro Aberastury. Villegas Basavilbaso fue reemplazado en 1964 por Carlos Zavala Rodríguez, y a Oyhanarte lo reemplazó, en 1962, José F. Bidau, quien fue sucedido, a su vez, por Amílcar Mercader en 1965.

3. Jorge R. Vanossi, por entones un joven y ya brillante jurista, fue secretario letrado de Boffi Boggero y recuerda que con sus colegas se reunían para discutir las causas en lo que habían denominado el "acuerdito".

Durante este breve período, que –a los fines de este trabajo– nace con la destitución militar del presidente Frondizi en 1962, sucedido por José María Guido en virtud de una aplicación heterodoxa de la Ley de Acefalía, la Corte mantuvo dos tendencias, ya insinuadas –sin disimimulo alguno– en las décadas anteriores, que la marcarán para siempre: la convalidación sistemática del intervencionismo estatal en la economía y la justificación de medidas políticas de emergencia.

Un buen ejemplo de lo primero es el caso "Fernández Orquín c/ Ripoll"[4], donde se declaró constitucional el congelamiento de los arrendamientos rurales, apelándose a criterios fundados en eminentes políticas desarrollistas de subordinación de la propiedad individual al interés general[5]. En el segundo grupo puede citarse "Rodríguez Ruggero y Tambascio"[6], en el cual la Corte admitió –con disidencia de Boffi Boggero– la aplicación de la ley marcial, establecida en el llamado "Plan Conintes", pese a que es un instituto de emergencia no previsto en la Constitución. Una tendencia similar se encuentra en "Partido Obrero"[7], donde fue admitida la proscripción de los partidos políticos considerados antidemocráticos, y en "Enrique Spangenberg"[8], caso en el cual se rechazó un amparo promovido por varios diputados ante el cierre del Congreso decretado por el presidente Guido. De este período se destaca, sin duda, la figura de Luis M. Boffi Boggero, célebre por sus disidencias y por su tendencia a limitar las "cuestiones políticas", tal como queda demostrado, entre otros casos, en "Partido Unión Popular"[9].

3. El golpe militar llega por segunda vez a la Plaza Lavalle

El 28 de junio de 1966, Arturo Illia, presidente elegido en los comicios de 1963, fue destituido por el gobierno presidido

4. *Fallos*: 264-416 (1966).
5. Votaron en disidencia los jueces Boffi Boggero, Aberastury y Zavala Rodríguez.
6. *Fallos*: 254-116 (1962).
7. *Fallos*: 253-133 (1962).
8. *Fallos*: 256-54 (1963).
9. *Fallos*: 256-47 (1963).

por el general Onganía. Si bien para ese entonces la Argentina ya había pasado por cinco gobiernos de facto[10], sólo uno de ellos, el de 1955, había destituido a la Corte Suprema. Nuevamente en esta oportunidad, toda la Corte fue reemplazada por jueces designados por el gobierno militar. Es preciso recordar, sin embargo, que todos los nuevos jueces eran juristas de reconocida trayectoria. ¿Quién podría poner en duda que Guillermo Borda, Marco Aurelio Risolía, Luis Carlos Cabral, Eduardo Ortiz Basualdo, Roberto Chute, José F. Bidau y Margarita Argúas no lo eran?[11] Vale la pena mencionar, además, que este gobierno fue el primero en designar a una mujer en la Corte Suprema, un hecho que tardaría muchos años en repetirse.

Las condiciones jurídicas de los miembros de la Corte de ese entonces quedan reflejadas en numerosos fallos. Por lo pronto, el Tribunal mostró gran independencia en materia de libertad de expresión en los casos "Alejandro Moreno", más conocido como "Primera Plana"[12]; "Prensa Confidencial"[13]; "Marcelo Sánchez Sorondo", más conocido como "Azul y Blanco"[14] y "Daniel Mallo"[15]. Fortaleció, asimismo, la acción de amparo en los casos "Carlos J. Outon"[16] y "Empresa Mate Larangeira Mendes S.A."[17], bien que en el primero de ellos la acción entablada era claramente favorable al gobierno[18] y, en el segundo, se impugnaba un decreto del ex presidente Illia que prohibía recoger la cosecha de la yerba mate. Esta-

10. El de Mitre, cuando se hizo cargo del gobierno luego de la Batalla de Pavón en 1862, el de 1930, el de 1943, el de 1955 y el de 1962, que comenzó híbrido y luego se hizo de facto cuando Guido, presionado por las Fuerzas Armadas, clausuró las cámaras del Congreso.

11. Bidau reemplazó a Borda en 1967 y fue reemplazado luego por Argúas en 1970.

12. *Fallos*: 269-200 (1967).

13. *Fallos*: 270-268 (1968).

14. *Fallos*: 270-289 (1968).

15. *Fallos*: 282-392 (1972).

16. *Fallos*: 267-215 (1967).

17. *Fallos*: 269-393 (1967).

18. Se cuestionaba el Decreto Nº 280/1964, por medio del cual los trabajadores marítimos que deseaban inscribirse en la llamada Bolsa de Trabajo Marítimo para Marinería y Maestranza, debían estar obligatoriamente afiliados al sindicato que los nucleaba. Recordemos que el gobierno de facto de la época había prohibido toda la actividad sindical, de modo tal que un amparo de esta naturaleza no afectaba para nada sus propósitos, por el contrario, contribuía eficazmente con ellos.

bleció, también, pautas muy claras para la ejecución de las sentencias contra el Estado en "Pietranera c/ Nación"[19]; sentó las bases de la actualización monentaria en "Provincia de Santa Fe c/ Nicchi"[20], y en "Muñiz Barreto de Alzaga c/ Destefanis"[21] modificó la jurisprudencia sentada en "Fernández Orquín c/ Ripoll". En otras materias, la Corte protegió la libertad de culto en "Benjamín Glaser"[22] y mantuvo sus doctrinas tradicionales. Así, en "C.A.V.I.C. c/ Juan Maurín y Cía S.R.L."[23], reafirmó la distribución de competencias entre el poder de policía nacional y provincial establecida en "Empresa Plaza de Toros c/ Provincia de Buenos Aires"[24]; en "Laboratorios Anodia S.A. c/ Nación"[25], siguió las aguas de "A. M. Delfino & Cía."[26], en materia de delegación legislativa y en "Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación"[27], ratificó lo decidido en "Martín & Cía. Ltda. c/ Administración General de Puertos"[28], sobre la equivalencia jerárquica entre leyes y tratados inernacionales.

4. Un breve y tumultuoso interregno

El gobierno peronista inaugurado aquel tumultuoso 25 de mayo de 1973, en el cual, merced a una amplísima ley de amnistía, fueron liberados, incluso, delincuentes comunes y peligrosos, como el célebre François Chiappe, vinculado al narcotráfico internacional, produjo, como era inevitable, una nueva renovación total de la Corte Suprema. Si bien es justo reconocer que muchos de los jueces de este período fueron juristas conocidos y respetables, todos ellos tenían una marcada alineación con el partido gobernante[29]. Fue una típica Corte peronista, sin quiebres, desde

19. *Fallos*: 265-291 (1966).
20. *Fallos*: 268-112 (1967).
21. *Fallos*: 270-374 (1968).
22. *Fallos*: 265-336 (1966).
23. *Fallos*: 277-147 (1970).
24. *Fallos*: 7-450 (1869).
25. *Fallos*: 270-42 (1968).
26. *Fallos*: 148-430 (1927).
27. *Fallos*: 271-7 (1968).
28. *Fallos*: 257-99 (1963).
29. Ellos fueron Miguel A. Berçaitz, Agustín Díaz Bialet, Manuel Arauz Castex, Ernesto Corvalán Nanclares, Héctor Masnatta, Pablo Ramella (que reem-

el comienzo hasta el fin. De hecho, el acto en el cual el presidente Cámpora les tomó juramento el 8 de junio de 1973, fue una ruidosa demostración partidaria, con pancartas y entonación de la marcha peronista y otros cánticos[30]. Algunos hechos posteriores dan prueba de la filiación política de los jueces con el gobierno, en particular, con el general Juan D. Perón[31].

Como era de esperar, el cambio ideológico en relación con la Corte anterior fue marcado. Mientras entre 1966 y 1973 el amparo había sido exitoso en casos de libertad de expresión, ya no lo fue en este período. El caso "Editora Popular Americana S.R.L. (diario *El Mundo*) c/ Gobierno Nacional"[32] es una prueba de ello. Aún así, es preciso recordar que quienes escribían en el diario *El Mundo* estaban muy lejos de ser líderes democráticos consustanciados con los valores y principios de la Constitución, todo lo contrario[33].

También se observa una marcada restricción en el derecho de propiedad individual. En materia impositiva, por ejemplo, el Tribunal exhibió un criterio muy fiscalista, al establecer la necesidad de probar el empobrecimiento por parte del contribuyente como requisito de la repetición de lo pagado[34]. También se advierte un criterio fiscalista, que compromete el principio de legalidad, en "Banco

---

plazó a Arauz Castex en 1975) y Ricardo Levene (que reemplazó a Masnatta ese mismo año).

30. Ver Pellet Lastra, Arturo, *Historia Política de la Corte Suprema (1930-1990)*, pp. 318-319, Ad-Hoc, 2001.

31. Menciono, en particular, las Acordadas Nros. 33/1973 (*Fallos*: 186-9); 34/1973 (*Fallos*: 286-9) y 41/1973 (*Fallos*: 286-13), por medio de las cuales, respectivamene: se designa al Presidente de la Corte para ir a recibir a Perón a su regreso al país; la instalación en el Palacio de Justicia de una placa con un típico lema peronista y el asueto judicial decretado para que el personal pudiera asistir a la llegada de Perón el 20 de junio de 1973. Un juez de cámara, que formuló una protesta formal por estas manifestaciones partidarias, fue severamente sancionado por la Corte Suprema. "Enrique Ramos Mejía", *Fallos*: 286-25 (1973).

32. *Fallos*: 289-177 (1974).

33. Cabe advertir, en este caso, el giro favorable de la Corte hacia los nuevos vientos del gobierno luego de que Perón, una vez de regreso en la Argentina, entrara en conflicto con las organizaciones armadas de izquierda que primero lo habían apoyado y coparon luego el gobierno de Cámpora; el diario *El Mundo* era un órgano de prensa del llamado Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), donde publicaban conocidos dirigentes e intelectuales de la extrema izquierda de ese momento, como Rodolfo Ortega Peña, Hipólito Solari Yrigoyen y Eduardo Luis Duhalde.

34. "Mellor Goodwin, S.A.C.I. y F.", *Fallos*: 287-79 (1973); "Cía. Nobleza de Tabacos S.A.", *Fallos*: 287-175 (1973).

Argentino de Comercio c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires"[35], donde se discutía la constitucionalidad de la Ley Nº 13.487, que había delegado en la Municipalidad demandada la facultad de fijar el monto del impuesto. Una doctrina que también hizo sentir la Corte de este período fue la del "corrimiento del velo societario", fundada en la "realidad económica", que fue aplicada en materia impositiva en "Parke Davis y Cía. de Argentina, S.A.I.C."[36], y en "Compañía Swift de La Plata, S.A.F."[37], para extender la quiebra de una empresa a todo el grupo económico que ella integraba. Dentro de este contexto, es preciso reconocer que la Corte admitió, bien que con limitaciones, la responsabilida del Estado por acto lícito en "Corporación Inversora Los Pinos c/ MCBA"[38].

En paralelo con ello, el valor "justicia social" fue elevado nuevamente a los estándares del primer gobierno peronista. Un ejemplo típico es el caso "Miguel Ángel Berçaitz"[39], en el cual el presidente del Tribunal reclamaba un reajuste en su jubilación como abogado de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, computando en el haber los honorarios profesionales percibidos en los casos en los que había intervenido. Integrada por conjueces de indiscutible filiación peronista[40], la Corte hizo lugar al reclamo sosteniendo que debe ser aplicado el principio *in dubio pro justitia socialis*[41].

5. Una intervención militar más profunda

A lo largo de los 34 meses que corren desde mayo de 1973, hasta marzo de 1976, no hubo un solo gobierno, en realidad hubo tres, cada uno de ellos marcado por características distintas: el de Héctor Cámpora, dominado por las agrupaciones armadas de la izquierda revolucionara, que se adueñaron del poder; el de Juan D. Perón, que quiso –sin mucho éxito– reinstaurar el viejo orden peronista de los años cuarenta y cincuenta, y el de María Estela Martínez

35. *Fallos*: 286-325 (1973).
36. *Fallos*: 286-97 (1973).
37. *Fallos*: 286-257 (1973).
38. *Fallos*: 293-617 (1975).
39. *Fallos*: 289-430 (1974).
40. Entre ellos, firma la sentencia Arturo E. Sampay.
41. *Fallos*: 289, en p. 437.

de Perón, su viuda y vicepresidente, cuya inexperiencia y falta de aptitudes le impidieron evitar o, al menos, controlar mínimamente los acontecimientos que condujeron al golpe de Estado del 24 de marzo. Hoy día, pasados muchos años, es fácil y simplista presentar el derrocamiento de "Isabelita" como un mero atentado a un gobierno democrático. Sin embargo, quienes tenemos memoria para recordarlo, no podemos olvidar el caos político y económico que reinaba por entonces[42]. Nada de ello implica –en modo alguno– justificar las atrocidades y violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos que se cometieron durante el gobierno militar de 1976-1983. Se trata, tan solo, de poner los hechos en un contexto más equilibrado.

Siguiendo con una costumbre que ya se repetía muchas veces, el gobierno militar, que desembarcó con todo un nuevo andamiaje constitucional encabezado por el "Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional", destituyó a toda la Corte Suprema y nombró nuevos jueces afines. Sus primeros cinco integrantes fueron Horacio Heredia[43], Adolfo R. Gabrielli, Alejandro Caride[44], Federico Videla Esalada[45] y Abelardo F. Rossi. Vale tener presente que casi todos los jueces de este período tenían detrás de sí una larga carrera judicial. Asimismo, el cuerpo jurisprudencial de estos siete años es abundante –abarca los tomos 295 a 305 de la Colección de *Fallos*–; ha sido compendiado en las obras ya citadas al comienzo[46] y cuenta también con una recopilación testimonial efectuada por uno de los jueces del Tribunal[47], de modo que no me extenderé demasiado en su explicación.

42. Jorge A. Diegues y Manuel García Mansilla describen la situación con mucha objetividad en la Corte Suprema durante el Proceso de Reorganización Nacional, en *Historia de la Corte Suprema*, ob. cit. en nota 1, T. II, pp. 1011-1147. Vale la pena recordar las palabras de Ernesto Sábato que citan estos autores sobre el gobierno de Isabel Perón: "La inmensa mayoría de los argentinos rogaba casi por favor que las Fuerzas Armadas tomaran el poder. Todos nosotros deseábamos que se terminara ese vergonzoso gobierno de mafiosos", p. 1012.

43. Fue sucedido en 1978 por Elías P. Guastavino, que había sido hasta entonces Procurador General.

44. A Caride lo sucedieron Emilio Daireaux en 1977, César Black en 1980 y Julio Martínez Vivot en 1983.

45. A Videla Escalada lo sucedieron Pedro Frías en 1977, Carlos A. Renom en 1982 y Emilio Gnecco en 1983.

46. Ver nota 1.

47. Gabrielli, Adolfo R., *La Corte Suprema de Justicia y la Opinión Pública*, Abeledo-Perrot, 1986.

Me atrevería a decir, como anticipo de una síntesis, que sus criterios eran absolutamente previsibles, aunque, en materia de hábeas corpus a favor de los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo, tiene sus luces, teniendo en cuenta el contexto absolutamente desfavorable a la independencia del Poder Judicial en el cual fueron dictados estos fallos, donde los jueces eran nombrados y podían ser removidos con entera discrecionalidad por el gobierno.

Así, en "María Cristina Ércoli"[48], fue convalidada la suspensión de la opción de salir del país a los detenidos bajo el Estado de Sitio, restricción que luego fue moderada, tardíamente, en "Benito Moya"[49], en "Jaime Lokman"[50] y "Richardi c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires"[51]. También fue convalidada la aplicación de la ley marcial en "Mario Lanza Ybarrola"[52], "Horacio Saravogi"[53], "Jorge Papetti"[54], "Enrique Arancibia Clavel"[55], "Carlos Weinzettel"[56], "Marcelo De la Torre"[57] y "Alberto Diessler"[58], pero ese rumbo ya lo había abierto en 1962 "Rodríguez, Ruggero y Tambascio". Esta "línea dura" de fallos se modera cuando se trata de hábeas corpus contra las detenciones o desapariciones de personas, sendero que fue recorrido por los casos "Ana Pérez de Smith"[59], "Carlos Zamorano"[60], "Inés Ollero"[61], "Georgina Simerman de Herrera"[62], "Jacobo Timerman"[63] y "Virginia Recchia de Sedan"[64].

Si hacemos un paréntesis con estas causas que comprometían al gobierno, veremos que la Corte de este período no admitió la tor-

48. *Fallos*: 296-372 (1976).
49. *Fallos*: 303-696 (1981).
50. *Fallos*: 299-142 (1977).
51. *Fallos*: 301-1010 (1979).
52. *Fallos*: 295-997 (1976).
53. *Fallos*: 300-1173 (1978).
54. *Fallos*: 301-419 (1979).
55. *Fallos*: 302-973 (1980).
56. *Fallos*: 302-1626 (1980).
57. *Fallos*: 303-172 (1981).
58. *Fallos*: 303-308 (1981).
59. *Fallos*: 300-1282 (1978).
60. *Fallos*: 298-441 (1977).
61. *Fallos*: 300-457 (1978).
62. *Fallos*: 302-1097 (1980).
63. *Fallos*: 300-816 (1978) y *Fallos*: 301-771 (1979).
64. *Fallos*: 305-504 (1983).

tura como medio de obtener la confesión de un detenido[65]; protegió la libertad de culto[66]; permitió (con limitaciones) el ejercicio de la libertad de expresión[67]; penalizó la tenencia de estupefacientes para uso personal[68]; permitió el trasplante de un riñón donado por una menor a su hermano[69]; mantuvo el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por acto lícito[70], ya admitido por la Corte de 1973-1976; y continuó también con la actualización de las deudas de dinero[71]. Esta Corte elaboró también la noción de derecho adquirido[72], que se mantiene en casos posteriores hasta el presente[73].

6. Una Corte liberal

Agotado el gobierno del Proceso de Reorganización Nacional[74], las elecciones de octubre de 1983 le otorgaron el triunfo a la fórmula

65. "Luciano Montenegro", *Fallos*: 303-1938 (1981).

66. "José Hernán Ascencio", *Fallos*: 304-1293 (1982).

67. "Juan Carlos Lectoure", *Fallos*: 303-267 (1981); "Dercoem S.A. c/ Nación Argentina", *Fallos*: 304-1020 (1982); "Salvat Editores S.A.", *Fallos*: 305-474 (1983). No fue permitida, en cambio, la exposición de un cuadro que exhibía una persona torturada. "Colombres c/ Nación", *Fallos*: 295-215 (1976).

68. "Ariel Colavini", *Fallos*: 300-254 (1978).

69. "Claudia Saguir y Dib", *Fallos*: 302-1284 (1980).

70. "Cantón c/ Nación", *Fallos*: 301-403 (1979).

71. "Camusso c/ Perkins S.A.", *Fallos*: 294-434 (1976); "Vieytes de Fernández c/ Provincia de Buenos Aires", *Fallos*: 295-973 (1976) y "Valdez c/ Cintioni", *Fallos*: 301-319 (1979).

72. En "De Martín c/ Banco Hipotecario Nacional", *Fallos*: 296-723 (1976), la Corte dijo que "si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues estos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo. De no ser así, resultaría la inadmisible consecuencia de que la titularidad de un derecho individual vendría a depender de la voluntad discrecional del obligado renuente en satisfacer ese derecho".

73. "Chedufau de Pinto c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos", *Fallos*: 333-792 (2010); "Banco Extrader S.A.", *Fallos*: 330-1026 (2007); "Teyma Abengoa S.A. c/ Provincia de Salta", *Fallos*: 328-2440 (2005); "Amigo c/ Oviedo", *Fallos*: 328-1381 (2005); "Frigorífico Moreno S.A. c/ Trade S.A.", *Fallos*: 326-2180 (2003); "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional", *Fallos*: 326-417 (2003).

74. A diferencia de los gobiernos constitucionales, los procesos militares no tienen fecha fija de terminación. Se agotan cuando ya no pueden sostenerse en el poder.

presidencial de la UCR encabezada por Raúl Alfónsin, que tuvo la oportunidad de nombrar a nuevos jueces en la Corte Suprema. Podría haber restablecido a los que habían sido destituidos en 1976, pero prefirió designar a personas de su confianza. Si bien todo indica que Alfonsín estaba más preocupado por la conformación de la Cámara Federal que juzgaría a los ex comandantes militares, lo cierto es que no descuidó a la Corte, donde colocó a tres jueces de su partido en un Tribunal de cinco[75]. Así, en el sillón central se sentó Genaro R. Carrió, quien, al margen de su relación profesional con Alfonsín[76], era un brillante jurista. La Corte se integró, además, con Augusto César Belluscio –una de las mentes más lúcidas que ha tenido el Tribunal–, José Severo Caballero, Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi. Posteriormente, en 1985, fue designado Jorge Bacqué, al producirse la renuncia de Carrió.

En un trabajo que dediqué a la Corte de este período[77], dije que esta fue una "Corte liberal", empleando esta palabra en el sentido que tiene en el mundo anglosajón, es decir, como expresión de la ideología política que pone el acento en la protección de los derechos no patrimoniales, antes que en los derechos patrimoniales. Esa fue, precisamene, la ideología de la Corte entre 1983 y 1990, hasta que fue ampliada por Carlos Menem.

Como es bien sabido, en la agenda política de Alfonsín figuraba, al tope de la lista, el enjuiciamiento de los ex comandantes de las Fuerzas Armadas, tarea que llevó a cabo la Cámara Criminal y Correccional Federal. La sentencia de condena fue dictada el 9 de diciembre de 1985[78], luego confirmada por la Corte Suprema por mayoría de 3-2[79], el 30 de diciembre de 1986[80]. Sin embargo, la pro-

75. Antes de ello hizo un gesto público, cuyo resultado estaba anticipado. Ya antes de asumir, ofreció la presidencia de la Corte a Ítalo Argentino Luder, quien había sido su competidor en las elecciones presidenciales, dando por descontado que éste no aceptaría, lo cual efectivamente ocurrió.

76. Había sido su abogado defensor en una querella promovida por Lorenzo Miguel, el líder sindical de los obreros metalúrgicos.

77. Bianchi, Alberto B., *Una Corte Liberal. La Corte de Alfonsín*, Ábaco, 2007.

78. Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto Nº 158/1983, *Fallos*: 309-5.

79. Formaron la mayoría los jueces Caballero, Belluscio y Fayt. En disidencia parcial votaron los jueces Petracchi y Bacqué.

80. *Fallos*: 309-1689 (1986).

longación de las causas contra los restantes oficiales y suboficiales involucrados en la represión produjo los levantamientos militares de 1986 y 1987, que dieron origen, respectivamente, a las llamadas leyes de "Punto Final" (Ley Nº 23.492) y "Obediencia Debida" (Ley Nº 23.521), que la Corte declaró constitucionales en "Julia J. Jofré"[81] y "Ramón J. Camps"[82].

Solucionada esta cuestión, que luego sería reabierta por Néstor Kirchner, la Corte, en paralelo, llevó a cabo la tarea de poner sobre el tapete la discusión de muchos temas de su ideario liberal. En ese orden de ideas: desincriminó la tenencia de estupefacientes para consumo individual en "Gustavo Bazterrica"[83] y "Alejandro Capalbo"[84]; protegió el derecho a la intimidad frente a una clara invasión del periodismo en "Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida"[85]; en "Campillay c/ La Razón"[86] protegió el buen nombre y honor frente a publicaciones que, sin ser erróneas, lo comprometían; hizo apliación de la doctrina de la "real malicia" en "Costa c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires"[87]; admitió la disolubilidad el matimonio civil en "Sejean c/ Zaks de Sejean"[88]; aplicó en "Diego Enrique Fiorentino"[89] la "regla de la exclusión" (fruto del árbol prohibido) en la obtención de pruebas por medios ilegales en el proceso penal, doctrina que luego repitió en casos posteriores[90]; reconoció la garantía contra el doble juzgamiento en "Pedro Weissbrod"[91], rechazó la aplicación de la ley marcial en "Roberto Antenor Gauna"[92] y reconoció el derecho a la objeción de conciencia en "Alfredo Portillo"[93].

81. *Fallos*: 311-80 (1988).
82. *Fallos*: 310-1162 (1987).
83. *Fallos*: 308-1392 (1986).
84. *Fallos*: 308-1463 (1986).
85. *Fallos*: 306-1892 (1984).
86. *Fallos*: 308-789 (1986).
87. *Fallos*: 310-508 (1987).
88. *Fallos*: 308-2268 (1986).
89. *Fallos*: 306-1752 (1984)
90. "Ariel Ignacio Cichero", *Fallos*: 307-440 (1985); "Reginald Rayford", *Fallos*: 308-733 (1986) y "Miguel Ángel D'Acosta", *Fallos*: 310-85 (1987); "Roque A. Ruiz", *Fallos*: 310-1847 (1987); "Alberto Daniel Francomano", *Fallos*: 310-2384 (1987), etc.
91. *Fallos*: 312-597 (1989).
92. *Fallos*: 306-63 (1984).
93. *Fallos*: 312-496 (1989).

Si bien es claro que estos eran los temas que más procupaban a la Corte de entonces, lo cierto es que tampoco fueron descuidados los derechos patrimoniales. Por cierto, fueron admitidos los controles de precios provenientes de la aplicación de la Ley de Abastecimiento[94], pero ésta no fue aplicada a rajatabla cuando de ello dependía la supervivencia de un diario[95]. Fue ampliada, asimismo, la responsabiliad contractual del Estado por actos lícitos, admitiéndose el pago del lucro cesante[96], aunque en casos de responsabilidad extracontractual se la mantuvo limitada al daño emergente[97]. Merece ser destacado también que se mantuvo la actualización de las deudas de dinero[98], no se aplicó el desagio en los créditos provenientes de una expropiación[99] y se mantuvo la noción de "derecho adquirido" elaborada por la Corte anterior[100].

En el orden institucional, fuera de los mencionados al comienzo de esta sección, el caso más importante es "Rivademar c/ Municipalidad de Rosario"[101], en el cual se les otorgó carta de autonomía a los municipios. Se estableció también con qué condiciones tienen fuerza vinculante los fallos de la Corte Suprema[102] y se redujo la competencia originaria del Tribunal al excluirse de ella los juicios de expropiación[103].

7. Carlos Menem rearma la Corte

Alfonsín no concluyó bien su mandato presidencial. Tuvo que irse anticipadamente envuelto en una crisis económica de propor-

94. "Laboratorios Andrómaco c/ Estado Nacional", *Fallos*: 307-2345 (1985).

95. Ello puede verse en el caso "La Prensa", *Fallos*; 310-1715 (1987).

96. "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ DNV", *Fallos*: 306-1409 (1984).

97. "Motor Once S.A.C. e I. c/ MCBA", *Fallos*: 312-659 (1989).

98. "Chiavaro c/ Federación Gremial del Personal de la Industria de la Carne", *Fallos*: 307-894 (1985); "Cukierman c/ Coviella Murias", *Fallos*: 307-1264 (1985) y "Balpala Construcciones S.A. c/ DNV", *Fallos*: 312-2373 (1989).

99. "Tello c/ Provincia de Buenos Aires", *Fallos*: 307-2006 (1985).

100. "Juan F. Fullana, S.A.", *Fallos*: 307-305 (1985) y "Compañía Continental S.A.", *Fallos*: 306-2092 (1984).

101. *Fallos*: 312-326 (1989).

102. "Cerámica San Lorenzo", *Fallos*: 307-1094 (1985).

103. "Provincia de Buenos Aires c/ Aubert Arnauld", *Fallos*: 308-2564 (1986).

ciones desconocidas hasta ese momento. Lo sucedió Carlos Menem, un típico caudillo provincial acostumbrado a ejercer el poder sin fracturas, donde la oposición es parte del decorado para que se mantengan las apariencias de una democracia. Dentro de esa lógica, no cabe gobernar con una Corte Suprema heredada del presidente anterior. Es necesario rearmarla. Hasta ese momento la fórmula para ello venía de la mano del juicio político, pero Menem, astuto hasta cuando estaba distraído, optó por una vía menos cruenta, que no lo obligaba a abrir un nuevo frente de batalla. Decidió ampliar la Corte nombrando a cuatro nuevos jueces, que le garatizaran la tranquilidad que no le daban los elegidos por Alfonsín[104]. Tuvo incluso la suerte de que renunciaran Jorge Bacqué y José Severo Caballero, quienes, por razones de principio, no quisieron convalidar la ampliación y le hicieron el favor de dejarle dos vacantes más para cubrir. Así, en muy poco tiempo, de la "antigua" Corte quedaron Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt y Enrique Petracchi. Las seis vacantes fueron cubiertas por Julio Oyhanarte, que volvía al Tribunal después de casi treinta años de su renuncia anterior, Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Rodolfo C. Barra, Ricardo Levene, que también reingresaba luego de la destitución de 1976 y Mariano Cavagna Martínez. Oyhanarte renunció al año siguiente y fue sucedido por Antonio Boggiano. Las renuncias de Barra, Cavagna Martínez y Levene son el fruto del Pacto de Olivos, bien que en el caso de Levene fue necesario incorporar una cláusula expresa en la Constitución (el párrafo tercero del inciso 4º del artículo 99) para forzar su alejamiento[105]. Producidas las vacantes, Barra fue sucedido por Guillermo A. F. López, Cavagna Martínez por Gustavo Bossert y Levene por Adolfo Vázquez.

104. La ampliación fue dispuesta por medio de la Ley Nº 23.774 de abril de 1990.

105. Una cláusula no escrita del Pacto de Olivos era que Menem le dejaría tres vacantes al radicalismo en la Corte. En cumplimiento de este compromiso renunciaron Barra y Cavagna Martínez. Faltaba un tercero y Levene, que era el elegido para el retiro, no renunciaba. La cuestión se estaba complicando, pues la reforma constitucional debía ser aprobada con tiempo suficiente para que Menem pudiera competir en las elecciones presidenciales que se avecinaban. Fue incluida entonces la cláusula según la cual todos los jueces federales, incluso los de la Corte Suprema, deben obtener un nuevo acuerdo al cumplir 75 años. Levene por entonces ya tenía 80 años y no tuvo más remedio que retirarse.

Si bien, como hemos visto, el "rearmado" de la Corte era un hecho repetido en nuestra historia, el de Menem llamó especialmente la atención no sólo por su intensidad, sino porque implicaba un quiebre entre un gobierno constitucional y otro. Esto ya había ocurrido con el juicio político de 1947, pero esta vez el periodismo se ocupó de ponerlo en altavoz[106], instalando en la sociedad la idea de la "mayoría automática". Mi reflexión sobre este punto –quizás no muy original– es que para que haya una mayoría automática debe haber también una "minoría automática". Prefiero entonces decir que esta ha sido la Corte de una fractura inicial entre dos sectores, que ya estaba preanunciada por los "antiguos" jueces en la Acordada Nº 44/1989 de septiembre de 1989[107], donde se habían manifestado en contra de la ampliación.

No caben dudas de que la Corte le dio a Menem todo el respaldo que necesitaba el programa de gobierno de ese entonces. Pero ciertamente este no fue un hecho novedoso. He demostrado en trabajos anteriores que la Corte Suprema, a lo largo de toda su historia, ha respaldado al Poder Ejecutivo en casos de compromiso político[108]. No aplaudo el hecho, solamente lo describo. A los casos allí citados, puede sumarse el más reciente de las sesiones virtuales en el Senado[109], donde la Corte Suprema hizo todo el esfuerzo necesario para evitar el rechazo *in limine* de un caso muy mal planteado.

Por lo demás, si analizamos dos de los casos más emblemáticos del apoyo al gobierno de Menem, el del *per saltum* en el caso de la privatización de Aerolíneas Argentinas[110] y el de la convalidación del Plan Bonex[111], podemos comprobar algunos datos que disminuyen el apasionamiento. En relación con el primer caso, si bien el *per saltum* era novedoso entre nosotros, ya era un remedio muy trabajado en la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos[112]. Esa sentencia,

106. Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Planeta, 1993.

107. *Fallos*: 312-1513.

108. Bianchi, Alberto B., *La Separación de Poderes. Un estudio desde el derecho comparado*, Cáthedra Jurídica, 2019, pp. 384-390.

109. "Cristina Fernández de Kirchner", *Fallos*: 343-195 (2020).

110. "José Roberto Dromi", *Fallos*: 313-863 (1990).

111. "Peralta c/ Estado Nacional", *Fallos*: 313-1513 (1990).

112. Ver: Lindgren, James y Marshall, William, "The Supreme Court's Extraordinary Power to Grant Certiorari Before Judgement in the Court of Appeals", *The Supreme Court Review*, pp. 259-316, 1986.

además, la suscribe el juez Petracchi, a quien no puede considerárselo un integrante de la "mayoría automática". El segundo caso compiló y repitió toda la doctrina de la emergencia elaborada desde "Ercolano c/ Lanteri de Renshaw"[113] en adelante, y fue resuelto en forma unánime, con el juez Fayt votando en la mayoría y el juez Belluscio en una disidencia de fundamentos.

Por supuesto hubo casos en los que la fractura entre la mayoría y la minoría fue evidente y ambas dejaron muy en claro sus diferencias. Cito, por ejemplo, los casos "Cocchia c/ Estado Nacional"[114], "Rodríguez - Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación"[115], Molinas c/ Poder Ejecutivo Nacional"[116], "Miguel A. Rossi Cibils"[117] y "Chocobar c/ INPS"[118].

Pero si observamos otros muchos fallos de este período en casos sensibles, veremos que esta división, presentada como absoluta, se desdibuja. Ello puede verse en: "Ekmekdjian c/ Sofovich"[119], donde se hizo lugar al derecho de réplica y se modificó el orden jerárquico entre tratados internacionales y leyes, donde votan en disidencia los jueces Levene, Belluscio, Petracchi y Moliné (estos últimos en voto conjunto); "Servini de Cubría c/ Borensztein"[120], donde la Corte revocó una sentencia que había permitido la censura previa de un programa de televisión y casi todos los jueces hacen votos individuales, con disidencias parciales de Belluscio, Barra y Petracchi; "Santiago Omar Riveros"[121], sobre indulto a procesados, donde los jueces Oyhanarte y Petracchi hacen en conjunto un voto separado; "Mercedes Aquino"[122], también sobre indulto a procesados, donde la disidencia la firman los jueces Belluscio y Levene; "Marcelo Bahamondez"[123], sobre la objeción de conciencia de los Testigos de Jehová para recibir transfusiones de sangre, donde los jueces Barra y Fayt suscriben un voto conjunto, y en disidencia votan los jueces Belluscio, Petracchi y

113. *Fallos*: 136-161 (1922).
114. *Fallos*: 316-2624 (1993).
115. *Fallos*: 320-2851 (1997).
116. *Fallos*: 314-1091 (1991).
117. *Fallos*: 315-2074 (1992).
118. *Fallos*: 319-3241 (1996).
119. *Fallos*: 315-1492 (1992).
120. *Fallos*: 315-1943 (1992).
121. *Fallos*: 313-1392 (1990).
122. *Fallos*: 315-2421 (1992).
123. *Fallos*: 316-479 (1993).

Cavagna Martínez; "Comunidad Homosexual Argentina"[124], un caso en el cual casi todos los jueces hacen su propio voto y Belluscio integra con el suyo la mayoría; "Joaquín Morales Solá"[125], en el cual, sin perjuicio de las disidencias parciales de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, el fallo es unánime en revocar la condena por injurias impuesta al periodista; "Mill de Pereyra c/ Provincia de Corrientes"[126], sobre control de constitucionalidad de oficio, en el cual los jueces Fayt y Belluscio votan en la mayoría, López y Bossert firman un voto conjunto y Moliné O'Connor, Nazareno y Petracchi (estos últimos en un voto conjunto) votan en disidencia; "Horacio Giroldi"[127], un fallo unánime sobre requisito de la doble instancia en materia penal; "Roberto Felicetti" (La Tablada)[128], un caso complejo sobre la legitimidad del Procurador del Tesoro para representar al Estado nacional como querellante, donde votan en la mayoría los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez y en la minoría Fayt, Bossert, Boggiano y Petracchi; "Ragnar Hagelin"[129], relativo a los efectos de un acuerdo amistoso celebrado entra el Estado nacional y los familiares de una desaparecida, donde solo disiente el juez Vázquez y hay votos conjuntos de Belluscio y Moliné O'Connor y de Petracchi y López[130].

En síntesis, la división maniquea entre "buenos y malos", hábilmente instalada en la opinión pública con la idea de la "mayoría automática", no tiene las dimensiones que el periodismo le dio en su momento, si la analizamos desapasionadamente.

8. Néstor Kirchner y después

Si algo debemos reconocerle a Néstor Kirchner es que desde el primer momento dejó muy en claro quiénes serían sus amigos

124. *Fallos*: 314-1531 (1991).
125. *Fallos*: 319-2741 (1996).
126. *Fallos*: 324-3219 (2001).
127. *Fallos*: 318-514 (1995).
128. *Fallos*: 323-4130 (2000).
129. *Fallos*: 326-3268 (2003).
130. La lista podría continuar, pero debo interrumpirla para no exceder la extensión de este trabajo. Me remito entonces al exhaustivo análisis de este período efectuado por Alfonso Santiago (h), en "La Corte de los Nueve (1990-2003)", incluido en *Historia de la Corte Suprema*, ob. cit. en nota 1, T. III, pp. 1295-1676.

y quiénes sus enemigos. Entre estos últimos, estaban los jueces de la "mayoría automática" nombrados por Carlos Menem, de quien quería distanciarse todo lo posible. Pese a todas las diferencias que Kirchner quiso marcar con Menem, una característica los igualaba, ambos eran caudillos provinciales no acostumbrados a compartir el poder más que en fracciones insignificantes. Para esta concepción del mando político, como ya dije, la Corte nombrada por el Presidente anterior, aunque sea formalmente del mismo partido, es un obstáculo que hay que atender. Kirchner se hizo cargo rápidamente de este asunto y comenzó el rearmado de la Corte por la vía inversa. En lugar de crear más cargos (ya había bastantes), decidió desalojar los existentes por vía del juicio político.

Medida por sus resultados, esta tarea fue sumamente exitosa. Julio Nazareno, Guillermo López y Adolfo Vázquez renunciaron y Antonio Boggiano y Eduardo Moliné O'Connor fueron destituidos. Las vacantes de los tres primeros fueron cubiertas por Eugenio R. Zaffaroni, Carmen M. Argibay y Ricardo Lorenzetti y la de Moliné O'Connor por Elena Highton de Nolasco. Todos ellos eran portadores de impresionantes currículums académicos. Como dicen los anglosajones, eran "*good on papers*". No se cubrieron, en cambio, la de Boggiano y la de Belluscio, que se retiró en 2005, ya que en 2006 la Ley Nº 26.183 redujo a cinco los jueces del Tribunal. Había que borrar todos los vestigios de la "Corte menemista", aunque fueran meramente numéricos. Al cabo de esta tormenta, la Corte quedó conformada con siete jueces[131]: dos de ellos (Enrique Petracchi y Carlos Fayt) habían sido designados por Raúl Alfonsín, el tercero (Juan Carlos Maqueda) había ingresado en 2002, nombrado por Eduardo Duhalde y los cuatro restantes eran los flamantes jueces de la nueva era. Kirchner podía estar tranquilo, ya tenía su propia Corte. Este nuevo "rearmado" fue acompañado de un absoluto silencio del periodista que tanto había criticado el anterior.

Siguiendo la impronta de la época, el primer tramo de esta Corte está dominado por los casos de los delitos de "lesa humanidad", reabiertos con motivo de la Ley Nº 25.779, que declaró "insanablemente nulas" las Leyes Nº 23.492 (Punto Final) y Nº

131. Tengamos en cuenta que, con la reducción a cinco jueces, las dos primeras vacantes que se produjeran no serían cubiertas.

23.521 (Obediencia Debida), que ya habían sido derogadas. Las decisiones más emblemáticas de esta corriente son "Enrique Arancibia Clavel"[132], "Julio H. Simón"[133] y "Julio Lilo Mazzeo"[134]. También ha mostrado el Tribunal una gran procupación por la cuestión ambiental, manifestada en particular en el caso "Mendoza c/ Estado Nacional"[135], de saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo. Similar interés se puso en el desarrollo de la legitimación colectiva, al resolver "Halabi c/ Poder Ejecutivo Nacional"[136] y en la reducción de su competencia tanto originaria[137], como apelada ordinaria[138]. Sostuvo, asimismo, que las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen carácter vinculante[139]; y no toleró una reforma inconstitucional en el Consejo de la Magistratura[140]. Sin duda, esta nueva composición de la Corte ha tenido la impronta liberal de la era de Alfonsín[141]. En esta reseña, absolutamente incompleta, no puedo dejar de señalar el caso "Grupo Clarín S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional"[142], pues fue la madre de todas las batallas entre el gobierno y este medio, donde se declaró la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley Nº 26.522), estableciendo, entre otros aspectos, que los titulares de licencias no tienen derechos adquiridos irrevocables frente a un cambio legislativo que modifica la cantidad o la calidad de sus licencias.

En mayo de 2014 falleció Carmen Argibay y, en octubre de ese año, renunció Raúl Zaffaroni y falleció Enrique Petracchi. Al año siguiente, en septiembre, renunció Carlos S. Fayt, aunque su renuncia se hizo efectiva recién el 11 de diciembre de 2015. Cristina

132. *Fallos*: 327-3294 (2004).
133. *Fallos*: 328-2056 (2005).
134. *Fallos*: 330-3248 (2007)
135. *Fallos*: 331-1622 (2008).
136. *Fallos*: 332-111 (2009).
137. "Barreto c/ Provincia de Buenos Aires", *Fallos*: 329-759 (2006).
138. "Anadón c/ Comisión Nacional de Comunicaciones", *Fallos*: 338-724 (2015)
139. "Carranza Latrubesse c/ Estado Nacional", *Fallos*: 336-1024 (2013).
140. "Rizzo c/ Poder Ejecutivo Nacional", *Fallos*: (2013).
141. A modo de mero ejemplo, menciono la nueva despenalización de la tenencia de estupefacientes en "Sebastián Arriola", *Fallos*: 332-1963 (2009), luego de que esta volviera a ser penalizada en "Ernesto A. Montalvo", *Fallos*: 313-1333 (1990).
142. *Fallos*: 336-1774 (2013).

Fernández de Kirchner no pudo cubrir la única vacante que se había producido en 2014[143], de modo que cuando Mauricio Macri llegó a la Casa Rosada tenía dos vacantes en la Corte. Sus elegidos fueron Carlos F. Rosenkrantz y Horacio Rosatti, dos juristas distinguidos, cuya designación inicial "en comisión", fruto del apuro y del mal asesoramiento, no fue favorable, aunque luego el proceso quedó debidamente saneado.

Con esta nueva integración, producida por vías regulares, la Corte ha tomado algunas decisiones institucionalmente importantes. En "Schiffrin c/ Poder Ejecutivo Nacional"[144], reescribió lo que había dicho en "Fayt c/ Estado Nacional"[145] sobre la revisión judicial de las decisiones de la Convención Constituyente; fue firme cuando sintió que la Corte Interamericana de Derechos Humanos invadía su jurisdicción[146]; ha dado un gran impulso a la autonomía municipal a expensas de las provincias[147]; ha declarado nuevamente la inconstitucionalidad de una reforma en el Consejo de la Magistratura[148]; no ha contribuido a la estabilidad de los jueces[149]; ha elevado fuertemente el estatus de la Ciudad de Buenos Aires[150] y le ha conferido aforo ante su competencia originaria[151].

En noviembre de 2021 renunció Elena Highton de Nolasco y, cuando escribo estas líneas, más de siete meses después de producida esta vacante, no se avizora todavía quién la reemplazará. Entre tanto, no dejan de soplar vientos de reforma. El último de ellos, inspirado por algunos gobernadores con apoyo del Poder Ejecutivo, es el que propicia reemplazar a la Corte por un cuerpo corporativo de más de 20 miembros que representan a las Provincias y el Estado

143. Recordemos que luego de la reducción a cinco jueces las dos primeras vacantes no podían ser cubiertas.

144. *Fallos*: 340-257 (2017).

145. *Fallos*: 322-1616 (1999).

146. "Menem c/ Editorial Perfil (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe)", *Fallos*: 340-47 (2017).

147. "Shi c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito", *Fallos*: 344-1151 (2021).

148. "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional", *Fallos*: 344-3636 (2021).

149. "Bertuzzi c/ Estado Nacional (PJN)", *Fallos*: 343-1457 (2020).

150. "Guillermo Corrales", *Fallos*: 338-1517 (2015); "Alberto Nisman (N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros)", *Fallos*: 339-1342 (2016) y "Fernando Bazán", *Fallos*: 342-509 (2019).

151. "GCBA c/ Provincia de Córdoba", *Fallos*: 342-533 (2019) y "CGBA c/ Estado Nacional", *Fallos*: 344-809 (2021).

Nacional, un proyecto cuya inconstitucionalidad manifiesta ha sido denunciada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires[152] y por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires[153].

9. Conclusiones

Ya con anterioridad a 1962 la vida de la Corte había estado sacudida por los vaivenes de los gobiernos y los 60 años siguientes no fueron más calmos, todo lo contrario. Un tribunal pensado por la Consitución para ocuparse y preocuparse de "lo político", pero sin ser arrastrado por "la política", quedó muchas veces inmerso en ella. Esto hace muy difícil elegir la vara con la cual la juzgaremos, pues tanto la de la ortodoxia académica absoluta, como la de la plena complacencia nos pueden llevar a puertos equivocados.

No caben dudas de que, en cada uno de los períodos aquí reseñados, vamos a encontrar luces y sombras, que dependerán naturalmente de nuestra personal apreciación de cada fallo y de lo que creemos que dice la Constitución para resolver tal o cual caso. Pero más allá de estas convicciones personales, lo que sí es una regla de oro para un buen gobierno republicano es que la Corte no es un botín de guerra que puede saquearse impunemente, pues la historia demuestra que quien hoy se beneficia con ello, mañana seguramente se perjudicará.

Tal vez la enseñanza más clara que nos dejan estos 60 años es que los cambios drásticos en la Corte –aunque se produzcan formalmente dentro lo que prevé la Constitución– atentan contra la previsibilidad y la seguridad jurídica que, como el medio ambiente, son un bien colectivo, cuyo deterioro, más temprano que tarde, siempre nos afecta a todos por igual.

152. Ver Álvarez, Julián, "Enérgico rechazo de la Academia de Derecho a la reforma de la Corte que impulsa el Gobierno", 2/6/2022, disponible en: https://www.lanacion.com.ar/politica/energico-rechazo-de-la-academia-de-derecho-a-la-reforma-de-la-corte-que-impulsa-el-gobierno-nid03062022/.

153. Ver Sánchez, Ignacio, "Fuerte rechazo del Colegio de Abogados de la Ciudad al proyecto para ampliar la Corte", 4/6/2022, dispnible en: https://www.lanacion.com.ar/politica/fuerte-rechazo-del-colegio-de-abogados-de-la-ciudad-al-proyecto-para-ampliar-la-corte-nid04062022/.

EL DERECHO A LA PAZ

Eugenio Luis Palazzo*

Sumario: 1. La paz. 2. El reconocimiento del derecho a la paz. 3. Los derechos fundamentales, sus titulares y modos de protección. 4. Hoy. 5. Algunas conclusiones.

1. La paz

1.1. El *Diccionario de la Lengua Española* nos trae varias definiciones de la palabra *paz*, entre ellas nos importan, para este ensayo: a) situación en la que no existe lucha armada en un país o entre países; b) relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos; c) acuerdo alcanzado entre las naciones por el que se pone fin a una guerra. Se advierten de inmediato dos ideas contrapuestas: una negativa –la ausencia de conflicto– y otra positiva –la armonía. Ellas pueden ocurrir en muy diferentes ámbitos: en el interior de una persona; o en las más diversas comunidades: la familia, el lugar de trabajo, el barrio, el pueblo, la nación, o entre ellas. Etimológicamente, proviene de latín *pax*, y éste de idiomas previos que la vinculan a la idea de *pacto*.

Esas distintas esferas son señaladas por el obispo de Hipona: "La paz del cuerpo es el orden armonioso de sus partes. La paz del alma irracional es la ordenada quietud de sus apetencias. La paz del alma racional es el acuerdo ordenado entre pensamiento y acción. La paz entre el alma y el cuerpo es el orden de la vida y la salud en el ser viviente. La paz del hombre mortal con Dios es la obediencia bien

* Director de *El Derecho Constitucional*.

ordenada según la fe bajo la ley eterna. La paz entre los hombres es la concordia bien ordenada. La paz doméstica es la concordia bien ordenada en el mandar y en el obedecer de los que conviven juntos. La paz de una ciudad es la concordia bien ordenada en el gobierno y en la obediencia de sus ciudadanos. La paz de la ciudad celeste es la sociedad perfectamente ordenada y perfectamente armoniosa en el gozar de Dios y en el mutuo gozo en Dios. La paz de todas las cosas es la tranquilidad del orden. Y el orden es la distribución de los seres iguales y diversos, asignándole a cada uno su lugar"[1].

De estas definiciones de San Agustín ha prevalecido el enunciado de que "la paz es la tranquilidad del orden". Incluye dos ideas: la tranquilidad, cuyo origen etimológico se encuentra en el latín *tranquillitas*, y este de *tranquillus*, de origen incierto, quizás de *trans*, que proviene de una expresión indoeuropea referida a "cruzar", "pasar por"; y la raíz de *quies*, que significa "calma"; me parece más preciso que armonía, indicada por la RAE, y que surge en la denominación de la diosa Harmonía e implica "acuerdo", "concordancia", derivada de "ajustarse", "conectarse". Tranquilidad es menos que armonía, y la paz terrena no necesita, necesariamente, esta última.

Pero ni siquiera esa *tranquilidad* es lo habitual. Agrega San Agustín: "[…] esta ciudad [la terrena] se halla dividida entre sí la mayor parte del tiempo, con litigios, guerras, luchas, en busca de victorias mortíferas o ciertamente mortales. Porque cualquier parte de ella que se levanta en son de guerra contra otra parte busca la victoria sobre los pueblos, quedando ella cautiva de los vicios. Y si al vencer se enorgullece con soberbia, su victoria lleva consigo la muerte; pero si, reflexionando sobre su condición y los accidentes comunes, se siente más atormentada por la adversidad que puede sobrevenirle, que engallada por la prosperidad, esa victoria es meramente mortal, pues no puede tener sometidos siempre a los que ha subyugado con tal victoria"[2].

Por ello se requiere *el orden*, la segunda de las ideas apuntadas más arriba. Se ha señalado, comentando la obra de San Agustín: "El concepto de paz lleva implícito la noción de orden […], la proble-

1. San Agustín, *La Ciudad de Dios*, traducción de Santos Santamarta del Río, OSA y Miguel Fuertes Lanero, OSA, disponible en: https://www.augustinus.it/spagnolo/cdd/index2.htm, Libro XIX, cap. XII, punto 1.

2. San Agustín, ob. cit., Libro XIV, cap. IV.

mática de la paz terrena nos lleva de lleno a la legitimación de la necesidad de la coerción, siendo esta instancia de sujeción no contraria al Derecho, sino conforme a él. Con todo, no se está hablando del Derecho Natural previo al pecado, sino del Derecho que se instaura *a posteriori* del hombre caído, del Derecho que se vincula a la falta y a la culpa, del Derecho que sólo puede pensarse en términos coercitivos. Tal Derecho es, para Agustín, garantía de convivencia humana en sociedad, pero de ninguna manera garantiza un sentido de verdadera justicia, como así tampoco puede legislar el foro interno de los hombres. En tal sentido, puede imputársele la importante función de regular sólo conductas extrínsecas, quedando reservada la interioridad humana a la sola contemplación de la mirada divina. Sin embargo, es pertinente señalar el juicio positivo que asigna Agustín a este tipo de Derecho, que genera condiciones de civilidad y que, por otra parte, cobra cuerpo en el derecho romano. Este aspecto enfatiza el respeto del hiponense a la autoridad pagana, que también debe ser respetada por los cristianos. De este derecho y de su aceptación resulta que pueda haber garantías de paz terrenal. Paz que es aprovechable tanto por paganos como cristianos".

"Volviendo a la cuestión del 'orden' pero ahora pensado en perspectiva política, señalamos el gran molino contra el que el hiponense se bate a duelo, la tragedia de la disgregación o fragmentación del cuerpo social. Esta óptica lo sitúa en una teoría del orden capaz de ponerle remedio a ese mal que puede darse, entre otras cosas, por la desobediencia de los ciudadanos a la autoridad pública"[3].

Es una visión acotada, pero realista: ni solo la ausencia de contienda, ni tampoco la plena armonía. Algunas reflexiones de autores y personalidades sociales y políticas pueden ayudar a una mayor comprensión, pues reflejan la actitud necesaria para lograrla. Así, Nelson Mandela, que luego de años de prisión injusta logró que se superara el *apartheid* en Sudáfrica, expresaba: "La paz no es simplemente la ausencia de conflicto; la paz es la creación de un entorno en el que todos podemos prosperar". En sentido similar, Eleanor Roosevelt, impulsora de la Declaración Universal de París, en 1948: "No basta con hablar de paz. Uno debe creer en ella y trabajar para conseguirla". Mahatma Gandhi, que logró la independencia de la India

3. Rossi, Miguel Ángel, "El concepto de *paz terrena* en el pensamiento agustiniano", Medieval Philosophy, disponible en: https://www.bu.edu/wcp/Papers/Medi/MediRoss.htm.

a partir de la resistencia pasiva: "No hay camino hacia la paz, la paz es el camino". Y Martin Luther King, que luchó por la igualdad de los afroamericanos en Estados Unidos: "Paz no es solo una meta distante que buscamos, sino un medio por el cual llegamos a esa meta".

1.2. Pero no es un camino fácil. Señala Kant: "La paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza –*status naturalis*–; el estado de naturaleza es más bien la guerra, es decir, un estado en donde, aunque las hostilidades no hayan sido rotas, existe la constante amenaza de romperlas. Por tanto, la paz es algo que debe ser 'instaurado'; pues abstenerse de romper las hostilidades no basta para asegurar la paz, y si los que viven juntos no se han dado mutuas seguridades –cosa que sólo en el estado 'civil' puede acontecer–, cabrá que cada uno de ellos, habiendo previamente requerido al otro, lo considere y trate, si se niega, como a un enemigo"[4]. Si bien no es sostenible la idea de un estado de naturaleza presocial, ya sea bélico (Hobbes) o pacífico (Locke), sí cabe adherir a que el hombre tiende naturalmente a ciertos bienes, que es propio de su naturaleza procurar alcanzarlos (el bienestar, la felicidad, la familia, la paz, etc.); pero que también se tienta a lograr otros objetivos que no son buenos, pero que le parece que sí lo son (dominar a otros, por ejemplo), o que lo son en alguna medida, pero no en su exceso (la comida, por ejemplo). La explicación bíblica es la ruptura por el pecado, pero pueden considerarse otras. El ansia de poder de un pueblo, o sus gobernantes, de dominio sobre otros pueblos o sobre sus riquezas (el agua, el petróleo, las rutas del comercio), conducen a la guerra, que suprime bienes más relevantes (la vida, la salud, la libertad).

1.3. Lo opuesto absolutamente a la paz interna de un país es la guerra civil, y a la paz internacional, la guerra entre Estados. Explica Rabossi[5]: "Una guerra es un conflicto armado entre entidades

4. Kant, Emanuel, "La paz perpetua", *Revista de Estudios Sociales de la Universidad de Los Andes*, n° 2, sección segunda, "Artículos definitivos de la paz perpetua entre los Estados".

5. Rabossi, Eduardo, "La ética y la guerra. Algunas cuestiones filosóficas", *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, compilado por Bulygin, Farrell, Nino y Rabossi, p. 371, en esp. pp. 379 y 380, 1983. Se trata de una colaboración escrita a poco de finalizar el conflicto de Malvinas. Cabe destacar que

políticas, que consiste en la realización de actos violentos para resolver determinada disputa. Esos actos violentos involucran (pueden involucrar) la eliminación de vidas humanas en la fuerza enemiga, a costa de vidas humanas propias. La guerra –sostiene Clausewitz– es un choque de intereses mayores que se resuelve mediante el derramamiento de sangre". Advierte, en nota, que esta caracterización abarca a las guerras denominadas convencionales, pero no a las guerras nucleares. Actualmente, quizás, quepa añadir a esa exclusión, la guerra bacteriológica y la electrónica, que plantean problemas de otro tipo. Continúa el autor citado diciendo: "Dado que la eliminación de vidas humanas es de la esencia de la guerra (cualesquiera sean las finalidades políticas para las que la guerra es un medio), y dado que es un principio moral que la vida humana es intangible, lo cual implica I) que todo acto del que resulte la destrucción de la vida es un acto intrínsecamente inmoral, y II) que es un deber moral inexcusable omitir la realización de actos de tal tipo, se sigue que la guerra es intrínsecamente inmoral. Un argumento paralelo permite inferir la inmoralidad de la guerra a partir de los efectos colaterales que produce: abyección, bestialidad, degradación, destrucción física y psicológica, etcétera. El principio moral en juego es, en este caso, el de la integridad de la persona humana". Concluye que "la única situación que exime la responsabilidad por actos de guerra es la guerra defensiva: aun en este caso el recurso de la guerra debe constituir la ultimísima ratio". Finalmente, cita a Paulo VI[6]: "La Paz es un deber […] es absurdo el retorno a las guerras, a las luchas, a los estragos, a las ruinas que produce la psicología de las armas y de las fuerzas, enfrentadas hasta la muerte de los hombres, ciudadanos de la tierra, patria común de nuestra vida en el tiempo".

Rabossi descarta argumentar sobre la base del orden jurídico internacional, al que califica de primitivo y hobbesiano, por lo cual lo hace desde la Filosofía del Derecho.

6. "Mensaje de Año Nuevo de 1969". En numerosos documentos Juan Pablo II se pronunció en el mismo sentido. En el Mensaje con motivo de la Jornada Mundial de la Paz de 1983, expresó que "la guerra en sí irracional […] y el principio ético de la solución pacífica de los conflictos es la única vía digna del hombre". Por su parte, Benedicto XVI señaló en Lorenzago, en junio de 2007: "Desde siempre, la guerra con sus consecuencias de lutos y destrucciones es considerada como una calamidad que choca con el proyecto de Dios, que creó todo para hacer del género humano, una familia".

1.4. Desde antiguo las personas, y en especial los filósofos y los juristas, se han peguntado si la guerra puede ser lícita. Y, en general, se admitió que algunas sí. Por ello nace la idea de la *guerra justa*, que se remonta a griegos y romanos. Platón y Aristóteles se ocupan del tema. Cicerón indica: "[…] una guerra no puede ser justa sino después de haber hecho las reclamaciones pertinentes y de haberla denunciado y declarado formalmente"[7]. Esto significa que, para el orador latino, no solo era justa la guerra defensiva; de hecho, en el capítulo I de *De Officiis,* en el que trata la noción de justicia, Cicerón distingue entre la guerra "que viene impuesta" (esto es, la que es resultado de una agresión ilegítima) y aquella que se realiza por gloria y poder, pero entiende que guerras de ambos tipos pueden ser consideradas justas, siempre que concurra alguno de los requisitos antes mencionados. Dichos requisitos formaban parte del llamado *iura belli*, que también propugnaba el trato digno al vencido y el cumplimiento de los pactos concordados con el enemigo. Es precisamente el cumplimiento de este *iura belli* el que, según Cicerón, caracteriza a la guerra justa, y no tanto los motivos de esta.

Santo Tomás retoma el tema y entiende que una guerra resulta justa cuando reúne estos requisitos: (i) es declarada por la autoridad socialmente competente; (ii) responde a una causa justa, esto es, si se puede entender como la respuesta a una injuria recibida, y (iii) si con ella se pretende restablecer o buscar la paz[8].

Ya en el siglo XVI, ante los interrogantes morales y jurídicos que planteaba la conquista del Nuevo Mundo, la *escuela de Salamanca*, de los neoescolásticos, responde a través del dominico Francisco de Vitoria, fundador del Derecho Internacional Público, quien amplía la noción de guerra justa, y distingue en sus obras, por primera vez, *el ius ad bellum* del *ius in bello.* Parte de las concepciones agustiniana y tomista, y considera que puede ser justa no solo la guerra defensiva, sino también la ofensiva, en la que "se pida satisfacción por una injuria recibida"[9]. Además, la respuesta bélica debía ser proporcional a dicha injuria, y antes de llevarla a cabo se debe escuchar al adversario. También podría considerarse justa la guerra

7. Cicerón, *Sobre los deberes*, p. 77, Alianza Editorial, 2001, traducción: José Guillen.

8. *Suma Teológica*, II, q. 40.

9. Francisco de Vitoria, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, p. 112, Espasa-Calpe, 1975.

ofensiva, según el teólogo, cuando se entablase para recuperar lo que había sido arrebatado al Estado en conflictos anteriores.

Grocio, el jurista holandés que consolida el Derecho Internacional, en *De iure belli ac pacis*, escrita en 1625, considera que la guerra es justa siempre que se lleve a cabo con el objetivo de alcanzar el fin natural del hombre, que es la paz o la vida social tranquila. Ello ocurre únicamente en caso de que el país vaya a ser o haya sido atacado, y siempre que la respuesta a dicho ataque sea proporcional. Expone que la ausencia de una autoridad común entre las naciones: "[…] falla el recurso a la justicia, [y] se presenta la guerra. Esta se considera justa únicamente por tres causas: la defensa, la recuperación de lo que nos pertenece, y el castigo. Pero tampoco cabe recurrir a la guerra si la nación que ha violado los procesos legales somete la cuestión al arbitraje o a cualquier otro medio de solución pacífica"[10]. Entiende, al igual que Vitoria, que los fines de la guerra deben ser la defensa frente al enemigo, la recuperación de lo que ha sido arrebatado o el castigo por una afrenta recibida. Requiere buena fe, lo que significa que ambos contendientes deben considerar ajustada a derecho su pretensión y su consiguiente participación en la guerra, aunque hasta el final de ella no se determine cuál de las pretensiones era la legítima. También ahonda en el *ius in bello*, al igual que el salamantino, defiende la protección de los inocentes en la guerra, y entiende que se debe prohibir la destrucción de los bienes de los vencidos y la ejecución de prisioneros de guerra.

Más cercanos a nosotros, los extremos del arco ideológico han justificado la guerra en una concepción excesiva de la soberanía de los Estados, o en la lucha de clases. Pero aún sus mayores pensadores la repudiaban: Lenin y Mao concebían la guerra como un acto atroz que debía extinguirse; e incluso Carl Schmitt, defensor de una visión de lo político como un conflicto amigo-enemigo, consideraba que la guerra era un asesinato masivo.

El papa Juan XXIII, en la encíclica *Pacem in terris*, dirigida no solo a los católicos sino "a todos los hombres de buena voluntad", en 1963, es decir, en plena guerra fría, luego de la crisis de los misiles de Cuba ocurrida el año anterior, rechazó la carrera de armamentos y la guerra. Expresó: "[…] la justicia, la recta razón y el sentido de

10. Valencia Rodríguez, Luis, *Hugo Grocio y el derecho internacional*, p. 95, 1984.

la dignidad humana exigen urgentemente que cese ya la carrera de armamentos; que, de un lado y de otro, las naciones que los poseen los reduzcan simultáneamente; que se prohíban las armas atómicas; que, por último, todos los pueblos, en virtud de un acuerdo, lleguen a un desarme simultáneo, controlado por mutuas y eficaces garantías"; y también: "[…] en nuestra época, que se jacta de poseer la energía atómica, resulta un absurdo sostener que la guerra es un medio apto para resarcir el derecho violado en sí misma"[11]. Ello implicó un fuerte cuestionamiento al concepto de guerra justa.

1.5. Cabe acotar que la paz y la guerra admiten, tanto en lo interno de un Estado como en lo internacional, alternativas intermedias, como por ejemplo la *guerra fría* que ya mencioné o la *protesta social*. La legitimidad de las medidas que se adopten, de uno u otro lado, exige recaudos formales y sustanciales cuyo análisis excede este trabajo[12]. Algunas decisiones de política internacional que pueden adoptar los Estados en situaciones conflictivas, sin llegar a la ultimísima ratio de la guerra, son: a) la retorsión, que consiste en actos lícitos, pero poco amistosos: declaraciones de repudio, rupturas de relaciones diplomáticas, restricciones en visados de entrada, etcétera; b) las represalias, en cambio, medidas de coerción de un Estado, lesionado en sus derechos por otro, dirigidas contra bienes determinados: el embargo de un pago de una deuda vencida, una prohibición de exportar, el embargo de un buque, el bloqueo de un puerto o de una costa, e incluso la ocupación de un territorio. Deben estar precedidas de una conminación para cesar en la actitud adoptada, o para reparar el daño causado, interrumpirse si la otra parte accede a hacerlo, y guardar proporción con el hecho que las motiva.

En cuanto a los bienes situados en el territorio de un país beligerante, propiedad de individuos de nacionalidad enemiga, su confiscación fue habitual en las contiendas bélicas desde la antigüedad.

11. Juan XXIII, *Pacem in terris*, 112 y 127.

12. La legitimidad de las medidas adoptadas por los gobiernos ante emergencias la he examinado en diversas oportunidades: "La Constitución en tiempos de pandemia", *EDCO*, abril de 2020; "Aciertos y dudas en el caso 'Massa'", *EDCO*, p. 211, 2007; "Derechos y emergencias a los ciento cincuenta años de la sanción de nuestra Constitución", *EDCO*, p. 286, 2003; "La crisis del inicio del tercer milenio y la Constitución Nacional", *EDCO*, p. 599, 2001/2002; "La emergencia administrativa y los juicios contra el Estado", *Prudentia Iuris*, nº 27-28, pp. 15 y sigs.; "Estado de Sitio y libertad de imprenta", *La Ley*, tomo 138, p. 470.

Ello se morigeró en el período comprendido entre la Revolución francesa y el conflicto 1914-1918, salvo en los países anglosajones. A partir de la Primera Guerra Mundial, nuevamente las medidas de control y disposición final de la propiedad enemiga adquirieron notoria severidad, en razón de la modificación de la concepción del enfrentamiento, que pasó de una lucha de ejércitos en batallas localizadas a una contienda generalizada que compromete al comercio, la producción de bienes, etcétera.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos posibilita, en caso de guerra, entre otros, suspender algunas de las obligaciones contraídas en la Convención, entre las que se encuentra el respeto a la propiedad privada, pero sólo en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación (art. 27).

También resulta adecuado destacar que otra decisión que suelen adoptar los Estados ante una guerra es la de no involucrarse en ella. Es neutral el Estado que no participa en una guerra dada. Ello le origina deberes respecto de los beligerantes, así como éstos los tienen con relación a los países neutrales. El Estado que decide permanecer neutral en una guerra suele efectuar una declaración de neutralidad, pero ello no es obligatorio.

2. El reconocimiento del derecho a la paz

2.1. En el siglo XX, diversos bienes que se consideraban solamente como aspiraciones fundadas, como la vivienda digna, el ambiente sano, la salud, pasaron a calificarse de derechos, a partir de una concepción más amplia de ellos. ¿Podemos incluir, entre estos, la paz? Veamos la respuesta de las fuentes del Derecho.

La Constitución Nacional contiene varias previsiones referidas a la paz, tanto interna como internacional, y a los atentados contra ella. El Preámbulo incluye, entre sus objetivos: "consolidar la paz interior" y "proveer a la defensa común"; el artículo 6º habilita la intervención federal a las provincias "para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia"; el artículo 21 impone a los ciudadanos "armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional";

el artículo 22 tipifica otra de las alternativas del delito de sedición: "Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste"; el artículo 23 posibilita la declaración de Estado de Sitio, "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella"; el artículo 27 obliga al gobierno federal a "afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras"; el artículo 36 mantiene la vigencia de la Constitución, "aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático", y reconoce que "todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo"; el artículo 75 atribuye al Congreso, en el inciso 16: "Proveer a la seguridad de las fronteras", en el inciso 25: "Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz"[13], en el inciso 26: "Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas", en el inciso

13. El art. 75, inc. 25, de la Constitución Nacional regula la declaración de guerra como un acto complejo unilateral. Esto último –unilateral– porque la realiza solamente la persona jurídica Estado argentino, aunque va a causar efectos al otro beligerante y a los terceros (podría ser multilateral si la Argentina, simultáneamente con otros Estados, declara la guerra a un tercero). Lo primero –complejo– porque participan varios órganos supremos: el Congreso interviene a través de una autorización, es decir, una instancia de control preventivo; pero la decisión la toma el Presidente. Dicha autorización se requiere para las dos formas de comenzar una guerra: la declaración formal o el inicio concreto de hostilidades. Claro que ello no siempre es posible, pues los acontecimientos pueden desembocar en la guerra, y el Presidente debe afrontarla. Véase, al respecto, Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, pp. 730 y sigs., La Ley, 2005, con cita de jurisprudencia norteamericana.

Una situación distinta plantean los tratados de paz. La intervención del Congreso en ellos, como en cualquier tratado, corresponde a la etapa de aprobación. La celebración de un tratado tiene tres etapas: es negociado y firmado por el Poder Ejecutivo; aprobado por el Congreso, mediante una ley; y ratificado en sede internacional por el Poder Ejecutivo. Es decir, que la participación del Congreso no ocurre a través de una autorización previa, sino después de que ha sido negociado y firmado por el Presidente. Se trata, por ende, de un acto bi- o multilateral (intervienen varios sujetos de derecho, los que fueron enemigos en la guerra, y también pueden aparecer mediadores o garantes), y también complejo (pues intervienen varios órganos del Estado argentino).

Cuando, en cambio, la guerra concluye mediante un cese de hostilidades prolongado, y otras señales que revelan relaciones de paz, resulta más difícil que pueda concretarse una intervención del Congreso.

27: "Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno", en el inciso 28: "Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él", en el inciso 29: "Declarar en Estado de Sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el Estado de Sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo", y en el inciso 31: "Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires".

El artículo 99 faculta al Presidente, en el inciso 11, para concluir y firmar "tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras". De acuerdo con el inciso 12, es "comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación", y según el inciso 13: "Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las Fuerzas Armadas; y por sí solo en el campo de batalla", por el inciso 14: "Dispone de las Fuerzas Armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación", según el inciso 15: "Declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso", y en base al inciso 16: "Declara en Estado de Sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo".

El artículo 119 tipifica el delito de traición: "La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro"; el artículo 126 prohíbe a las provincias "armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación, dando luego cuenta al Gobierno federal", y el artículo 127 también las inhibe de "declarar, ni hacer la guerra a otra provincia"[14].

14. Las atribuciones del Congreso y del Presidente en el tema las analicé en "Competencias del Congreso en materia de defensa nacional", en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, dirigido por Daniel Sabsay y coordinado por Pablo Manili, T. III, Hammurabi y "Competencias del Poder Ejecutivo en materia de defensa nacional", en el Tomo

2.2. Pero la paz y la guerra se encuentran reguladas por el Derecho Internacional Público, por lo cual en este tema, como en otros[15], las disposiciones constitucionales poseen un rol limitado. Según aquél, una guerra puede comenzar con una declaración de guerra o con el comienzo efectivo de las hostilidades. Si bien el III Convenio de La Haya, de 1907, requiere aviso previo bajo la forma de declaración de guerra o ultimátum con declaración de guerra condicionada, si se inician hostilidades sin esos recaudos, o contrariando la prohibición del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, existirá responsabilidad internacional; pero, aun así, habrá guerra. Ella suele concluir con un tratado de paz, aunque también puede terminar con la extinción de uno de los beligerantes, o por el cese efectivo y duradero de las hostilidades y la reanudación de las relaciones diplomáticas entre quienes fueron enemigos[16].

En ese ámbito internacional, señala Gross Espiell: "Aunque la reflexión sobre la paz, sobre la forma de promoverla, de obtenerla, de preservarla, de defenderla, de mantenerla y de sancionar su vio-

---

IV de la misma obra. Señala Gentile: "De las 11.954 palabras que componen su texto, sólo seis veces se usa el término guerra en otros tantos artículos (75, incisos 25 y 27; 99, inc. 15; 126 –referido a 'buques de guerra'– y 127 –respecto de 'guerra civil' en provincias–); y la expresión paz en sólo cuatro oportunidades (en el preámbulo –referida a la '*paz interior*'–, y en los artículos 27 y 75, incisos 25 y 27)" (Gentile, Horacio, "La guerra y la paz", *EDCO*, 2022).

15. Las represalias, las presas, la inmunidad soberana de los Estados, la inmunidad diplomática, para citar ejemplos claros. La facultad que se encontraba en el texto del actual inc. 26, referida a conceder patentes de corso, quedó sin efecto por la Declaración de París de 1856, que abolió el corso, es decir que, cuando se suprimió en las reformas 1949 y 1994, ya carecía de vigencia. He señalado antes: "Los tratados internacionales, según art. 27, sólo deben sujetarse a los principios de Derecho Público establecidos en esta Constitución. El Derecho Internacional también tiene límites en el Derecho Natural, pero es más difícil de aceptar que un precepto de la Constitución de un Estado que no implique la recepción de un principio del Derecho Natural, resulte normativamente superior a las disposiciones de tratados internacionales o a principios del Derecho Internacional consuetudinario. Esto puede suceder en determinada contingencia histórica, pero no se puede obviar que son normas de distinta naturaleza (los tratados requieren bi- o multilateralidad, y el Derecho Internacional consuetudinario surge de una comunidad más amplia que la de un Estado nacional)" (Palazzo, Eugenio, *Las fuentes del Derecho en el desconcierto de juristas y ciudadanos*, pp. 51 y sigs., Fecic, 2004).

16. Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, pp. 349 y 350, Aguilar, 1967.

lación, es muy antigua y se encuentra en el pensamiento religioso, filosófico y jurídico desde muchos siglos atrás, la idea de la existencia de un derecho a la paz es muy posterior. Puede encontrarse, sin perjuicio de reconocer posibles precedentes, en la construcción doctrinaria que acompañó el surgimiento de la Sociedad de las Naciones en 1918, en el pacto Briand Kellogg de 1928 y, después de la terrible quiebra de esas ilusiones y esperanzas por las agresiones que precedieron, marcaron el inicio y acompañaron el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, en la construcción de la nueva comunidad internacional basada en la Carta de las Naciones Unidas"[17].

Así, el Preámbulo de la Carta de la ONU expresa: "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles […]". Su artículo 2º, inc. 4º, dispone: "Los miembros de la organización en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas". La única excepción que expresa la Carta es la legítima defensa individual o colectiva, basada en el concepto de que se permite repeler la fuerza con la fuerza (art. 51).

Por su parte, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París, en 1948, comienza: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana", mención a la paz que reiteran los preámbulos de varios pactos internacionales, tanto el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como el de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, también en su Preámbulo, expone que su represión contribuye a "la paz y la seguridad internacionales".

17. Gross Espiell, Héctor, "El derecho humano a la paz", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, pp. 517 y sigs., Konrad Adenauer, 2005.

Los crímenes cometidos durante la guerra también han merecido especial atención internacional, como resulta de los últimos tratados citados en el párrafo anterior, de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, y de otros instrumentos supranacionales.

En el ámbito de Naciones Unidas importan una resolución adoptada en 1976 por la Comisión de Derechos Humanos (Resolución Nº 5-XXXII), que proclamó el derecho humano a la paz. También cabe citar dos resoluciones de la Asamblea General: una es la adoptada en 1978, titulada Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz (Nº 33/73, del 25 de diciembre de 1978), en la cual se sostiene que el derecho a vivir en paz es un derecho de todas las naciones y de todos los individuos; la otra, de 1984, es la Resolución Nº 39/11, del 12 de noviembre de 1984, que aprobó la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, en la cual se "Proclama solemnemente que los pueblos de la tierra tienen un derecho sagrado a la paz". A su vez, la Conferencia General de la Unesco, en la Declaración sobre la Enseñanza de los Derechos Humanos y en la Declaración sobre los Medios de Información, reconoció también el derecho a la paz.

En el marco de la Organización de Estados Americanos, la Asamblea General de la OEA en 1998, en la Declaración de Caracas, reconoció en el párrafo 4 de ese texto la existencia del derecho humano a la paz.

2.3. El conjunto de estas previsiones, a las que se pueden sumar muchas más de derecho comparado, permite sostener el reconocimiento positivo de un derecho humano a la paz. Se sustenta, ya en el orden de los principios, en que se trata de un requisito indispensable para la existencia de otros derechos, ampliamente reconocidos, comenzando por los derechos a la vida, la salud, un medio ambiente sustentable, la propiedad, el comercio, el trabajo, y muchos más. Ninguno de ellos puede ejercerse plenamente si no hay paz.

Pero ¿puede ser la paz verdaderamente un derecho?, ¿quiénes serían sus titulares? ¿Cómo se controlaría? Necesitamos, para avanzar, repasar algunas características de ellos.

3. Los derechos fundamentales[18], sus titulares y modos de protección

3.1. Si bien existen declaraciones de derechos fundamentales desde avanzado el medioevo, las modernas comienzan con la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, de 1776. Continúan a partir de entonces en textos constitucionales; y desde las realizadas en Bogotá y en París, en 1948, también regionales e internacionales. En este casi cuarto de milenio han variado sus características: objeto, titulares, modos de protección, obligados, alcances, estilos, emisores, etc.

3.2. El objeto se fue ampliando. Primero, se incluyeron los *Derechos Civiles*: el Estado debe respetar la libertad, la igualdad, la propiedad. A poco los *Políticos*, que posibilitan distintos grados de participación en las decisiones de gobierno. Ambas categorías integraron lo que se llama *la primera generación de los derechos*. En la primera posguerra llegaron a las constituciones los *Derechos Sociales*, vinculados al trabajo, a la seguridad social, a la vivienda, y a la familia. Configuraron una *segunda generación*. Después de la caída de numerosos autoritarismos, a mediados de los setenta del siglo XX, se admitieron *derechos de incidencia colectiva*, que protegen el ambiente, los consumidores, la salud; y se los calificó como una *tercera generación*, aunque también se los denominó *derechos de los pueblos* o *de la solidaridad*[19]. Entre ellos, encontramos el derecho a la paz.

18. Los menciono como *derechos fundamentales*, aunque en la actualidad se utiliza más *Derechos Humanos*, pues considero que la primera es más abarcativa, en el sentido de que admite todos los reconocidos por las distintas fuentes del Derecho: las normas, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales. Ello no implica dejar de reconocer que los derechos muchas veces se encuentran en tensión, y la plena aceptación de uno puede implicar menoscabo de otro, en cuyo caso quien decide debe efectuar un juicio de *ponderación* (Palazzo, Eugenio, "Tensiones y equilibrios de los derechos y las garantías constitucionales", *EDCO*, p. 592, 2000/2001; "Tensiones entre derechos y dispersión de fuentes en la tarea de los jueces", *EDCO*, p. 702, 2005 y en *Corpus Iuris Regionis*, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina de la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat, Nº 6-2006).

19. Aguilar Cuevas, Magdalena, *Las tres generaciones de derechos*, Colaboraciones jurídicas UNAM.

3.3. Los titulares también se acrecentaron: comenzaron siendo los individuos[20], pero luego se admitieron conjuntos cada vez más extensos: los gremios, la familia, los consumidores, los vecinos. Cuando se proclama el principio de autodeterminación de los pueblos, llega a estos. La humanidad, en su conjunto, ¿puede ser titular de un derecho? Señala Gross Espiell: "La más moderna y progresista doctrina del Derecho Internacional sostiene, a mi juicio con entera razón, que la humanidad constituye un sujeto de Derecho Internacional. La humanidad, respecto de la que puede conceptuarse que se materializa jurídicamente en la comunidad internacional, tiene derecho a la paz como uno de sus titulares"[21]. Y añade: "Los Estados son también titulares del derecho a la paz". Pero también lo es cada persona, tanto con relación a la paz interior, como a la internacional. Es que si para ejercer con plenitud la mayoría de los otros derechos individuales, necesito paz, debo tener un derecho personal a ella.

No es el único derecho que reconoce toda esta gama de titulares. También lo es, por ejemplo, el derecho a un ambiente sano, que, como el derecho a la paz, es un prerrequisito para poder gozar de muchos otros derechos, como la vida, la salud, el trabajo…, y podría seguir con todos los enumerados en el acápite anterior, y más también.

3.4. Los sujetos obligados a respetar los derechos fueron, y son, ante todo, los Estados. Claramente ellos son quienes, al iniciar una guerra, violan de la forma más flagrante el derecho a la paz. Pero también lo hacen los individuos que como autoridad de una nación toman esa decisión, y quienes la acompañan desempeñando papeles relevantes en el conflicto. Asimismo, aquellos que dirigen grupos sociales intermedios, e incluso los individuos, tienen la obligación de evitar conductas que afecten la paz, como la incitación a la guerra, o cualquier forma de violencia colectiva, o actos de terrorismo destinados a imponer intereses o ideologías sin respetar los procedimientos democráticos.

20. Distintas fuentes del Derecho aceptan, actualmente, que también lo sean individuos no humanos (Zeballos de Sisto, María Cristina, "De orangutanes y chimpancés. Nuestros hermanos salvajes. Los animales y los sapiens", *EDCO*, 2019, ED-CMVII-811), e incluso cosas.

21. Gross Espiell, Héctor, ob. y loc. cit.

Esto no inhibe el derecho de resistencia a la opresión frente a una tiranía, que admite, inclusive, el artículo 36 de nuestra Constitución, pero que tiene límites muy estrictos en cuanto a su justificación y sobre los medios a emplear[22]. Pablo VI advierte: "La insurrección revolucionaria –salvo en caso de tiranía evidente y prolongada que atentase gravemente a los derechos fundamentales de la persona y damnificase peligrosamente el bien común del país– engendra nuevas injusticias, introduce nuevos desequilibrios y provoca nuevas ruinas. No se puede combatir un mal real al precio de un mal mayor"[23].

3.5. Pero para que exista un derecho no basta con que se encuentre reconocido por una o varias fuentes, necesita también un esquema de control. He sostenido muchas veces que una rama del Derecho adquiere plenitud cuando posee su propio fuero, es decir, un esquema jurisdiccional especializado de vigilancia[24], pues el control más adecuado es el que está en manos de jueces independientes. El afianzamiento de los derechos se encuentra directamente ligado a la consolidación de sus esquemas de control.

3.6. Claro que el jurisdiccional no es el único. Señala Bidegain: "Una primera posibilidad está librada a los procesos políticos generales, ya sea a través de la intervención de los órganos de poder que no adoptaron la medida inválida, o mediante la actuación de la comunidad en las instancias electorales, o espontáneamente en el ejercicio de las libertades de reunión y de expresión, o en el accionar de la prensa o de entidades intermedias, como sindicatos, cámaras empresarias, corporaciones profesionales, grupos religiosos, etcétera"[25].

Si bien este esquema se encuentra, con distintas variantes, en todos los países –incluso en el nuestro–, en Europa fue, durante muchos años, el único existente, y así se mantuvo hasta la consolidación del control concentrado de constitucionalidad propuesto por Kelsen

22. Bidegain, Carlos María, *Curso de Derecho Constitucional*, T. I, pp. 108/109, T. II, pp. 136/137, Abeledo Perrot, 1994 y 1995.

23. Paulo VI, *Populorum Progressio*, nº 31.

24. Palazzo, Eugenio, "Apuntes sobre las fuentes y las ramas del Derecho ante el título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial", *EDCO*, p. 554, 2012; "Los fueros internacionales y la protección de los derechos", *EDCO*, p. 655, 2010.

25. Bidegain, Carlos, *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., T. I, p. 113.

en la constitución austríaca de 1920 y difundido a partir de la constitución de Bonn de 1949. Es que allí no tuvo mayor aceptación la concepción americana de un Poder Judicial ubicado en el mismo nivel que el Legislativo y el Ejecutivo[26].

Sin duda, el régimen de control librado a la opinión pública y al juego de las elecciones reclama, para que sea eficaz, una desarrollada educación y conciencia política en los pueblos. Aunque esto no constituye una verdadera garantía jurídica, es la más deseable, porque supone una opinión pública alerta y principios constitucionales firmemente arraigados en la comunidad.

Añade el mismo autor: "También la comunidad internacional suele ejercer presión e incluso intervenir directamente, cuando un Estado se aparta de los principios constitucionales receptados por la costumbre o los tratados internacionales, ya sea en punto a criterios de legitimidad de los gobiernos, como en cuanto a su política respecto de las libertades fundamentales de sus habitantes".

Y expone: "Como ejemplo lejano, en el primer tema, puede recordarse la política de intervención de la Santa Alianza, formada en 1815 por Austria, Prusia, Rusia, Gran Bretaña y Francia, que sostuvo a los monarcas contra la rebelión de sus súbditos. Próxima a enviar, a pedido de Fernando VII, tropas a Hispanoamérica, se le opuso la doctrina Monroe, quien declaró que ello sería considerado un acto hostil hacia los Estados Unidos. La presión internacional a favor de los derechos de los individuos nace en la lucha contra la esclavitud, a través del Tratado de París de 1814, entre Francia e Inglaterra, y en el Congreso de Viena de 1815. Durante el siglo XIX, los Estados de Europa Occidental también intervinieron a favor de minorías sojuzgadas por el Imperio Otomano. Las atrocidades de la Segunda Guerra mundial llevaron a las potencias aliadas a reclamar, como uno de sus objetivos, el reconocimiento de la dignidad humana. Diversos documentos internacionales posteriores, a los que ya hemos hecho mención, receptaron esta preocupación. En los últimos tiempos, un tema en el cual la comunidad internacional ejerció una importante presión, que ayudó a encontrar vías de solución, que aún no puede asegurarse que sean definitivas, es el *apartheid* del gobierno de Sudáfrica, es decir, la discriminación de las personas de raza negra en

26. Por eso el control concentrado sitúa al Tribunal Constitucional fuera del Poder Judicial.

esa Nación. También existieron manifestaciones de condena frente a excesos en la lucha antisubversiva, en diversos países latinoamericanos, entre ellos el nuestro; así como esfuerzos de promoción del bienestar, a través de programas de asistencia sanitaria, alimenticia, cultural, etcétera".

3.7. La alternativa más importante para mantener la paz es la Organización de las Naciones Unidas, creada en 1945, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con ese propósito[27]. Sus órganos más relevantes son: (i) la Asamblea General, integrada por todos los países miembros, que puede hacer recomendaciones para mantener la paz y solucionar conflictos, pero cuyas decisiones no son vinculantes; y (ii) el Consejo de Seguridad, cuyas resoluciones sí son obligatorias y que en su inicio contaba con cinco miembros permanentes y seis miembros no permanentes. A los miembros permanentes (EE. UU., Reino Unido, Francia, la Unión Soviética y la República de China) se les otorgó el poder de vetar cualquier resolución a la que se opusieran. Hoy, el Consejo de Seguridad tiene quince miembros, pero los cinco miembros permanentes siguen siendo los mismos, con Rusia ocupando el asiento de la antigua Unión Soviética y China el de la República de China. Y el veto tampoco ha cambiado.

Richard Gowan, director de la ONU para la organización International Crisis Group, recordó: "Fue Franklin Roosevelt quien quiso establecer una organización que vigilaría el mundo después de la derrota de la Alemania nazi. Pero la única forma en que podía lograr que Rusia y otras potencias aceptaran ese acuerdo era si tenían la capacidad de bloquear cualquier acción contra ellos mismos"[28]. A lo largo de los años, países y diplomáticos han sugerido reformar el consejo agregando más miembros permanentes para que refleje mejor la realidad geopolítica contemporánea, o incluso tratar de eliminar el poder de veto. Pero ningún país quiere diluir su poder. Refiriéndose a la invasión a Ucrania, añadió: en teoría, el Consejo de Seguridad "podría imponer sanciones económicas globales aún más

27. Con el mismo objeto había sido creada, al finalizar la Primera Guerra, en 1919, la Sociedad de las Naciones, que no pudo evitar el nuevo conflicto desatado en 1939.

28. Transcripto por Ashley Sernier, en "Por qué la ONU no hace más para detener lo que está pasando en Ucrania", publicado en *CNN*, el 15 de abril de 2022.

amplias a Moscú de lo que ya hemos visto. Técnicamente podría autorizar una acción militar para hacer retroceder a las fuerzas rusas en Ucrania". Pero con Rusia y probablemente China dispuestas a vetar cualquier acción que se tome contra la guerra, el Consejo de Seguridad está estancado.

Los mayores logros se obtuvieron a través de las operaciones para el mantenimiento de la paz. Desde 1948, han sido 71, y actualmente se encuentran activas 12: en el Sahara occidental, Malí, República Centroafricana, Congo, Abyei, Sudán del Sur, India y Pakistán, Kosovo, Israel y Siria, el Líbano, y Oriente Medio. Las tropas que se utilizan se distinguen por sus cascos azules, y son aportadas por Estados miembros.

El uso directo de la fuerza por mandato del Consejo de Seguridad aparece en dos casos: (i) Tras la invasión de Corea del Sur por fuerzas del Norte, el Consejo de Seguridad, en 1950, recomendó a los miembros de las Naciones Unidas que proveyeran a la República de Corea del apoyo que fuera necesario para repeler el ataque armado y restaurar la paz y la seguridad en el área, y creó un comando unificado bajo la autoridad de Estados Unidos. (ii) En el intento de anexión de Kuwait por Irak, la Resolución Nº 678/1990 "autoriza a los Estados miembros que cooperan con el Gobierno de Kuwait para que, a menos que Irak cumpla plenamente para el 15 de enero de 1991 o antes las resoluciones que anteceden, utilicen todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la Resolución Nº 660/1990 y todas las resoluciones pertinentes que la siguieron y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región".

3.8. Pero la más valiosa respuesta para evitar violaciones a los derechos es la judicial. La primera alternativa fue la *justicia universal*, esquema que admite el juzgamiento de delitos por otros Estados distintos a los competentes por el lugar de los hechos o por las personas, en razón de la naturaleza de dichos delitos. Por otra parte, desde hace bastantes años han comenzado a funcionar *tribunales internacionales* que procuran garantizar derechos y evitar o solucionar conflictos[29].

29. Palazzo, Eugenio Luis, "Los fueros internacionales y la protección de los derechos", *EDCO*, p. 655, 2010.

3.9. El origen de la jurisdicción universal se encuentra en la persecución de la piratería, ya desde el siglo XVII, la trata de esclavos (siglo XIX) y la falsificación de moneda (inicios del siglo XX). Posteriormente, se ha extendido a la persecución del genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, *apartheid*, tortura y ciertos actos de terrorismo. Ante estos delitos, cualquier Estado, como integrante de la comunidad internacional, debe proceder a juzgar al delincuente que los haya cometido, cualquiera que sea su nacionalidad y el lugar de ejecución del delito.

En años recientes, el principio de justicia universal ha tenido aplicación efectiva en varios tribunales. En España, ha dado lugar a procesos judiciales por crímenes de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Argentina (previamente al caso "Simón"), Chile, Guatemala y El Salvador, y, a su vez, está siendo utilizado por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal Federal de la República Argentina con relación a crímenes de lesa humanidad cometidos durante la guerra civil española.

Nuestra Constitución admite el principio de la jurisdicción universal en el artículo 118, que prevé que cuando un crimen "[…] se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

La sentencia del día 11 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, en el caso "Bosnia-Herzegovina *vs*. República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)", reconoció expresamente el derecho de los Estados a ejercer la jurisdicción universal en materia de genocidio: no existen límites temporales para la aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y para el ejercicio de su jurisdicción en virtud de dicha Convención, si no existen reservas formuladas a este respecto.

3.10. La jurisdicción internacional (es decir, la confiada a tribunales internacionales) posee previsiones para hacer efectivo el derecho a la paz. Son insuficientes, pero su sola existencia implica un avance. Así, la Convención contra el Genocidio, en su artículo 6º admite el juzgamiento de este delito "ante la corte penal internacional que sea competente respecto de aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción".

El proceso de creación de una jurisdicción penal internacional se origina con los tribunales de Núremberg y Tokio, impuestos por

los vencedores al finalizar la Segunda Guerra Mundial, para juzgar los crímenes de guerra cometidos por alemanes y japoneses. Ellos fueron objeto de diversos cuestionamientos: a) por tratarse de jurisdicciones creadas por los vencedores del conflicto para juzgar los crímenes de las potencias vencidas, sólo representaron una parte de la comunidad internacional; b) no fueron respetados los principios de imparcialidad, objetividad del debido proceso, de legalidad, irretroactividad de la ley penal, tipicidad, y el del juez natural, como los formula el derecho interno. No obstante, la ONU legitimó los principios jurídicos aplicados por dichos tribunales. El acuerdo de Londres, por medio del cual se crearon, distinguió en el ordenamiento jurídico internacional: los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra, y los crímenes contra la humanidad, pudiendo ser acusados los individuos aun cuando alegaran haber actuado como funcionarios del Estado.

Luego, pese a ricos debates de la comunidad internacional, se tardó mucho en avanzar en la instalación de un tribunal permanente. A partir de genocidios cometidos en la ex Yugoslavia y Ruanda, se dispuso la creación de cortes *ad hoc*: el Tribunal Permanente Internacional para la ex Yugoslavia, de 1993; y el Tribunal Permanente Internacional para Ruanda, de 1994. Por su parte, el Tribunal Especial para Sierra Leona, originado en un acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona, fue encargado de juzgar las atrocidades que se cometieron en el territorio de ese país, azotado por varios años de guerra civil a partir de 1996. Al ser producto de un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de ese país, se constituyó como tribunal *sui generis* de jurisdicción y composición mixta, basado en un tratado.

El proyecto de creación de un tribunal internacional permanente para los delitos establecidos en el ordenamiento internacional surgió a mediados del siglo pasado, cuando la Asamblea General de la ONU instituyó una comisión sobre la jurisdicción Penal Internacional, encargada de preparar un proyecto de Estatuto para establecerlo. Dicho proyecto se redactó en 1953, y en diciembre de 1955 la Asamblea General creó un comité preparatorio. Finalmente, en el Tratado de Roma, de 1998, se instituyó la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya. En 2002 su Estatuto entró en vigor; y en 2003 se procedió a elegir a los primeros 18 magistrados. Se encuentran distribuidos en una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y otra Sección de Cuestiones Preliminares.

La Corte tiene competencia respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto, y éstos no prescriben. Ejerce su jurisdicción sobre personas físicas, mayores de 18 años, responsables de la comisión de crímenes de guerra, genocidios, lesa humanidad y agresión. Pueden activarla: a) los Estados Parte; b) el Consejo de Seguridad y c) el Fiscal. Las penas aplicables son la privación de libertad por un período no superior a treinta años, la pena de prisión perpetua en los casos de extrema gravedad del delito y, en forma acumulativa o accesoria, el pago de una multa y el decomiso de bienes producto del delito. La pena de muerte no está admitida por el Estatuto.

3.11. Claro que la intervención de la justicia universal y la de los tribunales que acabo de reseñar procuran castigar y disuadir crímenes que se han cometido, muchos de ellos, en contextos de afectación a la paz, pero no la protegen específicamente a ella. En cambio, la competencia de la Corte Internacional de Justicia[30], de acuerdo con el artículo 36 de su Estatuto, se extiende a los asuntos que le someten los Estados, referidos a: (1) la interpretación de un tratado; (2) cualquier cuestión de Derecho Internacional; y (3) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; todo ello. La guerra obviamente constituye tanto una cuestión de Derecho Internacional, como la violación de una obligación de ese carácter.

Con acierto, pero excesivo optimismo, se ha dicho: "Hemos señalado el papel de la ONU para ir eliminando los posibles focos de conflicto. Su instrumento judicial es la CIJ, que trata que todos los conflictos entre Estados sean resueltos por la vía del Derecho. La tendencia es ir dando a la Corte mayores atribuciones, precisamente para ir despejando las amenazas de violencia. No me sorprendería que en el futuro el Consejo de Seguridad llame a dos Estados en disputa a someterse a la CIJ. Y, más aún, que la Corte adquiera atribuciones para actuar de oficio, es decir, en forma activa, para llamar a los contendores a un juicio. Salvaguardar la paz

30. Fue creada en la Conferencia de San Francisco de 1945, que dio origen a la Organización de las Naciones Unidas, como continuidad de la Corte Permanente de Justicia Internacional nacida en el Tratado de Versalles de 1919.

es la meta de la Humanidad y, por ende, de la ONU, en las décadas que vienen"[31].

4. Hoy

4.1. Mientras escribo esta colaboración existen varias guerras que están dejando centenares de miles de víctimas. La más conocida es la invasión rusa a Ucrania, iniciada el 24 de febrero de 2022, que amenaza con extenderse, llegar a ser la Tercera Guerra Mundial e incluso producir una devastación nuclear. En Etiopía el conflicto comenzó en noviembre de 2020 y ha dejado a 900.000 personas muriendo de hambre, según estimaciones del gobierno de Estados Unidos. Yemen se encuentra en lucha desde 2014 y han muerto 233.000 personas. Myanmar desde el Golpe de Estado de 2021. Siria desde 2011 con más de 380.000 muertos. Militantes islámicos de África intentan dominar zonas de Malí, Niger, Burkina Faso, Somalía, Congo y Mozambique. En Afganistán, luego de la retirada norteamericana, continúa la violencia, con menos virulencia, pero soporta una grave crisis humanitaria. Con relación a varios de ellos, como ya he señalado, el Consejo de Seguridad ha establecido operaciones para el mantenimiento de la paz, cuya presencia es útil como ayuda concreta y como testimonio de la preocupación universal por la paz.

4.2. El 25 de febrero de 2022, es decir, con inmediatez, el Consejo de Seguridad trató de aprobar una resolución que condenaba la ofensiva rusa a Ucrania; requería "el cese inmediato del uso de la fuerza contra Ucrania y que se abstuviera de toda nueva amenaza o uso ilegal de la fuerza contra cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas", que Rusia retirase inmediata, total e incondicionalmente todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas, y reafirmaba el compromiso del Consejo de Seguridad con la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas. Contó con el voto a

31. Sepúlveda Almarza, Alberto, *La Corte Internacional de la Justicia (CIJ) y la Paz Mundial*, Universidad Complutense de Madrid, Comentario UNISCI Nº 79, 2014.

favor de once de los quince miembros del Consejo de Seguridad, y tres abstenciones; pero el veto de la Federación de Rusia impidió su aprobación. No obstante, se siguió procurando, al menos, avances menores en el tema, y el 6 de mayo se acordó una declaración que respalda las labores de mediación del Secretario General, Guterres. Fue una iniciativa de México y Noruega, aprobada por unanimidad (es decir, con el apoyo de Rusia). En ella, los quince países del Consejo de Seguridad expresan su "profunda preocupación" por la situación en Ucrania y recuerdan que todos los países de la ONU tienen "la obligación de resolver sus disputas internacionales por medios pacíficos". Más que por su contenido, tiene relevancia por ser la primera vez desde que arrancó la guerra en que el Consejo logra acuerdo sobre un texto relativo a Ucrania.

La Asamblea General, en cambio, adoptó, el 2 de marzo, una resolución en la que exige a la Federación de Rusia que "retire de inmediato, por completo y sin condiciones todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente". La decisión, patrocinada por más de 90 países, obtuvo 141 votos a favor, 5 en contra, y 35 abstenciones. Ya señalé que las resoluciones de la Asamblea General no son vinculantes, pero reflejan la posición de los 193 Estados miembros de la ONU. Además, el 26 de abril se aprobó una resolución en la que se expresaba que siempre que un país miembro del Consejo ejerza el veto ante una decisión de la Asamblea, se convocará a la totalidad de los 193 Estados que forman parte de la Organización, en un plazo de diez días y estos tendrán la oportunidad de cuestionar la postura ejercida.

El 7 de abril, la Asamblea suspendió la membresía de Rusia al Consejo de Derechos Humanos. Éste había creado, el 4 de marzo, una comisión independiente de tres expertos para investigar las violaciones de Derechos Humanos perpetradas por Rusia en su agresión a Ucrania. La resolución del Consejo, formado por 47 países, fue aprobada ampliamente con 32 votos a favor, 13 abstenciones y únicamente 2 votos en contra. El 12 de mayo, dicho Consejo adoptó una resolución según la cual aumentará el escrutinio del "deterioro de la situación de las garantías fundamentales en Ucrania derivado de la agresión rusa". Antes de la votación, Michelle Bachelet, Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, informó que su Oficina continúa verificando las denuncias de violaciones de las normas internacionales de los Derechos Humanos y del Derecho

Internacional Humanitario en Ucrania, muchas de las cuales pueden constituir crímenes de guerra.

4.3. Por otra parte, la Organización del Tratado del Atlántico Norte, la Unión Europea y otros países han aplicado numerosas sanciones a Rusia, como la expulsión de diplomáticos, el embargo de activos de ella y de sus jerarcas, la paralización de operaciones de diversos bancos rusos, y restricciones a exportaciones fundamentales para su economía. Asimismo, se ha entregado mucho material bélico al ejército ucraniano para ayudarlo en la defensa de su territorio. Es decir que, a las medidas adoptadas en el ámbito de la ONU, se suman represalias impuestas por numerosas naciones, que no están en guerra con Rusia, pero condenan su invasión. Nos hallamos ante el mayor despliegue de medidas de política internacional como control ante violaciones del derecho humano a la paz y de las restricciones humanitarias a la guerra, comparable solamente con el llevado a cabo en el caso del *apartheid* en Sudáfrica.

4.4. El papa Francisco ha señalado: "Desde el principio de mi servicio como obispo de Roma hablé de la Tercera Guerra Mundial, diciendo que ya la estamos viviendo, aunque todavía 'por partes'. Estas partes se han hecho cada vez más grandes, soldándose entre ellas [...] En este momento, hay tantas guerras en acto en el mundo que causan un inmenso dolor, víctimas inocentes, especialmente niños. Guerras que provocan la huida de millones de personas forzadas a dejar su tierra, sus casas, sus ciudades destruidas para salvar sus vidas. Son las muchas guerras olvidadas que, de vez en cuando, reaparecen ante nuestros ojos desatentos. Estas guerras nos parecían 'lejanas'. Hasta que, ahora, casi repentinamente, la guerra ha estallado cerca de nosotros. Ucrania ha sido atacada e invadida. Y en el conflicto, los más golpeados son, desgraciadamente, muchos civiles inocentes, muchas mujeres, muchos niños y muchos ancianos, obligados a vivir en refugios excavados en el vientre de la tierra para evadir las bombas, con familias que se separan porque los maridos, padres y abuelos se quedan para luchar, mientras las esposas, madres y abuelas, tras largos viajes de esperanza, cruzan la frontera para buscar refugio en otros países que las reciben con gran corazón. Ante las desgarradoras imágenes que vemos cada día, ante los gritos de los niños y las mujeres, no podemos más que gritar: '¡Deténganse!'. ¡La guerra no es la solución, la guerra

es una locura, la guerra es un monstruo, la guerra es un cáncer que se autoalimenta devorándolo todo! Es más, la guerra es un sacrilegio, que causa estragos en lo más precioso sobre nuestra tierra, la vida humana, la inocencia de los más pequeños, la belleza de la creación"[32].

También han condenado la invasión personalidades de la cultura, como por ejemplo más de mil escritores, entre ellos varios premios Nobel, que han firmado una carta que la rechaza; se han producido manifestaciones de repudio en muchas ciudades; y prohibido la participación de atletas rusos por diversas organizaciones deportivas internacionales. Ello configura, entonces, la reacción mayoritaria de la comunidad internacional ante el desconocimiento del derecho a la paz.

4.5. En cuanto a la puesta en marcha de controles jurisdiccionales, Ucrania, el 26 de febrero, realizó una presentación ante la Corte Internacional de Justicia, la cual convocó a audiencia a la que no asistió Rusia, y el 16 de marzo, adoptó medidas previsionales: ordenó a Rusia suspender de inmediato todas sus operaciones militares iniciadas en el territorio de Ucrania; que ninguna de sus unidades armadas militares o grupo irregular, organización o individuo que pudiera estar apoyando promueva acciones militares relacionadas con la incursión rusa en cuestión, ellas por trece votos a favor y dos en contra; y, por unanimidad, que ambas partes deben abstenerse de cualquier acción que pueda agravar o extender o dificultar la disputa. Rusia rechazó el fallo argumentando que no había consentido la jurisdicción de la Corte en el caso.

La persecución por crímenes de guerra ha tenido un primer avance en el juicio iniciado el 13 de mayo, en Kiev, contra un sargento ruso de 21 años, al que se lo condenó a cadena perpetua, acusado de matar a un civil de 62 años con un disparo desde un auto que acababa de robar.

Por su parte, ya a inicios de marzo, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional inició una investigación. El fiscal jefe Karim Khan dijo: "Existen motivos razonables para creer que se han cometido crímenes que entran bajo la jurisdicción del tribunal. Debemos atra-

32. Papa Francisco, *Contro la guerra. Il coraggio di construire la pace*, Solferino y LEV, 2022.

vesar la niebla de la guerra para llegar a la verdad"[33]. También existen propuestas de crear un tribunal internacional especial.

No sabemos cuánto durará esta guerra, ni si se extenderá, ni su resultado; y tampoco si los mecanismos jurisdiccionales puestos en marcha por la comunidad internacional, o las presiones que ejercen países y alianzas serán eficaces, y en qué medida; pero sí advertimos que al despejarse estos interrogantes nos hallaremos ante un mundo distinto. Ojalá que sea un mundo que haya reafirmado al Derecho como camino hacia la paz.

5. Algunas conclusiones

5.1. El sufrimiento de muchos y el miedo de todos, originados en la guerra, se han añadido a las graves preocupaciones mundiales por el hambre, la desigualdad, las discriminaciones, la salud ante la pandemia, el cambio climático, los riesgos de la transformación tecnológica, y los nuevos desafíos morales. Cada uno de estos retos, al ser propios de la vida en sociedad, requiere respuestas jurídicas. Y al Derecho, a sus más sanos y brillantes operadores, se los ve haciendo esfuerzos, pero desbordados. En el tema que he elegido para conmemorar los 60 años de El Derecho, se ha hecho mucho, pero aún falta mucho.

En primer lugar, corresponde que todos (individuos y comunidades) asumamos que tenemos derecho a la paz. Así como lo creemos de la salud, del ambiente sano, de las condiciones dignas de trabajo, y reaccionamos cuando no se los protege o se los niega. Las dificultades en focalizar al titular de un derecho, o a sus medios de protección, e incluso la frecuencia y gravedad de sus violaciones, no pueden conducir a negarlo, sino a esforzarnos para lograr su vigencia.

A partir de la segunda posguerra se han ampliado los derechos reconocidos en constituciones, y esos nuevos derechos se han incorporado a acuerdos entre naciones, pues se adquirió cabal conciencia de que la única manera de protegerlos era a través de una mejor organización de la comunidad internacional. También los progresos

33. Ver Khan, Karim, disponible en: euronews.com (fecha de consulta: 18/4/2022).

tecnológicos, la multiplicación de los intercambios y la ecología requieren, cada vez, respuestas de ella.

Esto implica la necesidad de afinar los mecanismos de control ante el quebrantamiento de derechos. La multiplicación y eficacia de las medidas institucionales, políticas, comunitarias y jurisdiccionales pueden contener el retroceso de la paz. Necesitan hacerlo pues las armas actuales causan daños mucho más graves, e incluso pueden destruir buena parte de la vida en nuestro planeta.

5.2. Como cualquier otro derecho, el de la paz no es absoluto, admite límites. Claro que, hoy, mucho más restringidos que los recordados para la *guerra justa* que he reseñado. La legítima defensa ante agresiones es la única justificación posible de ella. Y, aún en ese caso, la razonabilidad, la proporcionalidad de la respuesta, sigue siendo exigible; como también lo son el respeto a los no combatientes, la ayuda al enemigo herido, el buen trato al vencido, y la prohibición del uso de armas que provoquen efectos indiscriminados, o prolonguen sus consecuencias por tiempos excesivos.

En los enfrentamientos internos de un país, y en las agresiones de grupos externos, la mirada debe ser menos permisiva, aún. Rige el ordenamiento jurídico del país agredido, que no tiene los impedimentos del Derecho Internacional, ya analizados; pero sí condicionantes políticos, que pueden frustrar soluciones justas o equitativas[34].

Los derechos se concatenan, se retroalimentan unos a otros. Así, para poder comerciar, tiene que existir libertad de tránsito; para tener salud, se requiere vida, un ambiente sano, la libertad de investigar y el reconocimiento a quien lo hace; para trabajar, que haya empresas que den trabajo; y se podría seguir. La paz es uno de esos derechos que sostiene a los demás, pues sin ella se deterioran o pierden, como ya señalé, el derecho a la vida, a la salud, al ambiente, a la educación, y muchos otros. Hoy la prioridad es la paz.

34. Con referencia a los enfrentamientos en nuestro país, en los años setenta, y sus consecuencias judiciales y políticas, di mi opinión en "La unión y la paz que reclama el preámbulo", en *La Nación dividida*, compilado por Santiago Sinópoli, Alberto Crinigan y Guillermo Palombo, Lilium, 2019.

PROLEGÓMENOS AL ESTUDIO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO. CON REFERENCIA ESPECIAL AL PERSONAL DE SANIDAD

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO*

A la memoria del padre Cristian Ramírez.

SUMARIO: Introducción. 1. El sentido ético de la función pública: el servicio. 2. El deber de obediencia frente al derecho de objeción de conciencia. 2.1. La normativa. 2.2. El contenido y los límites del deber de obediencia. 2.3. La sujeción a un régimen jurídico, ¿impide cuestionarlo ulteriormente? 3. La objeción de conciencia. Contenido y alcance. 3.1. La actualidad de la objeción de conciencia. 3.2. El contenido de la objeción de conciencia. 4. La objeción de conciencia en el derecho positivo. 4.1. En el derecho comparado. 4.2. En el Derecho argentino. 5. Conclusiones (parciales).

Introducción

En otros tiempos exponer sobre el deber de obediencia de los funcionarios públicos no daba lugar a mayores debates: las órdenes legales o que reunían las formalidades legales había que cumplirlas. El conflicto, poco debatido en un principio, se daba cuando se estaba en presencia de los objetores de conciencia. Y ellos aparecían en el

* Director de El Derecho Administrativo, Profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA).

caso de los objetores al cumplimiento del servicio militar obligatorio (por lo general, "Testigos de Jehová"), quienes se negaban a vestir el uniforme militar, a jurar a la bandera, y, mucho menos, a usar armas. Si se indaga en los textos tradicionales del Derecho Administrativo o del Derecho Constitucional, de nuestro país y del extranjero, la objeción al servicio militar era prácticamente la única objeción tratada.

Hoy en día no se dan, al menos en la República Argentina, tales objetores, puesto que el servicio militar obligatorio está suspendido, *pero no se ha suprimido*[1]. Sin embargo, surgen otros objetores sobre un tema más delicado y profundo: la objeción de conciencia de los empleados públicos que cumplen servicios de atención a la salud, ello es, médicos, enfermeros, auxiliares diversos, laboratoristas, etc., que se niegan a participar de distintas formas en la realización de abortos (eufemísticamente se los rotula como "interrupción voluntaria del embarazo"), o hasta la eutanasia, que a Dios gracias todavía no se implantó en nuestro país (pero no hay que dudar que en algún momento se pretenderá imponerla, como ocurre en algunos países de Europa, entre ellos, España).

Quizás la situación sea menos dificultosa en los casos de la actividad privada, aunque perfectamente puede darse. Este aspecto no será aquí considerado, dado que su órbita está, aparte de la moral profesional, en el campo del Derecho Laboral y del Penal (por ejemplo, cuando un médico se niega a realizar un aborto en una clínica privada). En el tratamiento del tema[2], he considerado necesaria

1. Por el Decreto Nº 1.537/1994 se instituyó el "régimen para el personal de soldados profesionales". Poco después se dictó la Ley Nº 24.429, promulgada de hecho en enero de 1995, que reguló el "servicio militar voluntario", y fue reglamentada por el Decreto Nº 978/1995. Pero, como indico en el texto, *el servicio militar obligatorio no fue suprimido*. En efecto, el artículo 19 de la Ley Nº 24.429 establece: "En el caso excepcional que no se llegaran a cubrir con soldados voluntarios los cupos fijados de acuerdo con el artículo 3º, *el Poder Ejecutivo podrá convocar*, en los términos establecidos por la *Ley Nº 17.531*, a los ciudadanos que en el año de la prestación cumplan 18 años de edad y por un período que no podrá exceder de un año. Para realizar la convocatoria el Poder Ejecutivo *deberá previamente requerir la autorización por ley del Congreso Nacional*, expresando las circunstancias que motivan la solicitud y las razones por las cuales no pudieron cubrirse los cupos pertinentes" (énfasis añadido).

2. Que se basa en el trabajo que, con el título "El deber de obediencia en el empleo público y la objeción de conciencia. Con referencia especial al personal de sanidad", presenté al Congreso Iberoamericano de la Función Pública, realizado los días 6, 7 y 8 de octubre de 2021 en la ciudad de Montevideo. Dicho Congreso

la exposición de cuestiones que conducen a su encuadre, como es el sentido ético de la función pública[3] y sus características, de manera tal de permitir el direccionamiento hacia el deber de obediencia, que considero la necesaria puerta de ingreso a la objeción de conciencia del personal de sanidad.

Lógicamente –y de allí el título–, es un trabajo introductorio a un apasionante pero delicado tema, en el que los matices morales y de ética profesional están en juego. Por ello estas son sólo pautas o tópicos iniciales a su estudio.

1. El sentido ético de la función pública: el servicio

a. El empleado o funcionario público (más allá de las distinciones que se han hecho) es un servidor de la comunidad. En otros términos, las personas, los habitantes, ciudadanos o administrados (cualquiera fuere la denominación genérica que se elija) son aquellos a quienes la Administración sirve[4], y no simplemente, como se puede llegar a creer, las personas sujetas a ella. De esta manera, la persona no es un "instrumento" al servicio del Estado, sino que éste se presenta ante la comunidad como una organización a su servicio.

La acción estatal, pues, es vicarial, está al servicio de sus súbditos. Por ello el Papa Francisco, hablando del poder, nos dio esta clave: "El verdadero poder es el servicio". Esta expresión, manifestada de diversas formas, la ha repetido desde que él era Arzobispo primado ante los presidentes argentinos. Así, en el Te Deum del 25 de mayo de 2001, dijo ante el presidente Fernando de la Rúa: "El poder es servicio. El poder sólo tiene sentido si está al servicio del bien común".

---

llevó el título "Presente y futuro de los funcionarios públicos en Iberoamérica". Las exposiciones fueron publicadas con el mismo título del Congreso por *La Ley* Uruguay, en 2021. Mi trabajo está inserto en las pp. 393 a 422. El presente aporte es una actualización y modificación parcial de aquél.

3. Aclaro que considero términos sinónimos funcionario, agente o empleado público; sin perjuicio de que en ciertos estatutos o regímenes especiales se pudiere hacer alguna diferenciación.

4. Ver González Pérez, Jesús, "El administrado", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1966. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Tecnos, 1999, pp. 17 y sigs.

Tal pensamiento no tiene sólo valor moral, sino político-jurídico.

b. Por lo tanto, si se aplica la clásica teoría del órgano para explicar la relación funcional entre el Estado y sus agentes[5], bien puede decirse que éstos ponen en práctica esos valores y principios que guían y sostienen la acción estatal. Los que en definitiva personifican a ésta. Y, por ser así, desde un punto de vista moral deberían actuar conforme los valores y principios superiores. (Ciertamente, no pretendo ser ingenuo ante la corrupción galopante que se aprecia, en mayor o menor grado, en todos los países. Pero ello no nos debe conducir a resignar de la lucha contra dicho flagelo. Al tratar la corrupción, es nuestro deber insistir en la ética.)

Y aquí viene el punto: ¿cómo se supone que debe actuar el empleado público, si no es conforme el deber de observar un comportamiento digno y moral en su función, aún fuera del servicio? Ello es sin duda un deber fundamental, que se transmite primera y principalmente en el desempeño de la función. El comportamiento privado puede tener su incidencia, que hasta en ciertos casos podría encuadrarse en el campo disciplinario. Sin embargo, en el ejercicio de la función el agente puede verse ante situaciones que violenten sus creencias o principios morales, y aquí aparecen los conflictos de conciencia.

c. Lo que hay que tener en claro es que, desde hace tiempo, el empleado público, en su concepción moral, ha dejado de ser visto como un ser mecánico que cumple las órdenes que se le imparten y que se ajusta al cumplimiento normativo textual y reglamentario de sus deberes. Y la visión sesgada que menciono lo era sin tener en cuenta, del lado estatal, la persona en sí del empleado, y, del lado de éste, que el cumplimiento de su función no sólo se ciñe al cumplimiento estricto, *literal*, de lo que las normas le imponen[6].

5. Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, pp. 230 y sigs., La Ley, 13ª ed., 2021. Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Abeledo Perrot, 2012, pp. 205 y sigs.

6. Ejemplo típico de ello en nuestro país se da cuando como una forma de huelga se utiliza el denominado "trabajo a reglamento", que supone un ajuste estricto a un indefinido cumplimiento de las normas estatutarias. Creo que ello es la demostración de los extremos a los que lleva tal estrictez o "positivismo" en la interpretación de las normas legales o reglamentarias.

Para todos aquellos que hemos sido en distintos momentos de nuestra vida de actuación estatal funcionarios de la Administración o magistrados judiciales, sabemos bien que nuestros deberes no se limitan a dicho cumplimiento estricto y puntual de la normativa positiva (cifrada, por ejemplo, en el cumplimiento del horario de entrada y salida), sino también al de aquellos deberes que están ínsitos en esa normativa, o que surgen del menester mismo en que se está situado.

El funcionario está siempre al servicio del interés general o bien común –desde una perspectiva más profunda. Con sus palabras siempre luminosas, Messner escribió que "el interés general es el supremo principio axiológico de la ética de la responsabilidad [donde encuadra el autor el estudio del 'funcionario'], o lo que es igual, principio ordenador y regulador de la actuación general en el campo de la vida pública y social"[7]. Agrega seguidamente el autor que "[t]oda responsabilidad es responsabilidad moral, porque tanto su fundamento como su medida se evidencian a partir de la 'naturaleza de la cosa', esto es, a partir también de la naturaleza del hombre"[8].

Me remito a las palabras certeras del profesor Delpiazzo: "[…] en el ámbito de la función administrativa, son necesarias la generosidad, la fortaleza, el optimismo, la perseverancia, el orden, el respeto, la sinceridad, la lealtad, la laboriosidad, la paciencia, la justicia, la obediencia, la humildad y el patriotismo.

El reverso de la moneda de cada una de esas virtudes es un defecto y es necesario no acostumbrarse a esos vicios, sino luchar personal y colectivamente contra ellos. Tolerar la deshonestidad, la debilidad, el pesimismo, la falta de fijeza, el desorden, la falsedad, la deslealtad, la pereza, la injusticia, la desobediencia, la soberbia y la 'viveza criolla' desemboca en la corrupción"[9].

7. Messner, Johannes, *El funcionario*, p. 326, Rialp, 1962.

8. Messner, *El funcionario*, ob. cit., p. 327.

9. Delpiazzo, Carlos E., "El Derecho Administrativo como garante de la ética pública", *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, pp. 499 y sigs. 4.

2. El deber de obediencia frente al derecho de objeción de conciencia

La naturaleza jurídica del empleo público ha dado lugar a una amplia bibliografía, que no estudiaré aquí para seguir las limitaciones impuestas para estos aportes doctrinarios[10]. Recuerdo, empero, que en doctrina se sigue discutiendo si se está en presencia de una relación contractual o reglamentaria o estatutaria; mas de seguirse uno u otro criterio, el encuadre general sería el mismo.

Sin embargo, si se entiende como una relación de especial sujeción, el resultado podría ser distinto –o peor– para el agente. Al mismo tiempo, si se aplicara la doctrina de que el sometimiento a un estatuto o régimen jurídico impide cuestionarlo ulteriormente, la consecuencia sería que el agente no podría invocar la objeción. Más abajo, en el punto 2.3., expondré sobre esto último.

Frente a lo dicho en los párrafos anteriores, corresponde ahora tratar cuál es el contenido del deber de obediencia, y con qué alcance se lo puede exigir a los objetores.

2.1. La normativa

En el empleo público aparecen por lo general deberes que están próximos en los distintos textos, que son el de la prestación del servicio con responsabilidad, observancia del ordenamiento jurídico y, de consuno con éste, el de cumplir las órdenes impartidas. Como modelo normativo, cito la Ley Marco de la Relación de Empleo Público Nacional Nº 25.164 –entre otras normas similares en los distintos ámbitos específicos de nuestro país–, que establece, en lo pertinente:

> "Art. 23. - Los agentes tienen los siguientes deberes […]:
> a) Prestar el servicio personalmente, encuadrando su cumplimiento en principios de eficiencia, eficacia y rendimiento laboral, en las condiciones y modalidades que se determinen.

10. Para mayor profundización sobre este panorama particular, me remito a la obra de Ivanega, Miriam Mabel, *Las relaciones de empleo público*, pp. 89 y sigs., La Ley, 2009.

b) Observar las normas legales y reglamentarias y conducirse con colaboración, respeto y cortesía en sus relaciones con el público y con el resto del personal.
[…]
d) Respetar y hacer cumplir, dentro del marco de competencia de su función, el sistema jurídico vigente.
e) Obedecer toda orden emanada del superior jerárquico competente, que reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de actos de servicio compatibles con la función del agente".

En dicho artículo se advierte, por un lado, la presencia del deber de cumplimiento responsable del respectivo menester del empleado público, el cual *no constituye el mero cumplimiento formal de la actividad.*

Mas, por otra parte, el deber de obediencia no se limita al inciso *e)*, sino que para el agente supone una *observancia del ordenamiento jurídico*, que debe cumplirlo él y *exigir que lo cumplan las personas que le dependan*.

2.2. El contenido y los límites del deber de obediencia

En la norma transcripta precedentemente queda claro que:

1º la orden debe emanar del superior *competente*; es decir, no cualquier otra autoridad de quien depende el agente;
2º debe reunir las formalidades del caso; pero entiendo que no es la mera forma, sino reunir los *requisitos esenciales* del acto administrativo (la orden lo es): forma y contenido;
3º el fin o finalidad propia a que debe apuntar el acto es la realización de *actos del servicio*, y
4º que sean *compatibles con la función del agente*.

a. El deber de obediencia en el empleo público consiste en cumplir las *órdenes legales* impartidas por las autoridades jerárquicas y competentes, dentro del marco de la juridicidad, y no en forma ciega[11].

11. Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo, *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., T. II, p. 1003, 2012.

Puede, asimismo, agregarse que el deber de obediencia conjuga con la idea del deber de observar el cumplimiento de las normas que regulan el respectivo menester del agente público. No me referiré aquí a las distintas fórmulas que se elaboraron en torno al deber de obediencia cuando se imparte una orden que el agente objeta; sólo mencionaré las siguientes:

(i) la *teoría de la reiteración*, con lo cual se supondría que con ella se diluiría la responsabilidad del agente;
(ii) la *teoría de la legalidad formal*, con lo cual si el acto o deber cumple externamente con la juridicidad el agente debería cumplir con el cometido impuesto; y
(iii) la *teoría de legalidad formal y sustancial*, que es la más aceptada[12].

b. Ahora bien, aquí concurre un aspecto vinculado al tema tratado: ¿qué ocurre frente a la oposición que formula el agente de que la orden o el dispositivo regulatorio afecta sus creencias? Precisamente, Bielsa[13], al señalar que "[l]a obediencia tiene sus límites racionales", destacó en una nota de su tratado la posición del jurista suizo, profesor de Heidelberg, Bluntschli, quien sostuvo algo que, pese a los años que tiene lo escrito, es de profunda actualidad, y que reproduzco de su traducción original:

"La obediencia debida no puede obligar jamás al funcionario a violar los *principios superiores de la religión o de la moral*, o a hacerse cóm-

12. Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. III, pp. 264 y sigs., La Ley, 6ª ed., 1964. Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho Administrativo*, T. III, Tipográfica Editora Argentina, 1951. Diez, Manuel María, *El deber de obediencia en la función pública*, pp. 44 y sigs., Valerio Abeledo-Editor, 1951. Id., *Derecho Administrativo*, pp. 554 y sigs., Plus Ultra, 2ª ed., 1979. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, pp. 227 y sigs., Abeledo Perrot, 4ª ed., 1994. Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo, ob. y lug. cit. Ramayo, Raúl Alberto, "La obediencia debida en el Código de Justicia Militar", *Boletín Jurídico Militar* Nº 14, pp. 9 y sigs. Más recientemente, el trabajo de Comadira, Fernando Gabriel, "La jerarquía como principio de la organización administrativa", *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, t. 2018, pp. 582 y sigs., muy esp. punto 3. García Pullés, Fernando (Director); Bompland, Viviana y Ugarte, Marcelo (colaboradores), *Régimen de empleo público en la Administración Nacional*, pp. 223 y sigs., Lexis Nexis, 2005.

13. Bielsa, ob. y lug. cits., p. 275, nota 49.

plice de un crimen. Los actos culpables jamás son un deber. *No puede exigirse del funcionario lo que el hombre debe rehusar por derecho natural; el creyente, por la religión; el ciudadano, por las leyes del Estado*" (el énfasis me pertenece)[14].

Este párrafo, plasmado hace más de ciento cuarenta años, que, como dije, ostenta actualidad notable, permite dar paso al siguiente tópico.

2.3. La sujeción a un régimen jurídico, ¿impide cuestionarlo ulteriormente?

En primer lugar, como se describió más arriba, se ha sostenido que el empleo público constituye una relación de especial sujeción. Esta categoría jurídica puede considerarse que está en su ocaso, como lo ha destacado la doctrina, por lo cual no me extenderé en el tópico[15]. Pero también destaqué allí la incidencia –y el peligro– que podría tener la doctrina conforme a la cual el sometimiento a un estatuto o régimen jurídico impide cuestionarlo ulteriormente.

a. Hay un viejo clisé zurcido por nuestra Corte Suprema hace casi cien años, que nos dice:

> "El voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, sin expresa reserva, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional".

¿Podría oponerse frente a la oposición de la objeción de conciencia?

La cita de los fallos en que se aplicó es casi innumerable[16], sin contar las de los tribunales inferiores[17].

14. Bluntschli, Johann Kaspar, *Derecho Público Universal. Parte primera. Teoría General del Estado*, Tomo I, p. 444, F. Góngora y Compañía editores, 1880.

15. Me remito, asimismo, a mi trabajo citado en la nota 2, particularmente en lo referido a las relaciones de especial sujeción.

16. *Fallos*: 149:137; 170:12; 175:262; 184:361; 202:284; 205:165; 241:162; 271:183; 279:350; 297:236; 300:147; 304:1180; 316:1802; 322:523; 325:1922.

17. Me remito a la lectura del excelente trabajo de Julio Pablo Comadira, "Reflexiones sobre la teoría del sometimiento voluntario a un régimen jurídico

b. Ese mero clisé, volcado secamente, significaría, en principio, que ninguna oposición u objeción podría sostener el agente. Sin embargo, la propia Corte, entre otros casos, sostuvo que el enunciado del "voluntario sometimiento" –que implica una conducta deliberada y, por tanto, eficaz–, por su generalidad, no puede soslayar precisiones o matices, como por ejemplo precisó la Corte Suprema en el precedente "Llosco"[18]. Allí, con cita del caso "Cubas"[19], sostuvo que el actor,

> "al invocar determinados preceptos, no renuncia tácitamente al derecho de impugnar aquellos otros que se le opongan y que conceptúe contrarios a la Constitución o leyes nacionales o tratados con las naciones extranjeras. Un código, una ley o un reglamento […] pueden contener preceptos nulos que no invalidan el resto del estatuto ni inhabilitan a los interesados para amparar en éstos sus pretensiones, salvo que entre unos y otros exista interdependencia o solidaridad inexcusable".

Es decir, el principio, o clisé, no es tan estricto o automático, como en algunos pronunciamientos jurisprudenciales ligeramente se lo citó. En el meritorio aporte de Julio Pablo Comadira sobre el tema[20] –donde se puso el acento en la prevalencia del principio de juridicidad sobre el del efecto que supondría el sometimiento a un régimen legal–, se ha hecho abundantísima mención de los casos donde fue dejado de lado. Me remito a su provechosa lectura, en aras de no perjudicar la extensión de este trabajo.

c. Creo, consecuentemente, que este clisé no es aplicable u oponible, en la medida en que existen valores o principios de superior entidad que válidamente lo desdibujan en su contenido jurídico.

---

como límite al control de constitucionalidad o juridicidad", *Estudios de Derecho Administrativo*, pp. 53 y sigs.

18. *Fallos*: 330:2696, 2007.
19. *Fallos*: 175:262, 1936.
20. Comadira, Julio Pablo, art. cit.

3. La objeción de conciencia. Contenido y alcance

Como dije al principio, tradicionalmente la objeción de conciencia estuvo residenciada en el cumplimiento del servicio militar obligatorio. El padre Leclercq desarrolló casi exhaustivamente la historia y la situación, en la época en que escribió su trascendental obra[21], y puso en claro las distintas posiciones, aún dentro del catolicismo, sobre la obligación forzosa de la actividad militar. En la doctrina francesa también se hacía referencia al servicio militar cuando se trataba la objeción de conciencia[22]. En nuestro país, la cita de los casos "Portillo"[23] y "Bahamondez"[24] ha sido corriente por quienes expusieron el tema[25].

3.1. La actualidad de la objeción de conciencia

Hoy en día, se adelantó, existen otros casos de objeciones de conciencia muy particulares, por ejemplo, como ocurre en Alemania, donde en determinadas situaciones los padres se niegan a que a sus hijos se les imparta cierto tipo de educación sexual que dan en las escuelas públicas. En estos casos, los jueces hasta se han manifestado diciendo que mientras los hijos estuvieran en la escuela, pertenecen

21. Leclercq, Jacques, *Derechos y deberes del hombre, según el Derecho Natural*, pp. 110 y sigs., Herder, 1965. Aclaro que corresponde a la traducción del Tomo IV de la obra de dicho autor: *Leçons de droit natural*, T. IV, "Les droits et devoirs individuels", Wesmael-Charlier, 1955.

22. Rivero, Jean, *Libertés publiques*, Tome 2, "Le'regime des principales libertés", pp. 165 y sigs., Presses Universitaires de France (PUF), 1977.

23. *Fallos*: 312:496 (1989). Se trataba el caso de un Testigo de Jehová que no quería hacerse una transfusión de sangre por motivos religiosos. En realidad, el tema, al momento de dictar sentencia la Corte, se había tornado abstracto porque la transfusión no era necesaria. No obstante ello, dentro de quienes votaron por declarar la inoficiosidad de pronunciarse sobre el tema de fondo, dos jueces, los ministros Fayt y Barra, hicieron un largo *obiter* sobre la materia. La sentencia se emitió con cinco votos en el sentido indicado, y cuatro disidencias.

24. *Fallos*: 316:479 (1993).

25. Entre ellos, aparte de las obras de Portela y Navarro Floria, que se citan más abajo, ver el estudio para dichos casos y otros sobre la libertad de culto y la objeción de conciencia en: Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, T. I, pp. 231 y sigs., y 461 y sigs., La Ley, 5ª ed., 2018.

al Estado. En algunas ocasiones los padres fueron multados, y en otras, fueron sancionados con cárcel por una semana[26].

En los Estados Unidos el presidente Biden –¿católico?; por lo menos está bautizado en el catolicismo, pero en algunos hechos no lo parece– ha insistido en la *executive order* del presidente Obama, por la que se imputa el delito de "discriminación basada en el sexo" al personal de la salud que se niegue a realizar operaciones denominadas "transgénero"[27].

Como se puede apreciar, el tema es actual, vigente y, en algunos casos, grave.

3.2. El contenido de la objeción de conciencia

a. Como prolegómeno a este tópico, creo que las palabras del profesor Alberto Sánchez son elocuentes parar resaltar el valor de la conciencia, de la buena conciencia: "El hombre de bien escucha su conciencia, en la que resuenan los ecos de una ley que el hombre mismo sabe que no proviene de él. A la luz de esa ley, guiado por la voz de su conciencia, el hombre juzga críticamente las posibilidades de su obrar, confrontando cada una de ellas con la verdad en la cual cree. Al elegir un camino de entre varios posibles, si esa elección es correcta conforme al dictado de su conciencia, si ésta es recta, la persona humana se plenifica, porque pone en obras la verdad en la que cree. […] Por todo ello, no es lícito, ni moral ni legalmente, obligar a una persona a realizar actos en contra de su conciencia o impedirle que lleve a cabo aquéllos que ésta le dicta. Ello implica la peor forma de violencia contra la persona, porque afecta la totalidad del ser"[28].

26. Extraída la información del sitio www.infocatolica.com, del 14/12/2009.

27. Otro ejemplo fue en Australia, con el caso del mayor del ejército Bernard Gaynor, de religión católica, condecorado por su actuación profesional en las tres misiones que cumplió en Oriente Medio, que fue separado por negarse a participar, como militar, en una marcha del LGBT, luciendo su uniforme militar. Es un derecho manifestar legítimamente una opinión o idea de un grupo determinado, como los LGBT; pero otra muy distinta *obligar* a participar en una marcha en la que se expresa una idea contraria a la conciencia de la persona obligada.

28. Sánchez, Alberto, "La objeción de conciencia en el agente estatal", *Desafíos del Derecho Administrativo contemporáneo*, Tomo I, pp. 283 y sigs., Ediciones Paredes, 2009.

b. La objeción de conciencia consiste –por vía de principio– en asumir una posición no violenta frente a una situación o el cumplimiento de un deber impuesto fundamentalmente por una norma positiva. Podría decirse que es simplemente negarse a cumplir la orden o el deber normativo, por una causa que tiene un fundamento moral. Por su precisión, se ha dado un concepto bastante orientador en el tema: "[…] la objeción de conciencia consiste en el incumplimiento de una obligación impuesta, fundado en serios motivos de conciencia que responden a íntimas convicciones ideológicas, religiosas o filosóficas"[29].

c. La objeción de conciencia enfrenta al objetor entre la norma, individual o general, que le impone un deber que entra en colisión con su conciencia. El objetor, entonces, no va contra el sistema jurídico positivo (que sería una desobediencia revolucionaria), ni contra determinadas instituciones jurídicas (que sería la desobediencia civil), sino contra la obligatoriedad que impone una norma, que afecta su conciencia. Tampoco pretende la exoneración del deber, sino la sustitución por otro deber social, aún más oneroso[30].

   Un objetor de conciencia, en las distintas modalidades que pueda tener, no pretende suprimir violentamente un estado de cosas, sino el mero respeto de su posición ideológica. Como escribió Portela, "el objetor no plantea un acto de protesta: solamente requiere de los demás que no se le exija hacer algo que moralmente no está en condiciones de realizar. Por ese motivo, la legislación ha sido más benévola con el objetor de conciencia que con el desobediente civil, máxime teniendo en cuenta que el área de las libertades religiosas (que es donde más comúnmente se plantean los supuestos típicos de objeción de conciencia) posee una especial zona de protección en el ámbito del Derecho Constitucional"[31]. De consuno con dicha particularidad, Navarro Floria –en un muy importante aporte

29. Llanos, Fernando Sebastián, "La objeción de conciencia: su reconocimiento normativo y sus alcances", *El Derecho – Constitucional*, del 2/7/2020.

30. Soriano, Ramón, *Las libertades públicas*, pp. 24-25, Tecnos, 1990.

31. Portela, Jorge Guillermo, *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, p. 157, Educa, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2ª ed., 2015. En el mismo sentido, Navarro Floria, Juan G., *El derecho a la objeción de conciencia*, pp. 31 y sigs., Ábaco, 2004.

en la doctrina nacional– escribió que la objeción de conciencia importa un carácter individual, que no busca la nota pública que, en principio, sería propia de la resistencia y de la desobediencia civil[32]. Que el acto de objeción pueda exteriorizarse en presencia pública no altera dicha nota. El objetor no busca formular una manifestación política, sino exteriorizar su posición religiosa o moral.

4. La objeción de conciencia en el derecho positivo

Hay en este punto un aspecto que podría ser contradictorio, puesto que la objeción de conciencia, por vía de principio, es algo semejante a la negativa que vemos, y es clásica, en la obra *Antígona*, de Sófocles, cuando Antígona se niega a cumplir una ley que ella considera que se opone a una ley superior a la humana[33].

Es decir, hay *objeción de conciencia propiamente* dicha cuando en el ordenamiento no es ella contemplada. La que se ha denominado *objeción de conciencia impropia* sería la que está consagrada legalmente[34].

Empero, se la mencione o no en la normativa, la objeción de conciencia no dejará de existir. *Es un derecho de la persona*.

4.1. En el derecho comparado

Se expondrá tanto la normativa vinculada con la objeción de conciencia en general, como con la referida al aborto. Salvo mención aclaratoria, me ceñiré a los textos internacionales que tienen

32. Navarro Floria, *El derecho a la objeción de conciencia*, ob. cit., pp. 36 y sigs.

33. Ello se muestra en la respuesta elocuente de Antígona a Creonte: "No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron" (Sófocles, *Antígona*, Nº 450-455).

34. Navarro Floria, *El derecho a la objeción de conciencia*, ob. cit., pp. 32 y sigs. Ver, también, Franck, María Inés, "El derecho a la objeción de conciencia en la Argentina y en América", *El Derecho – Revista de Derecho Administrativo*, Tomo 2015, p. 603.

jerarquía constitucional en nuestro país, conforme lo que establece el artículo 75, inciso 22, párrafo segundo de nuestra Constitución Nacional.

a. El Preámbulo de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, en su tercer párrafo, contiene una norma que es sintomática para este tema:

> "Los deberes de orden jurídico *presuponen otros, de orden moral*, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan" (énfasis agregado).

Hay algo así como un primer paso para habilitar la objeción de conciencia, aunque no hace en concreto referencia a ella, sino que se concreta la protección a la libertad religiosa y de culto (art. I). No obstante, su alcance, para la época de la Declaración (1948), podría estar amenguado por el "deber de obediencia a la ley" (art. XXXIII) y el de servir a la comunidad y a la nación, entre ellos, el servicio militar (art. XXXIV).

b. En la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, del año 1948, también se reconoce en el artículo 18 el "derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión".

c. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, del año 1966, contiene una norma análoga en su artículo 18, punto 1, pero tiene un acotamiento en el punto 3 que podría entenderse como una limitación a la objeción de conciencia:

> "La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

d. En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, o Pacto de San José de Costa Rica, del año 1969, se lee, en el artículo 1º, punto 1:

> "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin

> discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

A su vez, en el artículo 12, con el epígrafe *Libertad de conciencia y de religión*, se establece:

> "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
> 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
> 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás".

Como puede apreciarse, una interpretación contraria al alcance de la objeción de conciencia podría ser esgrimida utilizándose como argumento el contenido restrictivo del punto 3 del artículo.

Por su importancia, conviene citar también, como lo destaca la profesora Franck, la *Resolución Nº 1.987/1946* de la entonces Comisión de Derechos Humanos (reemplazada desde el 2006 por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas), que reconoció

> "que la objeción de conciencia al servicio militar deriva de principios y razones de conciencia, incluyendo convicciones profundas procedentes de motivos religiosos, éticos, morales o similares", y exhortó "a los Estados a reconocer que la objeción de conciencia al servicio militar debe considerarse como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

Evidentemente, aunque en esa oportunidad se haya referido al servicio militar, la Comisión dio una interpretación valedera en cuanto a la sustancia y basamento de la objeción de conciencia.

e. Fuera del ámbito americano, y aunque no pretendo extenderme al Derecho europeo, no puedo dejar de citar la Resolución Nº 1.763/2010 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que tiene una trascendencia notable para el tema tratado. En dicha resolución, en lo que interesa, se establece:

> "1. Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, la realización de un aborto involuntario o de emergencia, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón".

Como han destacado dos investigadoras colombianas, Londoño Lázaro y Acosta López, esta resolución "resulta de suma importancia, ya que es quizás el único instrumento internacional que reconoce expresamente el derecho a la objeción de conciencia, no solo del personal sanitario, sino incluso de las instituciones, tratándose de la prestación de servicios médicos"[35]. No obstante, vale señalar que, por ejemplo, Suecia se ha opuesto a la aplicación de la Resolución Nº 1.763/2010, y hasta propuso su derogación.

4.2. En el Derecho argentino

En la República Argentina, tanto en el orden nacional, como en el provincial, se ha regulado de diversa manera la objeción de conciencia en materia sanitaria. Aquí me limitaré a lo que ocurre en el orden nacional[36].

35. Londoño Lázaro, María Carmelina y Acosta López, Juana Inés, "La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano", vol. 9, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Universidad del Rosario, 2016.

36. Para un panorama general del tema, recomiendo –aparte del antes mencionado aporte de María Inés Franck– el estudio de María Marta Cunha Ferré, "Mapa normativo de la objeción de conciencia en la República Argentina", *El Derecho*, T. 269-560.

a. *La Constitución Nacional.* Ella no contiene una norma específica, por lo que se ha dado tratamiento a la objeción dándole sustento en el artículo 19[37]; pero a mi entender la puerta de entrada estaría más bien en el artículo 14[38].

En la doctrina se ha considerado que la libertad de conciencia está en el artículo 14, que se referiría a la parte externa del culto respectivo, mientras que el artículo 19 hace referencia al fuero interno[39]. Sea cual fuere la interpretación, lo cierto es que la objeción de conciencia constituiría una manifestación externa de una convicción ideológica, moral o específicamente religiosa, de donde se seguiría que siempre que dicha objeción produzca un daño a terceros o altere el orden público, debería, en consecuencia, ser prohibida o sancionada. Sin perjuicio de ello, también podría encontrarse otro de los fundamentos (no el único) del derecho a la objeción de conciencia en el artículo 33 de la Constitución[40].

37. "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

38. "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de *profesar libremente su culto*; […]" (énfasis agregado).

39. Bidart Campos, Germán José, *Derecho Constitucional*, T. II, p. 22 y sigs., Ediar, 1966. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional*, T. 3, "Estatuto de los derechos", p. 255, Astrea, 2017. Llanos, Fernando Sebastián, "La objeción de conciencia: su reconocimiento normativo y sus alcances", art. cit. Ver, también: Toller, Fernando M., "El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones", *Vida y ética*, pp. 163 y sigs., Año 8, Nro. 2, 2007.

40. "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como la negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Burdeau enseñaba: "La libertad es un todo; las libertades son solidarias". Por ello entendía que "la libertad de conciencia designa la libertad de creer lo que quiera. Ella engloba a la vez la libertad de opiniones políticas, sociales, filosóficas y la libertad de creencias religiosas". Burdeau, Georges, *Manuel de Droit Public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, p. 204, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 1948. Adelantándose no sólo al tiempo que escribió su obra, sino a un presente que se está viviendo, y sobre todo en la materia que aquí trato, agregó: "El hecho es que el Estado es un creador de ídolos a los cuales exige que se sacrifique la independencia del pensamiento individual. Las ideologías y ortodoxias de toda suerte tienden a suplantar, en el espíritu humano, la reflexión

Nuestra Constitución ha sido un libro abierto que permitió y seguirá permitiendo la incorporación tanto de los derechos ya consagrados jurisprudencialmente, como de los futuros que aparezcan (que en realidad podrían considerarse como una reformulación o actualización de los existentes a la realidad que enfrenta la sociedad y el Derecho), uno de los cuales, como derivación de los artículos 14, 19 y 33, es el derecho a la objeción de conciencia.

Ciertamente, lo dicho en el párrafo anterior bien puede sostenerse que tenía apoyatura jurídica en la situación anterior a la reforma constitucional del año 1994. Mas al incorporarse los tratados y la normativa internacional antes referida, lo cierto es que en la actualidad no sólo en la normativa constitucional vernácula hay que buscar el fundamento, sino también, y por remisión, en el dispositivo mencionado en el artículo 75, inciso 22.

b. *La Ley Nº 25.673.* La objeción de conciencia aparece parcialmente reconocida en dicha ley, del año 2002, por la que se creó el denominado "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable", que abarca, según su artículo 6º, no sólo la prevención y detección de enfermedades de transmisión sexual y cáncer genital y mamario, aparte de su tratamiento y rehabilitación [inc. *a*)], sino también, a demanda de los beneficiarios prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos que "deberán ser de carácter reversible, no abortivos y transitorios, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, aceptándose además las prácticas denominadas ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía, requeridas formalmente como método de planificación familiar y/o anticoncepción" [inc. *b)*].

Es importante complementar dicho artículo 6º con el siguiente, que impone incluir dichas actividades sanitarias en el nomenclador de prácticas médicas y en el nomenclador farmacológico, y, en concreto, los servicios de salud del sistema público, de la seguridad

---

y las convicciones personales o el fetichismo de los *slogans*. Las propagandas abusivas son, ellas también, una forma, más perniciosa, de intolerancia". Burdeau, ob. cit., p. 205.

social de salud y de los sistemas privados "las incorporarán a sus coberturas, en igualdad de condiciones con sus otras prestaciones".

Luego de ello, en los artículos 9º y 10 aparece la que se denomina genéricamente "objeción de conciencia institucional", de la siguiente forma:

> "Art. 9º. - Las instituciones educativas públicas de gestión privada confesionales o no, darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones".
> "Art. 10. - Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º, inciso b), de la presente ley".

Como a simple vista se observará, no aparecen en la norma los prestadores del servicio. Sin embargo, el vacío legal (voluntario o no, de sus autores) fue llenado por la reglamentación de la ley, efectuada por el Decreto Nº 1.828/2003, en su artículo 10:

> "Art. 10. - Se respetará el derecho de los objetores de conciencia a ser exceptuados de su participación en el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable *previa fundamentación*, y lo que se enmarcará en la reglamentación del ejercicio profesional de cada jurisdicción.
> Los objetores de conciencia lo serán tanto en la actividad pública institucional como en la privada.
> Los centros de salud privados deberán garantizar la atención y la implementación del Programa, pudiendo derivar a la población a otros Centros asistenciales, cuando por razones confesionales, en base a sus fines institucionales y/o convicciones de sus titulares, optaren por ser exceptuados del cumplimiento del artículo 6º, inciso b) de la ley que se reglamenta, a cuyo fin deberán *efectuar la presentación pertinente por ante las autoridades sanitarias locales*, de conformidad a lo indicado en el primer párrafo de este artículo cuando corresponda" (los resaltados me pertenecen).

Ha sido objeto de crítica el dispositivo del artículo 10 del decreto reglamentario, en la medida que impone a los objetores la previa fundamentación, con lo que las autoridades locales se convertirían en "jueces de conciencia de los médicos", lo cual sería

arbitrario e irrazonable, en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional[41]. A ello agrego que lo mismo ocurre con la situación de los centros de salud privados, en ejercicio de la "objeción de conciencia institucional". Como se ha escrito, la razonabilidad "impone un cierto límite que, si se traspasa, se cae en la zona opuesta de lo irrazonable o de lo arbitrario, y esto es lo que ha ocurrido con esta disposición que delega en un organismo la facultad de aceptar o no el ejercicio de un derecho. En definitiva, no es el poder administrador el encargado de decidir estas cuestiones ya que en caso de controversia *debe ser resuelta por el Poder Judicial*" (énfasis agregado)[42].

c. *La Ley Nº 26.130*. Esta ley, del año 2006, instituye el "régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica". En el artículo 6º, con el epígrafe "objeción de conciencia", se dispone:

> "Toda persona, ya sea médico/a o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna con respecto a las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1º de la presente ley ('ligadura de trompas de Falopio' y 'ligadura de conductos deferentes o vasectomía')".

Pero el párrafo segundo de dicho artículo no es extensible a las autoridades del establecimiento asistencial, "quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata". Precisamente, la norma se vincula con el artículo 5º de la ley que extiende las intervenciones no sólo a los establecimientos públicos de salud, sino también a las organizaciones de seguridad social y a las entidades de medicina prepaga.

En este régimen el único amparo sería el de los objetores individuales (sean empleados públicos o privados), *pero no los institucionales*. Con lo cual existiría una contradicción con la Ley Nº 25.673 y su reglamentación. En este punto no puedo obviar una aclaración: una institución de inspiración religiosa o basada en principios morales bien definidos podría estar en contra de dichas intervenciones de

41. Quintana, Eduardo Martín, "La objeción de conciencia y los profesionales de la salud", *Inmanencia*, vol. 4, Nro. 2, 2015, pp. 67-70.

42. Quintana, "La objeción de conciencia y los profesionales de la salud", art. cit.

contracepción. De esta forma, los adherentes a un sistema de medicina prepaga de tales características no podrían ignorar esa situación.

d. *La Ley Nº 27.610.* Denominada en forma eufemística de "acceso a la interrupción voluntaria del embarazo", contempla en su artículo 10 la objeción de conciencia. No detallaré el contenido de la ley, puesto que todos sabemos que no es otra cosa que una ley que consagra el aborto, en extremos tales que podría justificarse la intervención más allá del tiempo de la gestación[43]. Me limitaré a tratar lo que dicho artículo preceptúa sobre la objeción de conciencia:

"Art. 10. - *Objeción de conciencia*. El o la profesional de salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia. A los fines del ejercicio de la misma, deberá:
a) Mantener su decisión en todos los ámbitos, público, privado o de la seguridad social, en los que ejerza su profesión;
b) Derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones;
c) Cumplir con el resto de sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas.

El personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergable.
No se podrá alegar objeción de conciencia para negarse a prestar atención sanitaria postaborto.

43. De acuerdo al artículo 4º, la "interrupción" es hasta la semana catorce, pero se puede extender más allá del plazo, en lo que aquí interesa: "a) Si el embarazo fuere *resultado de una violación*, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la *persona gestante*, ante el personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida; b) Si estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante".

Me pregunto, ¿qué pasaría si en el octavo mes se denuncia la violación? Por otra parte, ¿qué es la "persona gestante"; no se supone que es la madre? Además, invito a quienes tengan interés a leer el artículo 3º de la ley que con el epígrafe "marco normativo constitucional" cita los textos en los que se basa. Es la primera vez que leo una norma semejante; es algo así como si los autores quisieran justificar por anticipado cualquier reproche jurídico-positivo.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo dará lugar a las sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda".

No es positiva la forma en que se regula la objeción de conciencia. En primer lugar, sólo se ampara al "profesional de salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo". O sea, para los defensores del aborto, sólo serían los médicos que lo realizan. De manera que el personal de enfermería, instrumentistas, camilleros, técnicos, el personal de limpieza, o quienes tuvieran la triste tarea de disponer de los restos de los fetos, etc., es decir, todos aquellos que de una u otra manera intervienen en forma directa o indirecta en los ámbitos donde tienen lugar tales lamentables prácticas, no podrían invocar la objeción de conciencia por no tomar participación directa en la muerte de los fetos[44].

Como escribieron Valdez y Toller, "la objeción de conciencia *debe reconocerse para todo el equipo de salud*, entendido integralmente, y no solo para el actor directo del aborto"[45] (el énfasis me pertenece).

De otro lado, hay supuestos en los que caben dudas, por ejemplo, no se sabe cómo debe ser la derivación "de buena fe" (aclaración normativa que no se entiende) a otro profesional. ¿Tiene el profesional que saber quién practica abortos? Si no los practica, no tiene por qué saberlo; y si lo sabe, no se le puede exigir que derive a la paciente. Por lo demás, hoy en día la información que suministran los organismos de salud pública está a disposición de todos los administrados[46].

Pues bien, más allá de otros detalles de la ley, *de rara técnica legislativa*, y, en lo que a este estudio interesa, puede decirse que la

44. Lafferrière, Jorge Nicolás, *Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la Ley Nº 27.610*, pp. 156 y sigs., El Derecho, 2021. Ver, también, la aguda crítica de Raúl Valdez y Fernando Toller, "Derecho a ser objetor de conciencia", *La Nación*, diario del 14/1/2022.

45. Valdez y Toller, art. cit.

46. Sobre este tópico particular, destaco el profundo tratamiento dado al tema por Débora Ranieri de Cechini, "La objeción de conciencia al aborto y la obligación de derivar", Revista *Pensamiento Jurídico*, pp. 43 y sigs., Nro. 5. Y, en general, vale también citar: Ranieri de Cechini, Débora y Calderone, Sofía, "La objeción de conciencia de los profesionales de la salud y el aborto legal en Argentina", *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, pp. 81 y sigs., Vol. 12, Nro. 1.

situación de *cierto* personal de la salud estaría amparada en los casos de objeción de conciencia individual, *y no la institucional*, sobre la que no me detendré, más allá de los flancos criticables que ofrece. El supuesto que a mi entender deja lugar a seguros conflictos morales respecto a la objeción de conciencia personal, es el del segundo párrafo del artículo 4º, que exceptúa del derecho a la objeción de conciencia cuando "la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergable". Es esta una cuestión sumamente delicada, porque puede abrir espacio para introducir argumentos discutibles.

Ahora bien, como una muestra de la poca armonización del contenido del articulado de la ley del aborto, por su artículo 15 se incluye como artículo 85 *bis* del Código Penal:

> "*Artículo 85 bis.* - Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados".

Más allá de la crítica en sí que merece la norma, lo cierto es que introduce una peligrosa advertencia al personal de la salud, puesto que todo depende del alcance que se le quiera dar a la expresión final "casos legalmente autorizados".

Lafferrière ha señalado que dicho artículo marca una novedad en relación al derecho comparado, puesto que no se encuentra una norma similar en otras legislaciones. Es decir, como expresa el autor, se está "ante la creación de un nuevo delito", y, además, la norma tiene un carácter abierto y el artículo "es muy complicado en su redacción, pues se deberá interpretar en juego con otras normas que retacean información a la paciente y que generarán grandes dudas para el personal de salud. Vale aclarar que estas amenazas afectan tanto al objetor como al médico no objetor. Así, al problema de la objeción de conciencia se agrega un problema de afectación de la libertad de ejercicio profesional"[47].

47. Lafferrière, ob. cit., p. 177.

En lo que aquí interesa, agrega que dicho nuevo delito "[…] es la expresión más clara de una especie de sospecha que pesa sobre los profesionales de la salud y otros implicados ante el aborto. Se desconfía de su buena fe y se incorpora una norma que claramente amenaza a quien osare levantar alguna posible objeción ante un posible aborto. El problema afectará sobre todo a los profesionales no objetores. Es una ilusión pretender determinar por ley que una práctica debe hacerse en diez días, desconociendo no sólo las condiciones de hecho que existen en las instituciones de salud, sino las mil y una cambiantes circunstancias que pueden afectar la salud de cada madre embarazada, máxime si se trata de un embarazo avanzado. Todo ello contribuye a configurar un clima legal de presión inusitada sobre las instituciones y el personal de salud. Queda en evidencia el trasfondo ideológico que subyace en la voluntad de imponer el aborto a toda costa y la poca consideración a razones médicas"[48].

5. Conclusiones (parciales)

El epígrafe tiene una razón evidente: las conclusiones que se puedan dar serán parciales, porque el tema no está agotado y hay supuestos que requieren un profundo tratamiento y debate en los que sólo presenté las (mis) dudas. Algo –para mí– sí es conclusivo: el aborto es algo contrario al orden moral.

a. El personal dedicado a la salud de las personas, sean médicos o auxiliares de la medicina, y otros colaboradores, por imperio de la libertad de conciencia, *sea o no religiosa*, ostentan un derecho humano para oponerse a realizar aquellas acciones que contrarían sus convicciones. Y, por cierto, no puede el ordenamiento jurídico dejar de reconocer la necesidad de su protección. Imponer una conducta que ofenda la conciencia de dichos servidores significaría una violación a sus derechos.
   Está de por medio el derecho de las personas a vivir y desarrollar su acción en este mundo conforme dichas convicciones, en orden a cumplir con sus fines existenciales –conforme la denominación de Messner. He allí el don de la libertad, fundamental

48. Lafferrière, ob. y lug. cits.

para todo ello. Como escribió el siempre recordado profesor Marienhoff, "La tranquilidad espiritual forma parte de nuestro propio ser, de nuestra propia persona, debiendo tenérsele como un corolario o reflejo del derecho a la 'vida', que en la escala de prerrogativas humanas ocupa el primer puesto"[49].

b. No me extenderé en lo que se vincula con la objeción de conciencia institucional, puesto que alargaría demasiado el presente trabajo, *más allá de mi opinión de que constitucionalmente no se puede imponer a los establecimientos privados, y, menos aún, a los directa o indirectamente confesionales.*

c. Pero en lo que interesa en relación con el personal inserido en la estructura orgánica del Estado, para algunos autores la objeción debe reunir algunos recaudos[50], puesto que no bastaría su mera invocación, sino, por sobre todo y en primer lugar, la objeción debe ser *real y auténtica.* Ello es, no puede ser cualquier objeción, sino que tiene que ser relevante para la moral de quien la invoca. Al mismo tiempo, su autenticidad debe estar dada por la importancia que la conducta tiene para el objetor; es decir, éste podría no estar de acuerdo con el aborto, mas su objeción no tiene el alcance de una convicción que en modo alguno pueda ser sobrepasada.

   Precisamente, para ello se ha exigido *coherencia* en la conducta del objetor, y, en cierto sentido, ello se apreciaría en la ley del aborto nacional. De la Riva formula, al respecto, una prudente recomendación: "Ante todo, deberá examinarse la sinceridad y seriedad de las convicciones personales invocadas por el objetor, de forma que tal alegación no resulte una mera coartada para eludir el cumplimiento de una carga pública"[51].

d. Pues bien, si como antes mencioné, cuando se habla aquí del personal de sanidad se comprende a todas las personas que de

49. Marienhoff, Miguel S., "El derecho a la libertad integral del ciudadano", discurso académico pronunciado con motivo de la presentación del nuevo académico, Juan Francisco Linares, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XII, Nro. 9, pp. 81 y sigs., esp. p. 83.

50. Ver la caracterización y los recaudos de la objeción de conciencia llevada a cabo por Vigo, Rodolfo L., "Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias", *El Derecho*, T. 264-548, esp. Punto 4. También, ver el excelente estudio de Ignacio de la Riva, "La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos", *El Derecho*, T. 285, del 25/10/2019. Cita digital: ED-CMVII-825.

51. De la Riva, art. cit.

diversa manera intervienen antes o después de la operación del aborto; y cito al efecto el ejemplo que ponen Valdez y Toller, en el artículo antes mencionado, del personal de limpieza, para quienes hacer lo que se les requiere violentaría su conciencia. La situación del personal que de una u otra forma colabora o toma participación, sin actuar directamente en la intervención, ha merecido valiosos aportes, sobre todo al tratarse las diferentes formas de intervención[52].

Variando parcialmente el criterio que sostuve en mi trabajo mencionado en la nota 2, en el sentido de que la acción o conducta que produce la objeción debería ser *grave o conducente al aborto* y siguiendo a dichos autores, estoy de acuerdo en que "por tratarse de un derecho humano, el alcance debiera abarcar a toda persona que lo reclame, y por definición no puede ser para unos sí y para otros no".

e. Por cierto, hay casos que pueden ser extremos y que deben ser deontológicamente considerados; por ejemplo: si el agente sanitario no hubiera llevado a cabo la intervención o acciones necesarias para la realización del aborto, pero tuviera que llevar a cabo por razones de urgencia una intervención indudablemente necesaria, que no admite demora, cuando la vida de la madre, *posterior al aborto*, sí está en peligro, la objeción allí sería dudosa.

En fin, como se indicó en el inicio, no todo está definido ni es suficientemente claro: para los profesionales de la salud que se oponen en conciencia al aborto pueden existir situaciones difíciles porque pueden darse casos límites, en los que estén en juego hasta el heroísmo del personal de la salud y el peligro de juicios arbitrarios sobre sus personas[53].

52. Ranieri de Cechini, Débora, "La objeción de conciencia al aborto y la obligación de derivar", en ob. cit., pp. 43 y sigs.

53. Sirva el ejemplo del médico de un hospital público de la Provincia de Río Negro que se negó en el año 2017 a practicar un aborto a una mujer de diecinueve años, con cinco meses de embarazo, que fue condenado con prisión en suspenso por dicha negativa. La sentencia de primera instancia fue confirmada por el tribunal de apelación, la cual a su vez fue apelada ante el Superior Tribunal de la Provincia. La madre y el bebé –que posteriormente fue dado en adopción– no tuvieron ningún problema ulterior al parto. Otro ejemplo es el del médico Santiago Catalán Pellet, Secretario de Salud del partido bonaerense de General Viamonte, diario *La Nación*,

Sin pretender agotar el tema ni dar salvoconductos a quienes sostienen la validez del aborto, sí es necesaria una interrelación entre abogados y médicos, las autoridades competentes, y también los representantes de las distintas religiones[54], para establecer una normativa legal y reglamentaria, que dé legítimo amparo jurídico a *todo* el personal sanitario objetor de conciencia de los establecimientos públicos (lo que, lógicamente, debe ser extensivo al de las instituciones privadas). Como bien se ha escrito, "quien recurre a la objeción de conciencia debería estar a salvo no sólo de sanciones penales, sino también de cualquier daño en el plano legal, disciplinar, económico y profesional"[55].

No pretendo ser agorero, pero vienen tiempos difíciles para el personal de la sanidad, médicos y demás auxiliares de la medicina, en los que el juramento hipocrático parece para algunos una pieza vieja, histórica y ajada por los siglos que quedó arrinconada en el desván, y donde la protección de la vida y la salud, que es la esencia moral del juramento, depende de lo que por conveniencia crean (hay casos desgraciados y lamentables), entre otros, ciertos gobernantes y políticos.

Y lo que digo no tiene sólo que ver con el aborto, sino también con la sombra funesta de la eutanasia[56], que trágicamente ha asomado en el horizonte mundial. Y, creo, también en el nuestro.

18/2/2021, que renunció a su cargo por tener que adoptar medidas que iban contra su conciencia y el juramento que había prestado al recibir su título.

54. Ha sido moneda corriente en nuestro país recurrir a extrañas normas denominadas "protocolos" como forma de regular la práctica de los abortos, que son pautas establecidas indebidamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 2012, "F.A.L.", *Fallos*: 335:197, 2012; ¡cómo si la Corte tuviera el poder de legislar!) o por organismos administrativos, cuando en realidad *debe serlo por ley*, conforme los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional. Ver, al respecto, De la Riva, "La objeción de conciencia de los médicos …", art. cit. Cunha Ferré, "Mapa normativo …", art. cit.

55. Ranieri de Cechini, Débora, "La objeción de conciencia al aborto y la obligación de derivar", art. cit.

56. Lo que se ha dado en denominar "la encrucijada sangrienta del Derecho". Navarro-Valls, Rafael, "La encrucijada sangrienta del Derecho", *El confidencial* del 21/10/2020.

EL PAPEL DE LA LIBERTAD EN EL ESTADO REGULADOR Y GARANTE

Juan Carlos Cassagne*

Sumario: 1. La filosofía de la libertad. 2. Sobre el papel de los intelectuales de cara a la conculcación de las libertades. 3. El dinamismo del Derecho Público. 4. Un nuevo modelo de Estado: el Estado Regulador y Garante. 5. La libertad como derecho y principio: las garantías protectoras de la libertad.

1. La filosofía de la libertad

El tema de la libertad no sólo plantea una cuestión metafísica. Atañe también al Derecho y a su filosofía, a la economía y, en general, a la ciencia política, disciplinas todas ellas en las que ha sido objeto de numerosos estudios que han dado lugar a las más diversas concepciones teóricas[1].

En el cuadro de las teorías políticas sobresalen, por la influencia que han tenido en el plano de las acciones perseguidas por los diferentes tipos de Estado, tres orientaciones básicas, a saber: a) la tesis individualista de la libertad que la concibe como el poder de realizar lo que cada persona quiere[2], sin otro límite que el respeto

* Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid.

1. Véase: Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, T. III, pp. 37 y sigs., Alfa, 1956.

2. En el campo de la filosofía y de la ciencia política no se han desarrollado, en general, concepciones que preconicen el individualismo absoluto en materia de

por la libertad de los demás; b) las doctrinas negatorias de la libertad desarrolladas a partir del idealismo dialéctico de Hegel y el posterior materialismo, también dialéctico, de Marx, Engels y Lenin[3] y, de un modo diferente, las llamadas teorías de la desesperación (Heidegger y Sartre) o las que desarrollan posturas nihilistas (Schopenhauer) que postulan la negación de la libertad humana[4] y, finalmente, c) la dirección filosófico-cristiana que vincula la libertad con el bien último del hombre, con la responsabilidad y la verdad, considerando que se trata de la posibilidad de escoger libremente decisiones acordes con la dignidad de la persona humana, teniendo como límite el bien común[5].

La filosofía cristiana no concibe la libertad para hacer el mal dado que éste es un principio básico de la ley natural. La libertad del hombre, según el cristianismo, está orientada siempre al bien último que es Dios y en su concepción no cabe la presencia de una autonomía personal absoluta del hombre, como postularon Kant y sus acólitos. Desde luego que, menos aún, la perspectiva cristiana puede aceptar las ideas que anidan en el fondo del materialismo histórico que implican la negación absoluta de la libertad humana.

Precisamente, en la filosofía cristiana se encuentra la raíz de la doctrina que recoge el artículo 19 de nuestra Constitución, en cuanto consagra un ámbito de reserva de las libertades, al prescribir que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados", fórmula que ha sido atribuida al Presbítero Sáenz[6], formado en la Universidad de Charcas, en la que prevalecía la orientación marcada por Santo Tomás y la neoescolástica salmantina (Suárez).

La segunda parte del artículo 19 de la CN, cuando estatuye que "ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no

---

libertad. Ha sido más bien en el campo económico en el que el liberalismo absoluto alcanzó su mayor auge.

3. *Vid*: Río, Manuel, *Estudio sobre la libertad humana*, pp. 193 y sigs., Guillermo Kraft, 1955.

4. Río, Manuel, *Estudio* …, ob. cit., pp. 211 y sigs.

5. La doctrina social de la Iglesia ha seguido una línea uniforme y coherente. En tal sentido, cabe destacar lo expresado por Juan Pablo II en las Encíclicas *Centesimus Annus* (punto 17) y *Veritatis Splendor* (puntos 31 y sigs.), entre otras.

6. Sampay, Arturo E., *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, pp. 11/12, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.

manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe", acoge la concepción libertaria sustentada por Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, tal como lo hemos destacado con anterioridad[7], conforme a la interpretación que, en su momento, hicieron autores ideológicamente tan opuestos como Duguit y Hauriou[8].

En efecto, el artículo 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que se ha reconocido como fuente de nuestro artículo 19 de la CN[9], no se funda en la doctrina rousseauniana de la ley como voluntad general infalible, sino en la doctrina humanista de Montesquieu cuya concepción de la ley comprende tanto la ley positiva como la ley natural. Para el gran bordelés, la libertad no consiste en hacer lo que se quiere sino en el derecho de hacer lo que las leyes permiten.

En dicho precepto constitucional radica, precisamente, el fundamento constitucional positivo del principio de la interdicción de arbitrariedad que encierra el mandato negativo de dictar leyes o actos administrativos injustos (contrarios a la ley natural y al ordenamiento positivo)[10].

2. Sobre el papel de los intelectuales de cara a la conculcación de las libertades

Albert Camus ha demostrado, como nadie hasta ahora, que la concepción política que inspiró a las inhumanas tiranías de la primera mitad del siglo XIX (Hitler, Mussolini y Stalin) tuvo origen en el nihilismo revolucionario, y produjo la fractura más violenta y sistemática que ha padecido la libertad del hombre.

7. En nuestro libro: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, pp. 266 y sigs., BdeF, 2ª ed., 2016, con prólogo de Jesús González Pérez y recensión de Eduardo García de Enterría.

8. Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, p. 91, Sirey, 1923 y Duguit, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 373, Boccard, 1923.

9. Al respecto, es de sumo interés el análisis que hace Gelli, María Angélica, en su obra *Constitución de la Nación Argentina. Anotada y comentada*, pp. 183 y sigs., La Ley, 2ª ed., 2003, donde destaca las diferencias entre las cláusulas de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (arts. 4º y 5º) con nuestro artículo 19 de la CN y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del precepto.

10. *Vid* nuestra obra: *El principio de legalidad*…, ob. cit., pp. 265 y sigs.

Así, desde las entrañas del marxismo-leninista, como bien recuerda Camus en *El hombre rebelde*, Lenin introdujo una concepción "majestuosa" de las formas del poder estatal que suprime la libertad y niega todo principio y toda virtud. Paralelamente, propició un Estado superpoderoso cuya finalidad fundamental era realizar la igualdad humana a través de la lucha de clases. Quienes no piensen igual son considerados enemigos del régimen y condenados a sufrir toda clase de atropellos y vejámenes. El hombre pasó a ser un mero instrumento del poder que resulta embaucado y manipulado al punto de que se lo despoja de su personalidad en aras del partido o del líder. En ese contexto, surgió la lógica amigo-enemigo, sostenida por Carl Schmitt, uno de los principales teóricos del nazismo, que aún hoy mantiene vigencia, particularmente en el llamado socialismo del siglo XXI.

La referida concepción precisa, para afianzarse en el poder, de un aparato político y de una propaganda basada en la mentira sistemática. Estas prácticas fueron llevadas a cabo, sistemáticamente, por el gobierno de Fidel Castro en Cuba y luego seguidas por Chávez y, a su muerte, por Maduro en Venezuela y también por Ortega en Nicaragua.

Estos sistemas instalados en Latinoamérica pretenden exportar una atípica guerra revolucionaria en todos los países para cambiar las estructuras existentes, sobre todo las que sustentan la protección de la propiedad privada y el capitalismo, a los que adjudican todos los males sociales. Aprovechan el enfrentamiento geopolítico entre Estados Unidos, Rusia y China, pese a que estos últimos Estados han dejado atrás la ideología comunista, acercándose al capitalismo, salvo para mantener la estructura de poder al interior del Estado.

Desde luego que no se pueden justificar tampoco las prácticas de las dictaduras de derecha que han gobernado en Latinoamérica, algunas veces como reacción al comunismo, y otras, producto de la ambición de caudillos militares antidemocráticos sin escrúpulos. Pero lo cierto es que de ellas al fin y al cabo se ha salido porque el pueblo, aún con escasa participación en el poder, reacciona finalmente a favor de la democracia y termina luchando para desalojar al poder dictatorial. En muchos casos, se trató de oligarquías transitorias que, a la muerte del tirano o dictador, se transformaron en democracias.

En cambio, las dictaduras del socialismo del siglo XXI tienen vocación de eternidad y llegan al poder para suprimir las libertades

y la propiedad privada en forma sistemática, transformando las estructuras del Estado en un sistema de amos y esclavos, en el que el hombre individual nada cuenta y es desplazado por la retórica figura del hombre colectivo. Tal fue una de las principales finalidades que buscaba el marxismo-leninismo (Maritain).

La ideología nihilista que anida en esos procesos revolucionarios fue percibida lúcidamente por Camus, quien distinguió la revolución nihilista –que utiliza la violencia y aprueba el asesinato político– de la auténtica rebelión humana, que proclama que la libertad constituye el "único valor imperecedero de la historia". Esa fue la principal razón que justificó su desprecio hacia el aparato represivo que organizaban los regímenes socialistas totalitarios.

A su vez, la influencia que Gramsci iba a tener en el pensamiento posmoderno, al reemplazar la lucha de clases por una alianza entre las clases medias y el proletariado contra los llamados poderes de dominación (el capitalismo) y la potenciación del papel de los intelectuales en la política, provocó que estas concepciones totalitarias utilizaran la democracia para acceder al poder.

Ese proceso condujo a la politización de muchos escritores simpatizantes de la izquierda progresista, no sólo de europeos sino también de un conjunto nutrido de latinoamericanos, entre los que figuró inicialmente, en forma activa, nuestro compatriota y pariente, Julio Cortázar.

En el caso de este último escritor, a diferencia de García Márquez (comunista confeso), sus panegíricos a la dictadura cubana resultan inexplicables. Nada más pensar en su admiración por Camus y en el hecho de haber traducido la conferencia que éste dio en una reunión internacional de escritores en 1948, en la que el Premio Nobel francés sostuvo que quienes cultivan las letras son testigos claves de la libertad para suponer, que en esa época al menos, estaba lejos de adherirse a la ideología totalitaria de Fidel Castro, quien, como el Gran Inquisidor de la leyenda de Dostoievski, aniquiló las libertades del pueblo y justificó el asesinato político de sus adversarios.

La revolución cubana atrajo inicialmente a nuestro compatriota pese a haber reconocido que ignoraba la ideología del marxismo leninista. Le basta para justificar su adhesión a todos los males de Latinoamérica con cuestionar el imperialismo norteamericano. Vargas Llosa logró liberarse de ese yugo ideológico y hoy día es uno de los grandes defensores del capitalismo liberal y de la democracia. En cambio, Cortázar, *malgré* su ignorancia política filosófica, se con-

virtió en una suerte de agente propagandístico de la revolución castrista, no obstante alguna reacción esporádica en el caso de la prisión de un escritor a quien la dictadura cubana le hizo firmar una confesión vergonzosa de culpabilidad (el caso "Padilla").

Pero ni la llamada "edad de la inocencia" ni el hecho de no participar activamente en la difusión de la revolución cubana, *a posteriori* de su adhesión, exculpan a Cortázar ante la historia de haber apoyado a un régimen enemigo de la democracia y de las libertades del hombre.

Fiel a la condición humana, Camus representa el polo opuesto de la ideología nihilista que predica la revolución cubana, continuada, hoy día, por el castrochavismo de Maduro en Venezuela, con el apoyo de las fuerzas políticas de izquierda que suelen simpatizar con los populismos latinoamericanos actuales.

En su pensamiento se advierte la primacía de la libertad en la inteligencia de que armoniza con la justicia social, así como otras ideas que propenden a exaltar la dignidad del hombre. Tal es el sentido de su pensamiento crítico sobre la revolución nihilista. Un extraño paraíso donde quienes lo habitan huyen a millones y los que se quedan padecen una servidumbre indefinida en medio de la violencia y del terror.

3. El dinamismo del Derecho Público

En el desarrollo dinámico que ha caracterizado nuestro Derecho Administrativo no suele ser común el análisis de las teorías prevalecientes con el objetivo de comparar los conceptos, que han ido asentándose a través de los años, acerca de las funciones del Estado y la actividad administrativa, con la realidad que exhibe actualmente el Derecho.

En América, sobre todo, hay quienes siguen utilizando antiguas categorías jurídicas, como la del poder de policía, calificada de arcaizante[11], para aplicarlas a los problemas que se presentan en el mundo jurídico contemporáneo, sin tener en cuenta las diferencias de régimen jurídico, particularmente aquéllas que provienen

11. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, p. 131, Thomson-Reuters, 15ª ed., 2017.

de los principios y de las nuevas técnicas que han surgido como consecuencia de los profundos cambios que se han operado en las relaciones entre la sociedad y el Estado. Se trata, en efecto, de un cambio radical.

De custodio del orden público y guardián de la seguridad, pasando por la posición de titular y gestor de la casi totalidad de los servicios que satisfacen necesidades públicas, el Estado, sin abdicar las funciones que tradicionalmente venía cumpliendo, se ha convertido, esencialmente, en un Estado regulador y garante, que establece reglas y controla, en forma permanente y prolongada, la colaboración de los particulares en esas funciones, promoviendo, en el plano económico, la competencia en los mercados e impidiendo los excesos de los monopolios naturales[12], sin perjuicio de su intervención en el campo social.

En la evolución de las teorías que dominaron el Derecho Administrativo del siglo XIX sobresalen dos concepciones vinculadas estrechamente al concepto de poder público: la teoría francesa de la soberanía (desarrollada por Carré de Malberg) y la alemana del poder público (expuesta en la obra de Otto Mayer).

La similitud de ambas concepciones radicaba en la posición neutral que asumía el Estado en sus relaciones con la sociedad y sus componentes, principalmente en materia económica, así como en la finalidad de su objeto, focalizado en el mantenimiento del orden y de la seguridad pública.

En esa etapa histórica, la actuación del Estado, en materia de policía, estaba gobernada por las ideas del absolutismo, y los derechos públicos de las personas no surgían de las leyes ni del derecho natural, sino de la autolimitación del propio poder estatal al que los ciudadanos estaban vinculados por un estricto deber de obediencia.

La situación de los derechos privados era diferente ya que, en ese escenario, regían las reglas de los Códigos Civiles y las consecuentes garantías que protegían esos derechos ante los jueces.

12. Ver el artículo de Santiago Muñoz Machado, "Fundamentos e Instrumentos Jurídicos de la Regulación Económica", en Muñoz Machado, Santiago y Esteve Pardo, José (directores), *El Derecho de la Regulación Económica*, T. I, pp. 17 y sigs., Iustel - Fundación Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2009, en el que hace una completa descripción de las diferentes concepciones hasta llegar al Estado regulador y garante.

Desde luego que la tónica apuntada fue la línea general seguida por las concepciones europeas del poder público ya que, por diferentes razones, no se puede desconocer que el Estado intervino en el campo económico, aun cuando esas intervenciones fueran excepcionales y muchas veces transitorias o esporádicas.

Pero ambas teorías sucumbieron, total o parcialmente, debido a distintas causas. La crisis de la concepción de la policía administrativa tuvo mucho que ver con la ampliación de la actividad estatal pues, al extenderse la intervención del Estado al ámbito de la economía privada, surgieron las policías especiales cuya regulación no podía llevarse a cabo solo con las técnicas de las medidas restrictivas de los derechos y conductas propias de la policía administrativa.

Las categorías clásicas abstractas que componen la estructura de las instituciones administrativas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de la Administración (reglamentos, actos administrativos, contratos de la Administración, etc.), al igual que las formas de acción que utilizaba la antigua policía (órdenes, autorizaciones, coacciones y sanciones), integran actualmente el conjunto de los poderes de regulación[13], que actúan en la prosecución de otros fines, como son la promoción de la competencia, o la apertura de nuevos mercados, o el ingreso de nuevos operadores a los sistemas de red y la prestación de servicios de interés general para la comunidad[14].

De ese modo, por ejemplo, la autorización ha pasado a ser una figura clave en la regulación ya que, lejos de limitarse a levantar una condición puesta para el ejercicio de un derecho existente, se convirtió en una figura constitutiva de derechos que antes no existían ni estaban prohibidos, asumiendo un papel protagónico en la valo-

13. En Francia, si bien las reediciones de las obras clásicas siguen manteniendo el concepto de policía, alguna parte de la doctrina no lo utiliza; véase, por ejemplo, Braibant, Guy y Stirn, Bernard, *Le droit administratif français*, pp. 157 y sigs., Dalloz, 7ª ed., 2005; ver, también, Tchen, Vincent, "L'impacte du Droit Communautaire sur la police administrative", *Droit Administratif Européen* (dirs.: Jean Bernard Auby y Dutheil de la Rochère, Jacqueline), pp. 997 y sigs., Bruylant, 2007; en el lenguaje del Derecho Comunitario europeo no suele utilizarse el término policía.

14. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso*…, ob. cit., T. II, pp. 162-164.

ración de los riesgos, razonablemente permitidos (v. gr., el riesgo ambiental)[15], que no son los llamados riesgos cero.

Con todo, la noción de policía en España, al ser incorporada a la teoría de las formas de la actividad administrativa por Jordana de Pozas, subsistió por algún tiempo hasta ser reemplazada por la teoría elaborada por Santi Romano, de los actos de gravamen que, como es sabido, fue uno de los grandes cambios que, en su momento, introdujeron García de Enterría y Fernández, seguidos por buena parte de la doctrina española.

Paralelamente, en Francia, la teoría de la soberanía fue desplazada por la concepción del servicio público que, originada en Hauriou, alcanzó su máxima teorización con el signo socialista que le imprimieron Duguit y la escuela de Burdeos, que aun cuando tuvo el mérito de haber diseñado el régimen jurídico del servicio público, dio base para justificar las posteriores nacionalizaciones de dichos servicios, clausurando el ciclo caracterizado por la primacía de la gestión privada.

El poder público constituía –junto con el servicio público– uno de los elementos de un Derecho Administrativo integrado por una serie de poderes que, primero, fueron calificados de exorbitantes y, más tarde, como parte de un régimen administrativo integrado, conjuntamente, por prerrogativas y garantías que vinieron a compensar el ejercicio del poder público, originándose un sistema bastante equilibrado de protección de los derechos de las personas y empresas, cuya construcción, en Europa, ha sido obra fundamental de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

Al fracasar el Estado, como gestor y empresario en el mundo europeo y latinoamericano, se abrió el cauce para el desarrollo de un nuevo Derecho Administrativo.

Sin llegar al extremo de la tesis sostenida por la doctrina alemana, en el sentido de que el Derecho Administrativo se resume en la idea de regulación, es evidente que esta categoría, junto a la del servicio público, ha venido a constituir uno de los paradigmas centrales de la actividad administrativa, siendo un concepto que define la función del Estado, a raíz de los procesos de privatización o liberalización de la mayoría de los servicios públicos y actividades de

15. Esteve Pardo, José, "El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público", en el libro *El Derecho de la Regulación Económica*…, ob. cit., pp. 392 y sigs.

interés general ocurridas en el mundo, al menos en los países que practican los principios de una economía libre o social de mercado y mantienen los postulados de un Estado de Derecho, regido por normas y principios objetivos fundados en las leyes y no en la voluntad de los gobernantes. Entramos, así, en el Estado regulador y garante[16], cuyos cimientos actualmente se conmueven a raíz de la pandemia, producida por una variedad de coronavirus (COVID-19), que afecta a la salud y a la economía de todos los habitantes del mundo.

4. Un nuevo modelo de Estado: el Estado regulador y garante

En línea con lo señalado, tanto en América como en Europa, el Estado de Derecho decimonónico, basado en las ideas del liberalismo político y económico, fue parcialmente solapado por otro sistema, que puso el acento en lo social a través de una Administración de carácter prestacional, que culminó con el reconocimiento de los llamados derechos de tercera y cuarta generación.

Mientras ese modelo de Estado Social de Derecho (basado en la concepción de Heller) acentuó el papel del Estado en la configuración y protección de los derechos sociales y en las prestaciones debidas a los ciudadanos, en estos últimos años ha surgido un nuevo arquetipo en el que la Administración, en definitiva el Estado, sin abandonar los objetivos antes señalados, se repliega del plano de la gestión de aquellos derechos, concentrándose en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya actividad se adjudica de modo preferente a los sectores privados, lo que trasluce la aplicación del principio de subsidiariedad, aun cuando los ordenamientos no suelen atribuirle positividad a dicho principio, que no por ello deja de ser tal.

Así, de un modo escasamente percibido por el constitucionalismo social, se ha operado un cambio en los protagonistas del Derecho Público, potenciándose el rol de la sociedad que, de mera es-

16. En Alemania, la amplitud de la regulación, al incluir la función social del Estado (procura asistencial), es la que explica uno de los fundamentos del Estado Garante, véase: Darnaculleta i Gardella, M. Merce, "La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. El debate en la República Federal Alemana", en el libro *El Derecho de la Regulación Económica* …, ob. cit., T. I, pp. 349 y sigs.

pectadora de la realidad, pasa a gestionar a través del sector privado servicios y actividades de interés público relevantes, en colaboración estrecha con la Administración Pública[17].

Este proceso que, a pesar de las crisis económicas, se ha llevado a cabo en la mayoría de los países pertenecientes a la cultura política occidental, responde a varias causas. En primer término, exhibe una doble faz axiológica, al implicar la defensa de los postulados clásicos en los que se fundaba el Estado de Derecho liberal (principalmente, el principio de separación de poderes, el de legalidad y la consagración de las libertades y derechos fundamentales), así como también de los derechos y principios consolidados por el constitucionalismo social, reconocidos en la mayoría de las Constituciones sancionadas tras la Segunda Guerra Mundial que adoptaron el Estado Social de Derecho.

¿Cuáles fueron los motivos que dieron nacimiento al Estado regulador y garante[18]? Su origen obedeció a una serie de razones que iban desde las conocidas ineficiencias del sector público, los altos costos que generaban las prestaciones estatales y la política redistributiva que las orientaba, en un escenario caracterizado por el crecimiento demográfico, hasta la proyección de los efectos de la globalización de la economía[19].

Ese conjunto de factores condujo a una fuerte competencia entre los actores económicos de los distintos países, generando un mayor protagonismo de los sectores privados de la sociedad, que llevó a las respectivas Administraciones Públicas a suprimir o aminorar las trabas burocráticas que afectaban el libre comercio e industria y las iniciativas privadas.

17. Resulta notable que el contenido de ese cambio en el modelo de Estado haya sido anticipado unos cuantos años antes por Germán J. Bidart Campos, en un libro prácticamente olvidado: *Marxismo y Derecho Constitucional*, especialmente pp. 90 y sigs., Ediar, 1979.

18. Véase: Esteve Pardo, José, *Estado Garante. Idea y realidad*, pp. 16 y sigs., INAP, 2015.

19. Ver al respecto: Gagliardo, Mariano, "Transformaciones sociales y ¿crisis del Derecho?", Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *La Ley* 11/1/2021. Comunicación del 24/4/2020, Cap. I, punto 4 y sigs.; realiza un agudo análisis sobre las causas de la crisis que trasciende a la pandemia y concluye que, a pesar de los aspectos negativos que exhibe el mundo en la actualidad, sobrevive el Derecho fundado en la justicia.

De esa manera, debido a la retirada del Estado en la gestión económica, se reafirmó el dualismo Sociedad-Estado que, según Messner[20], constituye uno de los principios jurídico-sociales de máxima relevancia en la medida que potencia los derechos preexistentes derivados del orden natural (sobre todo, la propiedad y las libertades), ampliándose el grado de participación en la economía de los individuos, empresas y demás cuerpos intermedios de la sociedad[21].

Resulta paradojal que el nuevo Estado regulador y garante, lejos de abandonar su función social, procure alcanzar los mejores niveles de calidad y eficiencia de los servicios públicos, mediante la colaboración privada. Con todo, no es un repliegue absoluto, sino más bien una retirada instrumental[22], ya que el Estado garantiza las prestaciones y servicios sociales mediante la función de control y vigilancia sobre los operadores privados a los que se les han transferido actividades antes atribuidas a la Administración. En ese contexto, comenzó a imponerse, asimismo, el principio de buena administración, al que cabe asignarle operatividad, pues se configura como un deber del Estado[23].

En la filosofía que anida en este proceso hay un retorno a la clásica concepción del bien común[24] que, aun cuando sea un producto medieval, luce ahora nuevamente en muchos de los Estados que han basado sus esquemas regulatorios y garantísticos en el principio de subsidiariedad. Hasta en el campo de la literatura se

20. Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, pp. 346-347, Rialp, trad. del alemán, 1967.

21. *Vid* Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Estudios sobre la Constitución*, pp. 295-297, ed. La Ley, 2002.

22. Esteve Pardo, José, *Estado Garante…*, ob. cit., pp. 3 y sigs.

23. Ver: Rodríguez-Arana, Jaime, *El ciudadano y el poder: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, pp. 11 y sigs., Reus, 2012; Galli Basualdo, Martín, *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global*, pp. 39 y sigs., Marcial Pons, 2019; y también Azoulai, Loic, "Le príncipe de bonne administration", en *Droit Administratif Européen…*, ob. cit., pp. 493 y sigs.

24. La conexión entre el bien común y el principio de subsidiaridad es por demás evidente en la concepción tomista, véase nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, pp. 25 y sigs., La Ley, 2016. La doctrina española ha advertido su influencia en la concepción del Estado Regulador y Garante, véase: Esteve Pardo, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, pp. 172-175, Marcial Pons, 2013.

advirtió la necesidad del "desarme del Estado", pues la prioridad no es la exaltación de este sino la integración de las diferencias y el equilibrio de las relaciones sociales mediante el fortalecimiento de la sociedad[25].

La principal dificultad que debe superar la concepción del Estado regulador y garante se encuentra en el carácter fragmentario y pluricéntrico de la sociedad actual que refleja el desorden generado por las ideologías que han pretendido suplantar la realidad por conjeturas dogmáticas. Al propio tiempo, se ha producido la aparición de líderes populistas que basan su acción en el conocido esquema schmittiano, fundado en la oposición que resulta del axioma amigo-enemigo y en el decisionismo del Poder Ejecutivo.

En un plano opuesto transita el nuevo modelo de Estado que se apoya en la concepción del bien común en cuanto proporciona el fundamento real del fin que persigue el nuevo modelo y de las transformaciones que han ocurrido en el seno de la sociedad y del Estado.

Esas transformaciones han sido tan grandes que han llegado a trastocar el sistema de las fuentes del Derecho, a raíz de la caída de los dogmas de la centralidad y primacía de la ley y la consecuente prevalencia de los principios generales, potenciándose el papel de los jueces en la interpretación del Derecho. De esa manera, el juez ha dejado de ser un mero aplicador de normas positivas, mediante la técnica de la subsunción, para convertirse en un protagonista creativo que fundamenta sus decisiones en la justicia del caso y en los principios generales del Derecho.

5. La libertad como derecho y principio: las garantías protectoras de la libertad

A la par que la libertad como derecho traduce el empoderamiento de una facultad de exigir su realización efectiva al Estado o a una persona privada (derecho subjetivo, en el lenguaje moderno), es posible también concebir la libertad como un principio general del

25. Cfr. Salas, Denis; Camus, Albert, *La rebelión justa*, trad. del francés, publicación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, pp. 98-99, Jusbaires, 2016.

Derecho[26], es decir, como un mandato positivo tendiente a realizarla y, también, como un mandato negativo que permite desencadenar acciones que impidan su violación de modo preventivo o reaccional.

En ese contexto, la libertad de ejercer comercio o industria puede verse afectada en el caso de que a una empresa la Administración no le otorgue una autorización para funcionar cuando tiene derecho a que se le conceda conforme al ordenamiento, o bien resultar dicha libertad violada en el supuesto de que la Administración resuelva revocar sin causa justificada la autorización para realizar determinada actividad industrial o comercial.

En ambos ejemplos, se estaría afectando el principio de la libertad integral[27] habida cuenta de que el sistema constitucional argentino está diseñado como un conjunto de principios y normas favorables a la libertad[28] (principio que confirma el Preámbulo al asegurar los beneficios de la libertad para todos los habitantes), sin perjuicio de que, al propio tiempo, las personas afectadas puedan reclamar al Estado el ejercicio de sus derechos y el restablecimiento de las libertades conculcadas.

De otra parte, no hay que confundir derechos y principios con garantías, que son los remedios instrumentales (de carácter procesal) para hacer efectivos los derechos, en sentido estricto o estrictísimo[29], tal como acontece con la acción de amparo que consagra el artículo 43 de la CN, tanto con respecto a los derechos individuales (primera parte) como a los derechos de incidencia colectiva (segunda parte).

Esta última legitimación, llamada anómala o extraordinaria, que el precepto constitucional estatuye a favor de los afectados, el Defensor del Pueblo y las asociaciones constituidas con la finalidad de propender a la protección del ambiente, la competencia, los derechos de usuarios y consumidores, así como, en general, los derechos de

26. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. 290, Abeledo Perrot, 4ª ed., 1990 y "El derecho a la libertad integral del ciudadano", publicado en *Anales* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie I, Nro. 9, pp. 81/85.

27. Marienhoff, Miguel S., *Tratado…*, ob. cit., T. I, p. 290, y su trabajo "El principio de la libertad …", cit., pp. 81 y sigs.

28. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental del Derecho Constitucional argentino*, T. I, pp. 251 y sigs., Ediar, 1989.

29. La terminología pertenece a Juan Francisco Linares y ha sido recogida por Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental…*, ob. cit., T. I, p. 440.

incidencia colectiva han abierto, por analogía[30], el cauce procesal de las acciones declarativas de inconstitucionalidad[31].

Otra de las garantías procesales protege directamente la libertad personal, como el *habeas corpus*, o los derechos personales, a través del *habeas data*.

En definitiva, la libertad no justifica el ejercicio abusivo de los derechos, pero tampoco legitima la intervención del Estado en campos propios de la actividad privada, cuya eficiencia en la gestión resulta superior a la que puede llevar a cabo el Estado.

El principio de proporcionalidad, como mandato vinculante y exigible a la Administración Pública, recogido en la Acordada Nº 17 de la Corte Suprema del año 2019, puede marcar la legitimidad de la actuación del Estado en cuanto el desarrollo de su actividad.

La actividad estatal ha de observar siempre aquellos subprincipios que permiten aplicar la técnica de la ponderación, a saber: a) la idoneidad o adecuación entre el fin y el medio; b) la necesidad en cuanto no exista otro medio que restrinja en menor grado y alcance los derechos fundamentales y, finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto a través del balance equilibrado entre medios y fines.

30. *Fallos*: 320:691; 332:111 y en el caso CSJN, 21/2/2012, "Padec c/ Swiss Medical". La analogía que postulan dichos fallos es entre la acción del artículo 322 del CPCCN y la prevista en el artículo 43 de la CN.

31. Ampliar en Laplacette, Carlos José, *Acciones declarativas de inconstitucionalidad*, especialmente pp. 109 y sigs., La Ley, 2020.

LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN MATERIA TRIBUTARIA

Alberto Tarsitano*

Sumario: 1. Preliminar. 2. Las garantías, el deber de contribuir y la tutela jurisdiccional efectiva. 3. Fundamento constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva. 4. Independencia e idoneidad de los órganos jurisdiccionales. 5. La función recaudadora de la Administración tributaria. 6. La utilización de tecnologías electrónicas, informáticas y telemáticas. 7. Los medios de impugnación. El acceso a la jurisdicción. 8. La verdad material y la prueba. 9. Plazo razonable. 10. La conciliación de los procesos contencioso-administrativo y penal tributario. 11. La regla del *solve et repete.* 12. Control de convencionalidad. 13. Necesidad de que la Corte Suprema de Justicia revise los pronunciamientos emitidos por los órganos del Convenio Multilateral. 14. Colofón: La Carta de Derechos del Contribuyente del ILADT (2018).

1. Preliminar

Constituye una afirmación conocida que los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional son letra muerta si no existe un tribunal al que, según una perspectiva general, el interesado pueda recurrir a fin de hacerlos valer con un mínimo de eficacia.

Entre los derechos de viejo arraigo, como una noción inherente a la división de Poderes y el Estado de Derecho, las Cartas constitucionales proclaman el derecho de defensa y su corolario: el principio

* Director del Suplemento Tributario de El Derecho. Director de la Maestría en Derecho Tributario de la UCA.

de tutela jurisdiccional efectiva. Ello deja abierto el problema de su eficacia.

A nosotros nos parece que la justicia fiscal no es tan clara cuando aquellos principios abstractos poseen un turbulento aterrizaje en la concreción de normas y prácticas administrativas, en particular, cuando se debe conciliar el estándar constitucional con la presunción de legitimidad de los actos administrativos o las muchas formas como se protege la recaudación, dotando a la Administración fiscal de competencias legislativas o jurisdiccionales, lo que habitualmente altera el equilibrio deseable en una relación jurídica entre el Fisco con los contribuyentes.

No hace falta profundizar en lo que tantas veces se ha dicho sobre la importancia de un ordenamiento metódico, simple, claro y completo, que contribuya a mejorar la calidad de la gestión administrativa, disminuir el número de litigios y elevar la tutela jurisdiccional, así como a afianzar los valores de certeza, seguridad jurídica y confianza legítima de los contribuyentes.

La experiencia evidencia que aquellos principios y nociones generales, tan mentados en los ámbitos académicos, demuestran su ineficacia cuando se los intenta hacer valer en distintas hipótesis de conflicto. Esta observación cobra particular relevancia si los encargados de aplicar la ley, sean funcionarios administrativos o jueces, carecen de la necesaria preparación profesional. Con más razón, entonces, deberían existir mecanismos adecuados de control y revisión de sus actos.

Creemos advertir que subyace en estas anomalías una concepción errónea sobre la tutela de la renta pública, la que se encumbra en privilegios o potestades extraordinarias conferidas a los fiscos. Se cuentan, en esta versión del Derecho urgente, los deberes de colaboración gravosos, las presunciones y ficciones, los procedimientos de ejecución cuasi judiciales, los embargos preventivos y otras medidas cautelares. Asimismo, la vigencia del *solve et repete*, la ausencia de vías procesales preventivas, las retenciones en exceso devenidas en impuesto definitivo, la imposibilidad de compensar créditos y deudas, las tasas de intereses exorbitantes y las multas desproporcionadas, entre otras asimetrías que dejan en claro que el Estado no es un acreedor común.

La actuación de algunos funcionarios administrativos con abuso o desvío de poder, cuando no con falta de imparcialidad o independencia, las vías de hecho derivadas de nuevas herramientas tecno-

lógicas, la discrecionalidad de la Administración, la maraña burocrática, la prolongación de las causas, solo por nombrar algunos de los problemas, siguen desafiando un estándar adecuado de tutela jurisdiccional efectiva. Y también cuentan algunos estímulos o "zanahorias" para abandonar la revisión de lo que se considera injusto, como las moratorias y los planes de pago, la reducción de sanciones previo acatamiento de la pretensión, o ese ámbito, siempre incierto o confuso, en que se dirime la promesa del rápido cierre de una fiscalización a cambio de aceptar un ajuste parcial o menor.

Parece olvidarse que el poder tributario y el deber de contribuir, basados en los principios de reserva de ley y capacidad contributiva, poseen, como correlato, una vía para que el contribuyente haga valer su derecho a que la carga pública se ajuste a la ley y la Constitución. Y que esos remedios deben estar disponibles para todos los contribuyentes, cualquiera fuera su tamaño.

Pero estos señalamientos de las carencias no pueden opacar los logros fundamentales en la concreción del estándar más alto de tutela jurisdiccional efectiva. A mi juicio, su máxima expresión se alcanzó con la creación por la Ley Nº 15.265 del Tribunal Fiscal de la Nación, en el año 1960[1].

El otro punto elevado en la protección del interés constitucional –por sus efectos preventivos sobre el daño tributario al contribuyente– ha sido la extendida utilización de la acción declarativa de certeza y de inconstitucionalidad, de construcción pretoriana de la Corte Suprema de Justicia a partir de los años ochenta del siglo pasado.

1. Hace unos años afirmé que, desde su origen, el Tribunal Fiscal de la Nación inspiró confianza para administrar con equilibrio el conflicto tributario. Sus sentencias alumbraron la mejor doctrina, sin interesar a quién pudieran favorecer o molestar, constituyendo un instrumento necesario para el perfeccionamiento del sistema tributario. En suma, un Tribunal probo, que ejerció su función con independencia del poder político (*Periódico Económico Tributario*, jueves 31 de diciembre de 2015, "La idoneidad del Tribunal Fiscal de la Nación: un fallo que pone las cosas en su lugar"). Mucho antes, con motivo de sus Bodas de Plata, dije lo que creo: "Ha satisfecho con creces las expectativas que despertó cuando irrumpió 'desprejuiciosamente' en el hasta entonces uniforme panorama del contencioso-tributario nacional, en tanto y en cuanto representó una efectiva garantía en la protección del derecho de los contribuyentes, otorgó certeza en la relación de estos con el Fisco y aseguró una actividad administrativa más acorde al principio de legalidad". (*El Tribunal Fiscal de la Nación. Origen, naturaleza y características del contencioso tributario en sede administrativa*, Tomo V, p. 100, Errepar, Doctrina Tributaria, 1986).

Nuestro propósito no es referirnos a lo que funciona bien, sino presentar un análisis crítico de lo mucho que resta por concretar para la vigencia efectiva del principio en los procedimientos administrativos y judiciales.

2. Las garantías, el deber de contribuir y la tutela jurisdiccional efectiva

El Derecho constituye la más refinada herramienta de organización social. El Estado Social y democrático de Derecho es su mejor expresión. Y si hay un derecho democrático y social, ese es el Derecho Tributario, porque, a través del deber de contribuir en función del principio de la capacidad contributiva, hace viable la redistribución de la riqueza y la posibilidad de satisfacer un estándar constitucional aceptable de los Derechos Humanos[2].

El derecho a la salud, a la educación, a la alimentación, o todo estándar mínimo que acompaña la vida digna no deberían ser abstracciones de las Constituciones y de los Tratados sobre Derechos Humanos, sino el derecho subjetivo que se haga valer ante los gobiernos, desde que el universo de los obligados los ha financiado. He aquí el punto de encuentro entre el ingreso y el gasto público, que deben ser considerados dentro de una visión unitaria por el Derecho Financiero como disciplina desgajada del Derecho Constitucional

El deber de contribuir encuentra su cauce en la relación jurídico-tributaria entendida como "relación de derecho", según la difundida visión de Hensel y Nawiasky. Allí los contribuyentes y la Administración se someten por igual al imperio de la ley, y se eliminan la discrecionalidad y los privilegios del Estado. Por oposición ideoló-

2. Comparto la atinada reflexión de Plazas Vega: "Esos discursos redistributivos y encaminados a la reivindicación social y el respeto y la protección efectiva de la dignidad de las personas y procurar, de manera progresiva, que sus derechos de justicia tengan cada día mayor efectividad no son patrimonio ideológico de ningún partido ni pueden ser alineados en la izquierda, la derecha o el centro. Son un deber impostergable, un imperativo, en el estricto sentido kantiano, que compromete a toda la sociedad por encima de las etiquetas políticas, los despliegues de populismo y los intereses creados. La vocación social de las políticas públicas es el basamento de los Estados del presente y quien pretenda ignorarlas queda por fuera de la historia" (*Sistema Tributario en el siglo XXI*, p. 21, Temis, 2018).

gica, la concepción de la "relación de poder" marca el predominio del Estado sobre el individuo y su libertad.

De manera precursora, el Modelo de Código Tributario para América Latina (MCTAL) de 1967, redactado por los maestros Giuliani Fonrouge, Gomes de Sousa y Valdés Costa, postuló que se proponía "fijar posición acerca de las grandes cuestiones", y la primera de ellas era "consagrar principios jurídicos aplicables a las relaciones entre el fisco y contribuyente, armonizando la eficacia administrativa con las garantías individuales consagradas en las respectivas constituciones". Es cierto lo que allí se advertía acerca de que "la obtención de un equilibrio adecuado entre ambas partes es un problema de muy difícil solución, pero a juicio de la Comisión él debe emanar de la aplicación de los principios fundamentales de la legalidad y la jurisprudencia, es decir, que Fisco y contribuyente están sometidos por igual a la ley y a la jurisdicción", que "no hay tributo sin ley que lo establezca" y que "nadie puede ser juez en su propia causa" (ver "Exposición de Motivos", ap. "Consideraciones Generales")[3].

El equilibrio entre poder y garantías depende de la intensidad del principio de tutela jurisdiccional efectiva, considerado en su doble carácter de derecho subjetivo autónomo y de instrumento para la protección de otros derechos. Y esta cuestión nuclear marca el derrotero que posee el contribuyente para limitar cualquier exorbitancia o desmesura de los poderes públicos.

3. Fundamento constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva

El artículo 18 de la Constitución Nacional, de 1853, consagró el derecho de defensa, y sobre su texto la Corte Suprema, en su carácter de "intérprete final de la Constitución"[4], y cátedra de "doctrina cons-

3. El *Modelo*, inspirado en los valores y principios de la escuela clásica, continúa siendo el faro que ilumina el derrotero, como lo reconocieron las XX Jornadas, en el Tema 2: "Codificación Tributaria", al "sugerir a los países de la región mantener el MCTAL como base de sus códigos y leyes referidos a la materia tributaria, en todos los niveles de gobierno, sin perjuicio de efectuar las adaptaciones y actualizaciones que se consideran necesarios pero preservando la orientación de este Modelo […]".

4. "El Ministerio Fiscal c/ Don Benjamín Calvete, por atentados contra la inmunidad de un senador", *Fallos*: 1:340, donde dijo: "Este tribunal es el intérprete final de la Constitución; por cuya razón, siempre que se haya puesto en duda la

titucional", dio contenido a las garantías del debido proceso, derecho de defensa e interdicción de la privación de justicia, las que pueden resumirse en el principio de la tutela judicial efectiva.

La Constitución reformada de 1994 incorporó, con rango constitucional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscripta en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y ratificada por la República Argentina el 14 de agosto de 1984, previa aprobación, por parte del Congreso, mediante la Ley Nº 23.054. La Argentina ratificó y aceptó el 5 de septiembre de 1984 la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 8.1 (Garantías Judiciales) establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Por su parte, el artículo 25.1 (Protección Judicial) señala que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". El Tribunal ha señalado que "el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes"[5].

---

inteligencia de alguna de sus cláusulas, y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte".

5. Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2011, Serie C No. 228, párr. 95, y Caso "Liakat Alibux *vs*. Suriname", párr. 116.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el "Caso del Tribunal Constitucional *vs*. Perú", sentencia del 31 de enero de 2001, advirtió que *el debido proceso es un derecho en sí, pero también tiene carácter instrumental, en tanto permite disfrutar de otros derechos, y por ello su violación es más grave, pues el proceso es una garantía para el respeto de derechos sustantivos y para el control de la arbitrariedad en el ejercicio del poder.*

Es aceptada, de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia, la extensión de la "tutela judicial efectiva" a la "tutela jurisdiccional efectiva", pues, siguiendo las enseñanzas de Valdés Costa[6] y de Casás[7], la garantía comprende la actuación de los magistrados del Poder Judicial y de los funcionarios de la Administración, ya que, como lo resolvió la Corte Interamericana de Derecho Humanos[8], si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales, en sentido estricto, "sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales", a efecto de que las personas tengan la posibilidad de defenderse, adecuadamente, ante cualquier acto emanado del Estado, capaz de afectar sus derechos. El hecho de obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas es un derecho humano, y la Administración no está exenta de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben ser respetadas en el procedimiento administrativo y en cualquier otro

6. Valdés Costa, Ramón, *Instituciones de Derecho Tributario*, p. 271, Depalma, 1992.

7. Casás, José Osvaldo, *Carta de Derechos del Contribuyente Latinoamericano*, p. 142, Ad-Hoc, 2014.

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6/2/2001, "Ivcher Bronstein *vs*. Perú". Allí sostuvo, además, que "tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8º de la Convención Americana". Destacó, además, que "si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal" (2/2/2001, "Baena, Ricardo y otros *vs*. Panamá").

procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas[9].

En suma, como lo resume Pistone, la tutela no empieza con el acceso a los tribunales ordinarios, pues para asegurar una protección efectiva de los derechos fundamentales del sujeto pasivo es necesario adoptar una visión holística de los medios de impugnación, que abarca, por un lado, la totalidad de los efectos de cualquier acto emanado de las Administraciones tributarias, y, por el otro, que se apliquen en cualquier fase, tanto del procedimiento tributario como del proceso judicial[10].

El reconocimiento del principio de tutela jurisdiccional efectiva dentro del plexo de las garantías protegidas por la Convención Americana proyecta influencia sobre el control de convencionalidad a cargo de todos los órganos del Estado, cuestión que será abordada más adelante.

4. Independencia e idoneidad de los órganos jurisdiccionales

En sus clases, Juan Carlos Luqui enseñaba que la primera garantía formal del derecho del contribuyente era la división de poderes[11]. Aquella afirmación que escuchamos en sus clases –sin percibir muy bien el alcance– se nos reveló, con los años y los avatares institucionales, en toda su importancia.

El Tribunal interamericano ha establecido que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces[12]. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial, en general, y sus integrantes, en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos

9. Caso "Baena", p. 127. Nuestra Corte Suprema de Justicia lo ratificó en "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol. Nº 169/2005", 2012 (*Fallos*: 335:1128).

10. Pistone, Pasquale, Relato general del Tema 2, en *Memorias* de las XXIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Tomo I, p. 39, 2016, .

11. También en "Las garantías constitucionales de los derechos de los contribuyentes", *Derecho Constitucional Tributario*, Depalma, 1993.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Mejía Idrovo *vs*. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, "Constitucional *vs*. Perú", párr. 73, y "Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) *vs*. Ecuador", párr. 188.

al Poder Judicial[13]. El Poder Ejecutivo no debe perturbar, interferir o presionar a los órganos encargados de aplicar la ley[14].

Desde las I Jornadas del ILADT (en adelante, "Jornadas")[15], se planteó la necesidad de: "6. El contencioso tributario debe competer a organismos independientes de la Administración activa". Y en las II Jornadas[16], al abordar el Tema II: "El proceso contencioso tributario", se insistió en que "los tribunales de lo contencioso tributario deben gozar de independencia con respecto al Poder Ejecutivo".

La independencia judicial se deriva de garantías tales como un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas[17]. A su vez, la Corte Interamericana ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico[18].

Estos principios son plenamente trasladables a los tribunales administrativos.

13. "Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) *vs*. Venezuela". Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 55, y "Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) *vs*. Ecuador", párr. 188.

14. En tiempos en los que la influencia del Poder Ejecutivo sobre los jueces se ha vuelto un síntoma del deterioro republicano, es bueno recordar que el doctor Arturo Frondizi, en el discurso pronunciado el 12 de mayo de 1958, al tomar juramento a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, dijo: "El Presidente de la Nación tomará ahora juramento, en nombre del pueblo, a los cinco ciudadanos a quienes se ha conferido la extraordinaria responsabilidad de velar por el fiel cumplimiento de las normas que rigen la vida de la República. Como acto de respeto a la independencia del Poder Judicial, esta ceremonia se realiza en la sede del más Alto Tribunal y el Presidente pronuncia estas palabras antes –y no después– de que los futuros magistrados de la Corte presten el juramento constitucional. Cumplido este acto no habrá otra relación entre los Poderes del Gobierno que aquella que señala la Constitución Nacional" (*Mensajes Presidenciales 1958-1962*, Tomo I, p. 56, Fundación Centro de Estudios Presidente Arturo Frondizi, 2012).

15. Montevideo, 1956.

16. México, 1958.

17. "Tribunal Constitucional *vs*. Perú", párr. 75, y "Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) *vs*. Ecuador", párr. 188.

18. "Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') *vs*. Venezuela", párr. 55, y "Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) *vs*. Ecuador", párr. 198.

La garantía de imparcialidad implica que los integrantes del tribunal no tengan un interés directo, una posición tomada o una preferencia por alguna de las partes; asimismo, que no se encuentren involucrados en la controversia[19] y, además, inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática[20].

La imparcialidad se complementa con la idoneidad, como se indicó en las II Jornadas: "Los magistrados o jueces del contencioso tributario deben ser juristas dotados del conocimiento de las materias técnicas, conexas y necesarias para la correcta aplicación del Derecho Tributario". Y en las XIX Jornadas[21], al considerar el Tema 1: "Criminalización de las infracciones tributarias", quedó como recomendación: "Se postula la especialización de los jueces encargados de la aplicación del Derecho Penal Tributario".

Las XVI Jornadas[22], en el Tema 1: "El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo", plantearon la necesidad de: "Un Poder Judicial independiente e imparcial, al que se someta el Estado en una situación de igualdad con las otras partes, es condición indispensable de la seguridad jurídica".

Estas mismas ideas se plasmaron en las Primeras Jornadas Internacionales de Tributación y Derechos Humanos, celebradas en Lima (Perú), en 1989, pues, en el cuarto considerando de la resolución final, se afirma que el Estado de Derecho se caracteriza por el amplio e irrestricto acceso a los tribunales, los cuales tienen que ser dotados de condiciones subjetivas y objetivas de independencia con relación a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Con idéntica orientación, la Carta de Derechos del Contribuyente (ILADT-2018) dispone, en el punto 29: "Derecho a que los funcionarios o magistrados que conformen los órganos en lo contencioso tributario gocen de independencia y estén dotados del conocimiento de las materias técnicas, conexas y necesarias para la correcta aplicación del Derecho Tributario".

Todos estos antecedentes transcritos dan cuenta de que la aplicación de la ley tributaria es una tarea compleja, pues el hecho

19. "Paramara Iribarne *vs*. Chile", párr. 146.

20. "Herrera Ulloa *vs*. Costa Rica". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171.

21. Lisboa, 1998.

22. Lima, 1993.

imponible se manifiesta en un enunciado normativo proyectado hacia situaciones de hecho expresadas por elementos heterogéneos, contables, jurídicos y económicos, lo que exige una adecuada preparación en el encargado de vincular tales presupuestos con la norma.

5. La función recaudadora de la Administración tributaria

La recaudación de los impuestos deriva del ejercicio de una potestad-función que se manifiesta en un conjunto de procedimientos y actos (captura de información, inspecciones, fiscalizaciones, fijación de deberes formales, mecanismos de percepción, etc.) que nacen de la Constitución y la ley. La recaudación consiste, pues, en una función administrativa que la Constitución atribuye al Poder Ejecutivo (art. 100, inciso 7º: Al Jefe de Gabinete le corresponde: "Hacer recaudar las rentas de la Nación"). Se contrasta, en esta materia, la eficacia de la gestión administrativa con la seguridad jurídica, las garantías individuales con las prerrogativas de la Administración, y el interés particular con el interés público[23].

La Carta de Derechos del Contribuyente se hace cargo de los frecuentes "estímulos" que el contribuyente recibe para que renuncie a hacer valer su derecho, el que deviene no justiciable como la máxima "el sometimiento voluntario a un régimen obsta a su impugnación posterior". De ahí el acierto de propiciar*:* "31) Derecho a que no se otorguen a la Administración facultades para imponer al contribuyente sanciones propiamente dichas o sanciones anómalas (tanto impropias como atípicas) durante las actuaciones administrativas de fiscalización, verificación y determinación, o mientras estén en proceso las vías recursivas en sede administrativa o de revisión jurisdiccional, que impliquen una coacción para que el contribuyente pague los importes que la Administración pretende y no ejerza su derecho de defensa en virtud de las serias e irreversibles consecuencias negativas que tales sanciones le pueden significar".

Las XVIII Jornadas[24], al tratar el Tema 2: "Facultades de la Administración en materia de determinación tributaria", conside-

23. Ver: Tarsitano, Alberto, "El arte de desplumar al ganso. Discreción y discrecionalidad en la recaudación de impuestos", *Revista Derecho Fiscal*, p. 26, Nro. 4.

24. Montevideo, 1996.

raron que "[…] deben regularse en forma detallada y precisa las facultades de la Administración con el propósito de preservar adecuadamente tanto los derechos de los particulares como las necesidades del Estado para la debida recaudación de los tributos" y que "la selección de los […] fiscalizados debe estar imbuida de objetividad y del principio de igualdad en aras de evitar discriminaciones injustas y el uso distorsionado de las facultades fiscalizadoras con móviles ajenos a la recaudación y control, esto es, con desviación de poder". Agregaron que "la fiscalización debe realizarse perturbando lo menos posible el desarrollo normal de las actividades de los administrados".

Los procedimientos tradicionales de verificación y fiscalización se inician con la comunicación al contribuyente, a través de la notificación de la *orden intervención*. Allí se debe delimitar, temporal y sustancialmente, el objeto de la investigación fiscal permitiendo al contribuyente conocer cuál es la información que se le podrá requerir.

Varias cuestiones deberían ser tomadas en cuenta por la ley:

1. El comienzo y el fin de la inspección deberían contar con actos formales.
2. La duración máxima debería ser establecida por ley para no exponer al contribuyente a la incertidumbre de una inspección abierta, *sine die*.
3. Los planes generales de fiscalización deberían ser públicos. El inicio de una inspección debería surgir de un acto motivado, con indicación de las circunstancias de hecho y los funcionarios intervinientes. La denuncia anónima puede originar un procedimiento de fiscalización en la medida en que sea acompañada de otros indicios o datos en poder del fisco.
4. Se deberían determinar la forma y los efectos de las actas de constatación de hechos. Asimismo, se deberían regular las cuestiones relativas a la exhibición y preservación de documentos, acceso a las actuaciones, informes finales de inspección e intimaciones a regularizar[25].

25. *Carta de Derechos* …, ob. cit., punto 39.

6. La utilización de tecnologías electrónicas, informáticas y telemáticas

Nuestro país carece de un marco legal adecuado para encuadrar las técnicas y los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, que son empleados, cada vez con mayor intensidad, por las Administraciones tributarias.

En la actualidad, gran parte de las funciones de verificación y fiscalización que vinculan al fisco con los contribuyentes se expresan por medios electrónicos. Las herramientas tecnológicas e informáticas han influido sobre el modo de cumplimiento de las obligaciones del contribuyente en un amplio rango, que incluye deberes de información, emisión de facturas, sistemas de retención y percepción, pagos anticipados, presentación de declaraciones juradas e intercambio de información con los fiscos locales, entre otras situaciones. Se incluye, además, la presentación por medios electrónicos de multinotas, recursos, manifestaciones, respuestas a requerimientos y toda clase de comunicación hacia el fisco.

Sentado lo anterior, la regulación legal debe considerar los siguientes elementos: 1. Compatibilidad de la eficiencia del fisco con las garantías del derecho de los contribuyentes. 2. Flexibilidad impuesta por la evolución tecnológica. 3. Preparación de los obligados para cumplir con las acciones requeridas. 4. Autenticidad, características y equivalencia del documento emitido por medios electrónicos, informáticos o telemáticos con el documento original. 5. Procesos de digitalización que garanticen la autenticidad, la integridad y conservación del documento imagen. 6. Obligación de conferir vista del expediente electrónico y expedir copias en papel de cualquier clase de documento electrónico, ya sea original, imagen electrónica de original o copia, y que su cotejo sea realizado por un funcionario público. 7. Control externo de los niveles de seguridad (acceso), confidencialidad y uso de la base de datos de la agencia de recaudación[26].

A la vez, se vuelve indispensable adecuar el procedimiento tributario a las nuevas manifestaciones tecnológicas. Hoy, los contribuyentes cumplen la mayoría de sus obligaciones a través de sitios habilitados en la web del organismo fiscal, y la carga de la informa-

26. Tarsitano, Alberto y Schindel, Ángel (Dir.), *Lineamientos y propuestas para la Reforma Fiscal Argentina*, p. 327, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 2016.

ción o el acceso mismo están predeterminados por lo que el sistema permite, incluidos los "aplicativos", a través de cuyo molde se legisla o interpreta la ley con exceso evidente, limitando la decisión del contribuyente. En la práctica, ello origina una suerte de "vía de hecho" informática que no posee la concreción formal de un acto administrativo, pero que, sin embargo, afecta derechos subjetivos. Esta disrupción ocasiona demoras en las cargas de datos, adecuaciones forzadas, ambigüedades, puntos de estancamiento y restricciones de derechos. Frente a esta situación, el sistema procesal ordinario no brinda una respuesta, y es fácil anticipar, por el avance tecnológico, que, en el futuro cercano, será mucho peor, cuando probablemente se invierta el orden, y sean los organismos fiscales quienes envíen a los contribuyentes la información captada por los poderosos centros informáticos, para que estos la convaliden.

En conexión con lo anterior, se señala que no hay por parte de la Administración un sistema de asistencia a los obligados tributarios. No debiera ser cuestión discrecional y el tema debería formar parte de las obligaciones del Estado. El Modelo CIAT-BID-GIZ sí lo incluye (art. 99), y establece que la Administración proporcionará asistencia a los obligados tributarios en el cumplimiento voluntario de sus obligaciones a través de los medios que estime pertinentes. Se hace particular referencia a los medios electrónicos. También la ley tributaria española prevé, entre los derechos de los obligados tributarios, el derecho a ser informado y asistido por la Administración tributaria sobre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones tributarias (art. 34, LGT). La obligación del Estado se vuelve particularmente necesaria ante el avance de los sistemas informáticos, que han transformado la forma de las comunicaciones y el cumplimiento de las obligaciones de naturaleza formal y material. Y debería considerar, de manera especial, la ayuda a las personas físicas y pequeños contribuyentes, y esto debería ir acompañado, además, de una simplificación de las normas dirigidas a este universo[27].

27. La Ley Nº 27.430 modificó el art. 200 de la Ley Nº 11.683, que ahora dice: "Artículo 200 .- Establécese la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilio fiscal electrónico, en todas las presentaciones, comunicaciones y procedimientos –administrativos y contencioso administrativos– establecidos en esta ley,

Por último, no debemos dejar de señalar que los adelantos en las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) brindan una gran oportunidad para mejorar la justicia tributaria en todos sus niveles, incluyendo los procesos administrativos, pues, como lo destaca Folco, ellas constituyen piedras basales en la facilitación del acceso a la justicia y en su celeridad, transparencia, eficacia y efectividad[28].

7. Los medios de impugnación. El acceso a la jurisdicción

La tutela jurisdiccional efectiva debe extenderse a la totalidad de los actos administrativos que afecten los derechos del contribuyente, así como a las vías de hecho de la autoridad fiscal. Y asimismo, debería hacerse valer durante todas las fases de cualquier tipo de procedimiento o proceso tributario, incluidas las controversias relativas a la devolución de los tributos[29].

Los países han centrado las vías recursivas en la determinación de oficio, garantizando sobre ella de manera adecuada los medios de impugnación y el acceso de la jurisdicción. Pero no sucede lo mismo con la variada y extensa cantidad de actos no determinativos de distinta naturaleza, frente a los cuales, el contribuyente no posee vías procesales eficientes, con prevención del daño que le provocan. Por consiguiente, debiera cumplirse la aspiración expuesta en las XXIX Jornadas: "[…] el sistema de impugnaciones tributarias debe asegurar que, frente a cualquier acto, expreso o tácito, acción u omisión de las autoridades tributarias, e idóneo para generar efectos en la

---

con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales, de conformidad con los lineamientos que fije el Poder Ejecutivo nacional".

28. Ver Folco, Carlos María, "E-Justicia tributaria: Estado actual y perspectiva futura en Iberoamérica", 27/9/2018, disponible en: https://www.ciat.org/e-justicia-tributaria-estado-actual-y-perspectiva-futura-en-iberoamerica/.

29. En la *Carta de Derechos*… (ILADT) se establece: "Punto 8: Contra los actos administrativos de determinación y los demás que lesionen directa o indirectamente derechos subjetivos, deberá otorgarse a los interesados recursos administrativos. Punto 9: Los recursos que cada legislación establezca deberán ser interpuestos y resueltos dentro de plazos breves y perentorios; a tal efecto, es recomendable que el número de recursos se reduzca al máximo. Punto 10: Vencidos estos plazos sin que la Administración se haya pronunciado, se presumirá que el acto impugnado ha sido tácticamente confirmado, quedando expedita la vía jurisdiccional".

esfera jurídica de los sujetos pasivos y/o terceros afectados, corresponda un medio de impugnación".

Una cuestión conexa a la impugnación judicial es la razonabilidad de exigir el agotamiento de la vía administrativa, cuyo sentido referido a brindar la oportunidad a la Administración para que revise sus propios actos en la práctica deviene en la lentitud de los procedimientos sin que nada cambie. La necesidad de hacer más eficiente el servicio de justicia tributaria puede dar abono a la opinión de Pistone, sobre la necesidad de "la simplificación radical de las impugnaciones con la consiguiente abolición de la obligación de previo agotamiento de la vía administrativa para que las partes de la obligación tributaria tengan acceso a la vía judicial. En el contexto de dicha simplificación la vía administrativa y judicial proceden en forma paralela, tal como ocurre en los ordenamientos tributarios de Alemania e Italia, que permiten al juez tributario anular directamente los actos emanados por las autoridades tributarias, sin que sea necesario el previo agotamiento de la vía administrativa"[30].

Las XXIX Jornadas[31] propiciaron "aplicar mecanismos para asegurar –tanto en vía administrativa, como en el marco de procedimientos judiciales con función cautelar– la forma de la ejecución de los actos tributarios en presencia de un *fumus boni juris*, sin que el derecho a la suspensión pueda estar sometido a condiciones adicionales o a la constitución de garantías".

8. La verdad material y la prueba

La búsqueda de la verdad material es un principio de la justicia tributaria para indagar la realidad de los hechos, porque el interés comprometido en el litigio se encuentra por encima de cierta ineficacia o diligencia de las partes. De esto se sigue que dicha protestad ha sido acordada a fin de no desvirtuar el mandato legal que otorga contenido a esta obligación de Derecho Público. Este camino ha seguido el Tribunal Fiscal argentino, el que posee amplias facultades

30. Pistone, Pasquale, *Problemáticas actuales y nuevas fronteras de los medios de impugnación nacionales e internacionales. Relatoría General*, Memorias de las XXIX Jornadas Latinoamericanas del Derecho Tributario, p. 66, Instituto Boliviano de Estudios Tributarios, 2016.

31. Santa Cruz (Bolivia), 2016.

para establecer la verdad material con independencia de lo alegado por las partes (art. 164), y puede, al efecto, dictar medidas para mejor proveer (art. 177).

Tomando en consideración el principio, las II Jornadas[32] indicaron que los Tribunales Nacionales de lo Contencioso Tributario deben "estar revestidos de los poderes necesarios para establecer la verdad de los hechos y aplicar el Derecho, independientemente de lo alejado y probado por las partes". Este principio se ratificó en las IV Jornadas[33], al afirmarse que, "siendo el principio fundamental del proceso tributario el esclarecimiento de la verdad, debe ser estructurado de tal manera que asegure la libre actuación del juez para la investigación de los hechos, con el aditamento de que al juez deberán acordársele las más amplias facultades para la verificación del hecho imponible y de la cuantía de la obligación tributaria, aun en los casos en que medie inactividad de los litigantes durante la secuela del proceso".

Hemos de recordar, siguiendo a Freytes, que en el proceso tributario debe prevalecer la voluntad de la ley por sobre la de las partes, y, por eso, el juez tiene la exigencia de decidir de acuerdo con la verdad objetiva de los hechos sometidos a su consideración y no según la naturaleza, o el alcance y la significación, que le atribuyen el fisco o el contribuyente[34].

Por ello, son contrarias a la tutela jurisdiccional efectiva las restricciones a la posibilidad de ofrecer prueba ante los tribunales administrativos o judiciales, y se la limita a la producida en sede administrativa, en un estadio donde el contribuyente probablemente no esté bien preparado para la defensa del caso que devino litigioso.

Lo que acaba de exponerse, como lo señaló un ex presidente del Tribunal Fiscal, merece una observación, a veces imperceptible, y es que la búsqueda de la verdad material no desplaza la regla que impone al juzgador sentenciar en los límites de la demanda, sino que busca reafirmar la vigencia del "principio inquisitivo", propio de los procesos administrativos, en detrimento del "principio dispositivo",

32. México, 1958.

33. Buenos Aires, 1964.

34. Freytes, Roberto O., "Facultades y deberes del juez en el proceso tributario frente al reconocimiento de hechos por las partes", D.F., T. XVIII.

que caracteriza al proceso judicial[35]. Es decir que, por amplias que sean las facultades del juez en punto a la prueba, ello no suplanta el deber del accionante de poner en conocimiento del Tribunal los hechos sobre los cuales se edifica su pretensión impugnativa, ni del principio según el cual quien alega un hecho debe probarlo o demostrar que la contraparte puede hacerlo.

En cuanto a la carga de la prueba, las IV Jornadas[36], al estudiar el Tema 3: "La prueba en el proceso tributario", afirmaron en el punto 1: "Los principios generales sobre la carga de la prueba son aplicables en el proceso tributario, debiendo concederse al juez la facultad de adecuarlos a la naturaleza específica del mismo". Y en lo que puede considerarse la recepción del principio de las "pruebas dinámicas" se sostuvo, en el punto 2, que el proceso tributario "debe establecer la obligación de cada parte de proporcionar los elementos de prueba que se hallen en su poder o que estén en condiciones de producir".

Las consideraciones anteriores encontraron renovada expresión en las XXIX Jornadas, pues allí se dijo que "la carga de la prueba se regirá por los principios de quien alega, prueba, y de igualdad de armas, admitiéndose las presunciones en favor de la Administración tributaria solo en situaciones excepcionales, por norma legal expresa y sin afectar, en ningún caso, el derecho de los contribuyentes a ofrecer la prueba contraria y, asimismo, que en el proceso tributario son admisibles todos los medios probatorios reconocidos en Derecho, excepto la prueba de absolución de posiciones de la Administración Pública. La valoración de la prueba se hará libremente por el juez".

En el Relato General de esas Jornadas, Pistone indicó: "Sin embargo, por efecto de la naturaleza del proceso tributario como proceso por impugnación de actos, la falta de prueba en el procedimiento tributario puede repercutir contra las autoridades tributarias. Eso implica que aun cuando el sujeto pasivo no ofrezca la prueba en el marco del proceso tributario, el órgano judicial puede llegar a la anulación del acto impugnado por efecto de la prueba insuficiente

35. Martínez, Francisco, "Lo contencioso tributario", *Rev. Derecho Fiscal*, T. 19, p. 633.

36. Buenos Aires, 1964.

que las autoridades tributarias han ofrecido, tanto en el marco del procedimiento como del proceso tributario"[37].

Finalmente, la Carta de Derechos (ILADT) dispuso, en el punto 46, el "Derecho a la prueba", y aportó los diversos medios de prueba, sobre la base del principio de facilidad probatoria. Este derecho incluirá la posibilidad de aportar pruebas para desvirtuar las presunciones legales relativas (*iuris tantum*), demostrando la realidad del caso concreto o, simplemente, que las presunciones resultan inadecuadas al mismo y el derecho a la motivación de las decisiones de inadmisión.

9. Plazo razonable

El concepto de plazo razonable contemplado en el artículo 8º de la Convención Americana está íntimamente ligado con el recurso efectivo, sencillo y rápido contemplado en su artículo 25[38]. El Tribunal ha señalado que la razonabilidad del plazo debe ser apreciada en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse[39].

Igualmente, la jurisprudencia reiterada de dicho Tribunal ha considerado cuatro aspectos para determinar, en cada caso concreto, el cumplimiento de esta regla: la complejidad del asunto, la conducta de las autoridades, la actividad procesal del interesado[40] y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso[41].

37. Pistone, Pasquale, *Problemáticas actuales y nuevas fronteras de los medios de impugnación nacionales e internacionales. Relatoría General*, Memorias de las XXIX Jornadas Latinoamericanas del Derecho Tributario, p. 71, Instituto Boliviano de Estudios Tributarios, 2016.

38. "Caso Baldeón García *vs*. Perú". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 155, y "Caso Luna López *vs*. Honduras". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 188.

39. "Caso Suárez Rosero *vs*. Ecuador". Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 71, y "Caso Luna López vs. Honduras", párr. 188. 190.

40. "Caso Suárez Rosero *vs*. Ecuador", párr. 72, y "Caso Luna López *vs*. Honduras", párr. 189. 191.

41. Cfr. "Caso Valle Jaramillo y otros", párr. 155, y "Caso Luna López *vs.* Honduras", párr. 189.

La doctrina latinoamericana expresó su preocupación en distintas Jornadas haciéndose eco de la fina ironía de Casás: "Cuando nos enteramos una década después del Derecho judicialmente aplicable a nuestro caso, no hemos tenido acceso a la justicia sino a la historia"[42].

En las XXIX Jornadas se constató que "la duración promedio del proceso de revisión del acto, desde su primera impugnación hasta la obtención de *res judicata* en los países miembros del ILADT, es de 5 a 8 años. Ello abarca desde la brevedad del tiempo en que se tramita la causa tributaria en México (entre 18 y 24 meses), hasta los 11 años de Perú, o los 12 años de Brasil"[43].

Desde una perspectiva práctica, las VII Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Derecho Tributario[44], al debatir el Tema 2: "Impugnación de las decisiones administrativas en materia tributaria en vía administrativa y jurisdiccional", propusieron que los recursos "deberán ser interpuestos y resueltos dentro de plazos breves y perentorios […] y vencidos estos plazos sin que la Administración se haya pronunciado, se presumirá que el acto impugnado ha sido tácitamente confirmado, quedando expedita la vía jurisdiccional".

El plazo para que el fisco ejerza su competencia a fin de exigir el impuesto, incluida la duración de las fiscalizaciones[45], está de hecho fijado por la prescripción (ya de por sí muy extendida). Desde que el impuesto solo puede ser exigido por la vía de la determinación de oficio, el plazo de prescripción opera como el único límite a la duración de dicho procedimiento.

42. La frase pertenece a Agustín Gordillo, pero era Casás quien la citaba con frecuencia.

43. Pistone, Pasquale, *Problemáticas actuales y nuevas fronteras de los medios de impugnación nacionales e internacionales. Relatoría General*, Memorias de las XXIX Jornadas Latinoamericanas del Derecho Tributario, p. 65, Instituto Boliviano de Estudios Tributarios, p. 65.

44. Pamplona (España), 1976.

45. En las XVI Jornadas (Montevideo, 1996), se consignó, en el punto 3: "Las tareas de fiscalización deben efectuarse en un plazo razonable tomando en cuenta la complejidad y demás características de cada caso, debiendo quedar concluida la fiscalización al término de dicho plazo". Y luego, en el punto 4: "Es conveniente que la ley, en virtud del principio de la seguridad jurídica, establezca un plazo dentro del cual la administración deba dictar el acto de determinación luego de concluida la fiscalización".

La Corte Suprema se expidió en "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA", sentencia del 26 de junio de 2012 (*Fallos*: 335:1126), y con sustento en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8º, inciso 1º), afirmó que el principio de celeridad se aplica a todas las causas judiciales y procedimientos administrativos (penales, fiscales, civiles o administrativos) como una necesidad derivada de las garantías que aseguran, a todos los habitantes de la Nación, la presunción de inocencia, la inviolabilidad de su defensa en juicio y el debido proceso legal (arts. 5º, 18 y 33 de la Constitución Nacional)[46].

Lo trascendente del fallo son las pautas a tener en cuenta por los jueces para establecer qué se entiende por *plazo razonable* de duración de un proceso, lo que autoriza a los contribuyentes a recurrir a la vía judicial para subsanar la mora. De todas formas, el estándar es laxo, y aplicado a casos excepcionales, de lo que se desprende que los límites temporales debieran tener recepción legislativa[47].

10. La conciliación de los procesos contencioso-administrativo y penal tributario

En la Argentina, como en otros países de América Latina, no existe prejudicialidad de la cuestión administrativa sobre la acción penal, lo cual provoca un paralelismo de procesos que, ante la falta de conciliación de sus recíprocas influencias, genera la posibilidad de sentencias contradictorias.

En su sentido técnico-jurídico, las cuestiones prejudiciales en materia penal son aquellas previstas expresamente por la ley, y cuya resolución por otro juez causa estado respecto de la existencia o no de algún elemento del delito.

46. La Cámara Federal, Sala V, en dos interesantes precedentes, computó el plazo de duración del proceso en sede el Tribunal Fiscal, para fallar a favor del contribuyente por exceso en la razonable pauta temporal. Son los casos "Cosena Seguros S.A. c/ DGA s/ Recurso directo de organismo externo", del 11/2/2021 y "La Mercantil Andina Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ DGA s/ Recurso directo de organismo externo", del 6/5/2021.

47. Ver: MCTAL, Título IV, Capítulo I, art. 129. Asimismo, XVIII Jornadas, Montevideo, 1996, Tema 2: "Facultades de la Administración en materia de determinación tributaria", recomendación tercera.

Desde esa perspectiva, está claro que la sustanciación del procedimiento administrativo no constituye una cuestión prejudicial a la investigación o al juzgamiento del delito. Así era antiguamente en el sistema argentino, en tanto requería no solo la existencia previa de una determinación de oficio, sino, además, que ella adquiriera estado de firme en sede judicial. Ello produjo como resultado que, cuando finalmente las causas se concluían (siete o diez años luego de iniciadas), por lo general, ya se encontraba prescripta la acción penal. En este sentido, cabe recordar que la determinación de la deuda por parte del organismo recaudador resulta totalmente revisable por el juez interviniente, cuyas facultades jurisdiccionales tienen la jerarquía constitucional que ha sido otorgada al Poder Judicial de la Nación y no pueden ser condicionadas por las decisiones de los organismos dependientes del Poder Ejecutivo Nacional. A ello cabe agregar que la naturaleza misma de los procesos de que se trata (administrativo y penal) impide aquel condicionamiento, pues la potestad de revisión por parte del tribunal resulta ser un resguardo para el imputado, de modo tal que el juez natural de la causa –imparcial e independiente– revise los actos administrativos.

Entonces, la discusión no se plantea tanto en términos de "prejudicialidad" técnica sino, concretamente, en términos de "precedibilidad". Y con este alcance, en torno a la necesidad de establecer en qué medida la jurisdicción extrapenal subordina, condiciona o restringe el juzgamiento penal, con su efecto de paralizar o suspender las actuaciones a la espera del resultado en la otra sede, o limitar las pruebas, o su valoración, en la propia.

Nos parece importante una advertencia. Si se analiza la situación desde el plano valorativo, la no prejudicialidad civil es una garantía de defensa de la persona, la que no verá predeterminado su destino por una decisión administrativa, cuya importancia no se niega pero que, de ninguna manera, es definitoria del quiebre penal[48]. La función de la autonomía penal, como garante de la libertad y el debido proceso, es, a menudo, rebasada, sin embargo, por la percepción de que el mero inicio de una causa penal es experimentada como una pena en sí misma. A eso se suma la desconfianza sobre la versación de los jueces para establecer la antijuridicidad extrapenal. Esa

48. Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, entre muchos otros: Sala B, Regs. 116/2003 y 99/2017 y Sala A Regs. 674/2004 y 27/2015 de la República de Argentina.

percepción no oculta una evidencia: los procesos administrativos no pueden ser la llave del proceso penal ni, mucho menos, predeterminarlos, no solo porque así se concluye desde el plano dogmático, sino porque la realidad demuestra, en no pocos casos, que ese poder, en manos de funcionarios fiscalistas o corruptos, se transforma en una herramienta extorsiva de formas más o menos explícitas.

Como problema derivado de la cuestión de la precedencia, surge el inconveniente relativo a la influencia de la decisión y las pruebas producidas durante la fiscalización administrativa, y el proceso de determinación de oficio.

En ningún caso, la presunción de legitimidad del acto administrativo, incluido el consentimiento efectuado por el interesado, podría ser trasvasado al proceso penal, y únicamente, debe constituir un elemento más en la formación de la convicción del juzgador, entre las restantes evidencias colectadas en sede penal para establecer la inmaterialidad del injusto penal. La conclusión es clara cuando se repara en que la determinación de oficio tiene carácter meramente declarativo, pues la obligación tributaria y, por ende, la condición de obligado nace por la verificación del hecho imponible, con independencia de la determinación.

Una línea doctrinaria y jurisprudencial argentina sostiene –bien que con cierto apego a la letra de la *ley penal tributaria*– que la determinación de oficio es, al menos, una condición de precedencia de la acción penal[49]. Ya no se trata de una cuestión prejudicial sino de un requisito para la propuesta de ella[50].

En resumidas cuentas, diremos que, hoy, la jurisprudencia argentina predominante se inclina a sostener que no es necesaria la existencia de una determinación de oficio para que proceda la ac-

49. De *lege ferenda*: Una manera de prevenir el escándalo jurídico o, al menos, de acotarlo sustancialmente, es suspender la causa penal hasta que la determinación de oficio haya quedado firme en los términos del artículo 79 de la ley; es decir, cuando la determinación de oficio no haya sido apelada o haya recaído resolución en los recursos de reconsideración y apelación ante el Tribunal Fiscal contemplados en el artículo 76. La medida debería ir acompañada de la fijación de plazos perentorios para la resolución de tales recursos.

50. La ley penal tributaria contempla una prejudicialidad acotada a la materia contravencional, pues la autoridad administrativa no puede aplicar sanciones hasta que recaiga "sentencia definitiva en sede penal", en cuyo caso, para luego aplicar las sanciones correspondientes, no deben alterarse las declaraciones sobre los hechos producidas en dicha sede (art. 20, *in fine*, Ley Nº 27.430).

ción penal, ni que lo decidido en ella vincule al juez penal. No se distingue, a tal efecto, si la denuncia ha sido formulada por los organismos de recaudación, por un tercero o se opera de oficio por el Ministerio Público. Esta postura recibe el fuerte apoyo de la caracterización del Ministerio Público como titular de la acción *puniendi* del Estado y de las facultades amplias y exclusivas del juez penal para la investigación material de los hechos, y el juzgamiento y la sanción de los delitos tributarios.

Por nuestra parte, pensamos que está bien ratificar la función autónoma, plena, del Ministerio Público y la justicia penal frente al delito fiscal. Pero con una única condición: si la denuncia ha sido formulada por el fisco, la convicción administrativa sobre la presunta comisión del delito requiere, al menos, la existencia de una determinación de oficio, con el entendimiento de que dicho acto administrativo es el que perfecciona la "voluntad administrativa" y, como tal, resulta necesario para dotar de seriedad y estabilidad a la denuncia de la Administración tributaria.

En suma, podríamos concluir que: (I) la determinación no vincula al juez penal, en cuanto a sus valoraciones e interpretaciones jurídicas; (II) puede predicarse la necesidad de que exista una pretensión fiscal exteriorizada en la determinación, al menos para dictar la condena penal; (III) la determinación de oficio no es prueba que pueda ser admitida de modo aislado[51].

Es evidente que la vía recursiva y la judicial deben guardar alguna clase de conciliación para evitar el escándalo jurídico de sentencias contradictorias. Imagínese como la posibilidad de un proceso penal en que se dispuso la prisión preventiva de un procesado o en el cual, hasta recaer condena, y en sede civil, se decide la inexistencia de la pretensión fiscal. Un *strepitus fori* patente y gravísimo. En la Argentina, esta clase de situación encuentra un remedo tardío mediante una vía excepcional: el recurso de revisión con base en la inexistencia de la obligación sustancial.

Una manera de prevenir el escándalo jurídico o, siquiera, de acotarlo sustancialmente, es suspender la causa penal hasta que la determinación de oficio haya quedado firme, al menos en sede administrativa, sea por recurso ante la propia agencia tributaria o a través

51. Pampliega, Ignacio M., "Algunas cuestiones sobre el principio de inocencia y la defensa en juicio en Procesos por infracción a la Ley Nº 24.769", *Revista de Derecho Procesal Penal*, p. 382, Rubinzal Culzoni Editores, 2006.

de un recurso ante el Ministerio de Finanzas que ejerce poder de revisión sobre sus decisiones.

Finalmente, agregamos que, de modo inverso, en la Argentina, existe solo una "prejudicialidad" referida a la materia contravencional, pues, en caso de iniciarse en sede penal la investigación de un delito, la autoridad administrativa que tramita la cuestión técnica no puede aplicar multas hasta que haya recaído "sentencia definitiva en sede penal", en cuyo caso, debe aceptar las conclusiones sobre los hechos producidos en dicha sede (art. 20, *in fine,* Ley Nº 24.730). A este respecto, la ley admite la concurrencia de las penas privativas de la libertad por ella fijadas con las sanciones administrativas (art. 17).

11. La regla del *solve et repete*

La doctrina posee una antigua y consistente postura en favor de la eliminación del *solve et repete* en materia tributaria, ya sea como recaudo previo a la proponibilidad objetiva de la acción judicial (*solve et repete* estricto) o como posibilidad de ejecutoriedad del acto administrativo apelado en sede judicial (*solve et repete* atemperado).

El MCTAL de 1967, en el Título V: "Contencioso Tributario", capítulo I, "Acción ordinaria", propuso eliminar el pago previo de los tributos sanciones para su revisión judicial, explicando: "La Comisión estima de gran trascendencia la no exigencia del pago previo o *solve et repete*, como requisito o presupuesto de la acción" (art. 177).

El ILADT, desde las II Jornadas de Derecho Tributario (México, 1958), al tratarse el tema "El proceso contencioso tributario", concluyó: "6. Debe eliminarse como requisito de procedencia, tanto en la interposición de recursos administrativos como en el ejercicio de la acción contenciosa, el pago previo de los tributos, sin perjuicio de las garantías que fueren necesarias en los casos en que exista riesgo de incumplimiento del crédito fiscal".

También, en las VII Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios (Pamplona, 1976), al considerarse el Tema II: "Impugnación de las decisiones administrativas en materia tributaria en vía administrativa y jurisdiccional", se sostuvo, en los siguientes considerandos: "16. La interposición y decisión de recursos o acciones no deben estar condicionadas al pago previo de la obligación

impugnada, ni a ningún otro requisito que no tenga relación directa con el objeto del recurso o acción que se deduce. // 17. La Administración podrá ejecutar el crédito que resulte a su favor de sus resoluciones firmes o definitivas, independientemente de la existencia de recursos o acciones jurisdiccionales. Pero la ejecución del crédito deberá ser suspendida a pedido de parte, mientras se encuentre en trámite el proceso de conocimiento correspondiente, siempre que el crédito fiscal esté suficientemente garantido".

Posteriormente, en las XVI Jornadas, reunidas en Lima (Perú), en 1993, al debatirse el Tema I: "El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo", se recomendó: "4. La supresión de la regla '*solve et repete*' y de cualquier otro obstáculo al acceso incondicionado e inmediato de todas las personas a la tutela jurisdiccional, así como la posibilidad de suspensión del acto impugnado, son necesarios para la igualdad de las partes".

A su vez, las Primeras Jornadas Internacionales de Tributación y Derechos Humanos, realizadas en Lima (Perú), en 1989, declararon: "Que es necesario asegurar el acceso, incondicionado e inmediato, de todas las personas a los tribunales judiciales, lo cual significa, incluso, que la regla '*solve et repete*' debe quedar sin efecto en aquellos países en los cuales todavía tiene vigencia por ser violatoria del principio de igualdad"[52].

Luego, en las XX Jornadas, efectuadas en Salvador de Bahía (Brasil), en 2000, con motivo del tratamiento del Tema I: "Derechos Humanos y Tributarios", se recomendó: "5 e) Prohibición del '*solve et repete*' en todas las instancias".

Finalmente, en las XXIX Jornadas, al tratar "la problemática actual y nuevas fronteras de los medios de impugnación nacionales e internacionales", se dejó establecido: "Se deberán aplicar mecanismos para asegurar –tanto en vía administrativa, como en el marco de procedimientos judiciales con función cautelar– la suspensión de la ejecución de los actos tributarios en presencia de un *fumus boni juris*, sin que el derecho a la suspensión pueda estar sometido a condiciones adicionales o a la constitución de garantías […]. La impugnación de los actos tributarios en vía administrativa o jurisdiccional no deberá estar condicionada, directa o indirectamente, al

52. Anales de las Primeras Jornadas Internacionales de Tributación y Derechos Humanos, pp. 182 y 183, 1989.

pago previo, a la constitución de garantías, o a cualquier otro mecanismo de efecto equivalente puesto que esto implicaría regresar al *solve et repete*".

Esta última aspiración está vinculada a la realidad del contencioso-tributario en nuestro país, ya que, mientras penda el pleito, la suspensión de la ejecutoriedad de la deuda se condiciona a la verosimilitud del Derecho y a la demostración del daño irreparable o grave. De hecho, con particular énfasis en los procedimientos locales, la inexistencia de una vía de acceso a un tribunal independiente sin previo pago frustra gran parte de las intenciones del contribuyente de discutir con el fisco cuando se considera con válidas razones para hacerlo. Es poco atractiva la alternativa de obtener una devolución tardía, licuada por la depreciación monetaria y las tasas de interés poco retributivas.

En suma, debería eliminarse la regla *solve et repete* como recaudo para la revisión de los actos administrativos en sede administrativa y judicial, sin perjuicio de contemplar las garantías de pago del contribuyente que aseguren la percepción del crédito fiscal en el supuesto de que el fisco se imponga en la contienda judicial.

12. Control de convencionalidad

El control de convencionalidad significa que ningún órgano del Estado puede aplicar una norma de derecho interno o convalidar una práctica administrativa contra el objeto y finalidad de un Tratado Internacional sobre Derechos Humanos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva forma parte de ese ámbito de reserva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que los jueces y tribunales internos están obligados a someter las normas internas al escrutinio de su compatibilidad con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la doctrina de la Corte Interamericana ("Almonacid Arellano y Otros *vs*. Chile", sent. del 26/9/2006, Serie C Nº 154).

En otros precedentes integró el estándar recordando la vigencia de la Convención de Viena para asegurar el objeto y la finalidad del Pacto de San José de Costa Rica, de manera útil, sobre los derechos internos de los países que los puedan contradecir ["Trabajadores

Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", sent. del 24/11/2006, Serie C Nº 158], así como el alcance del control referido en sentido negativo a "la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen la violación de garantías previstas en la Convención", y en sentido positivo, a "la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de esas garantías" ("Lori Berenson Mejía *vs*. Perú", sent. del 25/11/2004, Serie C Nº 119, párrafo 219, entre otros).

En "Gelman *vs*. Uruguay" (2011) se destacó, además, que "el control de convencionalidad es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial".

La doctrina de la Corte Interamericana revista particular interés a la luz de la restricción jurisdiccional que pesa sobre el Tribunal Fiscal de la Nación en los artículos 185 de la Ley Nº 11.683 y 1164 del Código Aduanero, por cuya virtud no puede declarar la inconstitucionalidad de las normas[53].

Hay dos fuerzas de sentido contrario que deben ser conciliadas. De un lado, nuestro régimen constitucional prevé que es el Poder Judicial el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el Poder Legislativo. De otro, ¿cómo exigir que el Tribunal aplique una norma o convalide una interpretación contraria al Pacto que garantiza el derecho a ser oído por un "tribunal competente, independiente e imparcial" (art. 8.1, CADH)? La revisión judicial de doble instancia resuelve satisfactoriamente la cuestión constitucional en favor de otorgar facultades al tribunal para declarar la inaplicabilidad de la norma que contradice uno de los pactos con jerarquía constitucional[54].

53. "Artículo 185. - La sentencia no podrá contener pronunciamiento respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones, a no ser que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación efectuada por ese Tribunal de la Nación". Ver texto similar del artículo 1164 del Código Aduanero.

54. Con cita de Arístides Corti, el Tribunal Fiscal de la Nación, Sala E, declaró, en la causa "La Mercantil Andina Cía. de Seguros S.A." (2012), que "las normas que impiden el control de constitucionalidad por parte de este Tribunal Fiscal de la Nación han devenido derogadas por la Convención Americana de Derechos Humanos habida cuenta de su jerarquía supralegal (nuevamente *Fallos:* 315:1492), derogación reafirmada por la reforma constitucional de 1994, que asignó jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos […] y que si

13. Necesidad de que la Corte Suprema de Justicia revise los pronunciamientos emitidos por los órganos del Convenio Multilateral

Existe una necesidad evidente en la revisión judicial de las decisiones de la Comisión Arbitral y Plenaria, las que se emiten en ejercicio de la competencia habilitada frente a una pretensión fiscal en conflicto con los instrumentos de concertación (art. 24, inciso b, del Convenio Multilateral)[55].

Sin embargo, la dificultad para hallar un mecanismo uniformador proviene de la doctrina de la Corte Suprema sobre el alcance de su jurisdicción en la materia.

En efecto, estos asuntos no llegan a su conocimiento pues ella sostiene que el recurso extraordinario (art. 14 de la Ley Nº 48) sólo procede contra sentencias judiciales, es decir, de aquellas dictadas por los órganos permanentes del Poder Judicial de la Nación y de las provincias. Para el Tribunal cimero, la excepción a tal principio sólo se produce cuando aquellos tribunales fueron sustituidos por órganos o funcionarios administrativos por disposición legal que, además, excluya toda otra forma de revisión judicial (*Fallos*: 292:620; 305:1471 y 1699), supuesto que no concurriría en el caso. De otro lado, dice

---

el intérprete u operador nacional –que en el caso sería este Tribunal Fiscal en tanto es un órgano vinculado a la administración de justicia– debe, por imperio de la jurisprudencia *supra* citada, ejercer siempre el control de convencionalidad, va de suyo que también debe realizar un adecuado control de constitucionalidad, atento la íntima e indisoluble interrelación que existe entre ambos" (cfr. Sagués, María Sofía, "Aproximación a la retroalimentación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad a la luz de un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *Revista Jurídica El Dial*, del 4 de octubre de 2010)". En análogo sentido, ver Gatti, Franco, "Convencionalidad y Derecho Tributario: El Tribunal Fiscal de la Nación frente al Control de Convencionalidad", *Revista Virtual de la Facultad de Derecho* Nro. 31.

55. En adelante, CM. Las III Jornadas de Derecho Provincial y Municipal, organizadas por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales (Ciudad de La Plata, 23 y 24 de junio de 2016), recomendaron: "Que se identifique o establezca un mecanismo claro, rápido e idóneo, que garantice, en forma suficiente y en tiempo oportuno, la revisión judicial de las decisiones de los organismos interjurisdiccionales. Que el mecanismo señalado garantice la independencia del tribunal judicial revisor y la intervención de todas las partes involucradas en el caso, ya sean fiscos o contribuyentes, en forma tal que todas ellas queden alcanzadas por los efectos de la sentencia a dictarse".

su doctrina que el Convenio Multilateral integra el Derecho Público local ("Papel Misionero S.A.I.F.C.", *Fallos*: 332:1007), con lo cual también se impide el recurso a la competencia originaria mediante una acción declarativa de certeza o declarativa de inconstitucionalidad, toda vez que aun cuando la controversia involucre cuestiones federales, el conflicto predominante es de naturaleza local y debe ser ventilado ante los tribunales provinciales.

Estas conclusiones, como bien lo destaca Bulit Goñi, significan condenar al contribuyente a una vía muerta[56].

Sin embargo, existen claras razones jurídicas y suficiente interés institucional para documentar la competencia de la Corte Suprema.

En tal sentido, son pertinentes los fundamentos expuestos por la Procuradora Fiscal, doctora Laura Monti, en el dictamen emitido en la causa "Maxiconsumo" (2009), para justificar el remedio federal. Tales reflexiones resumen adecuadamente el problema y plantean una salida interpretativa basada en que:

– El mecanismo del artículo 24, inc. b), del CM no constituye una vía alternativa para la solución de las controversias entre el contribuyente y el fisco local, sino que se evidencia como la única posibilidad de clausurar, de una vez, la cuestión con respecto a todas las jurisdicciones involucradas, dado que la corrección que pretenda una de ellas –en la porción de base imponible que le corresponde– repercutirá obligadamente en las relaciones del contribuyente con las demás provincias.
– La Comisión Arbitral y la Comisión Plenaria son una instancia de carácter administrativo, integradas por representantes de todas las jurisdicciones interesadas, especialistas en materia impositiva, lo que les otorga una naturaleza peculiar (arts. 15 a 26 del CM). Y, dada la multilateralidad de su funcionamiento, deviene imprescindible que las cuestiones suscitadas por una jurisdicción o ante una de ellas, por su repercusión necesaria en las demás, sean resueltas de manera que todas tengan participa-

56. Bulit Goñi, Enrique G., "Ingresos Brutos, Convenio Multilateral y jurisdicción idónea. Un dilema sin solución efectiva en la actualidad", en *La jurisprudencia tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A 150 años de su primera sentencia*, Buenos Aires, Editorial Errepar, 2013, p. 87.

ción en lo decidido, de forma tal que se les asegure su derecho de defensa.

– Puesto que el CM es, precisamente, multijurisdiccional, si lo decidido por esos organismos plurilaterales pudiera ser revisado por los jueces de sólo una de las jurisdicciones adheridas, llevaría al problema de que lo resuelto por éstos les sería oponible a las demás, burlando así la decisión conjunta adoptada por todas ellas. Tal conclusión no parece aceptable, máxime cuando nuestra Carta Magna otorgó a los asuntos en que una o más provincias son parte la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).
– Las decisiones de los organismos de integración plurijurisdiccional no podrían ser revisadas, de manera indiscutible y fructífera, sólo por uno de los órganos máximos de la organización judicial de una de las provincias involucradas, porque implicaría un desmedro de la autonomía de las demás involucradas en el asunto.

14. Colofón: La Carta de Derechos del Contribuyente del ILADT (2018)

En distintos pasajes de este ensayo hicimos referencia a la "Carta de Derechos del Contribuyente" del ILADT. Nos parece oportuno, como síntesis, y por la autoridad doctrinaria del referido instituto, enunciar los puntos del documento vinculados al objeto de nuestro trabajo. Se lee en el capítulo referido a los estándares derivados del "derecho a la tutela administrativa y jurisdiccional efectiva":

25) Derecho de acceso a la justicia, independiente e imparcial, a la obtención de un fallo y a la ejecución.
26) Derecho a ser parte en un proceso tributario basado en el principio de contradicción y la presunción de inocencia.
27) Derecho a los recursos contra actos y resoluciones tributarias, los cuales deberán sustanciarse en última instancia en vía jurisdiccional. En fase administrativa el recurso será previo al acceso a los tribunales y, si es preceptivo, no deberá suponer un obstáculo o dilación desproporcionada para tal acceso y regirse por principios procesales semejantes a la vía judicial.
28) Derecho a juez predeterminado, a la defensa y asistencia de letrado y a actuar asesorado por abogado.

29) Derecho a que los funcionarios o magistrados que conformen los órganos en lo contencioso tributario gocen de independencia y estén dotados del conocimiento de las materias técnicas, conexas y necesarias para la correcta aplicación del Derecho Tributario.
30) Derecho a la eliminación de la regla *solve et repete* (exigencia del pago previo del tributo) en los Ordenamientos jurídicos que aun la conserven, tanto para transitar las vías recursivas en sede administrativa como las de revisión jurisdiccional, así como también a que no se establezcan cautelas o garantías desproporcionadas al efecto.
31) Derecho a que no se otorguen a la Administración facultades para imponer al contribuyente sanciones propiamente dichas o sanciones anómalas (tanto impropias como atípicas) durante las actuaciones administrativas de fiscalización, verificación y determinación, o mientras estén en proceso las vías recursivas en sede administrativa o de revisión jurisdiccional, que impliquen una coacción para que el contribuyente pague los importes que la Administración pretende y no ejerza su derecho de defensa en virtud de las serias e irreversibles consecuencias negativas que tales sanciones le pueden significar.
32) Derecho a que se ejecuten las resoluciones administrativas o judiciales favorables al contribuyente. En el caso de resoluciones judiciales, debe ser el órgano judicial el encargado de controlar que el acto de ejecución se adecúa a los términos de la sentencia.
33) Derecho a que los tribunales resuelvan sobre las pretensiones que ante ellos formulen los contribuyentes, aunque quepa una resolución de inadmisión. Las resoluciones habrán de ser motivadas, razonables, congruentes y fundadas en Derecho.
34) Derecho a que la ejecución de las resoluciones firmes de los actos de determinación se sustancie en vía judicial y a que, mientras estén en trámite los procesos de revisión jurisdiccional sobre la existencia o no de las deudas determinadas, se suspenda la ejecución hasta que exista cosa juzgada en los procesos de revisión.
35) Derecho a la tutela cautelar en vía judicial, como medida para neutralizar la ejecutoriedad del acto de determinación, evitar daños de difícil o imposible reparación y no tornar ilusoria la posibilidad del cobro del tributo una vez agotados los recursos administrativos y jurisdiccionales del contribuyente y devenida

firme la deuda tributaria. Este derecho excluye el *solve et repete* e incluye el derecho a la adopción de medidas cautelares a favor del contribuyente, sobre la base de la existencia del *fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho) y del *periculum in mora* (riesgo de frustración del Derecho).

36) Derecho a que las medidas cautelares que la Justicia adopte a solicitud de la Administración resulten proporcionadas y tengan una duración temporalmente limitada, así como a interponer frente a los recursos que, en su caso, puedan determinar la suspensión de la aplicabilidad de tales medidas.
37) Derecho a que el *periculum in mora*, en el caso de las medidas cautelares solicitadas por la Administración, no se aprecie en base al monto de la deuda tributaria pretendida o al mero temor o sospecha de la posible insolvencia del contribuyente, sino en base a la prueba de hechos ciertos, concretos y objetivos de los cuales fluya el propósito de eludir la responsabilidad.
38) Derecho a un proceso público, sin dilaciones indebidas y a la resolución en un plazo razonable.
39) Derecho a una segunda instancia y a la revisión y apelación de las resoluciones iniciales.
40) Derecho a conocer el estado de tramitación del procedimiento o procedimientos de los que sea parte o tenga un interés legítimo, con acceso al expediente y a los documentos que lo integran.
41) Derecho a conocer la identidad de las autoridades fiscales bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos en los que tengan condición de interesados.
42) Derecho a obtener certificaciones y copias de todos los documentos presentados, incluidas las declaraciones.
43) Derecho a ser informado al inicio del procedimiento del alcance y objeto de las actuaciones, de la interrupción de la prescripción y de la recurribilidad de los distintos actos, incluyendo recursos procedentes, plazos y órganos ante los que deben ser interpuestos. También se informará al contribuyente sobre sus derechos y garantías. Se tendrá por informado al contribuyente sobre sus derechos, cuando se le entregue la carta de los derechos del contribuyente, y así, se asiente en la actuación que corresponda.
44) Derecho a no aportar documentos ya presentados o que se encuentren en poder de la Administración, sin menoscabo del deber de señalamiento que corresponda al obligado tributario.

45) Derecho a la audiencia, entendido como el derecho a ser oído en el trámite administrativo con carácter previo a la emisión de la liquidación o acto de determinación, y, en su caso, a una fase específica del procedimiento para presentar alegaciones, antecedentes y prueba dentro de los plazos previstos en la ley y a que tales alegaciones, antecedentes y pruebas sean incorporados al procedimiento de que se trate.
46) Derecho a la prueba, aportando los diversos medios de prueba, sobre la base del principio de facilidad probatoria. Este derecho incluirá la posibilidad de aportar pruebas para desvirtuar las presunciones legales relativas (*iuris tantum*), demostrando la realidad del caso concreto o simplemente que las presunciones resultan inadecuadas al mismo y el derecho a la motivación de las decisiones de inadmisión.
47) Derecho a la interdicción de la indefensión, que requiere garantizar el derecho de defensa y a ser oído en todos los supuestos en que la Administración se proponga adoptar un acto capaz de producir efectos relevantes en la esfera jurídica del destinatario.
48) Derecho a que las notificaciones se practiquen, con carácter general y de modo preferente, al interesado y en su domicilio. Las notificaciones a personas distintas sólo serán válidas si existen evidencias de que el interesado podrá conocer la notificación. La notificación edictal sólo será válida cuando no se pueda practicar la notificación en el domicilio.
49) Derecho a señalar como domicilio para recibir notificaciones el ubicado en cualquier parte del territorio nacional, a salvo las facultades de la Administración para comprobar la veracidad de dicho domicilio.
50) Derecho a que la notificación por medios electrónicos se circunscriba a sujetos tributarios respecto a los cuales, por su perfil o segmentación, exista evidencia de un acceso ordinario a la informática o conocimientos tecnológicos mínimos.
51) Derecho a cuestionar las valoraciones efectuadas por la Administración, incluso proponiendo pruebas periciales de un valor alternativo.
52) Derecho a no autoincriminarse, a no aportar coactivamente pruebas que le incriminen y a no soportar pruebas coactivas.
53) Derecho al secreto profesional como condición ineludible del derecho de defensa.

54) Derecho a la compensación de las deudas tributarias líquidas y exigibles con créditos de la Administración reconocidos.
55) Derecho a cuestionar la prelación de bienes objeto de embargo ejecutivo o cautelar.
56) Derecho de los sujetos pasivos responsables a la notificación de la derivación de responsabilidad, a disponer de un plazo voluntario de ingreso y a impugnar los actos propios de su procedimiento de determinación y de recaudación.
    En el caso del responsable subsidiario, derecho al beneficio de excusión o de que se agoten todas las posibilidades de hacer efectiva la deuda en el obligado principal.
57) Derecho de los administradores y otros representantes de los contribuyentes a que sólo puedan ser declarados responsables de las obligaciones tributarias de tales contribuyentes si han actuado con dolo o culpa.
58) Derecho a plazos razonables y a una interpretación antiformalista de los requisitos procedimentales. En concreto, se rechazará el formalismo en la prueba de ingresos y gastos cuando ello pueda suponer tributar atendiendo a una capacidad económica ficticia.
59) Derecho a que las resoluciones de recursos no empeoren la situación objetiva del contribuyente (exclusión de la *reformatio in peius*) y a que la retroacción de actuaciones para convalidar actos anulables respete las situaciones consolidadas y no pueda operar si las facultades de la Administración han prescrito.
60) Derecho a controlar las actuaciones de la Administración en ejecución de la resolución de un recurso administrativo, que anule un acto de determinación por razones de forma o que estime parcialmente un recurso por razones de fondo. Se deben limitar las facultades de la Administración para reiterar actos de determinación tributaria.
61) *Derecho al reconocimiento en un plazo razonable, de los beneficios fiscales aplicables, así como de toda situación jurídica individual en la que tenga interés el contribuyente.*

ORÍGENES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA (COSTUMBRE Y LEY DESDE LA BIBLIA HASTA SAN ISIDORO)

Juan Eduardo Leonetti*

"Si pudieran los romanos haber obtenido de sus dioses leyes para vivir y gobernarse, no hubieran ido algunos años después de la fundación de Roma a pedir a los atenienses que les prestasen las leyes de Solón, aunque de éstas tampoco usaron del modo que las hallaron escritas, sino que procuraron corregirlas y mejorarlas conforme a sus usos […]".

(San Agustín, *La Ciudad de Dios,* Libro II, Capítulo 16).

Sumario: 1. Una advertencia para nuestro tiempo. 2. Legalidad y legitimidad. 3. La cuestión tributaria en la Edad Antigua. 4. El tema en el Antiguo Testamento. 5. El *suum cuique tribuere* de la relación fiscal. 6. El principio de reserva legal en materia tributaria en el Nuevo Testamento. 7. Algunos antecedentes aplicables a la legalidad tributaria en la Patrística, y en su mayor exponente, San Agustín de Hipona. 8. Los requisitos indispensables de toda ley formulados hacia el final de la Edad Antigua y los comienzos del Medioevo. 9. Conclusiones.

* Profesor de Derecho Tributario (UCA) y de la Maestría en Derecho Tributario de la Facultad de Derecho (UCA).

1. Una advertencia para nuestro tiempo

El principio de legalidad, o de reserva de ley, en materia penal, enunciado como "*nullum crimen nulla poena sine lege*", que, como se sabe, establece que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, tiene su correlato en materia tributaria según la fórmula "*nullum tributo sine lege*", por el que se requiere el dictado de una ley para que pueda exigirse a partir de su promulgación el ingreso de un tributo.

Claro es que, como lo destaca García Vizcaíno[1], debe tratarse de una *ley formal*, o sea, sancionada por el Poder Legislativo, conforme lo consagra la Constitución Nacional, advirtiendo esta autora que en el momento en que esto escribía (1999) se había debilitado este principio en esta materia.

Con cita de Messner[2], nos dice que los parlamentos, en cuyo origen puede encontrarse "el control de las pretensiones de los príncipes, se han convertido en órganos de aprobación de impuestos", lo que por lo general puede desembocar en un absolutismo administrativo, embozado en una urdimbre técnica que difícilmente pueda ser desenmarañada por el no iniciado en la técnica impositiva, legisladores incluidos.

Hoy, ya en pleno siglo XXI, se observa el mismo fenómeno, pero agravado, entre otras causas, algunas de ellas como consecuencia de la economía globalizada, en la búsqueda de soluciones que atiendan a la fiscalización mancomunada de las grandes empresas multinacionales, por vías de convenios no ya entre estados soberanos, sino con organismos técnicos internacionales que las más de las veces llegan a conclusiones que pueden no compadecerse con la realidad socioeconómica de los pueblos en los que están destinados a aplicarse, y en el que el poder impositor de los parlamentos, o sea de los que, de alguna manera, tienen, o deberían tener, la representación del pueblo que va a pagar los impuestos, está cada vez más desleído.

Lo dicho no obsta, cabe aclararlo, a que no puedan propiciarse soluciones globales, que tengan por objeto gravar, en un escenario a

1. García Vizcaíno, Catalina, *Derecho Tributario*, T. I, p. 155, Depalma, 2ª ed., 1999.

2. García Vizcaíno, Catalina, ob. cit., T. I, p. 275. La cita aludida es de la obra de Johannes Messner, *La cuestión social*, p. 617, Editorial Rialp, 1976.

nivel planetario, a aquellas empresas que no puedan ser localizadas unívocamente en un Estado determinado.

No es el análisis de la evolución prospectiva del principio de legalidad tributaria el tema de este trabajo, por lo que, sin dejar de atender su devenir, vamos a indagar en el pasado lejano que nos convoca.

Como origen del principio de reserva de ley se tiene como aceptado que, en materia tributaria, tuvo su amanecer en el occidente medieval de las garantías individuales, respecto de la creación de tributos, recién en la Carta Magna de 1215, que el clero y los barones ingleses le arrancaron a Juan sin Tierra, y que se completó dos años más tarde con la Carta de la Foresta (o Carta de los Bosques) que los mismos personajes obtuvieron de Enrique III, hijo del monarca recién nombrado, quien por ser menor de edad reinaría bajo la regencia del conde de Pembroke, precisamente uno de los redactores de la Carta Magna[3].

Otros afirman que ese principio de legalidad había aparecido ya en 1091, cuando Alfonso VI de España dirigió un documento a los habitantes de León en el que les informaba acerca de la creación de un tributo extraordinario que se iba a imponer con el consentimiento de quienes debían satisfacerlo[4].

No es casual, acotamos nosotros, que aquel prístino documento acerca de las limitaciones al poder tributario lo encontremos en la España del siglo XI, en la que ya estaban sedimentados los derechos forales que aún hoy conservan su vigencia en algunas regiones autónomas, como por ejemplo en el País Vasco[5].

Sin embargo, la parte mayoritaria de la doctrina opina que el principio se materializó, como consecuencia del de separación de

3. Biblioteca Británica, disponible en: https://www.bl.uk/collection-items/magna-carta-1215 (fecha de consulta: 21/09/2017). Cfr. Linebaugh, Peter, *The Magna Carta Manifesto: Liberties and Commons for All*, University of California Press, 2008, traducción al castellano de Yaiza Hernández Velásquez y Astor Díaz Simón, corrección y revisión historiográfica de José Miguel Lorenz. Respecto de la Carta de la Foresta ver nuestro artículo: "A ochocientos años de la Carta de la Foresta", *El Derecho* (Tributario), Diario de Doctrina y Jurisprudencia Nº 14.356, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina (UCA), 27 de febrero de 2018.

4. García Vizcaíno, Catalina, ob. cit., T. I, p. 272.

5. Para profundizar este aspecto de la historia fiscal de España desde la óptica de su desarrollo cultural, *vide* (*passim*) Saldías, Adolfo, *Cervantes y el Quijote*, Félix Lajouane Editor, 1893.

poderes, recién en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dictada durante la Revolución francesa en 1789, inspirada, a su vez, en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América de 1776.

Obvian quienes sostienen estas primacías que ya en la *Biblia*, tanto en el Viejo como en el Nuevo Testamento, existen claras muestras de que el principio de la división de poderes, de insoslayable incidencia en la cuestión de la legalidad tributaria, estaba ya consagrado, como lo sostiene y demuestra el jurista y magistrado colombiano, Dr. Carlos Bernal Pulido, en un artículo aparecido en la Revista *Díkaion* en 2019[6].

Sentado lo hasta aquí dicho, debemos advertir que hoy nos encontraríamos transitando hacia una zona de penumbras donde las garantías que creímos ver en la ley tributaria moderna, aun en las sancionadas cumpliendo con todos los recaudos formales, se estarían gradualmente desdibujando, en la paulatina automaticidad de su creación.

2. Legalidad y legitimidad

En un trabajo de imprescindible lectura[7], el recordado maestro Prof. Dr. José Osvaldo Casás, con cita del Dr. Julio Levene[8], nos señala que no basta con que el legislador cumpla con los recaudos exigidos por el principio de reserva legal en la sanción de las leyes, advirtiendo que esos preceptos son susceptibles de poder ser impugnados "dando lugar a la revisión judicial pertinente".

Hemos de recordar que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada en 1996, en los dos primeros párrafos de su artículo 51, dice expresamente respecto del tema:

6. Bernal Pulido, Carlos, "Fundamentos bíblicos de la separación de poderes y función catalizadora del juez", *Díkaion*, 28 (2), disponible en: https://doi.org/10.5294/dika.2019.28.2.1.

7. Casás, José Osvaldo, "El deber de contribuir como presupuesto para la existencia misma del Estado. (Notas preliminares en torno de la justicia tributaria)", *Revista Jurídica*, pp. 1001-1045.

8. Levene, Julio, "La equidad, precepto de derecho positivo constitucional", Revista Jurídica Argentina *La Ley*, Tomo A, pp. 794 y sigs.

> "Artículo 51.- No hay tributo sin ley formal; es nula cualquier delegación explícita o implícita que de esta facultad haga la Legislatura. La ley debe precisar la medida de la obligación tributaria.
> El sistema tributario y las cargas públicas se basan en los principios de legalidad, irretroactividad, igualdad, no confiscatoriedad, equidad, generalidad, solidaridad, capacidad contributiva y certeza".

Este texto, originado en la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Convención Constituyente porteña, datado el 27 de agosto de 1996, fue aprobado en el recinto sin observaciones, pasando a formar parte del texto fundacional hoy vigente.

No hemos de mencionar aquí los nombres de quienes firmaron los despachos, ni de los que propiciaron su aprobación, dejando esto a quienes quieran hurgar en la historia de los cuerpos constitutivos, por desorbitar ello el objeto de este trabajo, con el consiguiente riesgo de distraer al lector de lo que aquí importa.

Invitamos sí a atender al contenido del Despacho Nº 9 de la Comisión mencionada, con inconfundible influencia mediata, a nuestro juicio, del maestro Casás, cuando leemos el enunciado y el fundamento de cada uno de los principios enumerados en el segundo párrafo del texto legal en análisis, en el que se comienza, según su orden, con el de legalidad, pero aclarando que éste "no se agota en una mera legitimación formal", pasando revista luego, con oportunas citas de Asorey y de Jarach, a los principios de irretroactividad, igualdad, no confiscatoriedad, equidad, generalidad, solidaridad, capacidad contributiva y certeza, los que han de entenderse imbricados en un todo inescindible[9].

Queda claro entonces que para nosotros el cumplimiento a rajatabla del principio de legalidad, desligado de los otros recién mencionados, así sea tan solo de uno de ellos sin justa causa, estaría sólo por ello colisionando con él, desnaturalizándolo desde el mismo enunciado. En tal supuesto se respetaría la legitimidad de la ley (o sea, el cumplimiento sólo formal del texto en cuestión), pero no su legalidad, que obliga a analizar la norma en todo el contexto del sistema jurídico.

9. Cfr. Despacho Nº 9 de la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del 27/08/1996, disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/basehome/constituyente_bsas/archivos-principales/960830/960830.htm#PrincipiosConstitucionalesImposici%C3%B3n.

Recordamos ahora cuando en nuestras clases de Introducción al Derecho en la UCA, de hace más de un cuarto de siglo, confrontábamos los conceptos de legalidad y legitimidad, ejemplificando con lo sostenido en contra del pensamiento iusnaturalista clásico –que nuestra cátedra hacía propio con la excelencia académica del Dr. Bernardino Montejano (h)– por el filósofo alemán Carl Schmitt hacia 1932, en su ensayo *Legalität und Legitimität*, texto propio de un pensamiento totalitario, que lo llevó a cuestionar hasta al mismísimo Kelsen, quien, desde la teoría, asimilaba la legitimidad a la legalidad, sosteniendo Schmitt la preeminencia a secas de la legitimidad, o sea, de la política sobre el Derecho[10].

Para nosotros, lo diremos claramente, el principio de legalidad tributaria debe integrarse consustancialmente con los derechos naturales del hombre, subyacentes a los enunciados, como primeras proposiciones en el segundo párrafo del artículo 51 de la Constitución porteña.

Formuladas las advertencias que anteceden, diremos que el objetivo de este trabajo está centrado en destacar los hitos más significativos, a nuestro juicio, en la evolución del principio de legalidad, o de reserva de ley, proponiéndonos indagar sobre los alcances de los conceptos de costumbre y ley tributaria en el pensamiento antiguo, sobre todo en la Ley Mosaica y en determinados pasajes del Nuevo Testamento.

3. La cuestión tributaria en la Edad Antigua

Nos permitiremos una digresión acerca del *estado de naturaleza*, o pre-social, para señalar que la legitimidad para el cobro de un tributo provenía en gran medida del triunfo en las guerras con otros

10. Cfr. Entendemos ilustrativo repasar aquí, por su exquisita síntesis, el pensamiento de Alessandro Passerin d'Entréves (1902-1985), cuando expresa en "Legalidad y legitimidad", trabajo publicado en 1967, que "el principio de legalidad no exige sólo que las reglas y las decisiones que componen el sistema sean formalmente correctas. Exige también que estén de acuerdo con ciertos valores, valores que describimos como necesarios 'para la existencia de una sociedad libre'. Estos valores son la piedra de toque del Derecho, el aspecto sustantivo de la legalidad"; citado por Baume, Sandrine, *Kelsen, un alegato por la democracia*, p. 36, Editorial Jusbaires, Colección "El bien común", 2015.

pueblos, de ahí lo de "tributo", y sobre todo lo de "impuesto". Pero nótese que estamos hablando de "legitimidad" y no de "legalidad".

Así, San Agustín (354-430) dice que Justino, uno de los primeros exponentes de la Patrística del segundo siglo de nuestra era, escribió, siguiendo a Trogo Pompeyo, un compendio de la historia universal, en el que comenzó diciendo:

> "Al principio, el poder sobre los pueblos y las naciones estaba en manos de los reyes. Y no eran los intereses de grupo los que los elevaban a la suprema magistratura, sino su prudencia, reconocida por la honradez de los hombres. Los pueblos no estaban sometidos a ley alguna: las decisiones de los jefes de Estado eran consideradas como leyes. Se acostumbraba a defender las fronteras del Estado, más que a ampliarlas. Los diversos reinos terminaban cada uno dentro de su propia patria. El primero que alteró esta arcaica y, para aquellas gentes, ancestral costumbre, fue el rey de Asiria, Nino, movido por una desusada ambición de dominio. Se adelantó atacando a sus vecinos y subyugó a los pueblos […] Hasta que se hizo dueño de todo Oriente"[11].

El deber de tributar por parte del vencido en una guerra era tenido por natural en la antigüedad, donde se llegaba a responder, no sólo con los bienes, sino hasta con el propio cuerpo, convirtiéndose el vencido en esclavo a merced del vencedor. Un pérfido halo de legitimidad pretendió (y en ciertos regímenes totalitarios aún lo pretende y a veces lo logra) expandir esta pretensión sobre las libertades del pueblo soberano, donde a pesar de todo reina el tirano.

En Grecia repugnaba la convivencia democrática el hecho de imponer tributos a los ciudadanos libres. Se esperaba que, ante circunstancias apremiantes para el Estado, estos aportaran voluntariamente para hacer frente a las necesidades públicas.

En Roma, durante el Imperio, se acudió a las imposiciones extraordinarias, ya no voluntarias sino compulsivas, resistidas, en general, por los ciudadanos. Pero los romanos encontraron fácilmente la fuente de recursos en los pueblos que conquistaban, imponiendo la obligación de tributar al César con las parias que los reinos inva-

11. San Agustín, *La Ciudad de Dios*, Libro IV, Capítulo 6. Edición digital de la Federación Agustiniana Española (FAE) y de la Biblioteca de Autores Cristianos (BAC). En adelante, citaremos sólo esta edición. Ver "San Agustín, obras completas", disponible en: https://www.augustinus.it/spagnolo/index.htm.

didos debían pagar en reconocimiento de la superioridad romana, tal como ocurrió en Palestina, pequeña provincia del vasto Imperio en los tiempos de Jesús[12].

Cuando Roma invadió el territorio de la actual Israel recaudó a través de los propios judíos (los publicanos) el tributo para el César, instituto que fue admitido en las enseñanzas de Jesús en aquello de "Darle al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios", presente en los célebres pasajes de Mateo (22, 15-21), Marcos (12, 13-17) y Lucas (20, 20-26), y en la Epístola paulina a los Romanos (13, 5-7); centrado todo ello en la necesidad de evitar el escándalo en la suprema lección de ética fiscal que leemos en Mateo (17, 24-27), esta vez en referencia al tributo debido al templo.

4. El tema en el Antiguo Testamento

Para entrar por el pórtico veterotestamentario diremos que dentro del libro del *Génesis* la primera acción, a la que puede atribuírsele literalidad por los hechos que se exponen, está en el capítulo 14, donde a partir del versículo 17 y hasta el final, con el rótulo de *El encuentro de Abram*[13] *con Melquisedec*, puede leerse:

> "17 Cuando Abram volvía de derrotar a Quedorlaomer y a los reyes que lo acompañaban, el rey de Sodoma salió a saludarlo en el valle de Savé, o sea el valle del Rey.
> 18 Y Melquisedec, rey de Salem, que era sacerdote de Dios, el Altísimo, *hizo traer pan y vino*,
> 19 y bendijo a Abram, diciendo: '¡Bendito sea Abram de parte de Dios, el Altísimo, creador del cielo y de la tierra!
> 20 ¡Bendito sea Dios, el Altísimo, que entregó a tus enemigos en tus manos!'. *Y Abram le dio el diezmo de todo*.

12. Para una exposición detallada de los impuestos existentes en el Antiguo Testamento ver Schindel, Ángel, "Los tributos en la Biblia hebrea (Antiguo Testamento)", *Revista Derecho Tributario*, Tomo XIII, pp. 236-244, y/o en *Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, Número 2, Digital, IJ-DCCLV-480.

13. El nombre de Abram [también Abraham] recién se expresará así en la Biblia a partir de la mención que se hace de él en su genealogía; a quien "después Dios cambió el nombre y llamó Abrahán" (*vide* San Agustín, *La Ciudad de Dios*, Libro XVI, Capítulo 10, ap. 2).

> 21 Entonces el rey de Sodoma dijo a Abram: 'Entrégame a las personas y quédate con los bienes'.
> 22 Pero Abram le respondió: 'Yo he jurado al Señor Dios, el Altísimo, creador del cielo y de la tierra,
> 23 que no tomaré nada de lo que te pertenece; ni siquiera el hilo o la correa de una sandalia. Así no podrás decir: Yo enriquecí a Abram'"[14].

Vemos cómo en el final del versículo 20 aparece por primera vez en la *Biblia* mencionada la institución del diezmo, dos versículos después de que se nombraran, proféticamente, las dos ofrendas que integrarán la Eucaristía cristiana: el pan y el vino.

Luego de la mención de numerosas genealogías, del Jardín del Edén cuidado por Adán y Eva, del Diluvio Universal con su arca fabricada por Noé, y de la Torre de Babel donde se confundieron todas las lenguas hasta ahí existentes, irrumpió en la historia santa Melquisedec, sacerdote prístino y único personaje de quien no se conoce su prosapia, el que bendijo al triunfador haciendo traer pan y vino, procediendo éste a tributar, *motu proprio*, el diezmo de su botín.

No se nos escapa que según la opinión mayoritaria de los estudiosos de las fuentes del *Génesis*, este pasaje "presenta el aspecto de una antigua crónica guerrera remozada en cuanto a los nombres"[15], lo que en todo caso sirve para afianzar la existencia de la costumbre de tributar el diezmo para el culto divino entre los pueblos de Oriente, que devendría en Ley para los israelitas.

Cabe recordar aquí lo que San Agustín aclara cuando escribe:

> "Con todo, no se vaya a pensar que cuanto se narra como realizado tiene alguna significación: algunas cosas que no tienen significación determinada se han escrito por las que la tienen. Vemos que sólo la reja remueve la tierra; pero para realizar esto son necesarias las otras partes del arado; y sólo las cuerdas son aptas para el sonido musical en las cítaras y demás instrumentos; pero para que puedan adaptarse se

14. *Génesis*, 14 (17-24), disponible en https://www.vatican.va/archive/ESL0506/PF.HTM. Los dos destacados son del autor de este trabajo. Todas las citas bíblicas de aquí en adelante reconocerán como fuente este texto publicado en la página de la Biblioteca Vaticana, en tanto no se aclare lo contrario.

15. *La Santa Biblia*, glosas y traducción de los Dres. Antonio G. Lamadrid, Juan Francisco Hernández, Evaristo Martín Nieto y Manuel Revuelta Sañudo, p. 24, Ediciones Paulinas, 15ª ed., s/d.

encuentran las otras piezas en la estructura de los órganos, que ciertamente no son pulsadas por los artistas, pero se conectan con las que son pulsadas y hacen resonancia. Lo mismo sucede en la profecía histórica: se expresan algunas cosas que no tienen significación especial, pero se unen a ellas y se acoplan en cierto modo las que significan algo"[16].

El mandato divino de tributar el diezmo para el culto surge emparentado con el censo en el libro del *Éxodo*, cuando se va graduando el Impuesto para el Templo; así como está expresamente mencionado en el *Levítico*, en *Números*, y en el *Deuteronomio* (en el que se hace mención al censo anual y al trienal)[17].

Toda vez que el nombre de Melquisedec "significa, en primer término, 'rey de justicia' y él era, además, rey de Salem, es decir, 'rey de paz'", según leemos en la Carta del Apóstol San Pablo a los Hebreos[18], nos resulta manifiesta la relación que existe entre la primitiva costumbre de diezmar –en su primera y segunda acepción castellana actual– frutos y botines, como tributo a Dios o al Príncipe, *vinculado a un acto de justicia*, tanto en el Viejo como en el Nuevo Testamento.

El hecho de aparecer en el primer libro de la *Biblia* sin aclaraciones, en un texto que abunda en precisiones semánticas, permite afirmar lo difundida que estaba la obligación del pago del diezmo en los pueblos antiguos, tal como surge de la Primera Carta de Samuel, donde se les previene a los israelitas lo que deberían tributar si optaran por tener un rey extranjero.

Por ser altamente representativa de una carga voluntaria, y no ya producto de una derrota en una guerra, transcribiremos la parte pertinente del Capítulo 8 de la mencionada Carta, que dice así:

"El pueblo pide un rey

1 Cuando Samuel envejeció, puso a sus hijos como jueces de Israel.

2 Su hijo mayor se llamaba Joel, y el segundo, Abías: ambos eran jueces en Berseba.

3 Pero ellos no siguieron sus pasos, sino que se dejaron llevar por el afán de lucro, aceptaron regalos y pervirtieron el derecho.

16. San Agustín, *La Ciudad de Dios*, Libro XVI, Capítulo 2, ap. 3 (*in fine*).

17. *Éxodo*, 30 (11-16); *Levítico* 27 (30-32); *Números* 18 (21-28), y *Deuteronomio* 14 (22-29) y 26 (12-13).

18. Carta del Apóstol San Pablo a los Hebreos 7 (1-10).

4 Entonces se reunieron todos los ancianos de Israel y acudieron a Samuel en Ramá.
5 'Tú ya eres viejo, le dijeron, y tus hijos no siguen tus pasos. Ahora danos un rey para que nos gobierne, como lo tienen todas las naciones'.
6 A Samuel le disgustó que le dijeran: 'Danos un rey para que nos gobierne', y oró al Señor.
7 El Señor dijo a Samuel: 'Escucha al pueblo en todo lo que ellos digan, porque no es a ti a quien rechazan: me rechazan a mí, para que no reine más sobre ellos.
8 Como se comportaron conmigo desde el día en que los hice subir de Egipto hasta el día de hoy, abandonándome a mí para servir a otros dioses, así se comportan también contigo.
9 Por eso, escucha su reclamo. Pero les harás una solemne advertencia y les explicarás cuál es el derecho del rey que reinará sobre ellos'.
El derecho del rey
10 Samuel comunicó todas las palabras del Señor al pueblo que le pedía un rey,
11 diciendo: 'Este será el derecho del rey que reinará sobre ustedes, los destinará a sus carros de guerra y a su caballería, y ellos correrán delante de su carro.
12 Los empleará como jefes de mil y de cincuenta hombres, y les hará cultivar sus campos, recoger sus cosechas, y fabricar sus armas de guerra y los arneses de sus carros.
13 Tomará a las hijas de ustedes como perfumistas, cocineras y panaderas.
14 Les quitará a ustedes los mejores campos, viñedos y olivares, para dárselos a sus servidores.
15 Exigirá el diezmo de los sembrados y las viñas, para entregarlo a sus eunucos y a sus servidores.
16 Les quitará sus mejores esclavos, sus bueyes y sus asnos, para emplearlos en sus propios trabajos.
17 Exigirá el diezmo de los rebaños, y ustedes mismos serán sus esclavos.
18 Entonces, ustedes clamarán a causa del rey que se han elegido, pero aquel día el Señor no les responderá'".

De las advertencias que Samuel le hizo al pueblo de Israel surge que anudada a la unción de un rey extraño asumirá con él la injus-

ticia, y con ello nacerá la guerra en ucrónica contraposición con lo dicho por el profeta Isaías, "la obra de la justicia será la paz"[19].

5. El *suum cuique tribuere* de la relación fiscal

Si de indagar en lo debido por cada contribuyente en cada caso se trata, debemos extremar el acercamiento al *suum cuique tribuere* de la relación fiscal, que en su acepción acotada significa dar a cada uno lo suyo (es decir, la *ipsa res iusta* de la filosofía clásica), la cual, según el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, resulta asimilable a la justicia conmutativa y "es vinculada a otros numerosos principios en la jurisdicción contencioso-administrativa, como el principio de equidistribución de los beneficios y cargas […] que entronca con los principios generales de igualdad y de solidaridad, formulados ya en el antiguo *brocardo suum cuique tribuere*"[20].

La sola mención de la materia a tener en cuenta (beneficios y cargas) hace que "el suyo de cada uno" haya que buscarlo, además, y antes que en ello, en los principios de la justicia general o legal, para la tipificación del hecho determinante, y en la justicia distributiva para el alcance a darle respecto de cada destinatario, ya sea de la carga o del beneficio, sin incurrir en la nociva acepción de personas.

Digamos que desde aquella bisoñez de la ciencia tributaria, hasta los más sofisticados mecanismos para elucidar con precisión el hecho imponible conocidos hasta hoy, las partes de la relación jurídica en trato son por lo menos dos: el Fisco que quiere cobrar, por un lado, y cada uno de los contribuyentes que deben pagar lo que la ley determine, por el otro.

Con el devenir del tiempo, aquella tributación voluntaria de los primeros años de la Grecia clásica a los que ya aludimos –donde como dice el R.P. Gonzalo Higuera S.J., los ciudadanos libres "sin pretextar excusas ni buscar los mínimos, sino más bien al contrario, considerando como honor y contribuyendo incluso por encima de lo

19. Isaías 32-17.

20. *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, DEJ, disponible en: https://dpej.rae.es/lema/iuris-praecepta-sunt-haec-honeste-vivere-alterum-non-laedere-suum-cuique-tribuere (fecha de consulta: abril de 2022).

que voluntariamente se pide"– se relajó de a poco, hasta derivar en Roma en la resistencia fiscal pasiva, adoptando la forma de fraude fiscal ante la presión tributaria ejercida ya sobre los propios ciudadanos en la época imperial[21].

Entre los antecedentes del fraude fiscal encontramos que San Agustín, formulando una comparación entre Julio César y Catón [el Joven], señala que, hacia el siglo anterior al nacimiento de Cristo, y por lo tanto al nacimiento y esplendor del Imperio, el nombrado Catón parecía acercarse a la verdad histórica cuando escribía:

> "No creáis que nuestros mayores han hecho grande aquel Estado pequeño por las armas. […] Mayor abundancia de aliados, de ciudadanos, aparte de armas y caballería, tenemos nosotros que tuvieron nuestros abuelos. Pero fueron otros los recursos que a ellos los hicieron grandes y que a nosotros nos faltan en absoluto: dedicación al trabajo dentro de la patria y fuera de ella, una dominación justa, espíritu de libertad en las decisiones, sin las trabas del crimen ni de las pasiones. En lugar de todo esto, nosotros tenemos el lujo y la codicia; *oficialmente reina la miseria, y en privado la opulencia*; alabamos la riqueza, pero nos entregamos a la indolencia; no somos capaces de distinguir el honrado del perverso; todas las recompensas de la virtud las acapara la ambición. Y no tiene nada de extraño cuando cada uno de vosotros toma las decisiones por su cuenta, cuando en casa os entregáis a los placeres y aquí, en la política, os rebajáis hasta la esclavitud por el dinero o el favor de los poderosos. *Así sucede que todos arremeten contra el Estado como si fuera una hacienda abandonada*"[22].

Fácil resulta imaginar que en la antigüedad en la que estamos analizando la obligación fiscal, ésta fue de ordinario el resultado de una relación de pura fuerza antes que jurídica. Quien detentaba el poder, aquí en ajustada acepción castellana, imponía sin más el monto del tributo de acuerdo a las circunstancias fácticas que tenía ante su vista y con el único límite de su megalómana ambición.

21. Higuera Udías, Gonzalo, S.J., *Ética Fiscal*, p. 4, BAC, 1982. Escribimos este trabajo evocando el centenario del nacimiento, el 25 de octubre de 1921, de uno de los máximos exponentes actuales de la Teología Moral Católica en materia fiscal.

22. San Agustín, *La Ciudad de Dios*, Libro V, Cap. 12, ap. 5. Los destacados son nuestros.

6. El principio de reserva legal en materia tributaria en el Nuevo Testamento

Digamos ahora que, además de las varias alusiones a la contribución justa y a la obligación de tributar volcadas en el Antiguo Testamento, hay una mención expresa a cobrar lo que corresponda según lo que está predeterminado, cuando, en el Evangelio según San Lucas, se narra que se acercaron algunos publicanos a hacerse bautizar por Juan en las aguas del Jordán y le preguntaron: "Maestro, ¿qué debemos hacer?" y el Precursor les respondió "*No exijan más de lo estipulado*"[23].

En el versículo siguiente se lee, como en una suerte de sinécdoque conceptual: "A su vez, unos soldados le preguntaron: 'Y nosotros, ¿qué debemos hacer?'. Juan les respondió: 'No extorsionen a nadie, no hagan falsas denuncias y conténtense con su sueldo'".

La vinculación de ambos preceptos, en indudable maridaje ético, sin solución de continuidad en el texto santo, atraviesa toda la evolución de la historia del drama fiscal, siendo de triste vigencia su violación aún en los tiempos actuales en los regímenes totalitarios[24].

Tal vez sea ocioso reparar en las palabras que se usan en este texto, pilar a nuestro juicio del debido proceso tributario cristiano, en el que se dice, para que no queden dudas, que los publicanos no deben exigir más "de lo estipulado", "de lo prescripto", "de lo que os está fijado".

Fijar el monto del tributo excede la discrecionalidad de los recaudadores, los que se deben remitir a lo que en cada caso y en cada momento de la historia según la ley humana [o divina, en el caso de los tributos religiosos] se establezca.

En el mismo Evangelio según San Lucas, existe un pasaje altamente elocuente respecto de lo que era la presión tributaria en la época de Jesús.

23. *Lc.* 3 (12-13). El destacado es también del autor de este trabajo. En otras versiones que pudimos compulsar leemos: "No exijáis más de lo prescripto" (*Santa Biblia*, Paulinas, 1980); "No exijan más de lo estipulado" (*Libro de la Nueva Alianza* - Fundación Palabra de Vida, 1991); y en la edición pastoral del Nuevo Testamento de la Biblia de Jerusalén dice: "No exijáis más de lo que os está fijado" (Desclée de Bouver, 1985).

24. En relación a esta vinculación conceptual *vide* el Capítulo 19 del Libro II de *La Ciudad de Dios.*

Así, en el capítulo 11, leemos: "Pero ¡ay de ustedes, fariseos, que pagan el impuesto de la menta, de la ruda y de todas las legumbres, y descuidan la justicia y el amor de Dios! Hay que practicar esto, sin descuidar aquello".

Tres versículos más adelante un doctor de la Ley lo increpó a Jesús diciéndole: "Maestro, cuando hablas así nos insultas también a nosotros", a lo que el Señor le respondió: "¡Ay de ustedes también, porque imponen a los demás cargas insoportables, pero ustedes no las tocan ni siquiera con un dedo!"[25].

De similar contenido que este último, pero destinado a otros discentes, leemos en San Mateo, cuando dirigiéndose Jesús a sus discípulos, y a la multitud que había ido a escucharlo, les dijo: "Los escribas y fariseos ocupan la cátedra de Moisés; ustedes hagan y cumplan todo lo que ellos les digan, pero no se guíen por sus obras, porque no hacen lo que dicen. Atan pesadas cargas y las ponen sobre los hombros de los demás, mientras que ellos no quieren moverlas ni siquiera con el dedo"[26].

7. Algunos antecedentes aplicables a la legalidad tributaria en la Patrística, y en su mayor exponente, San Agustín de Hipona

En ese período de consolidación de la moral cristiana de los primeros tiempos, en la lucha en lo religioso contra las herejías (maniquea, donatista y pelagiana, para nombrar sólo algunas de las más difundidas), las conversiones que se fueron dando hacia la doctrina de Jesús, tanto en Israel como luego en Roma, trajeron como consecuencia la cruenta persecución del poder político dominante.

A pesar de no oponerse el cristianismo a la recaudación de los tributos del César, el mensaje de justicia que estaba ínsito en la prédica evangélica debía perturbar a los poderes de turno, con mayor o menor virulencia.

En este ambiente nació la Patrística, o sea, la doctrina de los primeros padres de la Iglesia, de quienes ya nombramos a San Justino. En nuestra materia, y siguiendo a Higuera Udías, mencionaremos a

25. *Lc*. 11 (42, 45-46).
26. *Mt*. 23 (2-4).

Tertuliano (160-220), a San Ambrosio (240-297) y a San Juan Crisóstomo (344-407)[27].

El primero sostiene que los cristianos no debían pagar el tributo destinado a los cultos paganos (que eran obviamente los dominantes), aunque sí todas las demás gabelas porque tenían prohibido apoderarse de lo ajeno, y debía respetarse lo exigido en justicia.

San Ambrosio, Obispo de Milán, a pesar de su conocida prédica en favor de los pobres y de anatemizar a los ricos cuyos caballos "muerden un freno de oro"[28], enseña que no se debe eludir el pago del impuesto exigido por el Emperador aun sobre las propiedades de la Iglesia, para seguir el ejemplo de Cristo que reconoció el poder impositor civil y satisfizo el censo.

Por su parte, San Juan Crisóstomo, ya en la época en que el cristianismo era la religión oficial, sostenía que el impuesto determinado por la autoridad debía pagarse como compensación a los beneficios que el individuo recibe de la sociedad, anotando Truyol y Serra que, en línea con lo sostenido por San Basilio, se propiciaba establecer una especie de contribución forzosa sobre los ricos en ayuda de los sectores necesitados[29].

De este desarrollo de la Patrística fue San Agustín de Hipona el más alto exponente. Comenzamos en el epígrafe de este trabajo invocando su autoridad, con una cita de su obra cumbre, *La Ciudad de Dios*, y nos parece oportuno ahora referirnos a un capítulo de sus *Confesiones*, en un texto que debería ser tenido presente cada vez que de escribir e interpretar la ley humana se trate:

Dice el Santo dirigiéndose a Dios:

> "Qué íntimo eres Tú, que moras silenciosamente en las alturas, solo Dios grande, que, con ley inmutable, vas derramando cegueras de escarmiento sobre las apetencias ilícitas, cuando un hombre anda a la caza de fama de elocuencia delante de otro hombre que hace de árbitro y de una gran concurrencia de observadores; que persigue a su enemigo con odio encarnizado, pero que se guarda muy mucho de incurrir en el error ortográfico de escribir 'ombre' sin hache, pero a quien en

27. Higuera Udías, Gonzalo, *Ética Fiscal*, ob. cit., pp. 5/7.

28. Cfr. Montejano, Bernardino, *Curso de Derecho Natural*, p. 105, Abeledo Perrot, 1978.

29. Cfr. Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo 1, p. 257, Alianza Universidad Textos, 1995.

cambio le tiene sin cuidado eliminar a un semejante de la sociedad en un arrebato pasional"[30].

Este párrafo permite analizar, de cara al principio de legalidad en materia tributaria, la realidad que a veces se soterra en la ley fiscal, cuando se quiere presumir que el contribuyente es un infractor, y haciendo uso de argucias en el texto aplicable, se lo trata como tal, subvirtiendo la presunción de inocencia; o bien, en sentido inverso, este último, sabiéndose obligado al justo pago del tributo, "fuerza las palabras de la ley" (y cuando no, los hechos) para evitar quedar dentro de los alcances de ella y tributar tal y cuanto se deba.

Nuestro acercamiento –tardío, por cierto, a la ciencia del Derecho Tributario– tuvo lugar, ya comenzado el siglo XXI, de la mano del profesor Alberto Tarsitano, en la UCA, hecho este que, por ser de público y notorio, me exime de mayor abundamiento.

Encontramos aquí la oportunidad de citar su libro, *La elusión fiscal. Forma y sustancia en el derecho tributario*[31], para en prieta síntesis hacer foco en el punto 7 del Capítulo Primero, titulado "La elusión es un comportamiento irregular que expresa la dicotomía jurídica entre forma y sustancia".

Nos advierte el autor que los términos "forma" y "sustancia" son presentados en el Derecho Tributario como categorías en conflicto de cuño anglosajón, una dialéctica de opuestos que da por sentado que el propósito de la ley o la función del intérprete es brindar prevalencia a la sustancia sobre la forma, formulando Tarsitano una precisa disquisición para dejar las cosas en claro.

Así nos recuerda, con evidente influencia del pensamiento de San Isidoro, al cual abordaremos en el punto siguiente, que el hecho imponible "posee naturaleza jurídica pues nace de la ley", que es la que valora la capacidad contributiva "derivada de una manifestación de la vida económica, potencialmente productora de efectos jurídicos".

Esta idea "asume el hecho imponible como presupuesto de una realidad metajurídica de naturaleza económica, en plena correspon-

30. San Agustín, *Confesiones*, Libro I, Capítulo 19, p. 52, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 1997.

31. Tarsitano, Alberto, *La elusión fiscal. Forma y sustancia en el derecho tributario*, Prólogo de Carlos Palao Taboada, pp. 25/30, Astrea, 2021.

dencia con el deber constitucional de contribuir, basado en el principio de capacidad contributiva".

Recordemos ahora al siempre vigente Charles Péguy (1873-1914), quien nos dejó dicho, como fórmula superadora ante una supuesta dicotomía, en boga en su época, entre estudiar la gramática y el catecismo, "puesto que está entendido que es preciso que haya una metafísica por debajo de todo" y a indagar en ella, ante pretensas antinomias. Es así que Tarsitano nos invita, en la obra que estamos citando, a construir "doctrinas o normas que afrontaran, con claridad, eficacia y justicia, el problema de la elusión, y que sirvieran para diferenciarlos, por un lado, de la economía de opción, y, por otro, de la evasión".

Es decir, resumiendo, a atender a la naturaleza ontológica de cada término como base del principio de legalidad.

8. Los requisitos indispensables de toda ley formulados hacia el final de la Edad Antigua y los comienzos del Medioevo

San Isidoro de Sevilla (560?-636), en sus *Etimologías*, formula por dos veces los presupuestos que deben estar presentes en toda ley, a la vez que enuncia una disquisición profunda entre ley y costumbre.

Nos valdremos del Libro V de su celebérrima obra, donde habla acerca de las leyes, afirmando que estas son divinas o humanas. "Las divinas tienen su fundamento en la naturaleza; las humanas, en las costumbres de los hombres"[32].

A renglón seguido se pregunta qué diferencia hay entre derecho, ley y costumbre, afirmando que "derecho" (*ius*) es un nombre genérico, que se llama así porque es *justo*, y que todo derecho está integrado por leyes y costumbres.

Mientras la "ley" es una constitución escrita; "costumbre" es una conducta avalada por la antigüedad, es decir, viene a ser "una ley no escrita" y que se refiere "únicamente a los usos", concluyendo que "es una especie de derecho acuñado por la práctica y utilizada como ley cuando ésta no existe". En todos los casos, la norma debe

32. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, Tomo I, Edición bilingüe preparada por José Oroz Reta y Manuel Marcos Casquero, pp. 375 y 511, Biblioteca de Autores Cristianos, 1993.

estar apoyada en la razón, no ser contraria a la religión y estar orientada al bien común.

Luego escribe el Hispalense un párrafo para nosotros insuperable para definir cómo debe ser la ley humana, tanto como ordenadora general de la sociedad, como también, en lo específico de nuestro tema, en todo lo concerniente a la determinación y percepción de tributos por parte de la autoridad pública.

Dice el Maestro de Reyes:

> "La ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara –no vaya a ser que por su oscuridad induzca a error–, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos"[33].

Como se ve claramente es todo un programa a tener en cuenta por el legislador de todos los tiempos; por ejemplo, por quienes redacten la Ley de Presupuesto de un Estado, y, como consecuencia, por quienes pretendan diseñar la política tributaria de donde deberían salir los recursos para poder implementar la primera.

El solo enunciado de estos requisitos bastaría para que el nombre de San Isidoro figure con caracteres propios en todos los textos sobre ética fiscal, pero debemos destacar, por su íntima vinculación con los tiempos actuales, cuando señala la malversación que recibe el nombre de "peculatus" –a la que advierte como derivada de pecunia, y de ahí lo de "peculado"– en que incurren quienes cometen fraude, y desfalcan el dinero público, aclarando que "no se juzga de la misma manera un hurto de bienes públicos que un hurto de bienes privados, ya que el primero es enjuiciado como sacrílego, pues es el robo de algo considerado sagrado"[34].

Esta precisa alusión al tema fiscal debe destacarse por la agudeza conceptual que encierra, sin que tengamos noticia de que haya sido formulado con tal claridad de distingo hasta ese momento: *lo público debe ser tenido como sagrado*.

33. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, Tomo I, ob. cit., p. 517. Lo transcripto pertenece al Libro V, Capítulo 21, y fue antes expuesto, literalmente, por Isidoro en el Libro II, Capítulo 10, numeral 6, Tomo I, p. 375.

34. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, ob. cit., Libro V, Capítulo 26, ap. 22, Tomo I, p. 531.

La prevención acerca de la intangibilidad del demonio que la sentencia de Isidoro implica hace evocar la traición de Judas, cuando el Evangelio según San Juan lo recuerda diciendo que cuestionó la compra de un caro perfume "no porque se interesaba por los pobres, sino porque era ladrón y, como estaba encargado de la bolsa común, robaba lo que se ponía en ella"[35].

Tres párrafos más adelante dirá Isidoro que "son considerados reos de lesa majestad quienes lesionaron o violaron la majestad del rey, o traicionaron a la república o conspiraron con el enemigo".

En esta línea de definiciones, en el ítem 227 del capítulo "Acerca de las palabras", focaliza en el vocablo *publicanus* (publicano) diciendo que es "quien cobra los impuestos públicos [*est qui vectigalia* pública *exigit*]; o el que se enriquece en los negocios públicos y de ahí el nombre"[36].

Cuando habla acerca del oro vuelve sobre el término *vectigalia* para decir que son tributos que gravan el tráfico de mercaderías, cuyo nombre deriva del hecho de transportarlas (*vehere*)[37].

Inmediatamente antes de esto aborda la definición del término "tributo", diciendo que "proviene del hecho de que antaño éste se exigía por cada una de las tribus, del mismo modo en que hoy día [siglo VII] se hace por cada territorio. Es sabido que el pueblo romano estuvo dividido en tres partes, de modo que los que estaban al frente de cada una recibieron el nombre de 'tribunos'. Por idéntico motivo, los impuestos que pagaban los pueblos se conocieron como 'tributos'"[38].

Conviene prestar atención a esta concentración del poder impositor que señala San Isidoro, porque avanzada la Edad Media, y hasta el comienzo de la Moderna, esta potestad se irá disgregando en cabeza de los señores feudales, con el consiguiente debilitamiento del poder real, para revertir luego con la consolidación de las monarquías absolutas.

35. *Juan*, 12 (5-6).

36. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, ob. cit., Libro X, ap. 227, Tomo I, p. 843.

37. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, Libro XVI, Capítulo 18, ap. 8, Tomo II, p. 303.

38. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, Libro XVI, Capítulo 18, ap. 7, Tomo II, p. 303.

Una última referencia que queremos señalar es la etimología atribuida por Isidoro a la palabra Fisco, del latín "Fiscus", que es la bolsa pública, y de su nombre derivan "fiscella" y "fiscina", especies de canastillas empleadas por los cobradores de impuestos, en las que guardan "el impuesto público que se entrega a los reyes"[39].

Cabe acotar que tanto el *Diccionario de Autoridades*[40] como Sebastián de Covarrubias, en su *Tesoro de la Lengua Castellana*[41], recogen esta definición, resaltando en esta última fuente la comparación, atribuida a Trajano, entre el Fisco y el bazo, órgano que cuanto más engrosa, al parecer, más enflaquecen los demás que conforman el cuerpo, comparación analógica que tiene la virtud de impactar en nuestro propio ser.

La autoridad que debe aplicar el impuesto reside en el Rey, recordándonos San Isidoro que como el nombre lo indica debe actuar rectamente, y que *no rige quien no corrige*, debiendo favorecer a los pueblos y no perjudicarlos, estando obligado a ser fiel a las leyes del reino dando el ejemplo, no pudiendo derogar a su favor lo que quiera que cumplan los súbditos, culminando su pensamiento en su célebre apotegma "*Rex eris, si recte facies: si non facias, non eris*"[42], lo que en nuestra materia significa respetar el principio de reserva de ley como garantía liminar del Estado de Derecho.

9. Conclusiones

Luego de esta consideración del sentido de las palabras en la consolidación del Derecho, volveremos a San Agustín cuando se pregunta:

> "Si de los Gobiernos quitamos la justicia, ¿en qué se convierten sino en bandas de ladrones a gran escala? Y estas bandas, ¿qué son sino

39. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, Libro XX, Capítulo 9, ap. 7, Tomo II, p. 513. Aún hoy puede verse el uso de estas canastillas, al igual que la bolsa o manga, en oportunidad de la colecta en los templos católicos.

40. *Diccionario de Autoridades* (edición facsimilar), Tomo III, p. 758, Gredos, 1979.

41. Covarrubias, Sebastián de, *Tesoro de la Lengua Castellana*, p. 596, Ediciones Turner, 1979.

42. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, Libro IX, Capítulo 3, ap. 1-5, Tomo I, p. 765.

> reinos en pequeño? Son un grupo de hombres, se rigen por un jefe, se comprometen en pacto mutuo, reparten el botín según la ley por ellos aceptada. Supongamos que a esta cuadrilla se le van sumando nuevos grupos de bandidos y llega a crecer hasta ocupar posiciones, establecer cuarteles, tomar ciudades y someter pueblos: abiertamente se autodenomina reino, título que a todas luces le confiere no la ambición depuesta, sino la impunidad lograda. Con toda finura y profundidad le respondió al célebre Alejandro Magno un pirata caído prisionero. El rey en persona le preguntó: '¿Qué te parece tener el mar sometido al pillaje'. 'Lo mismo que a ti –respondió– el tener el mundo entero. Sólo que a mí, como trabajo con una ruin galera, me llaman bandido, y a ti, por hacerlo con toda una flota, te llaman emperador'"[43].

La ausencia de la virtud de la Justicia conlleva el riesgo cierto de la conversión de cualquier Estado en conventículo, lo que es fácil de observar a lo largo de la historia de la ciudad terrena. Los pródromos que anuncian las dolencias, si no se atacan a tiempo y se los deja crecer con estulta indiferencia, o lo que es peor son tenidos como el curso natural de las cosas, terminarán carcomiendo el todo social.

Por eso nos dice San Agustín, refiriéndose a la Ciudad celestial, que "en ella sólo hay un sol, el sol de justicia, que protege a los buenos; allí no habrá que hacer grandes esfuerzos para enriquecer el erario público a expensas de las fortunas privadas: la verdad es su común tesoro"[44].

Si no hubiera justicia de por medio en este mundo terrenal donde vivimos, concluimos en que toda imposición sería despojo y no tributo, y la paz correría serio peligro. Evocando a S.S. Pablo VI, recordamos ahora aquel lema por él acuñado, teniendo presente a Isaías, que dice: "Si quieres la Paz, trabaja por la Justicia"[45].

Esto es impostergable en todos los ámbitos de nuestra existencia, pero en lo tributario, su observancia, con estricto apego al milenario principio de legalidad, se torna inexcusable, aunque por momentos parezca ilusorio sostenerlo.

43. San Agustín, *La Ciudad de Dios*, Libro IV, Capítulo 4.

44. San Agustín, *La Ciudad de Dios*, Libro V, Capítulo 16.

45. Pablo VI, Mensaje del 1º de enero de 1972, V Jornada Mundial de la Paz, disponible en: https://www.vatican.va/content/paul-vi/es/messages/peace.index.html.

LOS ALCANCES DE LA PENALIZACIÓN DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL

Carlos A. Mahiques*

"No existe el poder del que no haya que responder".

(Romano Guardini)

Sumario: 1. Los delitos de lesa humanidad, la protección internacional de los Derechos Humanos y la pérdida de inmunidades en la experiencia argentina. 2. Las consecuencias en orden a la pérdida de inmunidad derivadas de la calificación de un delito como crimen de lesa humanidad. 2.1. Imposibilidad de perdón. 2.2. Invalidez de la eximente de obediencia debida. 2.3. La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. 2.4. Posibilidad de juzgamiento por tribunales internacionales o extranjeros. 3. Los delitos de lesa humanidad y las garantías del Derecho Penal reconocidas en el derecho interno y en el Derecho Internacional. 4. Síntesis conclusiva.

Con este trabajo me sumo a la feliz iniciativa del director editorial de El Derecho, Dr. Alejandro Borda, de celebrar los sesenta años de nuestra *casa editorial.*

Es también el recuerdo agradecido a un amigo personal y de nuestra Universidad Católica, el profesor Jean Pradel, catedrático y publicista francés de la Universidad de Poitiers, recientemente desaparecido. En esta benemérita universidad, y bajo su sabia y generosa

* Profesor Ordinario de Derecho Penal (UCA). Juez de la Cámara Federal de Casación Penal. Director de El Derecho - Revista de Derecho Penal.

guía, obtuve mi *Doctorat en Droit* y llevé a cabo una parte sustancial de mi formación en Derecho Penal comparado.

Las siguientes reflexiones estarán orientadas a precisar los límites y la relación entre la penalización de las conductas consideradas lesivas de Derechos Humanos fundamentales y la correlativa pérdida o reducción de inmunidades o privilegios que se ha verificado en la doctrina judicial nacional e internacional.

1. Los delitos de lesa humanidad, la protección internacional de los Derechos Humanos y la pérdida de inmunidades en la experiencia argentina

Vistos en perspectiva histórica, los delitos de lesa humanidad constituyen una infracción moderna, de características particulares (que pueden modular a una evolución de mayor espectro en el futuro) y que hoy integran uno de los cuatro crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Una primera y genérica definición incluiría a los actos inhumanos o las persecuciones cometidas colectivamente y en el marco de la ejecución de una política contra poblaciones civiles. La consumación de estos hechos es posible tanto en tiempos de paz como de guerra y su realización, favorecimiento u organización deben estar a cargo del Estado o de uno o más grupos que ejercen el control parcial o total del territorio.

Fue en el estatuto de creación del Tribunal de Núremberg (acuerdo suscripto en Londres el 8 de agosto de 1945) donde se introdujeron las primeras tres categorías de ilícitos *contra gentes* en el ámbito de su competencia: artículo 6º: a) *crimen contra la paz*, b) *crimen de guerra*, c) *crimen contra la humanidad*. Es decir, el asesinato, la exterminación, la deportación, las persecuciones y todo otro acto inhumano cometido contra una población civil; antes o durante la guerra, y hayan estado, o no, consideradas una violación del derecho interno del país donde se cometieron.

La noción de crímenes contra la humanidad surgió y se desarrolló en Europa durante la segunda mitad del siglo XX. Antes solamente existía la categoría del *crimen de guerra*, con la que se pretendía limitar jurídica y penalmente el poder de los ejércitos.

Hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos –aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de

diciembre de 1948–, el tema pasó de ser un compromiso de los gobiernos hacia sus habitantes para convertirse en una carta de nuevas obligaciones exigibles por la comunidad internacional.

A partir de entonces, y motorizado por el horror conocido tras la Segunda Guerra Mundial, se fue desarrollando un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, establecido no solo por la normativa surgida de la ONU, sino también por las organizaciones regionales consagradas en el capítulo VIII de su Carta constitutiva, como ocurre, en nuestro ámbito, con los organismos específicos que dependen de la Organización de los Estados Americanos.

Cuanto refiere a la protección internacional de los derechos fundamentales involucra a la responsabilidad de cada Estado frente a los demás miembros de la comunidad de naciones por la lesión de tales derechos a través de acciones, o por haber omitido prevenir, investigar o castigar actos de terceros en igual sentido.

Esta idea resulta fundamental para distinguir, por un lado, los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente, de las garantías constitucionales, por otro, y a ambos con los bienes jurídicos tutelados por las leyes penales. Básicamente, y desde una aproximación estrictamente jurídica, los Derechos Humanos –que se presumen universales– conciernen a las personas físicas sin distinciones, remiten a lo permitido y exigible en las sociedades o en la comunidad internacional y están expresamente protegidos por las convenciones regionales o internacionales. Por definición, son derechos obligatorios y están consagrados en pactos o tratados entre Estados que se comprometen a asegurar su vigencia, así como las garantías respecto de sus ciudadanos y de todos aquellos que residan en su territorio. No obstante, subsiste hasta el presente la cuestión de si ello es suficiente para asegurar ese carácter *universal* y el consiguiente compromiso de los Estados y la aplicación del concepto a *todos los seres humanos*, con independencia de su pertenencia o su identidad cultural, social o nacional.

Diversos pensamientos filosóficos, así como ciertos dogmas religiosos comportan elementos de referencia y se relacionan con la idea de derechos *propios* del individuo. Históricamente considerado, este tópico, en sentido moderno, tiene por origen las teorías y las fuerzas políticas surgidas al final de la Edad Media y durante el Renacimiento. Hitos de ese derrotero fueron –con diversos matices– la *Magna Carta* (1215), el *Habeas Corpu*s (1679), la *Declaración de la Independencia de los Estados Unidos* (1776), la *Declaración de los*

Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), *Bill of Rights* (1791), y finalmente, la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* (1948).

Por fuera de reticencias y críticas al "etnocentrismo" de aquellos documentos, surgidas de un creciente relativismo cultural y de una verificada negación de los Derechos Humanos en algunos países, tanto en Occidente como en buena parte del mundo globalizado, su universalidad e indivisibilidad se han venido afirmando e imponiendo desde la experiencia de posguerra.

El enjuiciamiento de los autores de violaciones a los Derechos Humanos a nivel internacional fue producto de una evolución que derivó en la creación del primer tribunal penal internacional permanente (la Corte Penal Internacional, 1998), tras las positivas experiencias previas –posteriores a Núremberg y Tokyo– de las jurisdicciones penales internacionales *ad hoc*, para la ex Yugoslavia y Ruanda.

La Corte Penal Internacional juzga cuatro categorías de infracciones (art. 5º del Estatuto de Roma): crimen de *genocidio*, crimen de *lesa humanidad, crimen de guerra* y crimen de *agresión.* El genocidio es definido en el artículo 6º (en diez líneas). Los crímenes contra la humanidad en dos páginas (art. 7º), entre los cuales figura el *apartheid* (art. 7º, parág. 1º).

Los textos que sirvieron de base a la construcción conceptual de aquellos ilícitos a lo largo del siglo XX forjaron, primero, una noción más genérica y extendida de los delitos de lesa humanidad, siendo el *genocidio* la más emblemática, al que se agregó tiempo después el *apartheid*. Actualmente, en los documentos internacionales el *genocidio* se autonomizó de los crímenes contra la humanidad *lato sensu*, y su definición permanece idéntica a la de la Convención de 1948.

El de los crímenes de lesa humanidad, en cambio, es un enunciado más proteiforme, cuyo contenido es el producto de una evolución, con nuevas categorías delictivas, como la *desaparición forzada de personas*[1]. Los crímenes contra la humanidad exhiben, en cuanto a su estructura como categorías delictuales, e incluso respecto a las respuestas represivas, algunas características propias. En tanto ataques a los derechos fundamentales se los individualiza por su "analogía" en el artículo 7º del Estatuto de Roma como comportamientos

1. Art. 7º, Estat. Corte Pen. Internacional.

específicos (homicidio, reducción a la esclavitud, *apartheid*), y aparecen contextualizados en situaciones caracterizadas por la reiteración delictiva, la planificación por un Estado o sus organismos políticos, o por organizaciones dirigidas a realizar ataques extendidos y sistemáticos contra la población civil.

Respecto a su estructura típica, es necesario distinguir entre el elemento material y moral o subjetivo de la imputación (*actus reus-mens rea*). El primero supone la *comisión de actos graves contra la persona humana* (*inhumanos,* en el texto): por ejemplo, homicidio, sometimiento a la esclavitud, tortura, violación. El elemento subjetivo que preside la voluntad del o los autores apunta a la *deshumanización y a la des-personalización* de las víctimas. Esto es, a desconocer o menospreciar su dignidad y anular su identidad e imponer una especie de sujetos subhumanos que, como tales, puedan ser excluidos o eliminados de la comunidad humana.

Son, por otra parte, infracciones colectivas (crímenes de masa), tanto desde la perspectiva de las víctimas como de los autores. Del lado de los damnificados, debe tratarse de un grupo de seres humanos (población civil). Desde el de los autores, sintetizando el significado de los textos mencionados, debe mediar un "complot", "un plan concertado", "en el marco de un ataque generalizado [...] y sistemático". Y todo ello, originado en una "ideología" o una "política".

Se los caracterizó, en un principio, como *crímenes de Estado*, pero en rigor, los tratados no exigen que se identifique a un Estado, en el sentido del Derecho Internacional. Su realización, implementación y dimensión comprometen e involucran a los poderes públicos o a organizaciones colaterales (toleradas por los primeros). Conllevan, por ello, una dimensión colectiva; cuentan con apoyo directo o indirecto, y/o con la complicidad o tolerancia de parte de aquellos. Por lo tanto, cualquier grupo armado y organizado que ejerza su poder en un territorio es pasible de cometer y ser imputado de la comisión de aquellos delitos. En nuestra reciente jurisprudencia, la calificación de lesa humanidad ha comenzado a considerarse aplicable a actos de terrorismo cometidos por organizaciones subversivas cuyos miembros cometieron graves actos contra la población civil. En un fallo reciente originado en una presentación de víctimas de un atentado perpetrado por "Montoneros", un tribunal de alzada anuló una resolución anterior que no había tratado cuestiones relativas a si aquella organización tuvo apoyo, cuanto menos, de tres Estados extranjeros y de otras organizaciones

terroristas islámicas. El hecho atribuido por los impugnantes se centró en la colocación de un poderoso artefacto explosivo que detonó en el comedor de la Superintendencia de Seguridad Federal de la Policía Federal Argentina[2].

El elemento subjetivo o moral (*mens rea*) se identifica con el dolo directo (*dolus-specific direction*). La conciencia y voluntad de cometer crímenes de tan extrema gravedad contra las personas se relaciona con el de cada sujeto involucrado en un tiempo y lugar determinados y con el conocimiento de las circunstancias antes mencionadas. Por eso no serán aquí procedentes las causas de no responsabilidad, como "el acto o la razón de Estado", la legislación o la orden de autoridad legítima.

Confrontado con el genocidio, este requiere un *dolus specialis* y la demostración de que la ideología colectiva es la "intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso". La intención aquí no es solamente perseguir o neutralizar sino destruir. De todos modos, si bien "muchas veces se hace referencia al genocidio como el 'crimen de los crímenes', lo cierto es que dependiendo del caso concreto, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, a gran escala, pueden en sus consecuencias ser más graves y atroces que el genocidio […]. La Comisión Internacional de Investigación de Darfur de las Naciones Unidas declaró que la gravedad de los hechos dependerá de las circunstancias de cada caso, no existiendo óbice que un caso de lesa humanidad o de crimen de guerra sea más grave que uno de genocidio (UN Doc. S/2005/60 para. 522). Por lo demás, ubicar al genocidio en la cima de los delitos internacionales 'puede conducir a debates poco fructíferos acerca de si una atrocidad es genocidio o meramente un delito de lesa humanidad'. Ambos crímenes son igualmente atroces, y la 'mayor o menor gravedad' dependerá siempre de las circunstancias del caso y no de su calificación legal"[3]. Por esta misma razón, ninguno de los delitos de trascendencia para la comunidad internacional es más grave que otro, y la conminación de la pena estará determinada por la gravedad del crimen cometido y no en razón del *nomen*

2. Cfr. causa nº CFP 13619/2003/CA3, Sala I, Cám. Crim. Corr. Federal Cap., "S. J. M. y otros s/ recurso de apelación".

3. Cryer, R., *Introduction to International Criminal Law and Procedure*, p. 203, Cambridge University Press, 2ª ed., 2010.

iuris del tipo penal reprochado[4]. El Estatuto de Roma no disciplina una correspondencia entre los tipos penales y las sanciones, dejando a los jueces la opción de seleccionar la calidad y cantidad de la pena en razón del tipo y gravedad del delito[5].

En esta materia, la jurisprudencia argentina ha dado muestras de cambios que han merecido objeciones por su adhesión acrítica a una concepción ideológica de los Derechos Humanos, y a cánones y postulados incompatibles con la tradición consagrada en antigua y pacífica doctrina judicial. En gran medida, ello se debió a la influencia de la opinión y la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas. De allí se derivó por principio que el Estado, en el que cualquier funcionario público prive a alguien arbitrariamente de una garantía contenida en la Constitución, deberá brindar los medios para reparar esa lesión por la obligación que la propia Carta Fundamental le impone; es posible que el funcionario autor de la infracción deba responder por un hecho punible legislado en el Código Penal, pero también podrá ser internacionalmente responsable el Estado donde aquel se cometió si las vías legales internas para la determinación de la verdad, reparación y sanción no han sido eficaces.

Resulta, así, esencial advertir la confusión entre Derechos Humanos y bienes jurídicos tutelados que pueden ser afectados por actos estatales o de individuos particulares. Para ello, aparece ineludible responder a la cuestión de la relación que media entre un acto violatorio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –como tal, idóneo para activar los mecanismos de protección–, y los delitos de lesa humanidad. Estos se hallan con aquel en relación de género a especie.

Así, las acciones que infrinjan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos solo alcanzarán la jerarquía de crímenes contra la humanidad cuando reúnan los elementos antes reseñados, es decir, cuando constituyan un ataque sistemático o masivo contra una población civil desarrollado en cumplimiento de la política que haya trazado un Estado o una organización, y únicamente, cuando ello ocurra, podrán asignarse al hecho de que se traten las consecuencias

4. Cámara Federal de Casación Penal, causa FRO 76000007/2011/TO1/CFC13, "Patti, Luis Abelardo y otros s/ recurso de casación".

5. En el proyecto de reforma integral del Código Penal (2019), cfr. Libro Tercero, Título II, art. 516, p. 512. Min. de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

que corresponden a los delitos de lesa humanidad: *prohibición de la amnistía o del indulto, la imprescriptibilidad y el posible sometimiento a la jurisdicción internacional o universal*[6].

Ese, sin embargo, no fue el sesgo que informó la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Bulacio *vs*. Argentina" (18 de diciembre de 2003). Se trató de la arbitraria detención de un joven –el 19 de abril de 1991– que fue luego apremiado por funcionarios de la Policía Federal, a causa de lo cual falleció pocos días más tarde[7].

Llevado el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ésta requirió de la Corte Interamericana la apertura de un juicio que culminó con la condena de la Argentina, cuyo gobierno ya había reconocido la infracción perpetrada por sus agentes.

Lo que mereció críticas no fue la conclusión sino los fundamentos del fallo expuestos por los jueces de la Corte Interamericana. Ante un caso similar, la Corte Suprema –el 11 de noviembre de 1980– dejó firme una negativa de sobreseimiento por prescripción descartando la alegación de que debía respetarse el derecho del imputado a un juicio rápido, sobre la base de afirmar que contra "tal aspiración conspiran tanto la morosidad judicial como la deducción por las partes de recursos manifiestamente inoficiosos"[8]. De adverso, el más alto organismo jurisdiccional de las Américas prefirió, en "Bulacio", equiparar el hecho a un delito *contra la humanidad* y, consecuentemente, asignándole el carácter de imprescriptible. El argumento fue, en síntesis, que "son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de Derechos Humanos".

La Corte Suprema nacional acató ese criterio –ante la probabilidad de que, de otro modo, se generaría responsabilidad internacional del Estado argentino–, pero dejó sentado que se trataba de "un

6. A pesar de la posibilidad contemplada en los artículos 28 del Estatuto del TIPY (disponible en: http://www1.umn.edu/humanrts/icty/statute.html) y 27 del Estatuto del TIPR (disponible en: http://www.ohchr.org/english/law/itr.htm).

7. Se imputó el hecho al oficial Miguel Ángel Espósito y se inició un proceso que culminó más de once años después (21 de noviembre de 2002), con un sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal; disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf.

8. *Fallos*: 302:1333.

caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de Derecho Internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad" ["Convención sobre desaparición forzada de personas" (Ley Nº 24.556, art. VII), y "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad" (Ley Nº 24.584)]. En otro precedente –"Derecho, René Jesús"–, la Corte tuvo ocasión de ratificar ese criterio, al confirmar el sobreseimiento del imputado en un supuesto análogo a "Espósito"[9].

2. Las consecuencias en orden a la pérdida de inmunidad derivadas de la calificación de un delito como crimen de lesa humanidad

2.1. Imposibilidad de perdón

La comisión de delitos de lesa humanidad *no puede ser objeto de amnistía o indulto* sobre la base de disposiciones expresas del Derecho Internacional convencional, obligatorio para la República Argentina. No obstante, preexistían en la misma época, en opuesto sentido discursivo, la Ley de *Obediencia Debida* (cfr. art. 11 de la Ley Nº 23.049); las inferencias surgidas del considerando 30 de la sentencia en la denominada causa 13; la condena en la causa "Camps" (diciembre de 1986) dirigida a oficiales subalternos y suboficiales; y las disposiciones de la Ley Nº 24.492. Además, en diciembre de 1986, se sancionó la llamada *Ley de Punto Final* que, al mismo tiempo, determinó un plazo perentorio para el enjuiciamiento de los presuntos responsables por los delitos allí enunciados.

La secuencia legislativa culminó con la Ley Nº 23.521, que pretendió revertir los efectos de la anterior reforma de 1984, limitando la posible persecución penal a los oficiales superiores que hubieran tenido, a la fecha del hecho, el rango de oficiales superiores, que hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona, jefe de fuerza de seguridad policial o penitenciaria, o respecto de quienes se hubiera resuelto –antes de los 20 días de la promulgación de la ley– que tuvieron capacidad decisoria o que intervinieron

9. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29/7/1988, *in re* "Velásquez Rodríguez", parág. 172.

en la elaboración de las órdenes consideradas delictivas. Se excluía, en todos los casos, a los responsables de violaciones, sustracción, ocultación de menores o sustitución de su estado civil, y de apropiación extorsiva de inmuebles.

Esas leyes no perseguían un olvido total sobre lo ocurrido en el país entre 1976 y 1983, y así fue que los procesos continuaron hasta los indultos decretados en 1989. Se les objetó, sin embargo, que, en la realidad, neutralizaron el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia de las víctimas, y de obtener la investigación y sanción de los autores de delitos que los hubieran damnificado. Todos ellos, derechos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Degradantes, y los contemplados por el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que compromete a los Estados a no frustrar el objeto y la finalidad de un tratado.

En el acto de ratificación de esos instrumentos –celebrados antes de 1983–, la Argentina dejó aclarado que "las obligaciones contraídas en virtud de la Convención solo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento". Este criterio, reeditado en otro texto similar relativo al informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Consuelo *vs*. Argentina", del 2 de octubre de 1992[10], consignó que el dictado de aquellas normas, aunque se refirieran a hechos comprendidos en la reserva mencionada, era violatorio de los pactos mencionados. En el caso "Simón" (14 de junio de 2005), la mayoría de los jueces de la Corte Suprema mantuvo esa interpretación, y, respecto de los indultos, la ratificó en "Mazzeo" (13 de julio de 2007).

Sin perjuicio de las diferencias que luego se expondrán, vinculadas con el principio de irretroactividad de las leyes, de todo ello surgía claramente la vigencia, para el futuro, de la prohibición señalada. Se evidenció, en este tópico, un desarrollo progresivo en la doctrina judicial de la Corte Suprema que va desde una interpretación dinámica de las categorías constitucionales[11] a una más próxima

10. Puede ser consultado en http://www1.umn.edu/humanrts/cases/S28-92.html.

11. Sobre las clasificaciones en la interpretación constitucional, v. Sagüés, N., *Teoría de la Constitución*, Astrea, 2001, *passim*.

al Derecho Internacional, especialmente perceptible en los fallos "Priebke" y "Arancibia Clavel", al punto de introducir una hermenéutica *contra constitutionem* proveniente *Jus Gentium*[12]. Dicho de otro modo, se produjo una internacionalización del objeto de la interpretación y con ello el orden constitucional estatal –reformado en 1994– pasó a quedar informado y sublaternado a principios supranacionales y comunitarios. Estos estándares internacionales ocasionaron, como efectos "colaterales", una doble disociación entre la penalidad y la territorialidad y entre aquella y la legalidad (ley nacional). Para otra ocasión queda discutir los varios sentidos y alcances del prefijo "inter", como significantes de una *ultraactividad* ("más allá del territorio nacional"), una *interacción* (relaciones "entre" Estados), o una *supremacía* (orden superior o supranacional). Lo cierto es que se intensificó a partir de ese giro interpretativo la interferencia entre el Derecho Penal y el Internacional, especialmente en tres áreas: la del ámbito espacial de aplicación de la ley penal; el de la cooperación internacional; y el de la instauración de un sistema de Justicia Internacional.

La consecuencia, entonces, de la aplicación de los principios internacionales del *Jus Gentium* –que no son necesariamente Derecho escrito– fue su "instalación" y "vigencia" en el derecho interno y su configuración como objeto de interpretación por los tribunales nacionales[13]. El Derecho Constitucional devino, así, permeable, ya que aunque permaneció rígido en el ámbito infraestatal, se volvió más flexible respecto de la influencia del "afuera"[14].

La interpretación dinámica –no estatutaria o estática– de la Constitución no implica necesariamente una "revolución", en tanto se limita a explorar interpretaciones posibles dentro de los márgenes de previsibilidad que mantenga la seguridad jurídica de una comu-

12. Concretamente, la virtualidad del estándar de los crímenes contra la humanidad (inherentemente imprescriptibles) con remisión a la vigencia de las costumbres internacionales (como fuentes del derecho interno) en oposición al principio de legalidad (art. 18, CN).

13. Algo semejante a lo alegado por la doctrina de la "armonía con el Derecho Internacional invocada por una parte de la doctrina constitucional en Alemania en torno a la interpretación del art. 25 de la Constitución de ese país, que admite expresamente la derogación de cláusulas constitucionales por la normativa internacional consuetudinaria"; cfr. Sagüés, N., ob. cit., p. 389.

14. Cfr. Vanossi, J. R., *Régimen Constitucional de los Tratados*, pp. 300-301, El Coloquio, 1969; Sagüés, ob. cit., p. 390.

nidad. La visión *contra constitutionem*, en cambio, está basada en el derecho consuetudinario del *Jus Cogens*, cuya característica principal es la informalidad, el "pactismo", el consenso comunitario y "la extensión por analogía a concepciones jurídicas, políticas, sociales y económicas imperantes en un momento dado" en la comunidad internacional[15], con la consiguiente deriva hacia la inestabilidad, el debilitamiento de la potestad estatal y de la coherencia jurisdiccional.

2.2. Invalidez de la eximente de obediencia debida

Esta circunstancia, como categoría del delito, está prevista en el inciso 5º del Código Penal vigente, pero no habilita a excusar actos incompatibles con los sentimientos básicos de humanidad. Fue ese el argumento principal de la defensa en el juicio de Núremberg, al que se rechazó con la conocida afirmación de que "los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia"[16]. Era una implícita remisión al artículo 8º de la Carta de Londres y al Tratado de Versalles, por el que se había previsto la creación de un tribunal para "reivindicar las solemnes obligaciones de los compromisos internacionales y la vigencia de la moralidad internacional".

La denominada Ley de Amnistía dictada por el gobierno de facto tuvo efectos concretos aunque la enorme mayoría de los jueces del país la habían declarado "repugnante a la Constitución". Esta situación derivó a que en el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo

15. Cfr. Criterios para una interpretación dinámica se desarrollan en el fallo "Chocobar", de la CSJN y del dictamen del Procurador General, especial. parág. 14, donde en apariencia se sigue la consigna de J. Habermas de "consenso social fundante", pero en el marco del diálogo entre Estados. El riesgo de esta posición radica en la deformación ideológica de sus contenidos y en la influencia derivada de la asimetría de poder entre los Estados. Sobre el punto, Mahiques, C. A., *Cuestiones de Política Criminal y Derecho Penal*, p. 380, F. Di Plácido, *passim.* Sobre la ley considerada como entidad abstracta que se resignifica frente al intérprete como creador de nuevos significados, v. Ricœr, P., *Se comprendre devant le texte. Du texte à l' action*, Seuil, 1986, *passim*. En materia de *Jus Cogens*, en el fallo "Cancela", de la CSJN, a fin de justificar una interpretación armonizadora, tal abstracción se hace respecto del constituyente de 1994, a quien se presume prevenido de que los tratados incorporados a la Constitución guardaban correlativo y coherencia con ella.

16. Véase http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judlawch.htm.

al Congreso se estableciera: "El artículo 34, inciso 5º del Código Penal, deberá ser interpretado conforme a la regla del artículo 514 del Código de Justicia Militar, respecto de los hechos cometidos por el personal mencionado en el artículo anterior que actuó sin capacidad decisoria cumpliendo órdenes o directivas que correspondieran a planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las Fuerzas Armadas y por la Junta Militar. A ese efecto podrá presumirse, salvo evidencia en contrario, que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida". Sin embargo, de acuerdo a los principios generalmente aceptados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia, en el trámite legislativo se agregó, a continuación, la frase: "excepto cuando consistiera en la comisión de hechos atroces o aberrantes", con lo cual la casi totalidad de los hechos a cuyo juzgamiento estaba destinada la ley resultarían excluidos de la excusa por exhibir, en su mayoría, esas características.

2.3. La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

En la Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, ratificada por Argentina mediante la Ley Nº 24.584, se excluyó para estos delitos la prescripción tanto de la acción como de la pena. Para ello se remitieron los autores a la fórmula elaborada por el Tribunal de Núremberg, luego recibida por el Estatuto de Roma, en la definición contenida en su artículo 7º.

En la doctrina judicial de nuestra Corte Suprema el tema, como se dijo, se trató en los casos "Priebke" y "Arancibia Clavel", aunque en ellos, más que el alcance del principio establecido en la Convención, se profundizó en la posibilidad de aplicarlo retroactivamente, razón por la cual hubo distintas posiciones asumidas por los jueces como argumentos en los que las sustentaron[17].

17. "Que esta Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*jus cogens*) en función del Derecho Internacional Público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional" (del voto de la mayoría, consid. 28, del fallo "Arancibia Clavel"). La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de

2.4. Posibilidad de juzgamiento por tribunales internacionales o extranjeros

Tradicionalmente, la posibilidad de juzgamiento de un hecho por un principio diferente al *territorial, real o de defensa,* o de la *nacionalidad* (activa o pasiva), se reducía a las hipótesis establecidas convencionalmente, ejemplificadas siempre con la piratería y la ruptura de cables submarinos. La referencia en nuestra Constitución estaba ya en el antiguo artículo 102 (actual 118), en cuanto prevé el dictado de una ley que fije el lugar donde habrán de juzgarse los delitos perpetrados "fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes", en contraste con la regla general de que los que no lo fueran debían ser juzgados en la jurisdicción donde se cometieron.

En otro caso[18], la Corte Suprema –con remisión al dictamen del Procurador General en el que se citan antecedentes locales y extranjeros– afirmó que el artículo 5º de la Ley Nº 1.612, que preveía el juzgamiento en el país de los delitos imputados a personas requeridas mediante extradición y que no se sometieran a proceso por alguno de los motivos allí previstos, constituía el caso más general de jurisdicción universal ejercido por la Argentina (*aut dedere aut judicare*).

El desarrollo del concepto de *delitos internacionales* –genocidio, lesa humanidad en general y crimen de guerra– ha venido a cambiar significativamente este panorama, y los cometidos en

---

guerra y de los crímenes de lesa humanidad expresa, en su art. 1º, que los crímenes a los que se refiere serán "imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". Aunque se acepte que esa cláusula habilita inequívocamente la retroactividad, podrían explorarse diversas formas de hacerla compatible con las demás disposiciones de Derecho Internacional y de Derecho Interno que disponen lo contrario. Por ejemplo, cuando se trate de la prescripción, sobre la base de su *naturaleza*, es decir, si tiene ella carácter material o procesal, según el alcance asignado por la Corte Suprema en *Fallos*: 293:592. Podría entonces interpretarse que lo establecido en la Convención no fija sino una "retroactividad mínima", que alcanza únicamente a aquellos casos en que la prescripción no se ha operado, cuando sólo importa una extensión de un plazo no cumplido. Siempre estaría la posibilidad de que, con una interpretación literal, la alternativa de aplicar una norma penal material retroactivamente entraría en colisión con el art. 27 y con el mismo art. 75, inc. 22, en cuanto establece que los Tratados de Derechos Humanos "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" de la Carta Fundamental y, por lo tanto, no obliga al Estado argentino.

18. *Fallos*: 293:64.

nuestro país durante la década de 1970 por fuerzas regulares y organizaciones terroristas han puesto el tema nuevamente bajo la luz de la consideración judicial.

Un análisis interesante de la cuestión en el ámbito comparado se puede hallar en el fallo de la Cámara de los Lores en el caso de la extradición de Augusto Pinochet. En resumen, aquel pronunciamiento se decidió por la inoponibilidad del privilegio invocado por el requerido en su condición de senador nacional cuando de lo que se trata es de la imputación un delito de Derecho Internacional Penal. El fundamento está, entonces, en que *la comisión de crímenes de este tipo ofende, además de al bien jurídico del que sea titular la víctima, a la comunidad de naciones.* Y así, cualquiera de ellas procede a su juzgamiento.

Sobre la base del mismo principio se estableció la jurisdicción de los tribunales internacionales, cuyos primeros precedentes más emblemáticos fueron los de Núremberg y Tokio. También tuvo suma importancia la creación de un tribunal internacional por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al que, por vía del capítulo VII de la Carta, el 22 de febrero de 1993 se le asignaron facultades para juzgar "las graves violaciones al Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991". Otro ejemplo fue la creación, tiempo después (el 8 de noviembre de 1994), de un órgano jurisdiccional similar para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda.

Por fin, el 17 de julio de 1998, se aprobó en Roma el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, con competencia sobre casos de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, y el crimen de agresión, que será complementaria de la de los Estados parte, de acuerdo a lo expresado en el décimo párrafo del Preámbulo y en los artículos 1º y 17, 1, a) y b) de su Estatuto.

3. Los delitos de lesa humanidad y las garantías del Derecho Penal reconocidas en el derecho interno y en el Derecho Internacional

Por su particular magnitud de injusto, los crímenes de lesa humanidad son merecedores de sanción, sin excepción, conforme a principios que todas las constituciones de los países civilizados han consagrado y que pueden encontrarse en la mayoría de las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos. Estos son: a) *nu-*

llum crimen sine lege, b) nulla poena sine lege, c) non bis in idem y d) *responsabilidad personal del autor* como consecuencia de sus acciones. En el Derecho Internacional convencional, aquellos principios fueron consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (aprobada el 10 de diciembre de 1948, art. 11.2); en el Pacto de San José (art. 9º), y en el artículo 7º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para no citar si no los más cercanos y relevantes.

En cuanto al otro pilar que sustenta la incriminación –el "*ius cogens*"–, se trata de "normas imperativas" de Derecho Internacional que no son disponibles por voluntad de las partes, y cuya referencia aparece en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "[…] una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter".

Aunque se superaran las dificultades lingüísticas que presenta el texto, todavía quedaría por precisar cómo y hasta dónde se lo puede relacionar con el Derecho Penal liberal clásico. En el caso argentino, la aplicación concreta de ese concepto por la Corte Suprema se definió en torno a la idea de que el *ius cogens* reconduce a "las fuentes del Derecho Internacional imperativo (que) consideran que integrar un acuerdo de personas para cometer actos de lesa humanidad es una conducta equiparable a participar o ejecutar tales actos". En el caso "Simón", tanto el Procurador General como la mayoría de los jueces de la Corte consideraron que deriva del *ius cogens* la obligación de que los Estados sancionen inexorablemente a los responsables de delitos contra la humanidad, cualquiera fuera la fecha en que se cometieran.

En cuanto a la irretroactividad –recaudo esencial del principio de legalidad–, limitaré la referencia a la citada jurisprudencia de la Corte Suprema. La cuestión, como es sabido, fue planteada en el caso de la extradición de Erich Priebke. Allí, la mayoría de la Corte Suprema entendió que el hecho era calificable como genocidio y consideró, sin mayores desarrollos, que resultaban aplicables a ese hecho, cometido en 1943, los nuevos artículos 75, inciso 22 y 118 de la Constitución Nacional, y los capítulos II, III, V, VI y VII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Ge-

nocidio. Básicamente, se hizo referencia a la calificación del hecho como delito de *lesa humanidad* y a la consecuente aplicabilidad de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, que había sido aprobada por una reciente sanción de ambas cámaras del Congreso, aunque la ley no se encontraba promulgada ni, obviamente, ratificada la Convención.

Parece, sin embargo, más ajustada la posición de los jueces de la minoría, cuando afirmaron que "el indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados a Priebke no puede servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente. Tanto o más interesa a éste la observancia de sus normas que la persecución de quienes han incurrido en hechos de aquel carácter. Muchos siglos de sangre y dolor ha costado a la humanidad el reconocimiento de principios como el *nulla poena sine lege* consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución para que pueda dejárselo a un lado mediante una construcción basada en un derecho consuetudinario que no se evidencia como imperativo, y que, si hoy fuese aceptada por el horror que producen hechos como los imputados a Priebke, mañana podría ser extendida a cualquier otro que, con una valoración más restringida o más lata, fuese considerado como ofensivo para la humanidad entera, y no para personas determinadas, un grupo de ellas, o la sociedad de un país determinado. Ello implicaría marchar a contramano de la civilización, sujetando la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no puede ser encuadrada en ley previa al arbitrio de una seudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados".

El precedente más importante en este punto es el ya citado fallo "Arancibia Clavel" –del 24 de agosto de 2004–, en el cual se declaró imprescriptible la conducta de haber integrado la asociación ilícita a la que se le adjudicó la planificación y ejecución de los homicidios del general del ejército de Chile, Carlos Prats, y su esposa, en septiembre de 1974. En él la mayoría de la Corte, oficiosamente, ingresó en la cuestión y comenzó por considerar aplicable la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aprobada por Ley Nº 24.584, ratificada mediante Decreto Nº 579/2003 y que adquirió jerarquía constitucional por Ley Nº 25.778. Entendió que tal ratificación "sólo ha significado, [...] la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del Derecho Internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial permite afirmar que para la época de los he-

chos imputados el Derecho Internacional de los Derechos Humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a que 'la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de Derechos Humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)' (dictamen del señor Procurador General en la causa M.960.XXXVII 'Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación', sentencia del 15 de abril de 2004)". En consecuencia, concluyó que la prescripción alegada no se encontraba al amparo del principio de ley previa, pues "los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel ya eran imprescriptibles para el Derecho Internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del sesenta, a la cual adhería el Estado argentino".

En una de las disidencias de aquel fallo se citó el antecedente de la jurisprudencia francesa en el caso del general Aussaresses, donde, en contrario, la Cour de Cassation afirmó que no podía aplicarse la calificación de delito de lesa humanidad a hechos cometidos con anterioridad a la reforma de 1994 que incorporó dicha categoría –y su imprescriptibilidad– al Código Penal de ese país. De ese modo, uno de los jueces (Belluscio) entendió que, en primer lugar, era improcedente habilitar la instancia sobre el tema de la prescripción cuando no había sido llevado por el recurrente, y en segundo término, que si bien el Derecho Internacional consagra la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, no ocurre lo propio con la cuestión de si ésta puede aplicarse en forma retroactiva. Por tales motivos, y aunque no se controvierta en sí la calificación de *crimen contra la humanidad*, su incorporación a la legislación argentina fue posterior al momento de la comisión del delito y, por lo tanto, no pudo ser considerada operativa.

Siguiendo la línea de la mayoría de la Corte, en "Simón" (14 de junio de 2005) se declararon inconstitucionales las leyes llamadas de

Punto Final y *Obediencia Debida.* El entonces Procurador General argumentó que estas contrariaban el artículo 29 de la Constitución Nacional, por lo que resultaban *ab initio* inválidas. Aún así, requirió la imprescriptibilidad de los crímenes imputados, pues desde su comisión había transcurrido un lapso prolongado que excedía el previsto en el artículo 62 del Código Penal. Sostuvo que para esos crímenes procede una aplicación retroactiva de las Convenciones sobre la Tortura y Desaparición Forzada de Personas.

A partir de esas definiciones, en lo sustancial, el posterior derrotero jurisprudencial no se apartó de las razones dadas en "Arancibia Clavel" y por los legisladores que aprobaron la Ley Nº 25.779, cuya validez se mantuvo, al igual que la única voz disidente de la Corte que defendió la vigencia irrestricta del principio de legalidad, diferenciando aquel caso del resuelto por la Corte Interamericana en "Barrios Altos".

En cuanto al principio *nulla poena sine lege*, uno de los reproches dirigidos a lo actuado en el juicio de Núremberg se originó en el artículo 27 de la Carta de Londres: "El Tribunal tendrá el derecho a imponer a un acusado, cuando lo condene, la muerte o cualquier otro castigo que considerará justo". La sola transcripción de un enunciado tan laxo basta para poner de manifiesto la distancia que medió entre el espíritu que condujo a la afirmación de este principio en el artículo 8º de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 y el que guio a los vencedores de la Segunda Guerra Mundial. Tampoco aparece coincidente con ese espíritu el artículo 8º de la Ley Nº 26.900, cuando fija una pena de tan amplio rango (5 a 25 años de prisión) para la variedad de supuestos que pueden adecuarse al artículo 6º del Estatuto de Roma.

Acerca del *non bis in idem*, el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que sancionó la Asamblea General de las Naciones Unidas, y fue aprobado por la Argentina mediante la Ley Nº 23.313, dice: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país". El principio también se conoce como de "prohibición del doble riesgo" o "*double jeopardy*", así mencionado en la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos, de modo de dejar claro que también alcanza a la mera posibilidad de sufrir pena por algún delito por el que alguien hubiera sido procesado anteriormente. Nuestra Corte Suprema también lo incorporó al cuerpo de doctrina

judicial, siendo ejemplo de ello el dictamen del Procurador General en *Fallos*: 248:232, y las sentencias en los casos "Belozercovsky" y "Ganra de Naumow".

El precedente local más estrechamente vinculado con la vigencia de este principio respecto de los delitos de lesa humanidad es "Mazzeo" (CSJN, 13 de julio de 2007). Se trató de la reapertura de la causa 85 de la Cámara Federal de San Martín, cuyo principal imputado, Santiago Omar Riveros, había recibido la gracia de un indulto como consecuencia del cual fue sobreseído en resolución que dejó firme la Corte Suprema en 1990. La mayoría del alto tribunal, sobre la base de los argumentos desarrollados en "Simón", entendió que no había óbice para reabrir la causa destinada a establecer si el imputado debía merecer pena por el delito que había sido objeto de aquella decisión[19].

La misma Corte Suprema –con una disidencia– limitó, en el caso "Perón" (1960), el alcance del artículo 29 de la Constitución Nacional acerca de la intangibilidad de la cosa juzgada en un supuesto de confirmación de un sobreseimiento por la alzada: "Ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de Derecho, es compatible con semejante consecuencia puesto que ese carácter supone que la opinión favorable (o desfavorable) de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las decisiones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder

19. La doctrina judicial de la Corte Suprema acerca de ese principio podría estar en fricción con la regla consagrada en la mayoría de los Tratados de Derechos Humanos. En la Constitución, las únicas salvedades en este punto aparecen en el inc. 3º del art. 20, que en realidad juegan solo para los casos ya sometidos a la Corte Penal Internacional y, por otra parte, no son sino hipótesis de cosa juzgada írrita o fraudulenta. De su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que "las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*", lo cual resultaba innecesario, puesto que venía de calificar al fallo del tribunal nacional de cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta". A este respecto, la Corte Suprema, en *Fallos*: 300:949, sostuvo: "Los magistrados en sus decisiones han de limitarse a meritar los elementos fácticos y jurídicos necesarios para la solución de la causa". No se entiende, entonces, el sentido de un *obiter* de esas características acerca de un principio ya consagrado en el Pacto de San José (art. 8.4) o en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos (art. 4º.1).

Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes".

En torno a la necesidad de prueba de la *participación personal en el acto*, la Corte Suprema, en "Arancibia Clavel", trató la imputación de haber integrado una asociación ilícita conocida como "DINA Exterior". Los jueces de la minoría (el recurso se rechazó por cuestiones de forma) evocaron lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "Mattoccia *vs*. Italia" (del 25 de julio de 2000, consid. 59 y siguientes); estimaron insuficiente la determinación de las coordenadas espacio temporales del hecho y se pronunciaron por invalidar un juicio en el que el procesado no había podido saber concretamente de qué imputación debía defenderse: "[…] la extrema gravedad de los hechos que constituyen el objeto de la presente causa, así como las dificultades probatorias que se pueden presentar frente a ciertos delitos, sea que ellas deriven de las características del tipo penal, o bien, de circunstancias de hecho, como por ejemplo, el alejamiento en el tiempo del hecho investigado, no pueden ser ponderadas para omitir una descripción de la imputación que permita un efectivo ejercicio del derecho de defensa (cfr., en el mismo sentido, caso 'Mattoccia', supra cit., especialmente considerando 71)". También, que, "y especialmente, respecto de aquellos delitos que, como los del *sub lite*, pueden ser calificados como de lesa humanidad y que son considerados imprescriptibles por la convención internacional aprobada por la Ley Nº 24.584 y con jerarquía constitucional otorgada por la Ley Nº 25.778. La característica de la imprescriptibilidad tiene como consecuencia la no afectación de la pretensión penal por el transcurso del tiempo respecto de tales delitos, pero tal tolerancia frente al alejamiento temporal entre el momento de comisión del hecho y el momento de su juzgamiento no puede acarrear la consecuencia adicional de que las condenas por tales delitos no deban estar regidas por las mismas reglas de certeza que la que se exige respecto de los demás, ni tampoco, que se pueda condenar sin que se sepa concretamente qué es lo que se le reprocha al imputado". En fin, que "las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho a ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa, que prevén las leyes de procedimientos (*Fallos*: 290:293; 298:308; 306:467 y

312:540, entre otros; 325:2005, considerando 11 del voto del juez Fayt *in re* 'Marcilese')".

4. Síntesis conclusiva

Hay que reconocer que la creación normativa de los delitos internacionales cometidos fuera del marco de un conflicto armado internacional fue un paso significativo en el proceso de asignación de contenido típico a conductas socialmente intolerables para los habitantes de la comunidad de naciones, logrando, de ese modo, reducir los márgenes de impunidad, así como contribuir a su prevención.

Análogo mérito exhibe la introducción del sistema convencional de protección de los Derechos Humanos al programa constitucional preservándolos de la manipulación legislativa o del azar de las coyunturas políticas. A su vez, consolidó la convicción de que la sanción penal –aún en sucesos de una gravedad extrema– no se abastece de motivaciones vindicativas y siempre debe estar precedida de un cumplimiento irrestricto de las garantías del Derecho Penal y Procesal.

Los crímenes de lesa humanidad son por todo ello imprescriptibles, entre otras razones, porque sus autores suelen contar con recursos para extender el tiempo de impunidad entre su comisión y la acción efectiva de la justicia. Tampoco los excusa la obediencia debida porque su propia naturaleza hace que ella resulte un pretexto inadmisible, ni les cabe el perdón estatal sin riesgo a que se lo obtenga de modo ilegítimo (art. 36, CN). También está permitido su sometimiento subsidiario a ser juzgados por tribunales internacionales o extranjeros, dadas las siempre probables circunstancias de que en los países de origen es el mismo Estado el que suele neutralizar o impedir la acción de los tribunales locales con competencia originaria.

Sin embargo, en todos los casos, habrán de respetarse los principios básicos sobre los cuales se ha edificado el moderno Derecho Penal. El de los crímenes de lesa humanidad es un espacio connotado por el horror que evocan, el temor a que se repitan tan traumáticas experiencias, y lo que eventualmente puedan hacer sus autores en términos probabilísticos; de allí la necesidad de advertir todo posible riesgo de deslizamiento hacia un Derecho Penal que se enfoque en la excepción o en "el enemigo", y que abandone sus principios republicanos fundacionales.

La inclusión de estos delitos en el último proyecto integral de reforma del Código Penal (2019) fue respetuosa de los límites y alcances de lo ilícito en el marco del Derecho Internacional. En particular, de la interpretación del concepto de *ius cogens*, respecto de lo cual, la principal definición positiva es la del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Así, si hubiera alguna disposición del Derecho Penal Internacional que habilite su aplicación retroactiva, ello debe ser objeto de una cuidadosa interpretación, como la que se debe hacer siempre que dos normas del más alto nivel aparezcan contradictorias. Esa idea reviste la mayor significación cuando convergen tantas fuentes de la máxima jerarquía, tanto desde el Derecho Internacional –Tratados de Derechos Humanos que consagran la irretroactividad de la ley punitiva, el *non bis in idem* y las garantías especiales del *fair trial*–, como las provenientes del Derecho Nacional, como son las normas constitucionales que limitan la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, CN) a "las condiciones de su vigencia". Es decir, cuando están alcanzados por las reservas y las declaraciones interpretativas hechas en el momento de su ratificación, y las que subordinan el carácter obligatorio a su "conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en esta Constitución" (art. 27, CN).

SISTEMA JURÍDICO DEL DELITO: UNA MÁQUINA TRIVIAL

Jorge Alberto Sandro*

Sumario: 1. Introducción. 2. El hecho: un género constitucional. 3. La construcción del hecho (persona humana). 4. La construcción del hecho (persona jurídica). 5. Epílogo breve.

1. Introducción

Más de mil setecientos años antes de Cristo, en la mítica Babilonia, se promulgó el célebre Código de Hammurabi, que fue esculpido en piedra como evidencia de la solidez y estabilidad de la ley[1]. Su prólogo declara (V.20) la intención de administrar justicia utilizando el "lenguaje del país", es decir, llano y accesible para la gente. La simpleza se nota en los 282 artículos del cuerpo legislativo, que fueron redactados –tal como sucede en las leyes penales de hoy– con la forma característica del *enunciado condicional*[2]. Por ejemplo:

> "§ 195. Si un hijo ha golpeado a su padre, se le amputará su mano.
> § 196. Si un señor ha reventado el ojo de (otro) señor, se le reventará su ojo.
> § 197. Si un señor ha roto el hueso de (otro) señor, se le romperá su hueso […]

* Director de la Especialización en Derecho Penal UCA y profesor de Teoría del Delito desde la fundación del curso.

1. Uno de los monumentos, hecho en roca diorita negra, fue hallado a principios del siglo XX y se exhibe en el Museo del Louvre (París).

2. Cfr. Lara Peinado, F., *Código de Hammurabi*, Tecnos, 2003.

§ 200. Si un señor ha desprendido (de un golpe) un diente de un señor de su mismo rango, se le desprenderá (de un golpe) uno de sus dientes".

El estilo áspero y directo garantiza el entendimiento elemental de las reglas. No es necesaria otra información, en cada ámbito vital, para que el individuo pueda saber de qué se trata y coordinar la actividad propia con las expectativas sociales imperantes.

Desde época remota esa estructura canónica "si/entonces", probablemente de origen sumerio, forma parte del acervo jurídico de la humanidad. Sobre la base de un método de comunicación sencillo los pueblos antiguos comprendían muy bien el mensaje normativo y no había necesidad de utilizar tecnicismos de un refinamiento exagerado (v. gr., normas implícitas en el texto legal [órdenes], deberes individuales provenientes del imperativo generalizado, juicio de antijuridicidad por la infracción al deber resultante de una norma esotérica, etc.).

La opinión científica que trata de recobrar el aporte de la historia estima, pues, que el *programa* del sistema jurídico es siempre *condicional* ("si/entonces") y representa uno de los grandes logros evolutivos de la sociedad[3], observación aplicable especialmente al "corpus" característico de la legislación penal.

En este aspecto, Luhmann plantea una paradoja a resolver pues, al comienzo, aludiendo a la calificación del científico Heinz von Foerster que se relaciona con el "output" de *alta predictibilidad*, asevera que el sistema jurídico en cuanto se modifica históricamente con cada operación no es una "máquina trivial"[4] y, posteriormente, dice al contrario que el programa jurídico condicional (si siempre transforma "inputs" en "outputs" de la misma forma repetitiva) se construye a sí mismo como una "máquina trivial" en contraste con la evolución temporal de la sociedad[5].

La rigidez e inmutabilidad de la fórmula desde la tradición sumeria permite aceptar la segunda afirmación. Para reforzarla, es suficiente con recordar anecdóticamente que la programación condicional fue recibida, incluso, por la *Biblia*. Mientras el Decálogo enumera

3. Luhmann, N., *Law as a Social System*, p. 197, Oxford University Press, 2004 (título en la edición alemana, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993; hay traducción española: *El derecho de la sociedad*, Herder, 2005); íd., McCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp. 45 y 54, Oxford University Press, 2003.

4. Ob. cit., p. 91.

5. Ob. cit., p. 197.

los mandamientos de Dios mediante el empleo de órdenes apodícticas ("No matarás"), de naturaleza ético/religiosa[6], el Código de la Alianza establece las leyes casuísticas utilizando la forma canónica condicional propia del Derecho (v. gr., "El que hiera mortalmente a un hombre, morirá"[7] ["*si* alguien mata a otro, *entonces* morirá"]).

La contigüidad de las reglas y la afinidad de la materia hicieron pensar erróneamente a los juristas que existe una norma de Derecho no escrita, idéntica al mandamiento divino y que la ley condicional del Estado es una mera regla sirviente destinada a portarla bajo sus pliegues. Así irrumpió la doctrina, venerada por los penalistas, que distingue la norma primaria (orden o mandato puro) de la ley o simple cláusula de castigo de la infracción (norma secundaria). El *Digesto* romano la inmortalizó con su autoridad: "La naturaleza o esencia de la ley es ésta: mandar, prohibir, permitir y castigar"[8].

La redundancia de esa estructura dio lugar a una teoría intrincada que ha convertido al sistema penal en un enigma accesible solamente –y en ocasiones con gran dificultad– a los expertos. La brecha entre la receptividad elemental del usuario y la interpretación atinente a las normas diferenciales es consecuencia del desdén hacia el texto ("opaco") de la ley y de la erudición jurídica abrumadora, que se esfuerza por ajustar las enunciaciones del legislador a su tesitura peculiar.

Si se reforma la visión del sistema penal a partir de la única norma genuina (la ley penal [condicional] del Estado), es claro que se puede desarrollar un nuevo concepto dogmático de delito definiéndolo simplemente como hecho punible ("si H/entonces P"), a partir de la relación antagónica de dos clases de reglas. La "máquina trivial" –rudimentaria pero drástica– dispone sus comunicaciones a través de:

> "(I) *normas de punibilidad* que *construyen* el *hecho* en base a todos los presupuestos estructurales de la pena, diferenciando los atributos de la persona humana[9] y de la persona jurídica[10].

6. *Éxodo* 20, 1-17; *Deuteronomio* 5, 6-21.
7. *Éxodo* 21, 12.
8. *Digesto*, Libro I, Título 3.
9. Libro Primero, Título I, CCyCN.
10. Libro Primero, Título II, íd.

(II) *normas de impunidad* que, como reglas de *colisión*, operan el 'filtro' de las normas de punibilidad y excluyen, eventualmente, la *imputación* del *hecho*".

Se trata de establecer un sistema del delito que prescinda de la "reliquia" naturalista subyacente en la definición impuesta por la doctrina y la práctica imperantes (acción+tipicidad+antijuridicidad +culpabilidad) y sea apto para neutralizar sus múltiples aporías. Un dato de aproximación es suficiente: al margen de la dificultad teórica para fundamentar la categoría independiente de la "antijuridicidad" conforme a la teoría ortodoxa de la norma (Binding)[11], es inocultable que el peldaño reservado a la "contrariedad al Derecho" carece de un contenido propio y se revela en forma *negativa* por la inexistencia de permisos o causas de justificación (No P). Pero si el tercer término del concepto es igual a No P, entonces la "antijuridicidad" no tiene soporte lógico ni sustancia verificable, es decir, no existe en cuanto presupuesto estructural del delito.

Resulta que si hay permiso (Si P) *desaparece* la "antijuridicidad" y si no lo hay (No P) sucede lo mismo en la medida en que el contenido de ilícito se adjudica al tipo legal sin otro componente autónomo (el esquema residual sería acción+tipicidad+culpabilidad=delito). Tanto cuando hay delito como en la situación inversa el casillero de la "antijuridicidad" está vacío, razón por la cual el mismo Binding tuvo que partir de una realidad irrefragable: el delincuente actúa conforme al precepto y *no infringe* para nada la ley penal imperante[12]. Su grandiosa construcción científica ha tenido que limitarse –adaptando una metáfora común– a la cacería de una ley que sí pueda ser violada para justificar el uso común del lenguaje ("[…] tiene que haber otras leyes que el agente viola con su acción"[13]).

A partir de ese razonamiento nació la norma prestigiosa pero ambigua imaginada por Binding que, en conjunción con la doctrina causalista de V. Liszt-Beling y sucedáneos, alumbró la definición de

11. Cfr. Sandro, J. A., "La norma penal: ¿enunciado prescriptivo o descriptivo?, del volumen *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo (Libro en homenaje a Eberhard Struensee)*, pp. 577 y sigs., Ad-Hoc, 2011.

12. Kaufmann, A., *Teoría de las norma*s, p. 3, Depalma, 1977.

13. Ob. y p. cits.

delito al uso. La obra de A. Kaufmann[14], contentándose en el nivel del ilícito con la capacidad final de acción y segregando la imputabilidad (hay ilícito no culpable), vino a fijar "un relativo punto medio entre la teoría de las normas de Binding y las construcciones del neokantismo"[15] que todavía subsiste.

Al despejar el elemento perturbador de la definición de delito queda sin base, adicionalmente, el recaudo de la posible "comprensión de la antijuridicidad" en cuanto presupuesto de la pena. El artículo 34, inc. 1º, CP, es coherente con ese pensamiento y provee la fórmula de la posible comprensión de la "criminalidad del acto", vinculada específicamente con el acceso cognitivo a la *punibilidad* (un acto es *criminal* si está amenazado por *pena*) y ajena a la evanescente noción de "antijuridicidad".

2. El hecho: un género constitucional

El propósito de investigar el delito en términos estrictamente normativos[16] se hace tangible con ayuda del concepto de *imputación*. Con ese lema, el *hecho* no es una simple entidad fenoménica ("*factum*") sino un estándar de atribución y, como tal, fue mentado por el artículo 18 de la Constitución Nacional ("hecho del proceso"). Allí figura la voz *hecho* como condición básica de la *pena* en la forma característica del programa "si/entonces", y esto significa que ya *a priori* es inútil todo debate sobre el genotipo de una acción u omisión particular u otras cuestiones psicológicas y antropológicas. Solo se trata de verificar si determinado comportamiento humano se imputa como *hecho* y fundamenta, consecuentemente, la *punibilidad*.

A título de ejemplo: las *acciones* privadas de los hombres no se imputan como *hecho* al protagonista (art. 19, CN) y la consecuencia de impunidad es independiente de que se aprecie el episodio como un suceso intrínsecamente causal (Von Liszt, Beling), final (Welzel), social (Jescheck), personal (Roxin) o, en fin, simplemente evitable (Jakobs). El empleo constitucional de la voz *hecho* presu-

14. Nota 12.

15. Silva Sánchez, J. M., *Normas y acciones en Derecho Penal*, p. 17, Hammurabi, 2003.

16. Que no excluye la valoración de datos cognitivos relevantes.

pone, además, que se excluye categóricamente toda manifestación del Derecho Penal de autor.

Existen otras reducciones elementales del mismo rango:

(I) Únicamente se imputan como *hecho* las acciones incriminadas por una ley previa (art. 18, CN).
(II) No se imputan como *hecho* las acciones inofensivas para terceros (art. 19, CN).
(III) No se imputan como *hecho* acciones inculpables o ajenas a la organización del sujeto (inferencia art. 18, CN).
(IV) No se puede penalizar prescindiendo del *juicio previo* (lógico jurídico) que atribuye el *hecho* al autor (art. 18, CN).

3. La construcción del hecho (persona humana)

3.1. La cuestión inicial se refiere al *sujeto* del *hecho* y su competencia para poner en tela de juicio la vigencia de la norma, entendida funcionalmente como el aseguramiento o la estabilización contrafáctica de expectativas en el sentido de la obra de Luhmann[17] y de esta investigación.

Nadie discute que se trata, esencialmente, de la persona humana (sistema psicofísico) que opera en el entorno de la sociedad y del subsistema jurídico. En este aspecto quedan desde el comienzo fuera de la imputación los protagonistas de un acontecimiento *inevitable*[18]. Es *inevitable* aquello que el individuo física o cognitivamente no puede impedir que suceda y *evitable*, en cambio, es lo asequible al dominio o control del actuante. El comportamiento es *evitable* si el individuo tiene la alternativa práctica o instrumental de decidir por "sí" o por "no" frente a la situación[19] y, en ese caso, la decisión da lugar a un *hecho*. El movimiento o la inactividad corporal *inevitables*, al contrario, no se imputan (son naturaleza).

La *inevitabilidad física* se produce por la existencia de fenómenos que excluyen el dominio sobre el cuerpo humano (estado de

17. Ob. cit., capítulo 3.

18. Aunque con diferencias sistemáticas, ver Pawlik, M., *Ciudadanía y Derecho Penal*, pp. 138 y sigs., ed. Atelier, 2016.

19. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Libro Tercero, 1113-a/1113-b.

inconsciencia[20], fuerza física irresistible[21]). La *inevitabilidad cognitiva* es consecuencia, por su parte, del error *de hecho* no imputable[22] que no se limita al ámbito fáctico y –de acuerdo al texto literal– excluye el *hecho* canónico en cuanto impide –mediata o inmediatamente– comprender la criminalidad del acto[23].

Queda como saldo un primer axioma legal: lo *inevitable* no se imputa.

3.2. Tampoco es sujeto apto para la imputación el comúnmente denominado *inimputable*, sea que la categoría responda a la insuficiencia/alteración morbosa de las facultades que impide comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones (art. 34, inc. 1º, CP) o se refiera, por otra parte, a las reglas de la minoridad penal.

Temprano había notado Hobbes que:

> "La ley no rige sobre los insensatos naturales, ni sobre los niños, ni sobre los locos, de igual manera a como tampoco rige sobre las bestias irracionales. A estos seres no puede tildárseles ni de justos ni de injustos […], todo hombre que, debido a alguna circunstancia de la que él no es culpable, ha sido privado de los medios para conocer alguna ley en particular, estará excusado si no la observa; de hecho, y para hablar con mayor propiedad, esa ley no será una ley para él"[24] .

En términos funcionalistas, es correcto decir que el autor del *hecho* punible ha de ser un sujeto con el cual se pueda establecer comunicación y los *inimputables* no tienen acceso, por desconexión o presunción legal, a ese nivel interactivo[25]. Ergo, el comportamiento del *inimputable* no se atribuye como *hecho* por incapacidad del sujeto; de ese modo, las premisas de medidas de seguridad así como la competencia del juez penal para imponerlas requieren una regulación prospectiva independiente[26].

20. Art. 34, inc. 1º, CP.
21. Art. 34, inc. 2º, CP.
22. Art. 34, inc. 1º, CP.
23. Se trata de una *clase única de error* omnicomprensivo de todas las categorías tradicionales (error de tipo, de justificación, de prohibición).
24. *Leviatán*, pp. 219/220, Alianza Editorial, 1996.
25. Cfr. Lesch, H., *El concepto de delito*, pp. 244, Marcial Pons, 2016.
26. Lesch, ob. cit., p. 246.

3.3. Despejada el área inicial de impunidad hay que atender a los casos de comportamiento *evitable*, que sí se imputan como *hecho*.

En este punto cabe una advertencia previa. La teoría dominante establece una distinción categórica entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo del delito; sin embargo, la opinión defendida pretende la aceptación de un tipo total (*hecho*) formado por la *simbiosis* operativa entre los componentes que son objeto del juicio de *imputación*. Otra vez como ejemplo: el principio jurídico de confianza, que comúnmente excluye la imputación objetiva, se convierte en desconfianza cuando el sujeto *conoce* o al menos le resulta *cognoscible* el proceder inadecuado del partícipe en la actividad común. Pues bien, en definitiva, no se trata de un juicio exclusivamente objetivo y ha de admitirse la necesidad de computar los datos cognitivos existentes. Sin duda, es correcta la tesitura de Frister, quien admite que el enjuiciamiento del riesgo de esta situación deviene, al fin, "en un problema del tipo subjetivo"[27].

Se demuestra de ese modo que el juicio de imputación presupone la evaluación simultánea y conjunta de datos objetivos/subjetivos en la medida que lo reclame la regulación. En ocasiones, el dato cognitivo es relevante, pero en otras, innecesario, y la tarea de desbrozar el objeto de referencia del juicio es el problema intrincado del jurista. Con ese método se ha de resolver la fuerte controversia sobre el cómputo o rechazo de los *conocimientos especiales* en la doctrina de la *imputación*.

3.4. Tal como se ha dicho, el *hecho* queda determinado por adición de los elementos propios de la *norma de punibilidad* y la resta o sustracción de los casos de *impunidad*. La exposición atiende, por su significado particular, a los delitos de resultado y conviene decir que la noción del *hecho* es común a los delitos de comisión y de omisión, al igual que a los delitos dolosos o imprudentes.

3.4.1. Al comenzar la tarea se constata la *subsunción formal*, esto es, la correspondencia *prima facie* entre una acción u omisión determinada y la descripción abstracta del texto legal a partir de su núcleo característico (verbo). Luego, hay que abordar la temática de la *relación de causalidad* con el resultado que introduce la pri-

27. Frister, H., *Derecho Penal*, p. 217, Hammurabi, 2011.

mera complejidad del sistema. El repertorio nutrido de teorías sobre la causalidad parece haber decantado a favor de la doctrina de Engisch, cuya fórmula requiere que una conducta sea seguida por modificaciones sucesivas en el mundo exterior que estén ligadas entre sí y con el resultado en una secuencia acorde a leyes empíricas (de la naturaleza)[28]. Vale también para la omisión, con cierta variante: "[…] si un hacer positivo, por sí solo o en unión con otro hacer, es apropiado para evitar la producción del resultado típico [lo 'habría impedido'], entonces, existen relaciones ajustadas a la ley entre aquél y la no producción del resultado respectivo". Por inversión lógica, la omisión del hacer positivo es causal del resultado, con el aditamento de la jurisprudencia del tribunal alemán (RG), en cuanto a que la hipótesis de la evitación del resultado ha de acreditar una probabilidad rayana en la certeza[29].

Desde el punto de vista práctico, la investigación sobre la causalidad comienza *ex post* cuando el suceso está agotado y cubre, en retroceso, desde el *corpus delicti* a todos los eslabones fácticos de la cadena. Como la causalidad es infinita, el retroceso debe terminar cuando se topa con una situación de riesgo permitido y cesa su utilidad técnica.

Segundo axioma legal: lo que no es *causal* no se imputa.

3.4.2. El análisis prosigue con otro elemento constitutivo de la *norma de punibilidad*: la frustración de expectativas. Es una consecuencia del principio de lesividad (art. 19, CN) que viene objetivada por una *relación de riesgo* variable según la evolución social y la necesidad de administración descentralizada.

Las conocidas reglas de la teoría de la imputación objetiva dicen, en interpretación funcional estricta, que una acción u omisión se imputa como *hecho* (frustra expectativas) si –además de la relación de causalidad– se ocasiona un aumento jurídicamente desaprobado del riesgo que explica el resultado concreto. El estándar de la *competencia* como solución general de *imputación*, introducido por Jakobs[30], fue desarrollado más recientemente por Pawlik, al deter-

28. Engisch, K., *La causalidad como elemento de los tipos penales*, pp. 49/50, Hammurabi, 2008.

29. Ob. cit., pp. 63/64.

30. Específicamente, Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Editorial Civitas, 1996.

minar a ese efecto con sumo cuidado la *infracción de competencias* del ciudadano[31], con la correcta salvedad de que las causas de justificación se incorporan "como un reflejo especular en el sistema de las tipologías de competencias"[32] y "el divorcio entre el tipo y la antijuridicidad […] no tiene ningún significado genuinamente sistemático en la teoría del delito"[33].

Por tanto, entran en juego con sentido inverso, para excluir la *imputación*, no solamente los casos de riesgo estereotipado ("común de la vida") o las conductas neutrales. Tras adaptar la enunciación de Lesch[34], tampoco se imputan como *hecho* los casos de:

a. Competencia del Estado: cumplimiento de un deber, legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo (art. 34, inc. 4º, CP).
b. Competencia de la víctima: legítima defensa (art. 34, incs. 6º y 7º CP [responsabilidad por la agresión u "ocasionamiento"]), estado de necesidad (art. 34, inc. 3º, CP [carga de solidaridad por diferencia de intereses]) y estado de necesidad extraordinario (art. 34, inc. 2º, última regla CP [inexigibilidad al inocente en una comunidad de riesgo][35]).

Las cláusulas enumeradas no son más "permisos" o "causas de justificación" porque la "antijuridicidad" –reitero– no ostenta categoría sistemática. Igual sucede, por último, con lo atinente al peldaño de la "culpabilidad"[36] cuyas demandas se diseminan entre el régimen del *error inevitable* (§3.1), la exigencia de *imputabilidad* (§3.2B) y la adjudicación del estado de necesidad extraordinario a la casuística de exclusión del *hecho* (*ut infra*), así que no necesita el sitial autónomo sacralizado por la doctrina tradicional.

Resultado: en la desaprobación del riesgo está localizado el momento de *infracción al deber* que integra el *hecho* cometido por el

31. Pawlik, M., ob. cit., pp. 81 y sigs.
32. Ob. cit., p. 104.
33. Íd., p. 106.
34. Ob. cit., p. 287.
35. El estado de necesidad extraordinario tiene que ser interpretado *restrictivamente* porque además de la paridad de las expectativas individuales en pugna se trata, en última instancia, de una concesión a la ley del más fuerte (v. gr., tabla de Carnéades).
36. Irrenunciable como presupuesto de la pena.

autor ("causa libera")[37] y comunica la condición ("si") del *ilícito* o *delito.* Casi es innecesario decir, contra viento y marea, que no se admite un *hecho* inculpable.

Tercer axioma legal: lo que no está *en relación de riesgo* (desaprobado) no se imputa.

3.4.3. La obra primordial de Jakobs[38] actualizó la noción de *evitabilidad* e impuso el tratamiento de sus *formas* características: *dolo* o *culpa*, cuestión particularmente problemática en nuestro país porque el Código Penal argentino no utiliza literalmente el primer nombre ni se refiere a la naturaleza o límites de ambas tipologías (¿son distintos tramos de un continuo?). Una doctrina abrumadora ha tratado de descifrar la incógnita con resultado incierto[39].

La búsqueda de una respuesta (*a contrario sensu*) por vía del déficit de conocimiento muestra que el artículo 34, inc. 1º, CP, soluciona únicamente el caso del *error no imputable* (*inevitable*) y deja abierto al intérprete el caso de *error evitable* que la ciencia y la legislación comparada suelen aplicar para excluir el dolo y condenar por culpa; además, la declaración de impunidad de la cláusula no se refiere a la incomprensión efectiva de la criminalidad del acto[40] y baja el umbral eximiendo al sujeto que "no haya podido" comprenderla (aptitud potencial). En un aspecto, el déficit normativo advierte sobre la necesidad de un tratamiento integral de *lege ferenda* y, en otro, deja libre por el momento un sistema elástico del error que no adscribe el dolo inexorablemente al conocimiento perfecto tal como sucede, verbigracia, en el Código Penal alemán (StGB, §16 [1]).

La regulación disponible deja un amplio margen para el debate en relación al abordaje del tema (si más o menos *normativo*) y la diferenciación de tres grupos relevantes: el símbolo clave del dolo, la comúnmente resistida "ceguera frente a los hechos" (¿*dolus indirectus*?) y la culpa o imprudencia.

37. Kant, I., *Metaphysik der Sitten*, Einleitung (Introducción), IV [227-30].

38. Jakobs, G., *Derecho Penal*, pp. 168 y sigs., Marcial Pons, 1997.

39. Referencias eruditas en Puppe, I., *La distinción entre dolo e imprudencia*, Hammurabi, 2010 y Pérez Barberá, G., *El dolo eventual*, Hammurabi, 2011.

40. Cualquier clase de error culmina con tal referencia (p. ej., el llamado "error de tipo" impide, mediatamente, "comprender la criminalidad del acto").

4. La construcción del hecho (persona jurídica)

La fuerte influencia de la doctrina tradicional ha puesto en tela de juicio, desde antaño, la penalización de las personas jurídicas con el argumento –obvio, pero inaplicable a la tipología– de que las entidades no son capaces de *acción* o de *culpabilidad* en la forma característica de la persona humana (sistema psicofísico). La propuesta de un nuevo concepto de programa condicional (*no* directivas de conducta) y de delito (frustración de expectativas [punible]) permite reducir la crítica que, en buena medida, ha tenido coto en el país tras la promulgación de la Ley Nº 27.401 (responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas).

El sistema de la *organización* ejecuta sus operaciones cerradas ("autopoiesis") y permite construir un concepto particular de *hecho propio* del colectivo que se relaciona funcionalmente con el *hecho* del órgano, representante o tercero (Ley Nº 27.401, art. 2º) y habilita la *punibilidad* de todos los partícipes. Para comprenderlo, es necesario un ejemplo simple: supóngase que el presidente (persona humana) de una compañía (persona jurídica) decide sobornar al funcionario que le asegura el triunfo en una licitación de obra pública y obtiene el dinero para la compra de ese favor del giro de la empresa, urdiendo la existencia de un proveedor irreal que incrementa el costo de la prestación.

Nadie negaría, entonces, que

"(I) En la licitación interviene la empresa con su nombre y en su interés o beneficio (Ley Nº 27.401, art. 2º)[41].
(II) Tramita la licitación con su estructura de negocios.
(III) La ejecución de la obra corresponde a su objeto social.
(IV) La empresa paga el soborno con dinero de su patrimonio.
(V) Y es adjudicataria de la licitación fraudulenta.
(VI) La empresa recibe el sobreprecio pactado por la obra".

Conclusión, la *intervención* societaria anómala configura el *hecho propio* de la persona jurídica y la convierte en responsable. Al mismo tiempo, los aportes *objetivos* de la persona humana y de la persona jurídica se imputan recíprocamente a partir de un *acopla-*

41. Sobre los detalles, Yacobucci, G., *La empresa como sujeto de imputación penal*, Thomson Reuters, cita *on line* AR/DOC/3034/2017.

miento operativo basado en la sincronicidad de cada sistema y su entorno, que es posible mientras dura el evento[42]. El acople indica que los dos sistemas toman parte en la ejecución del *hecho* (art. 45, CP) y conforman una variedad de *coautoría funcional* que habilita la penalización, aunque el ejercicio de las acciones sea independiente (Ley Nº 27.401, art. 6º).

Una aclaración final. La polémica sobre la *imputación subjetiva* y la *culpabilidad* de la persona jurídica, que conduce al repetido factor sustituto del "defecto de organización", es completamente inútil. Si debido a los "límites ontológicos de la construcción jurídica de los conceptos" no se puede atribuir a las entidades "autoconciencia y libertad"[43], resulta inadmisible cualquier queja por la falta de determinados estamentos del delito que la naturaleza de las cosas ha excluido de la personalidad jurídica diferenciada[44].

La difundida identidad "defecto de organización= culpabilidad" de la persona jurídica es desafortunada y no corresponde al texto legal argentino. Si así fuera, la "organización inobjetable" debería eliminar *per se* la punibilidad, efecto que recién se produce con el aditamento de la denuncia espontánea originada en investigación propia y la devolución del beneficio indebido (Ley Nº 27.401, art. 9º). Las fallas de organización ponen de resalto, en cambio, el contenido material del ilícito corporativo y por ello son contempladas como agravantes de la pena (Ley Nº 27.401, art. 6º: "incumplimiento de reglas y procedimientos internos", "omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes")[45].

5. Epílogo breve

La preferencia adjudicada a un nuevo sistema de *norma* y *delito* que asume la osadía de subvertir la doctrina secular corresponde, so riesgo de discurrir anacrónicamente, al primer precepto del Discurso de Descartes. El conocimiento de la verdad se adquiere mediante *evidencia* y el juicio pretende que se estime falso

42. Luhmann, N., ob. cit., p. 381.
43. Silva Sánchez, J., volumen cit., p. 82.
44. CCyCN, art. 143.
45. Cfr. Yacobucci, G., ob. cit.

lo que es dudoso, baremo que la tendencia conservadora está lejos de cumplir.

La reflexión del filósofo orienta la actitud que permitirá al jurista erradicar, en el futuro, la resistencia del sistema penal vigente.

REFLEXIONES EN TORNO A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO SOCIOLABORAL. BALANCE, TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS

Esteban Carcavallo*

Sumario: 1. Consideraciones iniciales. 2. El carácter tutelar como esencia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 3. Planteo de la necesidad de un cambio de contenidos y de las notas esenciales del Derecho del Trabajo. 4. Planteo de la necesidad de cambios en las prestaciones de la seguridad social y del modo de financiamiento de las mismas. 5. Los hechos, la realidad y el Derecho. 6. Tendencias y nuevos paradigmas. 7. Consideraciones finales.

1. Consideraciones iniciales

Siempre un aniversario es una ocasión propicia para realizar un balance de hechos y acontecimientos que han tenido lugar; y también para evaluar desde dónde posicionarse para el futuro inmediato. El que ahora nos convoca –al haber cumplido la Editorial El Derecho sus primeros sesenta años de existencia– motiva la publicación de este Libro, al que nos complace sumar nuestro aporte, desde el campo del *Derecho del Trabajo* y también con relación al *Derecho de la Seguridad Social.*

Ambas disciplinas vienen siendo abordadas en todos los aspectos, materias y temáticas que las componen, desde la *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* –muchas veces mencio-

* Director de la *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, de El Derecho.

nada por lectores, suscriptores, docentes, magistrados, por sus siglas, "TySS"–, producto de la Editorial El Derecho, fundada en el año 1973, y que tuvo como primer director –y orientador de contenidos que aun hoy seguimos quienes formamos parte de la misma– al Maestro Mario Deveali, destacado *iuslaboralista,* cuyos estudios, investigaciones, enseñanzas, así como el acabado conocimiento que poseía acerca del derecho comparado, han tenido amplia difusión en nuestro medio a lo largo de los años.

Si quisiéramos reseñar lo acontecido en el país y en el mundo durante estos sesenta años de vida de la *Editorial* –que por cierto no ha sido poco–, excederíamos largamente las dimensiones asignadas para este capítulo, y quizá, el objetivo dado a esta publicación por parte de aquella.

Por lo que nos limitaremos a realizar, en apretada síntesis, una suerte de semblanza de lo acontecido en el campo sociolaboral, pero ceñido a nuestro país, cuyo trajinar ha sido intenso y marcado por situaciones de prolongadas crisis. Para luego esbozar lo que entendemos resultan ser hoy –y desde hace varios años– *tendencias* que quizá debieran ser computadas por futuras reformas legislativas; junto a los *desafíos* que se plantean desde el campo de la producción de bienes y de servicios a causa del ascendente avance tecnológico.

2. El carácter tutelar como esencia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

2.1. Para poder visualizar hacia dónde estamos dirigiéndonos –y entender cómo podría caracterizarse al trabajo del futuro– habría que comenzar por remontarse a los principios que inspiraron a ambas ramas del Derecho, en sus respectivos orígenes. Precisamente fue Deveali[1] quien, al analizar la trayectoria y destino del Derecho del Trabajo, consideró que un examen retrospectivo de sus distintos institutos permite prever o entrever, con algún grado de fundamento, cuáles serán sus protecciones futuras.

Sabemos que la llegada de la *máquina* desencadenó la primera Revolución Industrial durante la segunda mitad del siglo XVIII, y

1. Deveali, Mario, citado en *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*, por Brito Peret, José; Goldín, Adrián e Izquierdo, Roberto, T. I, p. 89, Editorial Astrea, 1983.

que, en medio de la multiplicación de posibilidades productivas, tuvieron lugar desequilibrios, inequidades e injusticias, en ausencia de un marco regulatorio, tendiente a proteger a quienes llevaban a cabo las tareas por cuenta de otros. Nació así el Derecho del Trabajo, cuyo fin esencial fue resguardar la dignidad, la salud y la libertad de quienes trabajaban en relación de dependencia. Pero su consolidación como rama jurídica en el mundo, y en nuestro medio, vino a darse después de la Segunda Guerra Mundial, a partir de 1945, dando inicio a un largo período en el que vieron la luz distintos marcos normativos destinados a regular los aspectos individuales y colectivos que lo componen.

2.2. Desde nuestro país, si bien ya se contaba con legislación protectoria desde comienzos del siglo XX –en cabeza de la Ley Nº 4.661, que estableció el Descanso Dominical (1904), impulsada por Joaquín V. González y Alfredo Palacios; seguida luego por la Ley Nº 9.688 de Accidentes de Trabajo (1915)[2]; por la Ley Nº 11.544 de Jornada de Trabajo (1929) y por la Ley Nº 11.933, que estableció la Licencia por Maternidad (1934)–, en 1943 surgieron otros cuerpos normativos, como la regulación de la negociación colectiva, a través de la Ley Nº 14.250 (1953); y el primer marco regulatorio de las asociaciones profesionales de trabajadores. En medio de todo ello, se vio corporizada desde 1943 la autoridad administrativa del trabajo en el orden nacional, iniciando así una etapa de consolidación permanente hasta nuestros días, ampliándose el espectro desde que las distintas provincias –comenzando por Buenos Aires en 1987– se dieron su propia organización en la materia.

Las referidas normas del trabajo se vieron modificadas varias veces a lo largo del tiempo y al compás de marchas y contramarchas signadas por sucesivas crisis institucionales, políticas, económicas y sociales, que atravesaron nuestra historia contemporánea; pero como hito fundamental, tuvo lugar en 1974 la consolidación y condensación de los derechos individuales del trabajo en un cuerpo normativo, a partir de la sanción de la Ley Nº 20.744, la que también fue objeto de varias reformas parciales posteriores.

2. En realidad, consideramos a la reparación de las contingencias del trabajo como un subsistema de la seguridad social, carácter que le fue reconocido explícitamente recién desde la Ley Nº 24.557 de Riesgos del Trabajo (1997).

Otro evento trascendental fue la modificación sustancial, en 1997, del régimen de reparación de los infortunios causados por el trabajo, pasando a quedar en manos de entes privados con la supervisión del Estado, el que se mantiene en la actualidad, tras diversas reformas que recayeron sobre el esquema indemnizatorio.

2.3. No podemos dejar de mencionar ciertos eventos que tuvieron lugar a nivel global, con fuerte incidencia en la economía y con obvio impacto en el campo laboral. Nos referimos a la llamada *crisis del petróleo*, desatada en 1973, que generó cierta inflación y desempleo en el mundo, dando lugar a un conjunto de medidas de emergencia que llevaron a atenuar el estándar de protección dado al dependiente, y que se tradujeron con el tiempo en lo que se dio en llamar la *flexibilización* del Derecho del Trabajo, expresión ésta que se vio luego estigmatizada en muchos países y regiones.

Seguido a ello, y superada esa coyuntura económica global, tuvo lugar la creciente irrupción de la tecnología, de la mano de los avances científicos que la generaron, dando paso a la informática, a la computación, la robótica y más recientemente, en los últimos veinte años, a tecnologías aplicadas a la información y la comunicación.

El avance tecnológico con influencia en el campo de la medicina se tradujo en una mayor expectativa de vida, resultado que –subrayamos– obligará a los Estados a rediseñar las prestaciones de sus sistemas previsionales, cuidando del necesario financiamiento de los mismos, para atender a lo que puede augurarse como más prolongados ciclos de vejez fuera de la vida laboral activa.

También la mayor productividad a que dio lugar el uso de tecnologías ha tenido obvio impacto en el medio ambiente, provocando el incremento de emisión de gases, el surgimiento de nuevas potencias industriales, la globalización de la economía y el surgimiento de los procesos de integración regionales.

Tales cambios y transformaciones han recaído en la forma de producir bienes y servicios, motivo por el que no cabe esperar que, en medio de todo ello, el *trabajo*, tal como lo conocemos hoy, permanezca inalterable, al igual que el marco jurídico normativo que lo regula y tutela. Es precisamente este el punto que abordaremos luego.

2.4. Nos enseña Etala[3] que la expresión "seguridad social" fue acuñada por Simón Bolívar en 1919, cuando aludía a lo que debe producir un sistema de gobierno perfecto, en relación a la felicidad de los pueblos. Apuntamos que, desde una perspectiva que convalidamos, y en línea con lo preceptuado por nuestra Carta Magna, recae en los Estados la manda de dispensar lo necesario a través de recursos financieros y de políticas activas, como para atender a las contingencias de la vida, por las que atraviesen las personas humanas, identificadas en el último párrafo del artículo 14 bis de aquella.

Es por ese motivo que el *Derecho de la Seguridad Social* adquiere naturaleza *pública* y supone una responsabilidad colectiva, con un espectro más amplio que el que cabe al *Derecho del Trabajo*, dado que está destinado a las *personas humanas* en general, y no a un determinado segmento o colectivo, como pudiera ser el que nuclea a trabajadores dependientes.

Entre los hitos fundamentales que tuvieron lugar en esta materia y con relación a los institutos regulados por nuestro ordenamiento legal, podemos encontrar los siguientes:

- En 1970 entró en vigencia la Ley Nº 18.610, que vino a corporizar en ella la regulación de la asistencia médica a trabajadores dependientes y jubilados, hasta entonces regidos por un conjunto de regímenes diversos; fue un primer sistema ordenador, teniendo entre los prestadores de los servicios médico-asistenciales a las asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial; es esto, sin duda, un dato que asigna una particularidad al sistema que nos rige, que lo distingue en todo sentido de los que se verifican en los demás países; sin variar en su esencia, dicha norma fue modificada en 1980 (Ley Nº 22.269) y en 1989 (Ley Nº 23.660).

- Otro paso relevante fue la sanción de la Ley Nacional de Empleo Nº 24.013, en 1991, por medio de la cual cobró vida un sistema de prestaciones por desempleo caracterizado como "seguro social".

- Más profunda aún resultó la reforma del esquema de prestaciones previsionales, dando lugar al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) implementado por la Ley Nº 24.241 (1993) que como novedad trascendente integró, al entonces existente sistema de reparto, un régimen de capitalización individual a través

3. Etala, Carlos Alberto, *Derecho de la seguridad social*, Editorial Astrea, 2000.

de entes privados (administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones).

- Este último perduró hasta el abrupto final que tuvo en diciembre de 2008, por medio de una iniciativa del Poder Ejecutivo que, en fugaz trámite parlamentario, dispuso la liquidación de esos entes y dejó exclusivamente en manos del Estado la administración de las cotizaciones y del pago de jubilaciones y pensiones (hoy Sistema Integrado Previsional Argentino - SIPA).

- No menor trascendencia tuvo la modificación del régimen de reparación de los infortunios del trabajo, al que referimos en el último párrafo del apartado 2 que antecede, y que, desde nuestra perspectiva, cabe mencionar entre las prestaciones de la seguridad social.

- Otra relevante modificación tuvo lugar respecto de la atención de las contingencias de carga de familia, al eliminarse las llamadas cajas de subsidios familiares, sustituyéndose el régimen de la Ley Nº 18.017 (1968) por la Ley Nº 24.714 (1996) que, aún con modificaciones, rige hasta hoy.

2.5. Nos hemos limitado a realizar una apretada reseña de lo acontecido en ambas ramas del Derecho, prescindiendo de toda consideración y del análisis crítico que los apuntados cambios merecerían, tanto en lo que respecta a las razones que los inspiraron, como a los resultados que mostraron en la práctica. Pues ello requeriría de una medulosa referencia hacia múltiples causas, lo que excedería los límites y objetivos que nos trazamos para desarrollar este capítulo. Solo agregaremos que dichos cambios legislativos estuvieron precedidos de una compleja realidad económica y social, que en buena medida hoy perdura, y que dio lugar a recurrentes crisis de esa índole y también políticas que llevaron, primero, a un proceso hiperinflacionario, y entre 1989 y 1991, a una reforma estructural del Estado, de sus entes, organismos y empresas.

Insostenible situación que condujo a un desborde fiscal, y a la consiguiente eliminación de entes, organismos y empresas, atento el alto nivel de erogaciones que demandaban, derivando en la necesidad de incorporar, al sector privado, la tarea de brindar servicios públicos, atender a las prestaciones jubilatorias y al pago de la reparación de los infortunios laborales, entre otros menesteres.

Durante los últimos sesenta años, acontecimientos jurídicos, económicos y sociales como los resumidos, y las apuntadas transformaciones a que dieron lugar, se vieron a cada momento reflejados

desde las páginas de nuestra *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, a través de calificados doctrinarios, que analizaron el contenido y las posibles implicancias de los regímenes creados, muchas veces contemplando para ello la experiencia comparada.

3. Planteo de la necesidad de un cambio de contenidos y de las notas esenciales del Derecho del Trabajo

Identificamos al menos tres circunstancias que explican la necesidad de adecuar el marco jurídico normativo laboral con el que contamos en nuestro país, a las nuevas realidades productivas, y también socioculturales.

3.1. La primera de ellas tiene que ver con las *particularidades* que se verifican en nuestro medio, a partir de la matriz legislativa de tinte corporativista, que fuera adoptada a mitad del siglo pasado, y mantenida a rajatabla por parte de gobiernos de distinto signo político, y tanto de facto como de *iure.* En el campo de las relaciones colectivas esta circunstancia se pone de manifiesto con un sesgo autoritario, a partir de un exceso de tutela hacia la representación sindical, con prerrogativas que afectan el necesario equilibrio negocial colectivo.

Todo ello, como parte de un modelo de *unicidad promovida* desde las sucesivas legislaciones en la materia, por lo que esa negativa particularidad perdura hoy, viéndose reflejada en convenios colectivos centrales y de gran alcance, nacionales y por actividad, en detrimento de otras modalidades, más cercanas a la realidad productiva, como resultan ser los convenios de empresa; y también alejadas de las realidades de empresas medianas, pequeñas y de microemprendimientos. Resultado de ello es la parálisis y el anquilosamiento de la negociación colectiva, que además contribuye a la ultraactividad de los dispositivos convencionales, que suelen disociarse de la realidad, la que no suele demorar en mostrarse de un modo o de otro y de golpear a los sujetos de la relación de trabajo.

Con respecto al *derecho individual del trabajo*, también viene demostrando a diario la inconveniencia de ciertos dispositivos; el cuerpo normativo creado en 1974 luce desajustado frente a una nueva realidad productiva, que, entre otras incidencias, lleva a modificar la geografía del lugar de trabajo a partir de la masiva incorporación de tecnologías de la comunicación que permiten prestar tareas a distancia de modo

constante; requiere de la revisión de determinados principios tutelares que deben ser armonizados con las necesidades de hoy; al igual que los alcances de la extensión de la responsabilidad en todas sus facetas, comenzando por las cuestiones ligadas a la cadena de valor y a los contratistas, subcontratistas y proveedores que la componen.

Y dicha legislación necesariamente debería receptar la perspectiva de género, la diversidad, la problemática de los cuidados de menores y adultos, teniendo en cuenta, para todo ello, el rol de la mujer en el mundo del trabajo y la conformación de la familia, a partir de nuevos derechos civiles.

El necesario *aggiornamento* de tales dispositivos debe darse sin mengua de la esencia tutelar que cabe asignar al Derecho del Trabajo, siendo aquella su razón de ser; pero abriendo paso a nuevas reglas que recepten las actuales condiciones y modalidades de desempeño, las que quedarán bajo un manto protectorio quizá de distintos matices y alcances.

3.2. La segunda razón está dada por la alteración de las relaciones de producción, potenciada por la *inserción de tecnología*, que afecta no solo el trabajo aportado por el dependiente, sino también a la organización y dimensión que el empleador debe dar a su emprendimiento.

En tales condiciones, el *trabajo humano* aplicado a una organización productiva no puede quedar o permanecer pétreo e inmutable, frente a cambios que transforman al propio emprendimiento en cuyo ámbito aquel se brinda. Y es esto lo que en realidad ha venido ocurriendo a lo largo del tiempo, pues la tecnología –resultado de la actividad creativa del ser humano– se puso de manifiesto al promediar el siglo XVIII y se ha mantenido de modo invariable y ascendente en cuanto a las mejoras que aportó a la producción de bienes y de servicios, llevando a la humanidad a transitar ya por cuatro ciclos denominados como "revoluciones industriales", la cuarta y última de ellas, desde los primeros años de este siglo XXI.

Por ese motivo, los bienes que consumimos y adquirimos hoy –alimentos, automóviles, muebles, indumentaria, teléfonos, etc.– no son los mismos que teníamos disponibles diez, treinta o cincuenta años atrás; ni resultan ser similares a los que antaño usaban nuestros mayores. Quiere decir con ello que, en el curso de los años, la sucesiva incorporación de tecnologías y como resultado de ellas, de funcionalidades, ha tenido lugar la transformación de los bienes manufacturados,

contribuyendo a modificar los hábitos de consumo de las sociedades. Algo que consideramos como irrefrenable e inmodificable, sin que se verifique, hasta el momento, dato o demostración de lo contrario.

Estas casi obviedades deben ponerse de relieve para llegar a comprender definitivamente que la tecnología en sus distintas manifestaciones y rostros llegó de la mano del trabajo humano –porque es resultado del mismo–, en el siglo XVIII, para quedarse definitivamente, no de modo estático e inmutable, sino que los avances vienen siendo continuos y constantes.

¿O es que desearíamos hoy prescindir de ella, si es que fuera posible? ¿Acaso podemos rehusarnos a aplicar conocimientos e investigación para obtener y alcanzar nuevas invenciones o mejoras a las existentes? ¿Nos conformamos como sociedad a continuar viviendo sin el aporte de lo nuevo? A todas estas preguntas, desde nuestra percepción de las cosas, respondemos negativamente, porque el conformismo no es parte de la esencia humana, demostrando lo contrario el devenir histórico.

Tampoco podemos ignorar la constante convivencia y retroalimentación que se verificó a lo largo doscientos cincuenta años, entre lo establecido y lo nuevo, habiendo contribuido la tecnología a agregar valor y a potenciar lo preexistente.

3.3. La tercera razón tiene que ver con los *cambios socioculturales* que también de modo continuo, a lo largo de los años, han tenido lugar. Por ejemplo, a partir de los nuevos hábitos de consumo, que pueden ser resultado de productos novedosos, o simplemente, por el cambio de usos, costumbres u otros factores de raigambre cultural. Vaya como ejemplo de esto último, la apertura casi irrestricta de comercios en días inhábiles, para atender la creciente demanda de productos y de servicios –motivada por nuevas pautas de consumo– en horarios que cuarenta años atrás, no más, eran considerados desde la perspectiva de la fuerza de trabajo como de descanso, incompatibles con la realización de tareas.

Y otros patrones culturales recientemente adquiridos vienen siendo resultado de la formidable inserción de la mujer en el mundo del trabajo, que modificó su rol en el ámbito familiar. O bien, como consecuencia del reconocimiento normativo de nuevos derechos que modifican las instituciones civiles y la conformación de la familia y del matrimonio, datos de la realidad que, junto a la posibilidad de

cambio de género, deben atenderse desde el campo de las relaciones del trabajo, en el que tendrán indudable impacto.

4. Planteo de la necesidad de cambios en las prestaciones de la seguridad social y del modo de financiamiento de las mismas

Las mismas razones que llevan a aconsejar cambios al Derecho del Trabajo, y a los cuerpos normativos que lo contienen, se replican respecto de la Seguridad Social.

Al comienzo, comentamos que la ciencia médica, como resultado de las tecnologías aplicadas a la investigación, ha generado respuestas y tratamientos para un sinnúmero de patologías, permitiendo a los pacientes sobreponerse a muchas de ellas, todo lo cual, sumado a otros factores colaterales como una mayor concientización acerca del cuidado de la salud y de la búsqueda de mejor calidad de vida, ha redundado en un alargamiento de la misma, que varía según el grado de desarrollo de los países, pero que, en definitiva, en más o en menos, viene consolidándose desde mediados del siglo XX.

Esto obliga a repensar las prestaciones tradicionalmente otorgadas para la vejez, ciclo que se verá extendido en función de la prolongación de la vida biológica. Y al mismo tiempo, se debe procurar que la mencionada situación no impacte en el financiamiento de los sistemas jubilatorios, debería prolongarse la vida laboral activa, que, en la mayoría de los países, hoy concluye en la edad de 60 las mujeres y 65 años los varones. De lo contrario, en pocos años más será insostenible la financiación de los sistemas, ante el crecimiento exponencial que tendría el colectivo de personas en pasividad frente a la masa de aportantes activos, que en muchos países, como el nuestro, luce reducida a causa de la falta de crecimiento del empleo formal –combinado esto con elevada informalidad– desalentado esto en mérito a un conjunto de desequilibrios macroeconómicos de carácter estructural.

Dejando de lado dichas particularidades, hacemos estas advertencias, aun sabiendo que muchos países tienen una consolidada y acendrada cultura del ahorro, además de disciplina fiscal, lo que viene permitiéndoles solventar con éxito las prestaciones de sus respectivos sistemas. No es ese el caso en nuestro país, que carece de ambas cualidades, por lo que la situación sería aún más grave, resultando, en los hechos, compleja la sostenibilidad del sistema previsional, causada, además, y desde hace largo tiempo, por una

autoinfligida litigiosidad, al dejar de pagar el Estado haberes dignos y acordes con el ritmo inflacionario; y omitiendo cumplir con las sentencias judiciales firmes y consentidas, en debido tiempo. Lo que lleva a generar recurrentes deudas que, cada determinada cantidad de años, el Estado debe absorber, sea contrayendo otra nueva, o bien con emisión monetaria, lo que contribuye a la persistente depreciación monetaria que se verifica.

Pero yendo al plano general e internacional, en uno y otro supuesto, consideramos que los países deberán arbitrar medidas para atender a las contingencias de la vejez en el nuevo escenario que se presentará. Imaginamos, además, que para entonces se vería consolidado un esquema de atención y cuidado de los adultos mayores, desde el sector privado, estando ya diseñadas distintas propuestas a esos fines, que cuentan con implementación en otras latitudes.

En nuestro país, a la fecha, las erogaciones con destino a las prestaciones previsionales representan hoy el 45% del gasto nacional; y cabe presumir que con ciertas medidas que se adoptaron recientemente, como la llamada "movilidad", se estaría acudiendo a la mejor combinación de variables para ajustar las prestaciones en menos, en detrimento de los beneficiarios. Aun así, se continúa proponiendo medidas que solo tienden a agravar el déficit previsional, como la creación de prestaciones no contributivas que vino haciéndose invariablemente desde 2008, a lo que se suma un reciente proyecto de otorgar jubilaciones a quinientas mil personas de 55 años de edad que no podrán alcanzar la jubilación ordinaria, lo que contribuirá a elevar el gasto público y, con ello, el déficit previsional[4].

Se torna imperioso, en tales condiciones, proceder al *reordenamiento* –uno más en nuestra agitada historia– del régimen previsional, para posicionarlo de cara a los desafíos que ya está presentando el mundo del trabajo –del que provienen los recursos para la sustentabilidad de aquel, tal como está diseñado su financiamiento en nuestro medio–, además del visible impacto de los avances de la ciencia médica en la prolongación de la vida. También, para permitir mejorar la plataforma de gestión de la autoridad previsional, con el objetivo final de contribuir a alcanzar la eficiente atención de las prestaciones inherentes a las contingencias de la vida.

4. Fuente: IDESA – Instituto para el Desarrollo Social Argentino - Reporte Febrero 2022.

Ello requiere de mejores fuentes de financiamiento, a nuestro modo de ver, bajo una gradual y paulatina sustitución de las cotizaciones que recaen sobre los sujetos de la relación laboral, por determinados impuestos.

En ese sentido, participamos de la idea de reformular los *regímenes especiales, igualando la edad jubilatoria prevista en ellos a la del régimen general*; *igualar la edad entre géneros, sea varón, mujer o no binarios*[5]; *perfeccionar la "pensión universal para el adulto mayor" (PUAM) destinada a personas que jamás contarán con los años de aportes*, dejando sólo a ésta como única vía para atender tales situaciones; y por supuesto procurando comenzar con una *adaptación gradual de la edad jubilatoria, a la tasa de envejecimiento demográfica que se registre en el país*.

No sin indispensables ajustes y el reordenamiento de las prestaciones del sistema, además de la adecuada y sustentable financiación de las mismas, podrá ponerse a nuestro sistema previsional a la altura de los desafíos que se presentan hoy y los que depararán las transformaciones analizadas.

5. Los hechos, la realidad y el Derecho

Las aludidas transformaciones, como se dijo, impactan en la *forma de producir*, pero también en los *hábitos de consumo* y en las *costumbres* de las sociedades, y deben ser captadas a tiempo por el legislador, interpretando las nuevas realidades a que dan lugar, para luego conformar un orden jurídico abarcativo de ellas. No es siempre lo que sucede primero; muchas veces han sido las organizaciones empresarias, por su cercanía a la producción de bienes y de servicios, las que incorporan a sus quehaceres nuevos usos, y pautas que pasan a conformar sus políticas corporativas; así ocurrió, por ejemplo, años atrás con el teletrabajo –y de la mano de los avances de la tecnología de la comunicación–, previo a que en distintos países se dieran las respectivas regulaciones legales.

5. Son estas categorizaciones extraídas de la legislación vigente y computadas aquí como dato de la realidad jurídica, por lo que esa referencia no refleja la opinión del autor acerca de cada una de ellas.

También por cercanía con los procesos productivos, vemos que los convenios colectivos de trabajo pueden captar y corporizar las innovaciones.

Lo que no puede suceder, principalmente desde el *Derecho*, es desatender a estos fenómenos, o ignorarlos, pues en tal caso –aun cuando sí sean captados desde el ámbito de la empresa o de la negociación colectiva– la realidad lo superará y, de ese modo, se impondrá al orden jurídico, que se verá por ello desajustado, con imaginables consecuencias negativas –en la materia que es materia de estas reflexiones– para los sujetos de la relación laboral.

Como ocurriera en el siglo XVIII ante el incipiente maquinismo que dio lugar a la primera Revolución Industrial[6], también ahora –ante las profundas transformaciones que vienen teniendo lugar desde las últimas décadas del siglo XX, con el advenimiento de la descentralización productiva y de la globalización– puede percibirse, quizá por una carga ideológica, una suerte de resistencia a la llegada de aquellas; lo que en este último caso llevó a legisladores y a jueces, éstos como intérpretes de la ley, a extremar resguardos, como la ampliación del alcance de la irrenunciabilidad de derechos, o bien, por vía pretoriana, los de la responsabilidad solidaria; esto último, con la idea de generar para el dependiente un abanico de cobertura en medio de la superposición que en los hechos podía darse entre el dador de trabajo y terceros, sean éstos, contratistas, subcontratistas o comitentes.

Pero el irrefrenable impulso y avance tecnológico –así al menos viene quedando demostrado desde hace doscientos cincuenta años a lo largo de ya cuatro "revoluciones industriales"–, con todo lo que implica y causa no solo en materia productiva sino también en cuestiones socioculturales, a nuestro entender, debe ser acompañado, desde el Estado, a través de políticas activas tendientes a redireccionar inversiones públicas e incentivar las privadas hacia la generación de nuevos emprendimientos productivos, que potenciarán oficios, profesiones y más empleo de calidad.

Además, cabe al Estado sentar nuevos contenidos para la educación formal o de base, que prepare a los educandos no solo para emprender el camino del aprendizaje universitario, sino también,

6. Ramírez Bosco, Luis, *Para una introducción al Derecho del Trabajo*, p. 15, Editorial Universidad, 2000.

desde este ciclo, hacia la empresa, donde mediante capacitación y formación continua, se implementará la enseñanza de *extensión.* De ese modo, por vía de una constante capacitación –no puede esperarse otra cosa ante la vertiginosidad de innovaciones constantes, muchas de ellas de corta vida–, se potenciará a las personas en sus habilidades, tanto para mejorar la accesibilidad de las mismas al empleo; permitirles conservarlo, crecer en el mismo y desenvolverse luego en el mercado de trabajo. Consideramos que esto alcanza no solo a jóvenes, sino también a los adultos, potenciando sus posibilidades de continuar en el mercado de trabajo.

En suma, creemos que *debe captarse positivamente al fenómeno tecnológico*, por lo pronto, admitiéndolo, y de ese modo prepararse para asumir los cambios que causa en la economía y en nuestras vidas; lo que requiere del direccionamiento de la tecnología mediante el control de los seres humanos, desde los estados y las organizaciones.

6. Tendencias y nuevos paradigmas

6.1. Frente al curso de los acontecimientos económicos y sociales, que han derivado en una cambiante realidad, a lo largo del tiempo, y desde el campo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se procuró –con mayor o menor grado de éxito– asimilar y comprender lo que podía a cada momento vislumbrarse o percibirse como *tendencias,* para permitir planificar el modo de plasmarlas o de hacerlas realidad desde nuevos dispositivos legales, captando así las innovaciones y transformaciones perceptibles, en vías de gestación y ya palpables.

Así, en los últimos años del siglo XX, ante lo que se daba en llamar la "mundialización" de la economía, se fijaba como objetivo respetar las normas fundamentales del trabajo, internacionalmente reconocidas, asignando competencia a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para establecer lo necesario a los efectos de mantener el nivel de protección social y asegurar un paralelismo entre progreso social y económico, asegurando a los trabajadores la obtención de los frutos de este último[7].

7. Organización Mundial de Comercio (OMC). Declaración de Singapur, 1996. Citada por Von Potobsky, Geraldo, "Tendencias del Derecho del Trabajo - Crónica Internacional", TySS 1997-577 y *ED* –DCCLXVIII-155.

En ese contexto histórico, se procuraba dar una dimensión social a la entonces incipiente liberalización del comercio internacional[8], llamando a la actualización de legislaciones nacionales y, también, de los instrumentos internacionales, como convenios, recomendaciones y declaraciones, emanadas de la OIT, a causa de las ya perceptibles mutaciones del trabajo relacionadas con la evolución de las tecnologías.

Y las preocupaciones que esa situación despertaba giraban en torno a cuestiones tales como *la igualdad salarial ante tareas de igual entidad o valor; la protección de los trabajadores en el marco de las cadenas de valor o de suministros; el fomento y la creación de empleo en pequeñas y medianas empresas, la migración de trabajadores y su protección en los países de destino; la generación de empleo y la reducción de la jornada como herramienta apta para ese objetivo; la reducción de los costos asociados al salario; el desempeño de tareas a tiempo parcial.*

Cuestiones éstas a las que, con el correr del tiempo, en los años siguientes se agregaron otras, como la *movilidad y polivalencia funcional; la formación profesional y la capacitación continua; la movilidad geográfica y la modificación sustancial a las condiciones de trabajo; la protección de la representación sindical; la flexibilización de los contratos individuales de trabajo*[9]; *la erradicación del trabajo infantil*; y lo que a nuestro entender resulta ser de suma relevancia, *la consideración que mereciera el trabajo decente*, como propuesta desde la Organización Internacional del Trabajo, a lo que ésta consideró como nuevo paradigma[10].

Instaladas en la consideración pública internacional en calidad de objetivos, cada uno respondía a determinadas necesidades de cambio en los parámetros tuitivos del Derecho del Trabajo y, también, respecto de la Seguridad Social, por lo que la Organización In-

8. Analizada por Von Potobsky, Geraldo, en "TySS", 1995-75.

9. Von Potobsky, Geraldo, en "TySS", 1996-957 y *ED* - DCCLXVIII-605.

10. Organización Internacional del Trabajo, "Reducir el Déficit de Trabajo Decente. Un desafío global", 2000. Memoria del Director General, 89ª Sesión de la Conferencia Internacional de Trabajo, Ginebra; Somavia, Juan, *Introduction. Globalizing Europe. Decent Work in Information Economy Report of the Director General*, Sixth European Regional Meeting, OIT Geneva, 2000; Sen, Amartya y Nussbaunm, Martha C., *La calidad de vida*, Fondo de Cultura Económica, 1993; Sen, Amartya y Dreze, J., *Development and Freedom*, Oxford University, London UK y Editorial Planeta, 2000.

ternacional del Trabajo sugirió a los países miembros la formulación de modificaciones en sus respectivas legislaciones, lo que en buena medida se verificó a lo largo del tiempo.

6.2. Entrados ya al siglo XXI, podemos decir que la intensificación y vertiginosidad del avance tecnológico hace necesarias nuevas revisiones de las reglas legales, aun de aquellas que se pudieron implementar hace veinte años. Es que la dimensión de los cambios que se vienen verificando y los que la tecnología permite vislumbrar llevan a alterar las propias notas tipificantes de la subordinación, al verse diluidas las fronteras del ámbito de trabajo, a causa del uso intensivo y continuo de tecnologías de la comunicación, provocando todo ello, además, un nuevo modo del control y de organización de parte del dador de trabajo.

En este escenario, identificamos hechos y datos de la realidad que merecen ser computados como *tendencias*, a saber:

- Nuevas formas de subordinación, en reemplazo de las tradicionales hasta ahora conocidas y legisladas; la pérdida de relevancia del salario mínimo como mecanismo de protección; la pérdida de relevancia de la presencia continua en el ámbito de trabajo; la conformación de una nueva organización de medios materiales e inmateriales más descentralizada; la disminución de la afiliación sindical; la disminución del ámbito de cobertura de la negociación colectiva; las posibilidades de trabajar más en menor tiempo; las posibilidades de trabajar a toda hora; más posibilidades de trabajar a tiempo parcial; la determinación de pautas de desconexión digital; la identificación de zonas grises o intermedias entre el trabajador independiente y el dependiente; niveles mínimos de protección laboral; cobertura mínima en materia de seguridad social; la subordinación centrada sólo en determinado grado de dependencia económica; en la ajenidad al riesgo e integración al emprendimiento de otro; nuevos tipos de contratación laboral; igualdad efectiva en materia salarial, entre hombres y mujeres; mayor flexibilidad en el ámbito de trabajo.

Como derivación de las innovaciones que se verifican, se produce un continuo y constante desajuste entre el principio protectorio, que es esencia del Derecho del Trabajo, y las nuevas realidades antes descriptas. Situación a la que es imperioso atender, pero no ya –desde nuestra óptica– resistiendo, negando o estigmatizando los cambios en la forma de producir que causa el avance tecnoló-

gico, con el consiguiente impacto sociocultural a que dan lugar, *sino captándolo positivamente y acompañándolo a través de políticas y acciones que permitan a las sociedades asimilarlos, generando así una fuerza de trabajo apta para asumir las tareas y funciones que demande el nuevo ciclo productivo que se inicia*.

6.3. Tales *tendencias* conformarán nuevos *paradigmas*, es decir, modelos sociales o más bien ejemplos observables, que el *Derecho* debe procurar captar y tomar en cuenta, a partir de lo cual, poder conformar dispositivos que –con relación a nuestra materia– regulen de modo distinto la manera de trabajar. Nos referimos a aquellas ideas fuerza que modelaron y dieron contenido al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social argentino, estructurando un determinado *orden público* que da preeminencia a sus dispositivos por sobre otros, y también, a las normas contractuales y convencionales, provenientes, estas dos últimas, de los sujetos de la relación de trabajo.

En circunstancias como las actuales es cuando se hace necesario evaluar la eficacia y el alcance dado a los principios e institutos que conforman el arco protectorio del Derecho del Trabajo, si es que han entrado en crisis con la realidad resultante de determinados acontecimientos históricos, políticos, económicos y sociales, o bien con nuevas corrientes de pensamiento o de criterios doctrinarios o judiciales ahora en boga. O como puede suponerse, ante la imperiosa necesidad de examinar el grado de uso, o en todo caso, de no uso de dispositivos legales dictados en otro siglo o transcurridas ya varias décadas.

Queda en claro, como lo hemos señalado antes, que sí se han visto modificados paradigmas de la producción y comercialización de bienes y de servicios. Lo que torna imprescindible examinar si el *trabajo*, como actividad humana aplicada a esos procesos, puede permanecer inalterable en medio de dichas transformaciones, o si requiere de la evaluación y confrontación de las reglas y principios que conforman al Derecho del Trabajo y a la Seguridad Social, con las nuevas realidades económicas, sociales y productivas.

A nuestro entender, encarar esa tarea supone el gran desafío de que el Derecho del Trabajo, principalmente, sin verse alterada su esencia tutelar, no pierda actualidad ante esas nuevas realidades, tanto en tiempos de normalidad como de crisis.

Creemos que el principio protectorio debería modelarse como para admitir positivamente los cambios que dan lugar a nuevos esce-

narios, armonizándolo con otros derechos, como el de propiedad, el de trabajar y de producir, de dirigir y organizar el emprendimiento, contratar y descontratar. Vemos que el respeto a esas libertades resulta ser una premisa esencial para generar empleo de calidad, y contribuirá a multiplicarlo.

Por lo que debe llevarse adelante el replanteo de los principios que informan al Derecho del Trabajo y a la Seguridad Social, de ser necesario, mediante el cambio de los paradigmas hasta hoy conocidos. No solamente debido al cambio causado por la tecnología –que no es el único agente de transformaciones que se verifica–, sino también por eventos de raíz sociocultural; por la generación de nuevos derechos civiles o por el hecho de que determinado conjunto de dispositivos no se hayan mostrado eficaces para la preservación de Derechos Humanos fundamentales; alcanzar el desarrollo social; atender adecuadamente las contingencias de la vida; permitir generar empleos de calidad o bien facilitar el normal desenvolvimiento de la actividad económica y productiva. Factores todos ellos que tornan indispensable un examen de las normas en juego, y reiteramos, de los principios que las inspiraron.

En nuestro ordenamiento laboral, contamos con varias de las normas mencionadas al comienzo de estas páginas, pasibles de revisión; desde la Ley de Contrato de Trabajo sancionada en 1974; como así, también, otros cuerpos normativos de alcance particular que fueron creándose mucho antes, como los llamados "estatutos especiales" o "profesionales". Apuntando desde todas ellas a receptar indispensables cambios acerca de: a) la organización de la producción, a partir de modelos o esquemas que se han visto superados por los cambios principalmente tecnológicos, además de políticos, económicos y sociales registrados a lo largo de los últimos treinta años; b) las modalidades de contratación, cuya tipología no parece reconocer o admitir nuevos grados de dependencia, ni las derivaciones de un modelo descentralizado de producción.

Por fuera de la LCT si ingresamos al campo de las relaciones colectivas del trabajo, merecería examinarse el llamado "modelo sindical argentino", conformado a lo largo del tiempo por normas sucesivas casi de igual tenor y contenido, que explican su perdurabilidad durante los últimos setenta años, junto a otros factores, fenómeno que también se verifica respecto de los convenios colectivos de trabajo, al punto de que, en la actualidad, muchos de los que fueron celebrados durante el año 1975 aún regulan modalidades y condi-

ciones de desempeño, constituyendo una verdadera anomalía ésta que responde al citado régimen; al esquema y la dinámica de negociación colectiva a que éste dio lugar; a dispositivos que instauraron la pauta de ultraactividad difícil hasta ahora de atenuar o limitar, y por supuesto, a los consabidos factores económicos, sociales y políticos, que alteraron de manera intermitente y prolongada los ciclos de aquella.

Aun los convenios y tratados internacionales receptados por nuestra carta magna deberían, a su vez, revisarse para armonizar sus contenidos con las nuevas realidades.

En suma, la desactualización de las distintas ideas fuerza, principios e ideales que conforman la matriz del Derecho del Trabajo argentino, gestado en la mitad del siglo XX, atendiendo a una determinada realidad socioeconómica y geopolítica; los guarismos que exhibe desde hace años el mercado de trabajo local, caracterizado por alta informalidad; altos costos laborales; baja tasa de inversión productiva, litigiosidad; conflictividad; falta de crecimiento del empleo formal, etcétera, resultan todos ellos datos ilustrativos de la necesidad de examinación de los dispositivos del referido ordenamiento.

No es el mero paso del tiempo lo que lleva a plantearnos la necesidad de cambio, sino lo que trae aparejado, cuando se verifica un desacople entre el orden jurídico y la realidad, producto de que esta ha mutado, difiriendo de la que pudo haber tenido en cuenta el legislador en un determinado momento.

Ante eso, cabe preguntarse en qué medida nuestras instituciones podrán dar cabida, en un ordenamiento legal distinto e innovador, a los desafíos que emergen de nuevos escenarios, tarea que, a nuestro entender, requerirá del desapego de ideologías y de visiones sesgadas, que vemos necesario dejar de lado.

7. Consideraciones finales

Vemos que la tecnología ha contribuido, a lo largo de los años, a agregar valor y a potenciar las actividades productivas tradicionales, dando paso a nuevos productos y servicios que han traído mayor grado de confort a las sociedades, y sumando al objetivo de alcanzar un mayor grado de desarrollo social.

Resumiendo las consideraciones efectuadas en los párrafos anteriores, *entendemos que no cabe denostar, resistir ni estigmatizar*

a los agentes de cambios que se presentaron ya, ni a los que sobrevendrán inexorablemente; sino acompañar el proceso de transformación que se verifica, desde los estados y las organizaciones productivas y sindicales, preparándose para abordarlos desde un mejor piso de preparación y educación, para captar las nuevas tecnologías y poder crecer en un nuevo mercado de trabajo, que, se presume, será altamente competitivo y con un alto nivel de productividad.

Sería esta la forma de captar positivamente lo que ocurre, que no podrá ser evitado, ni quizá, postergado; pues, como de hecho ocurre en otras latitudes, dará lugar a una mayor polarización tecnológica y digital respecto de otros países, que los aleja de las posibilidades de crecimiento y desarrollo sustentable.

Cabe generar, por lo tanto, las condiciones para el surgimiento de nuevos oficios, profesiones y empleos que permitan compensar la pérdida de aquellos más rudimentarios, que son los hasta ahora absorbidos por las tecnologías. Todo ello en un marco jurídico que tolere y contemple nuevas formas de contratación, acordes con las actuales necesidades y escenarios, bajo menor costo de terminación de las relaciones jurídicas, pero con un alto grado de protección social.

No vemos estas directrices, aquí sugeridas a modo de conclusión, como incompatibles con las enseñanzas y orientaciones que sobre esta cuestión nos dejan las Encíclicas[11], y que, en particular, se resumieron en *Laborem Excersens*[12], desde donde San Juan Pablo II ya vislumbraba los adelantos en las condiciones tecnológicas, económicas y políticas susceptibles de influir en el mundo del trabajo y de la producción, como había ocurrido durante la Revolución Industrial; además de las exigencias que traerían, respecto de las estructuras de la economía y de la distribución del trabajo, concluyendo en una mirada esperanzadora acerca del resultado de tales procesos, respecto de quienes en aquel momento se encontraban postergados.

En línea con lo profesado desde ese magno mensaje, no deberá perderse de vista en todo ese proceso de adaptación, la dignidad y los derechos de quienes trabajan, haciendo lo necesario, desde los estados y las organizaciones, y en un marco de verdadero diálogo social, para que todo ello redunde en un auténtico progreso de las personas humanas y de las sociedades.

11. León XIII, *Rerum Novarum*, 1891; San Juan Pablo II, *Centésimus Annus*, 1991.

12. San Juan Pablo II, *Laborem Excersens*, Capítulo Introductorio, 1981.

DERECHO DEL TRABAJO, TECNOLOGÍA Y EDUCACIÓN

RICARDO FOGLIA*

SUMARIO: 1. El trabajo humano. Cosmovisión. 2. La tecnología. 3. Reseña de la evolución del trabajo humano hasta el maquinismo. 4. Las revoluciones industriales. La pérdida de valor. 4.1. La primera revolución industrial. 4.2. La segunda revolución industrial. El nacimiento del Derecho del Trabajo. 4.3. Las tercera y cuarta revoluciones industriales. 4.3.1. Primera etapa. 4.3.2. Segunda etapa. 5. Incertidumbre, tecnología, trabajo y educación.

1. El trabajo humano. Cosmovisión

La relación entre la tecnología y el trabajo ha existido desde los orígenes del trabajo humano como un mecanismo para aliviar la carga que implicaba y para incrementar su eficacia.

Si bien la tecnología tiene ese impacto positivo, al cual nos referiremos más adelante, también, en forma paralela, sucedió que, a través del tiempo, el trabajo humano, en general, sufrió un proceso de desvalorización.

Por ello creo relevante comenzar este trabajo refiriéndome a la óptica desde la cual lo encararé. Esto es, en definitiva, mi cosmovisión sobre el trabajo humano.

El trabajo humano, entendido como el esfuerzo de los hombres para extraer de la naturaleza los bienes y producir los servicios nece-

* Magíster en Investigación del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social a través de la jurisprudencia (Universidad Rey Juan Carlos - Madrid). Profesor de la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Argentina. Fundador y Director del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral (2008-2016).

sarios para su subsistencia, existe desde los comienzos de la especie humana y está ligado estrechamente a su propia existencia[1]. En el *Génesis* se dice: "Y bendijo Dios y díjoles Dios: Sed fecundos y multiplicaos, henchid la tierra y sometedla: mandad en los peces del mar y en las aves de los cielos y en todo animal que serpea sobre la tierra"[2].

Por su parte, la encíclica *Laborem Exercens* expresa: "[…] el hombre ha de procurarse el pan cotidiano, contribuir al continuo progreso de la ciencia y de la técnica, y sobre todo, a la incesante elevación cultural y moral de la sociedad en la que vive en comunidad con sus hermanos".

De allí la trascendencia del trabajo humano y la importancia de las normas reguladoras del mismo, y expone, como señala Barassi[3], que, "si esto es así, se explica cómo en la relación de trabajo pueden entrar también elementos de naturaleza asistencial, accesorios a las dos prestaciones fundamentales: trabajo y retribución".

Al respecto cabe recordar que el trabajo, como señal Neffa[4], tiene diversas dimensiones, según que el mismo sea considerado "[...] con respecto a la naturaleza, a la misma persona del trabajador, a los demás trabajadores y a la sociedad en general [...]".

En cuanto a la primera dimensión, cabe destacar que el trabajo hace sentir útil al ser humano, y a través de él completa la creación inacabada del Creador. Desde este ángulo y a través del trabajo el hombre es cocreador del mundo.

El hombre, en el trabajo, entrega algo de sí, el esfuerzo que le es propio o inmanente, sea que se trate del aspecto de ejecución que requiere el trabajo humano, como de diseño, extremos estos que siempre se presentan en conjunción, aunque con diversa intensidad según el tipo de tareas.

1. La encíclica S.S. Juan Pablo II *Laboren Exercens* (14 de septiembre de 1981) conceptualiza al trabajo como "[...] todo tipo de acción realizada por el hombre independientemente de sus características o circunstancias [...]".

2. Capítulo I, v. 28.

3. Barassi, Ludovico, *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. I, p. 23, Alfa, 1953.

4. Neffa, Julio César, *El proceso de trabajo y la economía de tiempo*, pp. 6/7, Humanitas, 1990.

Además, a través del trabajo el hombre procura no solo su sustento, sino también el necesario para la subsistencia, fortalecimiento y expansión de la familia en la cual está inserto.

Con relación a la dimensión social, el trabajo vincula al hombre con otros trabajadores, sus compañeros de trabajo, con la comunidad en la que vive y con las de otros países, produciendo los bienes o servicios que requieren sus habitantes. El trabajo también importa una cuota de generosidad, ya que se produce o se brinda un servicio a quien, muchas veces, no se conoce ni se conocerá.

2. La tecnología

La palabra *tecnología* proviene del griego y su primera partícula (*τέχνη*) significa arte, oficio, y la segunda (*λογία*), tratado, estudio.

La primer definición conocida de tecnología fue dada por Jacob Bigelow, que la caracterizó como "[…] principios, procesos y nomenclaturas de las artes más famosas, particularmente aquellas que involucran aplicaciones de las ciencias y tecnología que pueden ser consideradas útiles, promoviendo el beneficio de la sociedad, junto con el emolumento de aquellos que las persiguen"[5].

El *Diccionario de la Lengua Española*[6] le asigna varios sentidos a la palabra tecnología, entre los que nos interesan: "Conjunto de los conocimientos propios de un oficio mecánico o arte industrial […]. 4. Conjunto de instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto". De esos criterios se desprenden dos elementos: conocimiento e instrumento o procedimiento.

Como marco conceptual, cabe señalar que desde el punto de vista social, en la tecnología, como en otras actividades humanas, se advierten los siguientes elementos: el trabajo humano, los medios de producción, el objeto del trabajo y el producto o resultado[7]. A ellos

5. Bigelow, Jacob (1787/1879), *Elements of Technology*, Harvard University Herbaria, retrieved 11 de septiembre de 2020. La definición es criticable, ya que define a la tecnología por la aplicación de la tecnología.

6. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, T. II, p. 1950, vigésima primera edición, 1992.

7. Althusser, Louis, *Para una crítica de la práctica teórica*, Siglo XXI, 1974.

se puede agregar el tempo de trabajo, que es el factor de medida del valor del trabajo[8].

Y, en este sentido, cabe distinguir ciencia de tecnología, ya que la primera se encarga de estudiar lo que existe "[…] a partir de causas eficientes", en cambio, la segunda, tecnología, crea lo que no existe[9].

Como se advierte, la relación entre tecnología y trabajo humano es estrecha ya que aquella es un medio de modificación del mundo exterior en lo que hace a las actividades orientadas al proceso de producción. Son elementos facilitadores del proceso productivo que requieren una previsión científica para resolver los problemas prácticos que presenta la producción de bienes y servicios[10].

Juan Pablo II, en la encíclica *Laborem Exercens*, señala la relación entre tecnología y trabajo.

Cabe destacar que la tecnología, y las decisiones adoptadas en su consecuencia, como están fundadas en un conocimiento científico probado, tienen un gran contenido de racionalidad, con lo cual también constituye una práctica cultural.

En definitiva, la finalidad de la tecnología es mejorar la vida de las sociedades y de las personas en los más diversos aspectos: salud, seguridad, educación, división, economía y trabajo.

Ello no impide que la tecnología pueda usarse para fines deleznables, pero aquí el problema es la utilización moral de la misma, lo cual lleva a otra cuestión cuyo análisis excede con mucho el del presente trabajo.

Desde esta última perspectiva (trabajo), la tecnología puede importar una mejora económica para el empleador, al aumentar la producción y reducir los costos e incrementar la oferta; para el trabajador, al encontrarse inmerso en un proceso de producción más limpio y, por ende, más sano y seguro, posibilitando reclamar mayores ingresos, y para la sociedad, al aumentar la oferta, calidad, reducir el impacto medioambiental y mejorar la salud, entre otras circunstancias, y, por ende, contribuir al desarrollo de las mismas.

8. Sobre este tema puede verse a Neffa, *El proceso de trabajo y la economía de tiempo*, ob. cit.

9. Mejía, M. R., "La tecnología, la (s) cultura (s) tecnológica (s) y la educación popular en tiempos de globalización", Revista latinoamericana *Polis* – Open Edition Journals, pp. 1/36.

10. Herrera, R., *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, XLIII, pp. 98-108.

3. Reseña de la evolución del trabajo humano hasta el maquinismo

La evolución del trabajo ha circulado por andariveles paralelos.

Del trabajo individual, esto es, aquel destinado a obtener los bienes necesarios para la propia subsistencia, al trabajo para otros, sea esta la comunidad, la sociedad, la nación, y ahora el mundo global. Del contacto directo del hombre y su cuerpo con la naturaleza, a la utilización de herramientas y, finalmente, a la simple operación de estas cada vez más complejas y sofisticadas, que son las que transforman, crean y satisfacen las necesidades humanas. Del trabajo dirigido por uno mismo, al dependiente de la organización de otro. Del trabajo artesanal, a la manufactura, la fábrica y ahora las redes de empresas[11].

El trabajo humano ha sufrido, salvo excepciones, una pérdida de valor a través de la historia.

En Roma, el concepto de trabajador dependiente era desconocido. La estructura del trabajo se asentaba sobre dos ejes: el trabajo esclavo y forzoso y el trabajo autónomo y libre.

Habría una gran interrelación, contacto, entre el hombre y la naturaleza, a efectos de extraer los bienes y producir los servicios necesarios.

En el trabajo libre el trabajador era dueño del tiempo de trabajo, de las herramientas de trabajo y del resultado del trabajo.

La primera limitación relevante se produce con el artesanato, en el cual las corporaciones regulaban el trabajo a través de la concesión de patentes (*label*) a los artesanos, a los que habilitaba a producir la mercadería de que se trataba. La *label* era otorgada por un tribunal que examinaba a los postulantes (en el examen debían realizar una "obra maestra", una obra digna de un maestro), los aprobaba o no y entregaba o, en su caso, cancelaba la autorización. También regulaba la cantidad de habilitaciones para impedir una competencia nociva.

El sistema de los artesanatos decayó por su baja concentración de capital, la reducida productividad, los altos costos y también la corrupción en el otorgamiento de las licencias.

11. Sobre este último aspecto puede verse a Reich, Robert B., *El trabajo de las naciones*, Vergara, 1993.

Luego de algunos sistemas intermedios, como el "*putting out system*", emerge la manufactura como centro de reunión y producción de trabajadores y luego la fábrica, que surge con el maquinismo.

4. Las revoluciones industriales. La pérdida de valor

4.1. La primera revolución industrial

La primera revolución industrial se inició con la aparición de la energía a vapor, resultado de la innovación tecnológica, cuyo combustible era el carbón mineral, y que fue la base sobre la que se asentó todo el desarrollo.

El esfuerzo se centró en producir máquinas mecánicas de transporte de bienes en cantidades impensables para la época y en elaborar los más diversos objetos con piezas iguales e intercambiables (desde armas, hasta cosechadoras, máquinas de coser y otros artefactos).

Esto permitió la sustitución de las viejas herramientas artesanales por maquinaria más productivas, y la energía animal y humana por la máquina. Ello dio lugar a que se crearan grandes centros industriales de producción en masa.

El maquinismo, que fue el resultado de la aplicación de las máquinas a la producción, esto es de la tecnología, implicó un cambio central en la estructura del trabajo, ya que eliminó la relación directa entre el hombre y el producto e interpuso entre ambos las máquinas-herramientas. Así, el hombre pasó a ser de un artesano constructor de un artefacto (trátese de una silla, tela, losa o cualquier otro) a un servidor de una máquina que era la que fabricaba el objeto o parte relevante del mismo.

4.2. La segunda revolución industrial. El nacimiento del Derecho del Trabajo

La segunda revolución industrial comienza entre los años 1850 y 1870. Esta vez, los avances industriales se produjeron en Francia, Alemania, Bélgica, Japón y Estados Unidos.

Tuvo su origen en la utilización de nuevas formas de energía, en especial, el petróleo, que reemplazó al carbón, la electricidad y el gas, y de nuevos materiales, como el acero.

La tecnología posibilitó la creación de nuevos, más grandes y rápidos sistemas de transporte, como el avión o el automóvil o navíos de gran porte y el desarrollo de nuevas máquinas y medios de comunicación más eficientes, como el teléfono, la radio y el cine.

El impacto fue inmenso y dio lugar al inicio de una primera globalización, que supuso una progresiva internacionalización de la economía, que empezó a funcionar a escala mundial por la revolución de los transportes.

Desde el punto de vista jurídico, y a los inicios de ese proceso, reinaba la idea de la libertad contractual como base del progreso, ya que se presuponía que nadie iba a celebrar un contrato que le fuera inconveniente.

En ese contexto nace a principios del siglo pasado, y en forma coincidente con el avance del industrialismo capitalista, el Derecho del Trabajo, como conjunto de normas y principios técnicos destinados a regular la actividad del hombre en el aspecto del trabajo subordinado y como una consecuencia contrapuesta a la crisis social, política (y básicamente de justicia) que traía aparejada la idea liberal vigente con amplitud y desmesura, de la autonomía irrestricta de la voluntad entre sujetos de diferente poder de negociación.

Como señala Vázquez Vialard[12], refiriéndose al surgimiento del Derecho del Trabajo en la historia: "Este constituyó una reacción contra la injusticia que, en la práctica, significó dejar librada la relación de trabajo a una concepción individualista del Derecho Civil que niega la existencia de derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos en los hechos, aunque ello haya sido motivo de un acuerdo".

Así como el Derecho Civil regula, luego de caracterizar al hombre en sí mismo (concepción, embarazo, nacimiento, persona, etc.), su relación con las demás personas y con las cosas desde el punto de vista general del sujeto de Derecho, y el Derecho Comercial a la persona en su vinculación o actuación en cuanto comerciante y el Derecho Administrativo en cuanto ciudadano, etc., el Derecho del Trabajo regula la actividad del hombre en cuanto este pone a disposición de otro su fuerza de trabajo a cambio de un salario. La particularidad es que, como señala Barassi[13], el contrato de trabajo

12. Vázquez Vialard, Antonio, "Ayer, hoy y mañana en el Derecho del Trabajo", revista *Relaciones laborales y seguridad social*, pp. 55/6.

13. Barassi, Ludovico, *Tratado de Derecho del Trabajo*, ob. cit., T. I, p. 35.

"[...] es cambio de dinero contra lo que figura entre los bienes más preciosos de la persona física: su aptitud de trabajo, que es casi una proyección de su personalidad".

4.3. Las tercera y cuarta revoluciones industriales

La tercera revolución es la denominada "Revolución de la Información", "Revolución Digital", "Economía Digital", o más genéricamente, "Sociedad de la Información".

Como señalan Cevasco y Corvalán[14], la tercera revolución industrial es la resultante de la introducción de la electrónica y de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) en los procesos productivos.

La cuarta revolución industrial, actualmente en curso, es la generada por la inteligencia artificial y la robótica en el trabajo[15].

La tercera revolución industrial tiene, a su vez, dos etapas.

4.3.1. Primera etapa

Las causas que dieron lugar al nacimiento del Derecho del Trabajo tiñen toda la evolución posterior de las regulaciones jurídicas del trabajo humano, hasta que la crisis de los años setenta obligó a comenzar a revisar sus contenidos protectorios.

En esta primera época, y hasta la crisis de los setenta, se concibió, cada vez con más vigor, al Derecho del Trabajo –herramienta autónoma de la política social, destinada a regular el trabajo subordinado– como una escalera ascendente, en el que cada peldaño servía, a la par, como piso del siguiente. A su vez, esa escalera imaginaria fue apoyada en el principio de irrenunciabilidad, que nulifica los convenios de parte que suprimen o reducen los derechos previstos por la

14. Cevasco, Luis J.; Corvalán, Juan G., "¿Desempleo tecnológico? El impacto de la inteligencia artificial y la robótica en el trabajo", *LL*, 11/7/2018.

15. El impacto y los efectos de esas tecnologías en distintas áreas pueden verse en el libro *Algoritmolandia. Inteligencia artificial para una integración predictiva e inclusiva de América Latina*, Planeta, 2018, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe y el Banco Interamericano de Desarrollo, Año 22, nro. 44, julio de 2018.

ley laboral, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo (art. 12, LCT y art. 8º, Ley Nº 14.250 –t.o. 108/88–).

Como señala Vázquez Vialard[16]: "Se configuró, así, un Derecho del Trabajo diseñado por la norma estatal (en algunos casos, con fuerte intervención de la administración) sobre el modelo de un Estado de bienestar de base nacional, en la que la empresa es considerada como un agente social. Se le impuso a esta la financiación de ciertas obligaciones propias de la comunidad, así como otras medidas de protección al trabajador (entre ellas, darle seguridad)".

4.3.2. Segunda etapa

La crisis del petróleo del año 1973, que tuvo su origen en la decisión del bloque árabe de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) de llevar a cabo un embargo petrolífero a las naciones occidentales en represalia a los países que apoyaron a Israel en la Guerra de Yom Kippur, provocó un incremento de los precios del petróleo, lo que, a su vez, causó un fuerte aumento de la inflación y del desempleo y un bajo crecimiento económico. Este fenómeno mundial mutó conceptualmente la idea del contrato de trabajo vigente hasta ese entonces.

En efecto, las empresas, para poder subsistir en un mercado recesivo, advirtieron que las fronteras de producción y ventas nacionales eran insuficientes, de modo que el mercado pasó a ser el mundo, esto es, cualquier país que requiriera sus productos. Pero también esto dio lugar a productos cuyos componentes se fabricaban en diferentes lugares para satisfacer a consumidores de cualquier lugar del planeta. Un caso de esto fue el de la industria automotriz.

La reducción de costos y las políticas exportadoras pasaron a ser cuestiones relevantes frente a una competencia global. Ello requería la incorporación masiva de tecnología en los procesos de producción, para automatizarlas y un sistema de comunicaciones (transporte y conexiones comerciales y de pagos y cobros) ágil.

En el primer aspecto produjo una reducción de las plantillas de personal, se recortaron los beneficios salariales o no, directos o

16. Ver Vázquez Vialard, Antonio, "Ayer, hoy y mañana en el Derecho del Trabajo", en ob. cit., p. 58.

indirectos, a los empleados que tenían trabajo, buscándose, muchas veces, localizar la producción en países con bajos costos laborales; esto explica, en parte, el crecimiento de los "tigres asiáticos". Paralelamente, se incorporó masivamente tecnología en los procesos productivos, sea a través de la robotización, la informática, las comunicaciones, hecho este que también generó desempleo, comúnmente llamado "desempleo tecnológico".

Reich[17] señala: "[...] hacia fines de la década de los setenta, las grandes compañías norteamericanas ya no podían fijar sus precios. Estaban sometidas a una dura competencia extranjera. Esto no era la competencia que habían tenido que afrontar un siglo antes, en los albores de la producción en masa", y agrega[18]: "Los ejecutivos norteamericanos comenzaron a exigir considerables reducciones salariales de sus empleados. Esgrimiendo una conocida metáfora popular en los setenta y ochenta: cortar el hilo por lo más fino, los empresarios buscaban racionalizar sus operaciones, al cerrar las fábricas ineficientes y despedir trabajadores".

Como consecuencia de ello, el concepto de estabilidad en el empleo perdió vigor como eje central de las relaciones laborales, ya que las nuevas realidades económicas, y las modalidades productivas y de mercado trajeron como derivación que la empresa ya no estaba en condiciones de asegurar la duración permanente del vínculo laboral. Como señala Michael Hammer[19]: "El nuevo contrato en la organización moderna es en esencia un trueque: oportunidad por iniciativa. La empresa ofrece a sus empleados la oportunidad, y con frecuencia los medios formativos, de alcanzar el éxito personal; a cambio de ellos, los empleados prometen ejercer iniciativa para crear valores para los clientes y, con ello, ganancias para la empresa".

La incorporación de tecnología posibilitó un incremento en la producción y una acelerada aparición de nuevos productos que tornan obsoletos los producidos apenas unos meses antes, los rápidos cambios de modas, tendencias y necesidades, el "*just in time*" por el "*just in case*", lo cual hizo emerger al consumidor como árbitro y factor decisivo en la prosperidad o en la extinción de las empresas. Adviértase que este fenómeno dio lugar a la aparición de toda una rama del

17. Reich, Robert B., *El trabajo de las naciones*, ob. cit., p. 77.

18. Ibídem, p. 80.

19. Hammer, Michael, *La organización del futuro*, capítulo 3 "El alma de la nueva organización", p. 51, Granica, 1998.

Derecho fuertemente expansiva. La suerte de las empresas pasó a depender, en gran medida, de las decisiones de los consumidores. De esta manera, el empleador dejó de tener un rol central y pasó a ser un intermediario entre los consumidores y los trabajadores[20].

Si bien con efecto retardado, esas transformaciones llegaron a la Argentina e impactaron sobre las relaciones laborales y sobre el Derecho del Trabajo, como instrumento regulador de la actividad laboral de las personas[21].

Una de las consecuencias más notorias de ese cambio fue la aceleración de los procesos de la descentralización productiva, para satisfacer las demandas de los consumidores que requerían productos de más calidad y menor precio, de forma tal que las empresas dejaron de ser una pirámide, como lo había concebido nuestra Ley de Contrato de Trabajo, para pasar a ser una telaraña, esto es, redes de empresas interrelacionadas y deslocalizadas[22].

5. Incertidumbre, tecnología, trabajo y educación

El resultado de las tercera y cuarta revoluciones industriales es incierto desde el punto de vista de la cantidad y calidad de empleo, que, como viéramos, hace a la naturaleza humana.

Desde el punto de vista de la eficiencia productiva, reducción de precios, y, por ende, de acceso, creación de nuevos productos y servicios con la consiguiente ampliación de la oferta y alivio de las tareas de los trabajadores, el resultado de los avances tecnológicos y de su aplicación a los procesos de trabajo es positivo.

Hay empresas que van a emerger como resultado de las TIC, por ejemplo, Mercado Libre, Netflix, Tesla, entre otras. Otras van

20. Reinolter, Milton, *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Antonio Vázquez Vialard, T. 3, p. 234, Astrea, 1996.

21. En Argentina, el *shock* petrolero se hizo sentir ya que los términos del intercambio, que habían favorecido al país durante los años precedentes, se revirtieron drásticamente a partir de 1974. En el primer semestre de ese año, las importaciones de Argentina se encarecieron 40 %. El ajuste interno a las nuevas condiciones internacionales se demoró algunos meses, pero la acumulación de presiones inflacionarias finalmente estalló en junio de 1975 en el denominado "Rodrigazo" y persistieron durante varios años.

22. Sobre este tema puede verse *Derecho del Trabajo y descentralización productiva*, coordinado por Jorge Rodríguez Mancini, La Ley, 2009.

a sufrir un proceso de adaptación como, por ejemplo, la actividad bancaria, y otras, simplemente, van a desaparecer, como el caso de Kodak o Blockbuster[23].

Pero desde el punto de vista de la cantidad de empleos la respuesta no es igual, ya que estas tecnologías exigen conocimientos específicos, lo que impone otras capacidades a los trabajadores. Los que carezcan de las mismas no pueden acceder a este segmento de trabajo. En efecto, las solas aptitudes manuales resultan insuficientes ya que es necesario poseer conocimientos técnicos e informáticos, cuestión esta, que, en definitiva, se relaciona con el perfil de los sistemas educativos. La educación y la capacitación de la sociedad surge como la respuesta más contundente frente al impacto de las nuevas tecnologías.

Y la respuesta a ese desafío plantea una cuestión central, ya que, como lo señala S.S. Juan Pablo II[24]: "[...] el trabajo lleva en sí un signo particular del hombre y de la humanidad, el signo de la persona activa en medio de una comunidad de personas; éste signo determina su característica interior y constituye en cierto sentido su misma naturaleza".

El trabajo hace a la naturaleza y a la dignidad humana, de modo tal que todas las herramientas instrumentales, sea provenientes de la economía o el Derecho o de otras disciplinas, deben estar al servicio de la consecución de tal objetivo. Hoy en día el trabajo, o mejor dicho la falta de él, plantea, en el fondo, un tema antropológico.

Algunos pensadores sostienen que el hombre puede prescindir del trabajo y que en consecuencia el Estado debe proveer lo necesario para una vida de ocio "entretenido". Otros, opinión que compartimos, consideran que el trabajo hace a la esencia de la naturaleza humana, y que, por ende, hay que buscar soluciones prácticas e imaginativas a efectos de hacer accesible el trabajo a todos los seres humanos, en diferentes formas y maneras, y a través de él promover el progreso espiritual y material del ser humano y la consecución de sus fines trascendentes[25] .

23. Para detalle de las empresas y actividades puede verse Oppenheimer, Andrés, ¡Sálvese *quien pueda! El futuro del trabajo en la era de la automatización*, Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.

24. Encíclica *Laborem Exercens*.

25. Sobre estos aspectos puede consultarse Rifkin, Jeremy, *El fin del trabajo*, Paidós, 1996; Gorz, Andre, *Miserees du present. Richesse du posible*,

Por nuestra parte, terminaremos este acápite transcribiendo a S.S. Juan Pablo II[26]: "Hecho a imagen y semejanza de Dios en el mundo visible y puesto en él para que dominase la tierra, el hombre está por ello, desde el principio, llamado al trabajo. El trabajo es una de las características que distinguen al hombre del resto de las criaturas [...]".

1977; Forrester, Viviane, *El horror económico*, Fondo de Cultura Económica, 1997.

26. Encíclica *Laborem Excercens*.

DERECHO AMBIENTAL, [R]*EVOLUCIÓN*

Eduardo Andrés Pigretti*

Sumario: 1. Introducción. 2. La inescindible relación entre el desarrollo sustentable y el crecimiento económico. 2.1. Algunas herramientas del Derecho Ambiental. 2.2. El desafío a corto plazo: reducción de los gases de efecto invernadero. 3. Responsabilidad extendida del productor. 3.1. Antecedentes internacionales. 3.2. Tipos de responsabilidad. 3.3. Instrumentos políticos. 3.4. Legislación argentina. 3.4.1. Legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias. 4. Palabras finales.

La Editorial El Derecho y el Derecho Ambiental tienen casi la misma edad y son contemporáneos. Por esta razón, y para celebrar este 60 aniversario del primero, nos proponemos repasar algunos temas que esperamos sean de interés.

1. Introducción

En la reciente publicación del *Suplemento de Derecho Ambiental y Sustentabilidad* de esta misma Editorial, nos habíamos preguntado sobre la necesidad y vigencia del Derecho Ambiental. En este contexto, citamos el apartado Octavo, *Una Ojeada al Estado*, aforismo Nº 459, *El derecho arbitrario, necesario*, donde Nietzsche[1] escribe:

* Director del *Suplemento Derecho Ambiental y Sustentabilidad*, de El Derecho.

1. Nietzsche, Friedrich, *Humano, demasiado humano*, p. 222, Akal, Vol. I.

> "Los juristas disputan si es el derecho más cabalmente elaborado o el más fácil de entender el que debe triunfar [imperar] en un pueblo. El primero, cuyo modelo supremo es el romano, al profano se le aparece como ininteligible y, por lo tanto, no como expresión de su sentimiento del derecho. Los derechos nacionales [populares], como, por ejemplo, los germánicos, eran toscos, supersticiosos, ilógicos, en parte absurdos, pero correspondían a costumbres y sentimientos indígenas [autóctonos] heredados muy determinados. Pero donde, como entre nosotros, el derecho ya no es tradición, no puede ser más que impuesto, coacción; ninguno de nosotros tiene ya un sentimiento tradicional del derecho, por lo que debemos contentarnos con derechos arbitrarios [sensación de arbitrariedad, como opuesto al sentimiento, del cual carecería], que son la expresión de la necesidad de que tiene que haber un derecho [el Derecho, para nosotros: lo Justo]. El más lógico es en todo caso el más aceptable, por ser el más imparcial: incluso admitiendo que en cualquier caso la unidad mínima de medida en la relación entre delito y castigo está fijada arbitrariamente".

Establecimos sobre este texto la base de una necesidad atemporal de un Derecho, de aquello que nos guía u orienta, o impone, sobre la cual el Derecho Ambiental ha venido a ocupar un lugar de necesidad temporal imprescindible.

Ilustramos este punto con una referencia al antropoceno, un término utilizado por algunos especialistas para designar la era geológica actual que se distingue por el papel central que desempeña el hombre para propiciar cambios geológicos significativos. Es decir, a partir de la Revolución Industrial, el hombre desarrolló habilidades que determinaron la necesidad del surgimiento del Derecho Ambiental que hoy conocemos, y que podríamos llamar moderno o contemporáneo[2].

Sobre esta coyuntura, concluimos que esta especialidad o rama del Derecho, que ayer fue revolución y mañana caerá irremediablemente en la extinción, constituye no sólo un ámbito de discusión de algunos de los problemas más acuciantes de la humanidad y su plataforma actual (la biósfera), sino una herramienta de la humanidad

2. Durante la reunión de Río+20, se presentó el video *Welcome to the Antrophocene* (disponible en YouTube) y que vale la pena volver a mirar en el contexto de este texto.

para volver a encontrarse con la naturaleza, y a la naturaleza para darle una oportunidad a la humanidad.

Ahora bien, la evolución del Derecho Ambiental durante estos años fue –y continúa siendo– forjada a partir del aporte de innumerables personalidades. Sobre este punto, Franco publicó un trabajo insuperable en el que describe y categoriza a los autores en temas de Derecho Ambiental en la República Argentina.

El artículo se titula "Quién es quién en el Derecho Ambiental (2021)"[3], y comienza señalando:

> "Primero hablemos de la 'biblioteca' de Derecho Ambiental, que es la que se compone de todos los tratados, libros, artículos, ponencias, *papers* y publicaciones –tanto en papel como digitales– existentes sobre la materia. Por su extensión, la misma puede apabullar a cualquiera. Más que en otras ramas, se generan enormes caudales de doctrina (en rigor, más sobre 'política ambiental a través del Derecho' que sobre 'Derecho Ambiental' propiamente dicho).
> […]
> Con un ojo medianamente entrenado, se diferencian sin dificultad cinco principales corrientes doctrinarias".

Así, Franco describe, en primer lugar, a los "pioneros" y, entre ellos, destaca las figuras de Guillermo Cano, Mario F. Valls, Eduardo Pigretti y Dino Bellorio Clabot. A continuación, menciona a los democratizadores, una corriente que se inició con la restauración democrática de 1983 y tuvo su auge durante la década siguiente. Haciendo propias las ideas de Pedro J. Frías, los "democratizadores" colocaron al Derecho Ambiental en la senda del "federalismo concertado", con el aporte de destacados doctrinarios del interior.

A continuación, identifica a los ecologistas; corriente doctrinaria que impugna abiertamente la Teoría del Desarrollo Sustentable, postulando una redefinición drástica y no gradual del crecimiento y el desarrollo.

Continúa con los "expansivos", a quienes ubica a partir de la sanción de la Ley General del Ambiente Nº 25.675 (2002) y, por último, con los "compatibilizadores", línea doctrinaria en la que se

3. Franco, Horacio J., "Quién es quién en el Derecho Ambiental", disponible en: https://abogados.com.ar (fecha de consulta: 2/7/2021).

adscribe, junto con los referentes Leonardo De Benedictis y Juan M. Siano.

Por nuestra parte, entendemos que la evolución del Derecho Ambiental, que hoy adopta a la sustentabilidad entre muchas otras disciplinas necesarias para el cuidado de la naturaleza, no debe perder de vista al hombre, y en el hombre, a su pensamiento, que determina el aquí y el ahora.

Y si bien podemos y debemos preguntarnos si la protección de la naturaleza es un fin en sí mismo (teoría eco-céntrica) o su protección debe servir primero al hombre (teoría antropocéntrica), no podemos dejar de señalar que ambos –hombre y naturaleza– forman parte, hoy inescindible, de una misma creación.

El Derecho Ambiental seguirá evolucionando. Sin embargo, el éxito o el fracaso del Derecho Ambiental dependerá –en parte– más de la acción que de su desarrollo conceptual teórico (que, como hemos visto, es profundo y diverso). Los incendios en la Provincia de Corrientes ocurridos en el 2021 son una prueba cabal de ello. Dejar de consumir indignación y pasar a la acción pareciera ser un imperativo contemporáneo, pero también es un privilegio.

2. La inescindible relación entre el desarrollo sustentable y el crecimiento económico

2.1. Algunas herramientas del Derecho Ambiental

Habiendo comentado el derrotero del Derecho Ambiental, resulta útil señalar algunas particularidades de las herramientas que el operador jurídico tiene a su disposición para su ejercicio.

Comencemos por señalar que, previo a la reforma de la Constitución Nacional en 1994, ante la falta de normas expresas en la Constitución Nacional para la tutela del ambiente, la jurisprudencia entendió que:

> "La tutela de los intereses generales comprometidos por la contaminación ambiental no es ajena al juez civil y no debe buscarse dentro del plexo normativo del Derecho Administrativo ya que, aun antes de la reforma constitucional de 1994, *el derecho de todo habitante a defender su medio ambiente es un derecho natural humano protegido por la garantía constitucional del artículo 14 bis de la Constitución*

> *Nacional*, relativa a la seguridad social integral de cada individuo, y el que acciona en tal sentido no actúa como administrado sino como ser titular de Derechos Humanos naturales"[4].

Ya con la incorporación del artículo 41 en el texto de la Constitución Nacional, el constituyente agregó el derecho de los habitantes a gozar de un ambiente caracterizado por ser sano y equilibrado, con un objetivo claro: que sea "[…] apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras […]".

Se observa, así, la existencia de un derecho (al ambiente sano) y la consecuencia u objetivo del mismo: para el desarrollo de los humanos, siendo que las actividades productivas (de la industria, el agro, del entretenimiento, etc.) sean utilizadas para ese desarrollo; todo sometido a la condición de no afectar a las generaciones futuras, receptando en nuestra legislación local los principios establecidos en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente (1992).

Desde los albores de los cuestionamientos que la sociedad científica realizó en la década de 1960 al desarrollo industrial desmedido, y hasta la fecha, el alcance de un desarrollo sustentable como objetivo de la sociedad industrializada se encuentra en evolución.

El Informe Anual del Programa Anual de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), de 1995, ha mencionado que:

> "El vínculo entre crecimiento económico y desarrollo humano fue analizado detalladamente en el capítulo 3 del primer Informe en 1990. La principal conclusión en materia de política fue que 'para que el crecimiento económico enriquezca el desarrollo humano, se requiere un manejo efectivo de las políticas; y recíprocamente, para que el desarrollo humano perdure, tiene que estar continuamente nutrido por el crecimiento económico. El énfasis exagerado, ya sea en el crecimiento económico o en el desarrollo humano, redundará en desequilibrios de desarrollo que terminarán por obstaculizar el progreso futuro'"[5].

4. C1ª CyCom., 15/11/1994, "Sagarduy, Alberto", *LLBA* 1995, 937, con nota de Carlos A. Botassi.

5. Ver "Informe Anual del Programa Anual de las Naciones Unidas para el Desarrollo", disponible en: https://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1995_es_completo_nostats.pdf.

Dicho informe contempló cuatro formas de crear un "vínculo conveniente" entre crecimiento económico y desarrollo humano. A modo de síntesis, cabe señalar: a) inversiones en educación, salud y conocimientos de las personas para facilitar la participación en el crecimiento económico y en sus beneficios; b) una distribución más equitativa del ingreso y de los bienes; c) gastos sociales bien estructurados con una base económica amplia para sostener la base social; y d) potenciación del ser humano en cuanto a opciones políticas, sociales y económicas.

Ninguna de esas consideraciones fue emitida sin tener presente la cuestión ambiental, eje sobre el cual se ha hecho énfasis a nivel internacional desde la redacción del Informe Brundtland (1987). Tanto es así que el informe mencionado reconoce que:

> "Si el proceso de desarrollo no crea instituciones que apoyen plenamente los derechos de las personas, no puede ser sostenible a largo plazo. Es así como el desarrollo humano hace hincapié en fortalecer las instituciones tanto del gobierno como de la sociedad civil, de modo que todo el proceso de desarrollo se haga sostenible internamente".

Ya para el año 2002, el Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, llevada a cabo en Johannesburgo, Sudáfrica, mantenía la lucha contra "la erradicación de la pobreza, la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo y la protección de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico" como el principal de los "problemas que debemos resolver"[6].

Ocho años después, en el informe de avances logrados a mayo del año 2010, el Comité Preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible explicaba que:

> "[…] es un hecho que las dimensiones sociales y de desarrollo, en particular la erradicación de la pobreza, no están adecuadamente contempladas en algunas de las políticas recomendadas en materia de economía verde. A pesar de que las recomendaciones de internalizar los factores externos son coherentes con la teoría económica, pueden tener

6. Ver "Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible", disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/636/96/PDF/N0263696.pdf?OpenElement.

> impactos sociales negativos si no se han formulado cuidadosamente y, en la mayor parte de los casos, además de tener que complementarse con otras políticas relativas a la oferta y demanda, podrían ser difíciles de aplicar si no cuentan con apoyo externo para fomentar la capacidad y establecer mecanismos de compensación"[7].

A veinte años de la Declaración de Río, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) manifestaba la importancia de cohesionar el crecimiento económico poblacional con los objetivos del desarrollo sostenible:

> "2. La erradicación de la pobreza es el mayor problema que afronta el mundo en la actualidad y una condición indispensable del desarrollo sostenible […] 3. Por consiguiente, reconocemos que es necesario incorporar aún más el desarrollo sostenible en todos los niveles, integrando sus aspectos económicos, sociales y ambientales y reconociendo los vínculos que existen entre ellos, con el fin de lograr el desarrollo sostenible en todas sus dimensiones"[8].

No obstante que allí se renovó el compromiso planteado en la Declaración de Río de 1992, lo cierto es que también se apuntó que en los veinte años transcurridos entre una y otra declaración "[…] los avances han sido desiguales […]", lo que implicaba una nueva necesidad: "[…] acelerar los avances hacia la eliminación de las diferencias entre países desarrollados y países en desarrollo, y crear oportunidades para lograr el desarrollo sostenible mediante el crecimiento económico y la diversificación, el desarrollo social y la protección del medio ambiente". Con todo lo dicho hasta aquí, resulta que el derecho a gozar de un ambiente sano es inescindible del derecho que tienen las personas a desarrollarse en su carácter de seres humanos; y ello está directamente ligado con la sustentabilidad del medio en el que vivimos.

7. Ver "Comité Preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible", disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/302/59/PDF/N1030259.pdf?OpenElement.

8. Ver "Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20)", disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=S.

La dicotomía entre el desarrollo sustentable y el crecimiento económico subsiste. En el Acuerdo de París –2015– se consideró la "relación intrínseca" entre las medidas que deberían tomarse para lograr un desarrollo sustentable y la erradicación de la pobreza. Pero la situación mundial, ya para la redacción del Acuerdo, implicó un reconocimiento del riesgo ambiental mediato. No por nada los objetivos allí planteados buscaban mantener el nivel de la temperatura media anual por debajo de los 2 ºC y limitar ese aumento a 1,5º con respecto a los niveles preindustriales, así como la reducción de gases de efecto invernadero y "situar los flujos financieros en un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima […]", demostrando, además, que el crecimiento económico tiene que prever los problemas que el cambio climático podría traer al desarrollo humano y al propio crecimiento económico.

Así las cosas, y a pesar de que la pandemia por COVID-19 durante el año 2020 impidió la continuidad normal de la actividad humana, durante el curso del año 2021 la ONU advirtió que los objetivos ambientales planteados estaban lejos de ser cumplidos. El Informe sobre la Brecha de Emisiones[9] señala que –a pesar de los compromisos asumidos en París 2015– se estima para fines de siglo un aumento de la temperatura global de 2,7 ºC, lo que se encuentra muy por encima del límite acordado en el 2015.

La forma de evitar ese panorama es cumplir con los objetivos del Acuerdo de París, reduciendo a la mitad las emisiones de gases de efecto invernadero en un plazo de tan solo ocho años. Uno de los puntos relevantes para llegar a esa meta es la reducción del uso de combustibles fósiles, la correcta disposición de residuos y el uso de técnicas de mitigación para las emisiones de metano.

En este panorama cabe preguntarse si es posible que el desarrollo humano y las políticas económicas del sistema actual puedan, en tan exiguo plazo, congeniar a fin de obtener el mentado desarrollo sostenible. Se ha mencionado que:

> "Las obligaciones contraídas en virtud del derecho de los Derechos Humanos deben orientar todos los esfuerzos por formular y aplicar políticas económicas. La economía debería estar al servicio de la gente

9. Ver "Informe sobre la Brecha de Emisiones", disponible en: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/36990/EGR21.pdf.

> y no al revés […]. La realización de los Derechos Humanos suele verse afectada por la escasez de recursos. Por lo tanto, las políticas de reforma económica que afectan a la disponibilidad de recursos pueden afectar de manera negativa y profunda todos los Derechos Humanos"[10].

En nuestro país –al igual que ocurre con los distintos países del mundo–, la cuestión está atravesada por las dificultades propias y particulares de la idiosincrasia nacional. Como se dijo *supra*, nuestra Constitución Nacional contempla el derecho de los habitantes a un ambiente sano, para su desarrollo y el desarrollo de las generaciones futuras. Ello, además, implícito dentro de un sistema constitucional que contempla el desarrollo de industrias lícitas, la protección de la propiedad privada, la distribución de la propiedad de los recursos naturales entre la Nación y las provincias según la ubicación de esos recursos y las competencias municipales.

Al analizar la cuestión del desarrollo económico constitucional, se ha mencionado que:

> "El programa constitucional para el desarrollo federal de la Nación Argentina considera que gobernar es poblar, creando empleo, con arraigo de la población, crecimiento regional en equilibrio y equidad, igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional para el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social y ambientalmente sustentable para las futuras generaciones"[11].

Pero también señala las dificultades que enfrentan esos objetivos:

> "a) La disfuncional adopción de la coparticipación federal y las asignaciones específicas y la concurrencia en el ejercicio del poder de imposición. La hipertrofia del Tesoro Nacional;
> b) La concentración de recursos que lleva a la de poderes y el sistema de delegación discrecional inversa;

10. Bohoslavsky, Juan Pablo, "Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos", p. 1, SJA 15/04/2020, *La Ley* – TR *La Ley* AR/DOC/746/2020.

11. Garat, Pablo María, "El programa constitucional para el desarrollo federal", p. 10, Acad. Nac. de Derecho, 2016 (diciembre), TR *La Ley* AR/DOC/2520/2016.

> c) Los cambios en el Senado que han acentuado su falencia como representación de la diversidad en la unidad y moderador del ejercicio del poder presidencial"[12].

Como solución para estos problemas, el autor sugiere la sustitución del Tesoro Nacional por un sistema fiscal federal que distribuya las competencias en un marco descentralizado, estableciendo las responsabilidades a partir del orden municipal y la transformación del Senado para que actúe como garante del sistema, alejando el proceso de selección de representantes de esa Cámara de otras elecciones.

Por su parte, Bohoslavsky apunta que son los Estados, así como las instituciones financieras internacionales "[…] y otros acreedores […]", quienes deberían "demostrar que las medidas de reforma económica que proponen servirán para cumplir, no para socavar, las obligaciones de los Estados en materia de Derechos Humanos", esto ya que "es responsabilidad del Estado demostrar que sus políticas no violan los Derechos Humanos"[13]. En ese tenor, indica que los Estados deben evitar y sancionar la evasión fiscal, establecer un sistema tributario progresivo ampliando, de ser necesaria, la base impositiva sobre las empresas multinacionales y los más ricos; mejorar la recaudación de impuestos y reorganizar el uso del dinero para garantizar la financiación de los servicios públicos:

> "Los procesos de adopción de decisiones en torno a las políticas tributarias y fiscales deben estar abiertos a un verdadero debate público informado por procesos de diálogo social inclusivo, amplio, transparente y deliberativo, que debería tener un amplio componente de teoría y pruebas económicas, expresadas en un lenguaje accesible al público"[14].

Pero la cuestión no se agota en el debate político; también es preciso mencionar el interés del Poder Judicial en la evaluación macroeconómica de las consecuencias de los fallos que se dicten.

12. Garat, ob. cit., p. 11.
13. Bohoslavsky, ob. cit., p. 5.
14. Bohoslavsky, ob. cit., p. 9.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la Acordada Nº 36/2009[15], creó la Unidad de Análisis Económico, que actúa dentro de la órbita de la Secretaría General de Administración de la Corte. El propósito de esta Unidad, volcado en los considerandos de la Acordada, está dado por la necesidad de ponderar "las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (*Fallos*: 302:1284)". La Corte entendió que los fallos debían tener un análisis especializado que respondiera a los alcances de las normas constitucionales en materia tanto de contribuciones equitativas y proporcionales, retribuciones justas, salario mínimo, vital y móvil, participación en las ganancias, y en particular, en lo que aquí interesa, desarrollo humano y actividades productivas, ello en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional. Por eso, facultó a la Unidad de Análisis Económico para que realizara "los estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en los expedientes en trámite ante el Tribunal" [cfr. punto 2, a) de la Acordada].

Señala Duarte que:

> "Del detalle minucioso de derechos que realiza la acordada, como contenidos directamente referidos a cuestiones de naturaleza económica, no surgen algunos otros derechos netamente económicos previstos en la Constitución Nacional, como por ejemplo el derecho a 'ejercer toda industria lícita', 'navegar y comerciar', 'usar y disponer de la propiedad' (arts. 14 y 17 de la CN) y '[…] el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí' (art. 75, inc. 13, CN).
> La razón de por qué los derechos mencionados en el párrafo anterior no están en la enumeración que la Corte eligió en la Acordada Nº 36, no la sabemos. Simplemente nos llama la atención que los derechos que mencionamos, omitidos en la acordada, son propios del pensamiento liberal del siglo diecinueve, expuestos en el texto original de la constitución de 1853 (v. gr., arts. 14, 17 y 67, inc. 12 viejo). De un simple cotejo se

15. Ver "La Corte creó una unidad para analizar el impacto económico de sus sentencias", 9/9/2009, disponible en: https://www.cij.gov.ar/nota-2271-La-Corte-creo-una-unidad-para-analizar-el-impacto-economico-de-sus-sentencias.html.

podría concluir que se han elegido los derechos sociales propios del Estado Social de Derechos (reformas 1957 y 1994) y descartado para el análisis económico los propios del texto liberal de 1853"[16].

La creación de esta Unidad de Análisis Económico provocó un debate sobre los alcances de la Acordada, especialmente sobre la incidencia que los análisis realizados por esa Unidad podrían acarrear sobre el contenido de los fallos. De este modo, Díaz señaló que "la Corte va a usar elementos económicos para fundar sus fallos para 'precisar los alcances jurídicos de las normas constitucionales de contenido económico', que resultarán en señales al Mercado (actores privados) y al Estado (reguladores)"[17]. Explica que la incidencia en los procesos judiciales significará, además, que las partes soliciten la intervención de esta Unidad con la interposición del Recurso Extraordinario Federal y que los tribunales inferiores seguirán el ejemplo trazado por la Corte, de modo que "el análisis económico se integrará también a los procesos de control de constitucionalidad provinciales"[18].

Pero con independencia del impacto que esta Unidad podría tener o hubiera tenido en el desarrollo de procesos entre partes, lo más relevante estará dado por la influencia que el análisis económico del Derecho tendrá en el resultado de un caso. Así, podría resultar que los fallos se orienten a una perspectiva de maximización de recursos, anteponiendo esa optimización como presupuesto del desarrollo; o bien, que se utilice ese análisis para buscar un equilibrio entre el crecimiento económico y el desarrollo social –y, por tanto– sustentable.

Es que la Corte, al dictar esta Acordada, ha tenido expresamente en miras la disposición del artículo 41 de la Constitución Nacional, lo que permite afirmar que los objetivos planteados en esa norma serán tenidos en cuenta en el proceder jurisdiccional del Máximo Tribunal. Y esto, una vez más, tiene relación con los antecedentes inmediatos de la reforma constitucional de 1994. La Declaración de Río de 1992, en su principio 16, requirió que los Estados aseguraran

16. Duarte, David, "Los derechos sociales y el análisis económico del derecho", p. 2, *La Ley*, 2010. TR *La Ley* AR/DOC/4510/2009.

17. Díaz, Rodolfo, "Una acordada Alberdiana. La unidad de análisis económico", p. 3, *La Ley*, 13/11/2009, AR/DOC/4046/2009.

18. Díaz, ob. cit., p. 4.

la "internalización de los costes ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costes de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales".

Es posible colegir que el problema no está dado por la falta de normativas, ni acuerdos internacionales; tampoco resulta inexistencia el reconocimiento de la problemática ambiental a la que, como sociedad global, nos enfrentamos. Sino que el punto de mayor conflicto está dado por la imposibilidad de hacer coincidir tales objetivos con la obtención de riqueza y su distribución equitativa.

Sin perjuicio de ello, existen en la actualidad herramientas que pueden ser utilizadas para cohesionar estas dos cuestiones tan esenciales, como lo son el desarrollo humano y el crecimiento económico. Y el rango de esas herramientas parte desde el reconocimiento de algunos derechos de tipo ambiental en la categoría de *Derechos Humanos no políticos* hasta las herramientas del *Análisis Económico del Derecho*.

2.2. El desafío a corto plazo: reducción de los gases de efecto invernadero

Comentábamos en el apartado anterior que el último informe emitido por las Naciones Unidas en materia de emisiones gaseosas alertaba sobre las consecuencias a mediano y corto plazo que enfrentaríamos a nivel mundial de no cumplir con los límites establecidos en el Acuerdo de París.

Tal situación amerita recordar que ya desde la firma del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, en 1987, se buscaba una forma de atenuar los efectos que el desarrollo de las actividades antrópicas causaba sobre el medio ambiente. De tal forma que en ese entonces se había determinado la necesidad del control de ciertas sustancias cuyo impacto afectaba directamente a la capa de ozono, y se asumió el compromiso de que no se superaran los valores máximos determinados en el Anexo I del protocolo para el año 1986.

Con la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), en 1992, se buscó la "estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a

un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible" (art. 2º de la CMNUCC). Los compromisos asumidos en dicha oportunidad apuntaban a la toma de medidas para determinar, entre otras cuestiones, cuáles eran las emisiones antropógenas, la creación e implementación de programas nacionales y regionales para mitigar el cambio climático, la promoción de industrias sostenibles y la cooperación para realizar los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático.

Con el Protocolo de Kioto de 1998 se buscó la determinación de límites de emisiones gaseosas, con especial énfasis en aquellos países que, por su desarrollo, estaban en mejores condiciones para aplicar medidas sustentables para cumplir con ese objetivo, y que habían sido identificados ya en el Anexo I de la CMNUCC. También se buscó el control de aquellas emisiones gaseosas no controladas por el Protocolo de Montreal generadas por los combustibles del transporte aéreo y marítimo internacional.

El artículo 2º, inciso 1º, del Protocolo en análisis, señalaba algunas medidas concretas que deberían tomarse para alcanzar los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero, entre las que se mencionaban la eficiencia energética, la protección y mejora de los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero, el desarrollo de tecnologías para la obtención de formas renovables de energía, de secuestro del dióxido de carbono y de tecnologías ecológicas; la reducción progresiva de las deficiencias del mercado, la implementación de incentivos fiscales, exenciones tributarias y arancelarias para su mejora; la toma de medidas para la limitación de los Gases de Efecto Invernadero (GEI), la cooperación de las partes para fomentar estos cambios de manera individual y global. Vale resaltar que el artículo 6º del Protocolo dispone la posibilidad de que las Partes contempladas en el Anexo I transfieran entre sí o a cualquiera de las otras partes "unidades de reducción de emisiones", las que resultan de aquellos proyectos de reducción de emisiones de GEI. Se había dispuesto allí que los países del Anexo I debían reducir las emisiones de esos gases a los niveles del año 1990.

Para el 2015, el Acuerdo de París buscó la mejora de la aplicación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio

Climático de 1992. Como dijimos, se estableció como límite en el aumento de temperatura 1,5 ºC respecto a los niveles preindustriales y la concreción de un mecanismo para la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero con los siguientes objetivos:

> "a) Promover la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero, fomentando al mismo tiempo el desarrollo sostenible;
> b) Incentivar y facilitar la participación, en la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de las entidades públicas y privadas que cuenten con la autorización de las Partes;
> c) Contribuir a la reducción de los niveles de emisión en las Partes de acogida, que se beneficiarán de actividades de mitigación por las que se generarán reducciones de las emisiones que podrá utilizar también otra Parte para cumplir con su contribución determinada a nivel nacional; y
> d) Producir una mitigación global de las emisiones mundiales".

No obstante, las metas fijadas por el Acuerdo deberían haberse implementado a partir del año 2020, lo que motivó críticas a la redacción del Acuerdo:

> "Al respecto, argumentan que el documento, en su versión en español, tiene 143 veces la palabra 'debería', un modo verbal condicional que sustituye la conjugación 'deberá', que significa que se hará lo que se proclama, sin condicionamientos. Debería viene de 'deber', que significa obligación"[19].

El panorama resulta desafiante si se piensa la necesidad de reducir en un 45 % los GEI de aquí al año 2030, para lograr la meta de no superación de los 1,5 ºC buscada en el Acuerdo[20].

Pero así como está el desafío, existen herramientas para enfrentarlo, sobre todo, el reconocimiento de la necesidad de emplearlas. En este marco, entre el 31 de octubre y el 14 de noviembre de 2021 se desarrolló en la ciudad de Glasgow la COP 26, a la que tuvimos el honor de asistir. Esta conferencia, que debió posponerse un año como consecuencia de la pandemia de COVID-19, al estar bajo el

19. Villares, Mariano I., "Cambio climático: conclusiones del Acuerdo de París", p. 8, *La Ley*, 2016, AR/DOC/4091/2016.

20. Ver "Llegar a las emisiones netas cero: el mundo se compromete a tomar medidas", disponible en: https://www.un.org/es/climatechange/net-zero-coalition.

paraguas de las Naciones Unidas, requiere que sus decisiones se tomen por consenso. Sin embargo, lo que más llamó la atención no fue la dificultad para lograr consenso, sino la activa participación del sector privado y la escasa participación de los operadores políticos.

Las empresas, por su parte, llegaron a la convención habiendo asumido distintos compromisos. Desde ser neutrales a emisiones negativas de carbono. El concepto de *carbon negative* adoptado por Microsoft, por ejemplo, significa que la empresa se compromete a remover mayores cantidades de carbono que las que emite para el año 2030. Este compromiso incluye no solo las emisiones directas (generadas por edificios corporativos y *data centers*), sino también las indirectas generadas por los usuarios finales[21].

Es importante destacar que otros foros internacionales también están contribuyendo con diversos enfoques en la lucha contra el cambio climático. A las discusiones en el Foro Económico Mundial de Davos durante el año 2020, se le suma el caso de la Organización Mundial del Comercio.

Por otra parte, a finales de febrero de este 2022, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), al publicar su trabajo, "Cambio Climático 2022: Impactos, adaptación y vulnerabilidad", tuvo la oportunidad de ponderar el factor de muchas de estas herramientas:

> "La creciente urbanización y el cambio climático, en conjunto, crean riesgos complejos, especialmente en aquellas ciudades que ya tienen un crecimiento urbano mal planificado, altos niveles de pobreza y desempleo, y una falta de servicios básicos […]. No obstante, las ciudades también brindan oportunidades para la acción climática: los edificios verdes, el suministro fiable de agua limpia y energías renovables, así como los sistemas de transporte sostenibles que conectan las zonas urbanas y rurales pueden contribuir a una sociedad más inclusiva y justa"[22].

Se mantienen las asignaturas pendientes en este campo.

21. Bass, Dina, *Out of Thin Air*, p. 64, Bloomberg Green, Summer 2020.

22. Ver Comunicado de prensa del IPCC, 28/02/2022, p. 2, disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2022/02/PR_WGII_AR6_spanish.pdf.

3. Responsabilidad extendida del productor

3.1. Antecedentes internacionales

El término "responsabilidad extendida del productor" (*förlängt producentansvar*) (en adelante, indistintamente, "REP" o "responsabilidad extendida del productor") fue oficialmente presentado en el informe para el Ministerio de Medio Ambiente de Suiza, "Modelos para la responsabilidad extendida del productor", por los profesores Lindhqvist y Lidgren, en el año 1990.

El profesor Lindhqvist define la responsabilidad extendida del productor de la siguiente manera:

> "Se trata de un principio político para promover mejoras ambientales para ciclos de vida completos de los sistemas de los productos al extender las responsabilidades de los fabricantes del producto a varias fases del ciclo total de su vida útil, y especialmente a su recuperación, reciclaje y disposición final. Un principio político es la base para elegir la combinación de instrumentos normativos a ser implementados en cada caso en particular. La responsabilidad extendida del productor es implementada a través de instrumentos políticos administrativos, económicos e informativos"[23].

Como puede apreciarse, la responsabilidad extendida del productor apunta a un nuevo tipo de responsabilidad, que conviviría con otros sistemas de responsabilidad, de aplicación a los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (en adelante, indistintamente, "RAEE" o "residuos de aparatos eléctricos y electrónicos").

Hay dos grupos de objetivos en un programa REP: (1) la mejora en el diseño de los productos y sus sistemas, y (2) la alta utilización de productos y materiales de calidad a través de la recolección, tratamiento y reutilización o reciclaje. Mirando a través de la lente del pensamiento de ciclo de vida útil, la REP redefine los productos y sus diseños como recipiente y raíz de los problemas ambientales, respec-

23. Lindhqvist, Thomas, "La responsabilidad extendida del productor en el contexto latinoamericano", *International Institute for Industrial Environmental Economics*, p. 18, Lund University, 2008. La definición transcripta refleja tres piedras angulares de la responsabilidad extendida del productor: "enfoque de prevención de la contaminación", "pensamiento sobre el ciclo de vida" y "el que contamina paga".

tivamente. La mismísima razón por la que se hace responsables a los fabricantes es porque la mayoría de los impactos ambientales están (pre)determinados por el diseño de sus productos. Por lo tanto, un programa REP efectivo deberá brindar incentivos a los fabricantes para que adopten diseños ambientales, es decir, "el desarrollo de productos aplicando criterios ambientales que apuntan a la reducción de los impactos en el medio ambiente a lo largo del ciclo de vida del producto".

La mejora en los diseños puede ser, además, divida en dos categorías: mejora en el diseño del producto y mejora en los sistemas del producto. Un ejemplo de mejoras en el diseño del producto es la elección de materiales de bajo impacto o la sustitución de componentes, la reducción del tamaño y peso del producto, la reducción de la energía usada durante la etapa de utilización, el diseño para el desarmado, el diseño para el reciclaje, la prolongación del ciclo de vida útil de un producto mejorando su calidad, etc. Por otra parte, el sistema de un producto implica todos los demás factores, independientemente del producto en sí, que permiten su funcionamiento a lo largo del ciclo de vida útil. Como ejemplo de mejoras en el sistema del producto se incluye el desarrollo de tecnologías de reciclaje, logística inversa y estrategias de mercado, como el "*leasing*" de productos.

Existen por lo menos dos factores que influyen en la fuerza del incentivo en el diseño: la exclusión y la inmediatez. Primero, es probable que un fabricante invierta en diseño ambiental si puede competir de manera más favorable y excluir a sus competidores de los beneficios de su inversión. En igualdad de condiciones, cuanto más se acerque un programa REP a la responsabilidad individual del productor (en adelante, indistintamente, "RIP" o "responsabilidad individual del productor) –en la que un productor es responsable de sus propios productos–, más efectivo será. Segundo, en lo referente al futuro, cuanto más inmediato sea el beneficio, mayor será el incentivo para el diseño ambiental.

El segundo grupo de objetivos de la REP puede subdividirse en tres categorías: recolección, tratamiento, y reutilización y reciclaje. Primero, un programa REP efectivo debe lograr clasificar los productos desechados e incorporarlos al sistema. Segundo, los RAEE recolectados deben ser tratados en un modo adecuado para el ambiente. Tercero, su valor material y su valor calórico deben ser aprovechados de manera óptima a través de la reutilización, del reciclaje del material y de la valorización energética, es decir, en concordancia con la llamada "jerarquía de gestión de residuos".

Si bien podría alcanzarse este objetivo convencional de gestión de residuos a través de otros enfoques que no sean REP, existen muchas ventajas cuando se asignan responsabilidades al productor. En primer lugar, el asignarle responsabilidades claras a un actor evitaría la situación en la que la responsabilidad de todos termina siendo la responsabilidad de nadie. En segundo lugar, es conveniente obtener el apoyo económico de los actores en los puntos de venta minorista para consumo final, donde existe tanto la posibilidad como la voluntad de pagar. En otras palabras, el llamado "mecanismo económico de pago anticipado" tiene una ventaja por sobre el mecanismo en el que paga el usuario final, y es que es menos probable que se dé lugar a los basureros ilegales.

Además, cuando se utiliza el mecanismo económico posconsumo para saldar la financiación de productos complejos que tienen una larga vida útil, como los aparatos eléctricos y electrónicos, se requiere de un mecanismo complementario para asignar los costos de los productos huérfanos, cuyos productores desaparecen del mercado, antes de que éstos alcancen la fase de fin de ciclo. En tercer lugar, si un productor sabe que deberá hacerse cargo de sus productos al final de su vida útil, tendrá un incentivo para incorporar consideraciones de fin de ciclo en sus diseños. A diferencia de los dos primeros puntos, que son indiferentes a la división de responsabilidades entre los productores y entre éstos y los consumidores, esta consideración apunta hacia la responsabilidad individual del productor. Cuando la REP se implementa de manera tal que todos los productores están afectados de igual manera –independientemente del diseño de sus productos, y pudiendo transferir la mayor parte de sus costos al consumidor–, los incentivos económicos para mejorar los diseños, de existir alguno, son mínimos. Todo esto destaca la importancia de la competencia. En cuarto lugar, el asignarle responsabilidades a un productor, aun de los productos históricos, lo llevaría con el tiempo a involucrarse físicamente en la gestión del fin de ciclo.

3.2. Tipos de responsabilidad

La extensión de las responsabilidades de los fabricantes varía según el programa REP, tanto en cuanto a los tipos de responsabilidades como a las actividades de las que se deben encargar. Los tres tipos de responsabilidad a los cuales apuntan estos programas son:

(a) responsabilidad legal, (b) responsabilidad física y (c) responsabilidad económica.

La *responsabilidad legal* implica la responsabilidad por daños probados al medio ambiente causados por el producto en cuestión. El alcance de la responsabilidad legal lo determina la legislación y puede incluir las diferentes etapas del ciclo de vida útil del producto, incluidos su uso y disposición final.

La *responsabilidad económica* significa que el productor cubrirá todos o parte de los costos, por ejemplo, la recolección, reciclaje y disposición final de los productos que fabrica. Estos costos podrían ser pagados directamente por el productor o a través de una tarifa especial.

La *responsabilidad física* se utiliza para caracterizar los sistemas en los que el fabricante participa activamente en el manejo físico de los productos o de sus efectos.

Retener la propiedad sobre sus productos a lo largo de su ciclo de vida, como en un sistema producto-servicio (en adelante, indistintamente, "SPS" o "sistema producto-servicio"), es el instrumento más importante para que el productor cumpla con sus responsabilidades.

En principio, cuantas más responsabilidades asume el productor, más fuertes son los mecanismos de REP. Sin embargo, cuando se diseña un programa quizás no sea necesario que el productor sea responsable de todos los aspectos o que se involucre en todas las actividades para alcanzar los objetivos mencionados. Por ejemplo, en muchos programas, debido a sus amplias redes y a la comodidad que implica para los consumidores, se obliga a los minoristas a recibir los productos obsoletos de los consumidores en base a un trato individual o a los tipos de productos que vende, y se les exige brindar información para asegurarse de que los consumidores entiendan que cuentan con este servicio. A veces, también asumen los gastos de recolección. En muchos casos, el separar la responsabilidad física de la económica resulta muy efectivo para alcanzar altas tasas de recolección.

3.3. Instrumentos políticos

Como principio político que es, la REP ayuda a seleccionar inteligentemente políticas mixtas de un repertorio de instrumentos,

para alcanzar los objetivos. Éstas también deben adaptarse a los productos y contextos locales. Si bien es evidente que no existe una única manera adecuada, sí existen algunos patrones generales que pueden ser descriptos en forma detallada.

La *restricción de sustancias* en un programa REP es un instrumento administrativo. Desde el punto de vista del diseño, obliga a los fabricantes a retirar los tóxicos de sus diseños. Desde la perspectiva del consumidor, asegura insumos menos peligrosos y, por ende, procesos de recuperación y tratamiento más seguros[24].

Las *metas de reutilización y reciclaje* son una especie de instrumento administrativo que indican el nivel mínimo de reutilización y reciclaje de los RAEE recolectados. Idealmente, debería existir una diferenciación entre la reutilización dentro de un circuito cerrado en forma de metas de reutilización y reciclaje de componentes/productos y el bajo ciclaje (reciclaje que logra un producto de inferior calidad) en forma de órdenes de utilización, como, por ejemplo, la reutilización de plásticos reciclados por parte de sectores por fuera del ámbito de la electrónica.

Si bien las metas se centran en el segundo grupo de objetivos, desde una perspectiva de la responsabilidad extendida del productor, su efectividad debe ser evaluada, por ejemplo, en términos de la elección de materiales que les sugiere a los diseñadores.

En los sistemas cuyos procedimientos requieren de autorización estatal, existen *estándares de tratamiento adecuados para el medio ambiente* que las empresas de RAEE deben cumplir. Los estándares pueden ser normativas relacionadas a la emisión, por ejemplo, estableciendo valores límites o estándares de producción/especificación. Este último puede subclasificarse en dos grupos. El primero son los estándares que indican tratamientos específicos para ciertos componentes y/o materiales. El segundo son requerimientos técnicos en lo que se refiere a los lugares de almacenamiento y tratamiento. Independientemente del tipo de normas, su efectividad depende mucho de la habilidad de las autoridades respectivas para controlarlas y

24. Un ejemplo notable de ello es la directiva 2002/95/CE de Restricción de ciertas Sustancias Peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos (RoHS - *Restriction of Hazardous Substances*) para la Unión Europea, que restringe el uso de seis sustancias: plomo, mercurio, cadmio, cromo hexavalente, polibromobifenilos (PBB), polibromodifeniléteres (PBDE) y la reducción progresiva de clorofluorocarbonos (CFC) en aparatos de refrigeración.

hacerlas cumplir. Una forma de facilitar su control y aplicación es incentivar a las plantas de tratamiento a que incorporen sistemas de gestión ambiental.

Contrarias a los estándares de tratamiento (que indican qué hacer) están las *restricciones de tratamiento y descarte* (que indican qué no hacer), como, por ejemplo, las normas en contra de los rellenos sanitarios con residuos que contienen sustancias peligrosas, la quema de PVC, etc. El principio fundamental de dichas restricciones es controlar, y hasta prohibir, cualquier tipo de operación considerada de alto riesgo para la salud pública y el medio ambiente. Las restricciones también obligan a los fabricantes y productores de materiales a desarrollar tratamientos y métodos de disposición final alternativos y más seguros para sus productos y materiales. En la era de la globalización, para que estas restricciones y estándares nacionales tengan sentido, se necesita un marco de control de movimiento transfronterizo de RAEE.

El *etiquetado* tiene un papel facilitador fundamental en un programa REP. Puede cumplir varias funciones. En primer lugar, especifica el momento en el que los productos salieron al mercado. Esto es lo más importante, ya que un programa REP efectivo necesita poder distinguir entre los productos nuevos de los históricos. En segundo lugar, la etiqueta puede utilizarse para informar a los usuarios sobre su propia función en la separación de RAEE para su recolección. En tercer lugar, para facilitar aun más la RIP, el productor responsable de nuevos productos debe ser identificable. Más allá de estas funciones facilitadoras, este instrumento informativo también puede incentivar mejoras en los diseños y una mayor utilización de productos y materiales de calidad. La gestión de fin de vida útil puede facilitarse incluso más si los productores son obligados a brindar información sobre la reutilización y tratamiento a los centros de reutilización y a los establecimientos de reciclaje, por ejemplo, a través de instrumentos informativos.

3.4. Legislación argentina

A nivel nacional, nuestro país cuenta con diversas leyes federales en materia de residuos: (a) Ley Nº 25.916 de "Gestión de Residuos Domiciliarios"; (b) Ley Nº 24.051 de "Residuos Peligrosos";

(c) Ley Nº 25.612 de "Gestión Integral de Residuos Industriales" y (d) Ley Nº 27.279 de "Productos Fitosanitarios".

La primera de ellas –Ley Nº 25.916– establece los "presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión integral de los residuos domiciliarios, sean éstos de origen residencial, urbano, comercial, asistencial, sanitario, industrial o institucional, con excepción de aquellos que se encuentren regulados por normas específicas" (art. 1º). Establece las etapas que hacen a la gestión integral de residuos sólidos urbanos (GIRSU): generación, disposición inicial, recolección, transferencia, transporte y tratamiento y disposición final.

El artículo 3º de la ley establece las definiciones de cada una de estas etapas. Se determina, así, que *generación*: es la actividad que comprende la producción de residuos domiciliarios, y *disposición inicial*: constituye el depósito o abandono de los residuos efectuados por quien los genera.

La ley delega en "las distintas jurisdicciones" la forma en que esta disposición podrá ser realizada, pero facilita algunas opciones, tales como la "General", sin clasificar ni separar los residuos, o la "Selectiva", que implica la clasificación y separación de residuos a cargo del generador.

Otras definiciones relevantes incluyen:

Recolección: implica el acopio y carga de los residuos en vehículos recolectores. Determina la ley que podrá ser realizada de manera "General" o "Diferenciada", según se realice sin discriminación de residuos o sea efectuada teniendo en miras el tipo de residuo, su tratamiento y posterior valoración.

Transferencia: refiere a las actividades de almacenamiento transitorio y/o acondicionamiento de residuos para su transporte.

Transporte: son traslados de los residuos entre los diferentes sitios comprendidos en la gestión integral.

Tratamiento: implica las operaciones para el acondicionamiento y la valorización de los residuos. La ley especifica que el acondicionamiento son aquellas operaciones para "adecuar los residuos para su valorización o disposición final". De modo que valorizar implica un procedimiento para obtener "el aprovechamiento de los recursos contenidos en los residuos, mediante el reciclaje en sus formas física, química, mecánica o biológica, y la reutilización".

Disposición final: es el conjunto de operaciones destinadas a lograr el depósito permanente de los residuos domiciliarios, incluyendo también aquellas fracciones de los residuos que no puedan ser objeto de otro tratamiento. Comprende, también, las actividades de clausura y posclausura de los centros de disposición final.

Si bien la norma tiene por objeto el "adecuado y racional manejo de los residuos domiciliarios mediante su gestión integral" (art. 4º, inc. a) y la promoción de su valorización (art. 4º, inc. b), delega en las autoridades locales (es decir, provincias y municipios) el dictado de normas internas para acondicionar, en cada caso, la gestión de los residuos sólidos urbanos; siendo que en materia interjurisdiccional el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) cuenta con atribuciones para realizar la coordinación pertinente a fin de obtener la cooperación en el cumplimiento de los objetivos de la ley (cfr. art. 22).

La Ley Nº 24.051 de Residuos Peligrosos, por su parte, apunta a tutelar la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos considerados peligrosos en la jurisdicción nacional, de aquellos que sean transportados de una provincia a otra o cuando, según el caso, se considere que pudieren afectar a las personas o al ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubieren generado. También para el caso de que, por medidas higiénicas o de seguridad, en atención del tipo de peligro del residuo, precise una uniformidad normativa en todo el territorio de la Nación (cfr. art. 1º).

La ley establece, en su Anexo I, un listado de aquellos residuos que se consideran peligrosos por tener alguna de las características que enumera el Anexo II, es decir, capacidad de causar daño "directa o indirectamente a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general" (art. 2º). Se pueden enumerar, dentro del marco de esta ley, los residuos patológicos (art. 19), desechos clínicos, farmacéuticos, de disolventes orgánicos, desechos minerales no aptos para el uso al que estaban destinados, mezclas y emulsiones de desecho de aceite y agua o de hidrocarburos y agua, sustancias que contengan PCBs (bifenilos policlorados), PCTs (trifenilos policlorados) o PBBs (bifenilos polibromados); los desechos resultantes de la preparación de tintas, colorantes, pigmentos, pinturas; sustancias químicas de desecho no identificadas, desechos de carácter explosivos, residuos resul-

tantes de operaciones de eliminación de desechos industriales, entre otros.

Esta ley expresamente excluye los residuos domiciliarios, radioactivos y los derivados de operaciones normales en buques, que se rigen por leyes especiales. También prohíbe, de acuerdo con la letra del artículo 3º, la importación, introducción y el transporte de todo tipo de residuos provenientes de otros países, incluyendo los de origen nuclear.

El marco de esta ley es amplio, ya que establece la creación del Registro de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos, los procedimientos de custodia desde el origen del residuo, su transferencia y transporte hasta la planta de tratamiento y disposición final, así como las obligaciones y responsabilidades de cada uno de los actores que intervienen en todo el proceso; tasas que percibe el Estado en lo que sea encargado del ejercicio de policía administrativa, planes y características de la actividad de cada uno de los involucrados en la generación, transporte y disposición final del residuo.

En lo que a este trabajo interesa, se puede resaltar:

Obligaciones del generador de residuos peligrosos: el artículo 17 de la ley exige la disminución de la cantidad de residuos peligrosos generados; la separación adecuada de los residuos con énfasis en evitar la *mezcla* de aquellos incompatibles entre sí; el envase, identificación (numeración y fecha en que se envasó) de los residuos; y la entrega de aquellos con indicación precisa del destino final en el manifiesto que corresponda (cfr. art. 12 de la ley).

Obligaciones del transportista: acreditar ante la autoridad de aplicación, además de los datos de la persona física o jurídica encargada de la tarea, el tipo de residuos a transportar, el listado de vehículos y contenedores a ser utilizado, la capacidad de respuesta para casos de emergencia en situación del transporte y contar con una póliza de seguro que cubra posibles siniestros (cfr. art. 23); así como también recibir los residuos del generador siempre que estén acompañados del manifiesto y que solo deberán ser entregados a las plantas de tratamiento (art. 26), identificando en forma clara al vehículo y su carga; y poseer manual de procedimientos y materiales y equipamiento adecuado para la neutralización de una eventual liberación de residuos, contar con radiofrecuencia para las comunicaciones dentro del vehículo, entre otras obligaciones que prevé el artículo 28.

A su vez, se prohíbe que el transportista mezcle residuos entre sí o con sustancias no peligrosas; los almacene por un período mayor

a 10 días, realice el transporte de aquellos que estén envasados de forma deficiente; acepte residuos que no cuenten previamente con un destino a planta de tratamiento y/o disposición final; y transportar de manera simultánea residuos peligrosos incompatibles en la misma unidad de transporte.

Obligaciones en plantas de tratamiento y disposición final: deben encontrarse debidamente inscriptas en el Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos peligrosos, contar con certificado de radicación industrial y haber sido inscriptas con descripción de sus características edilicias y equipamiento de la planta según los residuos a tratar, incluyendo la descripción de los procedimientos a utilizar para el tratamiento, almacenamiento, carga y descarga y disposición final de los residuos. También deben contar con manuales de higiene y seguridad, planes de contingencia y de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas, planes de capacitación del personal, planes de cierre y restauración del área, Evaluación de Impacto Ambiental previo en caso de instalación de una planta, así como estudios hidrogeológicos y procedimientos para impedir el drenaje y/o escurrimiento de residuos peligrosos y la contaminación de las fuentes de agua, entre otras exigencias que dispone el artículo 34.

Puntualmente, se establecen características edilicias (art. 36), entre las que se pueden mencionar la permeabilidad del suelo, la profundidad del nivel freático y la distancia de centros urbanos.

En caso de cierre, el plan que exige el artículo 42 de la ley determina como mínimo una cubierta vegetal capaz de sustentar vegetación herbácea, un programa de monitoreo de aguas subterráneas por un plazo mínimo de cinco años, la descontaminación de equipos que hayan sido utilizados o hayan estado en contacto con residuos peligrosos.

En materia de responsabilidad, el dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime por demostrar la culpa del tercero "cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado" (cfr. art. 47), y dicha responsabilidad no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento de los residuos, salvo en aquellos casos en los que el daño se produzca "como consecuencia de un tratamiento defectuoso realizado en la planta de tratamiento o disposición final" (cfr. art. 48).

La Ley Nº 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y Actividades de Servicios ("GIRIAS") es una ley de presupuestos

mínimos de protección ambiental de los residuos generados por esas actividades o derivados de ella.

Define al procedimiento industrial como "toda actividad, procedimiento, desarrollo u operación de conservación, reparación o transformación en su forma, esencia, calidad o cantidad de una materia prima o material para la obtención de un producto final mediante la utilización de métodos industriales" (art. 1º, párr. 2º), mientras que la actividad de servicio es aquella que "complementa a la industrial o que por las características de los residuos que genera sea asimilable a la anterior, en base a los niveles de riesgo que determina la presente" (art. 1º, párr. 3º).

La ley entiende que el residuo industrial es aquel "elemento, sustancia u objeto en estado sólido, semisólido, líquido o gaseoso, obtenido como resultado de un proceso industrial, por la realización de una actividad de servicio, o por estar relacionado directa o indirectamente con la actividad", incluyendo emergencias o accidentes relacionados con ellos y que impidan que el poseedor, productor o generador no pueda utilizarlo, se desprenda de él o tenga obligación de hacerlo conforme la ley (art. 2º).

Excluye de su régimen a los residuos biopatogénicos; los domiciliarios, los radioactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques y aeronaves.

En su artículo 6º prohíbe la "importación, introducción y transporte de todo tipo de residuos" al territorio nacional, "con excepción de aquellos residuos que por su reglamentación sean incluidos, previamente, en una lista positiva, aprobados por la autoridad de aplicación", sujeto, además, a que los interesados de esa importación prueben que utilizarán los residuos "como insumos de procesos industriales". Exceptúa de este régimen la importación por "tránsito de residuos previsto en convenios internacionales". Delega en la autoridad de aplicación el establecimiento de Niveles de Riesgo de los distintos residuos industriales, para lo que deberán tenerse en cuenta:

> "[…] los procesos de potencial degradación ambiental que puedan generar, la afectación sobre la calidad de vida de la población, sus características, calidad y cantidad, el origen, proceso o actividad que los genera, y el sitio en el cual se realiza la gestión de los residuos industriales y de actividades de servicio" (cfr. art. 7º).

También establece que las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires serán las responsables del control y fiscalización de la gestión integral de residuos industriales, con obligación de "identificar a los generadores y caracterizar los residuos que producen y clasificarlos, como mínimo, según sus niveles de riesgo bajo, medio y alto" (art. 8º).

Por el artículo 10 determina que los generadores tienen una responsabilidad extendida ya que deben garantizar el tratamiento adecuado y disposición final, ponderando la minimización de la generación de residuos por medio de programas progresivos de adecuación; la separación de los residuos incompatibles entre sí, y el envasado e identificación de residuos según su contenido y fecha; en caso de no realizar el tratamiento y disposición final, prevé la reutilización como materia prima o insumo de otros productos productivos o su reciclaje (art. 11).

Esta ley de presupuestos mínimos delega en las autoridades locales la creación de registros de las personas responsables de la generación, manejo, transporte, almacenamiento, tratamiento y disposición final de los residuos industriales, toda información que "deberá integrarse en un Sistema de Información Integrado que será administrado por la autoridad ambiental nacional y de libre acceso para la población" (cfr. art. 19), con excepción de aquella información de acceso restringido que pueda afectar derechos adquiridos o seguridad nacional.

Al igual que ocurre con la Ley Nº 24.051, se prevé la figura del manifiesto, la responsabilidad de los transportistas y de las plantas de tratamiento y disposición final. Determina que la responsabilidad del generador por los daños que pueda ocasionar el residuo no desaparece por su transformación, evolución o tratamiento, a menos que: a) los daños sean producto del manejo o tratamiento inadecuado o defectuoso realizado en cualquiera de las etapas de la gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicio; o b) cuando el residuo sea utilizado como insumo de otro proceso productivo.

Finalmente, cabe poner de resalto que nuestra legislación local no cuenta con una norma de presupuestos mínimos de gestión de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE), aunque sí existen, como contrapartida, normas de carácter local que prevén la figura, las que serán analizadas *infra*.

También cabe hacer mención a la Ley Nº 27.279 de presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de envases vacíos de productos fitosanitarios. Esta herramienta normativa busca:

> "a) Garantizar que la gestión integral de los envases vacíos sea efectuada de un modo que no afecte a la salud de las personas ni al ambiente.
> b) Asegurar que el material recuperado de los envases que hayan contenido fitosanitarios no sea empleado en usos que puedan implicar riesgos para la salud humana o animal, o tener efectos negativos sobre el ambiente.
> c) Mejorar la eficacia de la gestión, considerando las estructuras y métodos preexistentes en cada jurisdicción, de conformidad con el principio de progresividad.
> d) Dinamizar el procedimiento administrativo para el registro y autorización de los sujetos comprendidos en la presente ley.
> e) Establecer y definir las diferentes etapas y eslabones comprendidos en la gestión integral de los envases vacíos de fitosanitarios" (art. 3º).

Además, se busca la Mejor Práctica de Gestión Disponible (MPGD), entendida como la "alternativa más eficaz y avanzada de gestión de envases frente a determinado contexto, que incluya las particularidades de la jurisdicción correspondiente, tipos de productores agropecuarios, el tipo de envase, su composición y el fitosanitario contenido, entre otros" (art. 4º, párrafo quinto).

Se distinguen, aquí, diversos actores responsables por lograr los objetivos de la ley. Así, el usuario es la persona que adquiera productos fitosanitarios para la actividad agropecuaria y como consecuencia sea generador y tenedor de envases fitosanitarios; el operador es quien, autorizado por la autoridad competente, modifique las características físicas y/o composición de cualquier envase fitosanitario para eliminar sus propiedades nocivas u obtenga un residuo menos tóxico o se lo haga susceptible de recuperación; el aplicador es quien libere o aplique productos fitosanitarios; comercializador es quien venda esos productos, y el registrante es la persona física o jurídica que, debidamente autorizada, cuente con el Certificado de Uso y Comercialización de un fitosanitario inscripto en el Registro que al efecto lleva el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (Senasa).

La ley distingue dos clases de envases (art. 7º), según puedan o no ser sometidos a un procedimiento de reducción de residuos, en

los términos del artículo 22. Se prohíbe el abandono, vertido, quema y/o enterramiento de los envases fitosanitarios en todo el territorio de la nación, así como la comercialización y/o entrega de envases a personas físicas o jurídicas no autorizadas por la autoridad de aplicación para su recepción (art. 8º).

La ley también prohíbe "el uso del material recuperado para elaborar cualquier tipo de productos que, por su utilización o naturaleza, puedan implicar riesgos para la salud humana o animal, o tener efectos negativos sobre el ambiente".

El Capítulo II de la ley establece las disposiciones del Sistema de Gestión Integral de Envases Vacíos de Fitosanitarios. Según indica el artículo 11, el Sistema debe:

> "a) Formular procedimientos de gestión integral de los envases vacíos de fitosanitarios a fin de lograr la mayor eficiencia en su recolección.
> b) Determinar procedimientos específicos pudiendo incluir incentivos económicos que aseguren la devolución de los envases vacíos por parte del usuario. A tal fin, podrá condicionar la venta de fitosanitarios a aquellos usuarios que no realizaran su devolución.
> c) Considerar la adopción de formas asociativas de los registrantes a los fines de optimizar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley.
> d) Establecer la logística general para la gestión integral de los envases vacíos de fitosanitarios.
> e) Garantizar la trazabilidad y el control tanto de los envases vacíos de fitosanitarios como de los procesos del Sistema.
> f) Adecuarse a las particularidades de cada región productiva y tipo de usuario con el fin de asegurarle eficiencia y seguridad al Sistema.
> g) Garantizar el correcto tratamiento de los envases vacíos de fitosanitarios.
> h) Facilitar e impulsar el desarrollo de capacidades en cada uno de los eslabones de la cadena, con el fin de adecuar y mejorar la calidad de cada uno de los procesos intervinientes hasta el destino final de los envases vacíos de fitosanitarios.
> i) Proponer, gestionar y difundir programas y mecanismos de concientización y capacitación en el manejo adecuado de los envases vacíos de fitosanitarios. En caso de existir una MPGD aplicable a cualquier etapa del Sistema, el registrante deberá presentarla a la Autoridad Competente para su aprobación".

El Sistema cuenta con tres etapas: a) Del usuario al Centro de Almacenamiento Transitorio (CAT), ya que tanto el usuario como el aplicador serán responsables de trasladar y entregar los residuos (envases vacíos) al CAT. b) De allí, los envases pasan al operador una vez clasificados y acopiados según su tipología para su valorización o disposición final; siendo que el transporte estará a cargo de un transportista autorizado. c) Cuando se pueda reinsertar el producto, esa obligación estará a cargo del operador [cfr. inc. c), art. 13]. El régimen de responsabilidades diferenciadas de cada uno de los actores involucrados en la gestión de envases de productos fitosanitarios se encuentra legislado en los artículos 18 a 22. Como la ley dispone un sistema de trazabilidad (art. 24), es preciso que el registrante identifique los envases con la información correcta para su gestión; estableciendo canales de distribución y venta, mecanismos de información, aspectos ambientales del diseño y presentación del envase para minimizar la generación de residuos, y elaborar programas de capacitación y concientización sobre su manejo adecuado.

Los usuarios deberán almacenar los envases en lugares apropiados, de modo que no afecten la salud o el ambiente, y cuentan con un año de plazo para devolver el envase, a partir de la fecha de su compra; debiendo, además, garantizar la capacitación de su personal y la entrega de los envases a los CAT.

Por su parte, el comercializador debe entregar toda la información referida al sistema de gestión que adoptó el registrante, incluyendo el plazo de devolución de los envases vacíos de fitosanitarios, métodos adecuados de almacenamiento, modo de transporte y lugares de recepción habilitados. También deberá colaborar con el registrante para la implementación del sistema adoptado.

Sin perjuicio de las características puntuales de las leyes analizadas, cabe poner de resalto que contemplan sus propios regímenes sancionatorios administrativos para los casos de incumplimiento a la normativa de gestión de residuos. Además, la Ley Nº 24.051, en su artículo 55, establece delitos penales –con remisión al art. 200 del Código Penal– para quien, usando residuos peligrosos, "envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general".

Como se aprecia, las normas evaluadas buscan establecer un seguimiento del producto desde su creación hasta su disposición final. Quizás el caso más detallado sea el de los productos fitosanitarios,

por el nivel de detalle establecido en la norma de presupuestos mínimos, que contempla expresamente plazos de devolución de los envases vacíos para su gestión y disposición final.

3.4.1. Legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias

Como se anticipó en el punto anterior, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias cuentan, en sus regímenes locales, con normas que responden a la gestión integral de residuos. Así, pueden hallarse leyes que abarcan desde residuos domiciliarios, a los pertenecientes a la actividad industrial o los peligrosos, patológicos y/o eléctricos, según el caso.

El contenido normativo es amplio, ya que esas jurisdicciones han reproducido o extendido los alcances de las leyes federales y, también, dictado leyes para reglamentar la gestión de residuos que a nivel federal no ha sido legislada, como ocurre con los mencionados RAEE.

Así, tenemos que, en la Ciudad de Buenos Aires, el artículo 9º de la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos Nº 1.854 indica:

> "La reglamentación establecerá las pautas a que deberán someterse el productor, importador, distribuidor, intermediario o cualquier otra persona responsable de la puesta en el mercado de productos que con su uso se conviertan en residuos, será obligado de acuerdo con los siguientes criterios:
> Elaborar productos o utilizar envases que, por sus características de diseño, fabricación, comercialización o utilización, minimicen la generación de residuos y faciliten su reutilización, reciclado, valorización o permitan la eliminación menos perjudicial para la salud humana y el ambiente.
> Hacerse cargo directamente de la gestión de los residuos derivados de sus productos, o participar en un sistema organizado de gestión de dichos residuos o contribuir económicamente a los sistemas públicos de gestión de residuos en medida tal que se cubran los costos atribuibles a la gestión de los mismos.
> Aceptar, en el supuesto de no aplicarse el apartado anterior, un sistema de depósito, devolución y retorno de los residuos derivados de

> sus productos, así como los propios productos fuera de uso, según el cual el usuario, al recibir el producto, dejará en depósito una cantidad monetaria que será recuperada con la devolución del envase o producto. Informar anualmente a la autoridad de aplicación de los residuos producidos en el proceso de fabricación y del resultado cualitativo y cuantitativo de las operaciones efectuadas".

El Decreto Nº 760/2008 que aprueba la reglamentación del artículo 9º de la Ley Nº 1.854 dispone, en el punto 4 de su Anexo:

> "El productor, importador, distribuidor, intermediario o cualquier otra persona responsable de la puesta en el mercado de productos que, con su uso inicial, parcial o total, se conviertan en residuos, debe efectuar periódicamente una contribución económica al Sistema Público de Gestión de Residuos –SPGR– en medida tal que se cubran los costos atribuibles a la gestión de los mismos".

En esa Ciudad de Buenos Aires también encontramos la Ley Nº 2.807, que establece "medidas para la gestión de aparatos electrónicos en desuso del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que hayan sido objeto de baja patrimonial, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Nº 1.854" (art. 1º), para obtener el re-uso social, su reciclado o disposición final, según corresponda [cfr. art. 10, incisos a) a d)]. Esta norma ha sido reglamentada por el Decreto Nº 705/2011, que determina:

> "Artículo 1º. - Se entiende por residuos de aparatos electrónicos a la corriente de residuos sólidos urbanos con características particulares de peligrosidad, nocividad o toxicidad, debiéndose cumplir en cada etapa de gestión, según corresponda, con la normativa vigente en materia de residuos sólidos urbanos y de residuos peligrosos".

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta, a su vez, con una Ley de Residuos Peligrosos (Ley Nº 2.214, reglamentada por Decreto Nº 2.020/2007), que contempla un régimen normativo similar al establecido por Ley Nº 24.051.

En la Provincia de Buenos Aires, en noviembre de 2011 se dictó la Ley Nº 14.321. Esta norma contempla "el conjunto de pautas, obligaciones y responsabilidades para la gestión sustentable de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE) en el te-

rritorio de la Provincia de Buenos Aires" (cfr. art. 1º); que se aplica a grandes y pequeños electrodomésticos, equipos de informática y telecomunicaciones, aparatos electrónicos de consumo y de alumbrado, herramientas eléctricas y electrónicas (salvo aquellas industriales fijas de gran envergadura), juguetes o equipos deportivos y de tiempo libre; aparatos médicos (salvo los implantados o infectados); instrumentos de vigilancia y control, y máquinas expendedoras (cfr. Anexo I). Según explica el artículo 6º, son aparatos electrónicos o eléctricos aquellos "[…] que para funcionar requieren de corriente eléctrica o campos electromagnéticos, y los aparatos necesarios para generar, transmitir y medir tales corrientes y campos […]", y que cuenten con una "tensión nominal no superior a mil (1000 vw) voltios de corriente alterna y mil quinientos (1500 vw) voltios en corriente continua".

Por su parte, entiende como RAEE a los aparatos eléctricos o electrónicos "desechados o a desecharse, sus componentes, subconjuntos y consumibles que forman parte de los mismos, procedentes tanto de hogares particulares como de usos profesionales a partir del momento en que pasan a ser residuos".

La ley expresamente excluye aquellos RAEE "relacionados con la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado Nacional y/o provincial, así como los provenientes de aparatos nucleares, de productos militares, armas, municiones, material de guerra, o que hayan estado en contacto con residuos patogénicos".

En el artículo 5º de la ley se establecen los objetivos específicos, a saber:

> "1) La protección del ambiente en relación a la contaminación causada por los RAEE desechados en territorio provincial.
> 2) La modificación de la conducta ambiental de todos los que intervienen en el ciclo de vida de los aparatos eléctricos y electrónicos, y de sus residuos.
> 3) El resguardo de la salud pública, mediante la reducción de la peligrosidad de los aparatos eléctricos y electrónicos.
> 4) La reducción de la generación de RAEE, en concordancia con la legislación vigente y las tendencias internacionales en materia ambiental.
> 5) La creación de soluciones sustentables y eficientes, mediante la promoción de la reutilización, reciclado y valorización de RAEE.
> 6) El adecuado comportamiento ambiental de todos los agentes intervinientes en el ciclo de vida de los aparatos eléctricos y electrónicos.

7) La incorporación del principio de responsabilidad del productor de aparatos eléctricos y electrónicos.
8) El diseño y la implementación de campañas de educación ambiental y sensibilización, a fin de lograr el más alto cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, mediante el logro de una masiva participación de los Municipios, los consumidores y los productores".

Según establece el artículo 7º, la ley obliga a productores, distribuidores y comercializadores de aparatos electrónicos y eléctricos a cumplir con las previsiones normativas de ella, declarar su condición como productor, distribuidor o comercializador ante el Registro que crea el artículo 19 de la ley; a la adopción de las medidas necesarias para que los RAEE puestos en el mercado sean recogidos en forma selectiva y tengan una correcta gestión ambiental; informar a los usuarios sobre los criterios de esa gestión y sistemas de devolución, así como del tratamiento y disposición final; establecer los sistemas para la recepción de los RAEE y el transporte de aquellos a los centros autorizados, así como también recibir los RAEE entregados por los generadores y disponer de un predio –en aquellos locales de exposición y venta superiores a quinientos metros–, de un centro para la recepción de RAEE, donde los generadores puedan desecharlos. Además, implementar metodologías de acopio de acuerdo a lo establecido por la normativa.

La ley exige que los aparatos eléctricos y electrónicos "no contengan plomo, mercurio, cadmio, cromo hexavalente, polibromobifenilos o polibromodifeniléteres", ni sean utilizados esos materiales en su reparación; que el diseño permita un desmontaje fácil, así como su reparación, reutilización y reciclado (conf. art. 9º, inc. 1), y se aporte a los gestores de los RAEE "la oportuna información para el desmontaje que permita la identificación de los distintos componentes y materiales susceptibles de reutilización y reciclado, así como la localización de las sustancias peligrosas y la forma de alcanzar en cada aparato los correspondientes objetivos de reutilización, reciclado y valorización exigidos" (art. 9º, inc. 2). Por último, exige que los aparatos en cuestión cuenten con el símbolo dispuesto en el Anexo III de la ley, que los identifique como aparatos de recogida selectiva.

En el caso de que los RAEE contengan elementos contaminantes, el artículo 13 exige que sean descontaminados. Ello incluirá, "como mínimo", la retirada de los fluidos, componentes, materiales,

sustancias y preparados que se encuentren contaminados de la forma que indica el Anexo II de la norma. Por su parte, el traslado de los RAEE deberá ser realizado de una manera segura, que garantice la reutilización, reciclado y/o disposición final de los aparatos enteros o de sus componentes. Se busca, además, la valorización de los RAEE (arts. 15 y 16) para obtener la reutilización de los aparatos enteros. Dependiendo del aparato, la ley establece un porcentaje de valorización hasta el 70 % y de reciclado de componentes del 65 %, según el peso medio del aparato.

Así, desde la entrada en vigencia de la ley, la Provincia de Buenos Aires ha prohibido el desecho de RAEE como residuos sólidos no diferenciados. La autoridad de aplicación, actualmente el Ministerio de Ambiente provincial, debe llevar un registro donde se asentarán los productores y distribuidores de aparatos eléctricos y electrónicos y donde informarán los estudios de ciclo de vida de los aparatos producidos y comercializados en la provincia; las características contaminantes de sus componentes o piezas luego de ser desechados por el usuario final o generador de RAEE; el procedimiento de desarmado y valorización; y la factibilidad de su reutilización y reciclado.

También deben estar allí registrados todos los que se identifiquen como Gestores de RAEE, esto es, aquellas personas que desechen RAEE y que, según el volumen del desecho, puedan ser considerados como pequeños o grandes generadores (conf. art. 6º, inc. 9º).

La ley dispone también un procedimiento sancionatorio (arts. 33 a 36) en el que prescribe que los incumplimientos a esa norma podrán ser sancionados con apercibimientos, multas, suspensiones de la actividad, clausura de instalaciones, cese definitivo de la actividad o bien con la publicación de la parte dispositiva de la resolución condenatoria, incluyendo el plan de trabajo que recompondrá la situación al estado anterior, en caso de que corresponda.

Como particularidad, en caso de que el infractor fuere una persona jurídica, el artículo 36 establece la responsabilidad solidaria de sus directores, administradores y/o gerentes.

Por su parte, el ex Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible, actual Ministerio de Ambiente, cuenta con la Resolución OPDS Nº 101/2011, previa a la ley pero todavía vigente, que aprobó el "Programa Voluntario de Certificación de Gestión Sostenible de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos"

("RAEE"), cuyo objetivo es fomentar en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la gestión de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos.

La Resolución, en su Anexo I, establece un orden de prioridad en la Gestión de Residuos de Aparatos Eléctricos: prevención de su generación, reutilización, reciclado, otras formas de valorización y disposición final con el propósito de proteger el ambiente.

Para tal fin, los productores de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos tienen la posibilidad de obtener un Certificado de Gestión Sostenible de dichos residuos, previa verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma, condicionado a que se encuentren registrados en el Registro de Productores de Aparatos Eléctricos y Electrónicos y hayan elaborado:

a) Un Plan Empresarial de Gestión de RAEE que "abarque todo el ciclo de vida de los productos introducidos por ellos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires", y que se encuentre aprobado por la autoridad de aplicación. Como mínimo, ese plan debe contemplar la existencia de centros de almacenamiento autorizados, con pautas técnicas, tales como una zona adecuada de superficies impermeables con instalaciones preparadas para la recogida de derrames, que cuente con decantadores y limpiadores-desengrasadores, si corresponde, y zonas cubiertas contra la intemperie.
   Finalmente, el tratamiento para la disposición final de residuos debe acordarse con un operador también habilitado por la autoridad de aplicación en los términos de la Ley Nº 11.720.
b) Anualmente, los Productores de RAEE deben remitir: b.1) la cantidad y tipo de productos puestos en el mercado y tratados o dispuestos durante el año anterior, con su certificado de tratamiento y disposición final entregado por el operador habilitado; b.2) descripción del progreso de implementación del plan e indicación de las modificaciones del sistema de gestión de los RAEE, que contemple "[…] un aumento en la cantidad de RAEE gestionados en función del número de aparatos ingresados en el mercado".
c) Establecer una organización que permita a los poseedores finales y a los distribuidores devolver, de forma gratuita, los residuos. Esos sistemas deben contemplar "todas las etapas de la gestión del residuo desde su devolución por el poseedor a un

punto de recepción, su almacenamiento, su tratamiento y/o disposición final".

Además, la ley establece que los planes tienen que contener previsiones para que los poseedores de RAEE reciban información sobre la obligación de no eliminarlos como "residuos urbanos no seleccionados"; información de los Sistemas de Recolección Selectiva que disponen; métodos de reutilización, reciclado u otra forma de valorización del RAEE y "los efectos potenciales sobre el ambiente y la salud humana como consecuencia de la presencia de sustancias peligrosas en los aparatos eléctricos y electrónicos".

La aprobación de ese plan conllevará el otorgamiento del Certificado de Gestión Sostenible de RAEE, cuya vigencia será de un año.

De este modo, se observa que, una vez establecido el plan de gestión, quienes posean aparatos eléctricos o electrónicos tendrán a su disposición un punto de entrega para la sustitución o eliminación de su equipo en forma total o parcial; la descontaminación de aquellos RAEE que contengan materiales peligrosos, el transporte (de transportistas habilitados) a operadores habilitados y la disposición final del residuo.

El apartado quinto del Anexo I establece cuáles son los productos que se tendrán en cuenta para la Gestión de RAEE. En un extenso listado, la Resolución contempla, entre otros: grandes electrodomésticos (equipos refrigeradores, frigoríficos, congeladores, lavadoras, secadoras, lavavajillas, cocinas, placas de calor eléctricas, microondas); pequeños electrodomésticos (aspiradoras y aparatos de limpieza, planchas, tostadoras, freidoras, cafeteras cuchillos eléctricos); equipos de informática y telecomunicaciones (tales como ordenadores, unidades de impresión, sistemas informáticos personales, copiadoras, máquinas de escribir eléctricas y electrónicas, calculadoras de mesa y de bolsillo, fax, teléfonos, celulares, etc.); aparatos electrónicos de consumo (tales como radios, televisores, videocámaras, instrumentos musicales); aparatos de alumbrado (entre los que se pueden mencionar luminarias, lámparas fluorescentes de distintos tipos y características); herramientas eléctricas y electrónicas, salvo las industriales de gran envergadura (tales como taladros, sierras, máquinas de coser, tornear, pulir, cortar, soldar, etc.); aparatos médicos (de radioterapia, cardiología, analizadores, congeladores, de pruebas de fertilización); instrumentos de vigi-

lancia y control (detectores de humo, reguladores de calefacción, termostatos, etc.).

La Ley Nº 11.720 de la Provincia de Buenos Aires norma "la generación, manipulación, almacenamiento, transporte, tratamiento y disposición final de residuos" (art. 1º) para "reducir la cantidad de residuos especiales generados, minimizar los potenciales riesgos del tratamiento, transporte y disposición de los mismos y promover la utilización de las tecnologías más adecuadas, desde el punto de vista ambiental" (conf. art. 2º).

Si bien esta norma tiene un alcance parecido a la Ley Nº 24.051, contempla también los residuos gaseosos expresamente, mientras que la ley nacional solo considera a las sustancias que en contacto con el agua emiten gases (conf. Anexo II). En materia de responsabilidad, de hecho, la norma del artículo 51 remite directamente a las disposiciones de la ley nacional mencionada.

En la Provincia de Córdoba, mediante Ley Nº 8.973, se adhirió a la Ley Nº 24.051 y sus anexos. Esta norma fue reglamentada por Decreto Nº 2.149/2003; mientras que en materia de GIRSU, cuenta con la Ley Nº 9.088, y en materia de productos fitosanitarios, con la Resolución Conjunta Nº 1 de fecha 20/10/2020, por la cual el Ministro de Agricultura y Ganadería y el Secretario de Ambiente resolvieron aprobar el Sistema de Gestión Integral de Envases Vacíos de Productos Fitosanitarios en la Provincia de Córdoba, en el marco de la Ley Nº 27.279 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de los Envases Vacíos de Fitosanitarios.

En Mendoza rige la Ley Nº 5.970 para gestión de residuos urbanos; mientras que la Ley Nº 5.917 adhirió a la Ley Nacional Nº 24.051 de Residuos Peligrosos. En materia de envases fitosanitarios, la Ley Nº 6.333 creó el Instituto de Sanidad y Calidad Agropecuaria de Mendoza (Iscamen) e instrumentó un sistema de control sanitario, de plagas y/o enfermedades, de los productos vegetales y animales, sus partes y/o derivados, como así también de su calidad. Por ello, mediante Decreto Nº 625/2019, se estableció que el Iscamen sea la autoridad de aplicación de la Ley Nacional Nº 27.279.

Estos ejemplos demuestran que nuestro país cuenta con una extensa red normativa para abarcar la REP de acuerdo con los diversos tipos de productos y/o actividades que sean realizadas.

Y no obstante que podría argumentarse que en algunos casos, o para algunas actividades, existen vacíos legales, lo cierto es que la aplicación de los presupuestos mínimos de protección contemplados

en las normas nacionales analizadas, considerando también los establecidos en la Ley Nº 25.675, nos permiten sostener que existen en la actualidad herramientas suficientes para garantizar un adecuado manejo de los productos que la sociedad actual consume, con mecanismos de tratamiento, reciclaje y disposición final. Los resultados de la aplicación de estos métodos siempre pueden ser mejorados desde una perspectiva técnica por aplicación de nuevas tecnologías, pero el paso necesario e ineludible es el compromiso social, político y económico de respetar y utilizar estas herramientas jurídicas para el fin para el cual han sido creadas.

4. Palabras finales

Nuevamente, resulta imposible terminar este texto sin una reflexión sobre los acontecimientos en Europa. Dice Huxley[25]:

> "De todos los problemas sociales, morales y espirituales, el del poder es el más crónicamente urgente y el de solución más difícil. El ansia de poder no es un vicio del cuerpo y, en consecuencia, no conoce ninguna de las limitaciones impuestas por una fisiología cansada o saciada a la gula, la intemperancia y la lascivia. Creciendo con cada satisfacción sucesiva, el apetito de poder puede manifestarse indefinidamente, sin interrupción por fatiga o enfermedad corporal. Además, la naturaleza de la sociedad es tal que, cuanto más se encumbra un hombre en la jerarquía política, económica o religiosa, tanto mayor son sus oportunidades y recursos para ejercer el poder. […] A este respecto, su situación es profundamente distinta de la del libertino. El ultimo quizás nunca voluntariamente abandone sus vicios, pero por lo menos, al cargarse de años, se encuentra que sus vicios le abandonan. […] En lugar de otorgar al armador de poder un piadoso respire de sus apegos, la vejez más bien tiende a intensificarlos facilitándole la satisfacción de sus ansias en mayor escala y de modo más espectacular".

Si bien el Derecho Ambiental ha revolucionado nuestro entendimiento del hombre, el ambiente y la relación entre ambos, los

25. Huxley, Aldous, *La filosofía perenne*, p. 175, Sudamericana.

acontecimientos que nos tocan vivir dejan en claro que el trabajo que aún queda es enorme. Por eso esperamos que los 120 años de la Editorial El Derecho nos encuentre, en este aspecto, mucho mejor que ahora.

A 50 AÑOS DEL MULTILATERALISMO AMBIENTAL. AVANCES REGIONALES EN EL MARCO DEL ACUERDO DE ESCAZÚ

Leila Devia*

Sumario: 1. Introducción. 2. Acuerdo de Escazú. Contenido. 3. Estado de situación de las regulaciones regionales. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Los próximos años serán cruciales en la construcción de sociedades y economías sostenibles y resilientes. Este año 2022, la comunidad internacional celebra 50 años de la Cumbre de la Tierra. En 1972, en Estocolmo, se acordaron los principios rectores de la cuestión ambiental.

A partir de este hito, el multilateralismo ambiental se ha ampliado a una agenda de cooperación global y regional vigente, y que cobra relevancia en nuestra región con la firma y ratificación del Acuerdo de Escazú.

La crisis planetaria triple de cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la generación de desechos reflejan el escepticismo a las instituciones internacionales.

El objetivo es lograr un planeta habitable y sostenible. En esa línea, el aporte latinoamericano impulsó el Acuerdo de Escazú. Dicho Acuerdo volvió a poner en agenda el multilateralismo ambiental en América y el Caribe.

* Abogada, especialista en Régimen Jurídico de los Recursos Naturales - UBA. Doctora en Ciencias Jurídicas - USAL. Posdoctorado UBA. Titular cátedra Facultad de Derecho UBA - Derecho de los Recursos Naturales y Protección Ambiental.

2. Acuerdo de Escazú. Contenido

El Acuerdo de Escazú es el primer acuerdo multilateral medioambiental regional sobre participación, acceso a la justicia, y participación en el proceso de toma de decisiones ambientales. Nuestro país lo ha ratificado mediante la Ley Nº 27.566, y la primera Conferencia de las Partes del Acuerdo de Escazú se celebró en Chile entre el 20 y el 22 de abril de 2022, en un evento híbrido. Allí, representantes del gobierno y la sociedad civil dieron los primeros pasos para la implementación del Acuerdo, un año después de su entrada en vigor.

El mencionado Acuerdo pretende garantizar la aplicación plena y efectiva de los derechos de acceso a la información ambiental y de participación del público en la toma de decisiones sobre el medio ambiente, con el fin de asegurar la justicia ambiental, y contribuir a la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano.

Ratificado ya por doce países, entre los cuales se encuentra la República Argentina, el Acuerdo se considera un instrumento histórico y vital en una región en la que las amenazas en estos ámbitos son demasiado frecuentes. América Latina sigue siendo la región con mayor número de defensores del medio ambiente asesinados cada año.

La reciente conferencia de tres días confirmó la participación de seis representantes del público en los trabajos para dirigir la aplicación del Acuerdo y la creación del comité de cumplimiento para exigir responsabilidades a los Estados.

Rompiendo con lo discutido por los Estados firmantes en los meses previos a la COP, los representantes de Bolivia presentaron propuestas para modificar un párrafo del tratado, relativo a la participación pública en el comité de dirección del Acuerdo. Un debate rápidamente resuelto, ya que esta propuesta fue rechazada.

Una de las primeras decisiones acordadas en la COP fue la elección del presidente. El cargo fue otorgado al director del Departamento Jurídico del Ministerio de Medio Ambiente de Uruguay, Marcelo Cousillas.

La evaluación de esta primera COP es totalmente exitosa. Los objetivos que estaban fijados se cumplieron, los proyectos de decisión que estaban previstos pudieron adoptarse. Es más, pudieron agregarse algunos proyectos y una declaración política. Hubo posi-

ciones diferentes, pero yo creo que no hay que asustarse, no hay que rehuirle a este tipo de situaciones, porque estas reuniones siempre presentan este tipo de episodios. Es el ámbito en el cual todos tienen los mismos derechos de voz y voto.

También, además, para que estas reuniones sean efectivas, se requiere un proceso previo de preparación. A veces, lo que sucede es que no siempre se llega a tiempo y se plantean en estas reuniones diferencias que se podrían haber resuelto con anterioridad.

La innovación del proceso de Escazú es, justamente, que se ha negociado con efectiva y directa participación de los representantes electos del público.

Lo que se ha hecho en esta Conferencia es aprobar las reglas de composición y funcionamiento del comité de cumplimiento, que va a estar integrado por siete expertos independientes de los tres Poderes del Estado, y serán electos por la Conferencia de las partes.

3. Estado de situación de las regulaciones regionales

A continuación, se transcriben los cuadros del avance normativo en la región.

América Latina y el Caribe: marco normativo ambiental principal

País	Tratamiento constitucional del derecho al medio ambiente	Legislación marco ambiental (año)	Autoridad del Poder Ejecutivo
Antigua y Barbuda	—	Ley sobre la Gestión y Protección Ambientales (2019)	Ministerio de Bienestar, Salud y Medio Ambiente (Ministry of Health, Wellness & The Environment)
Argentina	Derecho a un medio ambiente sano (art. 41)	Ley General del Ambiente Nº 25.675 (2002)	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
Bahamas	—	Ley sobre Conservación y Protección del Paisaje Físico de las Bahamas Nº 12 (1997)	Ministerio del Ambiente y Vivienda
Barbados	—	—	Ministerio de Medio Ambiente y Drenaje
Belice	Right to environment (Preamble)	Ley sobre la Protección del Medio Ambiente Nº 22 (1992)	Ministerio de Agricultura, Pesca, Silvicultura, Medio Ambiente y de Desarrollo Sostenible e Inmigración
Bolivia (Estado Plurinacional de)	Derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado (art. 33)	Ley del Medio Ambiente Nº 1.333 (1992)	Ministerio de Medio Ambiente y Agua
Brasil	Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225)	Ley que dispone sobre la Política Nacional de Medio Ambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación y otras disposiciones Nº 6.938 (1981)	Ministerio del Medio Ambiente (Ministério do Meio Ambiente)

Chile	Derecho a un medio ambiente libre de contaminación (art. 19, nº 8)	Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente Nº 19.300 (1994)	Ministerio del Medio Ambiente
Colombia	Derecho a gozar de un ambiente sano (art. 79)	Ley por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones Nº 99 (1993)	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
Costa Rica	Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 50)	Ley Orgánica del Ambiente Nº 7.554 (1995)	Ministerio de Ambiente y Energía
Cuba	Derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado (art. 75)	Ley del Medio Ambiente Nº 81	Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente
Dominica	—	—	Ministerio de Salud y Medio Ambiente
Ecuador	Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 14)	Código Orgánico del Ambiente (2017)	Ministerio del Ambiente
El Salvador	Derecho al medio ambiente (art. 34)	Ley del Medio Ambiente Nº 233 (1998)	Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Granada	—	—	Ministerio de Agricultura, Tierras, Silvicultura, Pesca y Ambiente

Guatemala	—	Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente Nº 68 (1986)	Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales
Guyana	Right to a healthy environment (art. 149 J)	Ley sobre la Protección del Medio Ambiente Nº 11 (1996)	Departamento de Medio Ambiente, Ministerio de la Presidencia
Haití	—	Decreto de la Gestión Ambiental para el Desarrollo Sostenible (2006)	Ministerio del Medio Ambiente
Honduras	Derecho a un medio ambiente sano (art. 145)	Ley General del Ambiente Nº 104 (1993)	Secretaría de Energía, Recursos Naturales, Ambiente y Minas
Jamaica	Right to a healthy and productive environment (Section 13(3) l)	Ley sobre la Autoridad de Conservación y los Recursos Naturales Nº 9 (1991)	Agencia Nacional de Planificación y Medio Ambiente, Ministerio de Crecimiento Económico y Creación de Empleo
México	Derecho a un medio ambiente sano (art. 4º)	Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (1988)	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Nicaragua	Derecho a habitar en un ambiente saludable (art. 60)	Ley General del Ambiente y los Recursos Naturales Nº 217 (1996)	Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Panamá	Derecho a un medio ambiente sano y libre de contaminación (art. 118)	Ley General de Ambiente de la República de Panamá Nº 41 (1998)	Ministerio del Ambiente
Paraguay	Derecho a un medio ambiente saludable y ecológicamente equilibrado (art. 7º)	Ley que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría de Ambiente Nº 1.561 (2000)	Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible

Perú	Derecho a un ambiente equilibrado y adecuado (art. 2º)	Ley General de Ambiente Nº 28.611 (2005)	Ministerio del Ambiente
República Dominicana	Derecho a habitar en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado (art. 67)	Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales Nº 64-00 (2000)	Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Saint Kitts y Nevis	—	Ley Nacional sobre la Conservación y Protección Ambiental Nº 5 (1987)	Ministerio de Agricultura, Recursos Marinos, Cooperativas, Medio Ambiente y Asentamientos Humanos
San Vicente y las Granadinas	—	—	Ministerio de Salud, Bienestar y Medio Ambiente
Santa Lucía	—	Ley de la Autoridad Nacional de Conservación Nº 16 (1999)	Ministerio de Educación, Innovación, Asuntos de Género y Desarrollo Sostenible
Surinam	—	Ley Marco del Ambiente Nº 97 (2020)	Ministerio de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente
Trinidad y Tobago	—	Ley sobre la Gestión Ambiente Nº 3 (2000)	Ministerio de Planificación y Desarrollo
Uruguay	—	Ley que refiere a la Protección del Medio Ambiente Nº 17.283 (2000)	Ministerio de Ambiente
Venezuela (República Bolivariana de)	Derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado (art. 127)	Ley Orgánica del Ambiente Nº 5.833 (2006)	Ministerio del Poder Popular para Ecosocialismo y Agua

Fuente: CEPAL (2021).

Derecho de acceso en AMUMA

AMUMA	Acceso a la información	Participación	Acceso a la justicia	Fortalecimiento de capacidades
Acuerdo de París	X	X		X
Convenio de Minamata	X	X		X
Convenio de Estocolmo	X	X		X
Convenio de Róterdam	X	X	X	X
Convención de las Naciones Unidas contra la Desertificación	X	X	X	X
Convenio sobre la Diversidad Biológica	X	X	X	X
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático	X	X		X
Protocolo de Kioto	X	X		X
Convenio de Basilea	X	X	X	X
Convenio de Viena	X	X	X	X
Protocolo de Montreal	X	X		X
CITES	X	X	X	X
Convención de Ramsar	X	X		X

Fuente: CEPAL (2019).

4. Conclusiones

El multilateralismo ambiental es la clave para los procesos democráticos regionales y la construcción de economías circulares y sociedades participativas y resilientes.

Finalmente, el Acuerdo de Escazú une a los países de la región: el ambiente es uno solo y el interés es brindar una mejor calidad de vida que contribuya a eliminar las desigualdades y la pobreza estructural de la región.

LAS INSTITUCIONES, EL ORDEN PÚBLICO, LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS. REFLEXIONES A PARTIR DEL DEBIDO PROCESO ADJETIVO

Julio Conte Grand*

Sumario: 1. El derecho de defensa. Exégesis de las garantías y contenidos que implica. 2. El derecho de defensa y su aplicación a los procedimientos administrativos. 3. La regulación del derecho de defensa [debido proceso adjetivo] en el procedimiento administrativo. 4. La nulidad de lo actuado por la violación del debido proceso legal adjetivo. 5. La absoluta inviabilidad de la teoría de la subsanación en materia de afectación del debido proceso adjetivo. 6. Algunos contenidos posibles del debido proceso legal adjetivo. Su esencial amplitud y casos específicos de violación sindicados por la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos aplicables en el ámbito del procedimiento administrativo. 6.1. La mirada amplia como principio. 6.2. Algunos casos paradigmáticos de afectación del derecho de defensa. 6.2.1. La violación del derecho de defensa por la actuación de un órgano incompetente. 6.2.2. Violación del derecho de defensa por la falta de imparcialidad del órgano. 6.2.3. Violación del derecho de defensa por la afectación de la presunción de inocencia. 6.2.4. La afectación del derecho de defensa por violación de la garantía de la independencia. 6.2.5. La afectación del derecho de defensa por la falta de respeto de la garantía contra la no autoincriminación. 7. Conclusión preliminar. 8. Las raíces. Instituciones y orden público.

* Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y ex director de El Derecho.

1. El derecho de defensa. Exégesis de las garantías y contenidos que implica

El derecho de defensa[1], al que se suele referir como *debido proceso legal adjetivo*, es un derecho inherente a la persona en tanto dimana de su naturaleza social y, en última instancia y por añadidura, a su dignidad.

La garantía del derecho de defensa, como toda garantía de rango constitucional procesal (entre ellas, la de amparo de la libertad), exhibe un especial sentido axiológico tuitivo porque contiene una preeminente valoración de un aspecto parcelario de la justicia –la seguridad jurídica–, que es fundamental en un Estado de Derecho. Y además, es un valor fundante de los otros derechos[2].

El derecho de defensa se encuentra consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional de 1853-60, disposición en la que se mantiene, complementado desde la reforma constitucional de 1994, por las normas de Derechos Humanos contenidas en consecuentes tratados internacionales, ingresadas a nuestro sistema a través del artículo 75, inc. 22, CN, que otorga rango constitucional, entre ellas, primordialmente, a los artículos 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

1. Según las diversas tradiciones jurídicas, enfoques y ámbito específico, el derecho de defensa recibirá diferentes nombres, v. gr., derecho de defensa procesal, debido proceso, debido proceso legal adjetivo, debido proceso adjetivo, etc. Para la COIDH, el derecho de defensa procesal, más que una garantía del debido proceso, es la garantía del debido proceso por excelencia; ver Montero, Diana; Salazar, Alonso, "Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", disponible en: https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67554 (fecha de consulta: 4/4/2022). Por otra parte, las nociones de derecho de defensa, debido proceso adjetivo, garantías procesales del derecho de defensa, tutela judicial y administrativa efectivas, derecho a un juicio justo, *due process of law*, *droit à un procés* équitable, etc., utilizadas en los diferentes instrumentos y tradiciones jurídicas, tienen el carácter de un *continuum* en el que se imbrican en íntima interdependencia, resultando las diversas facetas, muchas veces correlativas, de una misma realidad: el derecho de defensa.

2. Linares, Juan F., "La garantía de defensa ante la Administración", *LL*, tomo 142, pp. 1137 y sigs., sección doctrina, v., en esp., p. 1143.

2. El derecho de defensa y su aplicación a los procedimientos administrativos

Cabe consignar que si bien el mencionado artículo 8º de la CADH refiere las "garantías judiciales" al perfilar el derecho de defensa (entre ellas, el derecho a ser oído por una autoridad *imparcial e independiente* para la determinación de sus derechos, el plazo razonable, *la presunción de inocencia*, el derecho al conocimiento detallado de los hechos que se investigan a su respecto, la no autoincriminación etc.), las aludidas garantías resultan plenamente aplicables a los procedimientos administrativos, en tanto la CADH contempla un concepto autónomo de "proceso" en el que la distinción entre proceso (judicial) y procedimiento (administrativo) se diluye, ya que en ambos casos son exigibles tales garantías[3].

Se trata de instancias cuyo fin es la determinación de derechos. En consecuencia, el aparato estatal debe estar organizado de modo tal de proporcionar remedios efectivos, sin interesar si estos son judiciales o administrativos, a fin de tutelar adecuadamente las prerrogativas individuales, y, en modo eminente, los Derechos Humanos[4].

Así lo ha interpretado explícitamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) en diversos precedentes (casos "Baena, Ricardo"[5], "Ivcher Bronstein"[6], "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa"[7] y "Claude Reyes"[8], entre otros), que han concluido en la aplicabilidad de las garantías del debido proceso legal perfiladas en el artículo 8º de la CADH a los procedimientos administrativos[9].

3. Treacy, Guillermo F., "Los principios supranacionales de derechos humanos en el procedimiento administrativo", en Pozzo Gowland, Héctor; Halperín, David Andrés; Aguilar Valdéz, Oscar; Juan Lima, Fernando y Canosa, Armando (Dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. I, pp. 857 y sigs.; v., en especial, p. 873, La Ley, 2012.

4. Ver COIDH, 31-1-2001, "Tribunal Constitucional vs. Perú", párr. 71.

5. COIDH, 2-2-2001, "Baena, Ricardo y otros", párrs. 124, 125, 127, 130, 134 y 143.

6. COIDH, 6-2-2001, "Ivcher Bronstein", párrs. 104,105 y 110.

7. COIDH, 29-3-2006, "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa", párrs. 81 y 82.

8. COIDH, 19-9-2006, "Claude Reyes y otros", Serie C, N.º 151, párr. 118.

9. V. también Dictamen de la PTN IF 2021-18545425, APN-PTN del 3 de marzo de 2021, acápite V.5.3 (publicado en https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/3239/IF-2021-18545425-APN-PTN_de_fecha_3-3-2021.pdf).

En tal sentido, debe resaltarse que, tal como lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la jurisprudencia de la COIDH resulta una "insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos", no solo para el Poder Judicial (v. CSJN, *Fallos*: 333:1657, *in re* "Videla").

La aplicación de las garantías contempladas en el artículo 8º de la CADH a los procedimientos administrativos procede en tanto ellas refieren al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos[10].

Ello, dado que no solo el Poder Judicial, sino otros órganos estatales, colegiados o unipersonales, pueden adoptar decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas (v. COIDH en el caso "Claude Reyes y otros", párr. 118).

En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya mucho tiempo antes del otorgamiento de cualidades constitucionales a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos producida con la reforma constitucional de 1994, había expresado que la garantía de defensa no es exclusiva de una rama particular del Derecho, sino un principio aplicable también tanto a la actividad administrativa sancionadora (v. *Fallos*: 295:726, cons. 3º), como a todos los procedimientos administrativos en general, aun cuando no se tratara de la imposición de sanciones (v. *Fallos*: 244:548). De tal modo, nuestro Máximo Tribunal ha recorrido un camino similar al de la jurisprudencia de la COIDH y ha efectuado una lectura amplia de la garantía de la defensa en juicio, perfilando la denominada *tutela judicial efectiva*, que, proyectada y extendida a los procedimientos administrativos, ha generado la rica categoría de *tutela administrativa efectiva*[11].

Similares apreciaciones han sido vertidas desde la doctrina muy tempranamente. Linares destacaba la trascendencia de la garantía de defensa en los procedimientos jurisdiccionales administrativos, así como en todo procedimiento administrativo en general, ventilados ante autoridades administrativas que no pertenecen al Poder Judicial. Explicaba este autor que también en los procedimientos administra-

10. V. Treacy, Guillermo F., ob. cit., p. 868.
11. Treacy, Guillermo F., ob. cit., pp. 860 a 863.

tivos el estatus jurídico del particular sufre una lesión o detrimento, actual o potencial, en la dimensión de sus derechos, con lo cual, si su potestad de defensa es necesaria en sede judicial, lo es, aún más, en sede administrativa, atento al rol que le toca a la Administración de oficiar de juez y parte; ello, sin perjuicio del debido control judicial suficiente en los casos en que fuera necesario incoarlo.

Remarcaba este calificado administrativista, que un acto sancionatorio, una orden administrativa o una denegatoria total o parcial, dictados por la Administración en orden al derecho invocado por el particular, alteran su situación jurídica pese a la posibilidad de apelar de la que goce ante un órgano administrativo o un juez o un tribunal administrativo. La decisión administrativa siempre significa algo, más allá de ser susceptible de revisión administrativa (tutela administrativa efectiva) o judicial (tutela judicial efectiva[12]). De estas consideraciones, colegía que, en materia de procedimiento administrativo, la garantía de defensa siempre interesa y su omisión no puede ser subsanada en ulteriores instancias, podrá ser paliada

12. Hoy, la amplitud que cabe asignar a la garantía de la tutela administrativa y judicial efectiva y a la aplicación de los principios convencionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*pro homine*, *in dubio pro actione*, etc.) llevan a superar y trascender la necesidad del acto administrativo para afirmar la afectación de derechos, que en la dogmática administrativa tradicional argentina y en su fuente del Consejo de Estado francés resultaba presupuesto de la vía recursiva (por ser la expresión trascendente de la voluntad administrativa). En tal sentido, en *Dictámenes* de la Procuración del Tesoro de la Nación 303:448, se ha afirmado que la naturaleza opinable del acto administrativo debía ser interpretada en favor del ejercicio del derecho de defensa a través de la revisibilidad del acto en sede administrativa; es decir, se concluyó en favor de la admisibilidad formal del recurso más allá de la duda sobre si se trataba de un acto administrativo o de un acto preparatorio; v. también CCAyT, Sala II, junio de 2004, *in re* "Bricons S.A.I.C.F.I. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)", Expte. Nº 12089/0, en el que se dejó sin efecto la desestimación del amparo *in limine* por inexistencia de acto. En similar sentido, y con las diferencias que implica el sistema francés de justicia administrativa, se ha pronunciado recientemente, *aggiornando* su jurisprudencia, el Consejo de Estado francés, con el objeto de que el Estado de Derecho no quede rezagado frente a las nuevas formas de actividad administrativa singularizadas por el *droit souple* (derecho liviano o *soft law*) a través de recomendaciones, orientaciones, *guidelines*; que no revisten el carácter de acto administrativo tradicional pero que son susceptibles de tener "un efecto notable" sobre los derechos de los particulares o sobre su situación; v. *Bilan annuel 2020 du Conseild'État*, p. 76 y decisiones Nº 418.142 y Nº 440.258 del Consejo de Estado citadas en el balance 2020, disponible en: https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/bilan-d-activite (fecha de consulta: 20/5/2022).

pero no remediada de modo integralmente satisfactorio. La garantía de la defensa en tanto contiene, como se dijo *supra*, una preeminente valoración de un aspecto parcelario de la justicia –la seguridad jurídica– es fundamental en el Estado de Derecho. Explicaba, así, Linares que no existe una descalificación de la seguridad por exceso, como ocurre con algunos otros valores jurídicos parcelarios como el orden. Un exceso de seguridad nunca tiene sentido disvalioso en el Estado de Derecho. Por ello, sostenía que en el Estado de Derecho es preferible pecar por exceso de seguridad jurídica que por defecto[13].

Luego de la reforma constitucional de 1994, la doctrina ha enfatizado, sin espacio ya para la duda, que el debido proceso adjetivo encarna un principio que encuentra fundamento constitucional tanto en la garantía de defensa que consagra el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional como en el artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, directamente aplicable de acuerdo al artículo 75, inciso 22, del texto fundamental, el cual, al consagrar la tutela judicial efectiva, se proyecta también al procedimiento administrativo[14].

En síntesis, en el estado actual de la evolución de la conciencia jurídica, de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional y administrativa permeada por la penetración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la expansión de los principios procesales al procedimiento administrativo (y no solo al sancionador), entre ellos, el derecho de defensa, tiende a asegurar la legalidad y eficacia en el accionar administrativo, y al mismo tiempo, preserva los derechos fundamentales, en beneficio del Estado de Derecho. Y no cabe hesitar que la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo y su decreto reglamentario han significado un temprano avance respecto del Derecho convencional, en orden a la aproximación del procedimiento administrativo al proceso judicial donde la garantía del derecho de defensa estaba desarrollada con mayor nitidez[15].

13. Linares, Juan F., ob. cit., p. 1143.

14. Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, p. 440, La Ley, 1ª ed., 2015.

15. Treacy, ob. cit., p. 864.

3. La regulación del derecho de defensa [debido proceso adjetivo] en el procedimiento administrativo

Procede precisar que, en el Derecho Administrativo positivo vernáculo, el derecho de defensa se encuentra regulado ya desde 1972 en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549 (LNPA), de modo primordial y específico en el artículo 1º, inciso f, referido al *debido proceso adjetivo*. De manera más genérica, resulta albergado en el artículo 7º, inciso d, del aludido plexo legal que contempla, entre los requisitos esenciales del acto administrativo, "[…] los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico"[16].

Este elemento indicado en el aludido inciso d, que en Derecho Administrativo se denomina *forma*, resulta, como arriba se indicó, comprensivo del *debido proceso adjetivo* imperado por el artículo 1º inc. f, LNPA[17].

El citado requisito reviste carácter *esencial* (ver art. 7º, LNPA) y su afectación produce la nulidad absoluta e insanable del acto, según expresamente lo dispone el artículo 14, inc. b, de la LNPA.

Resulta interesante advertir que, tanto la dogmática administrativa como la del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al regular el derecho de defensa desde una perspectiva que reconoce una dimensión sustancial y esencial a las garantías procedimentales implicadas por el derecho de defensa, trasunta la influencia aristoté-

16. La Procuración del Tesoro de la Nación ha destacado desde antaño que el requisito del debido procedimiento previo comprensivo del debido proceso adjetivo no solo reviste el carácter de una garantía para el particular, sino que también resulta imperativo para preservar la legalidad del accionar administrativo; por otra parte, también desde la doctrina se ha remarcado que el debido procedimiento adjetivo es posterior a otro principio general de garantía aún más valioso, que la ley no destaca como corresponde: el necesario carácter previo del procedimiento legal para la decisión de todo acto administrativo; en efecto, el proceso previo justifica la existencia legal e institucional del acto administrativo. En la Administración del Estado de Derecho, el acto administrativo, de cualquier clase que fuere, debe ser la manifestación objetiva de un previo procedimiento. Ese carácter previo del procedimiento, garantía de razón y justicia, se proyecta esencialmente en todo el hacer administrativo, pues sin procedimiento no hay actividad administrativa (v. Fiorini, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, T. II, pp. 455 a 458, Abeledo Perrot, 1976, citado en *Dictámenes* 236:91).

17. *Dictámenes* de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) 236:921; 290:181.

lica de la teoría hilemórfica, afirmación a la que se arriba a partir de la operatividad en la especie del principio epistemológico de subalternación de los saberes.

En efecto, la íntima relación entre la forma como principio del ser y la sustancia resultante de la unión entre la materia (primera) [*hilé*] y la forma [*morfe*], surge ya en las enseñanzas de Aristóteles, con su teoría hilemórfica[18]. Es que las formas son las que como principios del ser junto con la materia[19] dan lugar a las sustancias, a las esencias.

Extrapoladas estas categorías al plano jurídico federal vemos que *la forma* como garantía adjetiva, como derecho de defensa, regulada en los artículos 1º, inc. f; 7º, inc. d y 14, LNPA, determina e impacta en la sustancia de los restantes derechos permitiendo o no su concreción, su perfección. Ciertamente, si se afecta el derecho de defensa o debido proceso legal adjetivo, resultarán menoscabados los derechos "sustantivos" de la persona, como su dignidad y honorabilidad, por ejemplo, u otros como la vida, la libertad, la propiedad, etc.[20].

He sostenido antes de ahora, y rescataré en la conclusión del presente, que esta teoría también resulta de aplicación respecto de las instituciones (que contienen a los derechos como el derecho de defensa), toda vez que las formas, en sentido metafísico, son aquello que le imprime sustancia a la materia y, por tanto, le dan sentido. La materia se ordena por la forma a su fin propio; las instituciones (forma) son, en efecto, esa finalidad que, inspirada en el orden público (causa primera), proyecta la sociedad (materia) hacia un estado de armonía, paz y desarrollo integral[21].

De consiguiente, es imprescindible el respeto a las formas, a lo adjetivo, para la preservación de los derechos fundamentales y de las instituciones.

La Corte Federal así lo ha enfatizado al sostener, con especial referencia al derecho de defensa, "que en las formas se realizan las

18. Jolivet, Regis, *Curso de Filosofía*, pp. 99 y sigs., Ediciones Desclée de Browner, 1965.

19. La materia "primera" es la materia sin forma alguna, no es perceptible por los sentidos. La materia "segunda" es la materia con forma determinada, por ejemplo, el mármol de una estatua de mármol.

20. Ello obedece al valor fundante o posibilitador de otros derechos que exhibe esta garantía, tal como observa Linares (v. ob. cit., p. 1143).

21. Conte-Grand, Julio, "El orden público y las instituciones", publicado en diario *La Nación*, ejemplar del 23 de diciembre de 2021.

esencias" (*Fallos*: 315:106, cons. 5º; 317:1333, cons. 6º; 323:2848, cons. 6º; 329:5903, cons. 7º; 338:552, cons. 5º, entre muchos otros).

4. La nulidad de lo actuado por la violación del debido proceso legal adjetivo

Consecuencia de la sustancialidad que revisten las formas procesales por su dimensión tuitiva y dikelógica en el marco filosófico y jurídico positivo expuesto, es que tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativas *fulminan con la nulidad absoluta e insanable la violación del elemento forma contemplado en el artículo 7º, inc. d, LNPA, es decir, de los procedimientos previos*, que albergan como un componente específico al debido proceso legal adjetivo, perfilado por el artículo 1º, inc. f, LNPA.

Puntualmente, desde la doctrina, se ha enfatizado que "[…] ante el vicio grave de procedimiento, la consecuencia irremediable es la nulidad absoluta. Nada más es dable exigir al interesado en dicha nulidad"; y que "[…] Obsérvese que cuando el legislador determina que antes de la emisión del acto deberán cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y que la violación de tales formas esenciales genera la nulidad absoluta, está efectuando una clara opción de política legislativa, según la cual ante la falta o vicio grave en dichos procedimientos la consecuencia necesaria es la nulidad del acto"[22].

Con respecto a la gravitación del debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo, se ha dicho, con referencia a los vicios previos a la emisión de un acto –entre los que se incluyó el no haber dado oportunidad de defensa al interesado–: "En todos esos casos, sumar además vicios de forma, procedimiento o preparación de la voluntad, debería no dejar otra conclusión que la nulidad insanable, imposible de ser corregida por más debate judicial que exista"[23].

De conformidad con las consideraciones doctrinarias expuestas, en la jurisprudencia del Máximo Tribunal federal se han invalidado

22. Canda, Fabián, "El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación", *El Derecho*, Serie Derecho Administrativo, pp. 233 a 236.

23. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, Fundación de Derecho Administrativo, 10ª ed., 2011, Cap. X.

actos administrativos dictados sin la observancia de los procedimientos previos normativamente establecidos (v. *Fallos*: 339:1077, cons. 14 a 17 y 40; en este caso puntual, precisamente fueron consideradas nulas diversas resoluciones del entonces Ministerio de Energía y Minería de la Nación que habían sido dictadas incumpliendo este requisito legal)[24].

En similar sentido, recientemente, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) consideró que correspondía declarar la nulidad y revocar en sede administrativa la Resolución Nº 2016-1768-E-APN-MDS, por la que se había dejado sin efecto la Resolución Nº 3.193/2015, que había otorgado a la doctora Fernández de Kirchner la asignación mensual vitalicia establecida en el artículo 1º de la Ley Nº 24.018, como ex Primera Mandataria[25], en tanto la aludida Resolución Nº 2016-1768-E-APN-MDS no había respetado el debido proceso adjetivo respectivo de la interesada.

En efecto, es doctrina del máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo Nacional, que "la posibilidad de ejercer el legítimo derecho de defensa por parte de quien podría verse afectado por un acto (ser notificado, citado a audiencia, permitir la formulación de su descargo y ofrecer las pruebas que estime convenientes a su derecho), en forma previa a que la autoridad competente resuelva, constituye sin dudas un procedimiento esencial y sustancial, en los términos del artículo 7º, inciso d), de la LNPA, que ineludiblemente debe respetarse a fin de resguardar el principio constitucional de defensa en juicio (conf. art. 18 de la Constitución Nacional)". Y ha remarcado el alto Organismo que "[…] aun cuando hubiera sido procedente la aplicación de una sanción, la inobservancia del procedimiento referido traería aparejada la nulidad de cualquier medida adoptada por violación de las formas esenciales, conforme lo prevé el artículo 14, inciso b), de la citada LNPA" (v. *Dictámenes* PTN, 290:181)[26].

24. V., asimismo, CSJN, 21/5/2002, "Adidas Argentina y otros c/ EN - M° de Economía - Resol. Nros. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/ amparo Ley Nº 16.986", *Fallos*: 334:1406.

25. La resolución había sido revocada en tanto, en el caso, se había acumulado la asignación mensual vitalicia que le fuera otorgada como ex Presidenta a la que ya percibía con motivo del fallecimiento del doctor Néstor Carlos Kirchner.

26. V. también dictamen de la PTN, IF-2021-18545425-APN-PTN, recaído en el Expte. Nº 2021-10441870, el 3 de marzo de 2021.

Sentada la trascendencia del elemento "forma" comprensivo del debido proceso legal adjetivo (derecho de defensa) en los procedimientos administrativos, así como la fatal consecuencia de la nulidad de los actuados en caso de afectación de éste, cuadra enfatizar la absoluta inviabilidad de la teoría de la subsanación en la materia.

5. La absoluta inviabilidad de la teoría de la subsanación en materia de afectación del debido proceso adjetivo[27]

Los actos administrativos, para ser válidos, deben cumplir con el "debido procedimiento previo" (art. 7º, inc. d, LNPA); este se refiere a los "procedimientos esenciales y sustanciales" que son exigidos por el ordenamiento jurídico con carácter previo a la emisión del acto administrativo, entre ellos, el "debido proceso adjetivo" que regula el artículo 1º, inc. f, LNPA[28].

Pero cierta jurisprudencia judicial como administrativa ha –con selectividad[29] opinable y muchas veces sobre la base de una ponderación pragmática– relativizado este requisito –al que la doctrina denomina la "forma" del acto administrativo–, dando lugar a la denominada "doctrina de la subsanación"[30]. Esta, en puridad, contradice el texto legal aplicable, según el cual, la omisión del citado requisito,

27. La calificación de "adjetivo" del debido proceso (*due process of law*) en el marco del procedimiento administrativo vernáculo puede llamar a equívoco y solapar su carácter de derecho fundamental, esto es, de un derecho reconocido por la Constitución sobre la base de la dignidad de la persona que goza del máximo grado de tutela jurídica, y que exhibe los rasgos de inalienable, irrenunciable e inviolable.

28. V. *Dictámenes* PTN 211:334; 221:124; 246:401, en los que la Procuración del Tesoro de la Nación consideró nulos actos administrativos que no habían respetado el debido proceso adjetivo.

29. Así como se considera que existe una "selectividad anulatoria" (v. Romero Verdún, Iván Fernando, "La anulación como *deber*, la selectividad anulatoria y la juridicidad", Revista electrónica, *Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Número 25, pp. 84 a 99), entendemos que también se verifica una "selectividad subsanatoria".

30. Así fue calificada, por Linares, la tesis jurisprudencial tempranamente perfilada por la Corte federal, a cuyo tenor no interesaba la indefensión en sede prejudicial si el interesado pudo defenderse ante la justicia (v. Linares, Juan Francisco, "La garantía de defensa ante la Administración", *LL* 142:1137, v., en esp., p. 1138,

al que el artículo 7º, inc. d, de la LNPA reputa "esencial", acarrea la nulidad absoluta e "insanable" del acto (art. 14 b, LNPA).

Según la mencionada teoría en su expresión actual, la falta de dictamen jurídico previo[31], la falta de motivación[32], la afectación del debido proceso adjetivo (art. 1º, inc. f, LNPA)[33], o de otro defecto que vulnere del debido procedimiento previo (art. 7º, inc. d, LNPA)[34], no determinan la nulidad del acto administrativo, si estas deficiencias resultan remediadas en una etapa posterior del procedimiento administrativo, v. gr. en la etapa recursiva[35], o incluso, en la instancia

---

ap. II. 5, citado por Comadira, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, p. 315, Cathedra Jurídica, 2022).

31. V. *Dictámenes* PTN 234:156, en el que, ante la ausencia del dictamen previo, el Máximo Órgano Asesor del Poder Ejecutivo Nacional entendió que este requisito resultaba subsanado por posteriores intervenciones del servicio jurídico y aplicó la máxima a cuyo tenor "no procede la nulidad por la nulidad misma". Este adagio que es una transposición de la regla francesa "*pas de nullité sans grief*" (no procede la nulidad sin daño), en puridad implica una falacia; ello, toda vez que la falta de cumplimiento de las formas tempestivamente implica para el particular administrado, ante la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, la carga de impugnar el acto en sede administrativa y luego, eventualmente, en sede judicial para hacer valer sus derechos. Si el acto fuera declarado nulo como manda la ley ante el primer recurso administrativo interpuesto, la Administración debería volver a dictar el acto respetando los procedimientos legales, lo cual importa un efecto moralizador importante, además del cumplimiento de las normas en un Estado de Derecho.

32. V. *Dictámenes* 273:367.

33. V. *Dictámenes* PTN 237:323, en el que, si bien el Organismo advierte la violación del derecho de defensa en el marco de un sumario, aplica la teoría de la subsanación.

34. Los supuestos mencionados en puridad se reconducen al vicio en el requisito del "debido procedimiento previo" a que refiere el artículo 7º, inc. d, de la Ley, que podría inclusive albergar otras hipótesis de procedimientos esenciales omitidos según la normativa específica aplicable. Es decir, los vicios en los elementos apuntados del acto administrativo (falta de motivación, omisión del dictamen jurídico previo, afectación del debido proceso adjetivo) serían especies del vicio más amplio calificado como "debido procedimiento previo" o vicio de forma al que alude el artículo 7º, inc. d, aludido.

35. V. *Dictámenes* PTN 238:279, en el que la Procuración del Tesoro aplicó esta teoría para cohonestar la declaración de cesantía de un agente, al que no se le había dado la oportunidad de ser escuchado con carácter previo al dictado del acto; y en similar sentido, *Dictámenes* 251:133, en el que también admitió la posibilidad de subsanar la violación al debido proceso adjetivo en la instancia recursiva.

judicial[36]. Se trata de una teoría de utilización excepcional, según se suele declarar cuando se recurre a ella o se cohonesta su aplicación[37].

36. Se ha llegado a extender el marco de predicación de esta teoría y a aceptar la subsanación en la etapa de la revisión judicial (v. la crítica que efectúa Canda, Fabián, a la teoría en general y a esta expansión fuera de su ámbito inicial, en "Teoría de la subsanación recargada", *Diario DPI, Derecho administrativo*, Nº 277, 7-5-2020); la CSJN se ha pronunciado en favor de la aplicación de la teoría de la subsanación en la instancia judicial en los siguientes precedentes: "Universidad Bartolomé Mitre", del 5/3/1969, *Fallos*: 273:134; "César y Antonio Karam S.C.I.C.A. s/ Contencioso administrativo de plena jurisdicción e ilegitimidad c/ Decreto Nº 2.423/1983 del PE", del 24/2/1987, *Fallos*: 310:360 y en "Formosa, provincia de (Banco de la Pcia. de Formosa) c/ Dirección General Impositiva s/ impugnación de la Resolución Nº 604/1999", del 16/8/2008; *Fallos*: 331:2769.

37. En efecto, tanto la jurisprudencia judicial (v. SCBA, 16/2/2005, "Caselli, Juan Carlos c/ Provincia de Bs. As. –Instituto de Loterías y Casinos–. Demanda contencioso administrativa") como la jurisprudencia administrativa perfilada por la PTN han enfatizado siempre que la teoría de la subsanación debe aplicarse con carácter excepcional y "no conformar una práctica habitual" (v. *Dictámenes* PTN 190:163; 205:113; 238:279; 261:407; 273:367; 312:227; de estos, las opiniones vertidas en *Dictámenes* 261:407 y 273:367, no corresponden a la subsanación del debido proceso adjetivo, sino a la subsanación de la falta de dictamen previo y de la omisión de la motivación, respectivamente). Ahora bien, de una muestra de dictámenes abarcativa del período 1994-2022, relativos a las voces "debido proceso adjetivo" y "subsanación", se desprende: a) en 10 asesoramientos, recaídos en *Dictámenes* 190:163; 205:113; 235:524; 241:391; 256:134; 237:323; 238:279; 246:334; 251:133; 262:548, el Organismo aplicó la teoría de la subsanación en supuestos en que se verificaron vulneraciones al debido proceso adjetivo; b) en 4 asesoramientos recaídos en *Dictámenes* 221:124; 211:334; 246:401 y 290:181, la PTN consideró que la afectación del debido proceso adjetivo generaba la nulidad insanable del acto, esto es, no aplicó la teoría de la subsanación. Este resultado parecería contradecir el carácter excepcional que reviste en los hechos la aplicación de la teoría de la subsanación según la opinión citada del propio Organismo Asesor, toda vez que su jurisprudencia –si bien examinada durante un período acotado de tiempo y con el margen de error que toda búsqueda por medios mecánicos puede implicar– indicaría un predominio de la aplicación de la teoría respecto de los casos en los que no fue utilizada.

No obstante, cabe tener presente que es plausible que los casos en los que se aducen violaciones del debido proceso adjetivo en los que no se aplica ni invoca la teoría de la subsanación (es decir, en los que no se considera admisible subsanar el defecto u omisión) se inscriban en un universo mayor que no ha sido recuperado en la búsqueda (acotada a las voces "debido proceso adjetivo", "subsanación") de actos irregulares, respecto de los cuales el organismo no examina la posibilidad de su subsanación por considerar *in limine* que adolecen de una nulidad insanable y en los que directamente concluye en que debe procederse a su revocación, en sede administrativa, o bien, a su anulación, en sede judicial. De realizarse la comparación de los casos que aplicaron la teoría de la subsanación con respecto a este

La doctrina ha expresado un enérgico rechazo desde temprano a esta teoría que rebasa y contradice el texto legal interpretado (v. arts. 7º, inc. d; 1º, inc. f; y 14, inc. b, de la LNPA) y que, en definitiva, convalida la violación de la ley y de derechos fundamentales, como el de defensa, por parte de la Administración[38].

También la jurisprudencia judicial relevada, en términos generales, se manifiesta adversa a la admisión de la teoría de la subsanación, tanto en sede administrativa como en la instancia judicial; esto último, sobre la base, entre otros argumentos, de que no cabe predicar la existencia de una relación de continuidad entre el procedimiento administrativo y el judicial[39].

---

conjunto más amplio, los supuestos en los que se habría subsanado resultarían, verosímilmente, excepcionales. Es esta una hipótesis posible cuya contrastación requeriría una investigación más exhaustiva y compleja. Cabe hacer notar que la conclusión que se intenta sustentar se refiere, por otra parte, solo a casos de violación del debido proceso adjetivo *strictu sensu*, no a los que agraviarían el derecho de defensa indirectamente por falta de dictamen previo, motivación o por algún defecto esencial en el trámite encuadrable en el art. 7º, inc. d, LNPA. Por otra parte, procede tener en cuenta, también, que el asesoramiento relevado más reciente del Órgano Asesor exhibe un criterio adverso a la aplicación de la teoría de la subsanación cuando se encuentra comprometido el "debido proceso adjetivo" (v. *Dictámenes* 290:181).

38. V. Comadira, Julio R., *Procedimientos administrativos*, T. I, p. 320, y Comadira Fernando G., en ob. cit., pp. 316 a 319.

39. En efecto, en los siguientes pronunciamientos judiciales, relativos a violaciones al debido proceso adjetivo y al derecho de defensa, se registra una postura adversa a la aplicación al caso de la teoría de la subsanación: CSJN, 15/11/2011, *in re* "M., J. J. c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF)", *Fallos*: 334:1372; SCBA, 4/9/2002, "Club Estudiantes de La Plata c/ Municipalidad de La Plata s/ Amparo"; 14/11/2007, "Serdá, Mónica C. c/ Municipalidad de Pehuajó"; 6/2/2019, "Pardini, Daniel Rubén c/ Municipalidad de Tandil s/ pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de nulidad y de inaplicabilidad de ley o doctrina legal"; 23/2/2021, "de Arrascada, Carlos Marcelo y otra c/ la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa"; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 20/4/2010, "Díaz, Florencio c/ Poder Ejecutivo de la Pcia. de Corrientes"; CNACAF, Sala I, 30/8/2021, "Televisión Federal S.A. Telefé c/ Administración Nacional de Aduanas s/ recurso directo de organismo externo". En cambio, la teoría de la subsanación ha sido aplicada con relación a vulneraciones al debido proceso adjetivo, sobre la base de considerar que este puede ser subsanado en sede judicial cuando el interesado tiene la oportunidad suficiente de ejercer su derecho a defenderse en esta instancia, en los siguientes precedentes: CSJN, 5/3/1969, "Universidad Bartolomé Mitre", *Fallos*: 273:134; 24/2/1987, "César y Antonio Karam S.C.I.C.A. s/ Contencioso administrativo de plena jurisdicción e ilegitimidad c/ Decreto Nº 2.423/1983 del PE", *Fallos*: 310:360; 16/8/2008, "For-

Una mirada actualizada desde el plexo de instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hoy, fulmina, sin duda, la aplicación de esta teoría con respecto a la violación del debido proceso adjetivo[40], toda vez que al constituir este la expresión de un derecho "fundamental" de la persona, como es el derecho de defensa (arts. 18, CN y 8º, CADH), en modo alguno puede ser relativizado, soslayado o dispensado[41].

Pero nótese que en nuestra tradición jurídica administrativa existe una cierta preterición del elemento "forma" (que, como se dijo, comprende los procedimientos esenciales y sustanciales cuyo cumplimiento el art. 7º, LNPA, reputa esencial), frente a otros elementos del acto administrativo, al que la ley asigna el mismo peso como la "causa", la "finalidad", el "objeto", etc. (v. art. 7º, incs. b, c y f, LNPA)[42]. Esta minusvaloración del elemento "forma" en el contexto de las nulidades y del procedimiento administrativo, singularizada por la teoría de la subsanación, involucra, a mi juicio, un significativo desconcepto jurídico[43] y filosófico.

---

mosa, provincia de (Banco de la Pcia. de Formosa) c/ Dirección General Impositiva s/ impugnación de la Resolución Nº 604/1999)", *Fallos*: 331:2769.

40. Expresa Canda: "Como la teoría de la subsanación del acto administrativo afecta el debido proceso adjetivo, entendemos que no armoniza con el mentado principio de respeto a la dignidad humana.", v. Canda, "Teoría de la subsanación recargada", *supra* referenciado.

41. V. *Dictámenes* PTN 211:334.

42. V. en tal sentido *Dictámenes* PTN 312:227, en el que se admitiría la teoría de la subsanación en el caso de vicio en el debido procedimiento previo, por la eventual omisión del dictamen previo; también dictamen de la PTN, IF-2021-18545425-APN-PTN recaído en el Expte. Nº 2021-10441870, el 3 de marzo de 2021, en el que se concluye en la nulidad del acto que no ha respetado el debido proceso adjetivo, pero en el marco de una "sumatoria de vicios", como si el elemento "forma" no alcanzara por sí solo para acarrear la nulidad absoluta e insanable del acto administrativo según lo imperado por el art. 14, inc. b, LNPA. En puridad, desde un análisis "metafísico", todos los elementos del acto administrativo mencionados por el art. 7º, LNPA, revestirían el carácter de "coelementos" o de "coprincipios" constitutivos del acto; del mismo modo que la materia prima y la forma, como "relaciones transcendentales", configuran principios constitutivos del ser; de tal suerte, los requisitos apuntados por el referido art. 7º, LNPA, configurarían elementos correlativos que forman la estructura interna del acto administrativo, así como la forma y la materia forman la estructura del ser.

43. Este error puede atribuirse como expresamos más arriba al carácter equívoco que surge de la calificación de "adjetivo" del debido proceso que en nuestro Derecho Administrativo encuentra origen en la transposición de las categorías de la jurisprudencia norteamericana del "*due process of law": procedural law process*

Si el derecho de defensa (debido proceso adjetivo) –e, incluso, la motivación y el dictamen jurídico previo que conectan con el derecho de defensa– es un derecho "fundamental", habrá que admitir y destacar que hace a la especial naturaleza de la persona y a su dignidad, en tanto constituye un medio para asegurar esa dignidad[44].

Un *derecho fundamental es un derecho sustancial*, concierne al meollo de los medios (derechos) para asegurar los fines existenciales del hombre y su dignidad; ahora bien, recordemos que la sustancia es la resultante de la unión de la materia "prima" o "primera"[45] con la "forma" (teoría hilemórfica[46]); la "forma" es lo que determina la esencia de una cosa, su "talidad"[47]. La "forma" es el "acto" de la materia, es lo que la define, le da su fisonomía, es el principio de especi-

---

y substantive due process. Estas denominaciones pueden generar cierta confusión sobre el carácter sustancial y fundamental que exhibe el debido proceso adjetivo como derecho humano fundamental.

44. El carácter sustancial de este derecho aparece explicado por Linares, quien se refiere al sentido axiológico jurídico de la garantía de defensa en tanto contiene una preeminente valoración de un valor parcelario de la justicia que es fundamental en el Estado de Derecho y que es un valor fundante o primitivo de otros; v. Linares, Juan F., "La garantía de defensa ante la Administración", p. 1143.

45. La materia "primera" no es sensible, es incognoscible por sí misma, es solamente "inteligible"; la materia "segunda" es la materia sensible.

46. Según esta teoría, la forma es la que determina la materia; la materia nunca existe por sí sola, sino siempre unida a la forma que es el principio que la actualiza y determina. La materia prima es potencia pura, es incognoscible por sí misma, no es perceptible por los sentidos; la forma aristotélica es la que determina el compuesto hilemórfico; la forma es el principio constitutivo del ser que determina la potencialidad de la materia prima. Del compuesto de la unión de la forma (que es acto) con la materia (que es potencia pura) resulta la sustancia. Ni la materia ni la forma tienen existencia propia por separado. En el orden de la sustancia, la forma es el acto supremo y único por el que el individuo es lo que es. La forma y la materia son principios constitutivos del ser, coprincipios, relaciones trascendentales. Las relaciones trascendentales se comunican mutuamente el carácter que les es propio; el ser particular entero se encuentra marcado por él: cada principio es la razón real de un carácter que afecta a todo el ser particular. Los principios constitutivos del ser (v. gr., forma y materia) son relaciones trascendentales, solo tienen sentido y realidad en la estructura que constituyen (v. De Raeymaeker, Louis, *Filosofía del Ser. Ensayo de Síntesis Metafísica*, versión española de María Dolores Mouton y Valentín García Yebra, pp. 127 a 128, Biblioteca Hispánica de Filosofía, Editorial Gredos S.A., 1968).

47. La "talidad" es la condición "de tal" con las determinaciones que caracterizan a algo o a alguien. La "talidad" afecta a todos los principios constitutivos del ser de modo conjunto.

ficación, es el fundamento de la diferencia específica[48] que hace a la esencia de una cosa, que la hace ser lo que es; en cambio, la materia es el principio de individuación[49].

Si la "sustancia" es la resultante de aplicar la forma a la materia prima, potencialidad pura, ciertamente toda afectación de uno de los elementos de la ecuación[50] (forma - materia) alterará la "sustancia" resultante, en la especie, a la "sustancialidad" del derecho.

Si hacemos una transposición de este razonamiento metafísico al plano jurídico positivo examinado, toda alteración o violación o incumplimiento del elemento "forma" afectará la sustancia del derecho (de defensa) así como la estructura del acto administrativo resultante y tendrá efectos dirimentes respecto de expresión de la voluntad de la administración, es decir, acarreará su nulidad, como prístinamente lo indica el artículo 14, inc. b), de la LNPA.

En definitiva, del mismo modo que la falta de cumplimiento de las formas[51] impide el perfeccionamiento de un acto jurídico, o de un derecho, v. gr., el caso de un contrato administrativo por la omisión del requisito procedimental de la licitación pública (cuando la normativa así lo exige) –supuesto en que la jurisprudencia administrativa incluso habla de "inexistencia del contrato administrativo"[52]–, el

48. V. Jolivet, ob. cit., pp. 99 a 102.

49. La materia, en cuanto está afectada de dimensiones de cantidad y, por consiguiente, de finitud, limita y contrae la forma, la individualiza (v. Jolivet, ob. cit., p. 102).

50. Dado que la materia prima es potencialidad pura, inteligible pero no sensible como la materia segunda (el mármol de la estatua del cuerpo humano), el único elemento que puede variar es la forma como principio constitutivo del ser que acarrea la determinación de este.

51. La forma como requisito esencial en el art. 7º, LNPA, resultaría asimilable a las formas denominadas "*ad solemnitatem causa*" o "*ad substantiam*" de los actos jurídicos, se trata de formas constitutivas sin las cuales el acto no nace, v. gr., la autorización del Estado respecto del matrimonio civil en el que no alcanza con la voluntad de las partes. Se colige, así, que no nos referimos en este análisis a las formas intrascendentes a cuyas omisiones refiere, por ejemplo, el art. 17 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional perfilado por el Decreto delegado Nº 1.023/2001 (*BO* 13/8/2001), que resultarían subsanables en el marco de un formalismo moderado (usualmente denominado "informalismo a favor del administrado"), que –nótese– rige solo en beneficio del particular, no de la Administración. Tampoco se nos escapa que por la vía oblicua de la calificación de una forma como intrascendente, la praxis administrativa puede llegar a convalidar la afectación de formas que en puridad revisten el carácter de esenciales.

52. V. CSJN, *Fallos*: 323:1515; 323:1841; 323:3924; 324:3019; 326:1280; 327:84; 329:809; 335:1385; 332:1651, entre muchos otros.

vicio de forma por incumplimiento de los procedimientos esenciales impedirá el perfeccionamiento[53] del acto administrativo de acuerdo a las exigencias y prescripciones normativas, acarreando la nulidad absoluta e "insanable" de lo actuado.

Es por ello que resulta absolutamente inviable la invocación de la teoría de la subsanación cuando hay afectación del elemento "forma" (comprensivo tanto de los procedimientos previos esenciales –art. 7º, inc. d, LNPA–, como del debido proceso adjetivo –art. 1º, inc. f, LNPA–). Porque la subsanación en cuanto admisión de un "formalismo moderado" solo puede operar respecto de una forma "no esencial" que pueda ser cumplida posteriormente (v. art. 1º, inc. c, LNPA); de este modo, el texto expreso de la norma, en perfecta armonía con los argumentos filosóficos traídos a colación, resulta un escollo insalvable para admitir la posibilidad de subsanar un requisito esencial como es el del "debido procedimiento previo" –que acoge al "debido proceso adjetivo"– imperado por la ley, al que esta fija una condición temporal de validez: el aludido requisito debe verificarse *antes* del dictado del acto, antes de la expresión de la voluntad de la administración, so pena de nulidad (v. arts. 7º, inc. d; 1º, inc. f, y 14, inc. b, LNPA)[54].

6. Algunos contenidos posibles del debido proceso legal adjetivo. Su esencial amplitud y casos específicos de violación sindicados por la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos aplicables en el ámbito del procedimiento administrativo

6.1. La mirada amplia como principio

Desde la trascendencia afirmada de las interpretaciones de la COIDH, para los poderes constituidos argentinos cabe, entonces,

53. "Perfecto" es lo que contiene en sí todo y fuera de lo que no hay nada, ni siquiera una sola parte; una cosa, una esencia es perfecta cuando en su género propio no le falta ninguna de las partes que constituyen naturalmente su fuerza y su grandeza. Perfecto en sí se dice de aquello a lo que no falta nada de lo que constituye el bien, de aquello que no es superado en su género propio o de lo que no tiene fuera de sí absolutamente ninguna parte (Aristóteles, *Metafísica*, pp. 122 a 123, Espasa-Calpe S.A., 9ª ed., 1943, Traducción del griego por Patricio De Azcárate).

54. V. *Dictámenes* PTN 211:334.

asumir como premisa que el debido proceso adjetivo abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de los derechos u obligaciones a efectos de "que las personas puedan defenderlos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos"; constituyendo un límite infranqueable a la discrecionalidad del poder público, en cualquier materia[55].

Esto significa que por aplicación de las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8º de la CADH, se deben observar todas las formalidades que "sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho"[56].

El debido proceso adjetivo en términos generales y a la luz del bloque federal constitucional y convencional aplicable *supra* descripto (v. en especial, art. 8º, CADH), supone, entonces, entre otros contenidos posibles, el acceso a un órgano estatal imparcial e independiente, solo vinculado por la sujeción irrestricta al orden jurídico, el respeto de la presunción de inocencia por parte de las autoridades, la posibilidad de que la persona conozca antes de formular declaraciones, de modo fehaciente y detallado, qué posibles hechos se le reprochan o se persigue investigar que pueden incidir en su esfera jurídico patrimonial a través de la determinación de sus derechos, la posibilidad de exponer sus razones antes de la resolución del procedimiento, el descargo y la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones; por cierto, el cumplimiento de las normas aplicables, entre ellas, las atributivas de competencia, la garantía contra la autoincriminación, etc.

55. Ver caso "Genie Lacayo", párr. 74; caso "Las Palmeras", párr. 58; caso "Durand y Ugarte", párr. 128; caso "Blake", párr. 96; OC-9/87 "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia", párr. 28; caso "Baena, Ricardo", párr. 124, jurisprudencia de la COIDH citada en *Revista Judicial* Nº 110, 2013, pp. 101 a 127, Montero, Diana; Salazar, Alonso, "Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", disponible en: https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67554 (fecha de consulta: 4/4/2022).

56. Corte IDH, caso "Lori Berenson Mejía *vs*. Perú". Demanda de Interpretación de la Sentencia de Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C Nº 128, párr. 132; caso "Maritza Urrutia", párr. 118 y caso "Myrna Mack Chang", párr. 202, mencionados por Montero-Salazar, en ob. cit.

En tal sentido, cabe tener presente que, en cualquier hipótesis, no resultan admisibles interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso[57].

Procede también acotar que esta mirada amplia que exhibe la normativa y jurisprudencia de la COIDH como la doctrina y jurisprudencia vernácula se replica en el marco del derecho convencional europeo de los Derechos Humanos, en cuyo ámbito se ha destacado respecto del derecho de defensa reconocido como derecho fundamental por el artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por el artículo 6.3. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se integra por diversas garantías derivadas del principio general de equidad mencionadas en el aludido artículo 6.3.

En efecto, desde la jurisprudencia de la CEDH se reciben interesantes aportes en el sentido de que las apuntadas garantías no son limitativas sino que deben ser interpretadas en sentido amplio[58].

6.2. Algunos casos paradigmáticos de afectación del derecho de defensa

En el amplio marco de predicación y virtualidad de los derechos fundamentales, la jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos ha considerado como supuestos de violación del derecho de defensa, entre otras, las siguientes hipótesis fácticas:

6.2.1. La violación del derecho de defensa por la actuación de un órgano incompetente

Puntualmente, la COIDH ha considerado que la garantía del debido proceso que reposa sobre la presunción de inocencia resulta

57. Gordillo, Agustín, *Procedimiento Administrativo*, p. 43, Depalma, 1ª ed., 2003.

58. V. Mangas Martín, Araceli, Dir.; González Alonso, Luis Norberto, Coord., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Comentario al art. 48 por López Escudero, Manuel, pp. 760 a 776, Fundación BBVA, 2008.

afectada cuando se da el supuesto de incompetencia material del órgano que determina derechos[59].

Procede recordar que la incompetencia en razón de la materia se configura cuando un órgano invade la esfera de actuación de otro poder o de otra jurisdicción. La incompetencia en razón de la materia configura una nulidad absoluta por afectar el orden público administrativo[60].

En el mismo sentido se ha puntualizado que el vicio en la competencia es denominado comúnmente como "exceso de poder", puesto que implica que el órgano administrativo ha incurrido al emitir el acto en un exceso de las facultades y atribuciones que constituyen su aptitud legal de obrar, defecto que genera la nulidad absoluta del acto[61].

Cabe acotar que la competencia por razón de la materia, por revestir el carácter de orden público y dar lugar a una nulidad absoluta, no resulta convalidable por el consentimiento de las partes.

6.2.2. Violación del derecho de defensa por la falta de imparcialidad del órgano

La garantía del debido proceso legal alberga entre sus componentes esenciales a la imparcialidad del órgano que determina los derechos (v. art. 8.1., CADH). Se encuentra replicada en el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por cierto, de acuerdo con la jurisprudencia y con la doctrina, el deber de imparcialidad no solo supone un comportamiento *efectivo* acorde, solo sujeto a la ley, sino que también exige que *se* note públicamente que el órgano que determina derechos es imparcial, es decir, ser y parecer[62].

59. V. COIDH, 17/9/1997, "Loayza Tamayo", párr. 63; también 30/5/1999, "Castillo Petruzzi y otros *vs*. Perú", párr. 130.

60. Cassagne, Juan C., *El acto administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, pp. 321 a 322, Editorial La Ley, 2012.

61. Comadira, Julio Rodolfo; Monti, Laura (colab.), *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I, p. 299, Editorial La Ley, 2003.

62. Köhn Gallardo, Marcos Antonio, "Principios y garantías constitucionales en el proceso penal. Una visión desde el Estado Social de Derecho y la dignidad hu-

La COIDH ha establecido que la imparcialidad exige una aproximación a los hechos de la causa carente de manera subjetiva de todo prejuicio y ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad[63].

Y ha considerado que las garantías contempladas en el artículo 8.1. del Pacto de San José de Costa Rica "son aplicables en los supuestos en que una autoridad no judicial adopte decisiones que afecten la determinación de los derechos de las personas, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria. Entre dichas garantías se encuentra la de imparcialidad, que exige que el funcionario competente para intervenir en una contienda particular, con capacidad de decisión, se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio, y ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad"[64].

En igual sentido, la CEDH se ha pronunciado sobre la necesaria imparcialidad que el debido proceso debe garantizar y, en ese marco, ha distinguido un enfoque o ángulo subjetivo y objetivo. Así lo ha hecho singularmente en la sentencia emitida en el caso "Lavenantz c/ Polonia"[65], en cuyo párrafo 118 ha expresado que, desde el ángulo subjetivo, correspondía recordar que "la discreción que se impone a las autoridades judiciales cuando son llamadas a juzgar, debe llevarlas a no utilizar la prensa, ni siquiera para responder a las provocaciones; así lo quieren los imperativos superiores de la justicia y la grandeza de la función judicial. En particular, el hecho de que el presidente o un miembro de un tribunal que debe resolver un asunto, emplearan públicamente las expresiones que daban a entender una apreciación negativa de la causa con respecto a una de las partes es incompatible con las exigencias de imparcialidad de todo tribunal

---

mana", disponible en https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/constitucional/Marcos-A-Kohn-G-Principios-y-Garantias.pdf (fecha de consulta: 4/4/2022).

63. COIDH, 17/11/2009, "Barreto Leiva *vs*. Venezuela", Serie C, Nº 206, párr. 98; v., también, 30/5/1999, "Castillo Petruzzi y otros *vs*. Perú", párr. 130.

64. COIDH, 31/8/2016, "Flor Freire *vs*. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", serie C, Nº 315, párr. 165.

65. CEDH, 28-11-2002, devenida en definitiva el 28/2/2003.

consagradas en el art. 6.1 de la Convención (v. 'Buscemi c. Italie', n.º 29569/95, párr. 67-68, CEDH 1999-VI)".

Nótese que la garantía de imparcialidad que impera en el debido proceso adjetivo no fulmina solamente una toma de posición respecto de una de las partes, sino cualquier valoración negativa adelantada públicamente a los medios respecto de la parte investigada. Así, en el párrafo 119 de la sentencia en comento, la CEDH expresa:

> "En el presente caso, el Tribunal observa que, en sus declaraciones publicadas los días 4 y 5 de noviembre de 1999 en [los periódicos] *Laukuavīze* y *Respublika* (véase el apartado 30 supra), la Sra. Steinerte [Presidente del Tribunal] criticó la actitud de la defensa en el juicio. También hizo predicciones sobre el resultado del caso. De hecho, al sostener que aún no sabía 'si la sentencia resultaría en una condena o en una absolución parcial', descartó la posibilidad de una absolución total. Además, en sus declaraciones publicadas el 7 de diciembre de 1999 en 'Kommersant Baltic' (véase el apartado 31 supra), expresó su asombro por el hecho de que el demandante persistiera en declararse inocente de todos los cargos y sugirió que debía demostrar su inocencia. En opinión del Tribunal, tales declaraciones no solo constituyen una mera 'valoración negativa del caso del demandante', sino una auténtica toma de posición sobre el resultado del caso, con una clara preferencia por una declaración de culpabilidad por parte del acusado. El Tribunal considera que, al margen de las razones que llevaron a la Sra. Steinerte a expresarse de este modo, sus declaraciones no pueden considerarse en modo alguno compatibles con las exigencias del artículo 6 § 1 del Convenio. Por lo tanto, el demandante tenía razones de peso para temer que el juez no fuera imparcial (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia 'Ferrantelli y Santangelo c/ Italia', del 7 de agosto de 1996, Reports 1996-III, p. 952, §§ 59-60)".

6.2.3. Violación del derecho de defensa por la afectación de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia integra el elenco de garantías que todos los plexos del Derecho Internacional de Derechos Humanos consagran al regular las garantías o contenidos del derecho de defensa (v. art. 11, ap. 1, *Declaración Universal de Derechos Hu-*

manos; art. 14, párr. 2º, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966; art. 8.2., CADH, entre otros).

En el ámbito específico regional europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos regula la presunción de inocencia en el artículo 6.2., y los derechos de defensa, en el artículo 6.3.

El artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se inspira directamente en estos dos preceptos; en efecto, el artículo 48.1. de la Carta en cita consagra la presunción de inocencia, a cuyo tenor "todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente". Su literalidad es coincidente con el artículo 6.2. del CEDH, según el cual "toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada". Similar contenido se encuentra en el referido artículo 8.2., CADH.

La COIDH ha afirmado el deber de custodia que exhiben los funcionarios y autoridades estatales con respecto a la presunción de inocencia de las personas[66] y ha considerado que el derecho a la presunción de inocencia exige que el Estado, a través de sus diversos órganos, no condene informalmente a una persona o emita un juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública negativa, mientras no se acredite, conforme a la ley, la responsabilidad penal de aquella[67].

Este criterio resulta sumamente importante en la sociedad moderna, en la cual los juicios mediáticos se encuentran a la orden del día, por lo que se debe velar por que las personas vinculadas con hechos investigados no resulten estigmatizadas o exhibidas como culpables, sin que se haya llegado a la necesaria demostración de su responsabilidad en los hechos. De ahí que el tratamiento de la inocencia debe impregnar todas las etapas del procedimiento[68].

66. V., en tal sentido, COIDH, 5/5/2008, "Apitz Barbera *vs*. Venezuela", Serie C, Nº 182, párr. 131, donde expresó: "Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos"; v. también COIDH, "Loayza Tamayo *vs*. Perú", supra citado, párr. 46; 18/8/2000, "Cantoral Benavídes *vs*. Perú", párrs. 119 y 120.

67. COIDH, "Cantoral Benavídes", párr. 120. V. también COIDH, 25/11/2004, "Lori Berenson Mejía *vs*. Perú", párrs. 160 y 161.

68. V. Köhn Gallardo, Marcos Antonio, ob. cit.; v. también COIDH, 1/9/2011, "López Mendoza *vs*. Venezuela", párr. 129.

En similar sentido, la CEDH ha remarcado que, si bien la presunción de inocencia debe ser respetada, no cabe duda, de modo primordial, por los jueces, de manera tal que un magistrado que hace una declaración a la prensa admitiendo la culpabilidad de un acusado viola el artículo 6.2. del CEDH (v. sentencia de la CEDH, en "Lavents c/ Letonia", arriba mencionada), esta garantía procesal contenida como se indicó *supra* en el artículo 8.2. CADH también debe ser cumplida y respetada por las restantes autoridades estatales que, en puridad, la deben custodiar.

Así, ha señalado la CEDH, en una ejemplar y conocida sentencia vertida *in re* "Allenet de Ribemont c/ Francia", que el referido artículo 6.2 del CEDH vincula también a las autoridades públicas, a las que cabe reputar obligadas en toda hipótesis a proteger la presunción de inocencia de toda persona hasta que no se haya demostrado su culpabilidad[69].

Es que, en efecto, tal como se viene sosteniendo *supra*, la presunción de inocencia no es en modo alguno una garantía procesal limitada solo al proceso penal o al ámbito judicial; es un *derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona*[70]. La CEDH ha interpretado en forma amplia el campo de su aplicación y lo ha extendido a todos los procedimientos administrativos, entre ellos, a los procedimientos fiscales. También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) así lo ha hecho.

69. CEDH, 10/2/1995, *in re* "Allenet de Ribemont c/ Francia", demanda Nº 15.175-89 l, v. en esp., cons. 33 a 41.

70. V., en igual sentido, López Escudero, Manuel, *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comentario al Título VI, Justicia, art. 48, pp. 762 a 763. Expresa este autor: "El principio de presunción de inocencia, tal y como se ha lo recogido en el art. 6.2 del CEDH, forma parte de los derechos fundamentales que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –confirmada, por otra parte, por el Preámbulo del Acta Única Europea y por el art. 6.2 TUE, así como por el art. 48 de la Carta–, están reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario". Desde la mirada vernácula, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido rango constitucional a la presunción de inocencia (*Fallos*: 300:1102); por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que la garantía en cuestión no se limita al campo del Derecho Penal, sino que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.

6.2.4. La afectación del derecho de defensa por violación de la garantía de la independencia

La COIDH, en el mencionado caso "Apitz Barbera *vs*. Venezuela", se refiere también, en el párrafo 131, a la necesidad de que los funcionarios públicos preserven la independencia[71] de las autoridades que pueden llegar a determinar derechos, observando que el derecho a la libertad de expresión exige de estos prudencia y mesura con el objeto de no ejercer presiones indirectas o, incluso, de intentar influir en la opinión pública; en tal sentido, ha manifestado que las diversas autoridades, en razón de su condición de garante de los Derechos Humanos, en sus declaraciones deben ser respetuosos de esos derechos. En tal orden de ideas, ha señalado: "[…] los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador".

Si bien, en estos casos de afectación, el instituto de la recusación puede resultar un importante paliativo[72], lo cierto es que el daño que causan los funcionarios adelantando criterios sobre la responsabilidad de los hechos investigados, en cuanto al buen nombre y honor de la persona y por la mortificación moral que tales agravios suscitan, queda vulnerado sin remedio.

6.2.5. La afectación del derecho de defensa por la falta de respeto de la garantía contra la no autoincriminación

Según los artículos 8.2, inc. g, y 8.3 CADH, que consagran, respectivamente, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza, ni violación alguna de las reglas del debido proceso, es fundamental informar con carácter previo en qué calidad se toma la declaración en el marco de la inves-

71. V., en igual sentido, COIDH, 30/5/1999, "Castillo Petruzzi y otros *vs*. Perú", párr. 130.

72. V. COIDH, 30/5/1999, "Castillo Petruzzi y otros *vs*. Perú", párr. 133.

tigación de los hechos; desde tal perspectiva, se viola el derecho de defensa si no se proporciona en la convocatoria a declarar comunicación previa y detallada de los hechos investigados que se pretende enrostrar, ni se indica en qué condición la persona es citada[73]; cabe consignar que, según lo ha destacado la COIDH, el cumplimiento de este recaudo debe acontecer antes de la primera declaración ante cualquier autoridad pública[74].

En el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos europeo, si bien esta garantía no está expresamente prevista en el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la CEDH en su jurisprudencia la ha considerado albergada por dicho artículo, al expresar que el derecho a no incriminarse a sí mismo y mantener silencio supone una exigencia elemental del derecho a un juicio justo[75]. Este derecho implica que no puede fundarse una acusación contra una persona o un reconocimiento de hechos en su silencio y que tampoco son válidas las pruebas obtenidas bajo amenaza o presión o por violación de cualquiera de las garantías que integran el debido proceso. En cambio, en el ámbito interamericano, la garantía en cita, como hemos visto, se encuentra expresamente receptada por los artículos 8.2, inc. g, y 8.3, CADH. Lógico corolario de esta garantía es, por cierto, la exclusión de toda prueba obtenida por violación a las reglas del debido proceso, que consagra *la teoría del fruto del árbol envenenado*, consolidada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la doctrina vernácula[76].

73. COIDH, 1/2/2006, "López Álvarez *vs*. Honduras", párr. 149; 22/11/2005, "Palamara Iribarne *vs*. Chile", párr. 225; 7/9/2004, "Tibi *vs*. Ecuador". Excepciones, párr. 187; 24/6/2005, "Acosta Calderón *vs*. Ecuador", párr. 118.

74. COIDH, 17/11/2009, "Barreto Leiva *vs*. Venezuela", párrs. 29 y 30; v. también Montero, Diana; Salazar, Alonso, "Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", p. 114, supra citado.

75. CEDH, 25/2/1993, "Funke c/ Francia", Serie A, núm. 256-A, apartado 44.

76. V. CSJN, 5/9/1891, "Charles Hermanos y don Antonio Borzone por contrabando, cohecho y falsificación; sobre excepción de falta de acción y desglose de papeles privados", *Fallos*: 46:36; CSJN, 10/12/1981, "Recurso de hecho deducido por Luciano Bernardino Montenegro s/ robo", *Fallos*: 303:1938; CSJN, 27/11/1984, "Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Fiorentino, Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes", *Fallos*: 306: 1752; CSJN, 13/5/1986, "Rayford, Reginald; Baintrub, Álvaro Ezequiel", *Fallos*: 308:733; "Loubet, Alejandro Miguel c/ I consumo de estupefacientes; II y III suministro de estupefacientes", *Fallos*: 308:733. En cuanto a los alcances de la regla de exclusión y

El contenido del derecho a la no autoincriminación se despliega, en nuestra opinión, sobre otras garantías específicas que también lo integran: a) aviso antes de la declaración de que la persona puede negarse a declarar, informando que la negativa no hará presunción en su contra; b) dejar de declarar en cualquier momento; c) ser anoticiado antes de declarar de que puede contar en todo momento con asistencia letrada (aun si el deponente es letrado), y d) ampliar la declaración en cualquier momento[77]. Estas garantías han sido desde siempre postuladas, tanto en el orden nacional, como en la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos, como requisitos imperativos, y su ausencia debería causar una nulidad irreparable[78].

7. Conclusión preliminar

La aplicación de las garantías judiciales contempladas en el artículo 8º CADH, en el ámbito del procedimiento administrativo, de conformidad con la jurisprudencia de la COIDH[79], de insoslayable

---

su posible invocación por terceros, entiende Carrió que no sólo corresponde excluir las pruebas obtenidas en forma ilegal respecto de los propios titulares de la garantía sino también de otras personas que pudieran resultar comprometidas por aquella; la exclusión debe extenderse a todas aquellas pruebas que no hubieran podido ser obtenidas sin la violación de esa garantía constitucional y resultaren su consecuencia (v. Carrió, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, pp. 319 y sigs., Hammurabi, 6ª ed. actualizada y ampliada; v. también CSJN, 13/5/1986, "Rayford, Reginald; Baintrub, Álvaro Ezequiel"; *Fallos*: 308:733; CSJN, 17/9/1987, "Ruiz, Roque A. s/ hurtos reiterados"; *Fallos*: 310:1847; CSJN, 19/11/1987, "Recurso de hecho deducido por el abogado defensor de Graciela Cristina y Adriana Alcira Chein en la causa Francomano, Alberto Daniel s/ infracción a la Ley Nº 20.840", *Fallos*: 310:2402, mencionados por Carrió).

77. Sobre el derecho a la asistencia jurídica, a dejar de declarar en cualquier momento e incluso a un intérprete en el caso de que no exista en el deponente dominio del idioma del país, v. CEDH, 28/4/2022, "Wag c/ Francia".

78. V. Ref. debido anoticiamiento de la posibilidad de contar con asistencia letrada en el marco del procedimiento administrativo disciplinario, v. *Dictámenes* PTN 212:71 y 200:55, citados por Comadira, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, p. 309, editorial Cathedra Jurídica, 2022; v. también *Dictámenes* PTN 304:394 y 166:244; asimismo, art. 51 del Reglamento de Investigaciones Administrativas, Decreto Nº 467/1999, de aplicación analógica a los procedimientos perquisitivos que exceden su ámbito de predicación.

79. V. COIDH, precedentes "Baena, Ricardo", "Ivcher Bronstein", "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa" y "Claude Reyes", entre otros, supra citados.

seguimiento para los poderes constituidos argentinos[80], incrementa la posibilidad de invocar vulneraciones al debido proceso adjetivo en el marco de la actividad que despliegan diversos órganos administrativos. Así lo hemos visto al colacionar algunos supuestos posibles de afectación del derecho de defensa perfilados por la jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos, tanto de la COIDH como de la CEDH, que cabe reputar aplicables al procedimiento administrativo.

Ello revaloriza al procedimiento administrativo como una instancia de preservación de los Derechos Humanos[81] y viabiliza una efectiva tutela administrativa.

La aproximación en clave metafísica que hemos ensayado a través del recurso a la teoría expuesta por Aristóteles, respecto de la dimensión sustancial de las formas en el aludido ámbito, impide subestimar su virtualidad axiológica en la determinación de los derechos que plasman los actos administrativos como expresión de la voluntad de la Administración.

Y nos permite entender la esencialidad del elemento "forma" del acto administrativo, que el propio texto legal proclama (v. art. 7º, inc. d, LNPA) y cuya ausencia determina una nulidad insanable (art. 14, inc. b, LNPA). De tal suerte, la aludida esencialidad de las formas resulta explicada de un modo autónomo y autosuficiente por la propia dogmática del Derecho Administrativo, sin necesidad de reenvíos a circunstancias contingentes o variables, si bien ciertamente enriquecida por los aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Decimos que se trata de una explicación "autónoma" porque si bien los elementos de un sistema jurídico se enlazan y vinculan según las relaciones y mandatos que establece una constitución positiva (en el sentido de *ius positum*), lo cierto es que las instituciones jurídicas, que en puridad, lo constituyen, ordenan y nutren, representan valores, ideas, principios, reglas, conductas, hechos, que son "previos" al texto positivo constitucional, incluso propios de "depósitos culturales universales" que, en definitiva, ex-

80. V. CSJN *in re* "Videla", *Fallos*: 333:1657.

81. Treacy, Guillermo F., "Los principios supranacionales de derechos humanos en el procedimiento administrativo", en Pozzo Gowland, Héctor; Halperín, David Andrés, Aguilar Valdez, Oscar; Juan Lima, Fernando y Canosa, Armando (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, ob. cit., T. I, pp. 857 y sigs.; v., en especial, pp. 898 a 899.

ceden las fronteras positivas de una constitución nacional, como lo demuestra hoy, en la evolución de la conciencia jurídica, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es por ello que animamos la convicción de que solo un análisis metafísico de los institutos jurídicos, por imperio del principio de la subalternación de saberes, puede revelar y alumbrar su más profunda naturaleza, a veces solapada por diferentes regulaciones normativas, sobrepuestas y contradictorias con la propia esencia del instituto.

Finalmente, corolario insoslayable de la esencialidad que revisten las formas para el dictado de actos administrativos válidos, esto es, en definitiva, para la expresión de la voluntad administrativa conforme a Derecho, resulta la absoluta inviabilidad de la teoría de la subsanación que no solo contradice el texto legal aplicable, sino que desconoce, en definitiva, los elementos constitutivos del "ser" del acto administrativo.

¿Dónde están las raíces de estas conclusiones preliminares?

8. Las raíces. Instituciones y orden público[82]

El pensamiento jurídico filosófico posterior a la Revolución francesa acuñó, con precisión técnica antes no alcanzada, el concepto de "orden público".

La noción de orden público fue concebida por los juristas napoleónicos, encargados de restituir el plan de convivencia mediante un sensible equilibrio entre los postulados revolucionarios, los del antiguo régimen y los del formato determinado por Bonaparte, como un conjunto de principios básicos enraizados en la cultura e historia de Francia que se entendían inalterables.

De este modo, se advirtió la existencia de pautas consustanciales a la sociedad francesa en reconstrucción, ahora "principios de orden público", que el Código no podía ignorar ni alterar. Se afirmaron así las bases de la concordia.

Se entendía que era imprescindible, para asegurar la continuidad histórica de la sociedad, amalgamar la tradición con el cambio, res-

82. En base a Conte-Grand, Julio Marcelo, *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, T. I, pp. 116 y sigs., Thomson Reuters La Ley, 2ª ed., 2018; Sánchez Herrero, Andrés (Director), Sánchez Herrero, Pedro (Coordinador).

petando lo que –por historia y cultura– devenía inalterable, según las cualidades propias del ser francés.

Es un dato de la mayor trascendencia: entre la Revolución y el Código Napoleón transcurrieron tan solo quince años. Esto es, en una década y media la sociedad francesa pasó del "Antiguo Régimen" (monárquico), al sistema revolucionario, y de este al régimen napoleónico, dándose entonces un nuevo orden para el Derecho.

Como lo expusiera Jean-Étienne Portalis, al redactar el *Discurso Preliminar* al Código Napoleón:

"Hemos realizado, si cabe decir tal cosa, una transacción entre el derecho escrito y las costumbres, toda vez que nos ha sido posible conciliar entre sí sus disposiciones o modificar las unas con las otras sin romper la unidad del sistema ni lesionar el espíritu general de la legislación. Es útil conservar todo aquello que no es imprescindible destruir; las leyes deben contemplar los hábitos cuando éstos no degeneran en vicios. En el sucederse de las generaciones, éstas se mezclan, se enlazan, se confunden y, con demasiada frecuencia, se razona al margen de toda comunicación entre una generación y la subsiguiente, como si el género humano finiquitara y renaciera a cada instante. Un legislador aislaría a las instituciones de todo aquello que puede consubstanciarlas con lo humano si no observara cuidadosamente las relaciones naturales que siempre, en mayor o menor grado, unen el presente al pasado y el futuro al presente, ligamen histórico en virtud del cual un pueblo, a menos que sea exterminado o que caiga en la degradación –siempre más ruin que la aniquilación misma–, no cesa jamás, hasta cierto punto, de parecerse a sí mismo. En nuestros tiempos hemos amado con demasía los cambios y las reformas; si en materia de instituciones y de leyes los siglos de ignorancia y oscurantismo fueron el teatro de reiterados abusos, también es dura verdad que los siglos de luces y de filosofía no son, con harta frecuencia, otra cosa que teatro de los excesos"[83].

En la actualidad y en nuestro sistema, aunque sin consenso absoluto, los juristas admiten que en la noción de orden público se encuentran abarcados los principios fundamentales que rigen una comunidad en un tiempo determinado. Son aquellos extremos que definen el perfil de una sociedad, los que hacen a su modo de ser, de

83. Portalis, Jean-Étienne, *Discurso Preliminar sobre el proyecto de Código Civil presentado el primero de Pluvioso del año IX por la Comisión designada por el Gobierno Consular*, versión en idioma español, pp. 59 a 60, Abeledo-Perrot, 1959.

existir; son los definidos históricamente como soportes de la convivencia.

El ordenamiento positivo argentino –no solo en la dimensión del subsistema de Derecho Privado– reconoce estos aspectos propios del concepto de orden público que se vienen destacando en un complejo de disposiciones que se articulan en la conformación de un esquema respetuoso de la naturaleza de las cosas.

El actual artículo 12 del Código Civil y Comercial (CCyC) determina que "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público".

La institución del orden público es, en denominación moderna, lo que en la concepción realista representa la concreción del equilibrio establecido por operación de la justicia distributiva, determinante de la concordia social a partir del respeto del bien común.

Ello, sin perjuicio de reconocer que la noción de orden público, a la que debe ajustarse toda relación particular y el esquema funcional general de la sociedad, no ha sido resuelta pacíficamente por la doctrina y jurisprudencia[84].

Con su singular prosa, Llambías ha enseñado que "pocas nociones son tan rebeldes como la del orden público para formular de ella una definición clara y precisa"[85].

Una aproximación mayoritariamente admitida advierte que "el orden público implica un conjunto de principios de orden superior; políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los que se considera estrechamente ligadas la existencia y la conservación de la sociedad"[86].

Así también se ha pronunciado la jurisprudencia al precisar que el legislador, al disponer qué es de orden público, ha definido a la ley como contenedora de un conjunto de principios de orden supe-

84. Según lo ha manifestado Trigo Represas, "el orden público y la moral pública imponen limitaciones a la actividad individual y colectiva de las personas" (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Código Civil y Leyes Complementarias Anotadas*, Tomo I, p. 19, Depalma, 1999).

85. Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo I, cit., p. 159, nº 86.

86. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Mar del Plata, Sala A, 28/2/2002, "AFIP-DGI s/ Incidente de revisión en Arpez S.A. s/ Quiebra". En el mismo sentido: Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Tomo I, p. 168, Tipográfica Editora Argentina, 1958.

rior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad[87].

Ha dicho Llambías que "se trata de una noción fluida y relativamente imprecisa en cuanto a su contenido concreto, por una exigencia de su misma naturaleza. Si estamos frente a principios que cada sociedad estima como fundamentales de su organización social, se comprende que no sea dable formular una definición precisa que sirva para revelar la característica de cada ordenamiento jurídico que puede estar estructurado, y de hecho lo está, conforme a valoraciones en ciertos aspectos diferentes y hasta opuestas"[88]. Continúa su idea afirmando que "[...] se trata de una noción que expresa el particularismo de cada país, gravitado por sus particulares antecedentes históricos y culturales y por las condiciones políticas, económicas, geográficas y hasta religiosas del respectivo ambiente social"[89].

En consonancia con ello, Trigo Represas afirma que la noción de orden público debe ser interpretada "conforme a las circunstancias de una comunidad en un momento determinado, correspondiendo, en consecuencia, una aplicación dinámica de tal concepto"[90].

Se ha dicho en relación con el sistema francés que "el orden público es una institución esencial a nuestra sociedad"[91].

Específicamente en el segmento con incidencia patrimonial, "constituyen el orden público económico las directrices básicas con arreglo a las cuales, en un momento dado históricamente, se asienta la estructura y el sistema jurídico de la sociedad"[92].

En este sentido es incuestionable que, como lo ha recordado la jurisprudencia a partir del artículo 21 del anterior Código Civil, "una cuestión de orden público no puede sufrir modificación alguna

87. CSJN, 28/9/1993, "Partido Justicialista s/ acción de amparo", cons. 10, *Fallos*: 316:2117.

88. Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, Tomo I, cit., p. 54.

89. Ibídem, p. 55.

90. Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., *Código Civil y Leyes Complementarias Anotadas*, Tomo I, cit.

91. Malaurie, Philippe, en Revet, Thierry (coordinador), *L'ordre public à la fin du XXe. siècle*, p. 105, Dalloz, 1996.

92. JCCRosario, 26/8/2002, "Manai, María de los Á. c/ Iglesia, Trinidad".

por acuerdo de partes"[93]. La referencia es válida respecto del actual artículo 12 del Código Civil y Comercial.

En paralelo, como consecuencia de su relevancia jerárquica, el orden público es irrenunciable y se aplica aun de oficio por los tribunales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que "[c]orresponde a los poderes del Estado proveer todo lo indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la cual reposan las libertades individuales"[94].

En efecto, el desenvolvimiento adecuado de las relaciones particulares entre personas y grupos de personas en la comunidad requiere de la adopción de decisiones orientadas a la determinación y tutela del equilibrio social, cuestión que exorbita el ámbito del Derecho Público[95]. Así, se ha afirmado que "el orden público no se confunde necesariamente con la materia del Derecho Público"[96].

Observa Vigo que "[e]l orden público jurídico prudencialmente determina imperativamente, supletoriamente o negativamente, según lo justo político (legal o distributivo), el modo en que los miembros de una sociedad política con sus conductas y bienes se coordinan, subordinan e integran para el bien común político"[97].

Bien se ha destacado que "[a]sí como la voluntad de las partes carece de virtualidad para modificar por vía convencional la natura-

93. SCBA, 26/5/1999, B-54327, "Federación de Clínicas, Sanatorios, Hospitales y otros Establecimientos Privados (FECLIBA) s/ Demanda contencioso administrativa", con voto del juez De Lázzari; 26/10/1999, B-53751, "Agremiación Médica Platense c/ Provincia de Buenos Aires (IOMA) s/ Demanda contencioso administrativa", con voto del juez Laborde; 31/8/1999, B-55037, "Federación de Clínicas, Sanatorios, Hospitales y otros Establecimientos Privados de la Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires (Instituto de Obra Médico Asistencial) s/ Demanda contencioso administrativa", con voto del juez Ghione.

94. CSJN, 19/10/1995, "Cacace, Josefa Erminda c/ Municipalidad de Buenos Aires s/ accidente - Ley Nº 9.688", *Fallos*: 318:1887.

95. Risolía, Marco A., "Orden público y derecho privado positivo", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*, pp. 105 y sigs., Abeledo-Perrot, 1957.

96. CNACom., Sala D, 1/3/1996, "Abrecht, Pablo A. y otra c/ Cacique Camping S.A.", *JA* 1993-III, síntesis.

97. CSJSantaFe, 29/3/1990, "Gaggiamo, Héctor José Pablo c/ Provincia de Santa Fe", ampliación de fundamentos del Dr. Rodolfo Vigo.

leza de las cosas, tampoco puede alterar las bases normativas cuando aluden a cuestiones en las que está interesado el orden público a través de disposiciones imperativas que tiendan a resguardar la buena fe, la igualdad de las partes y la tutela de una de ellas a quien la misma ley, por diversas razones, considera digna de protección jurídica"[98].

La jurisprudencia ha indicado "que el 'orden público' de la sociedad argentina organizada como un Estado de Derecho asegura la existencia de vías de defensa, efectivas, de los bienes patrimoniales", en tanto "existen supuestos en que lo patrimonial adquiere carácter de cuestión de orden público"[99].

Por su parte, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Las disposiciones de orden público no son tales porque se las califique así en las propias leyes, sino por su naturaleza, en razón de las causas que determinaron su sanción y los fines que se han procurado obtener en ella"[100].

No es menor: el concepto de orden público, entendido como concreción de la justicia distributiva, encuentra su fuente en la *ipsa natura rei* (en la misma naturaleza de las cosas), y esa esencia se traslada a los diferentes subsistemas jurídicos estableciendo instituciones que se califican por añadidura como de orden público.

En ese sentido, como lo expusiera Marie-Caroline Vincent-Legoux, el orden público aparece atemperado por dos imperativos: de una parte, la seguridad jurídica; de la otra, las exigencias del servicio público[101]. Afirmación que denota la necesidad de examinar la situación concreta, en definitiva, en función de la justicia involucrada.

Ha dicho la jurisprudencia que "[l]a precisión del concepto depende en gran medida del criterio de razonabilidad que guíe a los jueces, y dado que el orden público es una regla de equilibrio en la infinidad de intereses jurídicos en juego –principios de orden superior, políticos, económicos y aun morales y religiosos–, es misión del

98. CNCivil, Sala K, 30/4/1990, "Argenfé S.A. c/ Pellet Lastra, Hugo A.", *JA*, 1993-III, síntesis.

99. CNCom., Sala D, "Abrecht, Pablo A. y otra c/ Cacique Camping S.A.", cit.

100. CSJN, 19/9/1947, "Martín y Cía. Ltda. c/ Erazo", *Fallos*: 208:497, *La Ley*, 48, p. 330.

101. Vincent-Legoux, Marie-Caroline, "L'ordre public et le contrat. Étude de droit comparé interne", en *L'ordre public*, p. 229, Dalloz, Archives de philosophie du droit, 2015.

juez, por la condición de concepto mudable, contingente y relativo, interpretar en su momento su prevalencia y medida"[102].

Históricamente, el orden público ha sido considerado desde un punto de vista "político y moral" procurando la defensa de los valores comunitarios, en particular los del Estado, la familia y el individuo, observándose en la actualidad una apertura hacia los horizontes económicos y sociales, sea con fines de "dirección" o de "protección"[103].

Considerando que el instituto puede perseguir finalidades instrumentales diversas, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido especies diferenciales, básicamente calificadas como orden público de protección y orden público de dirección. Clasificación que, como también se ha destacado, no obsta al reconocimiento de una identidad sustancial y de dificultades prácticas de encuadrar los casos específicos en cada alternativa. Se puede, sí, afirmar, como herramienta interpretativa, que, en términos generales, en los casos en que opera el orden público de dirección, se encuentra más fuertemente presente la tutela de la justicia conmutativa, y es la justicia distributiva la de más plena vigencia en los supuestos calificados como de orden público de protección.

En procura de su distinción, Atilio Alterini ha señalado que el orden público de dirección tiene como norte "realizar ciertos objetivos económicos, a cuyo fin, en algunos casos, los actos privados quedan sujetos, entre otras medidas, a autorizaciones estatales, y es menester una apreciación de la situación concreta por una autoridad competente, dándose la aprobación cuando el Estado no se opone al contrato pero quiere controlarlo". Por su lado, se denomina "orden público de protección" a aquel que "tiende a resguardar a una de las partes, y particularmente el equilibrio interno del contrato". Aclarando que "el orden público de protección está constituido por normas que tutelan ciertos intereses particulares cuando la sociedad les concede especial y fundamental trascendencia", mientras que "el

102. CNCom., Sala C, 8/3/2016, "R., G. M. c/ Caputo S.A.I.C. y F. s/ ordinario", en *El Derecho* Digital, 86345, 2016 (con cita de su propio precedente de autos 5/10/2010, "Cri Holding Inc. Sucursal Argentina c/ Compañía Argentina de Comodoro Rivadavia Explotación de Petróleo S.A.").

103. Fresneda Saieg, Mónica L.; Esborraz, David Fabio y Hernández, Carlos A., "La norma de orden público y su funcionamiento", *El Derecho*, 166, p. 839.

orden público de dirección está referido a normas que resguardan el buen funcionamiento de las instituciones económicas esenciales"[104].

Añade el mismo autor que "[l]o adecuado es un orden público económico de coordinación, mediante el cual el Estado cumpla la función de arbitraje que es imprescindible en la economía de mercado: ha pasado de moda la función estatal de firme dirección de la economía, pero subsistiendo necesariamente su función de protección de la debilidad jurídica, la coordinación puede resultar el modo más apropiado para llevarla a cabo […] El rol de coordinación, por lo tanto, se apoya sobre un piso, un mínimo inderogable que condiciona a la autonomía privada y también a la dirección económica del Estado"[105].

Por lo demás, "[e]l orden público económico y social, sea de dirección o de protección, tiende a materializarse de manera 'textual' contribuyendo al fenómeno de la descodificación signado por la irrupción de las leyes especiales, en tanto que el orden público político y moral se expresa de modo 'virtual', adquiriendo por ello el juez un mayor protagonismo como garante último del sistema, quien cuenta para tal cometido con los principios informadores de aquél"[106].

Vale apreciar que el contenido del orden público es mutable por definición, pero con límites objetivos, ya que en ningún caso puede solapar ni dejar de lado aspectos consustanciales a la comunidad de que se trata, ni afectar principios propios del orden natural[107]. La dinámica social obliga a considerar la noción de orden público en función del tiempo y el espacio[108], con referencia obligada al orden natural subyacente, en sentido integral entre la naturaleza del hombre y la naturaleza de las cosas, en la expresión de François Terré[109].

Es mediante la sindéresis que el ser humano puede alcanzar la esencia del orden moral y social, y descubrir los principios que se

104. Alterini, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, p. 47, Abeledo-Perrot, 1998, nº 16.

105. Ibídem, p. 49.

106. Fresneda Saieg, Mónica L.; Esborraz, David Fabio y Hernández, Carlos A., "La norma de orden público y su funcionamiento", cit., p. 840.

107. De acuerdo con una noción de orden natural que se distingue de las correspondientes a las categorías de ley natural y ley eterna.

108. Terré, François, "L'ordre public entre deux siècles", en *L'ordre public. Tome 58*, p. 192, Dalloz, Archives de philosophie du droit, 2015.

109. Ibídem, p. 198.

hallan en la naturaleza de las cosas[110], que le permiten el buen vivir para el buen morir y, en definitiva, el buen vivir eternamente.

No hay excusa que justifique eludir esta faena intelectual.

No está en juego aquí el tema de la "derogabilidad" del Derecho Natural, como califica Francisco Carpintero Benítez la *disputatio* medieval respecto de si el *ius naturale* podía ser modificado por el *ius gentium* y este por el *ius civile,* cuestión que fue desarrollada sistemáticamente por Accursio, quien llegó incluso a hablar del *ius gentium naturale*[111]. Es propender al descubrimiento en las cosas de la naturaleza de lo social y sus leyes, para operar sobre la realidad en los márgenes que determina el orden natural.

Ha escrito Bastit: "La naturaleza de la ciudad aparece entonces en movimiento según diversas perspectivas, varía en función del lugar y también del tiempo […] Esta última variación de la naturaleza de la ciudad es ambigua, puede constituir un perfeccionamiento por el cual se desarrolla y alcanza mayor plenitud o, por el contrario, una regresión en el perfeccionamiento de la naturaleza […] Por ello, sería conveniente que el legislador no cambie de ley sino por una mejor, a través de la cual la ciudad alcanzara un bien común más perfecto […] Entonces se añade al cambio temporal un movimiento en el ser que crece hacia su perfección […] Este doble movimiento es realizado perfectamente por la ley divina"[112].

Es el triunfo de lo necesario sobre lo contingente.

Como lo enseñara S.S. Benedicto XVI, "[s]i hubiera estructuras que establecieran de manera definitiva una determinada –buena– condición del mundo, se negaría la libertad del hombre, y por eso, a fin de cuentas, en modo alguno serían estructuras buenas"[113].

De allí el desafío que el Papa Emérito enmarca en un mensaje de esperanza salvífica, en términos que no podemos ignorar: "Una consecuencia de lo dicho es que la búsqueda, siempre nueva y fatigosa, de rectos ordenamientos para las realidades humanas es una tarea de cada generación; nunca es una tarea que se pueda dar simplemente por concluida [...] No obstante, cada generación tiene que

110. Pieper, Josef, *Justicia y Fortaleza*, p. 25, Rialp, 1968.

111. Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del Derecho Natural*, pp. 19 a 24, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

112. Bastit, Michel, *El nacimiento de la ley moderna*, p. 164, Educa, 1ª ed., 2005.

113. S.S. Benedicto XVI, Encíclica papal *Spe Salvi*, nº 24.

ofrecer también su propia aportación para establecer ordenamientos convincentes de libertad y de bien, que ayuden a la generación sucesiva, como orientación al recto uso de la libertad humana, y den también, así, siempre dentro de los límites humanos, una cierta garantía también para el futuro [...] Con otras palabras: las buenas estructuras ayudan, pero por sí solas no bastan [...] El hombre nunca puede ser redimido solamente desde el exterior"[114].

Así entendidos, los principios de orden público inspiran el funcionamiento de la sociedad y se reflejan en la estructura institucional que los debe contener y custodiar.

Bien se sabe que no puede reconocerse un ser humano fuera de una sociedad, que toda sociedad se encarna en un orden público y que no hay sociedad sin instituciones. Las instituciones, en definitiva, constituyen un dato connatural al ser humano en tanto ser social.

El ser humano no ha sobrevivido individualmente y en forma aislada, y la necesidad de su vinculación –además del orden natural e individuos de otras especies– con otros seres de su naturaleza humana, es un ámbito que los contiene, presupone pautas de convivencia que han oscilado desde la violencia como mecanismo de resolución de conflictos y toma de decisiones, en rigor mecanismos propios de estadios primitivos, hasta estructuras más sofisticadas consecuentes con la evolución de la humanidad. Son las instituciones, en sus diversas modalidades, según tiempo y espacio.

Institución, en su primera acepción lingüística, alude a la "creación o fundación de una cosa". En su segunda acepción, define a todo "organismo público o privado que ha sido fundado para desempeñar una determinada labor cultural, científica, política o social". La ligazón esencial entre una y otra acepción es significativa.

En sentido amplio, las instituciones reflejan los mecanismos que determinan los modos de organización, los procedimientos para la adopción de decisiones, establecen y a la vez canalizan las pautas de convivencia en una sociedad, constituyen estructuras que tutelan y fortalecen los derechos fundamentales, pues, de acuerdo al principio aplicable en todo ámbito de la realidad, estructura y función son indivisibles.

114. Ibídem, nº 25.

Las instituciones son la estructura formal de las sociedades, pero no meras formas, como ya escribiéramos, sino, en todo caso, formas en sentido metafísico, esto es, aquello que imprime sustancia a la materia y, por tanto, le da sentido. La materia se ordena por la forma a su fin propio, las instituciones (forma) son, en efecto, esa finalidad que, inspirada en el orden público (materia), proyecta la sociedad hacia un tiempo de armonía, paz y desarrollo integral.

Esta afirmación reviste significativa trascendencia en razón de que la estructura institucional debe ser consecuente con la finalidad que estimula a la sociedad y esa finalidad debe hallarse en la entraña del orden público.

Avicena, célebre filósofo de origen persa del siglo X, afirmó que "la forma es la certeza de cada cosa". Al ser las instituciones la forma de una sociedad, diremos que son la certeza de la sociedad como tal y, en sentido contrario, ante la carencia de instituciones la existencia de la sociedad es, en rigor, incierta. Lo mismo cabe decir del caso de instituciones que contrarían el orden público.

Al ser la certeza de la sociedad, las instituciones deben ser consecuentes con el orden público.

Es decir que las instituciones deben moldearse a los principios que informan el orden público. El orden público no es una creación artificial, es la esencia de las instituciones, que a su vez son la sustancia de la sociedad.

Por ende, las instituciones no son construcciones voluntaristas sino consecuencias sustanciales de un orden público que tampoco puede forzarse caprichosamente, sino que se corresponde a la realidad misma de las cosas sociales.

En consecuencia, la definición acerca de las estructuras institucionales presupone, irremediablemente, la comprensión cabal y profunda de los principios que anidan en la naturaleza social de la sociedad de la que se trate, en un tiempo histórico, y del fin al que se la pretenda ordenar.

El orden público oficia de matriz de las instituciones, y estas nutren y a su vez dan forma, es decir, sentido, a los derechos y garantías en todas sus especies.

En definitiva, la garantía de debido proceso, el derecho de defensa en juicio, es manifestación y resguardo de las personas y de las instituciones, y encuentra razón última en los principios de orden público.

LOS PILARES DE LA REFORMA DE LA LEY Nº 17.711: SU VIGENCIA EN LA CODIFICACIÓN ACTUAL

Gabriel Limodio*

Sumario: 1. Luces y sombras del Código. 2. Los institutos en cuestión. 3. Conclusión.

Es muy difícil referirse a cualquier reforma, total o parcial, de nuestro Derecho Privado codificado sin referirse a la Ley Nº 17.711.

A este respecto, y para cumplir con lo que el título de este breve trabajo propone, corresponde referirse a aquellos institutos que, receptados por aquella reforma, implicaron una clara transformación respecto de la manera de entender la autonomía de la voluntad, y una mirada distinta sobre la reciprocidad en los contratos.

Para encontrar la verdadera influencia de la reforma de 1968 en la enseñanza del Derecho vale la pena recordar una frase que el Dr. Borda dejó plasmada en el año 1970, cuando al explicar las razones que condujeron a desarrollar estos cambios en el Derecho Privado decía: "De cualquier modo, no cabe duda que era necesario insuflarle al Código Civil un nuevo espíritu. Su filosofía era la del siglo XIX, liberal, individualista, positivista. La reforma cambia esa filosofía por la social y cristiana propia de nuestra época, la de la *Populorum Progressio*. El positivismo confundió ley con Derecho, se interesó más por la seguridad que por la justicia. Hizo del respeto de la libre voluntad un dogma"[1].

Se debe aclarar que el autor de la reforma no se estaba refiriendo a una captación de la legislación a partir del dato religioso, ni

* Secretario académico de la Universidad Católica Argentina. Ex decano de la Facultad de Derecho. Ex director interino de El Derecho.

1. Borda, Guillermo, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Perrot, 1971.

a una identificación de religión con derecho, sino a una corriente de pensamiento que se inscribe en el constitucionalismo social y que, particularmente en la Argentina, se apreciaba en la jurisprudencia de fines de la década del treinta. Al recordar ahora los pilares de la reforma, que fueron la teoría del abuso del Derecho, la lesión subjetiva y la teoría de la imprevisión, tomamos conciencia de aquello a lo que se estaba refiriendo el Dr. Borda.

En el mismo sentido, y con la finalidad de comprender el significativo cambio se puede recordar otra frase del codificador de 1968 que se encuentra en su *Tratado de Derecho Civil*; refiriéndose a la reforma dice: "[…] ha importado un cambio de la filosofía liberal, individualista y positivista de nuestro código por otra de contenido más social, más humano, preocupada de una justicia más auténtica. Ello se ha logrado principalmente a través de la admisión de la teoría del abuso del Derecho, de la lesión, de la imprevisión, de una muy frecuente apelación a la buena fe y la equidad para resolver los conflictos humanos, y de la muy importante reforma del artículo 2513, que siguiendo las ideas del liberalismo manchesteriano, atribuía al dueño poderes omnímodos, inclusive los de degradar y destruir la propiedad. El nuevo texto suprime estas potestades inicuas y prescribe que debe hacerse un ejercicio regular del derecho de propiedad, lo que implica reconocerle su función social"[2].

Si se trata de encontrar un hilo conductor entre los pilares de la Reforma de 1968 y estos institutos en la Codificación de 2012, se debe comprender que se ha variado el paradigma, que se heredó de la Revolución francesa, y la Ilustración, y en materia económica, de la Revolución Industrial. A este respecto cabe recordar que la mitad del siglo XX fueron tiempos en los cuales la opinión mundial era unánime al condenar los modelos económicos que solamente pensaban en el individuo y en su afán de bienestar.

El modelo jurídico que se abandonaba era el que derivaba de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, inmediatamente posteriores a la Revolución francesa, en los cuales la mirada estaba centrada en la libertad y en la propiedad. La crisis de ese modelo a raíz de las injusticias del capitalismo liberal, que se citaron

2. Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, p. 140, Duodécima edición actualizada.

en frases anteriores del codificador Borda, abrió en el ámbito del Derecho Privado una corriente de pensamiento que precisamente es la que se muestra como la filosofía inherente a esta Reforma de 1968.

Si se establece un parangón con los comienzos de la codificación en los albores del siglo XIX, no es ocioso citar a un especialista en los orígenes doctrinales del Código Civil Francés, Andre Jean Arnaud, cuando dice: "El Código Civil ha sido concebido frecuentemente como 'código de la libertad'. Ciertamente la libertad del Código de Napoleón es el resultado de la institución de la 'paz burguesa' a través de los medios que garantizan y perpetúan la dominación de la burguesía y de su modo de vida. La libertad burguesa es el estatuto del individuo propietario, y el mecanismo que define a éste contra la injusticia, el error, el desorden y, sobre todo, la violencia. Desde luego, tales acciones deben ser interpretadas sincrónicamente (en el momento histórico de 1804), a fin de no reprochar al legislador propósitos reaccionarios fuera de contexto"[3].

Por fin, si se quiere analizar el mismo tema desde la perspectiva de otro autor, puede citarse a Paul Roubier (es incuestionable la influencia de este autor en el pensamiento del Dr. Borda, sobre todo en la cuestión vinculada a la situación jurídica). Así, refiriéndose a este tema, menciona que "el individualismo ha sufrido duras críticas en la época contemporánea. Se le ha reprochado, primeramente, la indiferencia que parece manifestar respecto al interés general, puesto que toma como base que éste será satisfecho automáticamente al mismo tiempo que lo sean los intereses particulares mismos, de tal suerte que el papel del Estado debería reducirse a garantizar la tranquilidad y el orden público, a fin de que cada uno pueda obrar más libremente […] una crítica que parece más profunda afirma que el individualismo ha descuidado demasiado los lazos íntimos que unen al hombre con su prójimo, que ha cometido el error de hacer de la dicha individual un punto de mira exclusivo y de conceder a cada uno el máximo de independencia para desarrollar sus fuerzas y 'hacer su vida' como mejor le parezca. Pero, se dice, la naturaleza no conoce solitarios, y el individuo aislado no tiene suficiente fuerza contra el destino, el hombre está hecho para vivir en sociedad y solamente la

3. Arnaud, Andre Jean, "La regla del juego en la paz burguesa", traducción de Brigitte Bernard del libro *Essai d' analyse structurale du Code civil francais. L' regle du jeu dans le paix bourgeoise*, p. 16, Universidad del Zulia, 1979.

sociedad puede darle los más altos valores, aquellos de que se compone la civilización"[4].

A este respecto, no es un dato menor el importante papel que le cupo a los jueces en la recepción de la Reforma en lo que han sido los institutos que se mencionaron. Como el mismo Borda lo señala a los pocos años de ponerse en vigencia la Ley Nº 17.711, todavía no se advertía la recepción por la jurisprudencia, pero ello no tardó en llegar, teniendo en cuenta que precisamente esta reforma no en vano fue llamada "la reforma de los jueces". Así decía Borda: "La reforma, por su carácter reciente, todavía no ha sido puesta a prueba sino mínimamente por la jurisprudencia. La admirable agudeza y ductilidad que caracteriza a los jueces argentinos pulirá sus defectos, suplirá sus vacíos, y, en definitiva, completará la obra del legislador"[5].

Quizá aquí esté una de las mejores razones para explicar cuál puede ser el aporte de la reforma de 1968 a la enseñanza; la necesidad de encarar un estilo realista, que bien podría congeniarse con aquellos presupuestos que se encontraban en el *Discurso Preliminar* de Portalis[6].

Si se quiere demostrar la vigencia de los tres institutos que destacan la reforma de 1968, se advierte que hay una filosofía inherente, diríamos un pensamiento detrás de la trama, que implica desplazar

4. Roubier, Paul, traducción del original *Theorie générale du droit. Historia des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, en dos versiones*, Sirey, 1946 y 1951. Traducción castellana de Lic. José M. Cajica para Editorial José M. Cajica, pp. 246 y sigs., 1960.

5. Borda, ob. cit., 1971, pp. 7 y 8.

6. Budano Roig, Antonio, *Lecciones de Derecho Civil. Parte General*, pp. 138/140, Hammurabi - José Luis Depalma Editor, 2016.

Aquí parece prudente recordar, con el jurista francés, que "las leyes no son puros actos de poder; son actos de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador ejerce más un sacerdocio que una autoridad. No debe perder de vista que las leyes están hechas para los hombres y no los hombres para las leyes, que éstas deben adaptarse al carácter, a las costumbres, a la situación del pueblo para el cual se hacen; que se debe ser sobrio en cuanto a las novedades en materia de legislación, porque si bien, en una institución nueva, es posible calcular las ventajas que la teoría nos ofrece, no es posible conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir, que hay que dejar lo bueno, si se duda de que lo nuevo sea mejor, corregir el abuso, hay que ver también los peligros de la corrección misma […]". Portalis, Jean-Etienne-Marie, *Discurso Preliminar al Código Civil Francés*, traducción del original TP Silvia de la Canal, Estudio Introductorio Jorge H. Alterini, La Ley, 2004.

el centro del Derecho Privado que el individualismo ubicó en la autonomía de la voluntad hacia una visión que privilegia la noción de justicia. Si se avanza un poco más, se encuentra el principio de la buena fe como regla de interpretación de los contratos (art. 1198), la limitación del carácter absoluto del dominio (2512/3). Podría avanzarse más y referirse a cuestiones que hacen a la capacidad de las personas, cuando se crea la figura del inhabilitado y de la prodigalidad. Entonces, la pregunta que se genera es qué es lo que está detrás de la reforma, y es probable que la solución sea la equidad.

Esto se advierte palmariamente en el ámbito contractual y en los distintos procesos de deterioro económico que sufrió la Argentina, los cuales en muchos momentos fueron resueltos con la figura de la emergencia económica y, por ende, la jurisprudencia se atuvo a la misma.

A este respecto, dice Mosset Iturraspe: "[…] el realismo, signo de los tiempos, sumado al afán impostergable de justicia, lleva ineludiblemente a ajustar el negocio a las nuevas circunstancias, a abrir vías para recuperar la equidad perdida, el equilibrio deshecho, la ecuación superada"[7].

Ciertamente, ya desde la crisis de la década de 1930 se encuentra en los repertorios de jurisprudencia y en los trabajos de doctrina referencia a las situaciones que hacen al deterioro progresivo de todos los baremos macroeconómicos, con el dictado de una legislación fuertemente regulatoria de los derechos de contenido patrimonial, a los cuales podemos caracterizar como leyes de "emergencia económica".

Lo que debe resaltarse aquí es que los institutos creados o recreados por la Reforma de 1968 y la interpretación de los contratos a la luz de aquel nuevo artículo 1198, se vincularon a una hipótesis que no fue el dictado de leyes de emergencia, sino la recuperación de la equidad en el intercambio de los negocios, a raíz del deterioro económico. De esta manera, a menos de diez años de la Ley Nº 17.711, la misma fue puesta a prueba por un inusitado proceso inflacionario y el consiguiente descalabro de todo lo que se había pactado, con lo cual, se ocasionaron distorsiones muy profundas en las relaciones jurídicas y económicas existentes, produciéndose manifiestos desequilibrios en las prestaciones con las consiguientes situaciones de

7. Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos en dólares*, pp. 7 a 9, La Rocca, 1989.

injusticia[8]. Conviene recordar que en virtud del principio nominalista del artículo 619 del Código Civil los jueces no podían actualizar ni reajustar las deudas, y a pesar de que no se había producido aún un análisis parlamentario para solucionar el tema, los tribunales elaboraron la jurisprudencia a la que hacemos mención, y que fue posible precisamente por el nuevo plexo normativo que no hizo más que recoger los fallos que se habían empezado a dictar unos años antes[9].

Y aquí cabe poner el acento en lo valioso de la Reforma de 1968 para la enseñanza del Derecho, la aceptación por parte de los jueces que son los encargados de aplicar la justicia al caso concreto, que no es más que la equidad.

Cabe otra cita de Mosset Iturraspe: "[…] el alcance y la eficacia de los remedios, aún de los receptados expresamente por la ley, varía fundamentalmente con la mentalidad con que se los interpreta, de nada sirve insuflar al Código Civil o al Derecho Privado económico de un nuevo espíritu, si la magistratura permanece impermeable al cambio operado"[10].

De lo que se ha dicho hasta aquí pareciera que puede concluirse que el aporte de la Reforma de 1968 a la enseñanza del Derecho fue precisamente ahondar un criterio que fue haciéndose paso lentamente en la jurisprudencia a mediados de la década de los años treinta, que se plasmó finalmente en la reforma y que al ser aceptada por los jueces terminó siendo incorporada por la academia.

Puede citarse aquí la opinión de Tobías, cuando dice refiriéndose a la reforma: "[…] se pudo decir por entonces que la magnitud y trascendencia de las reformas suponía un Código Civil profundamente renovado y distinto del que elaborara Vélez Sarsfield. Cuestionadas severamente en su momento muchas de las modificaciones, el transcurso del tiempo ha permitido considerar que constituyó un avance notable de la legislación civil: sin resignar la tutela de la libertad, adquirió una orientación menos individualista y más solidarista"[11].

8. Rossi, Abelardo, *Aproximación a la Justicia y a la Equidad*, pp. 167 y sigs., Educa, 2000.

9. Vocos, Francisco, "Nuestros jueces civiles", en AA. VV., *La Codificación: Raíces y prospectiva*, Educa, 2005.

10. Mosset Iturraspe, Jorge, *Justicia Contractual*, pp. 7 y sigs., Ediar, 1977.

11. Tobías, José W., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, p. 48, Thomson Reuters, La Ley, 2018.

1. Luces y sombras del Código

Se hace aquí un salto en la legislación de más de cincuenta años, y llegamos al Código Civil y Comercial unificado. Este incorpora un Título Preliminar, como no lo había habido antes en ninguno de los proyectos de código y de reformas, que distingue la ley del Derecho, incorpora los principios del abuso del Derecho y de la buena fe. Se lee, en la elevación, que se trata de un Título Preliminar como núcleo de significaciones; es más, hay un claro rechazo a la dogmática de la escuela exegética o histórica del siglo XIX[12].

Si se quiere ahondar más, no es ocioso recordar la explicación de Lorenzetti en su *Código Comentado*: "[…] el Título Preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código Civil y al resto del sistema, y por ello contiene una serie de artículos de gran valor significativo para todos los casos que se regulan. Su utilidad es manifiesta en el campo de la aplicación e interpretación del Derecho, ya que provee unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema basado en principios y reglas"[13].

Sin embargo, este planteo no es lineal, pues lo sorpresivo es que todo lo que plasmó la Reforma en lo que hace a lo contractual, a los Derechos Reales, a las obligaciones, se ha mantenido, en líneas generales, en el nuevo Código, y es más, se le ha dado categoría de principio jurídico. El problema radica en que hay una fuerte orientación al contenido social en lo económico, pero hay una reversión a los derechos individuales en lo que hace a las nociones de persona, derecho de familia; la paradoja radica en la modalidad de la construcción de derechos a partir de una determinada visión de la dignidad de la persona humana, podría decirse que se trata de un resguardo de conductas autorreferentes o una particular tensión entre autonomía de la voluntad y orden público.

Si se retoma la cuestión de los principios jurídicos, ya después de la Reforma de 1968, no se podía seguir enseñando que todo el Derecho está contenido en la ley, que los principios generales del Derecho deben estar dentro del ordenamiento, sino que, por el contrario, lo que existe es la noción de principio jurídico. Que preci-

12. *Fundamentos* del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, acápite II), 1., 1.1.

13. Lorenzetti, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*, p. 25, Rubinzal, 2014.

samente la codificación actual considera a la buena fe y al abuso del Derecho como principios rectores de todo el ordenamiento. Podríamos decir que ya no se puede enseñar Derecho Privado de manera artificial, pero esto volverá a ser tarea de los juristas, es decir, no construir modelos racionales sino simplemente observar la realidad de las cosas.

Cabe entonces concluir con una frase de Michel Villey, cuando se refiere a los juristas: "[…] nuestra tarea no es servir apasionadamente al triunfo de un valor cualquiera obtenido en detrimento de otros, sea éste el valor de la libertad del individuo o del orden público. Hay que comprender imparcialmente. No se trata de construir sino de observar"[14].

Esto es lo que le debemos a la Reforma de 1968, plasmó un texto en el que al Código Civil le mantuvo lo perenne y modificó lo que obligaba la realidad, es decir, fue fiel a la naturaleza de las cosas, que son a las que tenemos que observar como juristas.

De alguna manera puede decirse que la visión del legislador en ese momento comprendió la necesidad de adaptar un código iluminista en el aspecto contractual a las necesidades de la época[15]. De esta manera, la razón del legislador (exégesis), o la razón del científico (jurisprudencia de conceptos), se encuentra en la reforma de la Ley Nº 17.711 con un modelo de codificación al cual le importa resolver adecuadamente los conflictos que pueden darse en la sociedad sobre la cual legisla, sin reparar tanto en la pulcritud de un sistema[16].

El Proyecto de Código del año 2012 partió del criterio de incorporar al Código Unificado un Título Preliminar, el cual tiene los alcances que corresponden al mismo en cuanto a su sentido, es decir, que no es capítulo previo o introductorio, sino que su función es la de aportar reglas que confieren una significación general a todo el articulado. Así, se propone un sistema que lo caracteriza y que sirve

14. Villey, Michel, "Abrégé du droit natural classique", *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1961, se cita la edición castellana, "En defensa del derecho natural clásico", de la Universidad Nacional de Córdoba, p. 14, 1966.

15. Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica, del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, p. 17, Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

16. Ídem. Del mismo autor, *De la Ley al Derecho*, también citado, en especial el capítulo que se refiere a "Algunas tesis actuales sobre la interpretación jurídica judicial", pp. 26-55.

de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas[17].

Sin perjuicio de lo dicho, es necesario hacer una aclaración, ya que, si efectivamente el Título Preliminar aporta reglas para interpretar e integrar, habrá que leerlo en consonancia con aquellos aspectos valorativos que ha querido darle el codificador. Entonces habrá que tener en cuenta, de manera permanente, cada vez que se lea, aplique, interprete o integre el Código, esta valoración que surge de los Fundamentos que han escrito aquellos a quienes se encomendó la redacción y muy principalmente la nota de remisión del Poder Ejecutivo de fecha 7 de junio de 2012, en la cual se acentúa el criterio en cuanto a que el sentido de la nueva codificación profundiza la igualdad de derechos que cree encontrar en la constitucionalización del Derecho Privado y, por fin, la adecuación de este último a la realidad social de los tiempos presentes[18].

Más allá de estas salvedades, cabe decir que el Código Civil y Comercial parte de ciertos aspectos que considera valorativos, que resume en los siguientes principios: es un código con identidad cultural latinoamericana, que implica la constitucionalización del Derecho Privado, basado en la igualdad real, sustentado en un paradigma no discriminatorio, que regula los derechos individuales y colectivos, aceptando la realidad de una sociedad multicultural.

La lectura de dichos aspectos valorativos demuestra que, a pesar de que en algunos puntos, por ejemplo cuando se refiere al Derecho, no se inclina por una definición, propone un nuevo paradigma para la sociedad civil, lo cual implica una fuerte toma de posición[19].

En honor a la verdad, no queda demasiado clara la intención de soslayar el tema de la definición del Derecho, pues al sostener que se ha querido reconstruir la coherencia del sistema de Derechos Humanos con el Derecho Privado, y otras aseveraciones de similar tenor, que se hacen a lo largo de los Fundamentos y la Nota de Re-

17. Lorenzetti, Ricardo, "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación", en *LL*, diario del 23 de abril de 2012, pp. 1-5.

18. PEN, nota de remisión de fecha 7 de junio de 2012, folio 1 y folio 12.

19. Así, puede verse que los *Fundamentos* se inician con un primer capítulo que se titula "Aspectos valorativos", y luego de explicar los mismos concluye: "[…] estos valores y principios están presentes en nuestra propuesta legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayoría de los Códigos de otros países, lo cual le confiere una singularidad cultural remarcable".

misión, no pareciera que se adopte un criterio indiferente, en todo caso, el mismo es solamente académico, pues si desde la misma fundamentación se hace referencia a determinados valores, ellos serán los que necesariamente darán su contenido a toda la obra de codificación. Es una postura muy difícil no adoptar ciertas opciones cuando el mismo Código, en temas de fundamental importancia, se ve obligado a hacerlo porque debe legislar en cuestiones de enorme impacto como son aquellas que hacen a la persona, al comienzo de su existencia, a su muerte, al denominado derecho sobre el propio cuerpo, la capacidad, la minoridad, la familia, la filiación, y un sinnúmero de temas que son aquellos que identifican al Derecho Civil.

Lo cierto es que sería imposible no adoptar ciertas opciones y desestimar otras, porque la permanente tarea del jurista, del legislador, del juez, será escoger por aquello que entiende es más cercano a lo justo.

Las mismas palabras que se utilizan nos muestran un contenido "fuerte", porque precisamente no es lo mismo adherir a una concepción que identifica al término "Derecho" como objeto de una virtud, o aquel que piensa que este es sinónimo de la subjetividad. Así, se recorre todo el pensamiento de Occidente, encontrando un primer momento que podemos considerar fundacional, en el cual los mismos textos preparados para los estudiantes que inician sus estudios claramente hablan de un criterio objetivo, y otro cuando el proceso cambia a partir del siglo XIV, que significará una suerte de corrimiento de la principal connotación del Derecho, que terminará caracterizándose con un claro tinte subjetivo.

Claramente, el Código Unificado se inclina por esta visión subjetiva del término Derecho, con el matiz de que dice hacerlo en nombre de una ética de los más vulnerables; como se aprecia, al tratar de aclarar ciertas ideas, se producen contradicciones.

En verdad, la postura que adopta va más allá de la noción clásica de derecho subjetivo, que ya avanzado el siglo XX pudo definirse muy genéricamente como "el interés jurídicamente protegido"[20],

20. Dabin, Jean, "El derecho subjetivo", se cita la traducción de Francisco Javier Osset para la edición de la *Revista de Derecho Privado*, 1955. Se hace referencia a este autor porque, respecto a este tema, ha sido lectura poco menos que obligatoria para toda una generación de civilistas; por citar a los más caracterizados, los tratadistas Borda y Llambías. Asimismo, no puede pasarse por alto el hecho de que todos los iuscivilistas en los libros clásicos, y en general los vinculados a la

para avanzar en un claro individualismo, interpretando de este modo los derechos individuales como un sistema de garantías, e identificando con el modelo garantista el paradigma del Estado Constitucional de Derecho.

No es este el lugar para ahondar en los asuntos que apenas se han mencionado en los párrafos anteriores, pero como cuestión preliminar es necesario dejar sentado que, al adoptarse para el Código el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, se le da al mismo uno de los contenidos que pueden atribuírsele, debiendo destacarse que bien se pudieron adoptar otros, ya que, claramente, el siglo XX, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, se aleja del Estado de Derecho Liberal. Pero no es estrictamente cierto que el neoconstitucionalismo implique una referencia a una especie de constitución global, cosmopolita, que recoge una suerte de derecho del individuo reunido en convenciones y declaraciones regionales o universales y extendido interpretativamente por tribunales supremos, que no encuentra otra explicación que esta constitucionalización e internacionalización de los Derechos Humanos, y por lo pronto, todo lo que allí se resuelva es intrínsecamente bueno y justo. Existe también una mirada desde el neoconstitucionalismo, que se inscribe en el realismo jurídico y rechaza la postura mencionada, por considerarla un nuevo iuspositivismo ideológico[21].

En primer lugar, parece un acierto distinguir entre un Título Preliminar en un Código y una Parte General en la enseñanza. Esto parece decir la Fundamentación del Anteproyecto oportunamente presentado cuando claramente los distingue, sin perjuicio de que luego adopta el nombre de Parte General para referirse al Primer Libro, lo que demuestra que el tema no ha sido llevado desde el punto de vista académico hasta las consecuencias que hubiese correspondido. Se

---

llamada Parte General, dedican varios capítulos a explicar las cuestiones que hacen al Derecho, su definición, las divisiones del mismo, la ley, la interpretación jurídica (Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, pp. 17 a 151, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 21ª ed., 2007). Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, La Ley, 13ª ed., 2008, Capítulos I y II.

21. Sin pretender agotar el tema, para una lectura de las cuestiones que se mencionan, puede consultarse Bandieri, Luis María, "En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI", en AA. VV., *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario*, pp. 33-51, El Derecho, 2012. Santiago, Alfonso (h), *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, 2010.

dice esto porque al referirse a la cuestión menciona "la Pandectística" como una de las escuelas de juristas que modificaron la lectura del Derecho romano, haciendo de este, más que una permanente respuesta jurídica a los hechos que se sucedían, una especie de entramado lógico, donde lo más importante era precisamente llevar todo a este campo para generar conceptos abstractos. Así parece entenderse en los *Fundamentos*, cuando dice: "Una de las funciones que puede cumplir un Título Preliminar es la de adoptar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una Parte General al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de Derecho basado en principios y reglas"[22].

Cabe distinguir, entonces, entre la conveniencia de que un Código presente un título previo y la necesidad de que una Parte General sirva de preámbulo a la enseñanza del Derecho Civil.

En cuanto a lo primero, puede decirse que se ha discutido en doctrina acerca de la conveniencia de incorporar a un Código un Título Preliminar; los autores del Proyecto así lo reconocían cuando realizaban un somero repaso respecto a los proyectos de reforma, inclinándose finalmente por la regulación de un Título Preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluyera los contenidos referidos.

Al efecto de no perder de vista el tema de este trabajo, cabe puntualizar que la importancia de concretar principios jurídicos en un Título Preliminar les da un contenido definitivo a ciertas cuestiones, que la Reforma de 1968 se vio obligada a incorporar en distintos lugares del Código entonces vigente.

Desde esta perspectiva, parece un acierto concentrar en un Título Preliminar los principios relevantes del ordenamiento, las fuentes del Derecho y la fijación de pautas para la aplicación de la ley y la interpretación jurídica.

Por otra parte, cabe insistir en deslindar, como se ha dicho más arriba, el acierto de un Título Preliminar, con el desacierto de seguir

22. *Fundamentos*, cit., punto 3, primer párrafo.

llamando Parte General a un conjunto de cuestiones que desde el punto de vista de la enseñanza propiamente tienen que ver más con la noción de principios de Derecho Privado y las instituciones medulares del mismo.

Esto es así pues ciertamente la Parte General no es otra cosa que una pretensión de introducir la enseñanza del Derecho Civil, no con una serie de principios que expliquen la articulación de los distintos componentes del mismo, sino postulando conceptos abstractos, que en la medida en que sean aprehendidos exhaustivamente en las proposiciones jurídicas, permitirán que el Derecho sea comprendido de manera científica, y, como tal, aplicado. Esta fue la forma de enseñar el Derecho que tomó relevancia a partir de comienzos del siglo XIX y que respondió al modelo exegético. Al decir de Vigo, "[…] en el marco teórico del positivismo dogmático parece comprensible que se reconozca como el único estatuto epistemológico apropiado al de la ciencia. Las pretensiones de certeza, objetividad y seguridad se cubrían a través del conocimiento científico riguroso"[23].

Por otra parte, esta visión de las fuentes del Derecho se corresponde con la noción del Estado de Derecho Constitucional, y no ya con la visión del Estado de Derecho, propio del siglo XIX, normativista y, por ende, positivista. Lo que debiera ponderarse es si, efectivamente, esto no significa una nueva forma de positivismo, pero ahora dentro del marco de la constitucionalización del Derecho Privado. Con todo se impone que los académicos afronten con éxito un trabajo de configuración de nuevos conceptos que permitan entender, justificar o criticar la realidad, y entre las nuevas teorías está en un lugar de privilegio proponer una teoría de las fuentes del Derecho que resulte funcional al Estado de Derecho Constitucional[24].

Tampoco puede pasarse por alto como muy saludable la fuerte convicción de la importancia de los principios jurídicos. Desde esta perspectiva, cabe destacar que en doctrina, y desde hace poco más de dos décadas, el tema ha adquirido singular importancia, sobre todo aceptando que los principios jurídicos proponen un ámbito in-

23. Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, p. 41, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

24. Vigo, Rodolfo, "Fuentes del Derecho en el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo", en *LL*, 24-2-2012, 1/3.

tegrativo del ordenamiento jurídico, pero diferenciado de las reglas o normas jurídicas[25].

Se trata, entonces, de encontrar en el plexo del Derecho Privado y Constitucional la existencia de estos principios, que no solamente están en los textos legales, sino en la opinión de los que estudian, de los que interpretan, de los que juzgan y de los que litigan. De esta manera, el derecho positivo presenta una posible interpretación a partir de los principios que se han esbozado y que pueden encontrarse en el texto legal, pero también en todas las demás pretendidas fuentes.

Así se explica que el Derecho no quede contenido en la ley, cae el andamiaje que pretende un sistema cerrado, autosuficiente, en el cual solo es posible resolver las cuestiones a partir de la ley vigente y la interpretación que se haga de la misma a partir de cánones tan cerrados como el exegético. Quedan abiertas las puertas (más allá de ciertos reparos que pueden encontrarse en el resto del Código Unificado) para considerar que los principios jurídicos han adquirido una suerte de autorización permanente para corregir la aplicación de la ley o de otras fuentes, ante los "casos difíciles", cuando no puede decidirse en base a lo que ha sido expedido por la autoridad ejecutiva o legislativa.

Aunque parezca una paradoja, las sombras del Código vigente pueden encontrarse en las mismas razones que originan las luces.

Así, es llamativo que comprendiendo la diferencia entre Título Preliminar y una Parte General, adopte a esta última como el primer libro del Código. Quizá para el abogado y el jurista no especializado en estas cuestiones puede ser un tema inocuo; sin embargo, cabe llamar la atención sobre este hecho, porque aceptar que el tema de la persona, de sus derechos personalísimos y de sus atributos integran una Parte General significa que todas estas cuestiones quedan encerradas en un sistema autosuficiente. Entonces, de acuerdo a la opinión de importante doctrina, si los principios generales del Derecho encuentran su límite en el mismo ordenamiento, se es consecuente con esta idea si se habla de Parte General, ya que la misma implica una lógica interna que se corresponde con una teoría ge-

25. Vigo, Rodolfo, *Los principios jurídicos - Perspectiva Jurisprudencial*, pp. 1-5, Depalma, 2000.

neral que no hace otra cosa que buscar las respuestas dentro del propio sistema[26].

Podría decirse que la diferencia entre la teoría general y la Filosofía del Derecho es la audacia de pensar lo jurídico más allá del propio saber de los juristas, incorporando otros saberes, como la ética, la política e incluso el dato religioso.

Se advierte que el Proyecto pretende la existencia de un sistema que contenga todo el ordenamiento jurídico, lo cual, de alguna forma, limita la propia aplicación de los principios jurídicos transformándolos en los principios generales del Derecho, no ya del siglo XIX, sino de un nuevo orden consensuado, pero también hermético.

Más allá de esto, habrá que esperar a la interpretación de jueces y juristas, ya que la aplicación de la norma a cada caso es la que permitirá saber definitivamente si se sigue dentro de un sistema hermético o se podrá salir de este basándose en razones no autoritarias, y estas primordialmente se refieren a la justicia.

No queda entonces del todo claro si la crítica al espíritu decimonónico del Código de Vélez (por otra parte, no podría pensarse otra cosa porque precisamente el Código fue redactado en esa época) se limita al aspecto económico o dicha crítica puede ampliarse a toda una propuesta individualista. De la lectura de los *Fundamentos* de la remisión del Proyecto que hace el Poder Ejecutivo Nacional, pareciera que "la igualdad real" a la que se hace referencia apunta a una particular mirada sobre los denominados derechos individuales.

Es obvio que si lo que pretendía resolverse eran las inequidades sociales que pudo haber generado el Código vigente desde 1871, bien podría solucionarse ahondando los criterios establecidos en la reforma del año 1968, que fundamentalmente se refieren al exacerbado individualismo en lo que hace al derecho de propiedad y a la libertad contractual.

Sin embargo, si bien se mantiene el criterio de la reforma de 1968, se ahonda en una visión muy particular de los derechos personalísimos, que no hacen sino recuperar un fuerte individualismo, propio de las declaraciones de Derechos inmediatas a la Revolución francesa, olvidando que en el siglo XX se trabajaron los derechos de las personas, respetando la inserción de las mismas en la organi-

26. Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil – Parte General*, pp. 150 y sigs., Abeledo-Perrot, 1997.

zación natural de la sociedad; en este sentido, las referencias que se hacen a las ideas que plasmaran los constituyentes de 1949 y 1994 pueden avanzar, pero incorporar a la noción de dignidad de la persona la elección de su forma de vida, tal como dice la nota de elevación, implica adoptar un paradigma que no está en estricta línea con lo que surge de dichos textos constitucionales[27].

Se eligió un camino distinto. Esto puede leerse en la aceptación de un pluralismo como hecho, que pareciera sostener que la trama social está constituida por una gran cantidad de grupos en conflicto, los cuales se van resolviendo sin pretender que exista algún tipo de valores respecto de los cuales no se puede disponer.

Hasta entonces esta breve consideración sobre lo que el Código Unificado ha mantenido acertadamente y aquellas cuestiones en las cuales ha incursionado, a nuestro entender, de manera disvaliosa.

2. Los institutos en cuestión

Como se ha dicho más arriba, la reforma del año 1968 ha presentado un claro viraje en materia de la restricción a la autonomía de la voluntad, que quedó expresado en tres institutos, el abuso del Derecho, la teoría de la imprevisión y la lesión subjetiva. Queda claro que esta acertada restricción se refiere al ámbito de la justicia conmutativa, que el actual Código ha mantenido.

De los tres institutos mencionados, el que ha tenido una acogida más significativa es el abuso del Derecho, el cual adquiere categoría de principio jurídico.

Como bien señalan los autores del Código Civil y Comercial, la incorporación del abuso del Derecho a nuestro derecho positivo se dio con la reforma del año 1968; en el nuevo Código la novedad se produce, por una parte, en el hecho de que se incorpora este instituto al Título Preliminar, lo cual lo transforma en un verdadero principio jurídico, y le da una entidad que si bien en la jurisprudencia ya estaba incorporado, su nueva ubicación permite hacer una referencia clara como principio fundamental y regla de interpretación.

27. En este sentido, pueden leerse el primer párrafo del folio 1 y el último párrafo del folio 5, de la nota de elevación de fecha 7 de junio de 2012.

No está de más detenerse en este instituto, porque además de su importancia genera la posibilidad incluso de poner un límite al individualismo, más allá de lo que pueda pretender el codificador.

Es oportuno recordar a uno de los teóricos del instituto, como Louis Josserand, que caracterizaba al mismo oponiéndolo a cierta mirada individualista del Derecho; así, decía: "[…] este es el concepto del absolutismo de los derechos que ha recibido en Francia un refuerzo poderoso gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre; el Derecho revolucionario está marcado con la huella de un exagerado individualismo, considera al hombre como un fin que se basta a sí mismo más que como un elemento de la comunidad; como individuo más bien que como célula primaria de la sociedad". Reconoce, finalmente, que no constituye ninguna novedad, pero que ante la pretensión del individualismo de desconocer la misión social que tienen los derechos ("su espíritu del cual no podrían separarse") ha retomado vuelo de la mano de los autores la jurisprudencia y la incorporación a los nuevos Códigos el principio del abuso del Derecho[28].

La incorporación al derecho positivo argentino se produce con la Constitución de 1949, la cual, puntualmente, sostenía, en su artículo 35: "Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes".

Cabe por fin señalar que en el Código actual se incorpora la noción del "ordenamiento" como guía final para saber si una conducta puede calificarse como abusiva.

Para dejarlo consignado brevemente parece importante que la denominada teoría del abuso del Derecho aparezca legislada claramente dentro del Título Preliminar de un Código.

Otra cuestión a analizar es la incorporación como principio, en el Título Preliminar, del de "buena fe". Cabe recordar al respecto que la misma fue introducida en el Código Civil mediante la reforma de

28. Josserand, Louis, *Cours de Droit Civil Positif français*, Librairie du Recueil Sirey, 1938. Traducción de André Brun sobre la 3ª edición, Bosch y Cía. Editores, 1950.

la Ley Nº 17.711, si bien no aparece puntualmente en los libros preliminares, sino en el capítulo de los actos jurídicos. En el actual Código se la ubica en el Título Preliminar como un principio aplicable al ejercicio de los derechos, lo cual hace que pueda referirse a todo el entramado del Derecho Civil y Comercial, como la ha entendido calificada doctrina[29].

Es del caso referirse a estos principios jurídicos, dado que los institutos a los que ahora cabe referirse pueden fundarse en un defecto de la buena fe-lealtad, como es el caso puntual de la lesión subjetiva, ya que el nuevo artículo 332 lo ubica entre los vicios de los actos jurídicos.

Se hace este comentario sobre el principio de la buena fe ya que el mismo es el que permite entender cabalmente los otros dos institutos que se rescatan y respetan en el nuevo texto del Código, tales como la lesión subjetiva y la teoría de la imprevisión.

Respecto a la primera, como se dijo en un párrafo más arriba, se ubica en los vicios de los actos jurídicos. La misma queda caracterizada como el defecto del acto jurídico consistente en una desproporción injustificada en las prestaciones, originada en el aprovechamiento por una de las partes del estado de inferioridad de la otra. Debe tenerse en cuenta que la explotación consiste en el aprovechamiento de la situación de inferioridad que no consiste en el mero conocimiento de la existencia de la necesidad, ligereza o inexperiencia en el sujeto pasivo, es necesario que a partir de dicho desconocimiento se pretenda obtener un beneficio desproporcionado.

Como sostiene Rivera, el Código Civil y Comercial no innova sobre el antiguo artículo 954, por lo que siguen siendo válidas las conclusiones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la materia[30].

La llamada teoría de la imprevisión había sido incorporada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la reforma de la Ley Nº 17.771, en la segunda parte del artículo 1198.

El Código Civil y Comercial de la Nación la incorpora en su artículo 1091, ubicado en el capítulo "Extinción, modificación y adecuación del contrato", del Título II "Contratos en general", del Libro

29. De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, pp. 89-90, Civitas, reimpresión 1997. Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*…, ob. cit., pp. 18 a 24.

30. Rivera, "Código Civil y Comercial", ya citado, ahora en edición actualizada, p. 757.

Tercero "Derechos Personales". Es del caso resaltar que el nuevo Código asume casi por completo el texto que incorpora la reforma de 1968, tanto es así que en el Estudio Preliminar al nuevo Código los legisladores no hacen mención a la misma como novedosa, lo cual es destacado por Rivera[31].

En virtud de la semejanza con el artículo diseñado por la Reforma de 1968, es del caso citar el actual artículo 1091: "Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia".

Como puede observarse, la teoría de la imprevisión se constituye, ante todo, como un remedio jurídico frente a un contrato que con posterioridad a su celebración se ha desquiciado por circunstancias ajenas a las partes.

Pueden destacarse como requisitos de la norma los siguientes: en primer lugar, la *existencia de un contrato de ejecución diferida o permanente*. Se establece como regla general que la imprevisión resultará aplicable a los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente. También resultará aplicable a los contratos aleatorios, si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas ajenas al alea propia del contrato.

En segundo lugar, lo extraordinario de las circunstancias existentes comparadas al tiempo de su celebración. Dicha alteración puede ser fruto de un cambio en la equivalencia de las prestaciones, cotejando los derechos y obligaciones de las partes, en la ecuación económica del contrato o una alteración extraordinaria de las bases del negocio jurídico, es decir, en su objeto, al momento en que se produce el reclamo.

31. Ídem, pp. 704 y sigs.

En tercer lugar, la alteración debe ser consecuencia de un hecho extraordinario, sobreviniente a la celebración de contrato, ajeno a las partes y diferente del riesgo asumido por la parte afectada. Dicha alteración genera que la prestación del contrato se vuelva excesivamente onerosa para una de las partes.

Es del caso señalar que se encuentran legitimados para accionar por imprevisión tanto la parte contractual afectada como el tercero beneficiario u obligado en una estipulación a un tercero. La parte afectada tendrá derecho a reclamar extrajudicialmente o por la vía judicial, en este último caso, podrá hacerlo por vía de acción o como excepción, ante la demanda iniciada por la otra parte.

Tanto en la instancia extrajudicial como en la judicial la parte afectada podrá solicitar la resolución total o parcial del contrato o su adecuación, esto es, que el contrato que se encuentra desquiciado vuelva a tener un equilibrio y equivalencia entre el cotejo de derechos y obligaciones.

Finalmente, resulta destacable la eliminación del requisito de que el deudor no se encuentre en mora, lo cual no fue incorporado en el texto del nuevo artículo, sin embargo, calificada doctrina sostiene que se mantiene mediante la expresión que "las circunstancias existentes al tiempo de la celebración sobrevengan por causas ajenas a las partes"; concluye así Rivera: "Esta expresión abarca el concepto de culpa. La alteración extraordinaria no será ajena a la parte si está incursa en culpa"[32].

Por último, cabe referirse a las diferencias entre estas figuras; las mismas radican en que la imprevisión se aplica a los actos que originariamente contenían prestaciones equivalentes, pero circunstancias sobrevinientes, imprevisibles y extraordinarias convierten en excesivamente oneroso para una de las partes el cumplimiento de las prestaciones; en cambio, en la lesión el defecto está presente desde el mismo momento de la celebración y debe subsistir al tiempo de la demanda, todo ello de acuerdo al artículo 332; además, la lesión contiene elementos subjetivos, es decir, estado de inferioridad y explotación, que no aparecen en la imprevisión.

Lo cierto es que ambos institutos se encuentran incorporados en el nuevo Código prácticamente sin modificaciones, lo cual demuestra lo que se ha dicho párrafos más arriba, en cuanto a que en

32. Ídem, p. 707.

lo que hace a una mirada social, alejada del individualismo decimonónico, la Reforma del año 1968 significó un notable adelanto para su época.

3. Conclusión

Lo dicho hasta aquí permite insistir en la necesidad de señalar a aquellos ejercer sus derechos subjetivos, la relatividad de los mismos y la necesidad de una definición del Derecho como la relación real de igualdad entre personas, cosas y agrupaciones con eje en la justicia y en miras al bien común; así, el Derecho Privado tendrá su norte en la justicia conmutativa, es decir, la igualdad de las partes en la relación jurídica.

Es del caso resaltar de qué manera en el Código Civil y Comercial se ha mantenido la saludable decisión de la reforma del año 1968 en lo que hace al adecuado equilibrio de las prestaciones en el ámbito conmutativo; no puede concluirse de igual modo en lo que hace a otras manifestaciones de la autonomía de la voluntad, como ha quedado expresado que hieren el tejido social en lo que hace a los derechos personales y las relaciones de familia.

DERECHOS SOBRE EL PROPIO CUERPO. SUS COINCIDENCIAS CON OTROS DERECHOS Y SUS LÍMITES

Guillermo F. Peyrano*

Sumario: 1. Introducción. 2. El cuerpo humano y sus partes. 3. La tutela del cuerpo humano y el derecho a la salud. 4. Cuestiones complejas. Los derechos sobre el propio cuerpo y sus límites. 5. Los límites a la expansión de la autodeterminación. 6. Algunas reflexiones finales.

1. Introducción

En el ámbito de los derechos personalísimos se generan inevitables superposiciones entre derechos conceptualmente diferenciables. Así, por ejemplo, el derecho a la propia imagen, objeto incluso de una regulación propia en el artículo 53 del Código Civil y Comercial de la Nación, se solapa –tanto en entornos virtuales como no virtuales– con aspectos de los derechos a la privacidad y a la autodeterminación informativa. En similar sentido, los derechos sobre el propio cuerpo tienen relaciones de coincidencia con el derecho a la salud, con el derecho a la identidad e, incluso, con el derecho a disponer sobre la propia vida –por lo menos, en cuanto a este último–, para quienes sostienen su existencia[1].

* Ex Decano de la facultad de Derecho de la UCA en Rosario. Ex Director de El Derecho.

1. Massini Correas recordaba, en su trabajo en una obra colectiva publicada hace más de veinte años, que entre los llamados derechos de la cuarta generación "[...] ha comenzado a defenderse en los años más recientes el llamado 'derecho a morir', o 'derecho a disponer de la propia vida', conforme el cual correspondería respetar a ultranza la voluntad autónoma de los sujetos respecto de la duración de su existencia […]" (Massini Correas, Carlos I., "Vida humana, autonomía y el final

Es que las decisiones que se adoptan sobre el propio cuerpo, como así también las afectaciones que se sufran en el mismo, obviamente no pueden resultar indiferentes a la salud y al derecho de preservarla, y tampoco lo son en relación a otros derechos personalísimos que pueden resultar eventualmente también comprometidos.

Por ello resulta inevitable que el tratamiento de aspectos relacionados con derechos sobre el propio cuerpo sea efectuado contemplando, al mismo tiempo, su incidencia y sus relaciones con el derecho personalísimo a la salud y a su preservación[2] y, de resultar pertinente, teniendo también en consideración otros derechos personalísimos eventualmente involucrados.

No pretendemos en este análisis referirnos a cuestiones tan abarcativas, y habremos de preferir centrarnos en ciertas coincidencias entre el Derecho y los poderes sobre el propio cuerpo y el derecho a la salud, como igualmente las limitaciones que pueden afectarlos.

En homenaje a la sinceridad, debemos reconocer que han actuado como una suerte de "disparadores" de estas reflexiones los debates generados con motivo de la vacunación contra el virus SARS-CoV-2, entre quienes rechazan y quienes aprueban su obligatoriedad[3], toda vez que estas posiciones antagónicas encuentran su fundamento principal en interpretaciones divergentes sobre las potestades de autodeterminación de cada individuo sobre su cuerpo y su salud.

El dilema de por sí es complejo, como habrá de verse, y su elucidación se dificulta aún más por ciertas imprecisiones conceptuales que lo afectan.

El concepto de salud, conforme el sentido atribuido al mismo por la Organización Mundial de la Salud[4], entidad que la define

---

de la existencia: ¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?", *La Persona Humana*, dirigida por Guillermo A. Borda, p. 106, La Ley, 2001).

2. Ver Navarro Floria, Juan G., *Los derechos personalísimos*, p. 61, El Derecho, 2016.

3. Para una mayor información sobre el tema, puede verse Calvo, Juan Carlos, "¿Qué pretende el movimiento 'antivacunas'?", en *Revista Química Viva*, Editorial Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Exactas y Naturales, Departamento de Química Biológica. Ver Repositorio CONICET Digital, disponible en: https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/121494.

4. Ver "Salud (según la OMS)", disponible en: https://concepto.de/salud-segun-la-oms/#ixzz7OO55Pq3Z.

como un estado de completo bienestar físico, mental y social –y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades–[5], adolece evidentemente de contornos no demasiado precisos, lo que dificulta el análisis.

Ello por cuanto ese estado de "bienestar" depende no sólo de circunstancias objetivas sino también subjetivas, y cuando se trata de derechos personalísimos la dimensión de su tutela es susceptible de inadecuados posibles "desbordes", producto de subjetividades que podrían no encontrarse justificado merecerlas.

Esta advertencia viene a cuento en razón de que un respeto a ultranza del derecho a disponer sobre el propio cuerpo, en diferentes aspectos, puede comprometer derechos de otras personas, e incluso afectar a la sociedad toda.

Por consecuencia, resulta obvio que también sobre el propio cuerpo las decisiones personales reconocen restricciones, toda vez que aun en el supuesto de sostenerse criterios autodeterminativos extremos, estos derechos tendrán siempre como límites –como todos los derechos– las restricciones que resultan de los derechos de los demás e incluso de los de los colectivos sociales.

La denominada "dimensión coexistencial" del ser humano exige la imposición de límites a su libertad, para que sea posible el despliegue de la libertad de todos los integrantes de la sociedad.

Fernández Sessarego recordaba que, "Si bien el ser humano es libertad, lo que lo hace además de digno, único, singular, irrepetible, idéntico a sí mismo, es también al mismo tiempo un ser *coexistencial*", para agregar más adelante: "La libertad es, de suyo, coexistencial. Ello hace que el ser humano, para convivir, tenga la ineludible necesidad de contar con reglas de conducta. Es decir, con una normativa, ya fuere ella moral, religiosa o jurídica, la cual al proteger la posibilidad de la persona de realizarse como ser libre, impida simultáneamente toda injusta interferencia con los demás seres humanos en el seno de la sociedad, dentro de la que necesariamente ha de vivir"[6].

5. En el mismo sentido, ha expresado Fernández Sessarego: "[...] la salud –entendida como ausencia de enfermedad– resulta ser un componente importante –mas no el único– del bienestar integral de la persona" (Fernández Sessarego, Carlos, "Apuntes sobre el daño a la persona", en *La Persona Humana*, ob. cit., p. 339).

6. Fernández Sessarego, Carlos, "Apuntes sobre el daño a la persona", en ob. cit., p. 328.

2. El cuerpo humano y sus partes

Los derechos de las personas físicas sobre su cuerpo comprenden al mismo tanto en su integridad como en cualquiera de sus partes, empero lo cual los alcances de la tutela normativa y los poderes de disposición de su titular habrán de variar, tanto en relación a los aspectos materiales comprendidos, como en lo referido a los niveles de protección, y así también en orden a las circunstancias.

Norma liminar de nuestro ordenamiento es el artículo 17, CCyC, en cuanto dispone: "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".

Al decir de Navarro Floria: "Es una disposición algo oscura y de alcances poco definidos, pero que al menos permite colocar tanto al cuerpo humano como a sus partes como regla fuera del comercio y en el ámbito extrapatrimonial"[7].

En lo concreto, resulta claro que despoja de valor comercial al cuerpo humano y a sus partes, situándolos fuera de esa órbita, lo que no resulta menor en tiempos en los que las posibilidades que aporta el progreso científico-tecnológico hacen posible y viable su tráfico comercial (lo que puede conllevar la extracción, el aislamiento, la venta y compra de órganos, tejidos y hasta de células –o incluso su modificación–, tanto de seres humanos vivos como de ya fallecidos)[8].

El cuerpo humano (en el todo y en sus partes), en tanto soporte físico de la persona, recibe por ello un trato de la ley que lo reconoce en la dignidad de que resultan merecedores, por la humanidad de su naturaleza.

Ello empero no puede ignorarse que el apuntado desarrollo científico tecnológico ha producido un fenómeno de "doble vuelta",

7. Navarro Floria, Juan G., *Los derechos personalísimos*, ob. cit., p. 60.

8. Como simple ejemplo de lo expresado, el Gobierno de México advierte en páginas oficiales sobre este verdadero flagelo, ver "Secuestro, trata de personas y tráfico de órganos", 28/5/2021, disponible en: https://www.gob.mx/sspc/observatorioreclutamiento/documentos/secuestro-trata-de-personas-y-trafico-de-organos#:~:text=El%20tr%C3%A1fico%20de%20%C3%B3rganos%20es,de%20personas%20vivas%20o%20cad%C3%A1veres.

"humanizando" cosas no humanas (prótesis, implantes, etc.) y "cosificando" partes del cuerpo humano (gametos)[9], como así tampoco que esa "cosificación" resulta favorecedora de la aceptación de márgenes mayores de desarrollo de la autonomía de la voluntad.

A su vez, el artículo 56, CCyC, dispone: "Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable".

Aunque la norma se encuentra redactada de modo principal para contemplar las disposiciones sobre el propio cuerpo en materia de trasplantes (remitiendo a la legislación específica), y para lo relativo a la prestación del consentimiento informado (regulado por la Ley Nº 26.529 y por el art. 59, CCyC), en orden a tratamientos o intervenciones relacionadas con prácticas médicas[10], fija una pauta acerca de la indisponibilidad relativa de los derechos de la personalidad sobre sus manifestaciones físicas.

Así –y con independencia de los supuestos relacionados con los trasplantes y con las demás intervenciones de carácter médico a que refiere–, se consagra una indisponibilidad genérica sobre el propio cuerpo, cuando la misma produzca una disminución permanente de su integridad (supuestos de amputaciones, mutilaciones o cualquier otro tipo de lesiones con esos efectos), o cuando resultan contrarios a la ley, a la moral y a las buenas costumbres.

Puede suceder, asimismo, que, en determinados contextos, la disposición de tejidos del propio cuerpo que no impliquen una disminución permanente de su integridad resulte contraria a la moral y buenas costumbres (así resultaría, por ejemplo, la aceptación

9. Ver Shina, Fernando E., "Los derechos sobre el propio cuerpo. ¿El valor del cuerpo humano o el precio de la moral?", Id SAIJ: DACF200252, disponible en: http://www.saij.gob.ar/DACF200252#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20integridad,del%20derecho%20de%20la%20persona.

10. Saux, Edgardo Ignacio, *Código Civil y Comercial Comentado*, Director: Ricardo L. Lorenzetti, p. 297, Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., 2014.

voluntaria de ciertas laceraciones o de sangrías propias de ritos mayormente sectarios), rigiendo a su respecto la prohibición de la norma.

No sería válido el consentimiento eventualmente prestado, por la indisponibilidad que se impone si se violan la ley, la moral y las buenas costumbres.

También –como se ha dicho–, la norma admite actos de disposición del propio cuerpo que produzcan una disminución permanente de su integridad, si los mismos tienen por objeto el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona en el marco de las disposiciones legales.

Esta habilitación tiene un espectro abarcativo diverso, ya que comprende desde amputaciones para impedir el agravamiento de enfermedades, hasta intervenciones de adecuación relacionadas con cuestiones de identidad de género, y, claro está, las ablaciones para realizar trasplantes de órganos y tejidos en el marco de la Ley Nº 24.193 (con las modificaciones de la Ley Nº 26.066).

De lo expresado deviene que la disponibilidad de este derecho y los poderes que conlleva reconocen límites y restricciones.

La norma, por otra parte, guarda consonancia con lo dispuesto en la que la precede, complementándola, en tanto y en cuanto la disposición precedente solo admite el consentimiento para la disposición de derechos personalísimos cuando no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, no pudiendo presumírselo, consagrando el carácter restrictivo de su interpretación y disponiendo que es libremente revocable (conforme art. 55, CCyC).

Además, el artículo 56, CCyC, establece que el consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo de la norma no puede ser suplido, prohibiendo así el consentimiento "sustituto", y consagrando que es "libremente revocable".

De tal modo, dentro de los límites establecidos por la normativa, la autodeterminación encuentra un ámbito para desplegarse, pero sujeto a esas cortapisas.

3. La tutela del cuerpo humano y el derecho a la salud

La protección del cuerpo humano se encuentra íntimamente relacionada con el respeto a su integridad, tanto en el todo como en

cualquiera de sus partes, y, asimismo, con las reacciones del ordenamiento jurídico previstas en el supuesto de su conculcación.

El derecho a la integridad corporal reconoce un plexo de normativas que lo tutelan, tanto de orden Constitucional como legal.

Marrama ha señalado: "El derecho a la integridad psicofísica se encuentra reconocido por nuestro Derecho Constitucional en el artículo 18 de la CN y en diversos tratados incorporados al artículo 75, inc. 22, de la CN, tales como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5º), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5º) y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (art. 7º). Por su parte, el Código Penal argentino protege la integridad de las personas en el Libro Segundo ('De los Delitos'), Título I ('Delitos contra las personas'), Título III ('Delitos contra la integridad sexual'), y mediante algunos delitos del Título VII ('Delitos contra la seguridad pública') […]"[11].

El Código Civil y Comercial vigente reconoce en el artículo 1738 la indemnización por daño a la integridad personal y la salud psicofísica de las personas, al igual que el artículo 1746 –indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica–, remarcando el primero que esa indemnización incluye especialmente las consecuencias de la violación de esa integridad personal y de esa salud.

La violación de la integridad corporal suele conllevar un atentado a la salud del ser humano implicado, y correlativamente, a su derecho a que no se vea afectada[12].

Empero esa coincidencia puede no darse.

En ese sentido, no resultan equiparables el corte de un mechón de cabello –el que, si bien puede constituir una afrenta y una vio-

11. Marrama, Silvia, "Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y a la integridad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, con referencia a las técnicas de fecundación extracorpórea", *El Derecho*, Tomo 260, p. 869.

12. El "derecho a la salud" pensamos que tiene un alcance polifacético, ya que se lo puede entender en el sentido en el que lo venimos exponiendo –esto es, como el derecho a que no se vea afectada por el accionar de un tercero– o como un derecho relacionado con la asistencia médica. Casanova ha expresado –en este último sentido–: "El 'derecho a la salud' no puede entenderse como el 'derecho a estar sano', ya que debido a la condición humana, sería una pretensión absurda. Por eso, debemos entender este derecho en relación con la asistencia médica y con la promoción de la salud psicofísica" (Casanova, Paula "Derecho a la salud", *El Derecho*, Tomo 252, p. 1033).

lación al derecho a la integridad corporal, difícilmente pueda considerarse como atentatorio de la salud de la persona–, con las lesiones generadas por un disparo de arma de fuego, necesariamente lacerantes y con consecuencias para la salud en diversos grados, de acuerdo a los tejidos y órganos afectados.

Se ha distinguido el daño en el cuerpo del daño a la salud, relacionando el primero con lo anatómico y el segundo con lo fisiológico, aunque reconociendo su posible coincidencia.

En ese sentido, desde la perspectiva del Derecho Penal, Julio E. Chiappini (h) cita la opinión de Escobar López, recordando que este autor expresara que "el daño en el cuerpo implica una modificación anatómica, y el daño en la salud entraña una modificación fisiológica. Ambos pueden coexistir [...] Si a una persona se causan trastornos orgánicos, como fiebre, mareos, desvanecimiento, etc., o perturbaciones sicológicas, como amnesias, paramnesias, ilusiones, alucinaciones, etc., se incurre en lesiones personales, a pesar de que no se establezca que tales manifestaciones corresponden a una modificación anatómica del organismo"[13].

Desde el punto de vista de la tutela de los derechos personalísimos, la afectación tanto de lo estrictamente corporal como de lo fisiológico –aunque no se encuentre necesariamente vinculado con lo anatómico, empero que también pueden coincidir– habrá de implicar la conculcación de estos derechos si se violentan los límites establecidos por el CCyC.

También podría producirse la afectación de uno de estos derechos sin repercusiones sobre el otro.

En ocasiones, se verá afectado sólo el derecho a la integridad corporal; en otras, sólo el derecho a la salud, y en la generalidad de los casos, esa afectación incidirá sobre ambos derechos.

Efectuadas estas consideraciones, resulta claro que no puede obviarse que la tutela del derecho a la integridad corporal se encuentra íntimamente relacionada con la del derecho a la salud, toda vez que la afectación del primero suele conllevar la del segundo.

13. Escobar López, Edgar A., *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Leyer, 2005, p. 439. Citado por Chiappini, Julio E. (h), "Las lesiones leves por daño en la salud", *El Derecho*, Tomo 272, p. 306.

Por consiguiente, la protección del cuerpo humano va aparejada con la de su salud, y con la de los derechos respecto de los mismos[14].

4. Cuestiones complejas. Los derechos sobre el propio cuerpo y sus límites

Como en tantas otras cuestiones, la delimitación de las "fronteras" en lo que hace a los derechos, a su tutela y a su ejercicio, se encuentra íntimamente relacionada con las concepciones del hombre y de la sociedad que primen en los distintos contextos históricos y culturales en que sean consideradas.

En la denominada sociedad posmoderna en la que vivimos –por lo menos en los ámbitos en los que prima la cultura occidental– se acepta y privilegia la adopción de decisiones y de formas de comportamiento que potencian y priorizan el individualismo.

En esa matriz ideológica la "autodeterminación" se ha desarrollado y se desarrolla expansivamente, incluso, en ocasiones, pretendiendo imponerse aunque puede eventualmente perjudicar a otros, e, incluso, al colectivo social todo.

En este contexto histórico-cultural se han reafirmado –en este supuesto, auspiciosamente– institutos como el "consentimiento informado", regulado en el artículo 59, CCyC, y con correlato en las disposiciones de la Ley Nº 26.529.

En esta última norma se consagra el principio de la "autonomía de la voluntad" del paciente, disponiendo su artículo 2º: "El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad", y determinando el contenido y las condiciones del consentimiento informado en su artículo 5º.

Este derecho de la persona necesariamente atañe a su propio cuerpo y a su salud, y correlativamente a sus derechos respectivos, implicando, la autonomía de la voluntad consagrada, privilegiar las decisiones personales.

14. Entendiendo el derecho a la salud como también abarcativo de la potestad de reclamar las sanciones del ordenamiento jurídico por su afectación.

Conlleva el reconocimiento de una relación de señorío y poder sobre el cuerpo y sus partes, en tanto y en cuanto resultan manifestaciones físicas de la personalidad.

No obstante, no puede soslayarse que estas concepciones encuentran en los contextos socioculturales del occidente cristiano los ámbitos más fértiles para su desarrollo.

En otros contextos, existen condicionamientos más vigorosos, que pueden tener su causa en distintas razones y que operan restringiendo los márgenes decisorios personales.

Navarro Floria, en su comentario a un fallo del Tribunal Regional de Colonia, Alemania, que en fecha 26/6/2012 dictó sentencia prohibiendo la circuncisión por motivos religiosos practicada a un menor de edad de origen musulmán, nos recuerda que "[…] la matriz liberal-secular de la civilización occidental no es pasible de ser adoptada por cualquier pueblo de la Tierra […]"[15], refiriendo al enfrentamiento de cosmovisiones que se da, en el caso por la incidencia de motivos religiosos, en decisiones sobre el cuerpo humano.

Si bien el fallo en cuestión no tiene que ver de modo principal con el alcance de la autonomía de voluntad en las decisiones sobre el propio cuerpo (en el caso, sobre el cuerpo de un menor de edad y sobre la voluntad de sus progenitores[16]), viene a cuento recordarlo porque la materia *sub discussio* evidencia que las concepciones acerca de los derechos sobre el cuerpo, sobre su integridad, y en lo que resultare afectada, sobre la salud, habrán de variar en orden a las variaciones que se registren en los referidos contextos "histórico-socio-culturales".

Puede advertirse, por tanto, que los límites a los derechos sobre el propio cuerpo, a la integridad corporal, y a la salud –en lo que resultaren comprometidos por el ejercicio de esos derechos– se pre-

15. Navarro Floria, Juan G., "Los derechos personalísimos frente a una norma positiva vigente. La circuncisión: algunas reflexiones a la luz de un reciente fallo judicial", *El Derecho*, Tomo 249, p. 668.

16. "La sentencia estima que 'el derecho de un niño a su integridad física prima sobre el derecho de los padres', ya que el derecho de los padres en materia de educación y libertad religiosa no se verá afectado de forma inaceptable si son obligados a esperar hasta que el niño sea capaz de decidir por sí mismo si quiere ser circuncidado como forma de pertenencia al Islam'" (Navarro Floria, Juan G., "Los derechos personalísimos frente a una norma positiva vigente. La circuncisión: algunas reflexiones a la luz de un reciente fallo judicial", *El Derecho*, Tomo 249, p. 668).

sentan "plásticos" y variables, de acuerdo a los "contextos" en los que resultan considerados.

Esos "contextos" deben involucrar, además, el consenso de la comunidad, ya que en definitiva esta última es la que termina fijando el alcance de las limitaciones al ejercicio de los derechos de sus integrantes.

Prueba contundente de ello lo constituyen las regulaciones de la denominada "Ley de identidad de género Nº 26.743" y las de disposiciones complementarias o relacionadas con la misma, cuyo tenor revela la legitimidad otorgada a intervenciones radicalmente modificatorias del cuerpo humano.

En tal sentido, el artículo 4º de la referida estatuye que en ningún caso será necesario "[…] acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico" –lo que presupone la legitimidad de estas prácticas–, y el artículo 11 consagra el derecho al acceso a las prestaciones de salud a las que refiere la norma (tratamientos hormonales integrales, intervenciones quirúrgicas totales y parciales, etc.) y las incluye en el "Plan Médico Obligatorio".

Los contextos socioculturales actuales admiten intervenciones quirúrgicas "demolitivas reconstructivas", privilegiando la salud de la persona, siendo que años atrás podrían haber sido consideradas causantes de lesiones graves irreversibles y sujetas a las consiguientes sanciones penales.

Las referidas "fronteras" se han ido modificando a tenor de los cambios culturales operados en la sociedad occidental en la que vivimos.

En suma, los límites a los derechos sobre el propio cuerpo se han expandido al compás de criterios relacionados no solo con la salud sino también con la potenciación de la autonomía de la voluntad[17].

17. En el mimo sentido de modificación de los límites a los derechos sobre el propio cuerpo, Navarro Floria recuerda las disposiciones de la Ley Nº 26.130, expresando: "Esa norma reconoce el 'derecho' de toda persona mayor de edad a requerir la 'ligadura de trompa de Falopio' o la 'ligadura de conductos deferentes o vasectomía', según se trata de mujeres o de varones, respectivamente. Tales prácticas no requieren indicación médica previa, ni autorización judicial, ni consentimiento del cónyuge si la persona estuviese casada. La admisión generalizada de las esterilizaciones quirúrgicas y su elevación a la categoría de derecho subjetivo, son una notable modificación de una antigua norma que prohibía ese tipo de mutilaciones,

5. Los límites a la expansión de la autodeterminación

Empero el fenómeno "expansivo" de la "autodeterminación" en lo que hace a decisiones sobre el propio cuerpo, lo cierto es que, más allá de las modificaciones de los contextos socioculturales, y como ya lo hemos apuntado, todos los derechos y las libertades reconocen limitaciones y deben respetar los derechos de los demás e incluso a aquellos que tengan incidencia colectiva.

Así las cosas, puede en abstracto resultar absolutamente respetable el derecho de una persona a decidir sobre las inmisiones que se operen o no en su cuerpo físico –sean farmacológicas o quirúrgicas– y se encuentren relacionadas con su salud –o no lo estén–, pero en lo concreto, ese derecho no puede avanzar afectando los derechos de otros, toda vez que esa afectación le hace perder legitimidad.

Juan Carlos Calvo [Profesor Titular Plenario – Departamento de Química Biológica – Facultad de Ciencias Exactas y Naturales (UBA) e Investigador Principal – Instituto de Biología y Medicina Experimental (IBYME) – CONICET] ha expresado, en un esclarecedor artículo sobre las argumentaciones de quienes se oponen a la vacunación contra el virus SARS-CoV-2 (que produce la enfermedad denominada COVID-19): "[…] cuando se trata de vacunación o no, la decisión personal inmediatamente tiene una trascendencia social, habida cuenta de lo que significó el desarrollo y utilización de vacunas en el mundo y a través de los años para erradicar enfermedades que hubiesen diezmado la población mundial y que, en la actualidad, muchas de ellas han sido erradicadas (poliomielitis, viruela, etc.). Por eso es que esa decisión no quedaría dentro de la libertad de albedrío, por tratarse de una cuestión de salud pública"[18].

El derecho a no vacunarse (decidiendo sobre el propio cuerpo y salud) debe ceder ante la necesidad de frenar la propagación del virus y de erradicar la enfermedad de la sociedad.

Esa necesidad encuentra su legitimación en el derecho del colectivo social a que se preserve la salud de toda la población.

---

consideradas desde el punto de vista penal, como ya vimos, como lesiones gravísimas" (Navarro Floria, Juan G., *Los derechos personalísimos*, ob. cit., p. 66).

18. Calvo, Juan Carlos, "¿Qué pretende el movimiento 'antivacunas'?", en *Revista Química Viva*, cit. Ver Repositorio CONICET Digital, disponible en: https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/121494.

El "libre albedrío" no puede ser el vehículo para legitimar la posibilidad de generar daños en los demás.

Por esta razón, el derecho sobre el propio cuerpo –y el correlativo de cada persona a decidir en cuestiones que hacen a su salud– se ve limitado en este supuesto en sus alcances autodeterminativos.

Como correlato, la exigencia del "consentimiento informado"[19] para este acto inmisivo sobre el propio cuerpo se debilita hasta difuminarse por requerimientos del colectivo social que no admiten reparos, privilegiándose así el bien del todo.

Esclarecida la restricción a la "autodeterminación" en el ejercicio de estos derechos que se origina en los derechos de los "otros" –sea considerándolos de forma individual, sea haciéndolo de modo colectivo–, nos resta realizar algunas reflexiones sobre la existencia de limitaciones que, si bien están relacionadas con el bien colectivo, se encuentran vinculadas al mismo de un modo más "indirecto".

Ello toda vez que nos referiremos a la trascendencia de la preservación del cuerpo humano, de sus partes y de la salud física, por las repercusiones del bien individual en lo colectivo.

Es que más allá de las creencias y preferencias individuales, el ser humano, al vivir en comunidad, no puede –ni debe– sentirse ajeno a cómo pueden incidir o afectar sus decisiones en la sociedad.

Como con claridad lo expresara Navarro Floria: "La preservación de la integridad física de las personas es un interés individual y personal de cada una de ellas, pero también un interés social y colectivo, ya que cada persona enriquece a la comunidad, y su salud es un bien para los demás"[20].

Este constituye el fundamento del ya citado artículo 56, CCyC, en cuanto prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, exceptuando a aquellos que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la

19. El origen de la doctrina del consentimiento informado está, reiteramos, en una idea de libertad: en el derecho del paciente de ejercer un control sobre su propio cuerpo, para decidir por sí mismo, si someterse o no a una terapia en particular. A ello se agrega como nuevo o secundario fundamento el deber del médico de revelar el elemento de confianza en que se basa la relación médico-paciente" (Highton, Elena - Wierzba, Sandra, *La relación médico paciente. El consentimiento informado*, p. 6, Ad Hoc, 2003).

20. Navarro Floria, Juan G., *Los derechos personalísimos*, ob. cit., p. 65.

persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Las potestades "autodeterminativas" no pueden perforar el "techo" que el legislador impone, prohibiendo actos predatorios de la integridad corporal que la afecten de modo permanente, comprendiendo la prohibición a aquellos que sean contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres.

Solo serán admitidos aquellos que encuentren su fundamento en el mejoramiento de la salud de la propia persona o de terceros (estos últimos en el marco de la regulación específica).

Shina recuerda que "[…] no es fácil determinar cuándo el uso del propio cuerpo es inmoral. De hecho, hemos llegado a la conclusión de que la divisoria entre los actos morales y los inmorales es, en el mejor de los casos, una frontera provisoria. Y con relación al orden público y las buenas costumbres serán los jueces los encargados de resolver, frente al caso concreto, cuándo el ejercicio de un derecho excede esos límites"; y agrega el autor: "En este punto estamos cerca del pensamiento de Tobías, quien sostiene que el daño en sí mismo, sin finalidad altruista ni ventaja ostensible para nadie, marca un posible límite para no sostener la autodeterminación: Es posible entender, a nuestro juicio, que cuando los actos de autolesión no tienen por finalidad ninguna ventaja para la propia salud o algún interés de terceros y se pone además en riesgo grave la integridad física, deben prevalecer los límites a la disponibilidad. No presentándose esos supuestos, debe primar el derecho a la autodeterminación"[21].

Con lo cual, se reconoce ese límite al que venimos aludiendo, que implica una clara restricción de las facultades que derivan de la autodeterminación.

Sin perjuicio de ello, dentro de ese contexto normativo pueden darse situaciones en las que la aludida limitación implique conflictos con otros derechos fundamentales merecedores –asimismo– de respeto.

Tal puede ser el caso de ciertos ritos de carácter religioso, cuyo derecho a realizarlos podría invocarse al amparo de la libertad de conciencia, no obstante resultar contradictorios con lo dispuesto en

21. Shina, Fernando E., "Los derechos sobre el propio cuerpo. ¿El valor del cuerpo humano o el precio de la moral?", Id SAIJ: DACF200252, disponible en: http://www.saij.gob.ar/DACF200252#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20integridad,del%20derecho%20de%20la%20persona.

el artículo 56, CCyC –siempre tratándose de personas con capacidad para decidir por sí mismas los actos involucrados–.

Nos referimos, por ejemplo, a la circuncisión femenina, práctica religiosa que implica una mutilación genital del cuerpo de la mujer, claramente atentatoria de modo permanente de la integridad corporal, y cuya realización resulta extraña al marco cultural de nuestro país[22].

En supuestos como el recordado, se daría un conflicto de derechos, cuya elucidación correspondería a los jueces efectuar, analizando el caso llevado a decisión y sus circunstancias.

Nos encontramos, en este supuesto, con la restricción de la disponibilidad del derecho al propio cuerpo emergente del referido artículo 56, CCyC, frente al derecho a realizar un acto ritual religioso en ejercicio de la libertad de conciencia.

¿Legitimar, con fundamento en la libertad de conciencia y en la libre profesión del culto religioso (arts. 12 y 13, del Pacto de San José de Costa Rica y art. 14, CN), una práctica evidentemente violatoria de una expresa prohibición normativa, o no hacerlo?

Tal es el dilema de difícil solución.

Como lo expresara Manili –en reflexiones efectuadas respecto de un conflicto de derechos de muy diferente naturaleza al que venimos tratando–, "[…] las colisiones de derechos no se solucionan en abstracto, sino teniendo en cuenta las circunstancias puntuales del caso"[23], las que –agregamos– habrán de ser ponderadas conforme los contextos sociales, históricos y culturales[24].

22. También podríamos citar ejemplos extremos, como el de la secta cuyos integrantes siguieron en los Estados Unidos las delirantes ideas de Marshall Applewhite, en la que se castraba a los varones, y la que culminó con un trágico suicidio colectivo, ver Lambertini, Luciano, "La secta que despreciaba el sexo, castraba a sus varones y terminó en suicidio colectivo", 7/5/2020, disponible en: https://www.clarin.com/viva/secta-despreciaba-sexo-castraba-varones-termino-suicidio-colectivo_0_luVeDKImh.html.

23. Manili, Pablo L., "El derecho al olvido. ¿Derecho constitucional implícito?", *El Derecho*, Cita Digital: ED-MMCMXXXIX-767.

24. "Estamos, en principio, de acuerdo con estas limitaciones que son exclusivamente de tipo moral; empero, ello no nos impide señalar que, por ser motivaciones subjetivas y contextuales, ellas pueden cambiar, ya sea porque se modificó la opinión de quien las sostenía o porque cambiaron los contextos históricos que existían" (Shina, Fernando E., "Los derechos sobre el propio cuerpo. ¿El valor del cuerpo humano o el precio de la moral?", Id SAIJ: DACF200252, disponible en: http://www.saij.gob.ar/DACF200252#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20integridad,del%20derecho%20de%20la%20persona).

6. Algunas reflexiones finales

Como lo hemos ido viendo a lo largo de las consideraciones precedentes, el trasfondo del antagonismo entre los poderes y derechos sobre el propio cuerpo (y sus partes) y sobre la propia salud, y sus límites a estas potestades decisorias, se encuentra fuertemente influenciado por las distintas cosmovisiones del ser humano y de la sociedad que van variando en los diferentes contextos culturales e históricos.

La exacerbación del "autodeterminismo" pugna por la eliminación de las restricciones en procura de una pretensa defensa a ultranza de la libertad.

Pero la libertad no puede resultar un valor absoluto, ya que además de la "coexistencialidad" que necesariamente la condiciona, en su amparo podrían pretender legitimarse los actos más aberrantes y atentatorios de la dignidad humana.

La más arriba referida "cosificación" de las partes del cuerpo humano –afín a un autodeterminismo mal entendido en sus alcances– podría ser el camino para la legitimación de prácticas brutalmente atentatorias de esa dignidad.

A su influjo, por ejemplo, las modificaciones del genoma humano para obtener seres humanos de ciertas características podría considerarse como un plausible proceso de "mejoramiento" de la "calidad del producto".

Lo que resulta aún más aterrador es que el incesante desarrollo científico-tecnológico hasta haría factible la concreción de ciertos sueños que inspiraron las prácticas más monstruosas del régimen nacionalsocialista alemán.

Esto resulta de modo evidente moralmente repudiable, y es objeto –por otra parte–, en el CCyC, de una prohibición expresa[25].

Ni qué hablar de la legitimidad de las restricciones cuando esa "absolutización" de lo individual puede comprometer de modo directo y tangible los derechos de los demás.

En definitiva, la tutela de la libertad y de la autodeterminación que la misma conlleva requiere que se la encauce dentro de límites que aseguren un despliegue respetuoso de la dignidad humana.

25. "Artículo 57.- Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia".

Somos defensores de la libertad y de la dignidad involucrada en el respeto a las decisiones de la persona sobre su cuerpo y su salud, pero ello no significa que deban repudiarse limitaciones a esos derechos, que no los desnaturalizan sino que, en definitiva, dignifican su ejercicio[26].

Perrino recordaba que el filósofo Immanuel Kant sostenía: "Un hombre puede, pues, estar en posesión de sí mismo (*sui iuris*); pero no ser propietario de sí mismo (*sui dominus*) y menos aún de sus semejantes. No puede pues disponer a su capricho, porque es responsable de la humanidad en su propia persona"[27].

Esa responsabilidad que atribuyera a todo ser humano el filósofo prusiano, como igualmente la relación que expresara corresponde asignarle respecto de sí mismo, resultan, en definitiva, la justificación de los límites impuestos a los poderes de disposición sobre el propio cuerpo.

Reconocer límites al derecho y a los poderes sobre el propio cuerpo y sus partes, limitando así correlativamente los alcances de la "autodeterminación", no debe ser considerado como la afectación de una auténtica libertad, ya que en realidad lo que impide es que el ser humano pueda convertirse en un esclavo de sus propios deseos.

26. "El mayor cuidado se debe a la necesidad de no caer en la peligrosa paradoja de la libertad. En efecto, la libertad, aun con el escaso margen que tenemos para disfrutarla, es uno de los pocos valores distintivos de la condición humana; empero, su uso inmoderado la deshonra, barnizando con una libertad apócrifa negocios jurídicos que, sencillamente, no deben ser tolerados" (Shina, Fernando E., "Los derechos sobre el propio cuerpo. ¿El valor del cuerpo humano o el precio de la moral?", Id SAIJ: DACF200252, disponible en: http://www.saij.gob.ar/DACF200252#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20integridad,del%20derecho%20de%20la%20persona).

27. Perrino, Jorge O., "Disposición del propio cuerpo y clonación", *El Derecho*, Cita Digital: ED-DCCLXIII-977.

CUESTIONES DE BIOÉTICA Y DERECHO VINCULADAS CON EL FINAL DE LA VIDA HUMANA

Jorge Nicolás Lafferriere*

Sumario: 1. Introducción. 2. La distinción entre rechazo al encarnizamiento terapéutico y eutanasia. 3. La eutanasia por pedido de pacientes con ciertas condiciones graves. 3.1. La ambigüedad de las situaciones descriptas en la norma. 3.2. La pendiente resbaladiza. 3.3. La supuesta libertad del paciente para decidir poner fin a su vida. 3.4. La lógica utilitarista y la discriminación de las personas con discapacidad. 3.5. Las inequidades en el acceso a la atención sanitaria. 3.6. El problema de la medicalización del fin de la vida humana. 3.7. El problema del sufrimiento. 4. La postura de legalizar la eutanasia por simple decisión del paciente, sin importar sus condiciones. 5. La eutanasia involuntaria. 6. Conclusiones.

1. Introducción

En el final del siglo XX y en el inicio del siglo XXI, han surgido nuevas cuestiones bioéticas y jurídicas vinculadas con la toma de decisiones en el final de la vida humana. Por un lado, la expansión de las biotecnologías que alargan la vida ha abierto un debate sobre cuáles son los límites razonables que hay que poner para no prolongar la agonía de un paciente terminal y evitar el llamado "encarnizamiento terapéutico". Por el otro, al amparo de una tendencia

* Profesor Titular Ordinario, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina; Profesor Regular Adjunto, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la UCA.

a absolutizar la autonomía personal, se difunden posturas que reclaman legalizar la eutanasia, es decir, las acciones u omisiones que están orientadas a provocar la muerte de la persona a su requerimiento. En este trabajo[1] me propongo analizar estas cuestiones para poder valorar, en cada caso, las conductas humanas implicadas a la luz de las exigencias de la justicia y los primeros principios de la razón práctica.

En primer lugar, distinguiré la renuncia al encarnizamiento terapéutico de la eutanasia o el suicidio asistido. La distinción es decisiva, pues algunos confunden tal renuncia con una forma de eutanasia, sobre todo, como si se tratara de una eutanasia pasiva. Procuraré presentar las diferencias sustanciales que existen entre ambas conductas.

Aclarados los alcances de la renuncia al encarnizamiento terapéutico, ingresaré a considerar las pretensiones de legalizar las acciones u omisiones orientadas a provocar la muerte de una persona que se engloban en la denominación de "eutanasia", incluyendo, también, los supuestos de "suicidio asistido". Aquí pueden darse dos situaciones. La primera es que sea la propia persona quien solicita a alguien (generalmente, un profesional de la salud) que ponga fin a su vida (eutanasia), o bien quien solicita que le faciliten los medios para que ella misma se quite la vida (suicidio asistido). La segunda es que otros decidan poner fin a la vida sin consentimiento de la persona (eutanasia involuntaria). En líneas generales, es casi unánime el rechazo a la aplicación de la eutanasia a personas que no lo pidieron, mientras que es mayor la controversia cuando se trata de legalizar la eutanasia o el suicidio asistido por pedido de la propia persona.

Yendo al caso de la llamada eutanasia voluntaria o del suicidio asistido, la misma gravedad de la conducta suele provocar que, para justificar su potencial legalización, se afirme que no se trata simple y llanamente de regular legalmente el suicidio, sino que se trata de una potestad que se confiere solo en ciertos casos muy dramáticos y extremos. En este marco, mi trabajo distinguirá las dos posturas lógicas posibles que sirven de base a la pretensión de legalizar la eutanasia o el suicidio asistido, a saber:

1. Este texto se enmarca en el proyecto de investigación del Programa IUS de la Facultad de Derecho de la UCA, titulado: "El derecho argentino ante la vulnerabilidad del paciente terminal" (2022-2024).

a) Sostener que se trata de una potestad que se va a conceder a ciertas personas en razón de una situación particular, como por ejemplo enfermedad grave e incurable o padecimiento grave, crónico e imposibilitante;
b) Sostener que se trata de una potestad que se va a conceder a toda persona, con independencia de su condición.

Finalizaré este artículo con las conclusiones de estos desarrollos.

El trabajo procura mantenerse en el plano de la discusión teórica sobre estos asuntos, aunque habrá oportunas referencias a la legislación argentina sobre el tema. También me referiré a los tres proyectos de ley presentados en el Congreso Nacional a fines de 2021 (Exptes. S-2577-2021; 4597-D-2021; 4734-D-2021) que proponen la legalización de la eutanasia[2].

2. La distinción entre rechazo al encarnizamiento terapéutico y eutanasia

Una primera confusión se presenta en torno a los casos en que una persona renuncia a ciertos tratamientos médicos. El problema se

2. El 25 de noviembre de 2021 se presentó en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el proyecto titulado "Ley de buena muerte. Regulación de la eutanasia" (Expte. 4597-D-2021, T.P. 184/2021), firmado por Alfredo Cornejo, Jimena Latorre y Alejandro Cacace, que tiene como objeto "regular el derecho de toda persona a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir; el procedimiento formal a ese efecto; las garantías que han de observarse y los derechos y deberes del personal médico y el servicio de salud" (art. 1º). El 29 de noviembre de 2021 se presentó en el Senado de la Nación el proyecto de ley de "interrupción voluntaria de la vida" (Expte. S-2577/2021), firmado por los senadores Cobos y Verasay, y que tiene por objetivo "reconocer el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas, a solicitar la interrupción voluntaria de su vida y regular el procedimiento que ha de seguirse, establecer los mecanismos que permiten controlar y evaluar los procedimientos y las garantías que han de observarse" (art. 1º). El 6 de diciembre de 2021, las diputadas Estévez, Brawer, Carrizo, Gaillard, Macha, Moreau, Lampreabe y López presentaron el proyecto de ley titulado "Derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente – Ley Alfonso" (Expte. 4734-D-2021, T. P. 191/2021) y, según el art. 1º, el objeto de la ley sería "regular el derecho de toda persona que cumpla con los requisitos exigidos a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir dignamente, de acuerdo a los principios, garantías y reglas que aquí se establecen".

plantea porque ciertos autores consideran que toda renuncia a un tratamiento es válida y que no habría ningún problema ético o jurídico en omitir tratamientos si el paciente así lo decide. De esta manera, se entiende que no podría considerarse como eutanasia una omisión y que la eutanasia sería siempre "activa"[3]. Y si la eutanasia es siempre activa, nunca sería cuestionable la decisión de renunciar a un tratamiento, pues no podría considerarse que sea eutanásica una omisión.

Esta postura desconoce que, como bien señala Andorno, no hay diferencias entre la eutanasia por comisión y por omisión, pues "en ambos casos, se mata a una persona, ya sea actuando directamente en tal sentido, o dejando de actuar cuando se estaba obligado a hacerlo"[4]. Ahora bien, es cierto que, tanto en la renuncia al encarnizamiento terapéutico, como en la eutanasia por omisión, la conducta consiste en no brindar algún tratamiento o medida médica. Por ello, aunque la distinción es muy sutil, existe y es de decisiva importancia explicarla bien para que se pueda comprender por qué sostenemos que mientras es éticamente lícito renunciar al encarnizamiento terapéutico, no es lícito realizar una omisión que provoque la muerte y que cabría calificar como eutanásica.

Para entender la distinción conviene recurrir a Domingo Basso, quien explica por qué no debe confundirse la eutanasia "por omisión" con la renuncia a los medios desproporcionados o extraordinarios en los casos en que la muerte es inminente[5].

En primer lugar, en el orden de las intenciones, en la eutanasia por omisión la finalidad buscada es provocar la muerte. En el caso de la renuncia al encarnizamiento terapéutico, no se busca deliberadamente provocar la muerte, sino que se permite que ella ocurra por las condiciones vitales existentes que tornan inevitable e inminente el fallecimiento. Como bien afirma Andruet: "Sostener que la intención del agente en una situación y en otra es la misma: dar muerte al paciente, es introducir una confusión, cuando no una falsedad de los mismos actos racionales, y sin duda alguna, que si efectivamente existiera la nombrada intención en el agente, poco importa si su ac-

3. Ver, por ejemplo, Blanco, Luis Guillermo, "Homicidio piadoso", en Gil Domínguez, Andrés, *Muerte digna*, p. 385, La Ley, 2013.

4. Andorno, Roberto, "El debate ético-jurídico en torno al ensañamiento terapéutico y la eutanasia", *El Derecho*, Tomo 171, p. 973.

5. Cfr. Basso, Domingo, *Nacer y morir con dignidad. Bioética*, p. 462, Depalma, 3ª ed., 1993.

ción es activa –positiva o negativa– o pasiva. Más reconociendo en el médico que cumple su praxis profesional desde una dimensión de libertad y con igual libre intencionalidad, pues no se tiene por qué presumir que dejar de otorgar terapias extraordinarias, desproporcionadas u optativas es lo mismo que querer matar al paciente, aunque no por ello ignore la posibilidad de que se muera"[6]. En este sentido, Andruet trae a colación la importancia de la teoría de la acción de doble efecto o principio del voluntario indirecto, y reafirma que hay "una diferencia radical entre 'dar muerte' y 'consentir el morir': el primero es un acto supresivo de la vida, el segundo es aceptarla hasta la muerte"[7].

En segundo lugar, en el caso de la eutanasia por omisión, no se brindan tratamientos que evitarían la muerte y permitirían continuar con la vida. Esto supone que la conducta omisiva provoca el resultado de muerte. En cambio, en la renuncia al encarnizamiento terapéutico, los tratamientos únicamente prolongan la agonía, no traen beneficios ante una situación en que la muerte es inminente e inevitable. La renuncia no provoca la muerte, sino que ella ocurre por la enfermedad o condición subyacente, y ello ya es inevitable.

Por supuesto, es clave delimitar con claridad en qué casos consideramos que es legítimo renunciar a tales tratamientos que supondrían un encarnizamiento[8]:

a) debe existir una desproporción de los tratamientos o intervenciones médicas con las perspectivas de mejoría;
b) la muerte debe ser inminente e inevitable, de modo que los tratamientos que se omiten lo único que harían es prolongar la agonía, sin perspectivas de mejoría;
c) se deben mantener las curas normales debidas al paciente, entre las que se encuentran –en principio– la alimentación y la hidratación. No ingresaremos en este punto, que fue objeto de grandes debates con ocasión de la Ley Nº 26.742 conocida como de "muerte digna". Pero reafirmo que la hidratación y la alimentación son tratamientos ordinarios y debidos a la persona para evitar que muera de desnutrición y deshidratación.

6. Andruet, Armando, *Bioética, derecho y sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia*, p. 299, Alveroni Ediciones, 2004.
7. Andruet, Armando, ob. cit., p. 300.
8. Basso, Domingo, ob. cit., pp. 443-444.

Cuando se cumplen estas condiciones, la renuncia a tratamientos médicos no constituye una omisión que provoque la muerte en forma directa y se puede considerar como legítima. Como dice la instrucción *Samaritanus Bonus*, "En el caso específico del ensañamiento terapéutico, viene reafirmado que la renuncia a medios extraordinarios y/o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte o la elección ponderada de evitar la puesta en marcha de un dispositivo médico desproporcionado a los resultados que se podrían esperar. La renuncia a tales tratamientos, que procurarían solamente una prolongación precaria y penosa de la vida, puede también manifestar el respeto a la voluntad del paciente, expresada en las llamadas voluntades anticipadas de tratamiento, excluyendo sin embargo todo acto de naturaleza eutanásica o suicida"[9].

En relación con la legislación argentina, la Ley Nº 26.742 permite renunciar a tratamientos desproporcionados, incluyendo la alimentación y la hidratación. Lo mismo dispone el artículo 59 del Código Civil y Comercial. Hemos criticado estas normas, por su redacción amplia y por no ajustarse a las condiciones antes explicadas, de modo que no respetan el principio de inviolabilidad de la vida humana y aceptan una forma de eutanasia pasiva[10]. Con todo, hay que señalar que tanto la Ley Nº 26.742 como el Código Civil y Comercial señalan expresamente que no se admiten las prácticas eutanásicas.

3. La eutanasia por pedido de pacientes con ciertas condiciones graves

Aclarada la distinción entre renuncia al encarnizamiento terapéutico y eutanasia, paso a analizar a continuación las pretensiones

9. Congregación para la Doctrina de la Fe, *Instrucción Samaritanus Bonus sobre el cuidado de las personas en las fases críticas y terminales de la vida*, 22/9/2020, disponible en: https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2020/09/22/carta.html.

10. Lafferriere, Jorge Nicolás, "Entre el derecho a la vida y la autonomía de la voluntad. Comentario a la Ley Nº 26.742", en Gil Domínguez, Andrés, *Muerte digna*, ob. cit., pp. 329-348.

de legalizar la eutanasia y el suicidio asistido. Como adelanté en la introducción, dos son las posibles líneas argumentales desde las que se intenta justificar esta pretensión. La primera y más habitual es la que sostiene que la posibilidad de solicitar poner fin a la propia vida quedará limitada a algunos pacientes en razón de las graves condiciones en que se encuentran. Es la opción que han tomado los tres proyectos de ley que se presentaron en el Congreso Nacional, que en líneas generales siguen a la ley española de eutanasia, al delimitar la procedencia de la eutanasia a los casos de "enfermedad grave e incurable" o "padecimiento grave, crónico e imposibilitante". La segunda postura afirma que la legalización de la eutanasia se debe realizar por simple pedido de la persona, con independencia de su condición. A continuación, realizaré un análisis crítico de la primera postura, dejando la segunda para el capítulo siguiente.

3.1. La ambigüedad de las situaciones descriptas en la norma

Para los promotores de la eutanasia, se trata de legislar esta facultad de pedir la propia muerte en casos muy limitados, como los mencionados de "enfermedad grave e incurable" o "padecimiento grave, crónico e imposibilitante".

El problema se plantea porque las normas que tratan de delimitar cuál es la situación grave que habilitaría al paciente a quitarse la vida recurren a terminología ambigua. La redacción normativa se presenta abierta a una progresiva expansión de los casos autorizados a provocar su muerte, le otorga un gran poder al profesional de la salud para decidir sobre la vida y la muerte al determinar si el caso es o no encuadrable en los supuestos legales y, a su vez, introduce una incertidumbre sobre casos dudosos que termina afectando al mismo profesional.

En relación a la Argentina, en el proyecto S-2577/2021 presentado ante el Senado, la enfermedad grave e incurable que habilita el pedido de eutanasia tiene que contar con "pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve" (art. 3º), mientras que tal delimitación no aparece en los otros dos proyectos. Para el proyecto 4734-D-2021, enfermedad grave e incurable es "la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considera tolerable, en un contexto de fragilidad progresiva". La indeterminación de estos

conceptos es notable. Con relación al padecimiento grave, crónico e imposibilitante, los proyectos S-2577/2021 y 4597-D-2021 señalan que "en ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico", algo que no aparece en el otro proyecto. En todo caso, estas diferencias permiten ver la dificultad de delimitar el supuesto que autoriza el pedido de muerte y su carácter muy ambivalente.

3.2. La pendiente resbaladiza

Generalmente, quienes promueven la eutanasia sostienen que se trata de un recurso extremo, que se aplicará en pocos casos, delimitados estrictamente por la ley.

Sin embargo, la experiencia internacional demuestra que prontamente la eutanasia se empieza a aplicar a casos no tan extremos como los que inicialmente se afirmaba que iban a quedar incluidos, y se justifica la eutanasia en situaciones psiquiátricas, o personas que sienten que completaron su vida, o personas presas, o personas en dificultades superables, o personas con discapacidad, o personas inconscientes. Este argumento es conocido como la "pendiente resbaladiza". Al respecto, la pendiente resbaladiza opera en tres niveles, según puede verse en la experiencia de los Países Bajos:

a) Aumento en la cantidad de casos de eutanasia. En los Países Bajos, las muertes por eutanasia pasaron del 1,32 % del total de muertes en 2002, al 4,21 % en 2019.

Año	Notificaciones eutanasia	Total muertes	% Eutanasia
2002	1882	142355	1,32 %
2003	1815	141936	1,28 %
2004	1886	136553	1,38 %
2005	1933	136402	1,42 %
2006	1923	135372	1,42 %
2007	2120	133022	1,59 %
2008	2331	135136	1,72 %
2009	2636	134235	1,96 %
2010	3136	136058	2,30 %
2011	3695	135741	2,72 %
2012	4188	140813	2,97 %
2013	4829	141245	3,42 %
2014	5306	139223	3,81 %
2015	5516	147134	3,75 %
2016	6091	148997	4,09 %
2017	6585	150214	4,38 %
2018	6216	153363	4,05 %
2019	6391	151885	4,21 %

b) Ampliación de los supuestos de condiciones que habilitan la eutanasia. Una segunda vertiente de la pendiente resbaladiza es la aplicación de la eutanasia a un número cada vez mayor de situaciones. Así, en los Países Bajos, el cáncer es la enfermedad que registra el mayor número de peticiones, reportando el 87,3 % de los casos totales de eutanasia en 2004 y el 64,2 % en 2019. Se advierte que el cáncer decrece en su participación en el total de pedidos de eutanasia y aumentan otras causales, a saber: enfermedades cardiovasculares (del 1,27 % en 2004 al 3,93 % en 2019); enfermedades del sistema nervioso (del 3,34 % en 2004 al 6,38 % en 2019); enfermedades pulmonares (del 1,8 % en 2004 al 2,93 % en 2019); otras enfermedades (del 3,87 % en

2004 al 2,61 % en 2019); combinación de afecciones (del 2,17 % en 2004 al 13,24 % en 2019); acumulación de enfermedades propias de la vejez (del 5,20 % en 2013 al 2,69 % en 2019); demencia (del 1 % en 2012 al 2,53 % en 2019); enfermedades mentales (del 0,33 % en 2012 al 1,06 % en 2019).

c) Aplicación de la eutanasia a personas que no la solicitaron. La tercera forma en que se presenta esta pendiente resbaladiza es en la aplicación de la eutanasia en casos en que el paciente no la solicitó expresamente. En efecto, aunque se afirma que solo se aplicará la eutanasia a petición, es decir, cuando sea voluntaria, en los hechos luego comienza a aplicarse también a personas inconscientes o recién nacidas. Ello resulta una consecuencia lógica de la pérdida de relevancia jurídica que tiene el bien jurídico "vida" cuando el legislador decide legalizar la posibilidad de quitarle la vida a una persona.

3.3. La supuesta libertad del paciente para decidir poner fin a su vida

Quienes promueven la legalización de la eutanasia o el suicidio asistido insisten en que se trata de respetar la decisión autónoma y libre del paciente. Pero tal afirmación es problemática. ¿Puede considerarse realmente libre la decisión de poner fin a su vida tomada por una persona en estado terminal, con todos los condicionamientos que eso significa, con la presión que podría significar la familia para la persona?

Es indudable que la pretendida autonomía puede estar afectada y sería iluso presuponer una perfecta libertad en alguien tan condicionado. Como dice García-Sánchez, "la eutanasia atiende con ardor a la libertad de un individuo que en muchos casos la solicita condicionadamente pero no atiende para nada a la causa de esa solicitud que es el sufrimiento no paliado"[11]. Arias de Ronchietto se pregunta: "Desde la perspectiva del Derecho, ¿qué grado de autonomía de nivel contractual tiene un paciente terminal frente a su enfermedad que abarque realmente algo más que el estar o no de

11. García-Sánchez, Emilio, "La falacia de la autonomía en la ley de eutanasia", en Masferrer, Aniceto, *La eutanasia en España. Perspectivas desde la vulnerabilidad*, p. 49, Ediciones Rialp, 2021.

acuerdo de modo expreso con las medidas que el equipo médico propone?"[12].

Creo que toda ley que legaliza la eutanasia, en los hechos, termina fomentándola de alguna manera. En efecto, se promueve y da a conocer un derecho a quitarse la vida a personas en etapas de sufrimiento. Así, en lugar de que las opciones que se informan al paciente sean las alternativas terapéuticas disponibles, se incorpora una nueva opción: poner fin a la vida. Eso abre el menú de opciones y, por tanto, supone poner a consideración de las personas una opción que de otro modo no estaría presente. Es cierto que no será obligatoria, pero las presiones pueden ser muchas y sutiles, desde lo económico hasta lo familiar.

3.4. La lógica utilitarista y la discriminación de las personas con discapacidad

La decisión de legalizar la eutanasia encierra, en el fondo, una lógica utilitarista, que considera que las vidas valen en la medida en que son útiles y cumplen una función, y que las personas enfermas son un peso para la sociedad del que hay que liberarse. Como dice Ana María Marcos del Cano, este tipo de leyes lanza dos inequívocos mensajes: "[…] a las personas con discapacidades graves, para que consideren la opción de terminación de su vida; y a la sociedad en general, para que perciban a las personas con discapacidad como individuos cuya vida puede no merecer la protección de inviolabilidad establecida constitucionalmente para el resto de los ciudadanos"[13].

En la legalización de la eutanasia termina estando subyacente una idea de calidad de vida que parece indicar que ciertas situaciones son incompatibles con la dignidad. Eso termina promoviendo que la vida no se valore por sí misma, sino por su calidad. Ello genera un clima cultural que favorece la eutanasia. La experiencia de los Países Bajos antes reseñada confirma estos temores.

12. Arias de Ronchietto, Catalina E., "Consideración bioético-jurídica actual sobre el morir humano. ¿Morir, un derecho?", *El Derecho*, Tomo 175, p. 932.

13. Marcos del Cano, Ana María, "La eutanasia: ¿de qué se trata?", en Masferrer, Aniceto, *La eutanasia en España. Perspectivas desde la vulnerabilidad*, ob. cit., p. 43.

Desde una perspectiva de las personas con discapacidad, sostener que algunas condiciones de vida habilitan la posibilidad de pedir la eutanasia o el suicidio asistido encierra una discriminación que afecta la igualdad.

3.5. Las inequidades en el acceso a la atención sanitaria

Suele argumentarse que la legalización de la eutanasia no tiene una motivación económica y que se vincula estrictamente con los derechos individuales. Pero hay que ir más allá de las palabras y constatar las consecuencias de esta ley, que se enmarca en una mentalidad que busca bajar costos en salud cuando la vida aparenta ser menos útil y productiva.

Al respecto, la pandemia de COVID-19 dejó en evidencia que los recursos en salud son escasos y percibimos en toda su crudeza los problemas de la pobreza, ante la falta de insumos como el oxígeno, o de vacunas, o de camas en terapia intensiva. Por eso, uno puede preguntarse si es legítimo y conforme a la dignidad humana y el bien común que un sistema de salud que tiene tales limitaciones alegue que no quiere "medicalizar el fin de la vida" y promueva que las personas decidan poner fin a su vida. Sin entrar a juzgar las intenciones, objetivamente aparece sospechoso que un sistema de salud que no puede asegurar la atención a todos, donde hay tantas carencias básicas, decida promover el derecho a renunciar a tratamientos y a poner fin a la vida en ciertas enfermedades. Como dice Masferrer, "con la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia se deja al enfermo y a la persona discapacitada más solo e indefenso porque, a la falta de los cuidados que necesita y el Estado no proporciona, se le muestra la alternativa: solicitar que un profesional sanitario acabe con su vida, decisión que comprensiblemente puede tomarse cuando el sistema sanitario no es capaz de remitir el dolor que padece la persona"[14].

De hecho, no puede soslayarse que también hay estudios de costo-beneficio detrás de la decisión de impulsar la eutanasia para

14. Masferrer, Aniceto, "Introducción. La eutanasia en perspectiva: autonomía de la voluntad y vulnerabilidad", en Masferrer, Aniceto, *La eutanasia en España. Perspectivas desde la vulnerabilidad*, ob. cit., p. 30.

determinar cuánto se reducen los costos en salud[15]. La consideración de las injusticias sociales subyacentes queda escondida detrás de la idea de que se trata de que la eutanasia es decisión individual. Yo me pregunto si una persona con una enfermedad necesita que le digan que tiene derecho a morir, o bien que le garanticen los accesos a las prestaciones de salud. Cuando la ley sale a decirle a todo enfermo: "tenés derecho a rechazar un tratamiento", es como si quisiera promover ese rechazo. Entonces, no podemos ignorar ese impacto general que tiene la legalización de la eutanasia, que trasciende al caso individual.

3.6. El problema de la medicalización del fin de la vida humana

Una variante argumental para sostener la legalización de la eutanasia es la que afirma que, ante la medicalización de la vida, hay que permitir los procesos de muerte sin prolongaciones indefinidas de la agonía. Así, esta narrativa apunta a "humanizar" el fin de la vida y, de alguna manera, también a humanizar la medicina. Esta postura tiene algo de verdad, en el sentido de que hay situaciones auténticamente contrarias a la dignidad humana en el encarnizamiento terapéutico. Ya hemos hecho las distinciones necesarias en ese marco. Pero ello no significa admitir la eutanasia. Es que legalizar la eutanasia supone una deshumanización tanto de la vida como de la medicina. En efecto, la visión que entiende que hay que dejar a la persona tomar la decisión de quitarse la vida, presupone una visión de lo humano recortada de sus vínculos fundamentales y de su esencial sociabilidad. Igualmente, es deshumanizar la medicina pretender que una ciencia que tiene por misión salvar la vida se ponga al servicio de ponerle fin a una vida. De hecho, por ejemplo, en marzo de 2021 se reformó la ley sobre suicidio asistido en Canadá para regular qué sucede en caso de que falle el intento de suicidio asistido, previendo que, si el médico y el paciente acordaron específicamente este supuesto, el médico debe administrarle una segunda sustancia para poner fin a la vida. Es decir, la tarea del médico se transforma y pasa a ser un

15. Trachtenberg, Aaron J.; Manns, Braden, "Cost analysis of medical assistance in dying Canada", *Canadian Medical Association Journal – CMAJ*, 2017, January 23, n. 189, p. E101-5. Doi: 10.1503/cmaj.160650.

profesional que busca asegurar que la persona haya muerto. Eso es una profunda deshumanización de la medicina.

3.7. El problema del sufrimiento

Ante el problema de la medicalización extrema del fin de la vida, es legítimo plantear límites a la aplicación de biotecnologías y renunciar al encarnizamiento terapéutico. Pero no es legítimo realizar acciones u omisiones que provocan la muerte. Y ante el problema del sufrimiento en el fin de la vida, no se trata de abandonar al paciente a su propia suerte, con la apariencia de respetar su autonomía, sino de redoblar los esfuerzos por acompañarlo y garantizarle los cuidados paliativos y demás prestaciones de salud indispensables para acompañar su dignidad y derechos.

Al problema del sufrimiento, se le responde con los cuidados paliativos[16], con relaciones humanas de apoyo y contención y, por supuesto, con la posibilidad de rechazar situaciones de encarnizamiento terapéutico, es decir, renunciar a biotecnologías que solo prolongan la agonía sin perspectivas de mejoría cuando la muerte es inminente e inevitable. Pero eso es distinto a entender la vida como un bien disponible y provocar deliberadamente la muerte.

¿Cuál sería la razón de fondo que autoriza a dejarse matar a una persona en enfermedad terminal y no a otras? Como dice Federico de Montalvo Jääskeläinen, "la principal cuestión que habría que resolver antes de proclamar dicho derecho [a morir] es si no caben otras alternativas a ocasionar la muerte a la persona y si dichas alternativas están plenamente desarrolladas en nuestro sistema sociosanitario. Porque si lo que se pretende es proclamar un derecho a no sufrir basado en una única medida para evitarlo, véase, acabar con la vida de la persona, el principio de necesidad no se cumpliría"[17].

16. De hecho, en Argentina, la Ley Nº 26.742 y el Código Civil y Comercial reconocen los cuidados paliativos como un derecho, y sin embargo solo el 14 % de los que tienen derecho a tales cuidados acceden a ellos. Ver Organización Mundial de la Salud, *Cuidados paliativos*, 2020, disponible en: https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care.

17. De Montalvo Jääskeläinen, Federico, "¿Cabe proclamar un derecho a morir o es una contradicción en sí misma?", en Masferrer, Aniceto, *La eutanasia en España. Perspectivas desde la vulnerabilidad*, ob. cit., p. 109.

Legalizar la eutanasia es como decirle a la persona sufriente: "no me importa que te quites la vida". Eso creo que es un individualismo radical que afecta los fundamentos mismos de nuestra convivencia como sociedad.

4. La postura de legalizar la eutanasia por simple decisión del paciente, sin importar sus condiciones

Luego de refutar las razones que se alegan para legalizar la eutanasia en razón de la existencia de condiciones de salud que justificarían el pedido del paciente, nos queda la razón última y de fondo que anima a los propulsores de la eutanasia voluntaria: la autonomía de la voluntad. En este punto, el argumento a favor de la eutanasia se limita a sostener que hay que respetar a cada persona en su proyecto de vida y en las decisiones que quiera tomar.

Para Farrell, "el argumento central a favor de la eutanasia lo constituye el valor moral de la autonomía del individuo [...] Si un individuo –adulto y normal– desea causarse un daño a sí mismo, la sociedad no puede intervenir para impedirlo, y si alguien causa un daño consentido a un tercero, no puede ser castigado por ello"[18].

Para valorar este argumento, ante todo hay que decir que no hay ninguna norma que consagre a la eutanasia como un derecho. Más aún, no sería lógica la existencia de un pretendido "derecho a morir" o "derecho a poner fin a la vida"[19].

Entrando al fondo del asunto, hay que determinar cuáles son los alcances del derecho a la vida. Podríamos expresarlo así: dado que la vida es un bien, nunca puede ser objeto de un "derecho" una acción dirigida a la privación de un bien, en este caso, el bien de la vida. Así, el derecho a decidir sobre la propia vida y tomar las decisiones sobre ella no incluye, en justicia, acabar con la vida misma. De allí que consideremos que no existe un derecho a morir. Morir es una privación de vida y por ello no puede ser el objeto de un de-

18. Farrell, Martín, "Eutanasia", en Rivera, Julio César y otros, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Tomo I, p. 876, La Ley, 2014.

19. La Convención Americana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, al definir los "cuidados paliativos", señala que "afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan" (art. 2º). Puede verse en esta norma un claro rechazo a la eutanasia.

recho, desde una perspectiva iusfilosófica de fondo. Massini Correas es claro cuando señala que "resulta evidente que la misma expresión 'derecho a morir' o 'derecho a la muerte' resulta autocontradictoria, ya que no se puede tener derecho a la frustración de un bien humano, y en especial para la perpetración del mal humano por antonomasia: la aniquilación de la vida"[20]. Como explica Gómez Lobo, "el principio de inviolabilidad estricta de la vida humana debería jugar un papel de piedra angular de la ética de cualquier ser humano. Nadie puede sustraerse a este principio ni puede decir tampoco que él tiene una concepción distinta del valor de la vida, o argumentar que otros no pueden imponerle una concepción que le es ajena, y que por lo tanto él decide si respeta ciertas vidas o no, pues está en juego nuestra propia vida y la de otras personas inocentes. El respeto a la vida humana es siempre exigible. No puede ser materia de decisión subjetiva"[21].

Para los promotores de la eutanasia, si la persona ya no desea vivir, puede quitarse la vida. Pero ello conlleva una contradicción con los principios objetivos vinculados con el valor inviolable de la vida humana. Pilar Zambrano explica que "si lo que el Derecho valora no es la vida humana en sí misma, sino la vida en tanto que deseada o querida por su propio titular, la conclusión salta a la vista: perdida la capacidad de valorarse y quererse a uno mismo, se pierde también la propia condición de ser valioso y apetecible o susceptible de ser querido. Esta conclusión puede ser coherente con las premisas de una filosofía antropológica, ética y política utilitarista, pero difícilmente encaje con nuestra normativa y con nuestra práctica constitucional que [...] prescribe el principio general de que toda persona es igualmente digna"[22].

Esto es algo que todos podemos comprender porque, como sociedad, desalentamos el suicidio[23]. Lógicamente, no se puede "sancionar" al suicida. Al contrario, entendemos que algo ha pasado que

20. Massini Correas, Carlos Ignacio, "La eutanasia activa voluntaria: ¿existe un derecho a morir?", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Año 80, Nº 3, p. 404.

21. Gómez Lobo, Alfonso, "Bienes humanos y eutanasia, frente a frente", *Humanitas*, 2008, vol. 13, n. 52, pp. 772-789.

22. Zambrano, Pilar, "Sobre la moralidad y la juridicidad de la suspensión de tratamientos médicos vitales", *La Ley*, Tomo 2005-B, p. 265.

23. Ver Ley Nº 27.130 de prevención del suicidio (2015).

ha perturbado a esa persona para llegar a pensar en quitarse la vida. Pero ello no significa que procuremos regular la forma en que queremos que la gente se quite la vida. Como explica Sambrizzi, el principio de la intangibilidad de la vida humana es irrenunciable[24].

Este punto nos lleva a un argumento más. Al legalizar la eutanasia, cada quien es dejado a su suerte y a su decisión. Ya no nos importa tratar de disuadir al que perdió las razones para vivir de que vivir es un bien. Es una claudicación como sociedad ante el sufriente y supone la instauración del más radical individualismo. La persona es vista como una unidad completamente autónoma y recortada de sus vínculos más fundamentales, que parecen desentenderse de ella.

La postura que sostiene la primacía absoluta de la autonomía personal, considerando que toda persona construye su vida como quiere y, por tanto, pone fin a su vida cuando quiere, es una visión individualista. A esa postura, hay que responderle señalando que la vida es un bien, que existen paliativos para los sufrimientos, redoblando la solidaridad social y mejorando la atención en salud según los fines propios de la medicina. Los cuidados paliativos son la alternativa que proponemos ante la tentación de la desesperanza que lleva a la eutanasia.

5. La eutanasia involuntaria

Finalmente, conviene considerar los planteos de aplicar la eutanasia a personas que no lo solicitaron. Se trata de una postura que no encuentra muchos adherentes, pues en general los autores se pronuncian a favor de la eutanasia por petición del paciente. En el mismo sentido, los proyectos de ley presentados para legitimar la eutanasia en el Congreso en Argentina indican que sólo se aplicará por pedido del paciente, aunque vale decir que, analizado con detalle el proyecto de los senadores Cobos y Verasay (Expte. S-2577-2021), incluye un caso que puede dar lugar a eutanasias no voluntarias cuando permite que "otra persona mayor de edad y plenamente capaz" puede firmar y fechar el pedido en presencia del paciente solicitante (art. 5º, inc. e). Podría existir allí alguna problemática para comprobar la efectiva voluntad del paciente.

24. Sambrizzi, Eduardo, *Derecho y eutanasia*, p. 301, La Ley, 2005.

La legalización de la eutanasia sin pedido expreso del paciente sería una flagrante violación del derecho a la vida. Resulta difícil imaginar cuáles serían los motivos válidos para justificar tal pretensión.

Ahora bien, debemos decir que esta posibilidad se presenta de forma sutil y encubierta, por ejemplo, a través de los supuestos en que la persona está inconsciente y se pretende buscar en representantes que testimonien su voluntad. Esto sucedió en el caso "MAD", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de julio de 2015, en el que se decidió suspender la hidratación y alimentación de un paciente por la declaración jurada de sus hermanas, que la Corte consideró que era suficiente prueba para demostrar la voluntad de una persona que llevaba veinte años en estado de mínima consciencia. Al amparo de la búsqueda de respetar la autonomía de la voluntad del paciente, se puede abrir camino a una forma de decidir terminar con la vida del paciente, con escasas salvaguardias[25].

Por otra parte, en línea con lo que hemos explicado sobre la denominada "pendiente resbaladiza", en un escenario de eutanasia legalizada, la perspectiva de aplicar la eutanasia a personas que no lo pidieron, por ejemplo, si están inconscientes, sería el resultado de la lógica utilitarista que entiende que la muerte es preferible a la vida si el dolor supera al bienestar. Este punto es explicado por Keown: "[…] una vez que el principio de la inviolabilidad de la vida es abandonado por aceptar la eutanasia voluntaria en algunas circunstancias, la clara línea basada en la intrínseca e inexcusable dignidad de cada paciente es usurpada por una línea arbitraria dependiente de los juicios subjetivos sobre el hecho de que un paciente estaría mejor muerto y que, en particular, sostener la eutanasia voluntaria lógicamente habilita a sostener la eutanasia no-voluntaria, esto es, matar a pacientes incompetentes"[26]. Desde ya, entendemos que tales supuestos serían contrarios al derecho a la vida, como lo es toda eutanasia.

25. Lafferriere, Jorge Nicolás; Pucheta, Leonardo, "El final de la vida y las paradojas del consentimiento por representación. Un comentario a la sentencia a la Corte Suprema en el caso 'MAD'", *El Derecho*, Tomo 264, p. 179.

26. Keown, John, "A right to voluntary euthanasia? Confusion in Canada in Carter", p. 22, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2014.

6. Conclusiones

A lo largo de este trabajo, he procurado desarrollar los argumentos que llevan a considerar como gravemente ilícita toda acción u omisión destinada a provocar la muerte del paciente, o a brindarle los mecanismos para que el propio paciente se quite la vida. A su vez, entiendo que esta valoración de la eutanasia y el suicidio asistido requiere oportunas distinciones, sobre todo para entender que es lícito que una persona que presenta una situación terminal, cuya muerte sea inminente e inevitable, puede renunciar a tratamientos que resulten desproporcionados o extraordinarios para las perspectivas de mejoría y solo signifiquen una prolongación de la agonía. En este supuesto, conocido como renuncia al encarnizamiento terapéutico, no estamos ante una acción u omisión que cause la muerte (eutanasia), sino que la muerte se produce como consecuencia de la enfermedad en curso que se presentaba como inevitable.

No considero legítimo renunciar a la alimentación y a la hidratación, pues, en principio, son cuidados ordinarios. Privar a alguien de ellos conduce a su muerte por inanición o deshidratación. Todos tenemos derecho a los cuidados básicos.

En este escenario, es fundamental promover los cuidados paliativos, como una de las respuestas de fondo a los problemas vinculados con los sufrimientos en el final de la vida.

Como dice Masferrer, "no parece que ofrecer un derecho a morir fácil y de bajo coste cuando apenas se han desarrollado las alternativas que permiten reducir o anular el sufrimiento, sea lo que verdaderamente necesitan las personas más vulnerables, máxime cuando esta ley les manda un mensaje erróneo: 'como vuestras sufridas vidas valen menos o son poco útiles, entendemos que queráis acabar con ellas; nosotros estamos dispuestos a llevar a cabo vuestro deseo de morir y lo financiamos sin problemas'"[27]. Ante la realidad de los sufrimientos en el final de la vida, las autoridades deben ofrecer una opción humanista y, en lugar de preocuparse en regular cómo debe ser el procedimiento para eliminar a un paciente, se deben mejorar las medidas para garantizar a todos los cuidados paliativos y las atenciones de salud a las que tienen derecho.

27. Masferrer, Aniceto, ob. cit., p. 30.

REFLEXIONES SOBRE LOS LINEAMIENTOS FUNDAMENTALES DE LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

FEDERICO A. OSSOLA*

SUMARIO: 1. *El Derecho, desde los comienzos de mi carrera.* Objetivo de estas líneas. 2. La metodología. 3. Ausencia de conceptuación. Su diferencia con la caducidad. 3.1. El concepto de prescripción liberatoria. 3.2. La caducidad. Diferencias con la prescripción liberatoria. 4. Prescripción y Derecho Público. 5. La prescripción como Institución de Orden Público. La cuestión de la renuncia a la prescripción cumplida. 5.1. Prescripción y orden público. 5.2. Consecuencia inmediata: inviabilidad de alterar los plazos de prescripción. 5.3. La renuncia a la prescripción ya ganada. 6. Una norma especial en materia de derecho intertemporal. 7. Comienzo del cómputo de la prescripción liberatoria. Una norma insuficiente. 8. Las causales de suspensión e interrupción de la prescripción: una cuestión de *política legislativa*, a veces ajena a los clásicos conceptos de ambas figuras. 9. Plazos de prescripción: tendencia a la reducción, sistematización, algunas novedades e interrogantes. 9.1. Consideraciones generales. 9.2. Un caso particular: acciones resarcitorias de las víctimas de agresiones sexuales menores o incapaces. 9.3. Una duda. Las relaciones de consumo. 10. Algunos ajustes procesales. 10.1. Vías procesales. 10.2. Quiénes y cuándo pueden oponerla.

* Doctor en Derecho; Juez de la Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

1. *El Derecho, desde los comienzos de mi carrera*. Objetivo de estas líneas

Todavía recuerdo cuando, en las primeras clases de Parte General del Derecho Civil (hace más de treinta años), mi Profesora Amara Bittar (Malaquita), quien despertó mi vocación por "los Civiles", me presentó a Luis Moisset de Espanés, en un seminario de búsqueda de jurisprudencia "en soporte papel". El querido Maestro (con quien luego entablé una entrañable amistad) trajo varios tomos iguales de El Derecho, y, con paciencia infinita, durante varias reuniones nos enseñó a buscar jurisprudencia y doctrina, en esos tomos de color verde, finamente encuadernados, y de agradable aroma.

Momentos inolvidables, personas inolvidables (que ya no están a mi lado), y un honor inmenso para mí formar parte de este merecido homenaje a El Derecho, que me acompañó y lo sigue haciendo.

Es mi intención, en estas líneas, presentar un breve análisis sobre los aspectos más salientes –a nivel conceptual– de la *prescripción liberatoria* en el nuevo Código Civil y Comercial, figura que ha sido objeto de importantes ajustes que merecen ser destacados; muchos de los cuales la han dotado de mayor sistematicidad y dinamicidad, y algunos que, desde mi modesta mirada, son opinables.

2. La metodología

Emplazadas en el Libro Sexto ("Disposiciones comunes a los derechos personales y reales"), la prescripción y la caducidad se encuentran reguladas en el Título I.

Si bien en el Capítulo 1 se dispone sobre disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva, y en el 2 sobre la primera, en el Capítulo 3 (art. 2565) se efectúa una remisión a los artículos 1897 y sigs., en donde se regula la prescripción adquisitiva. Ello es objetable, ya que hubiera sido deseable que en esta parte del Código (como sucedía en el velezano) se emplazaran las normas de la usucapión, lo cual hubiera sido metodológicamente adecuado[1]. Por cierto

1. De hecho, entendemos que ni los privilegios, ni el derecho de retención deberían haber quedado en el Libro Sexto (se trata de materias privativas de la tutela

que, en el Capítulo 4 de este primer Título, la caducidad se encuentra adecuadamente emplazada.

3. Ausencia de conceptuación. Su diferencia con la caducidad

A diferencia de la prescripción adquisitiva (art. 1897), la liberatoria no se encuentra definida; tampoco lo está la caducidad, disponiéndose sólo sobre su efecto (art. 2566).

3.1. El concepto de prescripción liberatoria

En nuestra opinión, la eliminación de la categoría de las obligaciones naturales, sumada a la discusión relativa al concepto mismo de *acción*, pueden haber sido lo que haya evitado que se conceptuara la figura en el nuevo Código[2].

Según nuestra consideración, *en el marco del Código Civil y Comercial, la prescripción liberatoria constituye un modo de extinción de la "acción" (en sentido sustancial) que confieren ciertos derechos o situaciones jurídicas a su titular (no sólo las relaciones de obligación), por el transcurso del tiempo fijado por la ley, sumado a la inacción de las partes; entendido el término "acción" como un poder jurídico de exigir (por las vías pertinentes, judiciales o extrajudiciales) el reconocimiento y la efectividad del derecho subyacente; lo que debe distinguirse del derecho que asiste a toda persona de peticionar ante el órgano jurisdiccional ("acción" en sentido procesal), sea cual sea la suerte del planteo en lo sustancial.*

En otras palabras: *se mantiene* el concepto generalmente postulado en el marco del Código Civil, pero *cambia* su efecto en las relaciones de obligación.

---

del crédito); y las normas de Derecho Internacional Privado exceden notablemente los derechos reales y personales.

2. Los autores del Anteproyecto, en los Fundamentos, expresamente declinan hacerlo a fin de "evitar definiciones legales que en vez de clarificar y facilitar la interpretación generan dificultades", debido a los contrapuntos existentes sobre varios tópicos que allí describen.

Lo primero, pues el efecto *propio* de la prescripción liberatoria no puede variar se trate o no de una relación de obligación. Es que, si se postulara que su efecto inmediato es la extinción del derecho, no encontraría una respuesta satisfactoria la situación de aquellos casos en los que sólo se pierde la acción fuera de dicho ámbito (por ej., para demandar la nulidad). De hecho, en las normas que disponen sobre los plazos de prescripción (arts. 2560 y sigs.), se hace referencia a "reclamo", "pedido", o "acción", conceptos que, más allá de sus diversos sentidos procesales, aquí deben entenderse sinonímicos, y en el sentido *sustancial* que hemos postulado.

Lo segundo, pues en el Código *no existe relación de obligación sin la presencia del elemento coactivo del vínculo jurídico* (arg. arts. 724, 728 y 2538). De allí que, *por efecto* de la pérdida de la acción, *la obligación se extingue.* La diferencia parece sutil, pero no lo es. La extinción de la obligación acontece por la pérdida de dicho elemento coactivo, lo que –a su vez– se produjo en razón de la prescripción liberatoria.

De esta manera, el sistema adquiere coherencia interna, ya que el concepto que propugnamos para la prescripción liberatoria puede predicarse, de manera unívoca, para todas las situaciones en que ella se presenta. Y, por cierto, ya en el ámbito de las *relaciones de obligación*, la prescripción liberatoria se ha constituido –de manera definitiva– como un nuevo *modo extintivo*.

En otras palabras: el *poder jurídico de exigir, que es de la esencia de los derechos, es lo que se extingue mediante la prescripción liberatoria.*

Se trata del *elemento coactivo* de todo derecho, que se activa ante su violación, y permite exigir su reconocimiento, hacer cesar los efectos de aquélla, obtener los resarcimientos y restituciones correspondientes, y hacer efectivos los demás efectos establecidos por la ley.

Es sumamente revelador lo que señala Savigny: "[…] cuando examinamos un derecho bajo la relación especial de su violación, nos aparece un estado nuevo, el estado de defensa; y así la violación, de igual manera que las instituciones establecidas para combatirla, reobran sobre el contenido y la esencia del derecho mismo. Ahora bien, al conjunto de modificaciones en el derecho operadas por aquella causa, lo designo con el nombre de *derecho de acciones*". Distingue luego el derecho de acciones *general* de las acciones en particular, afirmando que "para comprender esta materia especial

es preciso estudiar antes la naturaleza general de la acción *y de la prescripción de estas acciones*" (el resaltado es nuestro)[3].

Sigue diciendo: "[…] la relación que de la violación resulta, es decir, el derecho conferido a la parte lesionada, se llama derecho de acción o acción", para concluir en que "la palabra *acción* expresa también el ejercicio mismo del derecho"[4].

Puede observarse, claramente, que, en definitiva, la prescripción impacta en la *acción*, que se pierde; y que, por efecto de esta pérdida, *el derecho se extingue.*

Ello, pues, el efecto extintivo impacta en la acción pero "se da también en el Derecho. Y esto, no porque el derecho sustancial y la acción se confundan (pues son conceptos y momentos diversos), sino porque siendo la tutela judicial una nota inmanente y esencial del derecho, perdida aquélla se pierde también éste"[5].

3.2. La caducidad. Diferencias con la prescripción liberatoria

En el artículo 2566 se señala que la caducidad "extingue el derecho no ejercido", pero no se la define.

A primera vista, pareciera que no habría diferencias con la prescripción liberatoria (de hecho, hay varias similitudes), máxime ahora, pues la prescripción también tiene el mismo efecto final.

En nuestra opinión, *la caducidad ahora analizada es la extinción definitiva y absoluta de una facultad de obrar o de exigir, o, excepcionalmente –sólo si la ley lo dispone–, de una acción judicial sustancial, emanadas de una relación o una situación jurídica, por el transcurso del tiempo y la inacción del interesado; y que trae aparejado que no nazca o no se consolide el derecho subyacente en dicha relación o situación jurídica, de manera irremediable.*

Por su parte, la prescripción liberatoria constituye un instrumento de necesidad inevitable para dar certeza a los derechos, me-

3. Savigny, M. F.C., *Sistema del Derecho Romano Actual*, T. IV, p. 8, F. Góngora y Compañía, Editores (traducción al español), 1879.

4. Savigny, M. F.C., *Sistema del Derecho Romano Actual*, ob. cit., T. IV, p. 10.

5. De Ruggiero, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 328, trad. de la 4ª edición italiana por Ramón Serrano Señer y José Santa Cruz Teijeiro, Reus, 1945, Vol. I.

diante su extinción, pero que, en el fondo, no es querida ni alentada por el ordenamiento.

En efecto, lo que se pretende es que los derechos se ejerzan y se cumplan. Pero ante la conducta inerte y el transcurso del tiempo, se impone dar por terminadas las cosas, para salir de la situación de incertidumbre que se genera. Sin embargo, la regla es que en caso de dudas ha de estarse por la existencia del derecho. Y aun cuando acontezca, el cumplimiento posterior es irrepetible (art. 2538, CCyC), lo que revela el trasfondo de la cuestión: lo *correcto* es que haya cumplimiento, aún *luego* de prescripta la obligación, y de allí la irrepetibilidad de lo entregado.

Pero en la *caducidad* hay algo distinto. El ordenamiento concede una *facultad* de obrar o de exigir, o una *acción judicial*, y *quiere* que se ejerzan en un tiempo breve. En caso contrario *las extingue*, sin que nada pueda hacerse con posterioridad; salvo que no esté en juego el orden público, caso en el cual puede haber pacto en contrario. Aquí, pues, desde el comienzo se le indica al titular de la facultad o de la acción que si no actúa las perderá de manera irremediable, por una necesidad de *consolidación definitiva* de relaciones o situaciones jurídicas, sea porque está en juego el orden público, sea porque las partes así lo han querido (y el ordenamiento se los autoriza). No constituye una sanción para quien no actúa (aunque desde la óptica del perjudicado por la caducidad así luzca), sino más bien una suerte de elemento de configuración estructural de la relación o situación jurídica, análogo (sólo conceptualmente) a lo que ocurre con la condición: "si no actúas en cierto tiempo, perderás definitivamente la facultad o la acción que se te ha otorgado".

Lo señalado es lo que justifica que existan acciones judiciales que *prescriben* y acciones que *caducan.*

Por ello, en definitiva, la prescripción liberatoria extingue la *acción* emergente de un derecho o situación jurídica, entendida aquélla como el *poder jurídico de exigir (por las vías pertinentes, judiciales o extrajudiciales) el reconocimiento y la efectividad del derecho subyacente.* Ello trae por vía de consecuencia la extinción de este último.

La caducidad, en cambio, es la extinción de una *facultad* o (excepcionalmente) de una *acción judicial*, lo que a su vez obsta al nacimiento de un derecho o la generación de una situación jurídica latente.

4. Prescripción y Derecho Público

El Anteproyecto había contemplado, en las cuestiones pertinentes, las situaciones que atañen al Estado y los Funcionarios Públicos en el marco de las relaciones jurídicas civiles y comerciales.

Sin embargo, cuando el Poder Ejecutivo Nacional presentó el Proyecto eliminó (con sustento en parte de la doctrina juspublicista) todas aquellas disposiciones que, de alguna manera, comprometían la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, remitiendo a las normas de Derecho Administrativo nacional o local, "según corresponda". También intervino el Poder Legislativo.

En materia de prescripción, resalta la eliminación de las reglas atinentes a la interrupción de la prescripción por reclamo administrativo (estaban emplazadas en el art. 2548).

Se agregó, además, en el artículo 2532, la facultad de las legislaciones "locales" de regular sobre el plazo de prescripción de los tributos. En tanto que en la Ley de Responsabilidad Estatal (Nº 26.944) se dispone, en el artículo 9º, sobre la prescripción liberatoria.

Sin perjuicio de la asistematicidad de la normativa de Derecho Público, que necesariamente impone acudir al Derecho común, y de que en nuestra opinión es seriamente objetable el camino que se ha decidido emprender en esta cuestión, entendemos que será muy difícil volver atrás, y que se irá consolidando esta escisión sistémica, que tiene sus fundamentos, pero que en nuestro país muchas veces sale de los cauces razonables[6].

Las soluciones legislativas nos muestran una peligrosa tendencia a irresponsabilizar al Estado y a los funcionarios públicos, por una parte; y a agravar la situación de los particulares ante el Estado (en materia de prescripción, con situaciones anómalas de interrupción de la prescripción, comienzos del cómputo distintos a los del Derecho común, etc.), todo lo cual –probablemente– se irá incrementando con el correr del tiempo. Por lo general, con una defectuosa técnica legislativa. Las polémicas y los contrapuntos no son pocos, y serán los jueces, finalmente, los que tendrán la última palabra sobre estas cuestiones.

6. En relación al agregado al art. 2532, puede verse una aguda crítica en Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, *Tratado de Obligaciones*, T. IV, pp. 24 y sigs., que compartimos, Rubinzal-Culzoni, 2017.

5. La prescripción como Institución de Orden Público. La cuestión de la renuncia a la prescripción cumplida

5.1. Prescripción y orden público

En el artículo 2533 del Código se dispone, recogiéndose la opinión abrumadoramente mayoritaria de nuestra dotrina y jurisprudencia: "Carácter imperativo. Las normas relativas a la prescripción no pueden ser modificadas por convención".

En la prescripción, el interés general, colectivo, que está por encima de los intereses de los particulares[7] (y que, por ende, tiene un valor superior a éstos y los neutraliza), puede resumirse en la necesidad de dar seguridad a las relaciones jurídicas en todos sus aspectos existenciales. En este caso, ante el inexorable paso del tiempo que, desde el nacimiento mismo de la obligación (y muy especialmente a partir de que ella se torna exigible), constituye una dimensión existencial de creciente y progresiva importancia e incidencia en tanto la obligación continúe insoluta; y también respecto al cumplimiento mismo.

La obligación es un derecho subjetivo *temporario.* Cuando se torna *exigible*, y si no es cumplida de manera inmediata, el *factor "tiempo" cobra particular protagonismo.*

Es en este marco donde se activa la Institución de la Prescripción Liberatoria, y respecto a la cual el *orden público* asume un rol protagónico, tanto en orden a la justificación y fundamento de la existencia y sus efectos de la figura, como en las diversas vicisitudes que pueden acontecer *antes* y *después* de que la misma se tenga por producida.

En efecto, "al Derecho le interesa sobremanera liquidar las situaciones inestables y asegurar el orden y la paz social y ello se logra impidiendo que determinadas situaciones de hecho puedan ser objeto de revisión después de pasado cierto tiempo: imposibilitando la utilización de la acción prescripta, se da certeza a los derechos y se aclara la situación de los patrimonios, que se ven descargados en su pasivo de las obligaciones prescriptas"[8].

7. Borda, Guillermo A., "Concepto de ley de orden público", *LL*-58-999.

8. Trigo Represas, en Caseaux, Pedro N.; Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, T. III, p. 634, LEP, 3ª ed., 1987/1996.

La problemática, pues, trasciende de manera notable el interés de los individuos; para posicionarse, sin lugar a duda, como una de las instituciones *clave* de la vida negocial de las personas.

Pero que la prescripción esté imbuida de orden público no implica que la autonomía de la voluntad esté absolutamente vedada, pues *el orden público no siempre está presente y le deja algunos –aunque pocos– espacios.*

Los particulares cuentan con instrumentos que les permiten torcer el camino, en apariencia inexorable, hacia la prescripción, aunque muy limitados.

Pueden *interrumpirla*, otorgando los actos a los que la ley les asigna tales efectos; pueden *suspenderla*, mediante la interpelación extrajudicial; pueden lograr *sustraerse a los efectos de la prescripción ya cumplida*, a través de la figura de la *dispensa*; y –en medida mucho menor– pueden también *renunciarla*, sólo cuando se ha ganado.

Es claro que todos estos actos son otorgados *voluntariamente* por sus autores, y en el marco de la *autonomía de la voluntad:* si quieren, lo hacen; de lo contrario, no están compelidos a ello.

Ahora bien: tanta *intensidad* tiene el orden público en esta problemática, que dichos actos (reiteramos, obrados por exclusiva decisión de su otorgante) producen los efectos indicados *sólo porque es la misma ley la que, con criterio excepcional, se los asigna.*

La regla es, pues, que la autonomía de la voluntad se encuentra vedada, *invirtiéndose el principio que impera en materia negocial, que tantos vaivenes ha ido teniendo con el paso del tiempo*.

Consecuencia lógica es predicar que, en caso de duda, la voluntad de los particulares no tiene incidencia en materia de prescripción, sino que lo que aquí prima es la voluntad *de la ley: la efectiva concreción del orden público así lo impone.*

5.2. Consecuencia inmediata: inviabilidad de alterar los plazos de prescripción

La posibilidad de alterar por vía convencional los plazos de prescripción había generado en el marco del Código Civil importantes contrapuntos en la doctrina nacional, ante la ausencia de una norma expresa; aunque la opinión mayoritaria se pronunciaba por la

negativa, tanto en lo atinente a la ampliación (frente a plazos breves) como a la reducción[9].

En el Código Civil y Comercial la cuestión ha quedado zanjada y, en nuestra opinión, satisfactoriamente, ya que dota de previsibilidad al sistema[10].

Es que es el *mismo* orden público que se encuentra presente el que lo impide, lo que adquiere mayor relevancia y visibilidad en los contratos por adhesión a condiciones generales, en los contratos de consumo y en los contratos en los que se presenta alguna asimetría negocial, prestándose tal posibilidad a toda clase de abusos y distorsiones.

5.3. La renuncia a la prescripción ya ganada

La primera parte del artículo 2535 del nuevo Código ("La prescripción ya ganada puede ser renunciada por las personas que pueden otorgar actos de disposición") replica en lo sustancial al artículo 3965 del Código Civil ("Todo el que puede enajenar, puede

9. Por la ampliación, ante plazos muy breves, Salvat, Raymundo M. – Galli, Enrique V., *Tratado de Derecho Civil Argentino – Obligaciones en General*, T. III, p. 680, TEA, 6ª ed., 1956; y también Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, T. III, p. 491, Perrot, 1973, en tanto no se superare el plazo ordinario.

Por la abreviación, se decía que no se encontraba comprometido el orden público (Salvat, Raymundo M. – Galli, Enrique V., *Tratado de Derecho Civil Argentino – Obligaciones en General*, T. III, p. 681. Colmo, Alfredo, *De las Obligaciones en General*, p. 627, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1920. Wayar, Ernesto C., *Derecho Civil – Obligaciones*, T. II, p. 858, Lexis Nexis, 2ª ed., 2007; Boffi Boggero, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, T. 5, p. 277, Astrea, 1979/1985), salvo que se vislumbrare abuso [Spota, Alberto G. – Leiva Fernández, Luis F. P. (actualizador), *Prescripción y Caducidad – Instituciones de Derecho Civil*, T. I, p. 250, La Ley, 2009].

También se sostenía que, salvo excepciones (contratos por adhesión, contratos de consumo, entre otros), la regla debía ser la autonomía de la voluntad (Méndez Sierra, Eduardo C. – Cossari, Maximiliano, "Regulación convencional de los plazos de prescripción", en libro de ponencias de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil, p. 211, Advocatus, 2009).

10. Santarelli, Fulvio, en Alterini, Jorge H. (Director), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, T. XI, p. 817, La Ley, 2015.

remitir la prescripción ya ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo")[11].

El interrogante a responder aquí es cómo debe entenderse la norma, ante la derogación de las obligaciones naturales, cuestión que ha generado notables polémicas en nuestra doctrina, ante lo dispuesto en los artículos 724, 728 y 2538. Nosotros no dudamos de que, ante el concepto normativo de obligación, y lo establecido en los dos artículos citados en último término, las obligaciones naturales han dejado de existir como categoría jurídica en nuestro derecho positivo.

Sin perjuicio de esto último, entendemos que *nada cambia en lo que a nosotros nos interesa en esta oportunidad.*

Es que, frente a una obligación que ha prescripto, o bien nos encontremos ante una obligación natural, o bien haya operado la extinción de la obligación, lo cierto es que *en ambos casos lo que invariablemente se habrá extinguido es la "acción"*.

Por lo que cabe preguntarse, precisamente, y sólo para el caso en que la prescripción hubiera operado en su totalidad (y no para el caso en que hubiera transcurrido parcialmente el plazo de prescripción, y hubiera existido una renuncia –expresa o tácita– de la prescripción), cuál sería el efecto de dicha renuncia, que la propia ley prevé como viable, como antes también lo hacía.

Para que la prescripción liberatoria opere, *no es necesaria la declaración judicial, que es sólo eso, una declaración, sin efectos constitutivos; pues la prescripción acontece por el sólo transcurso del tiempo y la inacción de las partes.*

Partimos del supuesto de que la renuncia ha sido consumada, esto es, formulada por el deudor renunciante (otorgada mediante las diversas manifestaciones de voluntad que la ley estatuye, según los casos); y aceptada por el acreedor, ya que en el nuevo Código es un acto bilateral (art. 946), lo que no compartimos, pero así está legislado.

Y descartamos el caso en que el deudor, demandado en un proceso judicial, *omite* oponer la excepción de prescripción liberatoria, desde que el *silencio* o el mero *no uso* de ese derecho en modo alguno pueden ser interpretados como una renuncia. En este caso, el juicio continuará su curso entre las partes del proceso, como si la prescripción no hubiera sucedido.

11. Dejamos para otra oportunidad el análisis de la renuncia en el supuesto de obligaciones de sujetos plurales, que también trata el artículo.

Establecidas dichas bases, y *una vez que la renuncia a la prescripción sea otorgada, desde ese mismo momento comenzará a correr un nuevo plazo de prescripción*, el establecido por la ley para la acción de que se trate[12].

Así las cosas, se tendrá a la prescripción por no sucedida, *necesariamente reviviendo la acción extinguida (si se trata de una obligación natural), o derechamente la obligación si se entiende* (como nosotros lo hacemos) *que el nuevo Código ha estatuido a la prescripción liberatoria como un modo extintivo de las obligaciones.*

Insistimos, que se trate de una cosa u otra no cambia en nada las cosas: se trata de revivir algo que se ha extinguido, aun cuando pueda llegar a afirmarse que en la obligación natural hay *algo* aún existente. Es que ese *algo* sigue existiendo. Aquí se trata de lo que dejó de existir, no de lo que subsistía luego de que operó la prescripción.

Así las cosas, se tratará del *mismo* derecho que cobrará nueva vida, y con efecto retroactivo, *como* si no se hubiera extinguido.

Por ello es que los Mazeaud, en el Derecho francés, señalan que "la renuncia destruye retroactivamente la prescripción; todo pasa como si la prescripción no hubiera obrado jamás"[13].

En modo alguno podrá predicarse –si se trata de una obligación natural– que hay *novación* de obligación natural a obligación civil. Éste es un acto *distinto*, posible, pero diferente, y con condiciones de validez y efectos propios. Tanto es así, que, de haberlo querido, el legislador lo hubiera consagrado como tal, y no hubiera legislado uno distinto, la *renuncia a la prescripción.* En el caso de la renuncia, *siempre será la misma obligación, que ha revivido.*

Spota agregaba que "se trata de un negocio unilateral que elimina el hecho extintivo y que, por lo tanto, torna a la vida jurídica al derecho ya extinguido. El derecho no continúa viviendo, como ocurre con el reconocimiento, sino que renace después de haberse extinguido"[14]. Llambías lo exponía en términos más sencillos: el re-

12. López Herrera, en López Herrera, Edgardo (Director), *Tratado de la Prescripción Liberatoria*, T. I, p. 476, Lexis Nexis, 2007.

13. Mazeaud, Henri – Mazeaud, León – Mazeaud, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, p. 434, EJEA, Parte Segunda, Vol. III, 1960.

14. Spota, Alberto G. – Leiva Fernández, Luis F. P. (actualizador), *Prescripción y Caducidad – Instituciones de Derecho Civil*, ob. cit., T. I, p. 234.

nunciante "restablece la virtualidad de la obligación en su estado precedente"[15].

Se trata, en definitiva, de una suerte de ficción, que deviene inevitable para el Derecho (como sucede tantas veces), ante la necesidad de resolver un conflicto de intereses jurídicos que, de otra manera, sería imposible de saldar.

Por cierto, que no dudamos de que los terceros que puedan verse afectados por dicha renuncia (en particular, los acreedores del deudor renunciante) se encontrarán legitimados para oponer la acción pauliana para atacar la renuncia, si se verifican sus requisitos de procedencia, como sostenía la doctrina a la luz del viejo Código[16]. En el caso que nos ocupa, y al ser un acto *a título gratuito*, no será necesario acreditar el *consilium fraudi*[17]. Asimismo, y en esta situación, "podrán oponer la prescripción liberatoria al acreedor por vía oblicua[18]; e, incluso (agregamos nosotros), una acción declarativa de prescripción.

6. Una norma especial en materia de derecho intertemporal

El *cambio legislativo* genera movimientos importantes. La sociedad, a través de sus representantes, decide modificar el camino que se estaba transitando, lo que supone un reacomodamiento, que muchas veces no se encuentra exento de vaivenes. El impacto es superlativo cuando un código reemplaza a otro, como es nuestro caso.

No existen principios únicos y plenamente satisfactorios de derecho intertemporal para dar una adecuada solución a todas las relaciones y situaciones jurídicas que se ven impactadas por una modificación legislativa. Si bien la doctrina de los *derechos adquiridos* y de los *actos cumplidos* han "luchado" en estos últimos siglos, y, de hecho, conviven –con reglas y excepciones– en el artículo 7º

15. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, ob. cit., T. III, p. 479.

16. Lafaille, Héctor, *Apuntes de Derecho Civil (primer curso) de las conferencias del Doctor Héctor Lafaille*, por sus alumnos, Eduardo B. Busso y Horacio A. Morixe, T. 2, p. 281, Librería y Casa Editora de J. Menéndez e Hijo, 1922.

17. En contra, López Herrera, en López Herrera, Edgardo (Director), *Tratado de la Prescripción Liberatoria*, ob. cit., T. I, p. 478.

18. Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, T. 3, p. 670, Hammurabi, 1999.

del Código (como también en el art. 3º del Código Civil, luego de la reforma del año 1968), lo cierto es que el legislador en muchas situaciones debe, necesariamente, tomar decisiones de *política legislativa*, relegando intereses jurídicos en beneficio de otros que se consideran más valiosos, ante situaciones dilemáticas. Siempre, por supuesto, estas soluciones deben superar el test de razonabilidad de la limitación de los derechos constitucionales, emergente de la sabia norma que se encuentra en el artículo 28 de nuestra Carta Magna.

Afortunadamente, nos encontramos en materia de prescripción liberatoria con reglas que disponen sobre esta materia, en el artículo 2537, que reza: "Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior. Se exceptúa de lo prescripto anteriormente las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad".

La norma peca por defecto, pues solamente se refiere a los *plazos* de prescripción, dejando fuera varias cuestiones que también han sido objeto de reforma; y vale aclarar que ha sido objeto de una modificación, agregándose el último párrafo por la Ley Nº 27.586 (*BO* 16/12/2020).

Como lo esquematiza con meridiana claridad Kemelmajer de Carlucci[19], el problema que nos ocupa (aplicable tanto a la prescripción adquisitiva como a la liberatoria) queda regido de la siguiente manera:

1. *Regla general:* si el plazo de prescripción se modifica por la nueva ley, *rige el establecido por la ley anterior.*
2. *Excepción:* si la nueva ley fija un plazo *más breve*, impera este último, el que se cuenta desde la entrada en vigencia de la nueva norma.

19. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, pp. 170 y sigs., Rubinzal-Culzoni, 2015.

3. *Excepción de la excepción*: rige la ley anterior, pese a que la nueva ley consagre un plazo más breve, si el plazo primigenio vence antes de que finalice el nuevo plazo, contado desde la entrada en vigencia de la nueva ley.

En definitiva, *siempre tendrá vigencia el plazo más corto* que resulte de la combinación: se privilegia el de la ley anterior, salvo que en razón de la reducción del plazo por la nueva ley éste se cumpla antes que el originario.

Como puede observarse, pueden presentarse –de manera alternativa– *dos* efectos: si impera el plazo de la ley anterior, existe *efecto diferido (ultraactividad)* de la ley derogada; si se aplica el nuevo plazo (en el único supuesto posible), estamos en presencia del *efecto inmediato* de la nueva ley.

Por último, si se consagra la imprescriptibilidad de una acción que antes no lo era, y el plazo de prescripción se encuentra *en curso* al tiempo de la nueva ley, entendemos que la acción devendrá imprescriptible.

Ahora bien: si prescribió previo a la entrada en vigencia de la nueva ley, la nueva norma no surtirá efecto alguno, *con excepción del agregado de la Ley Nº 27.586, mediante el cual somos de la opinión que se ha consagrado, con efecto retroactivo, la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias derivadas de los delitos de lesa humanidad.*

La solución es opinable, pero no cabe sino asignarle tal sentido, desde que no tendría otra razón de ser, ya que originariamente, en la parte final del artículo 2561, se había consagrado la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad[20].

20. En el Proyecto de Ley originariamente presentado (S-2291/19), el texto propuesto para la parte final del art. 2561 del Código era aún más explícito: “Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, incluso cuando se hayan perpetrado con anterioridad a la entrada en vigencia de este Código”. Finalmente, mediante la Ley Nº 27.856, se agregó el ya citado párrafo al art. 2537, se derogó el último párrafo del art. 2561, el cual se trasladó como primer párrafo al art. 2560.

7. Comienzo del cómputo de la prescripción liberatoria. Una norma insuficiente

El artículo 2554 reza: "Regla general. El transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible". Sin embargo, claramente fluye de su letra que sólo está destinado a regular la problemática en el terreno de las relaciones de obligación.

Luego se regulan en la misma Sección algunos supuestos especiales (arts. 2555 a 2559), y tanto dentro del mismo Capítulo, como en otras partes del Código, y también por supuesto en leyes especiales.

En el Código Civil, el artículo que cumplía la misma función era el 3956, y también estaba destinado a las obligaciones: "La prescripción de las acciones personales, lleven o no intereses, comienza a correr desde la fecha del título de la obligación". Su letra dio paso a profundas polémicas, en la doctrina y la jurisprudencia, que permitieron con el transcurso del tiempo consolidar un criterio "base" que, finalmente, terminó siendo plasmado en el artículo 2254 del nuevo Código.

Pero aún, con esta última norma, en nuestra opinión, no sólo no se termina por sentar una regla general para toda la prescripción liberatoria, sino que incluso en el terreno de las obligaciones quedan algunos cabos sueltos.

Así como cada acción, individualmente considerada, tiene un solo plazo de prescripción[21], entendemos que lo propio acontece con el *comienzo* de su cómputo.

Ello no obsta a que en ciertas situaciones puedan establecerse soluciones alternativas, pero ello no genera una suerte de opción para el titular del derecho, sino que se contemplan *diversas situaciones de hecho con distintas soluciones en cada una de ellas*, debiendo el intérprete determinar *cuál de ellas se ha producido*, para luego aplicarla.

Como bien se ha dicho, "hay algunas reglas del Derecho romano que mantienen su vigencia en nuestros días: una de ellas dice: *Contra non valentem agere non currit praescriptio* (cuando no puede accionarse no corre la prescripción), que se une a otra no menos re-

21. Sin perjuicio de las dificultades que a veces presenta determinarlo, sobre todo, ante situaciones normativas que reclaman la aplicación de criterios hermenéuticos.

levante: *Actio non nata non praescribitur* (acción que no nace no prescribe), mediante lo cual es posible afirmar que la prescripción comienza *cuando nace la acción*"[22].

Actio nata (acción nacida) es sinónimo de exigibilidad del derecho, en un sentido preciso: en tanto y en cuanto sea posible, para el titular, demandar, en razón de la violación de aquél.

Como claramente se ha dicho: "[…] uno de los elementos de la figura es la inacción del acreedor y es evidente que ésta no existe si media imposibilidad de accionar judicialmente"[23].

Y para que un derecho sea exigible y, por ende, comience a correr el curso de la prescripción liberatoria, entendemos que son necesarios *dos requisitos*.

El primero, de tipo *objetivo*, que es que se verifiquen todas las condiciones que la ley establece en cada caso concreto, o que se hayan despejado ciertos obstáculos que impiden accionar (como, por ejemplo, la existencia de un plazo suspensivo). No basta con la existencia del derecho (presupuesto ineludible); sino que, además, deben estar dadas *las condiciones de derecho* que habiliten a su titular a hacerlo valer frente al sujeto pasivo. Por ejemplo, en una obligación sometida a plazo suspensivo, el cumplimiento del plazo y el incumplimiento del deudor serán los elementos a considerar para determinar si este requisito objetivo se presenta.

El segundo, de tipo *subjetivo*, es el *conocimiento* por parte del afectado de la existencia de la lesión a su interés jurídicamente protegido, o *haber debido conocerla.* Es la *cognoscibilidad*, vocablo que permite abarcar ambos supuestos.

La cuestión había suscitado –en el marco del Código Civil– discusiones en torno a si se trataba de un elemento excepcional[24], y Llambías, incluso, se mostraba absolutamente contrario a él, salvo previsión legal expresa[25].

22. Compagnucci de Caso, Rubén H. y Moreno, Valeria – Negri, Nicolás Jorge – Farina, Nora (Colaboradores), *Derecho de las Obligaciones*, p. 631, La Ley, 2018.

23. Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, *Tratado de Obligaciones*, ob. cit., T. IV, p. 87.

24. Entre otros, Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, pp. 11 y sigs., Abeledo-Perrot, 8ª ed., 1998. López Herrera, Edgardo, *Tratado de la Prescripción Liberatoria*, ob. cit., T. I, pp. 134/135.

25. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, ob. cit., T. III, pp. 435/438. Realiza una fuerte defensa de su postura, afirmando –en

A la luz del nuevo Código, la discusión se mantiene[26].

En nuestra opinión, cabe agregar algo más en la *regla general*: que *el titular del derecho haya conocido o debido conocer la existencia de la lesión (en sentido amplio) que se ha ocasionado a su derecho.*

En otras palabras, *conocimiento real o presunto del interesado*.

Debe advertirse que, en muchos casos, el nuevo Código ha incorporado tal exigencia como regla particular (véase, por ejemplo, el art. 2563), despejando varias polémicas existentes a la luz de la vieja legislación.

Pero nosotros no dudamos en postular que ello *se eleva a un requisito general*, salvo que la propia ley, en los casos específicos, disponga una solución que resulte incompatible con este requerimiento (como sucede, por ejemplo, con la lesión).

Nuestra afirmación se sustenta en que, si el titular del derecho no conoció o no pudo conocer, no sólo que (eventualmente) era titular de un derecho, sino que éste había sido vulnerado, mal podría predicarse que comenzó a correr en su contra el plazo de prescripción de la acción, instrumento esencial de su tutela.

De hecho, tal es la razón fundante de algunas soluciones legales, en las que expresamente se estatuye. Pero fuera de estos hay situaciones muy interesantes.

El caso más evidente es el de los daños que la propia víctima desconoce que le han sido ocasionados, como podría ser, por ejemplo, una ofensa al honor (de la que toma conocimiento tiempo después de ser proferida), o un oblito quirúrgico que desconoce por completo,

---

lo medular– que dicho desconocimiento lo emplaza en el art. 3980 del Código Civil, entendiendo que existe una causa de suspensión de la prescripción que funciona de manera anómala, aunque agrega que si la prescripción se cumple mediando el desconocimiento, el acreedor puede pedir la dispensa. Funda ello en que el cómputo de la prescripción sólo depende de los presupuestos objetivos de cada acción, y no de las circunstancias subjetivas en las que pueda estar encuadrado el acreedor, que son propias de la suspensión de la prescripción o la dispensa. Agrega que, en la postura impugnada, no habría una obligación civil, sino una natural, hasta el momento en que tome conocimiento. No compartimos lo afirmado.

26. Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, *Tratado de Obligaciones*, ob. cit., T. IVA, p. 89. Alferillo, Pascual, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. XI, p. 338, Rubinzal-Culzoni, 2015.

y que se revela también con posterioridad a sucedida la mala praxis médica. En tales casos, se afirma que la prescripción comienza a correr desde el efectivo conocimiento de dichas circunstancias.

Y no podría ser de otra manera, pese a la ausencia de previsión legal específica.

Si el desconocimiento está originado en la conducta imputable al propio titular del derecho, debe reputarse lo contrario; esto es, que conoció. En otras palabras: se requiere una *ignorancia no imputable*.

La *exigibilidad*, por ende, se configura con la confluencia de estos dos requisitos.

8. Las causales de suspensión e interrupción de la prescripción: una cuestión de *política legislativa*, a veces ajena a los clásicos conceptos de ambas figuras

Las dos situaciones que pueden alterar el curso de la prescripción (interrupción y suspensión) producen una elongación material del plazo, aunque no jurídica: el plazo siempre es el mismo, pero ocurre que en razón de dichas circunstancias se afecta de alguna manera el tiempo originario, con condiciones de procedencia y efectos propios.

Se ha producido en el nuevo Código una depuración normativa saludable, y en pocos artículos (2539 a 2549) se regulan ambas figuras de manera clara y sistemática.

No se las define por su naturaleza, sino que al comienzo de cada una se expone su efecto: la suspensión "detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó" (art. 2539); en tanto que el de la interrupción "es tener por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo plazo".

Deben ser invocadas por los interesados, ya que no hay norma que permita al juez aplicarlas de oficio.

Es importante recalcar lo antes señalado: el legislador no las caracteriza.

Lo dicho es relevante, pues fuertes críticas se formularon al segundo párrafo del artículo 3986 del Código Civil, el cual, luego de que la reforma de la Ley Nº 17.711 le asignara efecto *interruptivo* a la "constitución extrajudicial en mora", fue modificado por la Ley Nº 17.940, estatuyéndose el efecto *suspensivo* de la pres-

cripción, por una sola vez, y por el término de un año; afirmándose que tal solución iba en contra de la naturaleza de la situación y de las cosas, e incluso que se trataba de una causal anómala de interrupción.

Sin embargo, los autores del Anteproyecto del nuevo Código se detienen expresamente en la cuestión, y en los fundamentos *ratifican* la solución, decidiéndose por mantener el efecto suspensivo (abreviando el plazo de duración, y ajustando técnicamente la letra de la ley), señalando, previamente, que, "en general, las causales de suspensión prevén circunstancias personales de los interesados que justifican la paralización del cómputo de su curso"; pero advirtiendo más adelante que "otras causas de suspensión se refieren a motivos diferentes, como la suspensión por interpelación".

Aquí está el nudo de la cuestión. No se trata de la naturaleza misma de la situación suspensiva o interruptiva, sino del *efecto* que el legislador quiere asignar a la situación en concreto, a fin de decidir qué tipo de alteración quiere efectuar al curso de la prescripción: si *paralizar el curso de la prescripción* (por cierto, sin que ello obste a que la acción pueda ser ejercida), caso en el cual habrá *suspensión*; o si tener por no sucedido el lapso transcurrido, haciendo recomenzar nuevamente el plazo de prescripción, caso en el cual habrá *interrupción.*

Se trata, como decíamos, de una cuestión de *política legislativa.*

Y no nos caben dudas de que, en el caso de la interpelación fehaciente, el legislador lo que ha querido es *mantener el efecto suspensivo*, a fin de evitar hacer nacer de nuevo el plazo de prescripción, tal vez con la intención de que, si el interpelado no cumple con lo requerido, se promueva la acción judicial; eso sí, alongando *un poco más* el plazo de prescripción (y algo menos que en el viejo Código, en consonancia con la tendencia general a la reducción de los plazos de prescripción).

Gráficamente se señala al respecto: "[…] el legislador, que desea beneficiar a quien de alguna manera ha actuado –aunque no sea de la forma más eficaz–, decide establecer esa actuación como una causal de suspensión, evitando configurarla como causal de interrupción. En tal caso, opta por una solución que no respeta la coherencia teórica con el sistema tradicional, pero ofrece una solución práctica […] que implica el menor sacrificio de los intereses públicos comprometidos en la prescripción, sin abandonar los intereses privados del

titular del derecho susceptible de ser perdido. Se trata de una conciliación de derechos […]"[27].

Lo propio sucede con la suspensión por pedido de mediación, lo que, en nuestra opinión, debería ser motivo de algún ajuste, en especial en lo atinente al *momento inicial* en que la causal suspensiva comienza a tener efecto, lo que debería acontecer –según entendemos– desde el momento mismo en que aquél se presenta.

Asimismo, no encontramos razones que justifiquen la supresión de la causal suspensiva del artículo 3982 bis del Código Civil, esto es, la deducción de querella criminal, cuestión que lesiona el derecho a la reparación plena de la víctima de daños[28], y que no había generado mayores inconvenientes.

Por su parte, las causales de interrupción reguladas en el Código trasuntan, de alguna manera, la voluntad de las partes de mantener vivo el derecho. La eliminación del texto del Anteproyecto de la causal interruptiva, vinculada al reclamo administrativo (art. 2548), se relaciona con la decisión de retirar del Código todas las normas concernientes a la responsabilidad del Estado y al Derecho Público.

9. Plazos de prescripción: tendencia a la reducción, sistematización, algunas novedades e interrogantes

9.1. Consideraciones generales

No cabe dudar que la aceleración de las comunicaciones, y de la vida misma, es la que ha provocado, entre tantas otras cosas, una tendencia generalizada en el mundo hacia la reducción de los plazos de prescripción: "[…] el dinamismo en el tráfico jurídico que caracteriza a la sociedad contemporánea exige no prolongar demasiado la incertidumbre que se cierne sobre los derechos no ejercidos"[29].

Los autores del Anteproyecto señalan al respecto que se ha procurado la actualización de los plazos regulados, intentándose la uni-

27. Parellada, Carlos A., en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, ob. cit., T. XI, p. 273.

28. Cfr. Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, *Tratado de Obligaciones*, ob. cit., T. IV, p. 36.

29. Borda, Alejandro, en Borda, Alejandro (Director), *Derecho Civil y Comercial. Obligaciones*, p. 320, La Ley, 2017.

ficación y la reducción en cuanto resulta conveniente, y ajustado al valor seguridad jurídica y a la realidad actual.

De allí, sin lugar a duda, la reducción a 5 años del plazo general de prescripción (art. 2560) en comparación al plazo decenal del viejo artículo 4023 del Código Civil[30].

La elección por el legislador de los plazos de prescripción constituye una materia de *política legislativa*, y es fruto de una valoración de los diversos intereses jurídicos en conflicto en cada situación en particular, la necesidad de dar certeza más inmediata a los derechos en ciertos casos (fijando plazos más breves), o la de permitir un tiempo más amplio en otras situaciones, todo lo cual queda reservado a ese ámbito de discrecionalidad del legislador.

Salvo un caso extremo de un plazo exiguo (que en los hechos atente contra el derecho mismo) o muy elongado (que afecte a los restantes interesados, o distorsione los intereses jurídicos en conflicto), no vemos viable una declaración de inconstitucionalidad.

Los plazos de prescripción surgen *de la ley*, y, por ende, no sólo están en el Código, sino también en varias leyes especiales. En nuestra opinión, en aquellos casos en que se consagró (previo a la entrada en vigencia del Código) el plazo decenal (generalmente, para aventar alguna duda interpretativa que podía presentarse, pese a la existencia de dicho plazo general en el art. 4023 del Código Civil[31]), se mantiene en los mismos términos. Cualquier eventual remisión al plazo general del Código Civil –si existiere– debe entenderse ahora efectuada al artículo 2560, que lo ha reducido.

El plazo general funciona de manera subsidiaria, en tanto no exista uno en particular. La ley es ahora más clara en varios supuestos que habían generado serios contrapuntos, siendo muchas veces lo más arduo la determinación de *cuál* es el plazo en algún caso en particular, sobre todo por las sucesivas modificaciones legislativas, y la siempre difícil convivencia en esta materia entre el Código Civil y el Comercial.

30. T.O. Ley Nº 17.711. El texto originario de Vélez preveía un plazo de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, aunque la deuda esté garantizada con hipoteca.

31. Por ej., el art. 16, Ley Nº 14.326, que comprende todo tipo de contribuciones, aportes, multas y demás obligaciones emergentes de las leyes de previsión social.

9.2. Un caso particular: acciones resarcitorias de las víctimas de agresiones sexuales menores o incapaces

Una importantísima novedad es el plazo especial del artículo 2561. De manera sumamente creativa e inteligente, se logra el efecto querido (elongar la prescripción) mediante dos instrumentos: la notable ampliación del plazo de prescripción de esta acción resarcitoria (10 años) y la *postergación* del inicio del curso de la prescripción liberatoria.

Lo primero que cabe advertir es que nos encontramos ante un supuesto en que *nace la acción resarcitoria, inmediatamente al suceder el hecho dañoso, pero la prescripción liberatoria no comienza a correr.*

A partir de allí, cabe distinguir dos supuestos.

Si la víctima incapaz no recupera la capacidad, la acción es *imprescriptible*, pues no se verifica el único supuesto de hecho previsto en la ley para que la prescripción comience su curso.

En caso contrario, comienza a correr el curso de la prescripción en el momento en que cesa la incapacidad (el caso más común será el de víctimas menores de edad, sin patologías que les provoquen incapacidad), y comienza allí a correr el lapso de 10 años para entablar la acción judicial.

Esta es una clara solución legal de política legislativa, que se aparta de las reglas generales, y que en nuestra opinión está sobradamente justificada.

9.3. Una duda. Las relaciones de consumo

En el artículo 50 de la Ley Nº 24.240, modificado por la Ley Nº 26.994 (por la que se sancionó el nuevo Código), se ha limitado la regulación de la prescripción liberatoria a las acciones emergentes de dicha ley de naturaleza *administrativa*, cuya finalidad es la imposición de sanciones; quedando también sólo para este supuesto las causales de interrupción de la prescripción que contemplaba la norma en su redacción anterior, y que eran extensibles a las acciones judiciales.

Ahora, en el Código Civil y Comercial, no existe norma especial alguna destinada a las acciones derivadas de las relaciones de consumo.

Ello ha generado notables contrapuntos.

Están quienes sostienen que, pese a la ausencia de norma expresa, rige, para todos los casos, el plazo quinquenal emergente del artículo 2560, por tratarse de una norma general, por aplicación del principio "in dubio pro consumidor", y por el principio de progresividad y no regresión. Se prescinde de la declaración de inconstitucionalidad, y se llega a tal conclusión mediante una tarea interpretativa[32].

Para otros, la derogación del artículo 50 de la Ley Nº 24.240 no sólo permite la aplicación de los plazos del nuevo Código sin más[33], sino que también aquellos de las leyes especiales no derogadas expresamente, como el del artículo 58 de la ley de seguros[34].

Nosotros tenemos una mirada diferente.

Por empezar, es claro que, si el codificador lo hubiera querido, habría una norma en el Código destinada específicamente a las relaciones de consumo. Y no la hay. De hecho, *derogó* la que estaba en el artículo 50 de la Ley Nº 24.240, y guardó silencio en el nuevo Código, por lo cual debería entenderse que la voluntad del legislador fue que se aplicara este último.

Pero aquí comienzan los problemas.

¿Qué cabe predicar para el caso en que exista un plazo menor al *viejo* plazo trienal del artículo 50 de la Ley Nº 24.240, sea en el Código o en una ley especial?

Ello atentaría contra el principio de progresividad y no regresión, propio de las relaciones de consumo. No nos cabe duda alguna.

De allí que cabría postular la *inconstitucionalidad* de la reforma en este punto, con las siguientes precisiones.

32. Sobrino, Waldo, "Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo Código", *La Ley* 2015-A, 1008, AR/DOC/206/2015. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 25/08/2021, "Silva, Viviana Isabel c/ Edificar Seguros S.A. s/ ordinario", *La Ley* Online, TR *La Ley* AR/JUR/128006/2021 (en el caso, se aplicó el plazo quinquenal a una acción derivada de un contrato de seguro, indicándose que el art. 2560 desplaza a toda otra norma).

33. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 06/10/2020, "Schiariti, Ana Carmela c/ Edesur S.A. s/ Daños y perjuicios", *La Ley* Online, TR *La Ley* AR/JUR/44645/2020 (en el caso, se aplicó el plazo trienal a una acción resarcitoria de naturaleza contractual).

34. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, 06/02/2019, "Kuceski, Daiana c/ HDI Seguros S.A. s/ ordinario", *RCyS* 2019-X, 276, TR *La Ley* AR/JUR/5970/2019.

El piso mínimo debería ser aquél derogado: tres años o un plazo mayor *vigente* (es inviable acudir al derogado art. 50 de la Ley Nº 24.240, naturalmente).

Por ello, en materia resarcitoria, y en terreno *extracontractual*[35], debe aplicarse el plazo trienal del artículo 2561.

En tanto que, previa declaración de inconstitucionalidad, no dudamos en afirmar que debería regir el plazo quinquenal del artículo 2560, con excepción del caso en que con anterioridad hubiera existido ya un plazo trienal que se hubiera mantenido con la nueva legislación.

Por cierto, que no hemos escuchado voces que hayan afirmado que la reducción a la mitad del plazo general de prescripción signifique violación al principio de progresividad y no regresión. Y no creemos que ello sea así. Esta cuestión es diferente, y responde a otras razones, ya expuestas, que no se vinculan a la problemática que nos ocupa.

Sin perjuicio de lo señalado, creemos que esta delicada problemática debería ser objeto de una reforma legislativa, estableciéndose un microsistema especial, incluso con causales propias de interrupción de prescripción, que genere fortaleza y coherencia interna. Es lo que se ha propuesto en el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, en donde, si bien el plazo de prescripción es de 3 años, se han apuntalado otros aspectos, que –en definitiva– dotan de mayor protección al consumidor y consolidan su protección[36]. Es que la progresividad y la no regresión no se logran, únicamente, ampliando plazos de prescripción.

35. Aunque se trate de relaciones de consumo, corresponde seguir determinando si se trata o no de responsabilidad por incumplimiento obligacional o responsabilidad extracontractual.

36. El texto proyectado (Expte. 5156-D-2020, Cámara de Diputados) reza: "Artículo 183. Acciones judiciales. Las acciones judiciales para el ejercicio de los derechos de consumidores prescriben en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción menores, rige el plazo establecido en este artículo. El curso de la prescripción se interrumpe por la iniciación de actuaciones administrativas, efecto que se mantiene hasta la terminación de esta instancia. Las acciones judiciales promovidas por proveedores en contra de consumidores prescriben en los plazos establecidos en las leyes generales o especiales, excepto que éstos sean superiores a tres (3) años, caso en el cual se aplica el plazo trienal. La acción para la ejecución de las multas administrativas derivadas del presente Código prescribe a los cinco (5) años".

10. Algunos ajustes procesales

10.1. Vías procesales

En el artículo 2551 se establece que puede ser articulada por vía de acción o de excepción. Lo primero no estaba contemplado en el Código Civil, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia afirmaban tal posibilidad, ya que el deudor indudablemente podría tener interés en su declaración, a fin de dar certeza a la situación. La vía procesal, cuando la acción es autónoma, es la acción declarativa de certeza (art. 322, CPCCN). Aunque también puede serlo por vía incidental, como, por ejemplo, en el caso en que un deudor de honorarios por una causa judicial pretenda la declaración de prescripción del crédito.

10.2. Quiénes y cuándo pueden oponerla

Depurándose la solución del artículo 3962 del Código Civil, ahora se dispone en el artículo 2553 que el demandado tiene la carga de oponerla como excepción en el plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento, y en el de oposición de excepciones en los procesos de ejecución.

En ambos casos –salvo en aquellos ordenamientos procesales en los que está prevista como excepción previa– somos de la opinión de que debería correrse un traslado al actor de esta *excepción de fondo*, a fin de que ejerza su derecho de defensa (podría, por ej., invocar la existencia de una causal de interrupción o suspensión, que no está obligado a manifestar al interponer la demanda).

También los *terceros interesados* (acreedores del deudor, garantes, etc.) pueden invocarla, como se indica en el artículo 2534, 2º párrafo, del Código, aun cuando el obligado, el propietario o el demandado en otro tipo de acción (agregamos nosotros) no la invoque o la renuncie. La solución es adecuada, en razón del *efecto personal* de la no oposición de la prescripción, y se justifica en que, de lo contrario, sus derechos se verían conculcados.

En la fianza se prevé tal solución en el artículo 1587 a favor del fiador. El momento procesal es el mismo, salvo que comparezcan al juicio con posterioridad, caso en el cual deben hacerlo en su primera presentación.

Esta norma procesal guarda similitud con el artículo 346 del CPCCN, aunque en el Código no se contempla la situación del rebelde "por causas que no hayan estado a su alcance superar", quien puede oponerla en su primera presentación. De todas maneras, esta norma no es incompatible con el Código, y, por ende, sigue teniendo vigencia.

EL DERECHO DE DAÑOS Y LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA. NUEVOS DESAFÍOS E INTERPRETACIÓN JURÍDICA DEL CAMBIO. A PROPÓSITO DE LOS 60 AÑOS DE EDITORIAL EL DERECHO*

Fernando Alfredo Ubiría, Matilde Pérez,
Valeria Moreno y Emiliano Lamanna Guiñazú**

* El presente artículo se realiza en el marco del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada que dirige el Dr. Jorge Nicolás Lafferriere, específicamente en el proyecto titulado: "El Derecho Civil Patrimonial frente al emergente Alta Tecnología. Desafíos e interpretación jurídico/patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable", que dirigen los Dres. Emiliano Lamanna Guiñazú y Matilde Pérez, junto a un grupo de destacados juristas y alumnos de grado.

** Ubiría: Director de la Carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA); Profesor Titular de "Derecho de las Obligaciones" y "Derecho de Daños", en la UCA y en la Universidad Austral. Profesor Titular en posgrados.

Pérez: Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA); Profesora Protitular de "Obligaciones Civiles y Comerciales" (UCA); "Derechos Reales" (UCA); Coordinadora del suplemento "Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable", de la Editorial El Derecho.

Moreno: Doctora en Ciencias Jurídicas (UNP). Secretaria Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de UNLP. Profesora titular de Derecho Privado II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de UNLP. Coordinadora del suplemento "Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable", de la editorial El Derecho. Miembro del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de La Plata.

Lamanna Guiñazú: Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA); Profesor Titular de Derecho de las Obligaciones y Derecho de Daños en la (UCA). Coordinador del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Director en el suplemento "*Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable"*, de la Editorial El Derecho. Ponente y disertante en numerosas jornadas y congresos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Vientos de cambio. 3. La reforma al Código de Vélez Sarsfield. Un largo camino hacia el Código Civil y Comercial. 4. Las modernas tecnologías y el Derecho de Daños. 5. De lo mínimo a lo intangible. 6. ¿Renovar, reinventar o adaptar? 7. Un problema: la causalidad en la IA. 8. Responsabilidad civil por productos defectuosos. Dificultades. Normativa. 9. La premisa: el humano. 10. Seguros obligatorios y fondos de indemnización. 11. Conclusiones.

1. Introducción

La Editorial El Derecho cumple 60 años y en este aniversario se ven *reflejados* los cambios en materia de responsabilidad civil a través de comentarios de jurisprudencia, notas a fallos, doctrina de destacados autores, así como la publicación de vastas obras jurídicas. A ello se une la *participación, difusión* o *promoción* de eventos como jornadas, congresos y diversos encuentros académicos en los que se dieron y dan cita profesores y profesionales del Derecho con enriquecedores aportes.

Artículos, suplementos, libros, comentarios, ediciones especiales, entre muchos otros, son el producto de aquella idea que surge a principios de los años sesenta con el auspicio de Mons. Octavio Derisi de lo que da buena cuenta al hacer el balance de los primeros 25 años de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). La editorial es *concebida* como un servicio a la universidad, al orden jurídico, a la comunidad de abogados[1] que se adapta al *devenir* de los tiempos y la *incorporación* de las nuevas tecnologías.

Todos aquellos que abrazamos a El Derecho como *vocación*, recibimos su influjo editorial en formas diversas. Para algunos, el recuerdo de la Facultad de Derecho en la sede de Moreno 371, cargando sus tomos para fotocopiar material para su estudio; para otros, la espera del diario en soporte papel cada día y la visita del cobrador que, con recibo y profusa conversación, los *actualizaba* de las novedades editoriales y los contenidos publicados. Otros lo evocan como el lugar de sus primeras publicaciones o la esperanza de lograrlo.

1. Derisi, Octavio N., *La Universidad Católica Argentina en el recuerdo. A 25 años de su fundación*, pp. 113 y sigs., Universidad Católica Argentina, 1983.

Para quienes firmamos estas líneas, El Derecho es todo esto, pero también un *desafío*, un quiebre en nuestra vida académica ante lo que implica llevar un proyecto editorial como el suplemento sobre "*Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*" que trasciende lo personal, pues nos obliga a *aprender* y *reflexionar* sobre el Derecho como *ciencia* y como *atributo*, pero conscientes de que la *centralidad* de nuestro hacer está en la *defensa* de la *dignidad humana* ante la vorágine tecnológica que nos circunda pero no nos trasciende.

2. Vientos de cambio

"Cuando ya no somos capaces de cambiar una situación, nos encontramos ante el desafío de cambiarnos a nosotros mismos".

Viktor E. Frankl

Los años sesenta se caracterizan por fuertes cambios a nivel mundial que tienen su origen en los diversos acontecimientos políticos, sociales, culturales y científicos acaecidos antes, durante y con posterioridad a las dos Guerras Mundiales[2].

Las *cosmovisiones* sobre los seres humanos parecen *tensarse* entre la protección de su dignidad y su consideración como engranaje dentro de un cada vez mayor aparato industrial. Las revoluciones industriales, los códigos liberales del siglo XIX o el resurgir de los principios generales del Derecho, consecuencia de los juicios de Núremberg, reciben a esta década con un huracán desatado en pos del ¿buen?, ¿mal?, ¿regular? cambio.

Las estructuras políticas de los Estados nacionales comienzan a formar *bloques* de interacción política fruto de la Guerra Fría con la URSS, acentuado con la *construcción* del Muro de Berlín y la invasión estadounidense a Cuba. El nacimiento de la Comunidad

2. "Como resultado de las dos guerras mundiales, el concepto westfaliano de soberanía y los principios de equilibrio de poder quedaron sumamente disminuidos en el orden contemporáneo del continente que los generó. Su acción residual continuaría, quizás de manera más relevante, en alguno de los países donde fue exportado en la era de los descubrimientos y la expansión". Kissinger, Henry, *Orden Mundial. Reflexiones sobre el carácter de los países y el curso de la Historia*, pp. 94/95, editorial Debate, Penguin Random House Grupo editorial, 2016.

del Carbón y del Acero por los países del Benelux (Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo), la Comunidad Económica Europea y la Euratom verán en estos años una suerte de *expansión* que se consolidará en la última década del siglo XX con la creación de una Unión Europea, "Unida en la Diversidad".

En esta década también florecen los resultados de las revoluciones industriales de los dos siglos precedentes consolidándose, en este período, la *expansión* de la industria automotriz, la *producción* en *serie* de alimentos y otros bienes de consumo, así como un viraje en el ejercicio del poder de policía de los Estados a través de la *creación* de diversos organismos o agencias de control, en especial, en la *farmacéutica*, luego de los desastres generados por la talidomida o la droga DES. Se advierte una mayor temeridad por las empresas en la elaboración de productos de lo que da cuenta el discurso del presidente Kennedy en 1962[3], o la aparición de la figura de los *punitive damages* en el Derecho anglosajón frente a las fallas *masivas* de producto en la industria *automotriz*.

Treinta años después del discurso del malogrado Presidente norteamericano se sanciona en nuestro país la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor. Engranaje jurídico *disruptivo* en el Derecho iusprivatista y pieza clave para el desarrollo de un *nuevo agente* económico y social: *el consumidor*. A la par de una sociedad que reclama un mayor protagonismo en el ofrecimiento de productos y servicios a través de su visión entrenada en estos días de capitalismo globalizado, donde creemos vivir en una aparente libertad en la toma de decisiones[4].

3. Presidente John Fitzgerald Kennedy se dirige al Congreso de los Estados Unidos el 15 de marzo de 1962 pronunciando el famoso discurso "Consumidores somos todos", en el cual sostenía: "Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores. Pero son el único grupo importante en la economía que no están organizados eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada".

4. "[…] Dentro del capitalismo globalizado, la razón formalizada o instrumental convierte también al ojo en instrumento para mejor atender al entretenido flujo de imágenes sobreabundantes indiferentes al espacio en su extensión. Por eso, nuestros ojos están tecnoentrenados para sumirse en un foco de imágenes electrónicas y desatender los entornos que nos circundan […]". Ierardo, Esteban, *La sociedad de la excitación. Del hiperconsumo al arte y la serenidad*, p. 77, Ediciones Continente, 2019.

En la esfera del Derecho Privado patrimonial, el *abuso del derecho*, la *lesión subjetiva* o la consideración de las *cosas* o *actividades riesgosas* son objeto de tratamiento en diversos fallos, jornadas o eventos académicos que le otorgan relevancia a la necesidad de dar un paso adelante en procura de la *protección* jurídica del más débil.

3. La reforma al Código de Vélez Sarsfield. Un largo camino hacia el Código Civil y Comercial

"Para mí, lo más apasionante del Derecho es el camino inconcluso".

Atilio Aníbal Alterini

Advertía Borda que el tiempo no pasa en vano sobre las instituciones y las leyes, por lo que se torna necesario actualizarlas para ayudar a su perfeccionamiento y *adecuación*[5].

En lo que hace a la responsabilidad por *productos elaborados*, el abordaje primitivo en el marco de la responsabilidad contractual (con el comercio minorista) y extracontractual (con la línea de fabricación y distribución) muta, se transforma y se vuelca hacia el ámbito de las *relaciones de consumo*[6]. Situación *análoga* se presenta en el caso de las *tabacaleras*[7] y las *concesionarias automotrices*[8].

En este sentido, hay *ruido* en la doctrina, se trata de dar un *nuevo* salto, buscando correr el eje de la *culpa* hacia el *daño injusto*[9], mutando la idea de una responsabilidad centrada en el actuar culposo

5. Borda, G., "Ley Nº 17.711 de Reformas al Código Civil", *ED* 228, 684.

6. Vázquez Ferreyra, R., "Responsabilidad por productos elaborados (estallido de una botella de gaseosa). Nota a fallo", *ED* T. 178, p. 400, 20/08/1998.

7. Pérez, M., "Tabacaleras y fumadores: ¿responsabilidad por producto o asunción de riesgos? Comentario a fallo Q., M. A. c/ Nobleza Piccardo S.A. y otros s/ daños y perjuicios", *ED* T. 292, 07/07/2021.

8. Bustamante Alsina, J., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Nota a fallo", *ED* T. 172, 13, 11/06/1997.

9. López Olaciregui, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", en *Revista de Derecho Comercial* Nº 1, p. 2, 1978.

o doloso a través de numerosos precedentes en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país[10]. Esta gran labor, entre académica y judicial, se complementa con la desarrollada en los diversos congresos y jornadas nacionales llevados a cabo en nuestro país, que sirven de *base de operaciones* a los diversos intentos de *unificación* que se encararán en los últimos veinte años del siglo pasado.

Desde el Viejo Continente, nuevas regulaciones vinculadas a los accidentes de la circulación, la responsabilidad por daño ambiental, la normativa de defensa del consumidor o los primeros atisbos de la protección de los datos personales, dan un nuevo impulso a la responsabilidad por daños de carácter *objetivo* en materia de cosas o actividades riesgosas. Las "XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", desarrolladas en las sedes de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y la Universidad de Buenos Aires (UBA), se hicieron eco de estas soluciones jurídicas a través de sus *conclusiones*, pero también de la profusión de conferencias y mesas redondas para su debate.

Los trabajos impulsados a través del Proyecto "Camisar" (1987), vetado en su totalidad por el Poder Ejecutivo en 1991, también aquellos impulsados en 1993 por el Poder Ejecutivo y la Cámara de Diputados, así como el Proyecto de Unificación y Reforma de 1998, son acabada expresión de la *mutabilidad* y *actualización* permanente del Derecho de Daños. Manifestando, de tal manera, su carácter de *termómetro social* y *jurídico*, y hoy, más que nunca, de *paraguas* protector frente a aquellos desarrollos tecnológicos con pretensiones de reescribir la norma. En suma, una rama jurídica que, no solo interpreta y define el momento de la historia donde le toca intervenir, sino que también asoma con *capacidades* para modificar su mirada, acomodar la óptica interpretativa, innovar normas que lo integran al variar el motor del cambio de un esquema *conmutativo-punitivo* del responder hacia un sistema *distributivo-solidario* de reparación y prevención de los daños.

10. Centrar la mirada en el daño abandonando la culpa, no sólo implicó un fuerte cambio en miras al abordaje de la problemática. Hizo circunscribir la discusión en torno a la reparación del daño antes bien que al juzgamiento del accionar del ofensor. Es decir, pone el acento axiológico en un punto central. Tan central que hasta modificó su nominación: de llamarse Responsabilidad Civil pasó a denominarse Derecho de Daños.

En sintonía con esta idea, nace el Código Civil y Comercial 2015, donde la hermenéutica *concreta* sobre *responsabilidad civil* asoma en el artículo 1708 (funciones de la responsabilidad) para cerrar su espacio en el artículo 1780 (sentencia penal posterior a la sentencia civil). En medio de ambas, una multiplicidad de avances importantes, como: la instalación de la función preventiva como eje basilar del sistema (art. 1708); la consagración del principio de mitigación del daño (art. 1710, inc. c); se reinstala y moderniza la reparación del daño ensanchando la "avenida" de los perjuicios resarcibles (art. 1737); se visibiliza, en clave normativa, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Privado (arts. 1717/1738); se acercan las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil (art. 1716); se busca fortalecer la centralidad del daño al considerarlo antijurídico (art. 1717); se afianza la noción de la reparación plena (art. 1740); se mencionan los presupuestos requeridos para los denominados daños jurídicos o resarcibles (art. 1739); repara el daño a la interferencia al proyecto de vida, como también aquellos derechos personalísimos: integridad personal, salud psicofísica, afecciones personales legítimas, por siempre confinadas a un tratamiento estricto de Derecho Público (art. 1738); se consagran las actividades peligrosas (art. 1757) e introduce, en clave solidarista, los factores objetivos de atribución de la responsabilidad (art. 1722).

4. Las modernas tecnologías y el Derecho de Daños

"La tecnología es un sirviente útil, pero un jefe peligroso".
Christian Lous Lange

Los *procesos* de globalización en marcha desde las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial tienen en internet una aliado desde la década de los ochenta, el cual produjo un cambio semejante a la imprenta de Johannes Gutenberg en el siglo XV, marcando el inicio de la "Era de la Comunicación Social", en la que el dominio estatal *convive* con las limitaciones, en que internet es considerado como una *nueva forma* de manifestación de la *libertad de expresión*, postura que se contrapone hasta la actualidad con su consideración como

actividad riesgosa o *peligrosa*, por cuanto quien tiene el control y la vigilancia sobre el medio no es otra que la plataforma[11].

Un siglo XX, con una tecnología potente y petulante, generadora de beneficios tangibles para la sociedad que nos precedió, pero con otra que nos alcanzó en el siglo XXI, que instaló lo invisible[12]. Con un consecuente propio de nuestra materia: daños producidos por *intangibles*[13]. Lo dicho supone un proceso de *globalización* que enfrenta los problemas derivados del manejo de los recursos naturales *escasos*, el desarrollo de los recursos humanos, así como un derecho de las relaciones entre los diversos ordenamientos jurídicos, aunque persisten las *asimetrías* entre los diversos países o áreas geográficas[14].

Un siglo XXI donde la tecnología investiga a los seres humanos en lo más recóndito de su ser, a través del estudio de su *genoma* y son la antepuerta de las *nuevas* preguntas de este siglo Tech, del cual recorrimos escasos veintidós años. La Declaración de la UNESCO sobre la Protección del Genoma Humano abre el debate sobre los efectos *políticos, legales* y *éticos*, sirviendo de *marco legal* mínimo para los países que la suscriben.

La idea de la humanidad como concepto jurídico, como titular del *patrimonio común*, es considerada *revolucionaria* por cuanto el interés común prima sobre el interés particular y, en ese sentido, el *genoma* como un *bien universal*[15].

Este debate, tan actual, abre las puertas a nuevas cuestiones transversales al Derecho de Daños con la búsqueda de la *centralidad* puesta en el ser humano y la protección de su dignidad, así como las implicancias de la información genética y su vinculación con los datos personales, considerando a las predisposiciones genéticas como datos sensibles. En tal sentido, debieran ser considerados en la Ley de Protección de Datos Personales[16].

11. Badeni, G., "El miedo a Internet", *ED* T. 265, p. 616, 12/11/2015.

12. Taleb, Nassim Nicholas, *Antifrágil. Las cosas que se benefician del desorden*, p. 384, Paidós Transiciones, 2013.

13. Ibídem.

14. Boggiano, A., "La globalización y el Derecho. En la teoría jurídica del todo", *ED* 30/12/2019, cita *ED* CMVII-829.

15. Bergel, S. D., "El proyecto de la UNESCO sobre la protección del genoma humano", *ED* 172, 749.

16. Berti García, B., "La información genética en el Proyecto de Reforma a la Ley de Datos Personales en Argentina", *ED* 273, 1030.

Por otro lado, la *manipulación* de la línea germinal de óvulos y embriones que permiten engendrar niños con ADN de tres progenitores aprobada en el 2015, por el Parlamento del Reino Unido, supone la *manipulación* extracorpórea de embriones como técnica para la obtención de embriones sanos, moviendo el pensamiento hacia una reflexión *ética* y *jurídica* sobre el ser humano como producto, así como la identidad de la persona así concebida[17].

5. De lo mínimo a lo intangible

"La tecnología es óptima cuando es invisible".
Nassim Taleb

En poco más de nueve años, la expresión adoptada en la Feria del CeBit de Hannover, Alemania, con la idea de señalar el rango evolutivo de la Industria 3.0 es superada por una *innovación* marcada por la creación y utilización de bienes de carácter intangible.

Esta Revolución 4.0 se caracteriza por la *búsqueda* de nuevas fuentes de energía más *limpias* y *sostenibles*; un incremento necesario y cada vez mayor del reciclado de productos orgánicos e inorgánicos; *incremento* del trabajo *colaborativo* que permite el diseño, desarrollo y puesta en el mercado de productos en que los *diversos* actores ni tan siquiera se conocen; nuevas relaciones sociales con impacto en lo jurídico, como el caso de los *prosumidores*, los *influenciadores, seguidores, odiadores, jugadores*, todos ellos a través del uso de internet y las redes sociales.

Esta RI4.0 tiene en los *datos* un sello indeleble. El *reinado* económico de los datos señala la *ubicuidad* que es la marca indeleble de esta etapa histórica del hombre, generando, con ello, una verdadera revolución: la Internet de las Cosas (*Big Data*). La cual, "[…] desde lo puramente conceptual podría verificarse como una suerte de infraestructura de billones de sensores embebidos en dispositivos comunes: 'cosas' u 'objetos', diseñados para registrar, procesar, almacenar y transferir aquello que llamamos 'datos' que, en la medida

17. Lafferriere, Jorge Nicolás, "Bebés de tres progenitores: una inadmisible manipulación de la vida humana", *ED* 261, 907.

que se asocian con identificadores únicos, se vinculan con otros dispositivos utilizando las capacidades de la tecnología"[18].

El rostro más visible lo constituye el crecimiento de manera exponencial de la Inteligencia Artificial (IA). Conjunto de algoritmos que trata de replicar *acontecimientos, saberes* y *pareceres* humanos. Y no sólo *replicar*, también *aprender*[19]. Hoy, de amplia difusión en espacios donde nos relacionamos[20].

Cabe la pregunta sobre cuál es el concepto y alcance de la IA, si abarca cualquier sistema informático o aquellos que pueden realizar operaciones *análogas* al pensamiento y creación humana[21].

Una IA aplicada a innumerables procesos en que los *algoritmos* tratan de replicar los *acontecimientos, saberes* y *pareceres* humanos o intentan modificar pautas de comportamiento, decisiones o conductas, lo que aporta críticas agudas[22]. Una IA que se mueve entre el temor y el temblor, entre las suspicacias sobre la llamada *singularidad*

18. Lamanna Guiñazú, Emiliano Carlos, "Reflexiones en torno a la responsabilidad civil en la revolución industrial 4.0. Desafíos de la normativa sobre prevención y reparación del daño en la Argentina digital 4.0", *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 10, N° 2 (julio-diciembre), Santa Rosa, FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam, 2020. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566. DOI http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a05.

19. "La Inteligencia Artificial no constituye una innovación más entre otras, sino que representa más bien un 'principio técnico universal' basado sobre una misma sistémica: el análisis robotizado –generalmente operado en tiempo real– de situaciones de diverso orden, la formulación instantánea de ecuaciones, supuestamente las más acordes, y en general con vistas a emprender las acciones adecuadas correspondientes, sea por medio de intervenciones humanas o de modo autónomo por los sistemas mismos". Sadin, Eric, *La Inteligencia Artificial o el desafío del siglo*, p. 20, Caja Negra Editora, 2020.

20. Algunos usos de la Inteligencia Artificial (IA) lo constituyen la telefonía celular, los automóviles autónomos, la tecnología médica, Google, Google drive, Netflix, Spotify, Uber, WhatsApp, entre muchos otros.

21. Bianchi, A., "La inteligencia artificial en el mundo jurídico actual (implicancias, aplicaciones y posibilidades)", *ED* Suplemento Derecho, Innovación y Desarrollo sustentable, Nº 3, octubre 2021.

22. "Lo humano está animado por una pasión perturbadora: engendrar dobles artificiales de sí mismo. Desde la Antigüedad la historia está jalonada de episodios que nos permiten ver a ciertos individuos intentando concebir, bajo distintas formas, criaturas a las que se les asigne nuestra misma conformación y que deberían estar dotadas, según el caso, de algunas de nuestras cualidades kinestésicas, sensoriomotrices, propioceptivas y más todavía, cognitivas. ¿De dónde proviene esta sed singular de generar una *réplica de nosotros mismos?* ¿Es resultado de la exaltación por lanzarnos dentro de una aventura límite, del hecho de desafiar lo imposible, de

tecnológica o IA fuerte[23], los beneficios en la vida cotidiana como el Internet de las Cosas o el asombro frente al desarrollo de la epigenética[24], los procesos basados en el software *Clearview*[25] o herramientas como el CASTER[26]. De todas maneras, la nueva singularidad podría interpretarse como una marcha irrefrenable hacia la personalización del ser humano, a partir de una comprensión completa de lo que lo rodea. Por tanto, más que pensar en una tecnología que busca reemplazarnos al tomar decisiones por nosotros deberíamos tender a pensar que busca ser un soporte en la toma de decisiones humanas[27].

---

sentir un poder demiúrgico?". Sadin, Eric, *La Inteligencia Artificial o el desafío del siglo*, ob. cit., p. 61.

23. La singularidad tecnológica alude a una supuesta Inteligencia Artificial general en que un equipo, una red, un robot podrían automejorarse o crear nuevos productos que los superen cualitativamente, con el riesgo de escapar al control de toda capacidad intelectual humana. La misma brinda una primera señal a partir de las Tres Reglas de la Robótica, planteadas por Isaac Asimov, en su magna obra de ciencia ficción anticipatoria *Yo Robot*, donde plasma la conocida triple regulación universal de los algoritmos: "*Primera Ley*: Un robot no hará daño a un ser humano ni, por inacción, permitirá que un ser humano sufra daño; *Segunda Ley*: Un robot debe cumplir las órdenes dadas por los seres humanos, a excepción de aquellas que entren en conflicto con la primera ley; *Tercera Ley*: Un robot debe proteger su propia existencia en la medida que esta protección no entre en conflicto con la primera y la segunda ley. Las Tres Leyes de la Robótica, en Manual de la Robótica, 56 edición, año 2058". Asimov, Isaac, *Yo Robot*, p. 1, Penguin Random House Grupo Editorial, 2016.

24. Sanz, E., "El verdadero poder de la epigenética", Revista *Muy Interesante*, Nº 467, pp. 66 a 77. Epigenética: estudio de las causas por las que en algunos seres vivos se activan unos genes y se silencian otros y así moldear sus características físicas y cómo esa actividad puede predisponerlo a desarrollar o no determinadas enfermedades. Ello permitirá el uso de fármacos de diseño para el tratamiento de cáncer de mama, pulmón o colon.

25. Reich, C., "La App antiprivacidad que nos produce escalofríos", *Liberties*, 14/02/2020, disponible en https://www.liberties.eu/es/stories/clearview-app-antiprivacidad/18206 (fecha de consulta: 14/02/2022). *Clearview* es un software que demuestra las veces que su cara ha aparecido en la red con los enlaces de cada página, sea Facebook, Linkedin, Tinder, Flick, Instagram, entre otras. Es un algoritmo de reconocimiento facial capaz de encontrar al individuo, aunque no tuviera conciencia o conocimiento de la captura de su contenido. Es un sistema utilizado por gobiernos y fuerzas de seguridad en varios países.

26. CASTER es un sistema de aprendizaje automático que se centra en la estructura química de los fármacos y la literatura médica existente sobre sus aplicaciones.

27. Vivas, Fredi, *¿Cómo piensan las máquinas? Inteligencia Artificial para humanos*, pp. 130 y 131, Galerna, 1ª ed., 2021.

Esta *nueva modernidad* pugna entre la búsqueda de lo más pequeño, como las *nanopartículas* o los *nanorobots*, para moverse hacia lo *intangible*, lo *inasible*, como una nueva forma de realidad. Veamos una aproximación a esta suerte de simplificación de la vida, por ejemplo, como cuando estamos leyendo, muy cómodos, por cierto, a nuestro autor favorito: hacerlo en un lector inteligente va a ir generando un avatar de nosotros mismos. Quitando nuestros datos[28]. Como también nos lo adelanta un transhumanista, como Yuval Noah Harari, "[…] pronto los libros nos leerán mientras los leemos [...]"[29]. La *privacidad* de los datos parece, entonces, cada vez más, un bien escaso y la *transferencia* de la autoridad de los humanos a los algoritmos está sucediendo como una decisión *consciente* e *inconsciente*.

Se aprecia esa sensación de que las cosas se *escurren* de nuestras manos[30]. La fascinación por los productos de empresas nuevas y transnacionales y sus maravillosas publicidades en las que todo es más colorido, más dinámico, con pantallas más grandes, dispositivos más pequeños, el celular o la Palm con juegos divertidos o una mejor cámara se visualizan en largas filas de consumidores de los grandes centros comerciales. Diez años nos separan de estas imágenes, sin embargo, una silla cómoda, un ordenador y una buena *conectividad* a internet son las puertas a un mundo deslumbrante del que no hay registro material. En verdad, poco nos detenemos a pensar que los *productos, información, transacciones, datos, transferencias, compras, ventas, estudio*, constituyen un *ecosistema* en el que conviven las luces y sombras, donde detrás no se ven personas sino el resultado de la utilización de la IA que sirve para constituir inclinaciones hacia determinados gustos y productos.

¿Es, acaso, la intangibilidad la mejor "arma" para comprender la invasión omnisciente de la tecnología? Es muy probable. El *no sentirnos* invadidos evita rechazos; el resistir la invasión, una meta para muchos. A la par, lo *invisible* siempre se muestra disponible para el usuario. Y este, al no percibirlo, lo deja a su lado.

28. Cobo, Cristóbal, *Acepto las condiciones. Usos y abusos de las tecnologías digitales*, Fundación Santillana, 2019.

29. Harari, Yuval Noah, *Homo Deus*, *breve historia del mañana*, traducción de Joandomenec Ros, Penguin Random House Grupo Editorial, 14ª ed., 2020.

30. "El 'ciberespacio' –palabra acuñada, en aquel momento, como un concepto esencialmente hipotético, inaugurada la década de 1980– ha colonizado el espacio físico y, al menos en los principales centros urbanos, está empezando a fusionarse con él". Kissinger, Henry, *Orden Mundial*…, ob. cit., p. 343.

Lo cierto es que la *automatización* de la vida cotidiana es un hecho tan usual como la propia vida, y pone en jaque la manera en la que se desarrollan las relaciones humanas. La *telemedicina*, las *Fintech*, las *aplicaciones móviles* y las *redes sociales* sustituyen la *interrelación* propia de la ingeniería social desde la creación humana, aunque con la advertencia cada vez mayor de que la interacción entre seres humanos no puede ser sustituida por el uso de la IA. Quizás se avance hacia modos *híbridos*, como lo es la atención del cliente por parte de las empresas, solución que comienza a imponerse en el marco de la defensa de los derechos del consumidor[31].

Todas las áreas de las ciencias son conscientes de que este *nuevo amanecer digital* entre en armonía con el respeto a la *dignidad humana* como valor *absoluto* e *incondicional* que se refleja en que toda persona tiene un valor inefable y, por tanto, sirve de guía a las normas deontológicas y legales que deben regir el *devenir* científico en el mundo que se pretende algorítmico[32].

6. ¿Renovar, reinventar o adaptar?

"Todavía estoy ordenando el caos por reinvención".
John Le Carré

En este *camino* tecnológico, todos transitamos el *cambio* desde lo analógico hacia lo digital, desde lo real hacia lo virtual. Situa-

31. La Resolución Nº 1.033/2021, en el marco de buscar un freno a la proliferación de chat-bot de atención al cliente, aunque con mala técnica legislativa, configura un avance hacia el intento de humanizar estos espacios de compra y venta de servicios. Para más información, ver Lamanna Guiñazú, Emiliano Carlos, "La humanización de los servicios de atención al cliente. Un freno necesario a la automatización descontrolada. A propósito de la Resolución Nº 1.033/2021. Parámetros mínimos obligatorios de calidad para los servicios de atención y comunicación a distancia". Cita digital: ED-MMDCXXVI-572, Buenos Aires, 2 de marzo de 2022, Nro. 15.249 *El Derecho* ISSN 1666-8987, Año XL, *ED* 295.

32. Andorno, R., *Bioética y dignidad humana*, pp. 35 a 39, Tecnos, 2ª ed., 2012. El autor hace referencia a la dignidad humana en el contexto de la Bioética, idea que tomamos y aplicamos en forma análoga al ámbito de la ciencia y las nuevas tecnologías.

ciones que, puestas en una balanza, no siempre mantienen al fiel en su centro, sino que ladea de un lado u otro.

La pandemia COVID-19 acelera un cambio tecnológico que, por momentos, parece *anárquico*, creando una abismal sensación de incertidumbre, un salto virtual donde no siempre hay red y pone en evidencia *desigualdades* digitales.

Los más perjudicados son las personas de la tercera edad, y también aquellos que viven en zonas de *difícil* alcance a algo tan básico como la *electricidad* para poder *acceder* a servicios o a la atención en forma de *chat bots*. Lo que no es el ideal, claro. Todo ello impone nuevos desafíos: la *escuela* y la *universidad* deben formar personas con un aprendizaje fortalecido por las TIC, pero sin perder la centralidad en el desarrollo de las *habilidades* de *razonar, pensar* y *crear* de la persona y su integración en la sociedad y en su comunidad.

Las nuevas tecnologías inciden, además, en la forma de *comunicarse, relacionarse* y llegar a un mercado infinito de posibilidades, no siempre seguros, no siempre transparentes, sin verificar las fuentes de la información. El uso de la Inteligencia Artificial, la *explosión* de las redes sociales y las aplicaciones digitales ponen en la mira a una *nueva* categoría de sujetos, los *influencers*; verdaderos arquitectos sociales del comportamiento de nuestros hijos en su segunda infancia y comienzos de la pubertad.

En esta línea de ideas, vivimos tiempos donde las imágenes *impactan* en el consumidor, generando una *transformación* del lenguaje escrito en un lenguaje digital que trasciende al diseño de toda producción artificial.

En palabras de Deleuze, se instaura una suerte de *régimen* apoyado en las tecnologías electrónicas y digitales que va más allá de la idea de una sociedad de control. La *persuasión*, la *publicidad*, la *información*, los códigos de *buenas* prácticas son mecanismos para *prevenir, reparar* o *mitigar* la causación de daños masivos así generados, pero plantea nuevos interrogantes sobre los problemas, sobre las reglas de la *causalidad jurídica*[33], así como la *autorregulación*[34].

33. Presupuesto central (y capital) de la responsabilidad civil para determinar la *autoría* y la *adecuación* del daño.

34. Marchaba, D.; Bar, S., "Los *influencers* como una nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores", en *La protección de los derechos de los consumidores en el entorno digital*, Director Sebastián Barocelli, Colección E-Books, El Derecho, 01/09/2021. Cita digital *ED* MCMLXXVI-725.

La *interacción* de la información y el conocimiento colectivo caracterizan a los grupos sociales –que aún no muestran signos de segregacionismo– que conocen el potencial que tienen, pues se encuentran *fortalecidos* en una matriz tecnológica que los rodea en una red de sistemas inteligentes en un verdadero *océano* de información (Big Data).

Quizás como cierre del punto, recordando a aquel maestro argentino del Derecho Civil, como lo fue Jorge Joaquín Llambías, ya en su época nos advertía sobre un posible *eclipse* de la *Persona* en el mundo jurídico como un ser inteligente y libre y, por ende, responsable moral de sus actos. Dejar de contar con el ser humano sería tanto como transformarlo en una física de las acciones humanas[35].

7. Un problema: la causalidad en la IA

"El presente solo se forma del pasado y lo que se encuentra en el efecto estaba ya en la causa".

Henri Bergson

No se trata de un problema *exclusivo* de la IA en la materia. Siempre la *causalidad* ha sido un problema. Y no sólo un problema jurídico, sino *multidisciplinario*. Porque no sólo los juristas han visto el fenómeno causal[36] como un problema jurídico. Antes bien, ha sido analizado como un tema de debate o discusión filosófica, antesala de la puramente científica. Pero si nos centramos en el debate en el marco filosófico decimos que este siempre precede al jurídico, pero que, al hacerlo, lo impregna con su propio *perfume* de *conocimiento*. La filosofía jurídica, entonces, atiende a la necesidad. La norma positiva llena los huecos denunciados por aquella.

35. Llambías, J. J., "El derecho no es una física de las acciones humanas (reflexiones sobre el fundamento de la responsabilidad civil)", *LL* 107-1015.

36. "El causalismo es el método filosófico-científico que procura el conocimiento de las cosas (o el de las verdades) a través del estudio y análisis de sus causas. Sostiene la existencia de cadenas de relaciones causales (causa-efecto) que permiten, mediante la observación de ellas, una explicación de todo lo que puede explicarse". Goldemberg, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, p. 2, La Ley, 2ª edición ampliada y con actualización jurisprudencial, 2000.

El debate sobre la problemática que enfrenta la causalidad en la mirada de filósofos y científicos también nos tranquiliza. Al ser, el nuestro, un debate de juristas, nuestra mirada no debe buscar tanto en sus raíces como sí en su finalidad, la cual es de menor nivel, simplificado al pensamiento de filósofos y científicos.

Simplificando, entonces, el debate, la causalidad jurídica civil sirve para dos cometidos: *conocer* el autor (*an debeatur*) y la *medida* por la que va a responder (*quantum debeatur*). Nos abstenemos de comentar el debate científico que gira en torno a la figura para adentrarnos en el mundo especial que generan (y generarán) los daños provocados por algoritmos, los cuales presentan algunos problemas de difícil solución. En primer lugar, será la *multiplicidad de actores* uno de los *factores* que afecte al apuntado presupuesto.

Los *dispositivos* que responden a IA y otras tecnologías no solo son de gran complejidad, sino que se encuentran *interconectados* con otros *dispositivos* y con la *interactuación* de otros *agentes* (*programadores, productores, usuarios, operadores, etc.*).

Encontrar la causa del *detrimento* (prognosis póstuma) puede significar ir detrás de una *red* interminable de actores.

Es acaso posible que los *robots* puedan pasar el examen de la causalidad, pensada para el obrar humano, y así aspirar a contestar sus interrogantes: *an debeatur* (responder por su daño) y *quantum debeatur* (¿acaso responder por su propio valor en el mercado?).

¿Hasta dónde seremos capaces de llegar al señalar estos interrogantes?

8. Responsabilidad civil por productos defectuosos. Dificultades. Normativa

"La libertad significa responsabilidad. Por eso la mayoría de los hombres la temen".

George Bernard Shaw

No debe sorprender que el desarrollo de las nuevas tecnologías encuadre dentro del campo de operatividad de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor.

Tradicionalmente, se ha distinguido en el ámbito del consumidor la noción de *producto* y *servicio*. El primero radica en una *cosa creada o fabricada* de cuya comercialización se obtienen ganancias[37].

El segundo consiste en el *conjunto de actividades de carácter general* que una persona (estatal o privada) realiza con el fin de *suministrar a otras personas prestaciones*[38].

La tradicional *dicotomía* ha quedado *difusa* ante la *presencia* de la IA. El mismo *software* no encasilla tan sencillamente en ninguna de las dos, por lo que se propone su protección jurídica en el marco de los derechos de autor, la protección jurídica de las ideas *per se*. Algunas acciones, como el Plan de Inteligencia Artificial o la Blockchain Federal Argentina, advierten sobre la protección de estos activos intangibles[39].

Por otro lado, siguiendo con la problemática, existe una *interconexión* entre los *productos* y *servicios* de las nuevas tecnologías.

En una segunda instancia, el análisis debe centrarse en la figura de productos *defectuosos y su relación con la IA y los robots.* Cabe predicar un concepto amplio: *su falta de seguridad*, no como "estropeados" en el sentido coloquial de la palabra. Como hemos dicho, la *interconectividad* y *multiplicidad* de actores ocasionan arduos problemas para establecer la *causa* del defecto. Muchas veces, tal cuestión se simplificará como consecuencia de la *materialidad* del producto. Otras veces, su origen se encontrará en la propia *conducta* del usuario; por ello, es de vital importancia una *redacción clara* y *precisa* del *manual de uso del producto*.

37. "Artículo 40. - Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

38. "Artículo 11. - Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento".

39. Lusky, G.,"Software as Story (Protegible por derechos de autor)", *ED* Suplemento Derecho, Innovación y Desarrollo Sustentable, Nº 3, octubre 2021.

No hay que descartar la responsabilidad por parte de los *productores*, *programadores* o *fabricantes* que deben cumplir con *deberes de colaboración*, tales como el mantenimiento y las *actualizaciones* que necesite el programa para funcionar correctamente. Inclusive, no hay que descartar la *participación* de un *tercero ajeno*: por ej.: el empleo de una *fake data* por parte de un hacker en IA que obtiene información de fuentes externas.

En la hipótesis de un robot que tomara una decisión autónoma merced a los procesos de *machine learning* o *deep learning, es dable que desconociera su causa.* Algunos algoritmos operan como *cajas negras inaccesibles*.

9. La premisa: el humano

"Yo hago lo que usted no puede, y usted hace lo que yo no puedo. Juntos podemos hacer grandes cosas".

Madre Teresa de Calcuta

La premisa de la *responsabilidad objetiva* de los *operadores* obedece a la circunstancia de que, si bien las máquinas podrán ser autónomas, *detrás* de ellas *siempre hay un humano*, que las ha *creado, comprado* y *utilizado*.

Un *accidente* causado por un error técnico nace siempre de un *error humano* y concluye en una *responsabilidad humana*; ni los robots ni los *dispositivos* contarían con patrimonio para responder por el nocimiento acaecido. Pero en este esquema interpretativo aparecen los vehículos autónomos (Tesla) que de la hibridez inicial ahora marcan la idea de una completa autonomía técnica[40].

40. "En ese sentido, la Unión Europea reguló el uso de los vehículos autónomos mediante el Reglamento Nº 2018/858 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 30 de mayo de 2018, sobre la homologación y la vigilancia del mercado de los vehículos de motor y sus remolques y de los sistemas, los componentes y las unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos, por el que se modifican los Reglamentos (CE) Nº 715/2007 y (CE) Nº 595/2009 y por el que se deroga la Directiva Nº 2007/46/CE. El citado reglamento busca ordenar de manera integral las distintas etapas de producción, fabricación, homologación y desarrollo de vehículos en general, los sistemas, los componentes y unidades técnicas independientes, a los

En el caso de ser varios los operadores se activaría la *responsabilidad solidaria* de todos estos[41].

Las *nuevas* posibilidades tecnológicas y las poderosas posibilidades de producción industrial sobre muchos otros factores dan plena actualidad a la cuestión de la persona y su dignidad como fuente y como derecho fundamental[42]. La *protección* frente al daño tecnológico *transciende* lo jurídico para aposentarse en una necesaria *ética* para las nuevas tecnologías, una ética para la Inteligencia Artificial.

10. Seguros obligatorios y fondos de indemnización

"Nuestra insignificancia es frecuentemente la causa de nuestra seguridad".

Esopo

En el *mundo* tecnológico, se puede *concebir* la idea de que las aseguradoras *ofrezcan* seguros para ciertos riesgos cuya causa o sucesión de eventos sea difícil de rastrear. Por otra parte, ello no debe implicar un *estorbo* a la *innovación*.

Sin embargo, cabe predicar su recepción en ciertas áreas. Por ejemplo, se ha tornado efectivo el *seguro obligatorio* en el transporte. No existe ninguna causal obstativa importante que impida exigir los seguros de responsabilidad civil respecto, por ejemplo, a los *vehículos automatizados.*

Por su parte, se torna lícito recurrir a la figura de los fondos *de compensación* como herramienta de *tutela* de los *damnificados*

---

fines de evitar distorsiones entre los países miembros de la Unión Europea y dotar de transparencia a una industria que ha sido cuestionada de manera pública por la afectación al medio ambiente y fallas en la seguridad del tránsito. Para satisfacer ese ambicioso objetivo se establecen las pautas normativas necesarias para unificar los servicios de homologación en la producción de los vehículos". Aboso, Gustavo Eduardo, "La responsabilidad penal derivada del uso de automóviles autónomos, con especial referencia a la nueva regulación francesa", *elDial.com*, p. 2.

41. "Artículo 13. - Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el artículo 11".

42. Limodio, G., *Principios de Derecho Privado*, p. 149, Educa, 2009.

de las *nuevas tecnologías*, especialmente en los supuestos de *daño notorio*.

11. Conclusiones

"La belleza es clave del misterio y llamada a lo trascendente".
San Juan Pablo II

Conforme lo desarrollado en los puntos precedentes, establecemos algunas verticales conclusivas que deberíamos considerar y resaltar.

- El avance tecnológico impone la plasmación de un *derecho preparado* y de *eficaz respuesta*.
- La tecnología *amenaza* y *resignifica* derechos. Pero el Derecho, humaniza.
- La dignidad humana, tomando al ser humano como *centro del sistema* del responder civil, así lo exige.
- No hay que legislar lo novedoso solo porque lo es. Podría resultar *peligroso*, creando un *Derecho disperso y variado*, por implicancia, poco seguro y abierto a una pronta y segura obsolescencia.
- El artículo 1708, CCyCN, ha sido *disruptivo*, incorporando a la hermenéutica sustantiva una visión de elevado valor axiológico: la *prevención del daño*.
- El *riesgo de la empresa*, y los *riesgos del desarrollo* constituyen las *plataformas de inclusión* de la responsabilidad más evidentes que traen como novedad el Código Civil y Comercial de 2015.
- El *contexto digital* (con sus actividades) puede catalogarse como *riesgoso*. Los artículos 1757 y 1758 del CCYCN están en sintonía con nuestra postura afirmativa.
- Las "XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" (2019) incluyeron, entre las actividades riesgosas: la *utilización de algoritmos*, las *actividades cibernéticas*, las *plataformas digitales* y los *sistemas operados* por *Inteligencia Artificial*.
- En el caso de las plataformas digitales, la moderación de los contenidos, así como su regulación, abre otro debate sobre el

equilibrio entre los derechos que se quieren limitar y aquellos que se buscan proteger.

– En ese sentido, la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la moderación de contenidos de la plataforma de internet pone de manifiesto su relevancia e importancia así como la posibilidad de que su autorregulación conculque los derechos de los consumidores y usuarios a través de la inserción de cláusulas nulas, abusivas u oscuras[43].

43. Mocoroa, J. M., "¿ El pájaro canta hasta morir? Limitaciones a la autorregulación de las plataformas digitales en el voto del Justice Thomas en el caso 'Biden'", *ED* Suplemento Derecho Constitucional, Nº 6, junio 2021.

LA REVISIÓN DEL CONTRATO

ALEJANDRO BORDA*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes históricos. 3. La teoría de la imprevisión. 4. La frustración del fin del contrato. 5. Los contratos de larga duración. 6. La necesidad de renegociar el precio y el objeto de los contratos en un proceso de permanente adaptación. 7. Los principios generales. 8. El principio general de la buena fe. 9. El abuso del Derecho. 10. ¿Revisión de los contratos por vía legislativa o judicial? 11. Conclusión.

1. Introducción

"Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes". Así lo dispone el artículo 959 del Código Civil y Comercial. La consecuencia natural de ello es que las partes deben cumplir las obligaciones asumidas en el contrato de la manera y en los tiempos en que fueron convenidas. Sin embargo, la misma norma dispone que el contenido del contrato sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé. Por lo tanto, la propia ley prevé la posibilidad de que un contrato sea modificado, sea por acuerdo de las mismas partes (aplicación clara del principio de la autonomía de la voluntad), sea por circunstancias aprehendidas por la ley.

La cuestión a dilucidar es, entonces, hasta qué punto una de las partes está obligada a revisar un contrato celebrado y perder su de-

* Director de El Derecho; Miembro de Número de la Academia Argentina de Derecho y Ciencias Sociales; Profesor titular de Contratos (UCA).

recho a exigir su cumplimiento tal como fue convenido. Este será el tema central de este trabajo.

2. Antecedentes históricos

Ante todo, conviene hacer un repaso histórico de la cuestión.

La influencia del Código Civil francés se hizo sentir en el proceso codificador iniciado en Latinoamérica a partir del siglo XIX. En el tema que nos toca, el artículo 1134 del Código Napoleón consagró la regla *pacta sunt servanda*; esto es, que las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley respecto de aquellos que las han celebrado.

Esta regla, con algunos ajustes, se incorporó al Código Civil de Vélez, cuando establece que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (art. 1197).

La premisa resulta clara: consensualismo puro y anti-intervencionismo. El Derecho contractual sólo tenía una función supletoria pues se entendía que las partes saben bien qué es lo que quieren y es bueno dejarlas actuar libremente. El resultado de esto sería un orden social más eficiente.

En esta línea, el Codificador no concebía la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos, sino que, por el contrario, estableció que ese ejercicio no podía constituir como ilícito ningún acto (art. 1071, Código Civil). En sentido concordante, despreció la posibilidad de regular la lesión enorme o enormísima, en su recordada nota al artículo 943 del Código Civil.

Ahora bien, en el siglo pasado, la regla del *pacta sunt servanda* fue replanteada a partir de los profundos cambios que se fueron produciendo con la concientización de un sentido más social de las relaciones humanas, que impregnaron las nuevas constituciones y diferentes leyes que se fueron sancionando.

Nuestro país no fue ajeno a esta nueva mirada. La Ley Nº 17.711 de reformas a nuestro Código Civil incorporó expresamente la teoría de la imprevisión y lo hizo a continuación de la consagración del principio general de la buena fe en el mismo artículo 1198 –dato que no ha sido suficientemente destacado–, receptó el abuso del derecho y dio entrada legal a la lesión, entre otras previsiones morigeradoras

de los efectos contractuales, como la equidad y la reducción de la cláusula penal. El Derecho, al decir de Lorenzetti, dejó de ser pura supletoriedad y comenzó a regular los contratos corrigiendo ciertas aspiraciones individuales[1].

Ya en nuestro siglo, el Código Civil y Comercial ha resaltado aún más la importancia de la buena fe (destacándola en numerosas disposiciones), ha ampliado las consecuencias derivadas del abuso del Derecho, ha mantenido la regulación de la lesión y la imprevisión (con modificaciones menores) y ha introducido otras figuras relevantes: la frustración del fin del contrato y la obligación de renegociar de buena fe el contrato de larga duración antes de decidir su rescisión, supuestos estos que, en definitiva, son los aludidos en el ya mencionado artículo 959 para modificar o revisar el contrato.

Con todo, es necesario advertir que, hoy en día, se alzan voces que proclaman la necesidad de respetar y cumplir los contratos tal cual fueron convenidos. Se invoca, en este sentido, la necesidad de resguardar la seguridad jurídica que se vería seriamente conmovida si el contrato pudiera ser resuelto o revisado sin la conformidad de ambas partes. Son reparos que deben ser atendidos, pues resulta lógico procurar que los contratos sean cumplidos de acuerdo con lo que las partes han pactado.

Sin embargo, si estamos frente a contratos de ejecución diferida, sean éstos de cumplimiento instantáneo o de tracto sucesivo, resulta claro que pueden producirse diferentes acontecimientos –entre el momento de celebración del contrato y su efectivo cumplimiento– que pueden afectar la economía y la equidad del negocio jurídico. Y esto no puede ser obviado.

Por ello, propongo dar una mirada sobre las figuras que he mencionado más arriba y poner de relieve su importancia para alcanzar soluciones más equitativas, sin olvidar que las partes celebraron un contrato, que ellas tienen una expectativa concreta de cumplimiento y que la revisión del contrato no puede traducirse en una solución perjudicial para alguno de los contratantes.

1. Lorenzetti, Ricardo Luis, "La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza", Rev. *La Ley* T. 2000-D, p. 1167.

3. La teoría de la imprevisión[2]

En ciertos contratos, los que son conmutativos, tanto de ejecución diferida o de ejecución permanente, si *la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien se le han conferido derechos, o asignado obligaciones, resultantes del contrato, y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia* (art. 1091, CCyC).

La norma regula la teoría de la imprevisión, que había sido aplicada en nuestro país en muchas ocasiones ante diversos hechos que afectaron profundamente la economía argentina, y que son bien conocidos[3].

Resulta necesario destacar algunos aspectos del vigente artículo 1091.

En primer lugar, superando una recordada disputa doctrinaria que tuvo lugar luego de la sanción de la Ley Nº 17.711[4], el Código

2. No he de abordar la lesión en este trabajo pues, si bien es una figura que permite la revisión del contrato ("un reajuste equitativo del convenio", art. 332, CCyC), estamos ante un vicio del acto jurídico y no frente a una contingencia que impacte en el contrato durante su vida.

3. La teoría de la imprevisión fue aplicada por primera vez a raíz del denominado *Rodrigazo* en 1975. Luego fue aplicada a raíz de la ruptura de la denominada "tablita cambiaria", creada por el ministro Martínez de Hoz, durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional, en el año 1981. Más tarde Argentina padeció otros dos graves hechos más: (i) la "guerra de las Malvinas", en el año 1982, que llevó a un incremento sustancial del dólar, y (ii) la hiperinflación desatada en 1989. El último acontecimiento imprevisible fue la quiebra del sistema de convertibilidad acaecido entre los años 2001 y 2002 y el nacimiento de la llamada *pesificación* de las obligaciones.

4. De Abelleyra, Rodolfo, "Una herejía jurídica. La desinterpretación del artículo 1198 del Código Civil", *LL* T. 1983-C, p. 935, Cita: TR *La Ley* AR/DOC/2783/2001; Mosset Iturraspe, Jorge, "Sobre una supuesta 'herejía' jurídica en torno a la acción por revisión del artículo 1198. (El derecho como religión, como ciencia y como arte)", *LL* T. 1983-D, p. 805, Cita: TR *La Ley* AR/DOC/20632/2001.

Civil y Comercial faculta al afectado a reclamar no solo la resolución del contrato (total o parcial) sino también su adecuación, es decir, su revisión.

En segundo lugar, la norma dispone que el pedido de resolución o adecuación se puede formular por vía judicial (como acción o como excepción) pero también de manera extrajudicial.

He de detenerme en la primera de las cuestiones apuntadas.

El Código, como puede apreciarse, reconoce al afectado por un hecho extraordinario e imprevisible que altera el equilibrio contractual a plantear la revisión del contrato y, consiguientemente, el juez, si acoge el planteo, deberá adecuar el contrato, quedando la contraparte obligada en los nuevos términos.

Es interesante señalar en este momento, haciendo un breve paréntesis, que el Código Civil francés, luego de la reforma introducida por la Ordenanza Nº 2016-131, agrega la teoría de la imprevisión (art. 1195), no prevista con anterioridad. La norma prevé la posibilidad de demandar la renegociación del contrato, estableciendo que mientras dure esa renegociación, se deberá continuar cumpliendo las obligaciones tal como habían sido pactadas. Finalmente, faculta al juez, si las partes no llegan a un acuerdo en un plazo razonable y siempre que una de ellas lo pida, a revisar el contrato o a ponerle fin el día y en las condiciones que él fije.

Volviendo a nuestro sistema jurídico, cabe decir que esta revisión contractual, prohijada por la teoría de la imprevisión, se encolumna en el principio de conservación recogido en el artículo 1066 del Código Civil y Comercial[5], cuando establece que si hay duda sobre la eficacia del contrato, debe interpretarse en el sentido de darle efecto.

Lo expuesto precedentemente requiere de ciertas precisiones.

Ante todo, el artículo 1091 nada dice sobre la mora del deudor, a diferencia del artículo 1198 del Código Civil, según la reforma de la Ley Nº 17.711, que impedía invocar la teoría de la imprevisión a quien hubiese caído en ella.

¿Significa esto que el deudor moroso puede alegar la imprevisión?

A mi juicio, ello no es posible.

5. Anteriormente previsto en el art. 218, inc. 3º, del derogado Código de Comercio.

Primeramente, recordemos que la mora del deudor, como la define Wayar[6], es la situación anormal de retraso en el cumplimiento por la que atraviesa una obligación exigible, cuando *por una causa imputable*, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor, y que subsiste mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil. Por lo tanto, una de las características de la mora es la existencia de una causa imputable, esto es, que sea atribuible al sujeto a título de dolo o culpa[7], lo cual surge del artículo 888 del Código Civil y Comercial, que establece que para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable. Por lo tanto, la mora, para que tenga efectos, debe ser imputable al deudor de la prestación.

Por ello, el deudor que cae en mora antes del acontecimiento extraordinario e imprevisible, no puede invocar la teoría de la imprevisión y deberá pagar los intereses moratorios y cumplir el contrato según los términos de las cláusulas originales, por más onerosas que ellas resulten[8]. La teoría de la imprevisión, por tanto, no es aplicable en este caso. Como dice Leiva Fernández, el artículo 1091 exige que la alteración extraordinaria obedezca a causas ajenas a las partes, y tal alteración no lo es si la parte está incursa en culpa[9].

En cambio, si la mora es posterior a ese acontecimiento, no estaremos en presencia de una mora imputable, pues el hecho ocurrido ha modificado sustancialmente la relación contractual. En este caso, el retardo en el cumplimiento se ha originado en la excesiva onerosidad ya sobrevenida, en el propio hecho imprevisible, y por ello no puede afirmarse que sea imputable ni que exista mora[10].

Más allá de lo dicho para justificar que, a pesar del silencio que guarda el artículo 1091, el deudor moroso no puede invocar la teoría de la imprevisión y no puede, por tanto, pretender una revisión del contrato, cabe señalar que el propio Código permite

6. Wayar, Ernesto, *Tratado de la mora*, Ábaco, 1981.

7. Cfr. Compagnucci de Caso, Rubén, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (Dir. Gral.: Jorge H. Alterini), T. IV, p. 447, La Ley, 2015.

8. Cfr. Wayar, *Tratado de la mora*, nº 102, ob. cit.

9. Leiva Fernández, Luis F. P., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (Dir. Gral.: Jorge H. Alterini), T. V, p. 733, La Ley, 2015.

10. Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, p. 377, Rubinzal - Culzoni, 1995.

alcanzar la misma solución. Es necesario tener presente que la teoría de la imprevisión ha sido regulada en el capítulo de la extinción de los contratos, y que el artículo 1078, inc. c), dispone que *la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato.* Con otras palabras, si el moroso pretende alegar la teoría de la imprevisión para resolver o adecuar el contrato, la otra parte podrá frenarlo lícitamente, alegando su incumplimiento.

Para concluir, cabe recordar que el Anteproyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de 2018, procurando despejar cualquier duda, recoge la idea del derogado artículo 1198 y establece, al modificar el artículo 1091, que no procede la resolución ni la adecuación si el perjudicado obró con culpa o estando en mora.

Una segunda cuestión del artículo 1091 que debe precisarse es la siguiente: el demandado por revisión contractual, ¿sólo puede allanarse u oponerse al reclamo?

El ya mencionado Anteproyecto, en su modificación al artículo 1091, legitima al demandado por adecuación (o revisión) del contrato a pedir su resolución. También se trata de un agregado pertinente, pues no siempre a la parte demandada le conviene la adecuación del contrato. De todos modos, y a pesar del silencio actual del artículo 1091, no veo impedimento en que el acreedor requiera la resolución del contrato. En definitiva, por vía de reconvención, podrá demandar la resolución por el incumplimiento del deudor, añadiendo las razones por las cuales no puede afrontar el reajuste.

4. La frustración del fin del contrato

De manera pacífica se ha entendido que la *frustración del fin del contrato* es un capítulo inherente a la causa; entendida esta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes (ambas partes, o una de ellas siempre que lo haya manifestado –expresa o implícitamente– a la otra) han tenido en vista al momento formativo del negocio. Con otras palabras, cuando ese móvil determinante, esa finalidad perseguida por las partes, manifestada en el contrato, se frustra, la parte perjudicada puede reclamar la resolución, siempre que se cumplan los recaudos que la propia ley exija.

La primera parte del artículo 1090 del Código Civil y Comercial dispone que *la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada.*

Conforme surge de la norma transcripta, los presupuestos de admisibilidad de este instituto son: i) que exista un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes (esto es, que no haya sido provocado por ninguna de ellas); ii) que provoque una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato (lo que implica que el hecho debe ser posterior a la fecha de su celebración), y iii) que supere el riesgo asumido por la parte que es afectada.

La norma no es suficientemente clara en un aspecto que considero importante: las circunstancias que importan no solo son aquellas existentes al tiempo de la celebración del contrato (lo que la norma expresamente menciona), sino –y fundamentalmente– las que se prevé que existan al momento de su ejecución (lo que parece estar implícitamente abarcado en la expresión *que supera el riesgo asumido por la que es afectada*).

Asimismo, parece razonable aceptar como otro requisito de aplicación: iv) que el acontecimiento no puede acaecer cuando una de las partes ya estuviese en mora, pues si así fuera, cabría reiterar lo dicho al referirme a la teoría de la imprevisión e invocar el artículo 1078, inc. c), del Código vigente. Con otras palabras, si el moroso pretende alegar la frustración del fin contractual para dar por concluido el contrato, la otra parte podrá frenarlo lícitamente.

También deben agregarse como recaudos de aplicación de este instituto estos otros: v) que el contrato haya sido válidamente celebrado; vi) que la finalidad haya sido declarada, conocida y aceptada –expresa o tácitamente– por las partes, y vii) que el acontecimiento extraordinario incida sobre la finalidad del contrato, de manera tal que malogre el motivo que impulsó a contratar, al punto que desaparezca el interés o utilidad en la subsistencia del contrato[11].

11. Cfr. Freytes, Alejandro E., "Frustración del fin, condición y resolución por incumplimiento. Una acertada diferenciación jurisprudencial", *LL* T. 2016-E, p. 155, nº II.

Bien señala Morello[12] que el fin del contrato consiste en un núcleo complejo referido no solo al propósito práctico y básico que le representa a la parte acreedora de la prestación el resultado de ella, sino también a que tal propósito sea igualmente conocido y aceptado por la otra. En cambio, la finalidad expresada en forma confusa o no expresada, aun en el caso de que el cocontratante de haberla conocido la hubiera aceptado, no puede ser causal de resolución contractual.

Por lo dicho hasta acá, cuando la finalidad tenida en cuenta por los contratantes (esto es, sus motivos personales) se ha frustrado, es razonable admitir la resolución del contrato. Claro está que para que ello ocurra es imprescindible que la finalidad, como ya se ha dicho, haya sido expresada, o haya sido conocida por la otra parte, pues el motivo determinante que cada parte tuvo al celebrar el contrato recién se vuelve común cuando se lo expresa.

Ahora bien, ante la frustración del fin del contrato, ¿lo único que se puede plantear es la resolución del contrato? Veamos este punto.

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en el año 1991, se sostuvo que *no es factible la revisión del contrato pues al haber desaparecido los móviles (causa impulsora) que determinaron a una o a ambas partes a contratar, al acto le faltaría un elemento estructural, la causa, que es precisamente la que sirve de soporte a la prestación malograda.* El fundamento de la propuesta está dado en que, si la frustración del fin del contrato importa la desaparición de la causa, ello provoca, a su vez, que el contrato carezca de uno de los elementos esenciales; y si falta uno de estos elementos, no hay negocio jurídico.

Hasta aquí parecería que la conclusión es inobjetable: si falta la causa no hay contrato y sólo puede demandarse su resolución. Cualquier nuevo acuerdo importa, en realidad, un nuevo contrato.

Sin embargo, pienso que esta conclusión es equivocada, que es posible –en ciertos casos– admitir la revisión del contrato. Adviértase, ante todo, que si bien el artículo 1090 no menciona la readecuación del contrato, tampoco lo prohíbe[13]. Vergara da tres razones más para admitir la readecuación: (i) el último párrafo del artículo 1011

12. Morello, Augusto Mario, *Ineficacia y frustración del contrato*, p. 89, Abeledo-Perrot, 1975.

13. Cfr. Vergara, Leandro, "La readecuación contractual", *LL* diario del día 10/8/2020, Cita Online: AR/DOC/2566/2020, nº II.

del Código Civil y Comercial, al que haré referencia más adelante, interpretado con cierta amplitud, concede el derecho de renegociar, del cual se sigue la posibilidad de conseguir una readecuación; (ii) el principio de conservación del contrato (art. 1066, CCyC) admite implícitamente que tal conservación se alcance a través de una readecuación, dirimiendo así la disputa entre el contrato original que se pretende extinguir y el contrato readecuado; y (iii) la factibilidad de superar la frustración del fin del contrato, con un cambio de objeto, manteniendo una finalidad compatible con la contratada al origen[14].

Pongamos un ejemplo: un grupo de personas, con la intención de esquiar, contrata con una empresa de turismo una excursión a Bariloche. Sucede que falta nieve en este lugar y la compañía –que conoce el motivo del viaje– ofrece otro destino en donde ha nevado y se puede esquiar. ¿Será necesario resolver el contrato por falta de causa a raíz de la frustración del fin contractual y celebrar uno nuevo para modificar el destino?

A mi juicio, no siempre habrá que seguir ese camino. Ante todo, debe aclararse si el objeto contractual era el viaje a Bariloche o la práctica de esquí. Si era esto último, el contrato mantiene su validez porque no tiene importancia el lugar en que se practique el esquí, sino que efectivamente se lo pueda practicar. Lo querido por las partes era la práctica de esquí contra el pago de una suma de dinero.

Si, en cambio, el objeto del contrato era el viaje a Bariloche, la frustración del motivo determinante (en el caso, la práctica de esquí y siempre que ello se haya dado a conocer) permitirá perfectamente la revisión del contrato, ofreciendo otro destino alternativo para que pueda cumplirse con la finalidad.

No quiero decir con esto que siempre deba revisarse el contrato cuando se frustre el fin. Los denominados "casos de la coronación"[15] son elocuentes en el sentido de que la frustración del fin trae normalmente aparejada la resolución contractual. Pero si puede conservarse

14. Ídem.

15. Los casos, planteados ante la Court of Appeal de Londres, versaban sobre alquileres que se habían celebrado de balcones o piezas con ventana que daban a ciertas calles por las que pasaría el desfile de la coronación del Rey Eduardo VII, el día 26 de julio de 1902. Ocurrió que el desfile debió ser cancelado por enfermedad del Rey y, evidentemente, el fin perseguido en tales locaciones quedó frustrado (más extensamente, puede consultarse Brebbia, Roberto H., "La frustración del fin del contrato", *LL* T. 1991-B, p. 876; Stiglitz, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales*. Parte General, T. II, La Ley, 3ª ed., 2015, nº 770).

el negocio jurídico debe favorecerse esta solución. Ello no es más que la aplicación del artículo 1066 del Código Civil y Comercial, que ya he referido más arriba. No está de más recordar a Mosset Iturraspe, cuando pregonaba la intervención judicial en supuestos de revisión contractual, procurando no extinguir algo desquiciado sino tratar de volverlo a su quicio, a la solución equitativa, al equilibrio inicial[16].

Además, en la línea que vengo pregonando, el artículo 1090, en su parte final, prevé que *si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.* Con otras palabras, si la frustración es temporaria, no definitiva como prevé la primera parte de la norma citada, en principio no hay derecho a resolver a menos que el tiempo de ejecución sea esencial. Quedará, entonces, en este caso, la facultad de reclamar un reajuste de las prestaciones para salvaguardar el equilibrio contractual mientras dure la frustración temporaria de la finalidad. Es lo que prevé, en materia de locaciones, el artículo 1203[17] del Código Civil y Comercial, norma esta que se funda en que si se modifican los valores de intercambio de manera significativa en los contratos sinalagmáticos, es posible que se esté ante una frustración de la finalidad, en cuyo caso procede una readecuación, adaptando ciertas variables al criterio de la equivalencia[18].

5. Los contratos de larga duración

El contrato de larga duración es una de las incorporaciones relevantes del Código Civil y Comercial. A mi juicio, el artículo 1011 destaca dos aspectos que permiten distinguirlo claramente de los

16. Mosset Iturraspe, Jorge, *La frustración del contrato*, p. 128, Rubinzal-Culzoni, 1991.

17. *Frustración del uso o goce de la cosa. Si por causas no imputables al locatario, éste se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si no se viese afectada directa o indirectamente la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes*.

18. Cfr. Vergara, "La readecuación contractual", *LL* diario del día 10/8/2020, Cita Online: AR/DOC/2566/2020, nº V.

contratos de tracto sucesivo. Por un lado, el deber que se le impone a las partes de ejercer sus derechos de manera colaborativa, y, por el otro, la importancia que tiene el factor tiempo en la norma legal, tanto para advertir que el tiempo es necesario para que pueda cumplirse con el objeto del contrato o la finalidad perseguida por las partes, como para observar que durante todo ese tiempo las partes deben relacionarse de manera dinámica, es decir, admitiendo que la relación contractual pueda sufrir modificaciones.

Empecemos por el factor tiempo.

Cuando el artículo 1011 hace referencia a que, en los contratos de larga duración, el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar, se está teniendo en mira contratos –como bien señala Stiglitz– que requieren una prolongada duración que permita recuperar la inversión, consolidar la empresa y lograr la estabilidad de la función y el empleo[19].

Con otras palabras, no todo contrato que dure en el tiempo es un contrato de larga duración. No todo contrato que requiera de un lapso prolongado para satisfacer el interés de las partes es un contrato de larga duración. La idea es otra: será de larga duración el contrato cuando necesite un período de tiempo alongado, sea para amortizar las inversiones que requieren los sistemas de producción y distribución de bienes y servicios convenidos en el negocio jurídico, sea para consolidar el funcionamiento de la empresa, sea para alcanzar la estabilidad de la función y el empleo.

En los contratos de larga duración, el interés del acreedor se satisface a través de una prestación continua o reiterada en el tiempo, es decir, se cumple a través de una prolongación temporal[20]. Es que, en este caso, como ya he dicho, el tiempo resulta imprescindible para la amortización de las inversiones o la consolidación de la empresa. Por ello, los contratos comprendidos en esta clasificación son contratos que tradicionalmente calificábamos como mercantiles. Así, por ejemplo, los contratos de suministro, agencia, distribución, concesión y franquicia. Y justamente, por la inexistencia de inver-

19. Stiglitz, *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*, ob. cit., T. II, n° 489. En igual sentido: Leiva Fernández, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (Dir. Gral.: Alterini), ob. cit., T. V, p. 319.

20. Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los Contratos. Parte General*, p. 751, Rubinzal-Culzoni, 2ª ed.

siones o de consolidación empresaria, entiendo que no son contratos de larga duración los contratos bancarios o de cuenta corriente, o la locación de inmuebles con fin habitacional, o los de enseñanza con escuelas privadas, que son simplemente contratos de tracto sucesivo.

El segundo elemento que he destacado es la obligación de las partes de ejercitar sus derechos conforme un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total[21]. De tal modo, se pone de relieve que las partes se relacionan de manera dinámica, es decir, admitiendo que la relación contractual puede sufrir modificaciones.

La realidad pone de manifiesto las dificultades que se ciñen sobre los contratos cuando se los pretende inmodificables, quedando obligadas las partes inexcusablemente en los términos convenidos. El mundo contemporáneo, como hemos visto antes, genera numerosos negocios jurídicos que vinculan a las partes por muchos años. Pensemos, entre otros, en los contratos de concesión de servicios públicos o de obras viales, *leasing*, fideicomiso y obras públicas (v. gr., construcción de represas).

Me parece claro que estos contratos no permiten situaciones cristalizadas. Se hace necesario admitir un proceso de permanente renegociación y de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones contractuales, para que el contrato pueda sobrevivir, permitiendo alcanzar la finalidad perseguida dentro de un marco de justicia contractual, aun sacrificando –como ha dicho Leiva Fernández– alguno de los intereses[22].

Es que en un contrato de larga duración debe tenerse muy presente la lógica incertidumbre que rodea las condiciones en las que se desarrolla la relación jurídica durante tanto tiempo: el aumento o la disminución de los costos, o la fluctuación de la demanda, o la mayor o menor existencia de competidores, o los posibles incrementos de las inversiones o la desvalorización de ellas, o cambios de cotización de productos o materia prima. Además, deben considerarse las inno-

21. La norma sigue las líneas de los "Principios sobre los contratos internacionales de UNIDROIT", que establecen: "*Cooperación entre las partes*. Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última" (regla 5.1.3.).

22. Leiva Fernández, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (Dir. Gral.: Alterini), ob. cit., T. V, p. 320.

vaciones tecnológicas y los nuevos requerimientos de la comunidad (piénsese en el equilibrio que debe existir en los contratos de servicios, en los que el contratista debe ofrecer precios adecuados pero a la vez brindar prestaciones de avanzada al comitente), todo lo cual puede llevar a una reformulación del contenido del contrato[23].

Bien señalaba el Maestro Morello que el contrato de larga duración requiere, en la fase de desenvolvimiento o ejecutoria, de una sucesiva adaptación que viene impuesta por la naturaleza de su propio despliegue y la repercusión del cambio de circunstancias. Y esta adaptación debe ser llevada a cabo principalmente por las partes contratantes, "a quienes les corresponde un diferente comportamiento en la medida en que ellas saben, desde el origen de la relación, que deberán estar atentas a adoptar, *sobre la marcha* y por ser ello más conveniente a sus propios intereses, una predisposición activa a renegociar", que permita alcanzar soluciones equitativas para lo que resta de la vida del contrato[24].

Por lo tanto, como dice Lorenzetti, el contrato de larga duración está sometido a permanentes mutaciones y requiere una permanente adaptación, es decir, una cooperación renegociadora continua[25]. De allí, el deber de colaboración que el Código impone.

Finalmente, el último párrafo del artículo 1011 del Código Civil y Comercial[26] establece que (l)*a parte que decide la rescisión debe*

23. Cfr. Lorenzetti, *Tratado de los Contratos. Parte General*, ob. cit., p. 752.

24. Morello, Augusto M., "Los contratos de larga duración y la necesidad de una renegociación permanente", *LL* t. 1989-C, p. 1227, n° II.

25. Lorenzetti, *Tratado de los Contratos. Parte General*, ob. cit., p. 753.

26. Sobre este último párrafo del art. 1011, CCyC, véase el exhaustivo estudio de Sánchez Herrero, Andrés, "La rescisión unilateral de los contratos de duración y el deber de renegociar", *LL* t. 2018-B, p. 733. Sostiene este autor que la norma puede recibir diferentes interpretaciones: a) Como un expresión de deseos del legislador, sin incidencia práctica; b) Como una norma que impone un deber formal, lo que admite a su vez dos opciones; b.1) que antes de rescindir, el rescindente deba abrir un proceso de renegociación, y recién pueda extinguir el contrato una vez que el proceso ha fracasado, b.2) que antes de rescindir, el rescindente debe darle a la otra parte la oportunidad de que inicie un proceso de renegociación, otorgándole el tiempo necesario a este efecto, y recién pueda extinguir el contrato si el proceso no se inicia dentro de un tiempo razonable o si, iniciado, fracasa; c) Como una norma que impone un deber formal y sustancial que obliga al rescindente a darle a la otra parte la oportunidad de renegociar y llevar a cabo la negociación de manera razonable; d) Como una norma que impone un deber formal y sustancial que obliga al rescindente a darle a la otra parte la oportunidad de renegociar y llevar a cabo

dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

La norma legal impide extinguir sin más el contrato, si es de larga duración, debiendo otorgar a la otra parte la oportunidad de renegociar de buena fe las pautas contractuales para no incurrir en un ejercicio abusivo de los derechos.

La cuestión debe ser precisada.

Ante todo, la norma solo hace referencia a la rescisión. Por lo tanto, la resolución contractual, que es otro modo de extinción de los contratos, no queda aprehendida por la norma. Y ello es lógico. La facultad de resolver total o parcialmente el contrato ante el incumplimiento de la otra parte, no puede ser limitada. La norma no ampara al incumplidor, sino que procura resolver otras situaciones conflictivas.

La norma tampoco comprende la rescisión bilateral. Cierto es que la disposición se limita a mencionar la rescisión, sin aclaración alguna, pero ocurre que si las partes están de acuerdo en dar por terminada la relación contractual, nada puede impedírselos, dejando –desde luego– incólumes los derechos de los terceros (art. 1076, CCyC). Es que, si las partes pudieron crear un vínculo jurídico, también pueden aniquilarlo.

El campo de la norma es, entonces, la rescisión unilateral[27].

En la rescisión unilateral, una sola de las partes, por propia voluntad, está facultada a poner fin a las relaciones contractuales, total o parcialmente (art. 1077, CCyC). Esta facultad –excepcional– puede ser reconocida por la ley o convenida por los contratantes. Sin em-

---

la negociación de manera razonable, pero que solo es invocable en el supuesto de rescisión con causa, postura que defiende el autor citado.

27. Es cierto que otro modo de extinción de los contratos es la revocación. Sin embargo, hemos sostenido en otra ocasión que la revocación de los contratos, o bien revela un supuesto de rescisión unilateral por disposición de la ley (el caso del mandato, art. 1329, incs. c] y d], CCyC), o bien es un supuesto de resolución contractual por el incumplimiento de deberes legales o contractuales del donatario (el caso de la revocación de la donación, sea por ingratitud del donatario, sea por inejecución de los cargos, arts. 1569 y 1571, CCyC). Entendemos que la revocación, en verdad, es una figura propia de los actos jurídicos unilaterales (revocación del poder, art. 380, inc. c], CCyC), y del testamento, art. 2511, CCyC). Para un mayor desarrollo, nos remitimos a Borda, Alejandro, *Derecho Civil y Comercial. Contratos*, La Ley, 2020, n° 326.

bargo, esa facultad siempre tiene el límite general de la buena fe[28]. Por ello, se ha admitido pacíficamente que la facultad rescisoria no puede ser ejercida de manera abusiva, desconsiderada o desmedida, y ninguna de las partes, en caso de indeterminación del plazo de vigencia del contrato, está autorizada para hacer cesar abruptamente la relación, salvo que un *casus* le imponga hacerlo o hubiere ocurrido una actividad francamente culpable o dolosa de una de las partes, lo que, en verdad, facultaría a resolver el contrato. También, en este caso, los efectos son solo para el futuro, salvo estipulación en contrario (art. 1079, inc. a], CCyC).

El artículo 1011 del Código vigente toma estas últimas ideas, cuando obliga a la parte que está facultada a rescindir el contrato y decide hacerlo, a dar a la otra parte la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos. De alguna manera, les da jerarquía legal a los expresados principios doctrinarios. Sin perjuicio de lo expresado, la aplicación de esta norma no puede soslayar el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 958[29] de nuestro Código, lo que en el caso consiste en haber convenido la rescisión contractual[30]. Se advierte, entonces, que estamos ante una delicada situación en la que juegan normas de compleja concordancia.

A su vez, cabe señalar que la operatividad del artículo 1011, párr. 3º, no resulta clara en algunos contratos de larga duración. En efecto, en los contratos por tiempo indeterminado de suministro (art. 1183, CCyC), agencia (art. 1492, CCyC) y franquicia (art. 1522, CCyC), el Código prevé un sistema de extinción contractual que no hace mención alguna a las pautas del artículo 1011. ¿Cómo resolver esta discordancia normativa?

Por un lado, se puede pregonar la prevalencia de las normas especiales sobre la norma general[31] (art. 963, CCyC), lo que llevaría

28. CNCom., Sala D, 10/5/2016, "Buenos Aires Servicios de Salud (BASA) S.A. c/ Sindicato de Vendedores de Diarios y Revistas de la C.F. y Gran Buenos Aires s/ ordinario", *ED* t. 268, p. 332.

29. *Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.*

30. Cfr. Sánchez Herrero, "La rescisión unilateral de los contratos de duración y el deber de renegociar", *LL* t. 2018-B, p. 733, nº IV.4.

31. Esta parece ser la opinión de Hernández, pues sostiene que "la norma (del art. 1011) no se aplica –al menos inicialmente– a las soluciones especialmente

a ignorar la disposición del artículo 1011 en los contratos referidos. Por otro lado, y en criterio opinable, pero que me parece preferible, debe procurarse una interpretación armónica de todas las normas, teniendo en cuenta las particularidades del caso en concreto y otras reglas importantes, tales como la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 10, CCyC) y el principio de conservación del contrato (art. 1066, CCyC).

Para ir cerrando este punto, puede señalarse que en los contratos de larga duración (vuelvo a ejemplificar con las concesiones de exploración y explotación minera, gasífera o petrolera), se hace evidente la necesidad de readecuarlos, atendiendo a los cambios que sufren los valores de las prestaciones, sea por modificaciones económicas internas (como ha sucedido tantas veces en Argentina), sea por modificaciones internacionales (piénsese en las variaciones de precios de los *commodities*).

Para alcanzar soluciones justas deberá tenerse en cuenta la necesidad de que subsista el fin perseguido por el contrato o la necesidad que indujo a las partes a contratar, de modo que se produzcan los efectos queridos por ellas, respetando la calidad y eficiencia del servicio, y contemplar: a) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía, b) los planes de inversión, c) el interés de los usuarios y el acceso a los servicios, y d) la rentabilidad empresarial, entre otros aspectos[32].

6. La necesidad de renegociar el precio y el objeto de los contratos en un proceso de permanente adaptación

Lo dicho hasta acá permite advertir que cada vez estamos más lejos de aquel ideal decimonónico en el que los contratos eran inmodificables, quedando obligadas las partes inexcusablemente por la palabra empeñada.

El mundo contemporáneo genera numerosos negocios jurídicos, que ya he mencionado, que vinculan a las partes por muchos años. Y no solo me estoy refiriendo a los contratos de larga duración sino,

---

tipificadas" (Hernández, Carlos, *El contrato marco. Aportes desde una perspectiva transversal de la Teoría del Contrato*, p. 96, La Ley, 2021).

32. Para más detalle sobre este tema, Pérez Hualde, Alejandro, *Renegociación de contratos públicos*, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 1ª ed., 2002.

incluso, a los contratos de tracto sucesivo en los que las partes no se vinculan en paridad de situación, sino que, por el contrario, existe una manifiesta diferencia que exige la protección del débil jurídico. Me refiero en especial a los consumidores.

Veamos, entre otros ejemplos[33], el supuesto del contrato de medicina prepaga. Estos contratos no permiten situaciones cristalizadas. Por el contrario, es necesario que la empresa pueda prestar servicios acordes con los avances científicos y tecnológicos y que cubran la mayor cantidad de enfermedades posibles, lo que implica mayores costos que deben ser, a su vez, sufragados por el usuario, claro está que sin caer en abusos. Se hace necesario, entonces, admitir un proceso de permanente renegociación del precio convenido, con intervención, en este caso, de la autoridad pública.

7. Los principios generales

Este proceso de renegociación contractual deberá ajustarse imprescindiblemente a los principios de la buena fe y del abuso del Derecho, y a sus soluciones.

8. El principio general de la buena fe

Podemos decir con Díez-Picazo que el principio general de la buena fe es aquella norma que impone a las personas el deber de comportarse lealmente en el tráfico jurídico, ajustando el comportamiento al arquetipo de conducta social reclamada por la idea ética vigente[34]. Importa –como señalan Morello y Stiglitz– una obligación de mantener la palabra empeñada[35] y, como consecuencia de ello, opera como límite al ejercicio de los derechos subjetivos[36].

33. Tal el caso del contrato de seguro.

34. Díez-Picazo, Luis, *La doctrina de los propios actos*, p. 139, Bosch Casa Editorial, 1963.

35. Morello, Augusto Mario y Stiglitz, Rubén S., "La doctrina del acto propio", Rev. *La Ley* t. 1984-A, p. 865.

36. Cfr. Romero Coloma, Aurelia María, "Problemática de la buena fe en el ordenamiento jurídico", *Rev. Tapia* (España), nº 52, p. 73.

La importancia del principio general de la buena fe ha sido exaltada en el Código Civil y Comercial en muchas disposiciones. Basta recordar que, en el Título Preliminar, que tiñe con sus disposiciones a todo el cuerpo legal, se establece que *los derechos deben ser ejercidos de buena fe* (art. 9º) y que, más adelante, se asienta que *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe* (art. 961), regla esta que se reitera luego cuando se establece que *el contrato debe interpretarse conforme al principio de la buena fe* (art. 1061). Por tanto, toda interpretación contractual debe ser acorde con este principio, debiendo rechazarse cualquier resultado jurídico que se oponga a él.

Además, conforme afirma De los Mozos, los tribunales deberán aplicarlo para resolver la *litis* a falta de una norma específica[37], amén de que todas las resoluciones judiciales deberán ser teñidas por el principio para no contrariar la costumbre y la ley natural.

Por ello, pienso que el principio general de la buena fe permite modificar o revisar –desde luego, con la debida prudencia– los efectos perjudiciales que puede acarrear el cumplimiento a rajatabla de las cláusulas contractuales, cuando se ignoran las circunstancias que afecten el contrato durante su vida, conduciendo a una solución disvaliosa que altere la necesaria equidad que debe gobernar el contrato.

9. El abuso del Derecho

El artículo 10 del Código Civil y Comercial establece que *(e)l ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo del Derecho. Se considerará tal el que contraríe los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*.

Como indica Fernández Sessarego, el abuso del Derecho trata de evitar que el titular de un derecho subjetivo cometa excesos al actuar sus derechos, o al no usarlos, y que agravie intereses ajenos

37. De Los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español*, Bosch Casa Editorial, 1965, nº 4.

dignos de tutela jurídica, a pesar de la no existencia de una expresa norma que determine tal protección[38].

Como señala Borda, se busca determinar y, en su caso, sancionar la intención de dañar, la falta de interés en el ejercicio del Derecho, la elección de la vía más dañosa para el deudor, la actuación irrazonable o repugnante a la lealtad y a la confianza recíprocas, y el anormal o excesivo perjuicio causado[39].

Pero hay algo más que debe destacarse. El artículo 10 del Código vigente dispone que [e]*l juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*.

Con otras palabras, es claro que la ley está admitiendo, cuando el cumplimiento estricto del contrato original acarree efectos que puedan ser calificados como un abuso del Derecho, que el juez pueda revisar el contrato, pues, por un lado, debe reponer la situación al estado de hecho anterior y, por el otro, obliga al abusador a pagar una indemnización que fija discrecionalmente.

10. ¿Revisión de los contratos por vía legislativa o judicial?

Otra cuestión que es importante, pero para no extenderme no abordaré, es la de la conveniencia o no de que las consecuencias de la alteración sustancial de precios en los contratos sean reguladas puntillosamente por la ley.

Me limitaré a decir que, a mi juicio, deben distinguirse entre los contratos paritarios, por un lado, y los contratos por adhesión y de consumo, por el otro.

En los contratos paritarios es conveniente dejar a las partes el manejo de la situación y, para el caso que ellas no lograran acordar las diferencias, poner en manos del juez la solución. En cambio, en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo, las diferencias que existen entre las partes a la hora de negociar ponen de manifiesto la necesaria intervención estatal.

38. Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho*, nº 5, Grijley, 2ª ed.

39. Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, La Ley, 14ª edición actualizada por Guillermo J. Borda, nº 35.

11. Conclusión

He intentado poner de relieve la importancia que tiene la figura de la revisión del contrato. Es que la vida misma está rodeada de contratos y es bueno que se procure alcanzar siempre la finalidad perseguida. Habrá veces que para alcanzar esa finalidad será necesario restringir algún derecho conferido en el mismo contrato, pero ello permitirá –en muchas ocasiones– soluciones superadoras. No parece conveniente caer en un positivismo crudo; por el contrario, el contrato –como la misma ley– debe ser interpretado con un sentido de justicia –elemento necesario del Derecho–, que responda a un orden moral.

Y concluyo parafraseando a Borda: el Derecho está inserto en un orden más vasto, el moral, fuera del cual carece de sentido. Desde el momento en que la ejecución de un contrato contradice el bien común o la justicia, deja de ser Derecho en sentido propio[40].

40. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, ob. cit., T. I, nº 8.

PERFILES CONCEPTUALES Y PROYECCIONES PRÁCTICAS DEL CONTRATO MARCO

Carlos A. Hernández*

Sumario: 1. Consideraciones introductorias. 2. Delimitación de la figura. 3. La impronta relacional del contrato marco. 4. El contrato marco y su actuación en el mercado. 5. Perfiles del contrato marco. 6. La polémica en torno a si el contrato marco tiene como nota caracterizante la obligación de contratar. 7. A modo de conclusión.

1. Consideraciones introductorias

El Código Civil y Comercial no trae reglas sobre la materia. Lo mismo sucedía en el Código Civil y en el Código de Comercio derogados.

Ello explica el escaso tratamiento doctrinario que la figura ha recibido en el Derecho argentino, en donde los autores que lo tratan lo hacen sucintamente y en ocasión de las modalidades de contratación[1].

* Doctor en Derecho. Profesor Titular Ordinario de Derecho de los Contratos y Derecho del Consumidor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (UCA).

1. El ejemplo paradigmático lo brinda Atilio A. Alterini, quien se refiere al contrato marco en ocasión del tratamiento de los contratos preparatorios, en *Contratos civiles – comerciales – de consumo. Teoría general*, p. 340, Abeledo Perrot, 1998. Puede verse, también, a Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 375, Rubinzal-Culzoni Editores, 3ª edición ampliada y actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación, 2018. Recientemente dedicamos al tema una obra, sobre la cual está elaborado el presente trabajo: Hernández, Carlos A., *El contrato marco. Aportes desde una perspectiva transversal de la teoría del contrato*, Thomson Reuters-La Ley, 2021.

La carencia de normas legales es un rasgo que también se verifica en el derecho comparado –a excepción de la reciente reforma al *Code* Civil francés–, pese a lo cual se constata que en el Derecho Europeo Continental –en especial, en España, Francia, Italia y Portugal– el contrato marco tiene un intenso abordaje doctrinario que se expresa en una valiosa producción científica que se remonta a varias décadas, con estudios profundos de consulta obligada[2]. El dato reviste importancia por tratarse de la familia de referencia de nuestro sistema jurídico[3].

Más aún, en los últimos años se han publicado obras de significación[4], que buscan profundizar las respuestas sobre las múltiples dudas que aún subsisten sobre el tema.

Tampoco puede soslayarse que el contrato marco guarda una fuerte relación con el contrato normativo, de gran prosapia en el

2. Hace ya ochenta años el Profesor de Bolonia, Vittorio Salandra, en un breve pero enjundioso estudio exhortaba a investigar la figura a fondo a fin de precisar sus particularidades: "Contratti preparatorii e contratti di coordinamento", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, V. XXXVIII, pp. 24 y sigs.

3. Sacco, Rodolfo – Schipani, Sandro (A cura), *Mundus Novus, America. Sistema giuridico latinoamericano*, Tellemedia Editore, 2005. En los países del "*Common Law*" el "contrato marco" aparece omitido en las obras especializadas en materia contractual. Un *racconto* de lo expresado puede verse en Guimarães, Maria R. D. A. G. S., *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, pp. 42 y sigs., Coimbra Editora, 2011. Para constatar lo dicho en lengua castellana, puede verse a Cartwright, John, *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, traducción de Juan Pablo Murga Fernández, Navarra, Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.

4. Aparecen registros en obras de gran prestigio universal, como la de Ghestin, Jaques, *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le Contrat: formation*, T. 2, p. 58, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988. Ver, además: Schmidt-Szalewski, *Droit des contrats*, Litec, 1989; *Jurisprudencia Française*, 5, p. 152; Gatsi, Jean, *Le contrat - cadre*, LGDJ, 1996; Guimarães, Maria R. D. A. G. S., *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, ob. cit.; Soro Russell, Olivier, *Los contratos como fuente de normas. Contrato marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, Colección Jurídica General, Monografías, 2014, y Castillo Parrilla, José A., *El contrato marco de suministro. Un contrato flexiseguro*, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, 2018.

Derecho contractual, con génesis en la doctrina alemana[5] e italiana[6].

Por lo demás, el instituto nos interpela como manifestación de los profundos cambios operados en el Derecho de los Contratos, en el contexto de las transformaciones del Derecho Privado. Se ha dicho con acierto que la posmodernidad da cuenta del "[…] paso relativo del tiempo de la ley y el Estado nacional generalizados al del contrato y la empresa [...]"[7], lo que entre otras consecuencias ha llevado a una resignificación de la teoría general del contrato, a fin de dotarla de los instrumentos que exige la hora actual. Ello ha puesto en discusión temas liminares como el de los límites a la autonomía privada y la justicia contractual, la unidad de la categoría[8], el impacto del contrato de larga duración y la necesidad permanente de colaboración y revisión, los grupos de contratos, y su relación con el principio de eficacia relativa, entre muchos otros[9].

5. Hueck, Alfred, *Normenverträge*, Jena, Jherings Iahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, 1923. Hemos podido considerar parte del contenido de esta obra por intermedio de las citas efectuadas por Soro Russell en el libro de su autoría citado en la nota anterior.

6. Dosetto, M., "Contratto normativo", en *Novissimo Digesto*, dirigido por Antonio Azzara e Ernesto Eula, IV, pp. 663 y sigs., Unione Tipográfico - Editrice Torinese, 1959; y Messineo, Francesco, "Contratto normativo e contratto tipo", *Enciclopedia del Diritto*, pp. 116 y sigs., Giuffré editore, 1962.

7. Ciuro Caldani, Miguel A., *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)*, p. 126, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

8. Rivera, Julio César, "El contrato: De la unidad a la diversidad", Cita Online: RC D 58/2022. En el mismo sentido, Hernández, Carlos A., "Contrato de consumo", en Ciuro Caldani, Miguel Ángel; Nicolau, Noemí L., *Derecho Privado del siglo XXI. Contratos* (Colección François Gény), Astrea (enviado en setiembre de 2021), T. 4, en prensa.

9. En nuestro país, estos temas vienen siendo discutidos desde hace varias décadas, en sintonía con la experiencia comparada. Así, puede verse a Borda, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Editorial Perrot, 1971; Mosset Iturraspe, Jorge, *Justicia contractual*, Ediar, 1977; Spota, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, pp. 63 y sigs., La Ley, 2ª edición actualizada y ampliada por Luis F. P. Leiva Fernández, 2009; Alterini, Atilio A., *Contratos civiles – comerciales – de consumo. Teoría general*, ob. cit.; Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, 3ª edición ampliada y actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación, ob. cit.; Nicolau, Noemí L. – Hernández, Carlos A. (Directores), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2016; Borda, Alejandro, *Contexto. Jurisprudencia y doctrinario. Del Código Civil y Comercial. Contratos*, Thomson Reuters-La Ley, 2017; entre otros.

2. Delimitación de la figura

La figura en estudio supone el perfeccionamiento de un contrato, que requiere para su plena concreción de uno o más contratos posteriores en el tiempo que, por contraste, se los suele denominar de aplicación. El contrato marco nace generalmente en un contexto de negocialidad –como expresión de un contrato paritario–, aunque también puede resultar del esquema predisposición-adhesión, y excepcionalmente como contrato de consumo. Constituye un reparto autónomo, que importa adjudicaciones recíprocas queridas por las partes[10].

Se aparta de los tratos preliminares, en cuanto no tiene como finalidad incentivar la negociación o encontrar cauces más o menos eficaces y seguros para acceder al contrato, sino que su fin práctico reside en organizar una secuencia de negocios, cuya concreta materialización habrá de lograr una plena satisfacción de los intereses de los contratantes.

En ese entendimiento, el contrato marco presenta diferencias no sólo de la etapa de negociación del contrato, sino también del contrato perfeccionado que diseña un plan de prestaciones cuya adecuada ejecución basta por sí sola para obtener los propósitos buscados por las partes.

Lo dicho ocurre porque el contrato marco presupone un acuerdo ya celebrado que requiere y generalmente obliga a la formalización de contratos de aplicación a fin de cumplir con el programa global previsto, lo que expresa una conexión o ligamen de negocios a la que hay que analizar especialmente. Con este alcance, el contrato marco podría ser calificado como instrumental, al menos en el sentido de establecer las bases de ese conjunto de negocios. Por ello tampoco cabe confundirlo con los acuerdos de intenciones pensados para encauzar exclusivamente las negociaciones de un contrato.

10. En el ámbito de la Jurística Sociológica se caracteriza al reparto autónomo "[…] por el hecho de que él se lleva a efecto sin que intervenga ni ordenanza, ni coacción directa; los protagonistas del reparto están de acuerdo con que el reparto se cumpla"; Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 196, LexisNexis, 7ª ed., 2005.

3. La impronta relacional del contrato marco

Una de las premisas implícitas de la concepción decimonónica del contrato suponía reconocerlo como un acuerdo de voluntades en donde las partes intercambiaban prestaciones de modo instantáneo –*uno actu*. Aunque muchas operaciones económicas responden a este modelo, otras no se ven contenidas en él, lo que ha llevado a desarrollar –desde hace varias décadas– valiosas construcciones que admiten que, al contratar, las partes pueden trabar una relación interpersonal y de duración con proyecciones sobre la regulación de sus intereses.

Estos estudios suelen identificarse con la teoría del contrato relacional expuesta por el Profesor Ian Macneil, lo que no significa desconocer otros aportes como los de Roscoe Pound[11]. El origen de estas perspectivas en el sistema del *Common Law* no ha impedido su penetración al Derecho Europeo Continental[12], y de allí, al Derecho Latinoamericano.

Por tanto, es habitual encontrar en las obras nacionales de teoría general del contrato referencias explícitas a ella. Se sostiene que "[…] está basada en cuatro proposiciones nucleares: Primero, toda transacción está inmersa en relaciones complejas. Segundo, entender cualquier transacción requiere entender todos los elementos esenciales de las relaciones circundantes. Tercero, el análisis efectivo de cualquier transacción requiere el reconocimiento y la consideración de todos los elementos esenciales de las relaciones circundantes que pudieran afectar significativamente a la transacción. Cuarto, el análisis combinado y contextual de las relaciones y transacciones es más eficiente o produce un resultado analítico final más completo y seguro que el que se obtiene comenzando con el análisis no-contextual de las transacciones"[13].

11. Una reseña de estos antecedentes puede verse en Macario, Francesco, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, p. 54, Jovene Editore Napoli, 1996.

12. La obra antes citada, de la década del noventa, es bien representativa de lo que se señala en el texto.

13. Nicolau, Noemí L., *Fundamentos del Derecho Contractual*, T. I, pp. 14 y 15, La Ley, 2009.

También se ha dicho que de sus observaciones empíricas se han podido iluminar áreas no suficientemente exploradas, tales como la de los contratos de larga duración[14].

Interesa detenernos en esta última categoría que no siempre aparece explicitada o regulada legalmente[15], pero que cuenta con una impronta sociológica innegable, derivada de la microeconomía, con impacto en negocios societarios, relaciones de franquicia, negocios financieros y de suministro, entre muchos otros[16].

Sus bases fundamentales se encuentran ligadas a las siguientes ideas-fuerza: la planificación, que busca organizar la actividad de los contratantes en miras de resultados comunes; la flexibilidad de los términos del contrato, que persigue la gestión de los riesgos en la fase de ejecución; y la solidaridad, como soporte de la confianza que se da a la contraparte en todo lo que sea necesario para la continuación del contrato[17].

Ello explica el tratamiento que le dispensa el Código Civil y Comercial, y la reciente reforma al Código de Napoleón, que le dedica seis artículos y constituye una verdadera innovación (arts. 1.210-1.215)[18].

Los aportes normativos y dogmáticos que provienen del contrato de larga duración resultan de importancia para el contrato marco, ya que es una figura que requiere, de manera esencial, de tiempo para el cumplimiento de sus fines.

4. El contrato marco y su actuación en el mercado

En el plano sociológico, el contrato marco opera en segmentos negociales de los más variados. Ciertamente, cumple un importante

14. Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, 3ª edición ampliada y actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación, ob. cit., p. 108.

15. Gabrielli, Enrico, "Contratos de larga duración", *La Ley* 2017-E-995.

16. Macario, Francesco, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, ob. cit., p. 62.

17. Ídem, Capitolo I.

18. Ver Dissaux, Nicolas – Jamin, Cristophe, *Réforme du Droit des Contrats, du régimen général et de la preuve des obligation (Órdonnance nª 2016 – 131 du 10 février 2016). Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*. La Ley N° 2018-287 del 20 de abril de 2018 ratificó, con cambios, la Ordenanza antes indicada. Las normas citadas en el cuerpo de este trabajo no sufrieron enmiendas.

rol en el ámbito de la contratación empresaria, colaborativa o asociativa[19].

Desde un comienzo se lo ha vinculado a los contratos de distribución –en sus diferentes variantes. Como se sabe, el alcance económico y jurídico de la distribución es objeto de debate, aunque en el campo contractual se alude a ella con un alcance más restrictivo, en donde el distribuidor actúa de modo autónomo, lo que sucede particularmente con la concesión y la franquicia.

Para explicar el entramado de relaciones y efectos que disciplinan, suele decirse que los contratos de distribución deben ser calificados "[…] como 'contrato marco' ('contrat-cadre', 'rahmenvertrag', 'contratto di coordinamento'), en cuanto esquema de organización de relaciones jurídicas complejas, en el que se señalan las obligaciones y derechos de las partes junto a una serie de actos singulares o de ejecución"[20].

Los temas concretos a través de los cuales los contratos de distribución han llevado a la matriz del contrato marco son explicados por la doctrina comparada. En Francia, por ejemplo, ha servido para discutir –sea en la concesión o en la franquicia– sobre las ventas subsiguientes previstas en dichos contratos[21]. Allí, el problema de la

19. Sobre esta terminología en el Derecho argentino vigente, se aclara: "El hecho de asignar la denominación de 'Contratos asociativos', modificando la tradicional de 'contratos de colaboración empresaria', no reviste un dato menor. En los contratos asociativos –por oposición a los de cambio– las partes, sin perder de vista sus intereses individuales, en lugar de situarse la una frente a la otra en posición antagónica, se unen con la finalidad de perseguir un objetivo común (objeto o finalidad común). En la cooperación o colaboración se busca la organización de una estructura complementaria destinada a auxiliar las economías de las empresas coligadas, sin que éstas pierdan individualidad económica jurídica. De lo expuesto surge claramente que la fisonomía de los contratos asociativos se presenta de manera más abarcativa –en el cual quedan subsumidas los institutos colaborativos– de las figuras que se intentan tipificar bajo la estructura de un Código Unificado"; Hersalis, Marcelo - Zarria, Matías J., "Contratos asociativos. Breves notas en torno a una reforma inminente", Doctrina Judicial, Cita Online: AR/DOC/81/2013.

20. Domínguez García, Manuel Antonio, "Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución: Especial referencia a la tutela del distribuidor", *Revista de Derecho Mercantil*, N° 177/1985, p. 7.

21. Al respecto puede verse, con gran provecho, a Gatsi, Jean, *Le contrat - cadre*, ob. cit., pp. 59 y sigs. También es posible observar una interesante reseña de lo sucedido en Francia, en Soro Russell, Olivier, "Los contratos como fuente de normas. Contrato marco, contratos normativos y contratos de colaboración", ob. cit., p. 120.

determinación del precio y las reglas legales aplicables despertaron grandes polémicas que llegaron a la Corte de Casación. La sentencia plenaria del 1º de diciembre de 1995 operó un cambio jurisprudencial radical en cuanto abandonó la exigencia de fijación del precio como condición de validez del contrato de distribución –marco o cuadro–, más allá de habilitar el control de los abusos en los negocios de aplicación[22]. Situaciones similares se registran también en las franquicias en donde resulta necesario adquirir materiales o productos en miras de la prestación del cometido buscado[23]. Estos antecedentes han sido la antesala de la reforma legislativa que luego se verá.

En nuestro país, las primeras manifestaciones doctrinarias del contrato marco se reconocen a comienzos de la década del setenta respecto del contrato de concesión comercial, lo que expandía su proyección sobre los restantes contratos de distribución, dado que a éstos se los veía como una "[…] 'familia de contratos', agrupados por el objetivo común de comercializar bienes o servicios del distribuido, en distintas expresiones del género contractual, rotulado como distribución"[24], que alcanzaba a la concesión, a la franquicia e incluso a la agencia[25].

22. Gatsi, Jean, *Le contrat - cadre*, ob. cit., pp. 253 y sigs.; Guimarães, Maria R. D. A. G. S., *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, ob. cit., pp. 30 y 31.

23. Gatsi, Jean, *Le contrat - cadre*, ob. cit., pp. 64 y sigs.

24. Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Distribución comercial. Su ruptura intempestiva y la convención ley", en Farhi, Diana – Gebhart, Marcelo, *Derecho Económico Empresarial. Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, T. I, p. 245, La Ley, 2011. Puede consultarse, con provecho, a: Rivera, Julio César, "Cuestiones vinculadas a los contratos de distribución", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, pp. 149 y sigs.; Etcheverry, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial*, T. I, pp. 203 y sigs., Astrea, 1995 y a Araya, Miguel C. – Bergia, Marcelo R., *Derecho de la Empresa y del Mercado*, T. II, pp. 401 y sigs., La Ley, 2008.

25. La agencia tiene una estructura que no parece *–a priori–* compatible con el contrato marco. El CCC la define en el artículo 1479, diciendo: "Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución. El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente. El contrato debe instrumentarse por escrito".

Entre esos antecedentes, resulta representativo el estudio de Juan E. Cambiaso sobre "El contrato de concesión para la venta de automotores", quien afirmaba en el contexto del régimen derogado que dicho contrato es un "[…] contrato normativo de coordinación que tiene por fin dar un marco general para la intergestión comercial de la industria productora y la concesionaria vendedora, pero no contenido a todos los contratos de aplicación que entre las partes se celebren como consecuencia del anterior. Su función integradora a través de una estructura de unificación le impone un carácter de supletorio, que no justifica en ningún caso presuponer su necesariedad"[26], agregando luego, en orden a la interpretación de estas nuevas expresiones negociales, que "[…] para que el Derecho siga siendo el arte de lo bueno y de lo equitativo, debemos desprendernos del velo de lo formal, que en muchas circunstancias ciega al estudioso del Derecho, e ir a la realidad de los hechos en busca de la explicación valiosa"[27].

Posteriormente, y con mayor acercamiento al meollo del problema, Juan M. Farina sostuvo: "El contrato de concesión no se agota con el simple intercambio de prestaciones, sino que la relación deviene continua por cuanto durante su vigencia el concesionario se obliga a procurar la venta de los productos y a asegurar la reparación de los aparatos (automóviles) vendidos, organizar los servicios de venta, estudiar e informar sobre la evolución del mercado, necesidades y preferencias de la clientela, etcétera. Esta característica ha hecho sostener que el de concesión es un contrato normativo. Pero para compartir tal afirmación debemos precisar qué se entiende por contrato normativo. Chocamos aquí nuevamente con la dificultad que significan los distintos criterios doctrinarios sobre el tema. Para Masnatta, contrato normativo 'es aquél que constituye una especie de reglamentación de futuros vínculos contractuales, que pueden o no advenir. Disciplina los negocios jurídicos eventuales y futuros'. Según Messineo, el contrato normativo sólo da normas para disciplinar futuras relaciones jurídicas; pero no puede él mismo darles nacimiento. El contrato es verdaderamente normativo cuando disciplina situaciones susceptibles de repetirse; y constituye un fenómeno de autodisciplina. El contrato de concesión, hemos señalado, crea

26. "El contrato de concesión para la venta de automotores", *La Ley*, T. 138, p. 1139.

27. Ídem, p. 1143.

de por sí relaciones jurídicas entre las partes, estableciendo derechos y obligaciones recíprocas desde su nacimiento. No se limita a establecer normas para eventuales y futuros negocios. Si bien a través del contrato de concesión se disciplina la actuación del concesionario durante su vigencia no se limita a ello: nacen derechos y obligaciones de inmediato. Por ello creemos necesario distinguir contrato normativo y contrato con cláusulas normativas. En nuestra opinión, el de concesión es un contrato con cláusulas normativas; y consideramos así al contrato de duración en el cual se establece que las partes observarán determinados principios jurídicos para disciplinar las relaciones emergentes de su celebración y las que eventualmente puedan nacer en el futuro durante su vigencia"[28].

Ambos pasajes demuestran la cercanía conceptual entre las explicaciones que brindan los autores para dar cuenta de los principales efectos del contrato de concesión de automotores, y el contrato marco. Los contratos normativos de coordinación, o con cláusulas normativas, dan cuenta de diferentes estadios del fenómeno que hoy se explica con mayor precisión mediante el contrato marco.

Más aún, cuando la doctrina nacional se ha preguntado si cabía ubicar al contrato de concesión comercial dentro del campo del contrato preliminar o del contrato normativo, se ha dicho que "[…] en la concesión comercial existen desde el comienzo derechos y obligaciones exigibles con el otorgamiento de la concesión. Existe una obligación de comprar y revender, prestar 'service' o de colocar pedidos, de adquirir repuestos, etc. Nada más lejos de una estipulación futura que puede o no cumplirse. En la concesión las obligaciones nacen con su otorgamiento. De modo que no se agota en la definición de contrato normativo, a pesar de que él contempla ciertamente las futuras relaciones del concesionario con el concedente […]"[29].

De modo similar, en el ámbito asociativo, el contrato marco constituye un instrumento al que con frecuencia se recurre. Res-

28. Farina, Juan M., "El contrato de concesión en el Derecho Privado. En especial la concesión para la venta de automotores", *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina 1971, Serie Contemporánea, pp. 717 y 718. Esa opinión fue ratificada en su obra *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresaria*, p. 458, Astrea, 2ª ed., 1999.

29. Marzorati, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial. Agencia. Distribución. Concesión. Franquicia comercial*, ob. cit., p. 129. Desde una perspectiva general, en orden a la diferenciación entre el contrato preliminar y el normativo, puede verse a Aparicio, Juan M., *Contratos. Parte general*, p. 348, Hammurabi, 2001.

pecto de los *joint ventures*, se admite la previsión de un conjunto de cláusulas que regulan "[…] la restitución de las prestaciones, las que reglamentan el procedimiento de disolución y liquidación de la sociedad conjunta que había sido creada en el convenio inicial […] o las que regulen la suerte de los contratos de aplicación y otras relaciones subsidiarias, en curso en el momento de terminación de la relación instituida por el convenio de *joint venture*"[30].

En materia societaria, la venta de acciones, la fusión o escisión de sociedades pueden necesitar del contrato marco en miras de su completa ejecución. Por ejemplo, en España se discutió la naturaleza y obligatoriedad de un convenio en el cual dos sociedades fijaban las líneas básicas de actuación para la fusión. La resistencia posterior de una de ellas a entenderlo como vinculante no fue acogida por el tribunal[31].

Del mismo modo, en el ámbito mercantil se realizan importantes esfuerzos para explicar el sistema de tarjeta de créditos y los medios de pago electrónicos a los que recurren. El soporte conceptual del contrato marco efectúa allí importes contribuciones[32].

Pero además, éste resulta de utilidad en otros segmentos, de diferente naturaleza. Como se sabe, las relaciones de familia pueden ser el ámbito de desarrollo de convenciones y pactos de contenido patrimonial –aunque persigan propósitos extrapatrimoniales–, que materialicen lo acordado a través de verdaderos contratos[33]. En mu-

30. Para la importancia del tema en materia societaria, puede verse a Barbiéri, Jean F., "Avant- contrat 'obligatoire' ou simplement 'préparatoire', contrat-cadre et conventions réglementées. Incidence de l' absence d' autorisatoin 'préalable'", comentario a la setencia de la Cour de cassation (Ch. Com. – Chambre commerciale) 18 mars 1997, "Société Paravision International c/ société Aries et autres", *Rev. Soc. (Revue des sociétés)*, 1997, Nº 3, pp. 541 y sigs.

31. Soro Russell, Olivier, "Los contratos como fuente de normas. Contrato marco, contratos normativos y contratos de colaboración", ob. cit., p. 129. Ver, también, a Barbiéri, Jean F., "Avant- contrat 'obligatoire' ou simplement 'préparatoire', contrat-cadre et conventions réglementées. Incidence de l' absence d' autorisatoin 'préalable'", ob. cit.

32. Guimarães, Maria R. D. A. G. S., *O contrato-quadro no âmbito da utilizaçäo de meios de pagamento electrónicos*, ob. cit., p. 550. En nuestra doctrina, ver a Villegas, Carlos G., *Tarjetas de crédito. Ley N° 25.065*, pp. 194 y sigs., Ediciones Jurídicas de Cuyo, 1999.

33. En el Derecho argentino puede verse a Medina, Graciela - Favier Dubois, Eduardo M., "Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil", *Revista de Derecho de Familia y Personas*, pp. 3 y sigs.; Molina de Juan, Mariel, *Tratado*

chos de ellos la prevención aparece como un objetivo liminar. Los ejemplos son variados. El caso de los pactos de familia autorizados para la planificación sucesoria, en ocasiones, requieren –para lograr sus objetivos– del recurso a un contrato marco articulado con diferentes negocios de aplicación. El fenómeno es contiguo a lo que puede suceder en la liquidación de los bienes de la comunidad por divorcio de los cónyuges. La liquidación y partición no habrá de agotarse en un solo instrumento, y seguramente requerirá de pluralidad de actos, la mayoría de ellos contractuales.

En tren de describir el mayor número de situaciones negociales en donde el contrato marco puede desenvolverse, no puede prescindirse del impacto del llamado Derecho Digital[34]. Así, el contrato inteligente, o *smart contract*, supone un acuerdo de voluntades de las partes, que da cuenta de un programa informático que ejecuta su contenido de manera automática[35]. En conexión con nuestro tema, se ha dicho que "[…] el contrato inteligente no es sólo un soporte diferente para facilitar la contratación, sino que lo más relevante es que constituye un modo de operar de manera automática sin intervención de las partes"[36], y más concretamente que "son acuerdos o convenios implementados en aplicaciones o programas electrónicos que permiten ejecutar de forma automática actos jurídicos o contratos previamente concertados. Esto es, no son contratos autónomos e inde-

---

de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014, "Sección 1°. Convenciones matrimoniales", en Kemelmajer de Carlucci, Aída – Herrera, Marisa – Lloveras, Nora, T. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 566, 2014, quien expresa que "Son acuerdos, pactos, contratos o capitulaciones entre los contrayentes o los cónyuges". Ver, también, Hernández, Carlos A., "Contratos entre cónyuges", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2020-1, pp. 179 y sigs. y "El contrato mixto. A propósito de la contractualización del derecho de las familias y de las sucesiones", *La Ley* 2021-E-144.

34. Bueno de Mata (Director) – González Pulido, Irene (Coordinadora), *Fodertics 7.0. Estudios sobre Derecho Digital*, Editorial Comares, 2019.

35. Pisano Díaz, José, "Aproximación a la contratación inteligente; usos, retos y algunos aspectos legales", en Bueno de Mata (Director) – González Pulido, Irene (Coordinadora), *Fodertics 7.0. Estudios sobre Derecho Digital*, ob. cit., p. 491. En nuestro país, puede verse a Marzorati, Osvaldo, "Las nuevas tecnologías, el impacto de la venta *on-line* en los contratos frente al *Blockchain* y los contratos inteligentes", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, pp. 859 y sigs.

36. Pisano Díaz, José, "Aproximación a la contratación inteligente; usos, retos y algunos aspectos legales", en Bueno de Mata (Director) – González Pulido, Irene (Coordinadora), *Fodertics 7.0. Estudios sobre Derecho Digital*, ob. cit., p. 492.

pendientes que nacen o se desarrollan de forma automática, sino que necesitan la previa perfección del contrato por las partes, así como la implementación correspondiente en el programa de ejecución"[37].

5. Perfiles del contrato marco

La breve reseña efectuada hasta aquí demuestra que es posible verificar la actuación del contrato marco en diferentes áreas contractuales, ligadas con intereses comerciales, familiares y tecnológicos.

En esos ámbitos fue configurando su propia tipicidad social, la que permite trazar una caracterización jurídica diferente de las modalidades, institutos o figuras contractuales próximas. Este rasgo también se predica en el derecho comparado, pese a su incipiente tipicidad legal, que se manifiesta de modo relevante en Francia a partir de la citada reforma al *Code* de Napoleón.

La tipicidad es un instrumento intelectual que posibilita afirmarla de "[…] una conducta, cosa o concepto cuando pueden subsumirse en el tipo, es decir, cuando se constata la coincidencia en los caracteres esenciales"[38].

Vale la pena aclarar, en miras de delimitar adecuadamente los conceptos, que aquí se alude a la tipicidad en un sentido amplio, más allá del servicio que ésta habitualmente cumple en relación a los llamados tipos contractuales (art. 970, CCC). El sentido que aquí se emplea es semejante al que se usa en otros campos, como cuando se alude, por ejemplo, a la tipicidad de los derechos o de los bienes[39].

La atipicidad legal del contrato marco no desconoce que pueda interactuar con la tipicidad de los contratos especiales a cuya disposición opera. Entre nosotros, este es un fenómeno que requiere de una atención particular luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. En otros casos, el contrato marco aparecerá ligado a contratos innominados.

37. Vega Vega, José-Antonio, "Instrumentos electrónicos de pago y smart contracts", en Bueno de Mata (Director) – González Pulido, Irene (Coordinadora), *Fodertics 7.0. Estudios sobre Derecho Digital*, ob. cit., pp. 522 y 523.

38. Nicolau, Noemí L., *Fundamentos del Derecho Contractual*, ob. cit., pp. 170 y 171.

39. Lorenzetti, Ricardo L., *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, p. 65, La Ley, 2016.

La experiencia económica y social existente sobre el contrato marco posibilita indicar las siguientes notas caracterizantes:

– existencia de un contrato perfeccionado, que se proyecta sobre una pluralidad de contratos –el o los contratos de aplicación–;
– tiempo de duración como componente esencial, expresado en una secuencia de negocios;
– finalidad global;
– obligación de contratar –al menos como regla– los futuros negocios considerados en el acuerdo, a cargo de una o ambas partes del contrato inicial.

Se trata de extremos aceptados, salvo el último de los nombrados, sobre el cual recae una de las polémicas principales.

De este modo, y como se ha dicho con bastante justeza, la figura expresa una apertura a la vida de los negocios que usualmente aconseja a las partes proceder por etapas, definiendo en un primer momento el marco o cuadro inicial, que actúa como la moldura que delimita la globalidad de operaciones económicas pretendidas[40].

La reforma francesa lo confirma –en general–, en cuanto su artículo 1.111 recuerda: *"Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats de d'aplication en précisent les modalités d'exécution"*. La norma se complementa luego con el artículo 1164 –ubicado al tratar del objeto–, que dice: *"Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilateralmente par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixacion du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat"*[41]. Se trata de una

40. Guimarães, Maria R. D. A. G. S., *O contrato-quadro no âmbito da utilizaçäo de meios de pagamento electrónicos*, ob. cit., pp. 158 y 159.

41. Dissaux, Nicolas – Jamin, Cristophe, *Réforme du Droit des Contrats, du régimen général et de la preuve des obligation (Ordonnance nª 2016 – 131 du 10 février 2016). Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, ob. cit., pp. 11 y 59; las traducciones serían las siguientes: "El contrato marco es un acuerdo por el cual las partes convienen las características generales de sus futuras relaciones contractuales. Los contratos de aplicación especifican los métodos de ejecución" (art. 1.111); "En los contratos marco se podrá acordar que el precio será fijado unilateralmente por una de las partes, con la condición de que justifique el monto

regulación flexible, en sintonía con los aportes de la doctrina francesa[42].

En miras de justificar los contornos que hemos propuesto, es tiempo de recordar las principales definiciones que se han aportado en el derecho comparado, previo a destacar que la figura se presenta con una pluralidad de denominaciones, más o menos comunes, que comenzaron a utilizarse en la primera mitad del siglo XX.

En España se alude a contrato marco; en Francia, a *contrat-cadre*; en Portugal, a *contrato-quadro*; en Alemania, a *rahmenvertrag*; y en Italia, a *contratto di coordinamento*.

La obra clásica sobre la materia es del francés Jean Gatsi, quien recuerda el concepto brindado por Jean-Marc Mousseron y Alain Seube, para quienes el *contrat-cadre* constituye un contrato encaminado a precisar las principales reglas con las cuales serán tratados rápidamente los acuerdos en el futuro. Ello lleva a decir a Gatsi que el contrato cuadro es un contrato flexible que responde a situaciones contractuales complejas, y que está dirigido a anticipar la conclusión –posible y rápida– de los contratos de aplicación[43].

En similar orientación, Maria Guimarães, en Portugal, señala que el *contrato-quadro* se desenvuelve como una figura de corte sin-

---

en caso de controversia. En caso de abuso en la fijación del precio, el juez puede incautar una solicitud tendiente a obtener daños e intereses y si es necesario la resolución del contrato" (art. 1.164). Los textos transcriptos no fueron modificados por la Ley N° 2018-287 del 20 de abril de 2018, que ratificó la Ordenanza antes indicada. Acerca de esta figura se ha dicho que la reforma francesa ha incorporado una "categoría nueva"; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las disposiciones generales: coincidencias y diferencias", *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2019 (edición especial), Cita Online: AR/DOC/240/2019.

42. Respecto al contrato marco, se sostuvo que su expansión, especialmente en el derecho de distribución, exigió su consagración en el *Code Civil*, y que el artículo 1.111 es un poco evasivo; Dissaux, Nicolas – Jamin, Cristophe, *Réforme du Droit des Contrats, du régimen général et de la preuve des obligation (Ordonnance nª 2016 – 131 du 10 février 2016). Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, ob. cit., p. 13.

Existen también otras definiciones legales pero referidas a relaciones contractuales concretas. Así, la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de noviembre de 2007, "sobre servicios de pago en el mercado interior", al definir sus alcances en el artículo 4º, inciso 12, afirma: "[…] 'contrato marco': un contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas y que puede estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones".

43. Gatsi, Jean., *Le contrat - cadre*, ob. cit., pp. 3 y 304.

gular, organizadora (o potenciadora) de una larga y compleja relación de negocios a la cual sirve de referencia, cumpliendo objetivos dispares que van desde la integración económica de una de las partes en el proceso productivo de la otra hasta la simple definición anticipada de los requisitos para observar en la contratación posterior[44]. Luego, en el desarrollo de su obra –y efectuando cierto paralelismo con los debates que en Italia se han dado sobre el contrato normativo–, distingue al *contrato-quadro* en unilateral o externo, o bilateral o interno. En el primer caso, los contratos proyectados ligan a una de las partes con un tercero, en tanto que en el segundo supuesto obliga a ambas partes a contratar en el futuro entre sí, de acuerdo al plan convenido[45].

En España, Soro Russell afirma que la conclusión de un contrato marco "[…] parece encaminarse principalmente a la celebración de una contratación futura de carácter patrimonial, esto es, que implique una intercambio de bienes o servicios entre las partes"[46]. Más recientemente, y con motivo de un estudio sobre el contrato de suministro, se ha dicho que "[…] el contrato marco es una modalidad contractual a través de la cual las partes diseñan un entramado de contratos con una estructura singular que puede afirmar que nos encontramos ante un fenómeno que va más allá de la mera conexión contractual y que, sobre todo, les permite canalizar toda una serie de relaciones contractuales a lo largo de un período de tiempo de duración no necesariamente determinada o determinable y de manera lo suficientemente flexible en aras de poder adaptarse en cada momento a las concretas necesidades"[47].

44. Guimarães, María R. D. A. G. S., *O contrato-quadro no âmbito da utilizaçäo de meios de pagamento electrónicos*, ob. cit., p. 15.

45. Ídem, p. 143. En este punto puede constatarse la utilización de los criterios empleados por la doctrina italiana respecto del "contrato normativo"; Messineo, Francesco, "Contratto normativo e contratto tipo", *Novisimo Digesto Italiano*, dirigido por Antonio Azara e Ernesto Eula, p. 122, Unione Tipográfico - Editrice Torinese, 1959.

46. Soro Russell, Olivier, "Los contratos como fuente de normas. Contrato marco, contratos normativos y contratos de colaboración", ob. cit., p. 329.

47. Castillo Parrilla, José A., *El contrato marco de suministro. Un contrato flexiseguro*, ob. cit., pp. 50 y 51. Este autor propone, además, un distingo interesante al diferenciar entre contrato marco base y contrato marco propiamente dicho. El primero expresa la relación inicial o de origen, y el segundo, la estructura grupal que liga al contrato base con los contratos de aplicación; ob. cit., p. 51.

En Italia, y con anticipación a los citados estudios, Vittorio Salandra señalaba que los contratos de cuenta corriente, apertura de crédito, concesión y algunas variantes del suministro podían ser considerados como supuestos de encuentro entre el contrato normativo y el contrato preliminar, ámbito en donde situaba a los *contratti di coordinamento*, cuya función radica en preformar y organizar el desarrollo y la continuidad de las relaciones futuras, cuya constitución es obligatoria al menos para una de las partes, de acuerdo con un esquema establecido[48]. Lo hacía efectuando una crítica al tratamiento aislado que dichas figuras habían merecido para excluirlos de los contratos preliminares y de los normativos. El pensamiento de Salandra expresa una particular riqueza, puesto que rechaza tanto a las corrientes dogmáticas, que observan a estos negocios exclusivamente desde la perspectiva del contrato inicial, cuanto a las que lo hacen mirando aisladamente a los diferentes tramos del acuerdo[49]. El *contratto di coordinamento* se presenta, así, como una categoría genérica que no pertenece a un tipo contractual específico[50]; por ello entendía que el cumplimiento de los contratos de aplicación no podía suponer la extinción del contrato marco, sino, antes bien, su cumplimiento parcial[51].

6. La polémica en torno a si el contrato marco tiene como nota caracterizante la obligación de contratar

Dentro de los límites de este breve estudio, se enfatiza sobre el difícil problema de determinar si la obligación de contratar los negocios de aplicación previstos en el contrato marco constituyen, o no, una nota caracterizante del mismo.

Una muestra de la significación del tema se constata en el contenido de algunas obras especiales sobre la materia, que giran en torno a este eje. Por ejemplo, el ya citado estudio de Gatsi señala

48. "Contratti preparatorii e contratti di coordinamento", ob. cit., pp. 24 y sigs.
49. Ídem y página siguiente.
50. Ibídem, p. 29.
51. El citado autor dice textualmente: *"La formazione dei singoli contratti previsti costituisce adempimento parziale, ma non estinzione del contratto di coordinamento, il quale resta in vigore fino ad esaurimento del limite di quantitá o di tempo eventualmente previsto"*; ob. cit., p. 30.

que este debate conduce a lo que él denuncia como la tentación del análisis dualista de la categoría, distinguiendo entre *contrat-cadre*, sin o con obligación de contratar. En el primer caso, el acuerdo contendría reglas que se aplicarán únicamente si los contratantes deciden concluir los contratos de aplicación, ya que ellos no quedarían obligados a celebrar los contratos previstos, sino solamente a regir sus relaciones futuras; permanecerían en el marco de una eventualidad, de modo que solo los contratos futuros podrían ordenar válidamente la creación de derechos y obligaciones[52]. En cambio, en la segunda variante, el contrato marco produciría efectos concretos al hacer a las partes responsables de ciertos compromisos inmediatos. En opinión del autor, la perspectiva dualista de la categoría impide una consideración unitaria del fenómeno, y, por tanto, tal análisis le parece superficial, en la medida en que no explica la originalidad del compromiso asumido por los contratantes. En especial, cuestiona que no se reconozca que aún el *"contrat-cadre sans obligations de contracter"* produce los efectos de un auténtico contrato[53].

El mismo sendero sigue Guimarães[54], para quien el *contrato-quadro* constituye una figura con matices muy ricos, que aminoran la importancia del debate si contienen o no la obligación de contratar los futuros negocios de aplicación. Califica a la visión contraria como maniqueísta y reductora de sus presupuestos. En la búsqueda de una identidad superadora sostiene algunas paradojas: el contrato marco se contrapone con el contrato único de ejecución sucesiva o continuada, más allá de ser un contrato de duración; y se diferencia de los acuerdos preparatorios, sin dejar de preparar los sucesivos contratos que las partes puedan celebrar entre sí o con terceros en el futuro[55]. Más aún, ingresando de lleno en su naturaleza jurídica, reconoce su esencia contractual, que en algunas oportunidades contiene una obligación de contratar, y en otras no. En esta última especie, y frente al dilema que presenta su diferenciación con el contrato normativo,

52. Gatsi, Jean., *Le contrat - cadre*, ob. cit., p. 118.

53. Ídem, pp. 126 y sigs.

54. En la nota N° 373 –p. 137–, la autora expresa su concordancia con el pensamiento de Gatsi, en cuanto afirma *"[...] que uma noção de contrato-quadro que se baseia unicamente na naturaleza da obrigação asumida pelos contraentes não tem devida conta a especificidade do acordo de vontades"*; *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, ob. cit.

55. Guimarães, Maria R. D. A. G. S., *O contrato-quadro no âmbito da utilização de meios de pagamento electrónicos*, ob. cit., p. 137.

precisa que éstos son planeados en un contexto de mera eventualidad, en tanto que en el *contrato-quadro* se registra un programa detallado del futuro, pensado en el devenir de vínculos que no son de mera contingencia[56].

Incluso otros autores llegan a postulaciones equivalentes desde la óptica del contrato normativo. Para ello, parten de aceptar que "[…] todos los contratos-marco serían contratos normativos pero la afirmación inversa no sería cierta: no todos los contratos normativos serían contratos-marco"[57]. Y con ese razonamiento ven a éste como una figura contractual con efectos particulares, que produce consecuencias inmediatas y obligatorias para las partes, independientemente de constreñir o no –según los casos– a la formación de los contratos de aplicación.

Sin embargo, ninguna de las posturas reseñadas niega que existen sólidas opiniones que predican que el contrato marco tiene como nota o elemento constitutivo o caracterizante la obligación de celebrar los contratos de aplicación[58]. Más aún, el citado artículo 1164 del Código Civil francés reformado intenta superar –al menos en parte– el problema dando validez –en fase de ejecución– a la cláusula de fijación unilateral del precio por una de las partes.

El clásico estudio del Profesor Salandra afirmaba que el *contratto di coordinamento* tiene efecto inmediato, y genera una obligación unilateral o bilateral de establecer relaciones, lo que requiere la determinación del o de los tipos de los negocios de aplicación, más allá de que se posponga para una determinación adicional de las partes la fijación de algunos elementos cuantitativos o cualitativos de las prestaciones a los que dan lugar[59].

Al precisar las notas caracterizantes de la figura hemos adelantado una postura concordante a la citada anteriormente, y creemos

56. Ibídem, pp. 138 y sigs.

57. Soro Russell, Olivier, "Los contratos como fuente de normas. Contrato marco, contratos normativos y contratos de colaboración", ob. cit., p. 329. Desde ese posicionamiento, el citado autor sostiene: "[…] a diferencia de lo que suele ocurrir en el precontrato, donde las partes –una de ellas o ambas– se obligan a concluir el contrato proyectado, en los contratos normativos la conclusión de los actos proyectados suele ser facultativa, dependiendo en cada momento de las necesidades de las partes"; ob. cit., p. 316.

58. Guimarães, Maria R. D. A. G. S., *O contrato-quadro no âmbito da utilizaçäo de meios de pagamento electrónicos*, ob. cit., nota N° 121, p. 64.

59. "Contratti preparatorii e contratti di coordinamento", ob. cit., p. 24.

que para dilucidar este debate no resulta neutral la situación concreta de cada negocio particular dentro de la cual opera el respectivo contrato marco. Por ejemplo, en el ámbito de los servicios financieros o bancarios, es frecuente que la obligación de contratar sea contingente o potencial, sin que la perspectiva que aporta el contrato cuadro se vea afectada, a diferencia de lo que acontece en otras operaciones jurídicas.

7. A modo de conclusión

De conformidad a los señalamientos que anteceden, se concretan las siguientes afirmaciones a modo de conclusión:

1. El contrato marco suele operar con frecuencia en la práctica de los negocios, en donde los contratantes recurren a él en ejercicio de la autonomía de la voluntad, en miras de organizar acuerdos que conciernen a pluralidad de contratos, presentes y futuros. La secuencia principia con un contrato inicial que actúa como cuadro de referencia, y que se vale de cláusulas que intentan articular al negocio en su conjunto. Es una expresión tangible de cómo el mercado va moldeando al contrato, o si se prefiere, una muestra de los aportes que la teoría del contrato recibe de la praxis para proveer a su explicación dogmática. A la inversa, el contrato marco puede ser visto como una importante contribución conceptual para el desarrollo de los negocios.

2. Se desenvuelve en diferentes áreas negociales, ligadas con intereses comerciales, familiares y tecnológicos. En esos ámbitos fue conformando su propia caracterización jurídica, diferente de las modalidades, institutos o figuras contractuales próximas. Por ello constituye una categoría general que opera a través de diferentes tipos contractuales, nominados o innominados.

3. En el Código Civil y Comercial no existen reglas generales sobre el contrato marco. Lo mismo sucedía en el Código Civil y en el Código de Comercio derogados. La falta de toda referencia expresa se ve mitigada por la autonomía de la voluntad, las prácticas y usos del mercado, las reglas y principios generales que moldean y contextualizan a la figura de un modo más completo a lo que sucedía en el régimen anterior, como también la existencia de algunas reglas especiales relativas a los contratos típicos.

EL DERECHO AL CONSUMO SUSTENTABLE. EL NECESARIO PUENTE QUE UNE EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

Walter Fernando Krieger*

Sumario: I. Introducción. 2. La reforma constitucional de 1994. Los nuevos derechos y garantías de los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional. 3. El texto del artículo 1094 del CCyCN. La noción de consumo sustentable. 4. Implicancias prácticas de la aplicación del principio de "consumo sustentable" a las relaciones jurídicas. 4.1. La protección del medio ambiente no debe recaer únicamente en los consumidores. 4.2. Las acciones judiciales de consumo como herramientas de cumplimiento del principio de "consumo sustentable". 4.3. La aplicación de daños punitivos por infracción al principio de "consumo sustentable". 4.3.1. La inconstitucionalidad del tope del artículo 52 bis. 4.3.2. El tope fijado en el artículo 52 bis es por cada uno de los afectados y no por cada hecho en particular. 5. Conclusiones.

I. Introducción

Cuando a principio de la década de 1960 se produce el cambio del capitalismo de producción al capitalismo "de consumo", nació también una nueva forma en que las sociedades se vinculan entre ellas.

* Doctor en Derecho con orientación en Derecho Privado (UCES). Posgraduado en Derecho y Emergencia Económica (U. Menéndez Pelayo, A Coruña, España). Profesor pro-titular de Derechos del Consumidor (UCA). Director de la sección de Derecho del Consumidor de El Derecho.

En efecto, esta nueva "sociedad de consumo", tal como lo explica Bauman, dio lugar a vínculos "líquidos", caracterizados por su mutabilidad y poca firmeza.

Similar observación generó la Iglesia Católica a través de la encíclica papal *Laudato Si'*.

Ahora bien, estos nuevos vínculos se cobijaron, también, a partir de un nuevo vínculo entre los sujetos y el mercado; con la sociedad de consumo, no nace el consumidor como sujeto del mercado, sino que ha variado su rol.

En efecto, la existencia de sujetos denominados "consumidores" –entendidos como los destinatarios de los bienes y servicios que se introducen en el mercado– es tan antigua como la existencia de la economía organizada de la sociedad.

A los consumidores los encontramos mencionados por Cicerón, por Marx, por Adam Smith, por Locke y hasta por Alberdi y Sarmiento en nuestras tierras.

La novedad que trae la "sociedad de consumo", entonces, es el cambio de sujetos pasivos del mercado, a asumir los consumidores el rol activo; la riqueza dejó de generarse en función de la producción y pasó a obtenerse en función, justamente, del consumo; en el entendimiento de que la necesidad de consumir se impone como una "sierra sin fin" que permitiría la perpetuidad del sistema hasta el infinito.

Para producir el cambio de paradigma, el capitalismo recurrió a tres grandes pilares: 1) la readecuación del rol del "*marketing*", 2) el crédito y 3) la aplicación de la noción de "obsolescencia programada" a todos los bienes y servicios existentes en el mercado.

Más de sesenta años después del inicio de esa transformación estructural de las sociedades occidentales, podemos ver que los resultados imponen una necesidad de profundos cambios, en tanto, las consecuencias empiezan a poner en crisis a las sociedades.

En este sentido, nos ocuparemos en el presente trabajo, principalmente, no sólo de la "obsolescencia programada", sino también de cómo la noción de ir hacia una idea de "consumo sustentable", que se enuncia como uno de los derechos de los consumidores en el artículo 1094 del CCyCN, importa repensar la forma en la que consumimos y la manera en la que los productos son introducidos en el mercado.

2. La reforma constitucional de 1994. Los nuevos derechos y garantías de los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional

Mucho se ha escrito en la doctrina sobre el análisis del contenido de los nuevos derechos y garantías que incluyó la reforma constitucional de 1994, analizando en forma separada el contenido de los artículos 41, 42 y 43 de la Carta Magna.

Sin embargo, entendemos que el análisis principal sobre ese bloque de derechos debe realizarse en la forma en que lo expresa Gelli; ello es, entendiendo a los tres artículos como un mismo bloque de derechos que deben ser analizados y aplicados en forma conjunta[1].

En igual sentido a lo señalado por la autora ya se habían expresado los convencionales constituyentes, señalando que estos, por entonces "nuevos", derechos y garantías eran parte de un mismo bloque.

A partir entonces, de esta interpretación en conjunto de este bloque de derechos constitucionales es que podemos empezar a señalar la existencia de vasos comunicantes entre el derecho a un ambiente sano (art. 41), los derechos de los consumidores y usuarios (art. 42) y la manera de hacer efectivos esos derechos a través del amparo –tanto individual como colectivo– en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Así, en esta confluencia de derechos, encontramos que el constituyente, ya desde el año 1994, ha venido afirmando que el acceso al consumo debe realizarse en forma "sustentable".

Ahora bien, como veremos más adelante, la noción de "sustentabilidad" tiene varias acepciones; en efecto, lo "sustentable" no es únicamente aquello que es compatible con el medio ambiente, sino, también, incluye la "sustentabilidad económica", del mismo lo que importa que el consumo no provoque situaciones de sobreendeudamiento.

Esta noción de un derecho de los consumidores de acceder a un consumo "sustentable" fue incorporada en el texto del artículo 1094 del CCyCN, lo que tornará en un derecho operativo aquello que fue señalado en el diseño constitucional.

1. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada*, pp. 605 y sigs. La Ley, 4ª ed., 2011.

3. El texto del artículo 1094 del CCyCN. La noción de consumo sustentable

Explica Stiglitz lo siguiente: "La interrelación entre consumo y medio ambiente plantea una influencia concreta y relevante, entre el comportamiento del consumidor y la preservación de los recursos naturales. Así como determinados hábitos no sustentables de consumo inciden perjudicialmente sobre el medio ambiente, por el contrario, una orientación ecológica del consumidor es idónea para producir resultados positivos en la tutela ambiental"[2].

Surge entonces de lo referido que la noción de "consumo sustentable" importa la coordinación de las conductas de consumo y los métodos de producción, de modo tal que unos y otros se lleven a cabo en formas compatibles con el medio ambiente.

Ahora bien, sin lugar a duda, este precepto ha sido incorporado en nuestra legislación con el alcance de *principio general*, que impone la obligación de subsumir las interpretaciones del Derecho al mismo, causando una sumisión del derecho individual al colectivo, tal como expresamente lo ordena el artículo 14 del CCyCN.

Así lo explica claramente Méndez Acosta, al decir: "[…] el principio de sustentabilidad habrá de funcionar como un mandato, que nos interpela a todos –como ciudadanos– a conformar nuestras pautas sociales a dicho barómetro, aunque, en paridad, el mismo no precisa lo que se debe hacer en relación a un supuesto de hecho en particular, sino más bien como una manda que debe ser seguida de la mejor manera posible […]"[3].

La incorporación a la que nos hemos estado refiriendo fue materializada en el año 2015 con la sanción del CCyCN, en cuyo artículo 1094 se establecieron como pautas de "interpretación y prelación normativa" aplicables a las normas que regulan las relaciones de consumo, las de "protección del consumidor" y "acceso al consumo sustentable".

En el análisis de dicho artículo, Hernández y Fustragli han concluido que "la actuación de dicho principio, como bien ha sido señalado, se desplegará en diversos ámbitos como la interpretación del

2. Stiglitz, Gabriel, en Stiglitz, Gabriel; Hernández Carlos, *Tratado de Derechos del Consumidor*, T. 1, p. 320, La Ley, 2015.

3. Méndez Acosta, Segundo, en Krieger, Walter F. (dir.), *Prácticas abusivas en el Derecho del Consumidor*, p. 145, El Derecho, 2018.

negocio de consumo, el deber de informar que deberá comprender información que posibilite al consumidor efectuar elecciones acordes a la preservación del ambiente (v. gr., carácter transgénico del producto, uso de agroquímicos para su obtención), en la caracterización de la publicidad abusiva, etc.”[4].

Por lo tanto, podemos afirmar, sin lugar a duda, que hemos incorporado en nuestro ordenamiento un principio general que deberá cambiar la manera en la que funcionan las relaciones de consumo.

Asimismo, y tal como lo expresan las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de La Plata en el año 2015, el principio de “consumo sustentable” no se limita a ser una mera pauta interpretativa, sino que, además, es una regla de aplicación concreta[5].

En este mismo sentido, los Anteproyectos de Código de Protección del Consumidor, actualmente en discusión en nuestro parlamento, siguen los lineamientos del texto del artículo 1094 del CCyCN, ratificando la plena vigencia del principio de “consumo sustentable”.

4. Implicancias prácticas de la aplicación del principio de “consumo sustentable” a las relaciones jurídicas

Sin lugar a duda, la consecuencia más directa de la aplicación del principio del consumo sustentable a las relaciones de consumo redundará en la rotulación de “ilícitas” a las prácticas efectuadas por los proveedores que atenten contra el mismo[6].

Esta afirmación no resulta para nada menor, puesto que de ella se derivan varias consideraciones.

4. Hernández, Carlos y Fustragli, Sandra, en Garrido Cordobera, Lidia M. R.; Borda, Alejandro; Alferillo, Pascual (dir.); Krieger, Walter F. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, T. 2, p. 360, Astrea, 2015.

5. Ver “Conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, disponible en: http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-6.pdf.

6. Ídem.

4.1. La protección del medio ambiente no debe recaer únicamente en los consumidores

En efecto, si consideramos que son "ilícitas" las conductas de los proveedores que atenten contra el principio de consumo sustentable, en el fondo, se está reconociendo el deber de estos de ajustar sus conductas en la elaboración, distribución y comercialización de los bienes y servicios a dicho mandato.

Esta perspectiva permite juzgar desde el Derecho del Consumidor, y con aplicación de todo su plexo normativo, las prácticas comerciales que fomenten la obsolescencia programada y programática de los productos, las que efectúen procesos de elaboración contaminantes y con descuido al medio ambiente, el ocultamiento de información ambiental, el disimulo de la misma o las invocaciones del tipo "no daña al medio ambiente" que sean falsas, entre otras.

Queda en evidencia, entonces, que las conductas de "consumo sustentable" que quedan en cabeza de los consumidores deberán alcanzarse mediante su educación al respecto; mientras que las que se encuentran en cabeza de los proveedores –tal como veremos más adelante– podrán ser exigidas judicialmente, inclusive, a través de procesos colectivos.

Por otro lado, esta afirmación categórica despeja el mito que delegaba la protección del ambiente únicamente en el accionar del consumidor, como si el cese del uso de bolsas descartables de supermercado, la eliminación de los sorbetes plásticos, entre otras, fueran verdaderas políticas de protección, y no una justificación para la reducción de costos de los proveedores.

4.2. Las acciones judiciales de consumo como herramientas de cumplimiento del principio de "consumo sustentable"

Si consideramos las prácticas comerciales contrarias al "consumo sustentable", como conductas ilícitas –ello es, contrarias al ordenamiento jurídico vigente–, de ello podemos inferir que las acciones contempladas en el artículo 53 de la LDC, tanto individuales como colectivas, resultan válidas para exigir su cumplimiento.

En este contexto, entendemos que dichas acciones pueden ser promovidas por el consumidor individual, tanto en procura de tutelar

su derecho personal, como pretendiendo representar a otros individuos también afectados por la conducta cuestionada, y también por las asociaciones de defensa del consumidor, el Ministerio Público Fiscal y el Defensor del Pueblo.

Ahora bien, en cuanto al tipo de proceso del que se trate, dependiendo del derecho tutelado, será procedente tanto un amparo, como una tutela preventiva, como un proceso genérico de declaración de existencia de responsabilidad civil.

En este sentido, cabe recordar que el texto del artículo 53 de la LDC habilita la interposición de las acciones judiciales frente a la "amenaza o afectación" de los derechos de los consumidores y usuarios.

Así dadas las cosas, el consumidor no necesita esperar a que la práctica que cuestione consolide la afectación a la "sustentabilidad"; bastará su amenaza efectiva, y en una relación de causalidad adecuada, para que pueda peticionar al juez en los términos de los artículos 1711 a 1713 del CCyCN.

En este mismo sentido, el ejercicio del diálogo de fuentes que manda el artículo 1º del CCyCN, importa congeniar las normas de protección de los consumidores y usuarios, con las leyes de protección del ambiente, como ser la Ley General del Ambiente Nº 25.675.

Al realizarse esta integración de normas, ello es, su aplicación yuxtapuesta, encontramos que en materia de protección ambiental rige el texto del artículo 4º de la Ley Nº 25.675, que consagra el principio de "precaución" en materia ambiental, señalando:

> "Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

Se produce, entonces, en materia de prácticas ilícitas que afecten el principio de "sustentabilidad ambiental", la imposición de conductas para "evitar la degradación ambiental".

Señala Compiani que estas medidas deben ser adoptadas siguiendo el principio de "proporcionalidad"[7].

7. Compiani, Fabiana, en Santarelli, Fulvio; Chamatrópulos, D. Alejandro (dir.), *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, p. 498, La Ley, 2019.

Esta noción de "proporcionalidad", desde nuestra óptica, importa un doble análisis: económico y de razonabilidad.

El análisis "económico", entendemos, se resuelve mediante la aplicación del teorema de Hand, por el cual se debe ponderar el costo de la conducta a imponer, la extensión del daño a evitar y la probabilidad de que el mismo ocurra.

Así, se deberán ponderar las tres variables para procurar el equilibrio, variando entre el extremo de un alto costo para evitar un daño insignificante, y de poca probabilidad de ocurrencia, y el otro de un bajo costo para evitar un daño significativo con altas probabilidades de ocurrencia.

Por otro lado, en cuanto al tipo de medidas que pueden adoptarse, señala también Compiani[8] que ellas pueden ser: a) la exigencia de transparencia en la difusión de los riesgos potenciales; b) la prohibición de comercializar ciertos productos o desarrollar ciertas actividades potencialmente riesgosas; c) promover una profundización de los estudios científicos a los fines de evaluar más acabadamente los riesgos; d) imponer la información obligatoria al consumidor de determinados aspectos; e) alentar la búsqueda de soluciones alternativas más seguras.

En último orden, hemos de señalar que en todo proceso que busque prevenir, hacer cesar o morigerar la ocurrencia de hechos que afecten la sustentabilidad ambiental, el juez posee amplias facultades, no rigiendo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1713 del CCyCN, el principio de congruencia, sino los principios de "eficacia", "razonabilidad" y "menor restricción de derechos".

A su vez, la aplicación de estas medidas preventivas, o precautorias, según el caso, pueden ser adoptadas a pedido de parte –siendo legitimados activos los enunciados en el art. 53 de la LDC–, o de oficio por el magistrado conforme las facultades que le confiere expresamente el artículo 1713 del CCyCN.

4.3. La aplicación de daños punitivos por infracción al principio de "consumo sustentable"

Siendo una práctica comercial "ilícita" la afectación al principio de consumo sustentable, no caben dudas entonces de que se le podrá

8. Compiani, Fabiana, ob. cit.

aplicar, a quien la comete, la sanción que dispone el artículo 52 bis de la LDC, en la medida en que se encuentren reunidos sus requisitos de procedencia.

En efecto, y tal como hemos sostenido en trabajos anteriores[9], la consagración del principio de la sustentabilidad del consumo constituye un puente entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Ambiental que permite, no por aplicación analógica, sino por aplicación directa, la imposición de una sanción punitiva al proveedor que, actuando con claro menosprecio por este principio, lo violenta.

Ahora bien, no podemos dejar de señalar que el artículo 52 bis plantea un enorme escollo para la efectividad de la función disuasiva de las prácticas comerciales aquí cuestionadas, en tanto, en la mayoría de las veces, la afectación al medio ambiente deviene de conductas que importan enormes ahorros de dinero a los proveedores.

Ante este escenario, el tope de cinco millones de pesos, que se aplica por remisión al artículo 47 de la LDC, ciertamente, invita a los proveedores a hacer caso omiso a la amenaza impuesta por la ley; dado que aún en el caso en que un Tribunal decidiera la aplicación del tope máximo, casi seguro que éste representará sólo un pequeño costo frente a la enorme ganancia que genera la conducta sancionada.

No podemos dejar de apuntar que resulta auspiciosa en este tópico la propuesta de regulación de los daños punitivos que señalan los proyectos de Código de Protección del Consumidor actualmente en debate en el Congreso de la Nación; por cuanto la sustitución del tope por un piso mínimo elevado y la eliminación del monto máximo permitirán a los magistrados graduar la pena en función de la gravedad de la conducta, considerando situaciones tales como ganancias obtenidas (si las hubiere), extensión de los daños causados, resultado de los balances de las empresas sancionadas, etc.; de modo que el daño punitivo cumpla con su verdadero rol de constreñir al proveedor a respetar los derechos consagrados a favor de consumidores y usuarios.

Sin embargo, a la espera de que el Congreso tome las medidas pertinentes para la sanción de los Códigos, debemos pensar cómo interpretar adecuadamente el instituto de los daños punitivos, de modo

9. Krieger, Walter F.; Jalil, Julián E., *Responsabilidad contractual y extracontractual*, p. 451, Astrea, 2020.

tal que pueda cumplir su función, principalmente, frente a conductas que causan severos daños ambientales.

Veamos algunas cuestiones en este sentido.

4.3.1. La inconstitucionalidad del tope del artículo 52 bis

En primer término, cabe preguntarse si no ha llegado el momento, en razón del (mal) funcionamiento de la economía argentina, si la reducción sustancial del tope que establece el artículo 42 de la LDC no ha derivado en la inconstitucionalidad del mismo.

Cabe recordar que en el momento de la sanción de la Ley Nº 26.361 (modificatoria de la Ley Nº 24.240) que introdujo el artículo 52 bis a nuestro ordenamiento, la cotización del dólar estadounidense rondaba los $ 3,15[10]; o sea que los cinco millones de pesos representaban, tomando el tipo de cambio comprador del Banco de la Nación Argentina, un millón quinientos ochenta y siete mil dólares.

Al día en que se escribe este trabajo y tomando el mismo tipo de cambio –sin considerar los impuestos PAIS y la retención a cuenta de ganancias, y/o las cotizaciones "alternativas"–, la moneda estadounidenses cotiza a $ 126,50; de modo que los cinco millones de pesos equivalen a un poco menos de cuarenta mil dólares.

Más allá de la tristeza que debería despertar en el lector la palmaria depreciación de nuestra moneda, lo cierto es que resulta evidente que menos de cuarenta mil dólares no pueden de ninguna manera compeler a proveedores a modificar prácticas que importan o bien inversiones por varios millones de dólares, o bien ahorros gigantes.

Por otro lado, si nos posicionamos en la mirada del legislador del año 2008, parece ser que el tope que había dispuesto, en su momento, resultaría ser "razonable".

Ahora bien, tal como explica el maestro Sagüés[11], el principio de "razonabilidad" de las normas que emana del artículo 28 de la Constitución Nacional es mutable, de modo que una ley puede ser

10. Cfr. "Cotización dólar histórico año 2008 – Cotizaciones históricas del dólar en Argentina", disponible en: https://www.cotizacion-dolar.com.ar/dolar-historico-2008.php.

11. Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, T. 1, p. 354, Astrea, 2001.

razonable al momento de su sanción, y devenir irrazonable por el paso del tiempo.

Esta situación, además, en el caso de las sanciones punitivas, parece verse agravada si pasamos el monto máximo permitido por el tamiz de la "proporcionalidad de las penas", como lo propone la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo "*Campbell*"[12].

En efecto, en dicho precedente, el Máximo Tribunal de los Estados Unidos ha referido que los daños punitivos, al ser una sanción, se encuentran alcanzados por el principio de "proporcionalidad de las penas", de modo que deben corresponderse con la gravedad del daño causado.

Desde esta perspectiva, la noción de proporcionalidad funciona, frente a las penas, como un piso y como un techo para estas. Es igualmente desproporcionado condenar a un homicida a unos pocos días de arresto, como condenar a un simple hurto con una prisión perpetua.

Así, parecería ser, desde esta lógica, que un tope inferior a los cuarenta mil dólares ha perdido toda razonabilidad al ser desproporcionado por ser ínfimo, particularmente en los supuestos de las prácticas "no sustentables" que, como hemos referido, por lo general importan daños enormes, o cuanto menos, afectaciones masivas.

4.3.2. El tope fijado en el artículo 52 bis es por cada uno de los afectados y no por cada hecho en particular

Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, lo cierto es que el propio texto del artículo 52 bis permite una interpretación que extiende el tope en favor de cada uno de los afectados.

En efecto, siendo que el texto de la norma establece expresamente que el daño punitivo se debe fijar en favor del consumidor que lo peticiona, en los procesos colectivos podría entenderse que los mismos son a favor de cada uno de los miembros del colectivo.

Al ser ello así, el tope del daño punitivo debe considerarse en favor de cada uno de los beneficiarios, por cuanto una interpretación en contrario supondría una reducción del derecho de los otros miem-

12. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell, 538 US 408 (2003).

bros del grupo en beneficio del proveedor-infractor que se procura sancionar.

Nuevamente, observamos en los Proyectos de Código de Protección del Consumidor una solución interesante para estos supuestos, en tanto, además de eliminar los topes, indica que en los procesos colectivos, el destino de los daños punitivos puede ser el de la realización de acciones que permitan erradicar o mitigar los efectos de la conducta sancionada.

Así, por ejemplo, en una práctica ilegal, se podría condenar al proveedor no sólo a reparar el daño ambiental, sino también a invertir sumas de dinero significativas en la prevención de otros daños, educación, etc.

5. Conclusiones

A partir de todo lo hasta aquí señalado, podemos afirmar que el principio de acceso al consumo "sustentable" no sólo importa un nexo necesario entre el Derecho Ambiental y el Derecho del Consumidor, sino también un mandato claro que debe determinar la conducta de los proveedores respecto de los mecanismos de elaboración, distribución y comercialización de los bienes y servicios.

A su vez, su regulación expresa en el artículo 1094 del CCyCN, tal como se ha concluido en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, excede de una mera norma de interpretación, imponiéndose como una norma de aplicación con consecuencias prácticas.

Finalmente, resulta necesario recordar que, dado que la sustentabilidad importa alcanzar el desarrollo y bienestar del presente, sin comprometer el bienestar al que tienen derecho las generaciones futuras, resulta necesario alinear al ordenamiento jurídico para que, preservando el ambiente de hoy, las próximas generaciones tengan un mundo del que disfrutar.

CONJUNTOS INMOBILIARIOS PREEXISTENTES Y PROPIEDAD HORIZONTAL: HORA DE DAR SOLUCIONES DEFINITIVAS Y POSIBLES

Nelson G. A. Cossari*
y Leandro R. N. Cossari**

Sumario: 1. Los conjuntos inmobiliarios y la propiedad horizontal. 2. La adecuación de los conjuntos preexistentes. 2.1. La norma legal. 2.2. ¿Qué conjuntos inmobiliarios deben adecuarse y cómo se los identifica? 2.2.1. ¿Qué conjuntos deben adecuarse? 2.2.2 ¿Cómo se identifica si el conjunto inmobiliario es realmente el que pretende regular el capítulo del Código? 2.2.3. ¿Qué es adecuar? 2.2.3.1. Adecuar como transformar. 2.2.3.1.1. La constitucionalidad o no de la adecuación como mandato imperativo a transformar. 2.2.3.1.2. ¿Cómo se realizaría la transformación? 2.2.3.1.2.1. Transformación fuera de sede judicial. 2.2.3.1.2.2. Transformación en sede judicial. 2.2.3.2. Adecuación como adaptación. 3. Nuestra opinión: ¿Cómo cortar el nudo gordiano? 4. Conclusiones.

1. Los conjuntos inmobiliarios y la propiedad horizontal

Nunca hemos tenido dudas de que el régimen de la propiedad horizontal es el que mejor da cobijo a las llamadas urbanizaciones

* Doctor en Ciencias Jurídicas; exdecano de la Facultad de Derecho (UCA-Rosario); Director de carrera de Abogacía y Posgrados en Facultad de Derecho (UCA-Rosario); Profesor titular de Derechos Reales.

** Profesor adjunto de Derechos Reales (UCA-Rosario).

privadas[1] o conjuntos inmobiliarios –para usar la terminología del Código Civil y Comercial de la Nación–, denominación esta última a la cual se le ha debido agregar por la doctrina "propiamente dichos", a fin de salvar el reprochable método de llamar a una de las tres especies contempladas en el Código de igual manera que el género que las abarca.

Por eso, y sin dejar las críticas que merece casi todo el articulado del capítulo y que hemos vertido oportunamente en otros trabajos[2], consideramos un acierto cuando el artículo 2075, segunda parte, CCCN, dispone: "Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del Derecho Real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un Derecho Real de propiedad horizontal especial". Lo consideramos un acierto atento a que se acude a un régimen altamente consolidado en nuestro país, para regular una situación sustancialmente análoga, y que ha dado buenos resultados.

Puede considerarse criticable que no se permita la opción de someter estas urbanizaciones al régimen de los derechos personales, ello es una evidente limitación a la autonomía de la voluntad que resulta extraña a nuestra tradición jurídica, donde nunca se impidió que los interesados optaran por derechos personales o reales (v. gr., locación o usufructo). Tal limitación puede entenderse desde el punto de vista de la seguridad jurídica, al reservar una denominación, o la posibilidad de una forma de comercialización, a una determinada figura, evitando equívocos. Y si bien no se debería llevar a imponer la forma del derecho real a quien no desea someterse a la misma, a pesar de sus evidentes ventajas, la complejidad de relaciones en estos conjuntos hace aconsejable la aplicación del régimen de propiedad horizontal, y en definitiva, entra dentro del margen reservado a la prudencia del legislador.

Claro está que, ante esta opción, debió haberse optado por regular a estos como un capítulo especial dentro del derecho real de

1. Cossari, Nelson G. A.; Luna, Daniel G., "Las urbanizaciones privadas y el Derecho Real de propiedad horizontal", *El Derecho*, Tomo 204, p. 744.

2. Ver, especialmente, Cossari, Nelson G. A. y Cossari, Leandro R. N., en Alterini, Jorge H. (Director general) y Alterini, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, Cossari, Nelson G. A. (Director de los tomos IX y X), T. X, pp. 3 y sigs., La Ley, 3ª edición, 2019.

propiedad horizontal, evitando repeticiones inútiles e incluso algunas dudas sobre la aplicación directa de las normas de este instituto en todo lo no modificado. Por ello, las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil declararon de *lege ferenda* que:

> "Los denominados conjuntos inmobiliarios deben constituir un capítulo dentro de la propiedad horizontal" (Kiper, Cossari N., Corna, Puerta, Franchini, Vázquez, Guardiola, Alterini I., De Rosa C., Pepe, Bitar, Stachiotti, Alterini J. H., Boqué, Bressan, Cossari L. Daguerre, Dallaglio, De Rosa D., Fernández Hilda, Garay, Urbaneja, Linares, Lloyd, Luna, Farina, Navarro de Zavalía, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Pérez, Pedro, Chaves. La única disidencia fue expresada por Ruiz de Erenchun).

2. La adecuación de los conjuntos preexistentes

2.1. La norma legal

En los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del Código, la mora del legislador nacional en regular la realidad de los conjuntos inmobiliarios resultó en la dispersión de las figuras jurídicas a las que se recurrieron para dar cabida a una realidad no prevista; y así se aplicaron tanto derechos personales, como reales, o la combinación de ambos, en soluciones todas ellas observables.

El Código intentó dar solución a estos problemas en el debatido artículo 2075, tercera parte:

> "Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como Derechos Personales o donde coexistan Derechos Reales y Derechos Personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este Derecho Real".

No era lo que disponía el Anteproyecto, que a diferencia del texto legal vigente establecía que:

> "Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los Derechos como Personales o donde coexisten Derechos Reales y Personales".

El contraste entre la norma proyectada y la sancionada es evidente, pues, mientras la primitiva admitía la subsistencia de los conjuntos inmobiliarios configurados como derechos personales o donde coexistan derechos reales y personales, incluso posteriores a la sanción del código, la norma vigente dictamina la adecuación de los anteriores a las previsiones del capítulo de conjuntos inmobiliarios.

2.2. ¿Qué conjuntos inmobiliarios deben adecuarse y cómo se los identifica?

2.2.1. ¿Qué conjuntos deben adecuarse?

La primera cuestión estriba en determinar qué conjuntos deben "adecuarse".

Como bien se observó, en la norma "nada se dice sobre la conversión de los conjuntos inmobiliarios sometidos solo a algún derecho real, ya a la propiedad horizontal clásica o a la concurrencia de dominio con condominio"[3]. Pero otra doctrina, si bien advierte la duda en los casos en que los conjuntos inmobiliarios funcionan bajo el ropaje único de derechos reales, señala luego la necesaria conversión también en los casos en que el conjunto inmobiliario se encuentre sometido exclusivamente a derechos reales[4]. Respecto a los conjuntos ya afectados a propiedad horizontal a la época de la sanción del Código, la doctrina es bastante pacífica en considerar que no es necesaria su adecuación[5]; aunque también se ha propugnado una adaptación al nuevo ordenamiento, y desde ya, habrá que aplicarles asimismo las normas propias del capítulo de conjuntos inmobiliarios.

3. Alterini, Jorge H. y Alterini, Ignacio E., en Alterini, Jorge H. (Director general) y Alterini, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, Cossari, Nelson G. A. (Director de los tomos IX y X), T. X, p. 32, La Ley, 1ª edición, 2015.

4. Puerta de Chacón, Alicia y Negroni, María Laura, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", *La Ley*, 4/5/2016, AR/DOC/976/2016. En igual sentido: Kiper, Claudio M., "Algunas cuestiones en torno a los conjuntos inmobiliarios", TR *La Ley* AP/DOC/804/2017.

5. Kiper, Claudio M., "Algunas cuestiones en torno a los conjuntos inmobiliarios", TR *La Ley* AP/DOC/804/2017.

2.2.2. ¿Cómo se identifica si el conjunto inmobiliario es realmente el que pretende regular el capítulo del Código?

El primer tema a despejar es qué identificamos como conjuntos inmobiliarios, y la respuesta, aunque defectuosa, la da el artículo 2073: "Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales".

Puede entonces estarse a la realidad objetiva ayudada por la calificación que la autoridad administrativa le dio al complejo, si es que esta no controvierte aquella.

El artículo 2074 puede coadyuvar a su determinación dado que enuncia los elementos característicos de estas urbanizaciones, pero debe tenerse presente que muchas veces la desidia o imprevisión de los gestores de estos emprendimientos, en el caso de los preexistentes al Código, o la propia peculiaridad del conjunto inmobiliario, hace que no todos ellos concurran. Incluso un elemento que parecería tan definitorio como el cerramiento fue juzgado por las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil por unanimidad –incluyendo nuestro voto–, al expresar que "no es un requisito indispensable para la existencia de un conjunto inmobiliario (arts. 2074 y 2079)". Por tanto, debe juzgarse que estos elementos del artículo 2074 son solos indicativos –en el caso de los preexistentes– de la existencia de un conjunto inmobiliario, pero que no es necesario que concurran todo ellos. Basta, pues, que puedan ser encuadrados, conforme al sentido común, dentro del artículo 2073.

La excepción estaría dada por el caso de "cualquier otro emprendimiento urbanístico" que menciona el artículo 2073, donde debe haber una exigencia más prolija de las características que enumera el artículo 2074, a fin de descartar la aplicación *ab initio* o sobreviniente de la figura para casos tales como los de los *shoppings center* u otras situaciones que solo a martillazos podrían encajar dentro del esquema del Código para tales conjuntos.

2.2.3. ¿Qué es adecuar?

La desprolijidad del tercer párrafo del artículo 2075 lleva a la doctrina a discutir ampliamente sobre el mismo significado de "adecuar", sus alcances, la manera de hacerlo, y otros puntos. De ello nos ocuparemos en los próximos párrafos.

2.2.3.1. Adecuar como transformar

Puede decirse que la primera impresión fue que la norma indicaba la necesaria conversión de los conjuntos inmobiliarios preexistentes al régimen de propiedad horizontal.

Una porción de la doctrina entendió, así, la adecuación, como un imperativo que implica transformar la figura jurídica, convertirla en la de la propiedad horizontal especial, extendiendo los instrumentos y efectuando las inscripciones correspondientes.

Si se le da ese sentido a la disposición legal es lógico que se plantee si existe un plazo o no para la adopción de la forma jurídica de la propiedad horizontal especial. Así, se ha dicho que la norma no establece plazo para la adecuación, ni establece sanción para el caso que no se realice[6].

La falta de sanción ha llevado a decir a un autor que el deber de adecuación es una obligación natural[7]. Tal opinión obstaculizaría plantear la cuestión judicialmente ante la falta de acuerdo de los interesados.

Otros autores, en sentido diverso, entienden que la norma es inmediatamente operativa y que cualquiera de los integrantes del conjunto inmobiliario puede requerir la transformación del mismo en propiedad horizontal especial[8].

6. Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", TR *La Ley* AR/DOC/677/2015. En el mismo sentido, las conclusiones del XVIII Congreso de Derecho Registral (Santa Fe, octubre 2015); Bilvao Aranda, Facundo M., "Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios: regulación de los 'countries' y otros emprendimientos urbanísticos en el Código Civil y Comercial", *DJ*, 13/7/2016, 1, TR *La Ley* AR/DOC/1188/2016.

7. Fuster, Gabriel A., "¿Adecuación de los conjuntos inmobiliarios pre-existentes? A propósito del artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación", *LLC*, 2015 (noviembre), 1047 - DJ, 27/4/2016, 15, TR *La Ley* AR/DOC/3593/2015; Urbaneja, Marcelo E., *Propiedad Horizontal*, p. 13, El Derecho, 2016.

8. Puerta de Chacón, Alicia y Negroni, María Laura, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", *La Ley*, 4/5/2016, TR *La Ley* AR/DOC/976/2016.

Puerta de Chacón y Negroni, partiendo de esta tesitura, han analizado las distintas situaciones a transformar por aplicación de la norma en comentario. Respecto de los conjuntos inmobiliarios ya sometidos a propiedad horizontal dentro del régimen de la Ley Nº 13.512 entienden que, por ser superador el régimen del Código, debe aplicarse la nueva ley retroactivamente, pero sin que sea requisito modificar el plano de subdivisión y el reglamento. No consideran necesario una escritura de adecuación ni tampoco la escritura de obra nueva cuando las unidades sean construidas. Si los consorcistas quisieran, no obstante, adecuar el reglamento, las autoras entienden que es de aplicación el régimen de la propiedad horizontal común y tal reforma requerirá unanimidad en el caso de normas estatutarias, los dos tercios si se modifican cláusulas reglamentarias, y solo mayoría absoluta si lo único que se pretende es una modificación terminológica para que el registro tome razón de que se trata de un conjunto inmobiliario. Para aquellos conjuntos organizados como dominio más condominio con indivisión forzosa para los espacios comunes entienden que la escritura de adecuación requiere la concurrencia de todos los propietarios, dado que se modifica la naturaleza del derecho real, pero consideran factible recurrir al juez ante la falta de unanimidad, entendiendo que no rige el obstáculo del artículo 1896, atento a que la disposición del artículo 2074 autoriza al magistrado a imponer la forma de la propiedad horizontal especial, por ser ello de orden público. Asimismo, especifican que la resistencia de quienes se oponen puede ser abusiva si, de hecho, existiendo un reglamento en el conjunto sometido a la forma jurídica de dominio más condominio, en la práctica, son parte de un consorcio de hecho. Consideran además esta forma jurídica análoga cuando el conjunto se organiza como condominio con partición de uso de parcelas. En cuanto a los conjuntos inmobiliarios con formas asociativas, opinan que es el caso al que se refiere expresamente el artículo 2075. En tal supuesto, para la transformación entienden necesaria la decisión social conforme las previsiones del estatuto social, quedando libre la vía judicial si no se convoca a asamblea o existe una oposición no fundada o abusiva de la mayoría. Por último, cuando se trata de conjuntos inmobiliarios donde existe donación de calles al municipio y se ha permitido que se cierre el mismo y se controle el acceso por parte de los propietarios, quienes son los que se encargan de los servicios municipales piensan que los obstáculos para la aplicación de la trans-

formación son casi insalvables, atento la necesidad de desafectar bienes del dominio público. En tal caso, consideran que igualmente deben aplicarse en el funcionamiento las normas de la propiedad horizontal, incluyendo cobro ejecutivo de expensas, cumplimiento de reglamentos sobre construcciones, constitución de un consorcio por personalidad jurídica que operará independientemente de que se otorgue cualquier instrumento, etcétera[9]. Es decir, que en los casos donde no es posible la transformación se considera aplicable la llamada adecuación funcional.

Por su parte, Nissen entiende, en relación a los conjuntos inmobiliarios con forma societaria, que existe la obligatoriedad de transformar las realidades preexistentes al Código, sosteniendo que, pese al silencio de la ley, a partir de la entrada en vigor del nuevo ordenamiento, "las autoridades de la sociedad o asociación bajo forma de sociedad deben proceder, sin demoras, a celebrar todos los actos jurídicos necesarios para llevar a cabo esa adecuación. De lo contrario, cualquier accionista o integrante de la entidad bajo la cual está organizado el club de campo, podrá requerir la convocatoria judicial a la asamblea para adoptar las medidas necesarias para cumplir con la nueva legislación, esto es, la disolución de la sociedad o asociación civil por imposibilidad de cumplir su objeto (art. 94, inc. 4º, Ley Nº 19.550 y art. 163, inc. c], según fuere el caso) y la redacción por parte de todos los copropietarios del respectivo reglamento, como lo manda el artículo 2038 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual podrá redactarse en la misma asamblea". Agregando: "La inactividad del órgano de administración de la sociedad en torno a la 'adecuación' […] constituye suficiente causal de remoción de sus integrantes, pues dicha demora puede afectar derechos fundamentales que este nuevo ordenamiento legal y especial confiere a los socios o accionistas devenidos en copropietarios"[10].

En esa concepción se enmarca la criticada Resolución Nº 25/2020 de la Inspección General de Justicia y su modificatoria, la Resolución Nº 27/2020, dictada precisamente a instancia de Nissen,

9. Ídem.

10. Nissen, Ricardo A., "La situación jurídica de los clubes de campo luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Punto final para las asociaciones bajo forma de sociedad", *ED*, 263-20-15, p. 970.

y que mereció numerosas críticas de una doctrina que puede considerarse mayoritaria[11].

2.2.3.1.1. La constitucionalidad o no de la adecuación como mandato imperativo a transformar

La adecuación, sobre todo la entendida como transformación, ha generado controversias acerca de su constitucionalidad. Así, se ha interpretado que el respeto al derecho de propiedad incorporado al patrimonio de los particulares y al *statu quo* imperante determinan que ellos seguirán funcionando en el sistema que hayan escogido inicialmente, incluso aunque se trate de derechos reales diferentes al aquí estudiado, en la medida en que estén reconocidos en el ordenamiento jurídico vigente a ese momento[12]. En similar sentido, se ha dicho que "la exigencia de adecuación, impuesta por el artículo 2075, último párrafo, relativamente a los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la entrada en vigencia del nuevo Código, impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17, Constitución Nacional) e incluso contraria a lo dispuesto por el artículo 7º del propio Código. En efecto, si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor en momento anterior, tal creación constituye una situación jurídica consolidada. Y al amparo de esa situación jurídica consolidada se habrán generado derechos incorporados a los respectivos patrimonios (del propio conjunto inmobiliario y de sus integrantes). Tales derechos no pueden ser modificados –ni se puede obligar a sustituirlos por otros–, aun cuando se entienda que el régimen de los Derechos Reales es de orden público (arg. art. 1884 del nuevo Código). Porque ello querría decir que, al afectarse la constitución de una situación jurídica que tuvo lugar con anterioridad, el legislador ha dotado a los nuevos dispositivos de efecto retroactivo en un ámbito en el que le está vedado avanzar, que es el

11. Ver, por todos, Armella, Cristina N.; Cosola, Sebastián J.; Sabene, Sebastián E.; Salierno, Karina V.; Zavala, Gastón A., "Conjuntos inmobiliarios: deber legal de adecuación y Res. Nº 25/2020 de la Inspección General de Justicia y su modificatoria, la Res. Nº 27/2020", *La Ley* 23/06/2020, p. 10.

12. Saucedo, Ricardo J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Rivera, Julio C. y Medina, Graciela, Tomo V, p. 617, La Ley, 1ª ed., 2014.

de los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 17, Constitución Nacional; art. 7º)"[13].

Concordantemente, se sostuvo que basta la oposición fundada de uno solo de los partícipes del conjunto inmobiliario para impedir la afectación voluntaria bajo pena de lesionar derechos consolidados violando el artículo 7º del Código y el artículo 17 de la Constitución Nacional, entendiendo que si se recurre a la justicia el reclamo no debería prosperar sino en ausencia de razones suficientes que hagan de tal conducta un abuso de derecho[14]. El cambio frontal viola garantías constitucionales[15].

Para otros autores, en cambio, la aplicación retroactiva de la ley se justifica en ser más beneficiosa la nueva regulación. Se afirma que "el principio de igualdad y el de seguridad jurídica que postula el Código, así como la naturaleza de los derechos que vinculan a las personas con los inmuebles, justifican la aplicación retroactiva del régimen legal de los conjuntos inmobiliarios que estatuye este nuevo Código si resulta más beneficioso". Y si bien se reconoce que hay que analizar caso por caso si se afectan o no garantías constitucionales, la preocupación mayor parece estar dada por preservar los derechos que puede haberse reservado el emprendedor sobre las cosas de uso común, sosteniéndose que, "por ejemplo, si el emprendedor se reservó la facultad de administrar el complejo y esa administración futura integraba la ecuación económica del contrato –porque, por ejemplo, fue la contraprestación por la constitución de una servidumbre–, deberá mantenerse la equidad del intercambio y respetarse la percepción de ganancia futura o indemnizarse la pérdida", o el sistema comercial, como en el caso de los *shopping* u otros de tipo empresarial, "donde la centralización del *management* de las actividades productivas y el uso de las instalaciones (fábrica, bodega, frigorífico, etc.) pertenecen en propiedad a quien gerencia y presta los servicios", entendiéndose que en tal supuesto se afectan los derechos

13. Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", TR *La Ley* AR/DOC/677/2015.

14. Fuster, Gabriel Aníbal, "¿Adecuación de los conjuntos inmobiliarios pre-existentes? A propósito del artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación", *LLC*, 2015 (noviembre), 1047 TR *La Ley* AR/DOC/3593/2015.

15. Alterini, Jorge H., "Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios", Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., *La Ley* 27/6/2016, p. 1 - TR *La Ley* AR/DOC/1050/2016.

de todos los implicados; mientras que en los casos del adquirente de vivienda, a éste siempre lo beneficia la nueva regulación y muy excepcionalmente podrá afectarlo en sus derechos[16]. En sentido similar se expide Kiper, afirmando que no puede presumirse de la aplicación retroactiva de la norma la afectación de garantías constitucionales, destacando las ventajas de la adecuación[17]. Para otros, la lesión al derecho de propiedad no resulta tan clara, "dado que, en principio, la composición patrimonial de los titulares del Derecho Real sobre la parcela y personal sobre ciertas áreas recreativas no sufriría alteraciones". Sin embargo, se reclama una legislación que complete y armonice la normativa aplicable[18].

Puede estimarse que los derechos personales o reales adquiridos respecto de los conjuntos inmobiliarios al amparo de una legislación anterior a la vigencia del Código son bienes que integran el patrimonio de su titular y constituyen, por lo tanto, una propiedad en sentido constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional).

La aludida garantía constitucional obliga al intérprete a pronunciarse por la subsistencia de los conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del Código. Por supuesto que para que exista inconstitucionalidad deberá escudriñarse en el caso concreto si la garantía de propiedad se encuentra afectada, por lo cual deberá realizarse un minucioso balance, pudiendo partirse de presumir o no inconstitucional el mandato de adecuación.

Las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil se pronunciaron sobre la constitucionalidad de la obligación de adecuación de los conjuntos mediante dos declaraciones paralelas:

> La primera afirma: "La conversión no es en principio inconstitucional" (Kiper, Puerta, Franchini, Vázquez, Guardiola, Pepe, Bitar, Stachiotti, Abreut, Bressan, Cossari L., Daguerre, Dallaglio, Fernández Hilda, Garay, Urbaneja, Linares, Lloyd, Luna, Massiccioni, Farina Navarro de Zavalía, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Zu-

16. Puerta de Chacón, Alicia y Negroni, María Laura, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", cit.

17. Kiper, Claudio M., "Algunas cuestiones en torno a los conjuntos inmobiliarios", TR *La Ley* AP/DOC/804/2017.

18. Gurfinkel de Wendy, Lilian N., "Cuestiones dudosas en torno al instituto de la propiedad horizontal", *La Ley*, 2016-B, 1242, TR *La Ley* AR/DOC/1136/2016.

vilivia, Pérez, Pedro, Chaves, Abella). Lo cual implica que puede serlo si se conculcan garantías constitucionales, en particular, el derecho de propiedad garantizado por el artículo 17 de la Constitución.

La segunda asevera: "La conversión no es necesariamente inconstitucional" (Alterini J. H., Cossari N., Alterini I., De Rosa C., Corna, De Rosa D., Boqué, Pepe), lo que de alguna manera señala que si no se afectan derechos de propiedad previos no podría objetarse la conversión, pero mira *a priori* con mayor disfavor constitucional la obligación de adecuar.

Existen matices entre ambas posturas, dado que la primera implica una posición más favorable al deber de adecuación desde el punto de vista constitucional que la segunda.

2.2.3.1.2. ¿Cómo se realizaría la transformación?

Pero la gran pregunta es cómo puede realizarse en la práctica dicha transformación, y puede advertirse en las mismas Jornadas Nacionales la dispersión de pareceres acerca de cómo concretar la adecuación entendida como transformación.

Partamos de que la posición más cercana a la adecuación entendida siempre como transformación fue minoritaria –luego veremos cuál fue la mayoritaria– y se dijo al respecto:

"Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hayan configurado como Derechos Personales, como Derechos Reales distintos, o como combinación de unos y otros, deben someterse estrictamente al régimen de propiedad horizontal especial, lo cual es jurídicamente posible" (Kiper, Lloyd, Daguerre, Dallaglio, Linares).

2.2.3.1.2.1. Transformación fuera de sede judicial

Si se opta por transformar una figura diversa en propiedad horizontal especial, un sector mayoritario propugnó:

"La conversión o mutación convencional de los conjuntos inmobiliarios preexistentes, no configurados como propiedad horizontal, requiere la unanimidad o las mayorías necesarias de los titulares de los derechos respectivos" (Mayoría: Corna, Puerta, Franchini, Vázquez, Guardiola, Alterini I., De Rosa C., Pepe, Bitar, Stachiotti, Alterini J. H., Abreut,

Bressan, Cossari L., Daguerre, Dallaglio, De Rosa D., Fernández Hilda, Garay, Urbaneja, Linares, Lloyd, Massiccioni, Farina, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Zuvilivia, Pérez, Pedro, Chaves, Abella. Se abstuvieron: Luna, Boqué, Navarro de Zavalía, Noriega, Cossari, N. Por la negativa se pronunció Kiper).

Ahora bien, en vía convencional puede advertirse la dificultad, en primer lugar, de integrar el número requerido para obtener la misma. Y no solo ello, sino las dificultades en un conjunto inmobiliario de obtener las voluntades suficientes cuando verosímilmente por el transcurso del tiempo nos encontraremos no solo con cambio de la titularidad registral de los inmuebles –que sería lo de menos–, sino también con Derechos Reales de terceros sobre las fincas, y por sobre todo, con transferencias no escrituradas, fallecimientos y sucesiones no realizadas, sociedades conyugales disueltas, posesiones adquisitivas cumplidas pero sin sentencia que así lo declare, etc.

Se ha postulado, también, que podría darse una transformación progresiva mediante la actuación del notario y se afirma como posible que el escribano, al autorizar el acto, si se trata de un conjunto inmobiliario sometido a la ya derogada Ley Nº 13.512 de propiedad horizontal y el inmueble se trata de un conjunto inmobiliario, podría calificar el derecho de la unidad a transmitir como de propiedad horizontal especial conforme la normativa del artículo 2075. Más aún, se postula que si el conjunto es una combinación de dominio y condominio de indivisión forzosa sobre cosas y bienes comunes, si existe un reglamento incorporado al título, el escribano puede "recalificar el derecho transmitido como de propiedad horizontal especial", rogando "la anotación, aún como marginal o en las observaciones de la matrícula, del reglamento contenido en el título antecedente"[19]. Sin embargo, y aunque atractiva, la propuesta nos parece que llevaría a una dispersión de la naturaleza asignada al título de propiedad individual sobre cada unidad, mientras no queden en el tiempo, que puede extenderse durante décadas, todos incorporados a la nueva calificación ante una transferencia de la unidad, y aun así los notarios actuantes pueden tener criterios disímiles sobre si efectuar o

19. Negroni, María Laura, "Adecuación notarial y registral progresiva de los conjuntos inmobiliarios preexistentes", *ADLA* 2020-6, p. 101.

reconocer esa mutación al calificar, con lo cual se lograría todo lo contrario a la certidumbre pretendida.

Otros autores van más allá. Así, De Hoz y Linares de Urrutigoity, partiendo de un inteligente análisis gramatical, concluyen que "adecuar es más que no hacer nada y es menos que someter y que rehacer o reconvertir o transformar: se trata de un quehacer positivo de ajuste 'a las previsiones normativas' que el Código Civil y Comercial prevé para los conjuntos inmobiliarios". Y en este orden de ideas postulan que puede extenderse una "escritura pública de adecuación funcional u operativa" que adapte "las diversas configuraciones preexistentes a las disposiciones normativas que el Código Civil y Comercial prevé para los conjuntos inmobiliarios (Derecho Real de propiedad horizontal especial), sin alterar el contenido económico de tales derechos ya adquiridos e incorporados definitivamente al patrimonio de los sujetos involucrados". Escritura que se afirma "provoca el mismo efecto que una modificación estructural sin serlo", y concluyen que se debe "analizar en cada caso concreto si existen mayorías que han decidido tal adecuación operativa o si puede considerarse una facultad-obligación de las autoridades de la entidad que administra la urbanización en cumplimiento del deber legalmente impuesto". Agregan que "es seguro que se prescindiría de los asentimientos conyugales y de los consentimientos de los acreedores de los titulares de dominio de los lotes, parcelas o unidades funcionales, ya que nada se dispone, nada disminuye de valor; solo se adecua". Ese actuar notarial solo se detendría "ante la presencia de posibles focos de conflictos u oposiciones fundadas en derecho de los sujetos involucrados, cesa la competencia notarial adecuatoria. En caso de conflictos se abrirá la vía judicial. Si algún titular de derechos integrante del conjunto inmobiliario preexistente adecuado considerara que se han violado sus derechos constitucionalmente protegidos, podrá hacerlos valer en sede judicial, fundando y probando el agravio que esgrimiera, con base en legítimos intereses"[20]. No queda claro en este último párrafo si con solo la oposición de un interesado cesaría la competencia notaria o si este debería acudir a la vía judicial.

20. De Hoz, Marcelo; Linares de Urrutigoity, Martha, "Adecuación operativa en sede notarial de los conjuntos inmobiliarios preexistentes", *La Ley* 19/10/2020, p. 3.

Una postura similar adoptó la 42º Jornada Notarial Bonaerense, lo que concitó fundadas críticas de Causse, en cuanto a las conclusiones que sostienen en forma similar a la opinión de Linares de Urrutigoity y De Hoz ya citadas, "que no se requiere el consentimiento de los titulares de las unidades prediales para la adecuación; que el representante de la entidad administradora está legitimado para otorgar la adecuación; que, para adecuar, no se requiere solicitar certificados registrales (art. 23, Ley Nº 17.801), ni asentimientos: conyugal, convivencial y/o de acreedores"[21].

En rigor, y pese a todos los recaudos que invocan Linares de Urrutigoity y De Hoz, es evidente que se trata de una transformación que quedaría solo en manos de la calificación que hiciera el notario de toda una serie de aspectos, tales como si es o no una facultad-obligación de la autoridad administradora del complejo, o si puede realmente prescindirse del asentimiento conyugal, o si existe oposición fundada, todo entre otros delicados extremos, lo cual nos parece sumamente arriesgado, incluso desde el punto de vista de la responsabilidad del notario, ya que, como hemos visto, no existe un consenso al respecto. Sin perjuicio de la prudencia y cuidado propuestos, estas opiniones se encuentran más cercanas a la posición de la minoría en las XXVI Jornadas Nacionales, que ve la necesidad de "someterse estrictamente al régimen de propiedad horizontal especial".

2.2.3.1.2.2. Transformación en sede judicial

Si no se logran las mayorías requeridas, que puede ser más que solo mayoría y ser necesaria la unanimidad, quedaría la vía judicial.

Pero en ello tampoco existe acuerdo. Así, en las XXVI Jornadas Nacionales, mientras algunos profesores concluyeron que este tipo de conversión puede ser solamente convencional (Alterini J. H., Alterini I., Noriega, Chaves, De Rosa D., Pérez, Pedro, Guardiola, Corna, De Rosa C., González, Abella), otros sostuvieron que puede ser convencional o reclamada judicialmente (Kiper, Puerta, Vázquez, Pepe, Franchini, Bitar, Stachiotti, Bressan, Cossari, L. Daguerre, Dallaglio, Fernández Hilda, Linares, Lloyd, Luna, Massiccioni, Farina

21. Causse, Jorge R., "Conjuntos inmobiliarios. Una lectura opinable sobre el tercer párrafo del art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley* 20/05/2022, p. 1.

Navarro de Zavalía, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Zuvilivia. Abstención: Cossari N., Boqué, Noriega).

Entonces, por un lado, la doctrina no es unánime en habilitar esta vía y, por el otro, de admitirse el procedimiento judicial habrá que dar intervención a cada uno de los titulares de derechos sobre los inmuebles. Se trataría no solo de un proceso sumamente complejo por la cantidad de partes intervinientes sino también por los problemas de legitimación pasiva ya expuestos. Por otro lado, cada uno de los numerosos legitimados pasivos podrán esgrimir distintas defensas, con lo cual a todos los implicados les espera un largo y tedioso proceso.

2.2.3.2. Adecuación como adaptación

Se trata de la adecuación que se ha dado en llamar operativa o funcional.

Siempre atento al significado de las palabras, Jorge H. Alterini fue quien primero señaló que adecuar no implica transformar de la manera en que lo emplea el artículo 74 de la ley general de sociedades, ni tampoco convertir en el sentido, por ejemplo, del artículo 384 del Código, sino que, "según la Real Academia Española, implica: 'Proporcionar, acomodar, apropiar algo a otra cosa'". Y, a "su vez, acomodar es 'adaptar', o sea, 'ajustar algo a otra cosa'"[22].

Si nos atenemos al significado de las palabras, lo que ciertamente es una de las reglas primeras de interpretación (art. 2º, CCCN)[23], la cuestión se despeja. Como afirmaba Alterini, "se procura que los conjuntos inmobiliarios se ajusten a la nueva regulación y no el cambio frontal de un sistema por otro, lo que no sería conforme a Derecho por violentar garantías constitucionales", pudiéndose, aun sin transformar ni convertir, "aplicarse directamente algunas pautas para el funcionamiento de los conjuntos inmobi-

22. Alterini, Jorge H., "Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios", Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 27/6/2016, p. 1 - *La Ley*, 2016-D, AR/DOC/1050/2016.

23. Como bien afirma Guillermo A. Borda, es la primera regla interpretativa para el juez, agregamos nosotros para todo operador jurídico, quien "debe atenerse al texto de la ley, considerando el lenguaje técnico-jurídico", Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, Duodécima edición actualizada, Tomo I, p. 211, 1999.

liarios preexistentes armónicas con las exigidas para los nuevos conjuntos"[24].

Favier Dubois, ocupándose solo del caso de los conjuntos inmobiliarios que han adoptado la forma de la sociedad anónima, estima que no es obligatorio transformar la sociedad en consorcio, dado que ello violentaría derechos adquiridos. Sin embargo, por una parte, entiende que basta para cumplir la norma aprobar un reglamento con los requisitos previstos para la propiedad horizontal, inscribirlo en el Registro de la Propiedad Inmueble y transcribirlo en las escrituras en el caso de enajenación de alguna de las parcelas. Y, a su vez, considera que por aplicación del artículo 150, inc. a), del Código, las normas de la propiedad horizontal tienen preeminencia sobre los estatutos y reglamentos de la sociedad anónima, bajo cuyo ropaje se cobija el conjunto inmobiliario y entiende que éstas, desde la vigencia del Código, deben cumplir con lo dispuesto en los artículos 2081, 2085, 2051, 2066, como así también adaptar el régimen de asambleas de la ley de sociedades y sus estatutos al régimen de las mismas en la propiedad horizontal[25].

Sobre este tipo de adecuación fáctica la jurisprudencia se ha pronunciado admitiendo la vía ejecutiva, aun cuando el formato del barrio cerrado era el de una sociedad anónima, sosteniendo que es "oportuno […] destacar que el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 2075, dispone que los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del Derecho Real de propiedad horizontal. Asimismo, dicho precepto establece que los conjuntos inmobiliarios preexistentes se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este Derecho Real. De ello se colige que resulta plena-

24. Alterini, Jorge H., "Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios", Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., *La Ley* 27/6/2016, p. 1 - TR *La Ley* AR/DOC/1050/2016.

25. Favier Dubois, Eduardo M., "Situación actual de los 'clubes de campo' bajo la forma de sociedades anónimas. Reglas de aplicación inmediata", *La Ley*, 2015-E, 1217, TR *La Ley* AR/DOC/2966/2015. Contra: Cornejo, Américo A., "El certificado de deuda como título ejecutivo en los conjuntos inmobiliarios", *RCCyC*, 2015 (noviembre) 161, TR *La Ley* AR/DOC/2961/2015, quien admite que los conjuntos inmobiliarios preexistentes, no estructurados como propiedad horizontal, se cobren ejecutivamente si así está previsto en sus reglamentos internos, pero de no existir tal previsión entiende que "no existe la aplicación automática de las normas sobre propiedad horizontal entre las que se encuentra la del artículo 2048, último párrafo, que establece el carácter de título ejecutivo al certificado de deuda".

mente aplicable en la especie el artículo 524 del Código Procesal", es decir, el juicio ejecutivo[26].

El criterio de la aplicación inmediata de las normas de la propiedad horizontal también es sustentado por quienes entienden la adecuación como un necesario cambio estructural, para aquellos casos en que éste aún no se verifique o no sea posible, postulando así, por ejemplo, la aplicación del cobro ejecutivo de expensas aunque la forma jurídica sea de sociedad anónima[27].

La adecuación funcional inmediata fue también la propugnada por la mayoría en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que declararon:

> "Los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos a través de Derechos Personales o Derechos Reales o por medio de la concurrencia de algunos de esos Derechos entre sí, deben ajustarse funcionalmente a la normativa del Derecho Real de propiedad horizontal especial, en todo lo jurídicamente posible […]" (Cossari N., Corna, Puerta, Vázquez, Guardiola, Alterini I., De Rosa C., Pepe, Alterini J. H., Abreut, Bressan, Cossari, L. Daguerre, Dallaglio, De Rosa D., Fernández Hilda, Garay, Urbaneja, Lloyd, Farina Navarro de Zavalía, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Pérez, Pedro, Chaves, Abella).

3. Nuestra opinión: ¿Cómo cortar el nudo gordiano?

Sin descartar que los interesados pudieran convenir una transformación estructural, como en la práctica se ha dado en algunos casos, la complejidad ya apuntada y los múltiples problemas que pueden surgir acerca de derechos adquiridos, legitimación para transformar, y demás mencionados a lo largo de este trabajo, nos convence que la solución más práctica es predicar la adecuación funcional aplicando las normas de los conjuntos inmobiliarios en –como dijeron las XXVI Jornadas Nacionales– "todo lo jurídicamente posible".

26. CNCiv., Sala A, 28/08/2015, "Lagunas del Polo Barrio Cerrado S.A. c/ G. L. G. s/ ejecución de expensas", TR *La Ley* AR/JUR/35901/2015.

27. Puerta de Chacón, Alicia y Negroni, María Laura, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", cit.

La doctrina española recuerda que antes de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal que dio cobijo a partir del año 1999 a los complejos inmobiliarios, la jurisprudencia de ese país optó por recurrir a las normas de la propiedad horizontal. Así, se dijo que mientras "una corriente jurisprudencial califica a la urbanización privada como 'copropiedad similar a la conocida como propiedad horizontal por la existencia de un derecho de propiedad sobre un conjunto de elementos comunes' (TS S 28 may. 1985), lo que apareja como consecuencia que se apliquen 'por analogía las normas de la Ley de Propiedad Horizontal' (TS S 20 feb. 1997), otra corriente, representada fundamentalmente por la TS S 13 nov. 1985, rechaza la aplicación analógica de la Ley Nº 49/1960 por entender que la figura de que tratamos encuentra 'justo acomodo' en dicha ley"[28].

Por supuesto que nuestro sistema de Derechos Reales no permitiría tales interpretaciones atento a que no rige como en España el sistema de *numerus apertus*, que permite la analogía o una aplicación extensiva de las normas.

Pero ahora nos encontramos, por un designio deliberado o no del legislador, con una norma que manda ("se deben") "adecuar a las previsiones normativas que regulan este Derecho Real" a los conjuntos inmobiliarios preexistentes y que, por tanto, permite que se acuda a "este Derecho Real". ¿Y qué Derecho Real será este? Por cierto, el de propiedad horizontal, con las modificaciones establecidas en el capítulo de conjuntos inmobiliarios. Es decir, la ley habilita a una cierta analogía que no es tal, porque en rigor existe una manda de aplicar las normas de los conjuntos inmobiliarios, pero sin especificar cuáles.

Ahora bien, la cuestión de cómo aplicar las normas indicadas a conjuntos inmobiliarios que están bajo otras formas jurídicas no es simple. La carencia en numerosos casos de un estatuto similar al reglamento de copropiedad puede dificultar aún más ello. Existen supuestos donde el organizador del conjunto inmobiliario se contentó con poner un clausulado con normas específicas en las escrituras de transferencia y que incluso, a veces, difieren de escritura en escritura. Sin embargo, la ausencia de un reglamento –a la manera de la propiedad horizontal– no es decisiva para no aplicar sus normas.

28. Torres Lana, José Ángel, "La regulación de los complejos inmobiliarios privados en la Ley de Propiedad Horizontal", en *Actualidad Civil*, editorial La Ley España, 2000.

Recordamos que existen leyes –como la uruguaya[29]– que no obligan a la propiedad horizontal a tener un reglamento, aunque de práctica existen en casi todos los edificios con este régimen.

Ciertamente, lo ideal para cortar el nudo gordiano en que el tercer párrafo del artículo 2075 del Código ha enredado a la doctrina, jurisprudencia y operadores del Derecho es, como ya hemos sostenido[30], una ley que establezca qué normas de la propiedad horizontal y del capítulo de conjuntos inmobiliarios se aplican a los conjuntos preexistentes.

En igual sentido, se ha propugnado: "Si se pretende encaminar la interpretación actual hacia una adecuación operativa o funcional, somos partidarios de que su implementación requiere prudencia, cautela, un riguroso análisis jurídico y, por encima de ello, una ley nacional que así lo regule, precisando con exactitud cuáles son las previsiones normativas susceptibles de adecuación, como así su procedimiento"[31]. Ello cortaría de un tajo el nudo gordiano –si se utiliza la espada adecuada, es decir, ateniéndose a lo que enseña la doctrina especializada[32].

Si la cuestión no se resuelve vía ley, es la jurisprudencia la que trabajosamente irá modelando cuáles son las normas aplicables. Seguramente se llegará con el tiempo a resultados óptimos, pero con un indudable dispendio jurisdiccional. En definitiva, pondríamos a

29. El art. 16 de la ley uruguaya dispone que "los propietarios de los departamentos o pisos en que se divida un edificio, por unanimidad, podrán acordar los reglamentos de copropiedad con el fin de precisar los derechos y obligaciones. Reducido a escritura pública, ese reglamento será inscripto en el Registro de Traslaciones de Domicilio y tendrá fuerza obligatoria incluso para los sucesores a cualquier título de los otorgantes". El art. 17 establece que, "a falta de dicho reglamento, o en su silencio, las relaciones entre los propietarios de los diversos pisos o departamentos de un edificio, se regirán por las reglas de los artículos 18 y 19".

30. Así lo sostuvimos en Cossari, Nelson G. A. y Cossari, Leandro R. N., en Alterini, Jorge H. (Director general) y Alterini, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético,* Cossari, Nelson G. A. (Director de los tomos IX y X), T. X, p. 42, La Ley, 3ª ed., 2019.

31. Armella, Cristina N.; Cosola, Sebastián J.; Sabene, Sebastián E.; Salierno, Karina V.; Zavala, Gastón A., "Conjuntos inmobiliarios: deber legal de adecuación y Res. Nº 25/2020 de la Inspección General de Justicia y su modificatoria, la Res. Nº 27/2020", *La Ley* 23/06/2020, p. 10.

32. Y si bien se dice que Alejandro Magno ante tal nudo gordiano manifestó que "es lo mismo cortarlo que desatarlo", lo cierto es que lo cortó con su espada, resolviendo el problema de cuajo.

litigantes y a los jueces a tentar cómo desatar el nudo de a poco hasta obtener, y esperemos que se logre, una jurisprudencia reiterada y concordante.

Tanto el legislador como el juez en defecto de ello tendrán que tener especialmente en cuenta lo que los especialistas en Derechos Reales y los eventos científicos sobre la materia han aconsejado al respecto.

Ello solucionaría algunas de las cuestiones donde la jurisprudencia no es pacífica. Así, en materia de expensas de conjuntos inmobiliarios con la forma de sociedad anónima u otras formas de organización diversas a la propiedad horizontal, mientras algunos fallos consideran que procede la vía ejecutiva si ella fue pactada en el estatuto, otros la niegan, fincando el diferendo en la posibilidad de los títulos ejecutivos creados convencionalmente[33]. Con la teoría

33. Se han pronunciado a favor de la posibilidad del título ejecutivo creado convencionalmente en esta materia: CNCiv., Sala A 28/08/2015 "Lagunas del Polo Barrio Cerrado S.A. c/ G. L. G. s/ ejecución de expensas" AR/JUR/35901/2015; CNCom., Sala F, 04/11/2014 "Club de Campo Haras del Sur c/ Farías, Pablo Oscar s/ ejecutivo" AR/JUR/71059/2014 (las partes pueden acordar "títulos ejecutivos convencionales al margen de los legalmente previstos, siempre que no exista expresa prohibición legal en contrario, no se viole el orden público procesal y se respeten las condiciones que hacen a la habilidad jurídica de los documentos, ello en virtud de la renunciabilidad de los derechos y el efecto de la buena fe contractual y la doctrina de los actos propio"). Con nota aprobatoria de Causse, Jorge R., "Cobro ejecutivo de deuda por expensas en urbanizaciones privadas" AR/DOC/691/2015; y Di Chiazza, Iván G., "Creación autónoma de títulos ejecutivos y el Nuevo Código", AR/DOC/484/2015; CNCiv., Sala F, 16/06/2009 "Chacras de la Alameda S.A. c/ Auil, Héctor Enrique" AR/JUR/74345/2009. Por la admisión del título ejecutivo se expiden también Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., "Los conjuntos inmobiliarios y la deuda por expensas comunes. Otra vez el problema de la vía procesal para su cobro en los preexistentes" AR/DOC/694/2017; Cornejo, Américo A., "El certificado de deuda como título ejecutivo en los conjuntos inmobiliarios" AR/DOC/2961/2015, quien lo admite para los conjuntos preexistentes si el título ejecutivo se encuentra pactado en el estatuto que organiza el conjunto inmobiliario, y lo niega, si no existe tal pacto y la figura adoptada no es la propiedad horizontal. En contra: CNCom., Sala C, 13/10/2016 "Altos de los Polvorines S.A. c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo" AR/JUR/70121/2016 (con voto en disidencia del vocal Garibotto); CNCom., en pleno, 04/05/2015 "Barrio cerrado los Pilares c/ Álvarez, Vicente Juan Alfonso s/ ejecutivo"; AR/JUR/34705/2015 (la decisión se tomó por una mayoría de nueve votos, sobre diecisiete. Votaron por la afirmativa los vocales Kölliker Frers, Villanueva, Gómez A. de Díaz Cordero, Machin, Heredia, Vassallo, Dieuzeide, Sala y Bargalló, y por la negativa, los vocales Ballerini, Miguez, María Uzal, Piaggi, Garibotto, Tevez, Ojea Quintana y Barreiro. El fallo ya perdió fuerza

de la "adaptación" debe sostenerse que la "adecuación" implica la ejecutividad para el cobro de expensas en todos los conjuntos inmobiliarios, sea cual fuere la forma que adopten, porque surgiría directamente de la ley. Y realmente resulta una resistencia infundada negarles a estas erogaciones, "necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble" (art. 2048), el carácter ejecutivo.

Entre estas pautas de orientación, repetimos tanto para el legislador como para el juez, debe tomarse en primer lugar, y en especialísima consideración, lo resuelto por las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil:

> "Los conjuntos inmobiliarios preexistentes […] deben ajustarse funcionalmente a la normativa del Derecho Real de propiedad horizontal especial, en todo lo jurídicamente posible, entre otros, lo relativo a la existencia y funcionamiento orgánico del consorcio de propietarios (asambleas y administración), obligaciones y ejecución de expensas, gastos y erogaciones comunes (título ejecutivo) y régimen disciplinario (art. 7º, primer párrafo del CCyC)" (Cossari N., Corna, Puerta, Vázquez, Guardiola, Alterini I., De Rosa C., Pepe, Alterini J. H., Abreut, Bressan, Cossari, L. Daguerre, Dallaglio, De Rosa D., Fernández Hilda, Garay, Urbaneja, Lloyd, Farina Navarro de Zavalía, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Pérez, Pedro, Chaves, Abella).

Por su parte, Jorge H. Alterini ejemplifica con el artículo 2053, en cuanto requiere acuerdo unánime de los propietarios ante una mejora u obra nueva que "gravita o modifica la estructura del inmueble de manera sustancial"[34].

---

vinculante); Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial 23/10/2013 "Asociación Civil Corral de Barracas c/ Berger, Norberto s/ expensas comunes - recurso directo" (Expte. A - 33/12) AR/JUR/84185/2013; CNCom., Sala D 09/06/2010 "Chacras del Paraná Club de Campo S.A. c/ Manes, Pedro Gastón" AR/JUR/39347/2010; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, 03/12/2013 "Caracoles S.A. c/ Ortiz, Leandro Martín s/ cobro ejecutivo" AR/JUR/84020/2013; CNCom., Sala B, 20/10/2009, "Eidico S.A. c/ Benzo, Cecilia María" AR/JUR/46851/2009.

34. Alterini, Jorge H., "Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios", Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., *La Ley* 27/6/2016, p. 1 - TR *La Ley* AR/DOC/1050/2016.

Por último, no descartamos que el administrador del conjunto inmobiliario o algún integrante del mismo promueva una acción declarativa de certeza para que se establezca qué normas resultan "jurídicamente posibles" de aplicar, pero también advertimos que nuevamente nos podemos encontrar con un largo proceso y un dispendio procesal que bien pudiera ahorrarse.

4. Conclusiones

En definitiva, el estado de la cuestión nos lleva a postular que solo una ley nacional que indique en forma razonable, prudente y minuciosa cuáles son las normas de los conjuntos inmobiliarios que se aplican a los preexistentes, daría certeza y una rápida solución. En su defecto se requiere esperar el trabajo largo y artesanal de la jurisprudencia que vaya identificando todo lo que es "jurídicamente posible" aplicar apoyándose para ello en la doctrina especializada.

Es nuevamente el legislador, ya en mora al legislar tardíamente la realidad de los conjuntos inmobiliarios, y luego responsable de realizarlo imperfectamente, quien vuelve a entrar en un retardo jurídicamente relevante al no dar soluciones posibles y sensatas para la clarificación del régimen de los conjuntos inmobiliarios preexistentes.

¿UN BUEN DERECHO DE FAMILIA? LA INTRINCADA RELACIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y DERECHO DE FAMILIA EN EL NUEVO DERECHO PRIVADO ARGENTINO

URSULA C. BASSET*

SUMARIO: 1. Un "buen Derecho de Familia". 2. Los principios del Derecho de Familia como un marco de referencia. 2.1. El uso epistemológico dispar de la palabra "principios" en el Código Civil y Comercial. 2.2. Los principios específicamente enunciados en el Derecho de Familia positivado. 2.3. Principios jurídicos según la doctrina. 3. El "principio persona". 3.1. Recepción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 3.2. Relación con el principio de igualdad, clave de bóveda del Derecho. 3.3. Principio de igualdad y la cuestión de la protección de la mujer en las relaciones de familia. 3.4. El movimiento pendular: la regulación abusiva o el "poder de las madres". 3.5. Relación con la libertad, concepto clave en la concepción de la dignidad humana. 4. El "principio familia". 4.1. La familia y los niños. 4.2. El mito urbano de la felicidad del libertino (trasladado al Derecho). 4.3. La respuesta del Derecho a los anhelos de hombres y mujeres. 4.4. El principio familia en el Derecho. 4.5. El "principio familia" y su relación con el "principio persona": volviendo los ojos a los más vulnerables en la familia. 4.6. El renacimiento de los deberes y obligaciones de familia. 5. El "principio sociedad". 6. Diálogos inconclusos.

* Profesora Titular de Derecho de Familia y de Derecho de las Sucesiones. Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia. Directora de Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, El Derecho.

1. Un "buen Derecho de Familia"

A 60 años de la fundación del Diario Jurídico El Derecho, y puestos a pensar en las evoluciones del Derecho de Familia, quizás sea un buen momento de poner al Derecho de Familia en el banquillo. Es una ocasión oportuna para pensar la relación entre principios y derecho en las relaciones de familia.

Para empezar a pensar el asunto, tal vez convenga comenzar con una idea del gran jurista francés Philippe Malaurie:

> "El Derecho de Familia es un derecho como los otros […] Los idilios y la familia feliz trascienden el Derecho; la vida cotidiana está usualmente tejida de acuerdos tácitos, de afectos y de disputas que el amor, el olvido, la autoridad, el dominio de sí o la indiferencia, apaciguan. Aquí, más aún que en otros ámbitos del Derecho, el objeto del Derecho de Familia es reglar, lo menos mal que sea posible, las situaciones difíciles, las crisis y los dramas. El buen Derecho es aquello que los previene o los apacigua; el mal Derecho de Familia es el que los suscita o los atiza, y crea sufrimientos irreparables resquebrajando las vidas para siempre"[1].

Pensar en un "buen Derecho de Familia", y su contracara, "un mal Derecho de Familia", quizás pueda ofrecer un conveniente ángulo de ataque, sobre todo considerando que una retrospectiva resulta adecuada para el volumen en el que se integra esta contribución.

También una gran jurista argentina, María Josefa Méndez Costa, pensó en una idea vecina a la del "buen Derecho de Familia". Ella acuñó la idea de una "buena interpretación del Derecho de Familia", que es aquella que coincide con los principios que lo alumbran: la

1. *"Le droit de la famille est un droit comme les autres […] Les idylles et la famille heureuse se passent du droit; la vie quotidienne est alors tissée d'accordes tacites, d'affections et de disputes que l'amour, l'oubli, l'autorité, la maîtrise de soi ou l'indifférence apaisent. Ici, plus encore qu'ailleurs, l'objet du droit familial est de régler, du moins mal possible, les situations difficiles, les crises et les drames. Le bon droit es celui qui les prévient ou les apaise; le mauvais, celui qui les suscite ou les attise, crée des souffrances irréparables et broie à tout jamais des vies".* Malaurie, Philippe - Fulchiron, Hugues, *La famille*, pp. 20-21, Défrenois, 2006, nros. 39 y 40.

igualdad, la solidaridad, la piedad familiar, es decir, la que tiende al bien de la familia[2].

Una "buena interpretación del Derecho de Familia", o un "buen Derecho de Familia" serán aquellas regulaciones e interpretaciones que tiendan al bien de la familia, que realicen su fin. Tendríamos que hablar entonces de "bien común familiar". La noción de "bien común familiar" es una noción que hace años resulta ausente de los escritos sobre el Derecho de Familia. Una idea que la sustituye, desde una perspectiva subjetiva y que ya estaba enunciada así en el Código Civil de Vélez Sarsfield, es la de interés familiar. Es de notar que, a pesar de que de la lectura del nuevo Código Civil y Comercial emerge una visión antropológica que acentúa al individuo y su autonomía, la noción de "interés familiar" está más veces presente en el nuevo Código Civil y Comercial que en el antiguo Código Civil (cinco veces en el nuevo[3], apenas tres en el viejo[4]).

El problema con el bien común familiar es que es polémico a la hora de ser definido. Lo que algunos entienden como el bien de la familia puede pasar por la facilitación de la ruptura, como así también por su endurecimiento; en definitiva, depende de qué se entienda por familia, o qué modelo familiar se represente cada uno.

Hay otra manera menos difusa de realizar un "test de calidad" del Derecho de Familia, y esta consiste en evaluarlo a partir de los principios. La noción de principios del Derecho de Familia es un abordaje que parece gozar de aceptación y es un estándar utilizado por todas las visiones sobre el Derecho de Familia con un alto grado de consenso.

2. Méndez Costa, María Josefa, "Interpretación y aplicación del derecho positivo de familia", *JA* 24-482. También, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal Culzoni, 2006.

3. Art. 471 (autorización para la división del condominio de los bienes adquiridos durante la comunidad), art. 506 (división de bienes adquiridos conjuntamente en el régimen de separación de bienes), art. 522 (autorización para la disposición de la medida familiar), art. 645 (autorización supletoria para actos relevantes de los hijos ante la negativa de los padres), art. 721 (atribución de la vivienda en caso de separación en las medidas provisionales durante el proceso de divorcio).

4. Art. 211 (criterio para la atribución de la vivienda en caso de separación), art. 264 (autorización supletoria para actos relevantes de los hijos ante la negativa de los padres), art. 1277 (autorización supletoria para la disposición del bien ganancial).

2. Los principios del Derecho de Familia como un marco de referencia

El artículo 2º del Código Civil y Comercial entiende que los principios son criterios de interpretación de la ley positiva: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los Tratados sobre Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

En el Libro de Relaciones de Familia, por otra parte, aparecen enunciados un cierto número de principios. No todos los títulos han sido encabezados por una enunciación de principios. Así, encontramos principios en el Título del Capítulo 1, Título 2 sobre matrimonio; en el artículo 595 en materia de adopción; en materia de responsabilidad parental, Título 7, Capítulo 1, y artículo 639; en el artículo 706 en materia de procesos de familia. En ese mismo segmento, se enuncia en el artículo 709 el principio de oficiosidad, y en el artículo 710, los principios relativos a la prueba.

Por otra parte, y apelando a la coherencia "con todo el ordenamiento", el Código Civil y Comercial ofrece otras enunciaciones de principios. El artículo 8º enuncia el principio de inexcusabilidad, según el cual la excepción a la ley, para ser aceptada como excusa, debe estar contenida en el ordenamiento. El artículo 9º consagra el principio de buena fe.

2.1. El uso epistemológico dispar de la palabra "principios" en el Código Civil y Comercial

Un principio es un punto de partida irreductible, evidente por sí mismo. Está claro que se trata de un concepto analógico. Por eso puede hablarse de principios generales, principios primeros, principios segundos, de orden práctico, de orden teórico. En el Derecho de Familia, y en el Derecho en general, nos referimos a los principios en el orden práctico (es decir, directivos de la acción). Que la palabra principio pueda usarse en sentido analógico, no excusa del deber de rigor epistemológico que lleva a calificar la diferencia… por eso, los autores hablan de principios generales del Derecho, principios generales del Derecho Administrativo, del Derecho de los Contratos, o del Derecho de Familia. Esos principios difieren de las reglas ge-

nerales, los criterios o los estándares jurídicos. Un estándar es, por ejemplo, lo que antiguamente se denominaba "el buen padre de familia". Un criterio es una orientación preferida para el juez, como, por ejemplo: "en la duda, a favor del alimentado". Una regla es la que indica que la maternidad se determina por el parto de la madre o que el padre es aquel que demuestran las nupcias. Todos estos son principios, pero no en sentido estricto, no en el sentido de principios generales o primeros de una disciplina. Son principios por analogía, a veces casi metafóricamente.

En cambio, los derechos subjetivos no deben ser confundidos con principios, ni siquiera cuando sean Derechos Humanos. El derecho del niño a ser oído no es un principio, ni una regla, ni un criterio: es un derecho, que emerge del principio de reconocimiento de la personalidad jurídica, que aquí llamamos "principio persona".

En el Código Civil y Comercial la palabra "principios" no siempre tiene el mismo valor epistemológico. A veces significa reglas generales o disposiciones comunes[5], como sucede con:

- la enunciación de los principios generales en materia de capacidad (que son, en realidad, definiciones comunes para todo el capítulo, art. 22);
- los principios comunes en restricciones a la capacidad (que son una serie de reglas comunes que incluyen presunciones, art. 31);
- el principio general de que la persona humana se extingue con su muerte (art. 93);
- las definiciones sobre la representación en los actos jurídicos (art. 358);
- una regla en la definición e integración de la nulidad (art. 389);
- una regla de determinación de la maternidad (art. 565);
- una regla de determinación de la filiación extramatrimonial (art. 570);
- el "principio de equiparación" del artículo 732 de la actuación de los auxiliares en relación a la conducta de los obligados, que es en realidad una regla jurídica y no un principio;

5. Hemos analizado la diferencia entre reglas generales y principios, y principios y leyes, en Basset, Ursula C., *La calificación de bienes en el matrimonio. Principios, reglas, criterios, supuestos*, pp. 230-231, Abeledo Perrot, 2010.

– el "principio de división" de las deudas que impone otra vez una regla de dividir las deudas, siempre que sea posible, en tantos acreedores como haya (respetando otras porciones si hubieran sido establecidas);
– el "principio de mora automática" (art. 808) tampoco es, estrictamente hablando, un principio, sino una regla que determina cuándo operan y de qué modo operan las consecuencias jurídicas por la falta de pago.

Y así podríamos seguir con el artículo 889 (pago a mejor fortuna), los principios comunes de los Derechos Reales (Libro IV, Título I, Cap. I), el principio de partición en especie (art. 2374), la institución de herederos (art. 2484), en materia de restitución internacional (art. 2642).

En todos los supuestos enunciados antes, no resulta que la palabra principio tenga un uso errado, sino, más bien, un uso analógico[6]. El problema es la falta de diferenciación en relación al valor epistemológico, algo que, como veremos, aparece también en las enunciaciones de principios en materia de familia.

2.2. Los principios específicamente enunciados en el Derecho de Familia positivado

Los codificadores incorporaron principios como lineamientos para que el juez, a la hora de guiarse en la interpretación de las normas en el Libro de Relaciones de Familia, tuviera un marco de referencia[7].

En materia de matrimonio, se enuncian los principios de igualdad y libertad, aunque luego, los artículos 401 y 402 entiendan por igualdad, apenas el principio de no discriminación entre los matrimonios del mismo y de diverso sexo, y sea necesario hacer un es-

6. Lamas, Félix, *La experiencia jurídica*, p. 507, Inst. Est. Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991.

7. Ver, por ej., Molina de Juan, Mariel, "Comentario a los arts. 401 y 402"; González de Vicel, Mariela, "Comentario al art. 595"; Pellegrini, María Victoria, "Comentario al art. 638", en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. 2, Ministerio de Justicia de la Nación, 2016.

fuerzo hermenéutico para aplicarlo también en beneficio de las mujeres. En tanto, el principio de libertad se expresa apenas en términos de la libertad de consentir al matrimonio.

En materia de filiación, hay un principio implícito: el de igualdad proporcional de efectos de todas las filiaciones (adopción plena, filiación por TRHA y filiación por naturaleza).

En materia de adopción, el Código enuncia en el artículo 595 el interés superior del niño; el respeto por el derecho a la identidad; el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; el derecho a conocer los orígenes; y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. En realidad, como sucede en otros segmentos del Código, se entremezclan principios, reglas y criterios. El principio de protección del niño es un derivado del derecho a la igualdad, el principio de protección de la familia está implicado en la enunciación negativa del "agotamiento de las posibilidades de permanencia con la familia de origen" o la preservación de grupos fraternos y la adopción de grupos de hermanos. El resto son derechos (reglas) enunciados como principios.

En relación a la responsabilidad parental, aparece otra vez el interés superior del niño, la autonomía progresiva que no es un principio, sino una regla; y el derecho a ser oído, que no es un principio, sino un derecho subjetivo.

Finalmente, en materia de principios procesales, aparece la tutela judicial efectiva, que es una forma de enunciar la igualdad, la inmediación, la buena fe, la lealtad procesal (un derivado de la buena fe), la oficiosidad (que deriva de la igualdad), la oralidad y el acceso limitado al expediente. Otra vez, no todos son principios, pero sí la buena fe y la protección del débil.

En todo caso, se encuentran positivados en el Código Civil y Comercial la mayoría de los principios enunciados y que gozan de consenso en la doctrina.

2.3. Principios jurídicos según la doctrina

Existen varias enunciaciones acerca de los principios del Derecho de Familia en el Derecho argentino. La más trascendente, la obra de referencia en la materia, es indudablemente la de María Josefa Méndez Costa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Para Méndez Costa, los principios son la protección de la familia, la igualdad, la autonomía de la voluntad, la solidaridad familiar, la protección el niño, el principio de no dañar y la prohibición del uso abusivo del Derecho.

Previamente, en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia de Mendoza, 1998, la Comisión I trabajó la temática de "Los principios jurídicos de la familia en nuestros días". Allí se abordaron los principios de autonomía, solidaridad e igualdad. Quien inspiró el libro de María Josefa Méndez Costa fue la jurista mendocina Catalina E. Arias de Ronchietto, quien había presentado una enunciación de los principios en su ponencia para ese congreso, que fue luego publicada[8]. De nuestra parte, profundizamos estas ideas y analizamos los principios del Derecho de Familia desde una perspectiva antropológica centrada en la persona humana y la filosofía realista, en nuestra tesis doctoral, "Principios, reglas y criterios en el régimen de calificación de bienes en el matrimonio", en el año 2008, luego publicada y honrada por la Academia Nacional de Derecho (2010)[9].

A partir del Código Civil y Comercial de 2015, Graciela Medina y Eduardo Roveda, en su obra *Derecho de Familia* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017), lo incluyen como un capítulo de su libro (pp. 63 y sigs.). Por otra parte, Marcos Córdoba ha hecho frecuente aplicación del principio de solidaridad y buena fe al ámbito del Derecho de Familia y del Derecho Sucesorio[10].

En el Derecho chileno, Carmen Domínguez Hidalgo publicó "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno. Su formulación clásica y su revisión moderna", en el año 2016[11]. Cristián

8. Revista *Apuntes Jurídicos*, AIEA, Coladic, 1998.

9. Basset, Ursula C., *La calificación de bienes en el matrimonio. Principios, reglas, criterios, supuestos*, ob. cit.

10. Córdoba, Marcos (Dir.), *Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Evolución de un Principio*, UAI, 2019.

11. *Revista Chilena de Derecho* 32 (2016), pp. 205-218.

Lepín Molina publicó, también, "Los nuevos principios del Derecho de Familia", en el año 2014[12].

En el Derecho uruguayo resaltamos el artículo publicado por Mabel Rivero de Arhancet y Beatriz Ramos Cabanellas, "Principios aplicables a las relaciones de familia", en el año 2009[13].

En el Derecho brasileño, juristas de las más diversas corrientes de pensamiento trabajan sobre la misma temática. Por ejemplo, Flavio Tartuce, "Novos principios do direito de familia brasileiro"[14]. También, Da Cunha Pereira publicó "Principios fundamentais norteadores do Direito de Familia"[15]. En Brasil, hemos publicado conjuntamente con Regina Tavares Da Silva la obra *Familia, uma questao de principios*, en 2017.

Finalmente, en el ámbito europeo, la Comisión Europea de Derecho de Familia (CEFL, por sus siglas en inglés) trabaja desde el año 2001 para dilucidar los principios comunes del Derecho de Familia europeo. Publica regularmente los resultados de sus estudios en diversas áreas a los fines de la armonización del Derecho de Familia europeo: los principios aparecen así como vertientes de convergencia[16].

En esta ocasión, retomaremos, teniendo en cuenta todos estos aportes, un abordaje tripartito, que ya hicimos con ocasión de dos trabajos anteriores[17] y que se apoya sobre las evoluciones doctrinales y legales del Derecho de Familia de los últimos años[18]. Nuestro plan de trabajo será, entonces, analizar los tres principios jurídicos que

12. *Revista Chilena de Derecho* 23 (2014), pp. 9-55, disponible en http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000200001. Luego lo incluye en su *Derecho Familiar chileno*, pp. 48 y sigs., Thomson Reuters, 2017.

13. Rivero de Arhancet, Mabel; Ramos Cabanellas, Beatriz, "Principios aplicables en las relaciones de familia", *Revista de Derecho*, Núm. 4 (2009). DOI: https://doi.org/10.22235/rd.v0i4.836.

14. Tartuce, Flavio, "Novos principios do direito de familia brasileiro", 28/7/2018, disponible en: www.flaviotartuce.ado.br.

15. Saraiva, São Paulo, 2012.

16. Ver Comisión Europea de Derecho de Familia, disponible en: https://ceflonline.net/. Ver, especialmente: http://ceflonline.net/principles/ (fecha de consulta: 31/5/2022).

17. Basset, Ursula C., *La calificación de bienes en el matrimonio. Principios, reglas, criterios, supuestos*, ob. cit., pp. 264 y passim.

18. Basset, Ursula C., "¿Qué principios para la familia del siglo XXI? Una cuestión para pensar", en Tavares da Silva, Regina y Basset, Ursula C. (Dir.), *Familia e pessoa, uma questao de principios*, pp. 20 y sigs., YK Editora, 2016.

presiden el Derecho de Familia: el "principio persona", el "principio familia" y el "principio sociedad".

Estos principios no son imposiciones dogmáticas o arbitrarias, sino que consisten en una lectura de las aspiraciones más espontáneas que surgen del hombre. El primero de todos consiste en el impulso a vivir e incluso a trascenderse, y esa aspiración obliga a la protección de la vida y de la persona que la vive ("principio persona"). Una segunda aspiración es la de la complementariedad afectiva y personal, e incluso el deseo procreativo (del que se ha hablado tanto en el Derecho de Familia contemporáneo), que da lugar al principio de protección de la familia ("principio familia"). La familia no subsiste sin un plexo social al que se integra y que forma, además, un entorno cultural, religioso y político. Las limitaciones e interrelaciones entre la persona y la familia y la vida social se expresan en el principio de protección de esa vida social ("principio sociedad"). Estos tres principios están intrínsecamente relacionados, como veremos, sin que ninguno de ellos pueda articularse sin considerar su incidencia en el otro.

Tomemos un ejemplo: el derecho a la identidad. La identidad se presenta como un derecho individual; sin embargo, la identidad es, a la vez, invariablemente familiar, social, cultural, religiosa. Se vincula a una identidad nacional y se registra, abriendo así la puerta a todos los derechos económicos, sociales y culturales que nacen del reconocimiento jurídico de la personalidad. Los derechos, en el ámbito de la familia, se declinan siempre en el marco de esta tridimensionalidad.

Esta tridimensionalidad está presidida por la igualdad, que es el principio formal del Derecho, y que asegura una medida justa en la interacción de cada una de las dimensiones para asegurar que se dé a cada uno lo suyo.

3. El "principio persona"

El "principio persona" es aquel que exige la protección de la persona humana en todas sus dimensiones "bio-socio-psico-espirituales" y relacionales de la persona humana, en todas las etapas de su desarrollo desde la concepción hasta la muerte, y en todas sus circunstancias vitales, especialmente las más vulnerables.

La primera inclinación del hombre consiste en aquella que lo impulsa a vivir, y por ello, a proteger su vida y a cuidarla. El "principio persona" pone de manifiesto el deber de protección de cada persona humana, de cada vida individual. Si cada uno de nosotros aspira a proteger su propia vida de manera espontánea, es justo que apliquemos el mismo estándar para los demás.

Si leemos esa inclinación del hombre en clave normativa o prescriptiva, como un principio, ese principio podría enunciarse como el deber de cuidar la propia vida, el deber de cuidarnos. Y, como en todas las cosas, si esa regla deseamos que se nos aplique a nosotros, es decir, que las otras personas cuiden nuestra vida y la respeten, deberíamos obligarnos a cuidar la vida de otros, así como cuidamos la nuestra y esperamos que otros la cuiden.

3.1. Recepción en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Este principio tiene amplia representación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y encuentra su apoyatura en el derecho a la vida, en el derecho a la integridad personal, en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, en las libertades de religión, conciencia, el derecho a la privacidad, el derecho a la propiedad, el derecho a la vida privada familiar y demás derechos que tienden a la protección de la personalidad (en las relaciones de familia).

3.2. Relación con el principio de igualdad, clave de bóveda del Derecho

Es fácil ver cómo de este primer principio elemental surgen todos los principios que nacen de la dignidad de la vida humana, de su sacralidad, del deber de protegerla, sobre todo cuando es frágil, enferma, vulnerable, en la vejez, en la discapacidad, ante la muerte.

La protección se intensifica cuanto mayor es la vulnerabilidad de la persona. A mayor grado de dependencia, mayor deber de protección (lo que, obviamente, genera una fuerte contradicción interna con los países que reconocen un "derecho a decidir" a las madres sobre la vida de los hijos no nacidos en el momento de mayor dependencia de sus padres, a saber: durante la gestación). Los fuertes

deben proteger a los débiles y el Estado debe proteger a todos, de manera directa e indirecta. La protección debe ser incremental, según el grado de fragilidad y dependencia, y no a la inversa.

En el Derecho argentino, la igualdad es objeto de garantía constitucional superior a los Tratados Internacionales, contenida en el artículo 16, CN. La tutela de la igualdad jurídica se presenta, además, en diversas declaraciones y convenciones, constitucionalizadas en el artículo 75, inc. 22.

Si el componente formal del Derecho es la igualdad, el Derecho de Familia realizará más plenamente su vocación, en la medida en que realice el concepto de igualdad en las asimetrías que presentan las relaciones de familia.

3.3. Principio de igualdad y la cuestión de la protección de la mujer en las relaciones de familia

En la familia hay relaciones de paridad, que se expresan en una igualdad aritmética. Es esta forma de igualdad la que preside, en general, los contratos entre privados. De hecho, el matrimonio, paradigma de las relaciones de tipo conyugal, tiene por puerta de entrada un contrato que requiere consentimiento pleno y válido[19]. En verdad, el contrato matrimonial da lugar a una institución, que, hasta 1987, fue indisoluble en Argentina, y desde 2015, con el nuevo Código Civil y Comercial, ha fragilizado la posición relativa de sus integrantes a una posición más débil que la de cualquier co-contratante: no hay consecuencias negativas para el que rompe unilateralmente la relación. En este sentido, y aunque no ahondaremos en este vector, la igualdad sinalagmática del Derecho de Familia ha sufrido un golpe fundamental: la autonomía de la voluntad es un derecho de fuertes y la parte más débil del matrimonio (con frecuencia, la que más ama, o la que continuaría la relación) queda hoy en posición más expuesta.

Lo que en antropología se llama sistema de alianza que abarca todas las formas de conyugalidad está, pues, presidido por una igualdad aritmética, entre pares, que lleva a una justicia correctiva.

19. Hemos profundizado esta dimensión del matrimonio, con remisión a diversa bibliografía, en Basset, Ursula C., "Estudio sobre el consentimiento en el Derecho Civil: múltiples caras, una sola institución", *La Ley*, 1/07/2021, p. 1.

Ya vimos que la evolución que privó al sistema de alianza de su perdurabilidad ha golpeado a la parte más débil: ¿cómo hacer planes de conformar una familia con hijos cuando una mujer no sabe si el matrimonio será duradero o no? Hoy día, la mujer debe asegurar su subsistencia, pues sabe que no contará con alimentos a la hora de la ruptura. También está fuertemente debilitada su vocación sucesoria. Es decir que, en la actualidad, el Derecho argentino ha empujado a la mujer a postergar su maternidad a una etapa en la que su fertilidad decae, forzándola a pensar en la ruptura antes de haberse casado, y planificando con escenarios eventuales de soledad. La monoparentalidad femenina por elección[20] (usualmente, con el aporte de un donante anónimo y por técnicas de reproducción humana asistida) recibe elogios como una forma de independencia de la mujer, siendo que es claramente una forma de empobrecimiento de los deberes de solidaridad en el proyecto parental y el derecho del hijo a la parentalidad que le es, por esa elección, vedada. Es curioso que esa monoparentalidad se aliente en la filiación por TRHA, pero contradictoriamente se castigue en la filiación por naturaleza. En la adopción la lógica es distinta, porque hay un niño en situación de desamparo a proteger, lo que amplifica la aceptabilidad de los posibles adoptantes por parte del Estado en beneficio del niño (o, al menos, así debería ser).

La mujer sigue ocupando un espacio mayor de su tiempo con tareas domésticas y el cuidado de los niños, elegido muchas veces en forma espontánea, que imprime una impronta distinta en las relaciones heterosexuales[21]. El Derecho ha tratado de corregir progresivamente este desequilibrio, otorgando un valor económico al trabajo de la mujer, lo que ha sido celebrado como un avance. Es indudable que expresa una forma de valoración. El Estado argentino incluso ha creado una "Calculadora de Cuidado"[22]... Pero ¿puede realmente

20. Jociles Rubio, María Isabel; Medina Plana, Raquel, *La monoparentalidad por elección. El proceso de construcción de un modelo de familia*, Tirant lo Blanch, 2013.

21. Miles, Joanna - Probert, Rebecca, "Sharing Lives, Dividing Assets. Legal Principles and Real Life", en *Sharing Lives, Dividing Assets*, p. 20, Hart, 2009.

22. Obliga a dar a conocer el mail de quien haga el cálculo, lo cual de suyo es abusivo. Ver "Calculadora del Cuidado", disponible en: https://www.argentina.gob.ar/economia/igualdadygenero/calculadora-del-cuidado (fecha de consulta: 31/5/2022).

ponerse un precio a las tareas domésticas?[23] ¿No es acaso la tarea de la mujer en el hogar invalorable, y parte de los deberes de gratuidad que emergen de la solidaridad familiar? ¿Cómo ponerle precio a la tarea dignísima de acompañar a un hijo a realizar una tarea escolar, vestirse, conversar o jugar con él? ¿Cuánto valen los minutos transcurridos con una suegra o un padre anciano? Ponerles un precio es transformar en mercancía lo que es nobilísimo y no se hace con finalidad de intercambio. El problema de fondo es que al debilitar la noción de asociatividad de la familia, y así también la perdurabilidad del vínculo, los parches que vienen a solucionar los desequilibrios que se producen generan, invariablemente, nuevas dificultades.

Una forma más interesante, y factible en el nuevo Código Civil y Comercial, sería valorar los activos intangibles al momento de la disolución, así como posibles formas de enriquecimiento sin causa. Los activos intangibles que el hombre hubiera adquirido en desmedro de su mujer podrían tasarse e imputarse a la masa partible en el régimen de comunidad[24], o dividirse en términos de enriquecimiento sin causa en el régimen de separación de bienes. Aquí no se pone un precio a un acto de amor, sino que se tasa un activo intangible adquirido por una parte con el aporte de la otra.

También la facilitación del divorcio desampara en la dimensión negocial de la ruptura a la parte más débil, usualmente la mujer con hijos. Estudios han documentado que la mujer negocia desde una mayor fragilidad ante las urgencias del cuidado cotidiano de los hijos, que quedan usualmente a cargo de la madre, en una distribución que está signada por la dimensión sexuada[25].

Tal vez, la mayor traición del Derecho contemporáneo a la mujer haya sido la de omitirla u obliterarla de la ley positiva. Como señala Philippe Malaurie: "Si la esposa es igual al marido, no necesita ser

23. Los dilemas que genera la cuantificación de las tareas domésticas en toda su densidad han sido analizados en la notable obra de Ordás Alonso, Marta, *Cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*, Bosch, 2017.

24. Para mayor desarrollo de este argumento, ver Basset, Ursula C., *La calificación de bienes en el matrimonio. Principios, reglas, criterios, supuestos*, ob. cit., Capítulo IX.

25. Hitchings, Emma; Miles, Joanna, "Final settlements in financial disputes following divorce", Nuttfield Foundation, 2016. Los resultados de la investigación pueden consultarse en: https://www.nuffieldfoundation.org/wp-content/uploads/2019/11/briefing20paper20Jun20201820FINAL.pdf (fecha de consulta: 31/5/2022).

protegida"[26]. Cuánto más, si ni siquiera es enunciada, porque en el nuevo Código Civil y Comercial no hay más "mujeres", "madres" o "abuelas". Es un cambio cultural casi violento. El punto de partida de esta equiparación es la del matrimonio denominado "igualitario". El costo de la legalización se paga exclusivamente por la relación heterosexual, especialmente por las protecciones específicas derivadas de la condición de mujer que crecientemente y culturalmente son relegadas, en la jurisprudencia y en la vida cotidiana, sobre la base de un mito de indiferenciación sexual. Volviendo otra vez a Malaurie, y su sentido común: "Sobre todo, la independencia profesional de la mujer, transforma en anacrónica la dependencia de la mujer"[27].

La independencia profesional de la mujer es promovida por el nuevo Código Civil y Comercial con la supresión de los alimentos. La presunción que subyace al cambio es que la mujer debería salir a trabajar, o recibir una compensación cuando es tarde, compensación que no satisface nunca y que expone invariablemente a las mujeres que han consagrado su vida al desarrollo del marido y la educación de los hijos. Ese rol de mujer resulta penalizado por el Derecho. No todas las mujeres tienen los mismos derechos, sólo las que eligen su patrón de vida de acuerdo con los nuevos estereotipos sociales. Las otras son penalizadas.

En las relaciones de dos hombres, en las que ninguno de los dos llevará a término un embarazo (dejando a salvo una transición), ninguno tendrá que dar a luz y ninguno tendrá que amamantar. Eso no va en desmedro de la paternidad, que es un rol maravilloso, revalorizado a la luz de las presiones que sufre la mujer del mundo contemporáneo para abandonar pronto el hogar y reintegrarse a sus funciones laborales. Se trata sólo de resaltar que lo igualitario puede impactar de forma diferenciada. Y cuando la diferencia se anula, como sucede en el Derecho argentino, al haber suprimido la misma designación de "mujer, madre y abuela" del Derecho Privado, ese impacto diferenciado se transforma en una forma de discriminación tangible (indirecta), cuyo origen es institucional. Los pesos se distribuyen desigualmente. Y esto no sucede sólo respecto de las mujeres.

26. Malaurie, Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, p. 139, Cujás, 1999, nro. 303: "Si l'epouse est l'egale du mari, elle n'a plus à être protegée".

27. Ídem, p. 139, nro. 303: *"Surtout, l'independence professsionnelle de la femme a rendu anachronique la dépendance de la femme"*.

3.4. El movimiento pendular: la regulación abusiva o el "poder de las madres"

La psiquiatra francesa Elisabeth Roudinesco, en su *La familia en desorden*[28], dedicó un capítulo completo al "poder de las madres" en el mundo contemporáneo. Apunta Roudinesco:

> "Por primera vez en la historia de la humanidad la ciencia se sustituyó así al hombre reemplazando el acto sexual por el acto médico. […]"[29].

Todavía más, citando a la argentina Marcela Iacub, agrega:

> "Las TRHA son un dispositivo que se destruye una vez que ha sido consumido, que se abole a sí mismo, que no existe más que para hacer desaparecer toda traza de su utilización. Dicho de otra forma, serían el equivalente de un crimen sexual perfecto, porque lograría borrar la memoria de los hombres y de las trazas de su aporte"[30].

Es indudable que el nuevo escenario de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida supone, a la inversa de todas las formas de discriminación que presentamos más arriba, una forma de regulación abusiva, en donde el deseo de maternidad y el poder de la maternidad absorbe derechos de los hijos y puede absorber el lugar de los padres. Lo decíamos más arriba, respecto de la monoparentalidad electiva. Algunos han enlazado este poder novedoso con una forma de abolición del patriarcado, porque la mujer en esta era sería finalmente independiente de la biología, liberándose del hombre y de su propio cuerpo[31]. Una maternidad sin paternidad. La paradoja es que quienes así afirman, han nacido ellas mismas gracias a un varón y a una mujer.

Uno de los desequilibrios más inquietantes del Derecho contemporáneo es indudablemente la disciplina de la maternidad. De una parte, la madre es perseguida por el Derecho y condenada por la sociedad si abandona a su hijo, si lo da en adopción, si renuncia a su

28. Roudinesco, Elisabeth, *La famille en désordre*, Fayard, 2002.
29. Ibídem, p. 196.
30. Ibídem, p. 199.
31. De nuevo Roudinesco, reflexionando esta vez sobre la obra de Simone de Beauvoir, en Roudinesco, *La famille*…, ob. cit., p. 171.

cuidado o es incompetente para él. En cambio, si aborta es celebrada como dueña de su propio cuerpo y su destino. Es decir, puede decidir privar a su hijo de la vida, pero no puede decidir darlo en adopción sin padecer el estigma social consecuente[32]. La maternidad no es así un emblema del feminismo, sino de una reducción de la mujer a nuevos estereotipos sociales, que de una parte condenan a los hijos a que su derecho a la vida dependa sin expresión de causa, de sus madres; y, del otro lado, condenan a las mujeres que humildemente reconocen sus limitaciones y quieren darles a los niños una chance de futuro y por eso deciden renunciar a su cuidado en beneficio de otra familia que pueda cuidarlos mejor.

Estos abordajes son abusivos porque en lugar de crear igualdad, so pretexto de una igualación, crean nuevas formas de poder y sumisión, de control social, de desequilibrio, de supresión. Son formas que persiguen la corrección de la igualdad de manera patológica, que mutilan los vínculos y relaciones de familia y lastiman así el tejido social. Esconden, de este modo, una dosis de violencia.

3.5. Relación con la libertad, concepto clave en la concepción de la dignidad humana

El ser humano quiere ser autónomo y una de las grandes presiones del Derecho de Familia contemporáneo tiende a asegurar la autonomía como clave de bóveda del sistema[33]. Indudablemente, la libertad es una pieza clave de la dignidad humana. A diferencia de los otros animales, el ser humano es libre para elegir entre el bien y el mal. Por eso es un ser jurídico[34], por eso existe el Derecho. Y por eso, cuando la libertad está viciada, el acto jurídico es nulo. De modo que, efectivamente, la libertad es un descriptor de la especial dignidad de la naturaleza humana en relación con los demás seres vivientes. Y no están descaminados quienes la consideran un clave de bóveda del sistema.

32. María Magdalena Galli Fiant ha señalado esta paradoja en un artículo de su autoría, que no logramos localizar para citar adecuadamente.

33. Así, por ej., Lloveras, Nora; Salomón, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, p. 336, Eudeba, 2009 y passim.

34. Parafraseando a Alain Supiot, en su obra *Homo juridicus*, Le Seuil, 2009.

Por tanto, la protección de la vida humana nace, además, de la protección de la libertad y de la individualidad de cada sujeto, que no es sino proteger la libertad individual, que siempre se inscribe evolutivamente y sincrónicamente, en un plexo de relaciones. Ahora bien, está concepción de libertad no puede ser neutra o indeterminada, porque nuestros prójimos, las otras personas, no nos son indiferentes. No nos da igual que alguien se perjudique con la tolerancia que disimula el egoísmo y el desinterés. O, como sugiere el jurista norteamericano Bruce Hafen, "abandonar a los niños a su autonomía"[35], lo que puede aplicarse a toda fragilidad. Es un principio de libertad que se ordena al interés fraternal, solidario, que todos tenemos en cuidarnos unos a otros. El principio de cuidado también previene todo paternalismo: exige que respetemos plenamente la dignidad de la elección de cada uno, su libertad de conciencia y religión, de expresar privada y públicamente sus convicciones, de elegir su proyecto de vida... siempre y cuando las elecciones impliquen opciones de cuidado y no opciones de desprecio o aniquilamiento de otros, o supongan un atentado a una concepción compartida, ontológica, de la dignidad humana.

Sin embargo, si el único principio que pudiera tomarse en cuenta fuera el principio persona, el Derecho sería un ámbito muy triste, un ámbito de soledades y aislamientos. Y de hecho, las nuevas teorías del Derecho de Familia, que exageran la autonomía individual, muchas veces derivan en "nuevas soledades"[36], en soledades desgarradoras, en derechos egoístas, en donde los más fuertes hacen sus planes pero se olvidan de los más débiles y marginados, que quedan así sometidos por las decisiones de los fuertes. En el Derecho de Familia, en la medida en que las dependencias son moneda corriente, esas nuevas opresiones de un concepto individualista de la autonomía están a la orden del día. Egoísmos para con los enfermos, los viejos, los niños, las mujeres, aquellos con los que nos relacionamos en la vida familiar.

35. Hafen, Bruce C.; Hafen, Jonathan O., "Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child", *Harvard International Law Journal*, pp. 449 and ff, Volume 37, Number 2, 1996.

36. Pensamos aquí, por todos, en los estudios de Yrigoyen, Marie France, *Les nouvelles solitudes le paradoxe de la communication moderne*, Marabout, 2007. Muchos otros estudios sociológicos confirman esta intuición.

El hecho de pensar que alguien pueda haber naturalizado que se pueda pagar un precio por una gestación y por un niño demuestra la gravedad de estas nuevas formas de opresión que la autonomía de la voluntad de fuertes impone a los débiles y necesitados. Que pensemos que un matrimonio que se consiente de a dos, pueda disolverse unilateralmente, y que algunos jueces ni siquiera citen a una audiencia para dar espacio de bilateralidad a esa ruptura, demuestra hasta qué punto la autonomía del fuerte ha distorsionado la noción de autonomía relacional y alteridad. El Derecho es *ad alterum*, en relación a otros. Cuando la autonomía suprime o cancela al otro, no es Derecho, es violencia, y es una forma opresiva de ejercicio de un poder subjetivo. Como si el otro no existiera. Esa visión del Derecho no nos hace más felices, ni a fuertes ni a débiles.

Es que los principios están intrínsecamente interrelacionados unos con otros. No es posible, en la medida en que el ser humano es un ser social, garantizar su individualidad mutilando su dimensión social, especialmente la dimensión familiar, que resulta constitutiva en la identidad humana y el desarrollo del ser humano. Por eso, no es posible pensar la protección de la persona, sin pensar el "principio familia" al que se encuentra intrínsecamente vinculada. Un individuo privado de su familia se ve privado del derecho al pleno desarrollo de su personalidad. Es lo que Rivero de Arhancet y Ramos Cabanellas llaman "principio de pertenencia"[37]. Es lo que la filósofa francesa Simone Weil denominaba el "enraizamiento"[38], que es una matriz esencial en el reconocimiento de todo ser humano a su personalidad jurídica: el ser humano tiene un doble enraizamiento, a su dimensión espiritual y terrenal, que a su vez implica un enraizamiento a su dimensión individual, familiar y social. El reconocimiento de la personalidad supone que el reconocimiento de la dinámica libertad-protección resulte sin mutilaciones de esa integración e interrelación.

37. Rivero de Arhancet, Mabel; Ramos Cabanellas, Beatriz, "Principios aplicables en las relaciones de familia", *Revista de Derecho*, Núm. 4 (2009). DOI: https://doi.org/10.22235/rd.v0i4.836.

38. Weil, Simone, *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs de l'homme*, Flammarion, 2014 (edición original de 1942).

4. El "principio familia"

Dice Malaurie, al que hemos acudido tan seguido a lo largo de este escrito:

> "La familia está ligada a la vida y a la muerte, a la vida más que a la muerte, a la vida apacible más que a los dramas. El ciclo de una vida armoniosa se desarrolla en la familia, en la propagación de la familia: el hombre nace en una familia, y luego a su turno forma otra familia, que más tarde constituirá nuevas familias. Luego morirá en la familia de sus hijos: el ciclo habrá concluido. […] Una sociedad sin familias o sin familias fecundas está inmisericordemente condenada a desaparecer. Para reencontrar confianza en el futuro y transmitir la herencia de las generaciones, es necesario que el Derecho de Familia reencuentre su razón de ser: la vida"[39].

La familia es el eslabón que une y amalgama al individuo con la vida social, es la que custodia la tradición y la transmite intergeneracionalmente, es la que logra la interfaz entre el individuo y lo social. La familia es lo que salva toda sociedad y la hace posible. El mito individualista y disgregador de la familia ha sido y es simplemente contrafáctico, y por sobre todo, engendra sufrimiento, soledad, infelicidad y un costo altísimo para el Estado.

El "principio familia", muy documentado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, exige de la legislación formas de protección específicas del modo de vida familiar monogámico que recibe Occidente y alberga en sí un tesoro precioso: para resguardar el bien del futuro de la sociedad, que son los niños, la familia estable es el refugio más seguro, así como documenta la ciencia de

39. Malaurie, Philippe, *Droit civil. La famille*, p. 5, Cujas, 1995, nro. 1: *"La famille es liée à la vie et à la mort, à la vie paisible plus qu'aux drames. Le cycle de la vie harmonieuse s'accomplit dans la famille et sa propagation: l homme naît dans une faille, en fonde une autre qui plus tard en constituera de nouvelles. Autrefois, il mourait dans la famille de ses enfants; la boucle était bouclée. Une famille qui ne donne pas la vie ou n'est pas durable dépérit; une société sans familles ou sans familles fécondes est impitoyablement condamnée à disparaître. La plupart des pays occidentaux subissent un effondrement sans précédent de leur natalité tandis que leur population vieillit. Pour retrouver confiance en l'avenir et porter l'héritage des générations, il est nécessaire que la famille et son droit retrouvent leur raison d'être: la vie"*.

manera concluyente[40]. Ser veraces y fieles a la interdisciplina y al bien de los niños exige proteger la perdurabilidad del matrimonio[41].

4.1. La familia y los niños

Respecto de los niños, y en el mismo sentido enunciado, en una obra editada por el tan reconocido autor inglés Michael Freeman y el psicólogo neerlandés Philip Veerman, en torno a las ideologías de los niños, Anne Mcgillivray ha dicho: "[…] El derecho más comúnmente reconocido y el menos contestable es el derecho a una familia, significando con ello el derecho a un progenitor. Esto está asociado a derechos de alimentación y mantenimiento; a la continuación cultural; y a una casi absoluta seguridad de emplazamiento y parentalidad […] El rol parental es supremo y el rol del Estado, uno de apoyo distante. El mayor daño que puede hacerse al niño, en esta

40. Wallerstein, Judith; Lewis, Julia M.; Blakeslee, Sandra, *The unexpected legacy of divorce. The 25 year landmark study*, Hyperion, 2000. Marquardt, Elizabeth, *The inner lives of children of divorce. Between two worlds*, Crown Publishers, 2005. También, puede verse el meta-análisis de Amato, P. R. (2001), "Children of divorce in the 1990s: An update of the Amato and Keith (1991) meta-analysis", *Journal of Family Psychology*, 15(3), 355-370; https://doi.org/10.1037/0893-3200.15.3.355. Agregando 67 nuevos estudios en el meta-análisis, Amato y Keith concluyen: *"Compared with children with continuously married parents, children with divorced parents continued to score significantly lower on measures of academic achievement, conduct, psychological adjustment, self-concept, and social relations. After controlling for study characteristics. curvilinear trends with respect to decade of publication were present for academic achievement, psychological well-being, self-concept, and social relations. For these outcomes, the gap between children with divorced and married parents decreased during the 1980s and increased again during the 1990s"*. Decía Philippe Malaurie: *"L'éxercice en commun de l'autorité parentale par le père et par la mère est la situation normale, la seule vraiment conforme à l'intérêt de l'enfant. Cet exercise conjoint devient impossible ou difficile lorsqu'il y a quelque chose de rompu dans la conjonction des parents",* en Malaurie, Philippe, *Droit Civil*, T. III, La Famille, p. 440, Cujas, 1995. Hemos analizado con literatura diversa esta cuestión en: Basset, Úrsula C., "Supremo bienestar del niño y 'derecho' al divorcio. Es necesario sincerarse", *El Derecho* - Diario, Tomo 227, 828. Cita Digital: ED-DCCLXX-119.

41. Wardle, Lynn D., "The Disintegration of Families and Children's Right to Parents" (May 13, 2013). *Ave Maria Law Review*, Vol. 10, 1-52 (2011), disponible en: https://ssrn.com/abstract=2264581. Basset, Ursula C., "Supremo bienestar del niño y 'derecho' al divorcio. Es necesario sincerarse", *El Derecho* - Diario, Tomo 227, 828. Cita Digital: ED-DCCLXX-119.

visión, es romper los lazos psicológicos a través de la intervención del Estado"[42].

La familia es la red de protección más segura para los miembros más débiles de la sociedad. La falta de protección de la familia o la falla de ésta produce la mayor de las desigualdades: los miembros más débiles son los que más expuestos resultan.

El principio familia es una exigencia del principio de igualdad y de integridad personal de los niños, pues, como dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los niños "[…] ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad"[43].

4.2. El mito urbano de la felicidad del libertino (trasladado al Derecho)

El nuevo Derecho regula la familia encontrando la felicidad y el amor fuera de toda forma de opresión derivada del compromiso. El lector del nuevo Código Civil y Comercial advierte pasmado que para las uniones convivenciales el legislador argentino se imagina una relación afectiva exclusiva, con una permanencia mínima de dos años, que implica convivencia. Pareciera que la unión más feliz es la menos comprometida. Para el matrimonio, en cambio, no hay deber de fidelidad (salvo que los esposos tengan altos estándares morales y quieran practicarlo) y, además, no hay ningún tipo de afecto previsto… Se trata de un legislador mojigato: no censura la infidelidad, pero sí vivir con la pareja extramarital, caso en el cual se pierde la vocación hereditaria por falta de convivencia y la participación en

42. *"The most commonly recognized and least contestable of rights has been called the right to a family, meaning right to a parent. This is associated with rights to nurture and maintenance; to cultural continuity; and to an almost absolute security of placement and parenting [...] The parental role is supreme and the state role essentially one of distant support. The major harm to the child, in this view is the breaking of psychological bonds through state intervention"*. Mcgillivray, Anne, "Reconstructing Child Abuse", en Freeman, Michael D. A. - Veerman, Philip E. (eds.), *The Ideologies of Children Rights*, p. 219, Martinus Nijhoff, 1992.

43. Corte IDH, 24/2/2011, "Gelman *vs*. Uruguay", par. 129.

los gananciales. Y desde luego, se puede ser infiel informalmente, pero no ser polígamo. Son las ironías del principio de libertad como clave de bóveda del nuevo Derecho de Familia.

El Código Civil y Comercial celebra la fácil ruptura del matrimonio, su unilateralidad, la regulación más favorable de las uniones menos comprometidas, como si liberar del yugo fuera la clave de la felicidad. ¿Acaso consultaron los autores la antropología equivocada? Parecería que una indagación en las aspiraciones y deseos, encuestas de opinión y hasta en el corazón y los anhelos del hombre desmentirían el mito del libertino.

4.3. La respuesta del Derecho a los anhelos de hombres y mujeres

Tantas encuestas y datos revelan la trascendencia de la familia y la añoranza de una familia feliz en el día de hoy[44]. En un mundo de trayectorias individuales y de egocentrismos, los hombres y las mujeres siguen anhelando encontrar a aquel con quien compartir una biografía, una historia en común, y si es posible, compartir la vida entera, y tal vez tener hijos y llegar a la madurez en compañía y no en soledad. Una vida densa y plena. La familia es un anhelo y una inclinación, que hoy día se plasma de formas diversas y desarticuladas del paradigma de la dogmática jurídica de las codificaciones decimonónicas, pero que, en su diversidad, revela su espontánea búsqueda. En estadísticas diversas puede verse cuántas personas que

44. Por ejemplo, el Pew Research Center, en una estadística del año 2010, concluyó que el 75 % de los adultos en Estados Unidos considera que su familia es el elemento más importante y que más satisfacción le causa en su vida. Un estudio del año 2007 conducido globalmente demuestra que la satisfacción en el trabajo y la satisfacción en la familia se corresponden. Disponible en http://www.pewglobal.org/2007/07/24/happiness-is-increasing-in-many-countries-but-why/. En Argentina, un importante estudio determinó respecto de los sentimientos de felicidad que "los mayores déficits correspondían a personas sin pareja, específicamente separadas y viudas"; Informe Especial Familia: Población y Situación Conyugal. Perspectiva 2011-2016. ODSA-UCA 2016, disponible en: http://wadmin.uca.edu.ar/public/. De la misma manera, el estudio de opinión sobre matrimonio y familia realizado por Gallup en el año 2005, en Argentina, concluyó que un 80 % de la población argentina cree que el eje fundamental sobre el que debe crearse la sociedad es la familia; disponible en: http://noticias.universia.com.ar/en-portada/noticia/2005/12/28/3708571familia-eje-sociedad-argentina.html.

se divorcian vuelven a casarse o a convivir, demostrando así que el deseo de vivir en familia sigue latente.

La vida familiar de hoy sigue reportando más felicidad en la relación más comprometida: el matrimonio. En un estudio transnacional de 27 países, publicado por la universidad de Princeton en el año 2011, se verificó nuevamente la hipótesis de que el matrimonio reporta mayor sensación de felicidad que la cohabitación prolongada. Las conclusiones matizan y realzan que, para el hombre, la diferencia entre cohabitar y estar casado es menor en términos de felicidad[45]. No obstante, tanto para el hombre como para la mujer, la diferencia en términos de felicidad es marcada a favor del matrimonio en todo contexto social y racial[46].

Hay características de la vida familiar que son relevantes para la felicidad. Algunos estudios demuestran que la infidelidad se asocia a una satisfacción relacional menor, y, de hecho, más allá de la forma jurídica que refleje el divorcio, un 40 % de las causas de divorcio está vinculada a la infidelidad[47]. De suerte que la familia monogámica sigue asociándose a una expectativa mayor de felicidad. Un estudio de Gran Bretaña demuestra otras cifras, aunque permite abrir el abanico: el divorcio deriva, según este estudio, en un 35 % de haber tomado caminos de vida diferentes; 28 %, discusiones y peleas; adulterio, 22 %, y falta de respeto o aprecio, un 22 %.

Todo lo cual nos demuestra lo que hombres y mujeres esperan de su relación: respeto, aprecio, fidelidad, compartir un proyecto de vida. Esas expectativas son una buena definición jurídica de los deberes matrimoniales o, incluso, un reflejo de lo que se espera de una cohabitación o convivencia comprometida[48]. ¿Qué respuesta da el

45. K. Schutz Lee - H. Ono, "Marriage and Happiness. A Cross-National Analysis of 27 Countries", 2012, disponible en: http://paa2011.princeton.edu/papers/110114.

46. S. L. Brown - W. D. Manning - K. K. Payne, "Relationship Quality Among Cohabiting Versus Married Couples", in *Journal of Family Issues* 38 (2017), disponible en: https://doi.org/10.1177/0192513X15622236.

47. Se trata de un estudio sobre una muestra de 15.162 personas. K. Gravningen *et al*., "Reported reasons for breakdown of marriage and cohabitation in Britain: Findings from the third National Survey of Sexual Attitudes and Lifestyles (Natsal-3)", 23/3/2017, disponible en: https://doi.org/10.137 /journal.pone.0174129/28.

48. Al respecto, ver J. Treas - J. Scott - M. Scott, *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families*, p. 537, Wiley and Sons, 2017.

Derecho a este anhelo? ¿Reconoce estas aspiraciones o las relega al exilio?

4.4. El principio familia en el Derecho

Fue el jurista italiano Salvatore Patti quien acuñó el término del "principio familia"[49]. Advirtió, entonces, una creciente convergencia hacia una familia que gira en torno a un principio asociativo y un abandono creciente de la familia percibida como estructura jerárquica. Probablemente, la creciente conciencia de la constitucionalización de las relaciones de familia y la permeabilidad del Derecho Privado a plasmaciones más abiertas y menos dogmáticas permitió abrir el Derecho de Familia a la consideración de los principios que lo forman. Se documentan varios estudios en el derecho comparado que dan cuenta de este nuevo abordaje de la familia a partir de sus principios jurídicos, principio asociativo y un abandono creciente de la familia percibida como estructura jerárquica.

Indudablemente, el primer principio que surge de la familia, y que se positiva en todos los tratados internacionales, es la protección de la unidad familiar, que compete al Estado, a la sociedad y a los integrantes de la familia. De allí, deriva la protección de su dimensión asociativa. Propiamente, la solidaridad familiar[50] es una corriente espontánea que deriva del principio asociativo que señala Patti. Ese principio asociativo puede entenderse como una protección de la unidad de la familia, de su fortaleza vincular.

La unidad de la familia se protege en la "reunificación familiar", en los procesos de restitución internacional de niños y en los casos en que se vela por evitar la alienación parental. Sin embargo, la dimensión más rica de la asociatividad es aquella por la que el

49. Patti, S., "El principio familia e la formazione del diritto europeo della familia", en *Costituzione europea e interpretetazione della Costituzione italiana*, pp. 245-258, Edizioni Scientfiche Italiane, 2006.

50. Reconocida en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia por varias ponencias, luego plasmada en la obra de María Josefa Méndez Costa, e impulsada en Argentina por Marcos Córdoba y recibida también en la obra citada más arriba de Graciela Medina y Eduardo Roveda. El autor chileno, Cristián Lepín, sostiene que no es un principio en materia familiar. Creo que el principio es la protección de la dimensión unitiva o asociativa y que la solidaridad es un rostro de ese principio.

Derecho vela cuando genera una red de obligaciones y compromisos que hagan conscientes a los esposos y a los padres de su deber de cuidado, compromiso y responsabilidad por las relaciones de familia[51].

4.5. El "principio familia" y su relación con el "principio persona": volviendo los ojos a los más vulnerables en la familia

Seríamos injustos si los principios de la familia se refirieran sólo a la institución y no a sus miembros. Los miembros se benefician de la asociatividad, pero las trayectorias individuales y el espacio de intimidad en las relaciones de familia han ganado espacio en los últimos años[52]. Algunos autores, advirtiendo el nuevo lugar de la privacidad en las relaciones de familia y la trascendencia del individuo, concluyen en que impera en la familia el principio de autonomía. En realidad, la autonomía no es un principio, sino una facultad del ser humano y expresada en malos términos[53]. En cambio, sí es un principio la protección de la persona en las relaciones de familia. La misma persona del "principio persona" (de protección de la persona) es la que se protege en las relaciones de familia. Es decir, una parte del principio de protección de la familia es la protección de cada persona en sus relaciones de familia.

De esa persona se protege su derecho a la igualdad, a la dignidad, a la libertad, en el marco y en los límites razonables de la relación de familia. Ahora bien, dijimos, en los límites razonables de la relación de familia. Si una persona se comporta dentro de una familia como si no estuviera casado, o como si su progenitor o su hijo fueran extraños, el Derecho no protegería su personalidad realmente: una parte de la identidad personal es la identidad familiar y sus consecuencias. El hombre casado que se comporta como si fuera soltero no reconoce la personalidad de su esposa, y así, quiérase o no, ejerce una forma sutil de violencia: la de la ignorancia del otro, el desprecio

51. Douglas, Gillian, *Obligation and Commitment in Family Law*, Bloomsbury Hart, 2018.

52. De Singly, F., *Sociologie de la famille contemporaine*, Armamd Colin, 2017.

53. Lo clarifican bien numerosos estudios. Por todos: J. B. Schneewind, *The Invention of Autonomy*, trad. esp. de Jesús Héctor Ruiz Rivas, *La invención de la autonomía*, Fondo de Cultura Económica, 2009.

de sus sentimientos y del compromiso dado. Un padre o una madre que no asumen sus obligaciones frente a sus hijos no son libres, sino que no se conducen a la altura del rol que asumieron o tienen.

Especialmente, requieren protección las personas más vulnerables en las relaciones de familia[54]: los niños (nacidos y no nacidos), las mujeres (sobre todo, si están embarazadas, o si tienen factores especiales de vulnerabilidad, como la etnia, la extranjería, la lengua, si tienen a su cargo el cuidado de familiares), los adultos mayores y ancianos, las personas enfermas, las personas con discapacidad. Y esta protección especial de las personas más vulnerables no surge más que del principio de igualdad, del que se sigue el deber de proteger especialmente a quien es más débil en una relación jurídica (familiar).

La persona en las relaciones de familia se protege también a través de los diversos ciclos familiares, en la dimensión patrimonial y personal de las relaciones de familia. Especialmente, ante la ruptura de la familia. El sociólogo francés Francois de Singly nos informa acerca de nuevas formas de separación en la sociedad moderna, juntamente con el aumento de las tasas de divorcio (en muchos casos, la cifra se mantiene, pero al reducirse la cifra de matrimonios, comparativamente, el divorcio es mayor). El mismo autor aborda en un frondoso estudio quién paga "los costos del divorcio". Según él, los costos del divorcio se pagan en inequidad. No obstante, esa inequidad está enmascarada[55]. El costo del divorcio lo pagan las madres, los padres y los niños. Las madres sufren un inmediato empobrecimiento. Las madres divorciadas tienen ingresos inferiores a un 60 % del ingreso medio europeo. Es conocido el impacto sobre los hogares monoparentales de jefatura femenina. El aporte de un padre separado jamás equivale al del padre conviviente. Los padres también pagan el costo. La pérdida de la cotidianeidad familiar con los hijos. Finalmente, el costo mayor es para los hijos que pierden en autoridad de los padres para educarlos, en general reducen su rendimiento escolar y padecen diversas consecuencias por tener una vida, desde ahora, dividida.

El Derecho debe afinarse para proteger la unidad familiar en lo que se pueda, fortaleciendo en lo que sea debido el principio asocia-

54. Sobre esto: U. C. Basset - H. Fulchiron - C. Bidaud-Garon - N. Lafferriere, *Tratado de la vulnerabilidad*, Thomson Reuters, 2017.

55. De Singly, F., *Sociologie*…, ob. cit., capítulo 2.

tivo también después de la ruptura familiar: curiosamente, de esta forma se protege también a las personas que son miembros de esa familia. El haber estado casados significa asumir las consecuencias de la ruptura para ambos y para los hijos con responsabilidad compartida. El principio de protección de la persona en las relaciones de familia exige proteger la dignidad y la integridad de cada cónyuge y de los hijos hasta donde sea posible. Ser ex esposos significa que previamente estuvieron casados: no que son dos extraños. Tener hijos en común implica que hay un proyecto de parentalidad que continúa.

4.6. El renacimiento de los deberes y obligaciones de familia

El principio familia entraña también todas las responsabilidades implicadas en la protección de los hijos. Aquí otra vez se demuestra la armonía entre los principios cuando éstos se fundan en las inclinaciones espontáneas del hombre: cuando no son una invención sino parte del proceso científico de descubrir en el hombre sus inclinaciones y fines. El hijo es el futuro y la esperanza de cada familia, de cada madre y padre y de la sociedad. Nada debe escatimarse para el bien de los hijos. A su vez, los hijos deben gratitud a los padres, y les están obligados sobre todo en la hora de la necesidad, cuando la curva de la vida se invierta y los hijos sean fuertes, y los padres envejecidos o enfermos sean débiles y necesiten de la asistencia de los suyos. Un "buen Derecho de Familia" debe pensar estructuras sólidas para desembocar en una armonía: una protección del principio familia para garantizar el principio persona en forma adecuada.

5. El "principio sociedad"

Uno de los defectos más marcados del individualismo que preside sobre el Derecho de Familia contemporáneo es la ceguera de la dimensión social de las relaciones de familia y de la persona. De ahí la importancia de dar relieve al último principio que sostiene el Derecho de Familia y que se refiere a la protección de los intercambios sociales de la familia y de los individuos que la integran.

El mito del derecho individual consiste en no advertir el impacto social del ejercicio individual de los derechos. Cuando se admite la eutanasia, se dice algo sobre el valor de la vida frágil para

la sociedad, para la familia y para sí mismo. Cuando se admite el aborto, se dice algo sobre la maternidad, la filiación, la paternidad, la dignidad humana y la vida dependiente, y el valor que se asigna a cada una de estas cuestiones en general en el tejido social. El mito de que cada uno tiene derecho de hacer de su vida lo que mejor le plazca escamotea el inextricable sentido social del Derecho, porque el Derecho es siempre "ad alterum", está en dirección hacia otros, otros directos y otros indirectos. Y el Derecho que se actúa tiene una significación y un sentido que se escribe en la sociedad.

El "principio sociedad" se asocia a las ideas de seguridad jurídica, protección de terceros, publicidad del estado de familia y de los actos que puedan impactar en derechos de terceros. Hoy en día tiene proyecciones infinitas, no sólo en el ámbito patrimonial, sino también en el ámbito extrapatrimonial. Baste pensar en las paternidades colaborativas en las técnicas de reproducción humana asistida, o en los efectos de cohabitar con una persona, ante ciertas regulaciones que otorgan efectos imperativos a la convivencia. El mismo concepto de "estado de familia" y el ansia por registrar los nuevos modelos familiares expresan cómo esa "inscripción" y reconocimiento social sigue estando en el corazón de cada hombre y de cada mujer.

Así, se advierte la incidencia de la implicancia social de la familia y de las personas en instituciones como las que regulan el estado de familia, que altera derechos de terceros: no es sólo una cuestión que atañe a padres e hijos, altera la estructura del parentesco de toda la familia. El matrimonio y el divorcio no sólo impactan en los cónyuges y en los hijos: impactan en los abuelos (que seguramente estarán más sobrecargados), en las relaciones laborales, en la estructura y composición del patrimonio de cada persona y hasta en los amigos y hermanos. De todos estos efectos, el Derecho puede asumir apenas un mínimo. Sin embargo, las políticas públicas pueden orientar viendo la totalidad del impacto de las relaciones de familia.

El principio de protección de la dimensión social de la persona y de la familia pone de manifiesto el reverbero social de la vida privada familiar. Este aspecto es probablemente el más opacado por la visión individualista contemporánea. La visión individualista crea soledades y egoísmos, porque es reduccionista: ve una parte del hombre y no su totalidad. El ser humano nace, crece y muere en el seno de una familia y de una sociedad dadas.

6. Diálogos inconclusos

El Derecho de Familia, con sus avances y retrocesos, hace bien en dejarse interpelar por los principios. En épocas de confusión, los principios son fuente de luminosidad. Si las sociedades cambian, las reglas jurídicas se reformulan y las prácticas sociales se reacomodan a los nuevos tiempos. En cambio, el ser humano, sus sufrimientos y anhelos permanecen, y así los principios jurídicos que los expresan.

Un Derecho de Familia que se divorcie demasiado de los principios acabará por divorciarse del hombre y de sus fines. Será un Derecho que haga promesas engañosas: prometerá libertad, pero dará solo dolor y soledad.

No le estaría mal al Derecho asomarse a la esperanza que renace en las aspiraciones más profundas de los novios que diseñan su futuro, el de los niños que sonríen al amparo de sus padres y el del deseo de todos aquellos que en sus circunstancias difíciles necesitarían de su familia. Si el Derecho de Familia se formara en esos moldes, sería probablemente más eficiente en realizar la igualdad y la dignidad humanas.

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SU PROYECCIÓN EN EL ECOSISTEMA DIGITAL*

KARINA VANESA SALIERNO**

SUMARIO: 1. Introducción (y agradecimiento). 2. Principios generales del Derecho. 3. La Convención sobre los Derechos del Niño. 4. El bloque constitucional. 5. El interés superior del niño. 6. El ecosistema digital y el principio del interés superior del niño. 7. A modo de conclusión y desafío: el interés superior del niño y el decálogo de derechos digitales en la infancia.

1. Introducción (y agradecimiento)

Con motivo de la celebración de los 60 años de la Editorial El Derecho, me han convocado a redactar el presente capítulo que tiene como objeto de estudio uno de los ejes más importantes que se proyectan en el *Derecho de Familia* y de la *filiación*, que es el principio del interés superior del niño, pero en esta oportunidad proyectado y aplicado al *nuevo* escenario que el Derecho debe afrontar: "el ecosistema digital". Me honra participar en esta entrega única que rinde homenaje a seis décadas de trabajo y experiencia brindando material

* El presente trabajo se brinda en el marco del programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada que dirige el Dr. Jorge Nicolás Laferrierre, en el marco del proyecto denominado "El Derecho Civil Patrimonial frente al emergente Alta Tecnología – Desafíos e interpretación jurídico patrimonial frente al avance tecnológico, la innovación permanente y el desarrollo sustentable", que dirigen los Dres. Emiliano Carlos Lamanna Guiñazú y Matilde Pérez, junto a un grupo de destacados juristas, profesores de grado y posgrado y alumnos.

** Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Universidad de Barcelona, España, 2021.

de consulta *serio* y *confiable*, necesario para todos los operadores jurídicos que deben atender las necesidades de una sociedad que se muestra cada vez más necesitada de información fiable y de alta calidad para poder responder a los requerimientos actuales. Agradezco profundamente al director, Dr. Alejandro Borda, al Consejo de Redacción y a todo el equipo de El Derecho por el trabajo realizado y la confianza en las nuevas generaciones de juristas para atender los desafíos que se proyectan para el futuro.

2. Principios generales del Derecho

"El aspecto más maravilloso de la vida sigue siendo, para mí, que una intervención cruda y tosca o incluso una violación flagrante se puede transformar en una oportunidad para establecer un nuevo orden en nuestro interior"[1].

Rainer María Rilke

En este breve trabajo desarrollaremos el principio del interés superior del niño y su interrelación con el desarrollo tecnológico en el ecosistema digital, conformado por las redes sociales, los contenidos y servicios, las aplicaciones digitales, los dispositivos y entornos conectados, la realidad virtual y aumentada, la inteligencia artificial, la robótica, los sistemas automatizados, los algoritmos y el análisis de datos, la biometría y la tecnología de implantes.

En primer lugar, cabe aclarar que utilizaremos la palabra principio desde la posición realista e iusnaturalista, como punto de partida en el orden práctico, o causa operativa noética del saber jurídico. "Los principios jurídicos son fundamento de las normas, permiten interpretarlas, posibilitan un juicio de veracidad de las normas de acuerdo con el bien al que están orientadas, son correctores de aplicaciones injustas, permiten suplir la ausencia de un texto legal específico y son lugares desde donde parte la reflexión jurídica"[2].

1. Rilke, Rainer Maria, *Letters on Life*, p. 61, carta a Anita Forrer, 14 de febrero de 1920.

2. Basset, Ursula C., *La calificación de bienes en la sociedad conyugal. Principios, reglas, criterios y supuestos*, p. 240, Editorial Abeledo Perrot, 1ª ed., 2010.

Asimismo, utilizaremos la noción de principios como guía en la incertidumbre de la concreción del Derecho, que en el último siglo han renacido en virtud de la insuficiencia de los instrumentos jurídicos disponibles para acompañar el desarrollo de la sociedad moderna que vio multiplicada la complejidad de las relaciones sociales y jurídicas de forma exponencial frente al desarrollo de la tecnología. El extraordinario impulso de la revolución digital ha tenido como consecuencia que esta haya quedado incrustada en cada esquina del funcionamiento cotidiano de la sociedad contemporánea. ¿Cómo podemos convivir con la tecnología y usarla de manera que no socave, sino que nos ayude a desplegar la que es esencial para nuestra humanidad? Los principios viven en el derecho positivo y por supuesto lo trascienden[3], marcan el horizonte de la política legislativa y perduran más allá de las normas. Los principios nos ayudan a volver hacia el núcleo espiritual de lo que somos.

El Derecho de Familia, y, en especial, el de la infancia y adolescencia, se vio fuertemente impactado y atravesado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, los Estados se reunieron para unificar ideas y criterios en defensa de la humanidad luego de la sensación de angustia, vacío e incertidumbre que impregnaron los crímenes de guerra. A partir de allí, los Derechos Humanos comenzaron a desarrollar un rol fundamental en los sistemas democráticos[4].

Carlos Nino[5] enseña que "los Derechos Humanos son el mejor invento de nuestra civilización", a tal punto que los compara con el avance de la tecnología y argumenta que hasta constituyen una

3. García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, p. 57, Civitas, 1984.

4. El marco democrático como sustento del sistema de protección de Derechos Humanos se evidencia en los instrumentos internacionales y regionales: "[…] su inclusión en el seno de los convenios específicos de Derechos Humanos, en este caso, el CEDH y la CADH, homogeniza de forma vertical, desde el vértice de la estructura en lugar de desde su base, la juridización o normativización del principio, llenando una laguna esencial […] ambos textos consagran el principio democrático con las dificultades y las ventajas de la inclusión de una fórmula abierta y flexible que va a obligar a un esfuerzo interpretativo notable […]"; Amaya Ubeda de Torres, *Democracia y Derechos Humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los Derechos Humanos*, pp. 618-619, Reus, 2007.

5. Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, p. 1, Astrea, 2ª ampliada y revisada, 1989.

herramienta fundamental para contrarrestar y evitar, en definitiva, la extinción de la humanidad. Asimismo, Nikken expresa que "los Derechos Humanos no resultan de una adjudicación o cesión del Estado, cuya función con respecto a ellos es de reconocimiento, respeto y protección, sino de principios morales universales donde basta con ser persona humana para ser titular de los derechos fundamentales. Por ello, su exigibilidad no depende de la consagración legislativa expresa; al contrario, históricamente aparecen como atributos subjetivos que nacen con el hombre porque derivan de su naturaleza y que se han hecho valer contra leyes opresivas que los desconocían o menoscababan"[6].

Villey, en ocasión de una conferencia en la Universidad de Madrid, en abril de 1972[7], señaló lo que consideraba el *activo* y el *pasivo* de los Derechos Humanos. En su pasivo apuntó: su idealismo metafísico, inadaptable a la realidad, lleno de espejismos, a veces utópicos, cuando no son una impostura, puesto que, pretendiendo ser universales, se invocan en provecho de unos y en contra de otros (burgueses contra aristócratas, palestinos contra judíos, etc.). Incongruencia que depende de ese mal empleo de la palabra "Derecho", que se produce en cuanto se separa de lo justo en concreto, es decir, de la determinación precisa de lo que corresponde a cada uno, del *ius suum cuique tribuendi*.

El documento "En busca de una ética universal: una nueva mirada sobre la Ley Natural", de la Comisión Teológica Internacional del Vaticano del año 2009, expresó que si bien la Declaración Universal de Derechos humanos sigue "siendo una de las expresiones más elevadas de la conciencia de nuestro tiempo […] los resultados no han estado siempre a la altura de las esperanzas […] pues una cierta propensión a multiplicar los derechos del hombre, más en función de los deseos desordenados del individuo consumista o de reivindicaciones sectoriales, que de las exigencias objetivas

6. Nikken, Pedro, *Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos: la perspectiva de acceso a la justicia y la pobreza*, en "Ponencia presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos", San José, Costa Rica, 18 al 29 de agosto de 2008, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23706.pdf (fecha de consulta: 05/08/2021).

7. Anales de la Cátedra de Francisco Suárez de la Universidad de Granada 12-2, 1972, pp. 9-16.

del bien común de la humanidad, han contribuido en gran medida a devaluarlos"[8]. Habermas recalca que la subjetividad moderna no tiene parámetros objetivos que la justifiquen, más que la libertad individual, contraponiéndola con la que Aristóteles llamaba "ética", que quedó diluida en deseos personales. El problema de la sociedad moderna es encontrar dónde se halla el Derecho, ya sea en concreto, aunque con una perspectiva universal dentro del orden natural, o bien ideológicamente, partiendo de axiomas ideales no contrastados y aplicados deductivamente, con utilización del lenguaje de consensos[9], sin contraste a lo debido a los demás, a la consideración del hombre en su dimensión plena, creado por Dios y destinado a Él, a la prelación de los deberes para con Dios, impuestos a toda persona, la objetividad determinada por el bien común, la correlatividad de derechos y deberes y la referencia no solo a valores materiales sino, y principalmente, a los espirituales. "El punto de partida en este camino consiste en reconocer nuestra condición de criaturas racionales y libres. En cuanto criaturas somos parte de un universo compuesto por una multiplicidad y variedad inmensa de seres, ordenados entre sí de acuerdo al plan de Dios. Este plan se expresa en la distinta naturaleza de cada ser y de cada especie de seres y en la capacidad, pero cada uno, obrando conforme a las posibilidades de su propia naturaleza, individual y específica, engarce su operación con las de los otros seres y así produzca tanto el engrandecimiento de su propio ser como el del todo universal"[10].

Conforme Pérez Luño, "los *magni hispani* supieron aplicar los principios generales del Derecho natural aristotélico-tomista a las exigencias concretas de su tiempo, ofreciendo soluciones a numerosos conflictos éticos, jurídicos y políticos. Su método constituye, por eso, un valioso ejercicio de racionalidad práctica que puede ser útil a los juristas, en cuanto que su labor suele tener por objeto la aplicación de normas generales a la peculiaridad de los casos planteados […] No se trata, por tanto, de fundar el criterio de legitimidad

8. Comisión Teológica Internacional (Vaticano) 2009. "En busca de una ética universal: una nueva mirada sobre la Ley Natural", en *Prudentia Iuris* Nº 72.

9. Quintana, Eduardo M., "Sofismas y eufemismo en la fecundación artificial", en *Prudentia Iuris* Nº 66/67, pp. 107-126.

10. Ibáñez, Gonzalo, "El derecho en Juan Vallet de Goytisolo y Michel Villey", 2011.

en valores absolutos e intemporales captados por la lógica demostrativa, sino de indagar las premisas axiológicas de los Derechos Humanos a partir del examen de la realidad social, es decir, a través de una lógica argumentativa, del sentido común y de la experiencia histórica"[11].

Uno de los desafíos de la sociedad actual radica en la interrelación simultánea de los derechos fundamentales con el impacto que provoca el desarrollo exponencial de la tecnología, partiendo de la base de que todos estos derechos son manifestaciones directas de la dignidad humana; el desafío del intérprete del Derecho es ponderarlos, compatibilizarlos y armonizarlos con el avance de las tecnologías de la información y comunicación[12] que impacta directamente en el comportamiento humano, en la libertad y en la capacidad de elección. Aristóteles sostenía que un acto solo es completamente nuestro cuando hemos llevado el origen del acto a esta parte contemplativa de nosotros, conocida como el *nous*, o centro de la inteligencia espiritual, dentro de una persona[13]. Una vez que se ha llevado hasta esta fuente, el acto es entonces enteramente libre porque se ha elegido desde nuestro centro y no desde nuestra periferia. No podemos concebir de manera adecuada lo que significa vivir humanamente si excluimos la libertad, si elegimos que otros elijan por nosotros. La libertad pertenece a la esencial de la naturaleza humana. De hecho, somos humanos en sentido auténtico solo en la medida en que somos libres[14].

11. Pérez Luño, Antonio, *Iusnaturalismo ayer y hoy, Iusnaturalismo y Derechos Humanos*, Universidad de Sevilla, España, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, pp. 99 y sigs., Trotta, 1992 (de esta obra existe una cuidada versión alemana a cargo de R. Zirnmerling, *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhwulertt!fI*, Duncker & Humblot, 1994); "Los clásicos españoles del Derecho Natural y la rehabilitación de la razón práctica", *Doxa*, nro. 12, 1992, pp. 313 y sigs., disponible en: https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/897/839 (fecha de consulta: 05/09/2021).

12. Del Carril, Enrique H., "El derecho a la extimidad (la protección constitucional en época de redes sociales)", en *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, Nº 11, p. 31.

13. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 3.3.17 (1113 a 1).

14. Steiner, R., *The Philosophy of freedom*, p. 140 y Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, 1a2ae, I.I-4.

3. La Convención sobre los Derechos del Niño

En este proceso de reconocimiento de derechos, la Declaración de Ginebra de 1924, precursora de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y antecedente inmediato de la Convención sobre los Derechos del Niño, plasma en un texto de validez universal el pensamiento de Eglantyne Jebb, pionera en los estudios e investigaciones sobre los derechos de la niñez, fundadora de "*Save de Children*", y defensora de la infancia como colectivo vulnerable de la humanidad. En la Declaración de Ginebra se estableció que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia. Este instrumento internacional es el primer antecedente que reconoce los derechos de la infancia, aunque únicamente como una "obligación moral", y constituye la base fundamental de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. En la primera mitad del siglo XXI, la niñez comenzó a vislumbrarse como una preocupación en algunos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la creación del Instituto Americano del Niño (1927) durante el transcurso de la Segunda Conferencia Panamericana del Niño, en el surgimiento a partir de 1946 de "*United Nations International Chlidren's Emergency Fund*" (UNICEF) en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y en la redacción de diversos instrumentos internacionales específicamente dedicados a la niñez (la Carta de la Casa Blanca de 1930, la Carta de la infancia en tiempos de guerra de 1942, la Carta de la infancia para el mundo de posguerra de 1942, la declaración de oportunidades reconocidas al niño por el Congreso Panamericano de la Infancia de 1942, la Declaración de Caracas sobre la Salud del Niño).

En este camino, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) significó un hito histórico para el tratamiento jurídico de la infancia y la adolescencia, que inaugura una nueva relación entre el Derecho y los niños, denominada por la doctrina como el modelo o paradigma de la "protección integral de derechos"[15].

15. Beloff, Mary, *Presentación al libro Derecho, infancia y familia*, p. 11, Gedisa, 2000.

La CDN es sin duda el instrumento jurídico más importante para la protección de los derechos de la infancia, representa un cambio de paradigma sobre la consideración del niño por parte del Derecho y sistematiza un catálogo de principios y derechos que articulan a favor de la infancia de forma vinculante. La "doctrina de la protección integral de derechos"[16], de modo abstracto y genérico, abarca todas las dimensiones de la vida y del desarrollo de los niños, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia. Conforme lo afirma Cardona Llorens[17]: "La Convención representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a fines del siglo XX sobre la consideración del niño por el Derecho: el niño deja de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos". De este modo, se produce la sustitución de la doctrina de la situación irregular que implica una mirada de intervencionismo o paternalismo estatal, por la de la protección integral o paternalismo justificado. El niño tiene derecho, como todo ser humano, a escoger libremente dentro del concepto de autodeterminación, pero de manera progresiva en la medida que desarrolla un mayor nivel de autonomía personal. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana"[18].

16. La doctrina de la protección integral de derechos ha tenido una influencia importante en Latinoamérica. Como ejemplo cabe mencionar el "Estatuto del Niño y Adolescente", Brasil (1990); el "Código de la Niñez y la Adolescencia", de Honduras (1996); el "Código del Niño", en Uruguay (2004); la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, de Argentina de 2005, entre otras.

17. Cardona Llorens, Jorge, "La Convención de los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos", en González Martín, Nuria (Coord.), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, p. 2, Porrúa, 2012. El autor fue miembro del Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

18. Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo *vs*. Costa Rica"; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia argentino", en *Derecho de las Familias, Infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, p. 4, Infojus, 2015.

A mayor autonomía, menor intervención de los representantes legales. En esta adquisición progresiva de aptitudes que llegará al ejercicio pleno de su libertad, la contención familiar representa un papel fundamental en el desarrollo de la personalidad del niño, de acuerdo a los artículos 5º y 18 de la CDN, siempre bajo el paraguas de la protección especial de la infancia, conforme el artículo 19 de la Convención. La CDN está conformada por un preámbulo y una parte dispositiva que contiene derechos y obligaciones, medidas relativas a la aplicación y control de la convención y normas que definen su entrada en vigencia. Asimismo, complementan el instrumento internacional tres protocolos facultativos vinculantes a la Convención, que son el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, aprobado por la Asamblea General mediante Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000; el protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, aprobado por la Asamblea General mediante Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000 y, finalmente, el protocolo facultativo sobre el procedimiento de comunicación aprobado por la Asamblea General mediante Resolución Nº 66/138 del 19 de diciembre de 2011. Por último, a la fecha, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha emitido 25 Observaciones Generales, la última relativa a los derechos del niño en relación al ecosistema digital que analizaremos más adelante.

El párrafo 9 del Preámbulo de la CDN indica que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". La necesidad de protección especial de la niñez se justifica en la fragilidad de la infancia y la vulnerabilidad en razón de su edad. Esta situación puede ser originaria y natural de la condición de la infancia o puede ser adicional a otras capas de vulnerabilidad[19], como puede ser el caso de discriminación por motivos de género, discapacidad, situaciones socioeconómicas, origen étnico o nacional, idioma, niños indígenas, solicitantes de asilo, refugiados, migrantes, aquellos con orientación sexual lesbiana, gay, transexual, intersexual, los que son víctimas y supervivientes de la trata o la ex-

19. Salierno, Karina Vanesa, "Vulnerables digitales", en *Derecho y Tecnología. Aplicaciones Notariales*, Ad Hoc, 2020.

plotación sexual, los que están acogidos a modalidades alternativas de cuidado, los privados de la libertad, los que no tienen cuidados parentales, los que se encuentra bajo institucionalización, y también la tecnología que genera otra capa de discriminación cuando son excluidos del uso de las tecnologías de la información y comunicación, y los servicios digitales, o si son sometidos a contenido de odio o a procesos automatizados que filtran la información o algoritmos que adoptan decisiones sesgadas, parciales o injustas en virtud de la utilización de datos de los niños. Todo ello, los hace objeto de discriminación bajo el criterio de interseccionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 2015[20].

La vulnerabilidad adquiere un matiz de suma relevancia, ya que constituye un factor que multiplica el riesgo, o sea, la probabilidad de sufrir un daño. La vulnerabilidad latente no tiene valor en sí misma, sino como potencial menoscabo, hasta que produce sus consecuen-

20. La Corte IDH por primera vez utiliza el concepto de "interseccionalidad" de la discriminación en los siguientes términos: "Como se observa, la Corte nota que en el caso Talía confluyeron *en forma interseccional* múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, en tanto niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados" (destacado fuera de texto). Para un mayor desarrollo doctrinal sobre el tema, ver Aylward, Carol, "Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide", en *Journal of Critical Race Inquiry*, Vol 1, Nº 1; y Góngora Mera, Manuel Eduardo, "Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (eds.), *Tratado de Derecho a la Salud*, pp. 133-159, Abeledo Perrot, 2013.

cias. Por consiguiente, el análisis jurídico deberá ponderar la capacidad de dar respuesta ante la causa generadora de esa desigualdad. Sin duda, algunos se encuentran expuestos, aun, a un mayor riesgo por circunstancias de vida que tienen cierta perdurabilidad (niños, adultos mayores, personas con discapacidad) y otros por cuestiones esencialmente temporales o circunstanciales (enfermedad, pobreza), incluso las desventajas pueden resultar *ministerio legis*, por ser parte de una situación jurídica determinada, por ejemplo, el consumidor.

Los niños son vulnerables por su fragilidad y su inmadurez físicas y jurídicas a las que se puede sumar su fragilidad social si pertenecen a un grupo minoritario, detenido, migrante o en un conflicto armado. A la vulnerabilidad subjetiva de los niños se le adiciona una capa más de vulnerabilidad que se desarrolla cuando el niño genera relaciones intersubjetivas en el ecosistema digital. Así, la percepción sensorial del mundo se tamiza por una determinada realidad digital, cuya característica principal es la masificación del procesamiento de datos de forma ilimitada. El perfilamiento, la personalización de los servicios en línea, la manipulación, la inducción al consumo y el sesgo tecnológico en la elección de los servicios disponibles son formas de coartar la libertad de elección. De esta manera, se crean nuevos riesgos, nuevas formas de poder, de exclusión, de marginación y de vigilancia[21]. La igualdad real constituye la directriz, el objetivo que se aspira alcanzar; entonces, la protección del vulnerable se presenta como un principio ordenador que aspira a lo óptimo y de la mejor manera posible.

Como lo expresa Cillero Bruñol, "La CDN es el instrumento internacional que permitió la ciudadanía a la infancia, ya que reconoce que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos ante el Estado y la comunidad, y que los Estados partes deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (art. 4º)"[22].

21. Armella, Cristina N.; Salierno, Karina V. y otros, *El notario. Ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables*. UINL, *Primer Premio de Investigación Jurídica de la UINL sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad*, FEN, 2019.

22. Cillero Bruñol, Miguel, "Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva", en *Justicia y Derechos del Niño*, Nº 3, p. 50, UNICEF, 2001.

4. El bloque constitucional

En este marco, signado por la internacionalización de los Derechos Humanos y la consecuente complejización del Derecho Constitucional, la reforma argentina del año 1994 introdujo en la carta magna, en el artículo 75, inciso 22, la legalidad constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los que, en conjunto con la Constitución Nacional, conforman un bloque de constitucionalidad federal que ha jerarquizado los tratados internacionales frente a las leyes internas e instaurado una doble fuente normativa, interna e internacional, mediante el procedimiento establecido en dicha norma. Conforme lo afirma Rosatti[23]: "La apertura del orden jurídico nacional al orden jurídico internacional en materia de Derechos Humanos fue sin dudas uno de los aspectos más relevantes de la reforma constitucional argentina de 1994". El bloque de constitucionalidad constituye una unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a las constituciones, por mandato constitucional. El principio del interés superior del niño (en adelante, también ISN) no se incorpora al texto constitucional, pero entre los tratados internacionales del artículo 75, inciso 22, encontramos la Convención de los Derechos del Niño, la que por Ley Nº 26.061 (28 de septiembre de 2005) se hace operativa y reconoce tanto el interés superior del niño como principio orientador de las políticas públicas y privadas, como la responsabilidad gubernamental en el control del cumplimiento de los principios de la CDN en las políticas públicas y privadas, principios, derechos y garantías, dentro de los cuales está el derecho a la vida privada, e intimidad familiar, el derecho a la identidad y a la dignidad e integridad personal, y declara la conformación del Sistema de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de una red de contención constituida por acciones articuladas entre el gobierno nacional, provincial y municipal y crea el organismo especializado en la temática que se denomina Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Asimismo, y

23. Rosatti, Horacio, *Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)*, p. 55, Rubinzal-Culzoni, 2013.

con motivo de la forma republicana federal de la República Argentina, regula un organismo federal que denomina Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, para articular acciones nacionales e interprovinciales, e instituye la figura del defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (en adelante, también NNA), que tiene a su cargo el control y la defensa de los NNA ante las instituciones públicas y privadas, y la supervisión del cumplimiento del sistema de protección integral a nivel nacional y provincial. El artículo 1º de la citada ley establece como finalidad específica de la normativa especial: "[…] la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado, habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos a través de medidas expeditas y eficaces".

La reforma del año 2015 trajo la unificación de la legislación civil y comercial e introdujo en su título preliminar una dimensión constitucional y expansiva porque establece pautas de interpretación para todos los operadores jurídicos. Asimismo, establece cláusulas generales, define las fuentes del Derecho, incorpora los principios generales del Derecho (buena fe, abuso, fraude, etc.), ofrece reglas de interpretación y marca los límites de la tarea interpretativa de todo operador del Derecho. El artículo 1º, que se refiere a fuentes y aplicación, introduce los Tratados de Derechos Humanos como fuente del Derecho, y establece una referencia a los usos, prácticas y costumbres en situaciones no regladas legalmente; luego, el artículo 2º complementa la interpretación hermenéutica de la ley con sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los Tratados sobre Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos. Finalmente, el artículo 3º enmarca el deber de resolver que tienen los jueces en el criterio de la razonabilidad y proporcionalidad.

Con este marco normativo vemos cómo el principio del interés superior del niño se introduce desde la CDN en nuestro derecho po-

sitivo, tanto desde la norma como en doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, resulta necesario advertir las dificultades que plantea la aplicación de este principio en el ecosistema digital, donde la mayoría de los derechos de los niños se ven amenazados por el impacto tecnológico y enfrentando dificultades especiales por la falta de legislación que sancione las violaciones a los derechos de los niños relacionadas con el entorno digital, para la obtención de prueba, o por falta de información y conocimiento sobre los derechos fundamentales digitales, tanto por parte de los niños como de los adultos.

5. El interés superior del niño

El interés superior del niño no es un concepto nuevo[24]; en efecto, es anterior a la CDN, se consagró en la Declaración de los Derechos del Niño o Decálogo de los derechos del niño de 1959 (párr. 2º), proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución Nº 1.386 de fecha 20 de noviembre de 1959 y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5º b[25] y 16, párr. 1d.), así como en instrumentos regionales[26] y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales. A lo largo de los años, se ha proclamado su doble naturaleza como derecho subjetivo y como principio, y se ha generalizado su aplicación a ámbitos materiales distintos de aque-

24. Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, "El interés superior del niño y sus límites", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, p. 241. El interés superior del niño se tuvo en cuenta en la sentencia "Blissets", a finales del siglo XVIII (1774), que afirmaba "*if the parties are disagreed, the Court will do what shall apear best for the child*", por lo que no se puede decir que resulte un principio novedoso.

25. "Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común entre hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos".

26. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, primera sección, en la causa "Case of M. and M. *vs*. Croacia" (aplicación 10.161/13), sentencia del 3/12/2015, es una de las tantas decisiones en donde se aplicó la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños del 25 de enero de 1996, que prevé la consideración del mejor interés de las personas menores de edad, facilitando y permitiendo su participación en los procedimientos judiciales que los afecten (art. 1º, inc. 2º).

llos que le vieron nacer y en cuyo seno se ha desarrollado. El objetivo de consagrar el principio del interés superior del niño, tal como lo explica el Comité de los Derechos del Niño en su Observación número 13 del año 2013, es velar para que el principio se observe en todas las decisiones y medidas, incluyendo todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas.

El artículo 3º de la CDN dispone que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño". El artículo 9º de la CDN establece: "Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de *éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño* […]". Asimismo, el artículo 21 prescribe que los Estados garantizarán, entre otros, el instituto de la adopción, cuidando que el interés superior del niño sea lo primordial, que esta situación esté determinada por las autoridades competentes y que sea admisible previendo la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales.

La Convención también se refiere explícitamente al interés superior del niño en numerosas disposiciones y en el protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y art. 8º) y el protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y arts. 2º y 3º).

El preámbulo del Convenio de la Haya sobre restitución internacional de menores enuncia como fin primordial el interés superior del niño en todas las cuestiones atinentes a su custodia. Estas referencias denotan el carácter de multifuncionalidad de este principio. El interés superior del niño representa el reconocimiento del niño como persona, como sujeto de derechos, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyendo una pauta de interpretación y decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Como pauta orientadora objetiva, busca el mayor beneficio para el niño; frente a un presunto interés del adulto, en caso de ponderación, se prioriza el del niño.

Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se deberá estar por la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Ante un conflicto de derechos de igual rango, los jueces deben dar prioridad al interés superior del niño, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso. Es un principio jurídico garantista, entendiéndolo como una obligación del Estado destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos. Asimismo, es un concepto flexible que permite y exige calificarlo y redefinirlo en cada caso específico, entendiendo a las particularidades de la situación. Sin embargo, la expresión aislada otorga un grado de libertad desmesurada para quienes tienen que analizar cada caso en concreto, ya que su determinación estará tamizada por las experiencias, vivencias, argumentaciones y justificaciones personales y culturales de cada juzgador. Augusto Diez Ojeda[27] analiza la recepción del principio en la legislación argentina y concluye: "[…] todos los jueces invocan el interés superior del niño, aunque arriban a tres conclusiones distintas e irreconciliables entre sí […] el principio del interés superior del niño ha recibido diferente tratamiento en la doctrina jurídica especializada, dando lugar a posiciones que van desde la denuncia de su indeterminación y consecuente inutilidad práctica; pasando por los que afirman el peligro de su uso abusivo; aquellos que identifican el principio con los derechos reconocidos; y los que resaltamos su utilidad e importancia desde una perspectiva antropológica e interdisciplinaria en la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños".

La Opinión Consultiva Nº 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[28] estableció que el interés superior del niño debe ser entendido como un principio base sobre el que se construyen los límites del Estado y de los progenitores; debe respetar la autonomía gradual de la infancia y la adolescencia y debe permitir la intervención del niño o adolescente, porque su reconocimiento como sujeto le permite desarrollar al máximo sus potencialidades en el tránsito hacia la vida adulta.

27. Diez Ojeda, Augusto, "El interés superior del niño, necesidad de su regulación legal, nota al fallo de la SC de la Provincia de Buenos Aires", septiembre 29-998, S., M. M., publicado en *LL* t. 1999-C, pp. 238 a 253.

28. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 17, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf (fecha de consulta: 12/9/2021).

En este sentido, asimismo, la "Observación General del Comité de los Derechos del Niño" Nº 14[29], aprobada por el Comité en su 62 período de sesiones en el año 2013, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: "[…] un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento" y que "el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño". Aunque pueda interpretarse que el principio del interés superior del niño es un concepto abstracto e indeterminado, puede determinarse en cada caso particular, atendiendo a las circunstancias de cada niño. Por ello, en la aplicación e interpretación de este principio fundamental para el análisis de cualquier problemática relacionada con los niños, se deberá tener especial cuidado en las características particulares de cada niño o adolescente, porque más allá de configurar un principio general, el fundamento de toda la normativa internacional de niños, niñas y adolescentes, reconocen la singularidad de cada caso como pilar fundamental para la resolución de los conflictos. Cada niño o adolescente es único, y únicas deberán ser las herramientas para la resolución de los conflictos. Esta singularidad exige pensar el interés superior del niño en el caso concreto, más allá de la abstracción del principio como directriz orientadora del juicio de ponderación. Toda decisión o medida debe estar guiada por este principio, optando siempre por la situación que asegure la máxima vigencia y satisfacción simultánea de todos los derechos del niño.

El interés superior del niño también es una directriz para los responsables de cuidado, progenitores, referentes afectivos, asistentes sociales, Ministerio Fiscal, educadores, y en definitiva para todo aquél que tenga una vinculación directa con el niño. Tal como lo establece el artículo 18 de la CDN: "Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". Así, cuando los progenitores deban decidir sobre cuestiones relativas al desarrollo físico, psicológico, emocional, educativo o afectivo, deberán hacerlo orientando sus decisiones hacia aquellas que consideren el interés superior de su hijo,

29. "Observación General del Comité de los Derechos del Niño Nº 14", disponible en: https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf (fecha de consulta: 12/9/2021).

por encima de las visiones o ideas adulto céntricas que pueden no responder a las necesidades particulares de sus hijos, adaptándose a las características y necesidades concretas de cada niño o niña. Conforme Bidart Campos, "[…] felizmente, tres magistrados de un tribunal colegiado de familia de instancia única se dieron cuenta de que el interés superior del niño y la protección integral de la familia son principios constitucionales, con fuerte anclaje –además– en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que debe prevalecer sobre la ley cuando, en un caso concreto, sus circunstancias conducirían a una solución 'legal' intrínsecamente injusta. Y, por supuesto, a una solución que por su injusticia sería inconstitucional. Nada más y nada menos".

Para Villagrasa Alcaide, el interés superior del niño "[…] no es un concepto pacífico, sino que es objeto de múltiples y muy diversas controversias que tienen influencia en su eficacia práctica, a la hora de determinar qué actos puede realizar el niño, niña o adolescente, de conformidad con su capacidad de obrar"[30]. "[…] así, cuando tratamos de determinar cómo y quién decide cuál sea ese interés, nos enfrentamos a una primera divergencia. Teniendo en cuenta que las personas que abordan y deciden esa cuestión, progenitores, tutores, administración y jueces, por regla general, no operan de manera aséptica y neutral, sino que la mayoría de las veces, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse de sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideológica, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los adultos".

En este punto, la satisfacción del interés superior del niño se encuentra íntimamente asociada al derecho del niño a ser oído y que su opinión sea escuchada y tenida en cuenta en cada uno de los asuntos que concierne a sus derechos fundamentales, ya que una visión adulto céntrica puede nublar los objetivos de protección especial que persigue el principio del interés superior del niño. Para ello, el niño debe contar con información completa y veraz que le permita ejercer

30. De La Fuente Linares, Francisco Javier, "Génesis del VI Congreso mundial por los derechos de la infancia y adolescencia", en Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravetllat Ballesté, Isaac (Coords.), *Por los derechos de la infancia y la adolescencia. Reivindicaciones internacionales de niños, niñas y adolescentes*, p. 65, Huygens, 2015.

su derecho de autodeterminación. En el campo de la tecnología, la necesaria alfabetización digital de la infancia se impone como deber para garantizar el derecho a la autodeterminación informativa, a la verdad, la protección de los datos personales, el cuidado de su propio cuerpo y de su imagen, el derecho a la privacidad, a la ciberseguridad, el derecho a elegir y no ser perfilados, y, en definitiva, el derecho a la identidad. Cuando el niño no esté preparado para afrontar los riesgos y amenazas que representa la sociedad digital, por su fragilidad, vulnerabilidad o su edad, serán la familia, la escuela y/o el Estado, los actores obligados a ponderar el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales en el ecosistema digital, teniendo como horizonte claro el interés superior del niño.

6. El ecosistema digital y el principio del interés superior del niño

Como vimos, el interés superior del niño es un principio reconocido por la mayoría de las legislaciones del mundo que han ratificado a lo largo de todos estos años la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo, la amenaza que representa el ecosistema digital para el desarrollo de los derechos en la infancia pone de manifiesto la tensión entre la autonomía del niño y la necesaria intervención familiar y/o estatal para garantizar el acceso equitativo y seguro de los niños al ecosistema digital.

El avance tecnológico puso de manifiesto carencias sociales y jurídicas para afrontar la vinculación de la infancia con el ecosistema digital, que representa un espacio en donde se desarrollan funciones sociales, educativas, los servicios gubernamentales y de comercio. Las relaciones intersubjetivas han mutado de lugar, las plataformas digitales y las redes sociales invaden absolutamente todas las relaciones sociales. En este camino, los nativos digitales no conciben su desarrollo personal fuera de la virtualidad. Este mundo les proporciona una aparente libertad de acceso, de pensamiento, de opinión, de elección y de expresión, pero también les brinda un ámbito de manipulación y perfilamiento, que carece de regulación, que cambia de lugar las relaciones jurídicas, pasando de un espacio determinado a uno indeterminado, que adquiere un carácter universal y potencialmente ilimitado, sin fronteras políticas o geográficas.

La era digital representa una amenaza al desarrollo de la infancia, por ello la adopción de medidas gubernamentales para re-

gular el ecosistema digital deberá tener como horizonte el principio del interés superior del niño por sobre los intereses comerciales y económicos de las empresas monopólicas que lideran la virtualidad. Es necesario prestar atención en la edad de la emancipación digital y a los efectos que produce la tecnología en el desarrollo cognitivo, emocional y psicosocial de los niños, en particular en los primeros años de vida, cuando la plasticidad del cerebro es máxima y su entorno es fundamental para el desarrollo de su personalidad, así como la sociabilización con sus pares y el intercambio con la naturaleza.

En la República Argentina, el 60 % de los niños vive hoy bajo el límite de la pobreza y tiene dificultades para acceder a internet y para desarrollar competencias digitales. La pandemia COVID-19 produjo la transición obligada a los ambientes de aprendizaje virtual, transformándose en el único lugar de desarrollo de las aptitudes educativas y psicosociales. Este hecho demostró las dificultades que tuvieron que atravesar estos niños para acceder al derecho básico y fundamental de la educación. Para hablar de sociedad digital, todos debemos tener acceso libre e igualitario a internet, si no la tecnología abre otra brecha de discriminación que se suma a la que transitan actualmente estos niños.

El paso del oráculo al soberano, como explica Harari[31], es preocupante en la infancia, ya que las herramientas de reacción y resistencia recién se están desarrollando en la personalidad del niño, así podrían abandonar sus propios juicios psicológicos o decisiones importantes y confiar en la decisión tomada por los algoritmos, sacrificando su libertad. Los riesgos en línea se multiplican y viralizan tan rápidamente como se siguen desarrollando nuevas tecnologías. Los niños son expuestos a contenido no deseado o inapropiado, que puede incluir imágenes sexuales, pornográficas y violentas o algunas formas de publicidad, material racista, discriminatorio o de odio, y sitios web que defienden conductas poco saludables o peligrosas, como autolesiones, suicidio o anorexia. El interés superior del niño como principio protector de los derechos de la infancia deberá marcar los límites de utilización de los servicios digitales para evitar y erradicar todo tipo de violencia en el entorno digital, como resultado del diseño y el funcionamiento de sus servicios digitales.

31. Harari, Yuval Noah, *Homo Deus*, breve historia del mañana, traducción de Joandomenec Ros, Penguin Random House Grupo Editorial, 14ª ed., 2020.

Asimismo, el niño está expuesto constantemente a la participación en comunicaciones arriesgadas con adultos que buscan contacto inapropiado para fines sexuales. De forma inconsciente, y debido a su condición de vulnerabilidad etaria, los niños comienzan a comportarse de una manera que contribuye a la producción de material riesgoso, odioso, homofóbico, que incita al racismo o que exhibe imágenes sexuales o humillantes. En el entorno digital puede existir información que incite a la violencia, el racismo, la pornografía, así como relatos falsos, desinformación e información que persuada a los niños a participar en actividades ilícitas o perjudiciales. "Los Estados partes deben proteger a los niños contra los contenidos nocivos y poco fiables y garantizar que las empresas pertinentes y otros proveedores de contenidos digitales elaboren y apliquen directrices que permitan a los niños acceder de forma segura a contenidos diversos, reconociendo los derechos de los niños a la información y a la libertad de expresión, y protegiéndolos al mismo tiempo frente a ese material nocivo de conformidad con sus derechos y la evolución de sus facultades"[32].

Finalmente, uno de los riesgos o amenazas más preocupantes es la manipulación de la infancia a través de los sesgos algorítmicos y la manipulación de la identidad digital de los niños a través de la inteligencia artificial, no solo en el caso de redes sociales, servicios y aplicaciones digitales, sino, y principalmente, en caso de realidad virtual y aumentada, inteligencia artificial, robótica, y juguetes digitales, que colocan en riesgo de vulneración su derecho a la intimidad e identidad digital. "[…] Muchos de estos procesos entrañan la participación de múltiples socios comerciales, lo que crea una cadena de suministro de actividades comerciales y de procesamiento de datos personales que puede dar lugar a violaciones o vulneraciones de los derechos de los niños, por ejemplo, como resultado de características de diseño publicitario que anticipan las acciones del niño y lo guían hacia la búsqueda de contenidos más extremos, de notificaciones automatizadas que pueden interrumpir el sueño o del uso de la información personal o la ubicación de un niño para transmitir contenidos potencialmente nocivos con fines comerciales"[33].

32. Observación General Nº 25 (2021), párr. 54; Observación General Nº 16 (2013), párr. 58; y Observación General Nº 7 (2005), párr. 35.

33. Observación General Nº 24 (2021), párr. 40.

"La protección digital de los niños debe ser parte integrante de las políticas nacionales de protección de la infancia. Los Estados partes deben aplicar medidas para proteger a los niños de los riesgos asociados con ese entorno, como la ciberagresión y la explotación y los abusos sexuales de niños en línea facilitados por la tecnología digital, asegurarse de que se investiguen esos delitos y ofrecer reparación y apoyo a los niños que sean víctima de esos actos"[34].

Este escenario también plantea riesgos relacionados con la violación o abuso de los derechos de los niños y el crecimiento exponencial de los casos de *ciberbullying*, ciberacoso, grooming, *sexting, sharenting*, y otras conductas riesgosas en línea, como la utilización y el perfilamiento del niño para definir tipologías de consumidores y usuarios.

El *ciberbullying* tiene lugar cuando una persona menor sufre violencia digital a través amenazas, hostigamiento, humillación u otro tipo de molestias de forma reiterada y deliberada por parte de otras personas menores de edad a través de medios electrónicos. Este acoso se puede dar mediante la publicación de textos, imágenes, videos y audios a través de los distintos medios digitales, como redes sociales (*Facebook, Instagram, Twitter*), mensajería instantánea (*WhatsApp*), correo electrónico, aplicaciones, videojuegos, etc. Una de las características del *ciberbullying*, a diferencia del *bullying* en el "mundo físico", es la posibilidad de viralización, es decir, que algunos contenidos comiencen a ser compartidos rápidamente por distintos usuarios, llegando a personas que se encuentran fuera del círculo conocido. La viralización puede potenciarse por dos características: por un lado, la falta de empatía que genera el mundo virtual. La empatía es la capacidad que tiene una persona de ponerse en el lugar del otro. Cuando no tenemos a la otra persona frente a frente, es mucho más difícil percibir el efecto que pueden generar nuestros actos sobre ella, y peor todavía, a veces hasta nos olvidamos que hay una persona del otro lado. Por otro lado, la viralización puede potenciarse por la falsa sensación de anonimato que representa la red. Muchas veces pareciera que un "me gusta" es algo insignificante, que se pierde entre muchos otros "me gusta". Pero detrás de cada *click* hay una persona que está fomentando la agresión, y otra que la está sufriendo. Entonces, esta falta de empatía y la falsa sensación

34. Observación General Nº 25 (2021), párr. 25.

de anonimato pueden provocar que personas que no acosarían a otras en forma personal, sí lo hagan en el mundo virtual, ya que al estar mediados por una pantalla no pueden registrar el efecto de la violencia, humillación y discriminación en el otro. Asimismo, muchas veces, los jóvenes (y también adultos) producen contenidos de índole sexual, como fotos o videos íntimos, que no están destinados a su circulación pública. Sin embargo, diversas circunstancias pueden derivar en su difusión en redes sociales o web. Una de las prácticas entre los jóvenes con el uso de tecnología es la producción de contenidos de índole sexual, principalmente fotos y/o videos íntimos. La pornovenganza, pornografía vengativa o *revenge porn* aparece como una nueva modalidad de extorsión, escrache o venganza multimedial. Por esto entendemos al contenido sexual explícito que se publica en la web o se distribuye por servicios de mensajería instantánea, sin el consentimiento del individuo que aparece en las imágenes. Existe entonces una filmación o un registro fotográfico de un acto sexual entre dos personas adultas, de manera consensuada y voluntaria, y luego una de ellas la publica a través de una página web, o la comparte a través de una app (como Whatsapp), vía mail o red social.

El *grooming* es el acoso sexual por parte de un adulto a un niño en el ecosistema digital. En Argentina, el *grooming* es un delito tipificado por la Ley Nº 26.904 del año 2013, que incluyó el delito en el Código Penal, en cumplimiento de las obligaciones asumidas en la Convención de Budapest sobre ciberdelincuencia del 23 de noviembre de 2001, aprobada por la Ley Nº 27.411 del 22 de noviembre de 2017. La penalización incluye prisión de 6 meses a 4 años a quien, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier tecnología de transmisión de datos, contacte a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma. "Una reparación adecuada incluye la restitución, la compensación y la satisfacción, y puede requerir una disculpa, una corrección, la eliminación de contenidos ilícitos, el acceso a servicios de recuperación psicológica u otras medidas[35]. En relación con las vulneraciones en el entorno digital, los mecanismos de reparación deben tener en cuenta la vulnerabilidad de los niños y la necesidad de actuar con rapidez a fin de detener los daños actuales y futuros. Los Estados partes deben garantizar la no concurrencia de

35. Observación General Nº 5 (2003), párr. 24.

las vulneraciones mediante, entre otras cosas, la reforma de las leyes y políticas pertinentes y su aplicación efectiva"[36].

Finalmente, el *sharenting* es el acto de compartir imágenes de NNA por parte de sus padres. Esta conducta de los progenitores puede vulnerar el derecho a la intimidad de los niños, creando una huella digital y contenido personalísimo aún antes de haber nacido[37], sin derecho a participar en la decisión y sin posibilidad hasta la fecha de ampararse en el derecho al olvido. Por lo cual, es importante trabajar el concepto de responsabilidad parental y del interés superior del niño, desde la visión del consentimiento del NNA en relación con su autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído. "La privacidad es vital para la autonomía, la dignidad y la seguridad de los niños y para el ejercicio de sus derechos […] Estas amenazas también pueden surgir como resultado de las propias actividades de los niños y de las actividades de los miembros de la familia, sus iguales u otras personas, por ejemplo, cuando los padres publican fotografías en línea o una persona desconocida difunde información sobre un niño"[38].

Los derechos de los niños deben respetarse, protegerse y hacerse efectivos en el entorno digital. El ecosistema digital no fue pensado originariamente para los niños, sin embargo, desempeña un papel importante en su vida. "Los Estados partes deben cerciorarse de que, en todas las actuaciones relativas al suministro, la regulación, el diseño, la gestión y la utilización del entorno digital, el interés superior de los niños sea una consideración primordial. En esas actividades, los Estados deben recabar la participación de los órganos nacionales y locales encargados de vigilar que se hagan efectivos los derechos de los niños. Al considerar el interés superior del niño, deben tener en cuenta todos los derechos de los niños, incluidos sus derechos a buscar, recibir y difundir información, a recibir protección contra todo daño y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta,

36. Observación General Nº 25 (2021), párr. 46.

37. Fotos inocentes de niños, niñas y adolescentes subidas por sus progenitores o referentes afectivos pueden ser capturadas inmediatamente por redes de pornografía infantil de la *Deep web* para la diseminación de imágenes sexualmente abusivas de niños por razones personales o comerciales; o pueden ser alteradas y compartidas en grupos o redes de pedofilia en línea; pueden ser utilizadas en secuestros digitales, *grooming* o pueden ser viralizadas en grupos escolares objeto de acoso escolar o *ciberbullying.*

38. Observación General Nº 25, párr. 67.

y deben asimismo garantizar la transparencia en lo tocante a la evaluación del interés superior del niño y a los criterios aplicados al respecto"[39].

El principio del interés superior del niño debe ser la guía tanto para los Estados como para la familia, la escuela y todos los ámbitos en donde el niño se relacione y, en particular, para las empresas comerciales que recaban, procesan y utilizan datos personales de niños. Para que los niños, niñas y adolescentes comprendan la relevancia de estar construyendo su identidad en un espacio público –como son los entornos digitales– es importante que los adultos dialoguen con ellos sobre una serie de conceptos clave para promover la concientización y lograr un uso responsable de las tecnologías de la información y comunicación.

Es importante, por eso, generar instancias de diálogo sobre la construcción de la identidad digital como complemento de su identidad biológica, que los acompañará durante toda su vida y que puede tener consecuencias positivas o negativas tanto en el presente como en el futuro. También es necesario hablar sobre el contenido que deben y no deben compartir públicamente y ayudarlos a respetar su privacidad y la de los demás. El uso de los dispositivos digitales no debe ser perjudicial, ni sustituir las interacciones personales entre los niños, o entre estos y sus padres o cuidadores o entre estos, aquellos y la naturaleza, porque las interacciones humanas y con la naturaleza también integran el concepto de salud, que incluye no solo el bienestar físico sino también el mental, social y espiritual. "Los Estados partes deben garantizar la aplicación de mecanismos eficaces de protección digital de los niños, así como de normativas de salvaguardia, respetando al mismo tiempo los demás derechos de los niños, en todos los ámbitos en que estos acceden al entorno digital y que incluyen el hogar, los entornos educativos, los cibercafés, los centros juveniles, las bibliotecas y los centros de atención sanitaria y modalidades alternativas de cuidado"[40]. Las posibles consecuencias del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la salud y la felicidad de los niños constituyen una preocupación pública en ascenso. Los investigadores reconocen que el uso excesivo de la tecnología puede contribuir a la depresión,

39. Observación General Nº 25 del Comité de los Derechos del Niño, párrafos 12 y 13.

40. Observación General Nº 25.

ansiedad, adicción, fragilidad, asilamiento y violencia, por ello el sector privado y la industria de la tecnología tienen una responsabilidad agravada para medir las consecuencias del uso de la tecnología en la infancia[41].

7. A modo de conclusión y desafío: el interés superior del niño y el decálogo de derechos digitales en la infancia

En solo veinte años internet dejó de ser un simple espacio de libertad de expresión para transformarse en el vaso conductor, tanto de la realización como de la violación de derechos fundamentales. El acceso a las tecnologías de la información y la comunicación tiene la virtualidad de mejorar la calidad de vida humana y también de transformar y trastocar los principios y valores fundamentales de la humanidad. Ética e inteligencia artificial, una tensión que preocupa a toda la comunidad internacional y que es motivo de discusión e investigación en todos los foros tecnológicos. Al incorporar la tecnología en general y la inteligencia artificial en particular a los procesos de las empresas y organizaciones, es importante reparar en los valores y principios con los que se desarrollará esta tecnología. En definitiva, son los seres humanos los que deben trabajar siendo conscientes de las implicaciones morales y éticas que conlleva el desarrollo y la aplicación de estas nuevas tecnologías en la sociedad en general y en los niños en particular.

La tecnología se ha vuelto esencial en la vida de las personas, y en particular de los niños, quienes se encuentran ávidos de desarrollar nuevas competencias digitales. Los niños pasan más tiempo usando tecnología que en cualquier otra actividad, incluso descansando. Mientras tanto, la tecnología se asocia a un sinnúmero de beneficios y de riesgos, incluyendo éxito académico, desarrollo de la salud, ciberdelitos y violencia digital. En este escenario, todos los actores vinculados con el desarrollo de la infancia deben encontrar un sano equilibrio en el uso de la tecnología, mucho más complejo y justo que el binomio prohibición absoluta o permisión total.

41. UNICEF, "Estado Mundial de la infancia 2017, Niños en un mundo digital", disponible en: https://www.unicef.org/media/48611/file.

Por ello, entendemos que la regulación de los derechos digitales en la infancia impone el reconocimiento de una nueva generación de derechos fundamentales digitales que tengan como principio orientador el interés superior del niño, lo que significa darles una nueva mirada a estos derechos fundamentales, algunos ya reconocidos en los textos constitucionales y otros nuevos derechos que nacen y se desarrollan exclusivamente en el ecosistema digital, en el escenario de la virtualidad y con el enfoque de este principio fundamental que debe nutrir toda la legislación sobre la infancia:

1. Derecho al acceso universal a internet.
2. Derecho a la intimidad y al no perfilamiento.
3. Derecho a la protección de datos personales y a la autodeterminación informativa.
4. Derecho a la verdad.
5. Derecho a la ciberseguridad.
6. Derecho a la desconexión digital.
7. Derecho al olvido.
8. Derecho a la identidad.
9. Derecho a una vida libre de violencia digital.
10. Derecho a la salud y bienestar.

El desarrollo del decálogo exorbita el objetivo de este trabajo, por lo cual será contenido de un próximo trabajo, en donde se analizará en forma particular y exhaustiva cada derecho desde la perspectiva del principio del interés superior del niño.

El desafío que nos impone la sociedad digital es lograr el justo equilibrio entre el uso de las herramientas tecnológicas y el respeto de los derechos fundamentales. Este nuevo *contrato social* exige la formulación de una legislación moderna y dinámica, la observancia de principios éticos sólidos, y la alfabetización digital que permita adquirir nuevas habilidades a los individuos que interactúan con seguridad en el nuevo entorno[42]. En este camino, el reconocimiento de derechos fundamentales digitales a la luz del principio del interés superior del niño puede ser una puerta que nos introduzca realmente en el camino de la defensa de los derechos de la infancia en el ecosistema digital.

42. Reyes Olmedo, Patricia, "Algoritmocracia", *elDial.com* on line DC2943.

Y a modo de agradecimiento por el honor de convocarme para el trascendente festejo de los primeros 60 años de vida de esta querida Editorial El Derecho, cerramos con esta frase: "El último de los valores que el Derecho realiza es la justicia en los individuos, la sensación y el convencimiento de que sus derechos han de ser respetados, y de que no ha de alterarse la estabilidad y permanencia de las situaciones jurídicas, constituyendo así un efecto del orden social y de la paz"[43].

43. Mouchet, Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo, *Introducción al Derecho*, p. 74, Abeledo Perrot, 1959.

CONNOTACIONES FILOSÓFICAS, SOCIOLÓGICAS Y ECONÓMICAS DEL DERECHO DE SUCESIONES

Francisco A. M. Ferrer*

Sumario: 1. Reflexión filosófica: carácter del derecho hereditario. 2. El fracaso de los intentos abolicionistas del Derecho de Sucesiones demuestra su carácter inherente a la naturaleza humana. 3. Derecho del causante a organizar su sucesión. Límite a la libertad de testar. Coexistencia de las sucesiones legal y voluntaria. 4. Cuestionamiento del régimen legitimario. 4.1. A favor de la libertad de testar. 4.2. En defensa de la legítima. 5. Moderna tendencia reformista. 6. Consideraciones sociológicas para la reforma de las legítimas de los descendientes y ascendientes. 7. El Derecho Sucesorio y las relaciones socioeconómicas.

1. Reflexión filosófica: carácter del derecho hereditario

La reflexión filosófica suscitada por el fenómeno sucesorio es muy antigua, encontrándose manifestaciones en los filósofos griegos: Platón, Aristóteles, Epicuro, etc. A través de los siglos el tema se perpetúa, aunque percibiéndose una confusión entre el carácter del derecho hereditario y el derecho del causante a organizar su sucesión, que hemos de distinguir[1].

* Doctor en Derecho; Profesor titular de Derecho Civil IV (UNL).

1. Tal es la síntesis que presenta Guevel, Didier, *Successions, liberalités*, pp. 6/7, Armand Colin, 1996.

Lo esencial de la disputa filosófica pasa por considerar si se trata de un derecho natural o de un Derecho Civil.

La escuela del *Derecho Civil* sostiene que no es más que una técnica de redistribución de riquezas, y que, por lo tanto, puede ser reglamentado, limitado e incluso suprimido por el legislador. No es un derecho natural; se fundamenta y existe únicamente por la ley del Estado. Montesquieu afirmaba que criar y alimentar a los hijos es obligación de Derecho Natural; la de legarle los bienes es de Derecho Civil o Político. Asimismo, la propiedad es una creación de la ley civil, por lo cual el orden de las sucesiones depende también de los principios del Derecho político o civil, y no de los principios del derecho natural. Pero destacaba una gran diferencia entre el derecho de propiedad, que consideraba intangible, y el derecho de Sucesión, que según su criterio podía ser suprimido por una ley, aunque consideraba conveniente mantenerlo por razones de utilidad social[2]. Parecidas ideas desarrolló Rousseau[3], que con rigor jurídico expuso Pothier: el derecho de sucesión es de Derecho Civil, porque es la ley civil que defiere la sucesión de los difuntos, y que llama a las personas que deben recibirla[4]. Los redactores del Código Civil francés de 1804 pensaron, de igual modo, que el derecho de sucesiones no es un derecho natural, ni puede ser fundado sobre el derecho de propiedad del causante, que se extingue con su muerte, ni sobre el derecho de los herederos, pero razones de conveniencia y oportunidad justifican su existencia. Sería, por lo tanto, un derecho social enteramente creado y reglado por la ley política o civil, por exigencia del orden jurídico[5].

2. Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro XXVI, cap. VI (versión castellana de N. Estévanez, 1926). Un desarrollo de sus ideas en Solari, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado*, trad. de O. Caletti, T. I, pp. 140 y sigs., ed. Depalma, 1946. Antes que Montesquieu, Pufendorf ya sostuvo el origen y la naturaleza civil del Derecho Sucesorio (*De iure naturae et gentium*, 1672). Solari expone su sistema en el T. I, pp. 85/89.

3. Rousseau, J. J., "Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres" (1758) y "El contrato social o principios de derecho político" (1762), en *Obras escogidas*, versión española de E. Velarde, ed. Garnier, 1909.

4. Pothier, R., *Oeuvres*, anotées par M. Bugnet, T. 8, Cosse et Marchal, 1861, cap. 1ro., sec. 1ra., p. 2, con cita de Montesquieu.

5. Portalis, Jean E. M., *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés* (1801), trad. de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, pp. 104 y sigs., ed. Edeval, 1978. En este sentido: De Gasperi, L., *Tratado de derecho hereditario*, cit., T. I, nº

La escuela del *Derecho Natural*, por el contrario, lo deriva de la propiedad, de los deberes hacia la familia, de la naturaleza humana y de la tendencia fundamental a la continuidad de la especie, por ello existe desde siempre. Vinculado naturalmente con la personalidad humana, la ley civil, por consiguiente, no lo crea, ni lo puede suprimir; sino que se limita a reconocerlo, reglamentarlo y protegerlo.

Esta doctrina viene desde lejos. Uno de sus más destacados expositores es John Locke (1632-1704), quien concibió a la propiedad como un derecho natural del hombre, porque contribuye a conservar y desarrollar sus derechos a la personalidad y a la vida. Y partiendo de los principios de libertad, de propiedad y de igualdad, que constituyen los derechos naturales originarios del hombre, entiende que el derecho a disponer y transmitir la propiedad por testamento es un derecho natural, consecuencia de la libertad asociada a la propiedad, y que preexiste al Estado. El padre tiene libertad de disponer de su propiedad, pero no obstante, debe garantizar a los hijos, sin distinción, los medios necesarios para la vida. A su vez, los hijos tienen un derecho natural de suceder a los padres, y conforme a la naturaleza debe proveerse a la transmisión de los bienes del difunto, a falta de testamento[6].

Otros sostienen que es de derecho natural porque responde al deber que generan los vínculos de familia que ha organizado Dios, siendo Domat su principal expositor[7], cuya enseñanza siguieron importantes civilistas[8].

Vélez Sarsfield, en la nota al artículo 3307, precisamente dice que las sucesiones "son obra de la ley y de la naturaleza", y en la

---

3, p. 15; Fassi, Santiago C., *Tratado de los testamentos*, T. I, Astrea, 1970, n° 12 (sostiene que el derecho de testar no es de Derecho Natural); Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Sucesiones*, T. 1, parágs. 20 (al final), 21 y 23, Astrea, 5ª ed., 2009.

6. Una excelente síntesis del pensamiento de Locke, en Solari, G., *Filosofía del derecho privado*, cit., I. I, pp. 39 y sigs.

7. Domat, J., *Des lois civiles dans leur ordre naturel*, IIda. parte, Des successions, libro I, Prefacio, parág. 3 (este tratado fue publicado de 1690 a 1694).

8. Laurent, F., *Principes de droit civil*, T. 8, 3ª ed., 1878, nº 476; Filomusi Guelfi, F., voz "Successione", en *Il Digesto Italiano* (Enciclopedia del diritto), UTE, 1897, vol. XXII, ns. 23/26; Le Sellyer, Achille F., *Commentaire historique et pratique sur le titre des successions*, T. I, A. Rousseau ed., 1892, nº 12; etc. Lodovico Barassi afirma que la base natural del Derecho de Sucesiones es el instituto de la familia, anterior a la ley y que ésta simplemente regula, en *Le successioni per causa di morte*, parág. 1, pp. 4/5, Giufré, 2ª ed., 1944.

nota al artículo 3565 cita al *Digesto*, cuando expresa que es la razón natural la que adjudica a los descendientes la herencia de los ascendientes (fragmento de Paulo, ley 7, tít. XX, lib. 48), pensamientos que inducen a Martínez Paz a concluir que la influencia de Domat se ha hecho sentir sobre nuestro codificador[9].

Otro pensador iusnaturalista decimonónico, Enrique Ahrens, enseñó que la sucesión en sus dos vertientes, legal y voluntaria, se funda en el derecho natural, en cuanto la sucesión *ab intestato* (legal) se justifica por los deberes que engendra la familia, y el derecho de testar porque es una emanación del derecho de la personalidad, fundado en la naturaleza racional y moral del hombre[10].

Ihering puso de relevancia la importancia del derecho hereditario para el desarrollo de la civilización en general. Este Derecho, sostuvo, se funda sobre la humana naturaleza esencialmente social, en virtud de la cual la existencia de cada hombre no es solo para sí, sino para el otro. La mujer existe para el hombre, pero el hombre a su vez para la mujer; los padres para los hijos, pero los hijos también para los padres. La existencia para otros, en la que se apoya la seguridad y todo el progreso de toda nuestra cultura, tiene su expresión jurídica en el derecho hereditario[11].

En nuestra época, Messner también considera un derecho natural el derecho a transmitir los bienes por herencia, como consecuencia del Derecho de Propiedad, que es un derecho innato al hombre[12].

9. Martínez Paz, E., *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*, pp. 44/45, 1953.

10. Ahrens, E., *Curso de derecho natural*, trad. de Rodríguez Hortelano - De Asensi, pp. 485/487, ed. C. Bouret, 1887.

11. Ihering, Rudolf von, *El fin en el derecho*, trad. de Diego A. de Santillán, T. I, pp. 76/78, ed. Cajica, 1961.

12. Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, trad. de Barrios Sevilla - Rodríguez Paniagua - Diez, p. 512, ed. Rialp, 1967. También, en igual sentido: Vitali, V., *Delle successioni*, T. I, UTET, 1923, ns. 68 y 69; Duranton, A., *Cours de droit civil francais suivant le Code Civil*, T. VI, 4ª ed., 1844, nº 16; Jubault, Christian, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, p. 3, Montschrestien, 2me., 2010, ns. 5, 6 y 7, y nota 8; cit., y en nuestra doctrina civil: Orus, Manuel, *Fundamento filosófico del derecho sucesorio*, 1945, nº 60, y en *JA* 73-Sec. Doc. p. 17. Sostienen también en nuestra doctrina constitucional el origen natural del derecho de propiedad, fundado en la naturaleza de hombre, González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Ángel Estrada ed., 23ª ed., s/f, n° 118; Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, p. 330, ed.

Luis Miraglia afirma que la sucesión legal se funda en los vínculos de la sangre, y la testamentaria en el derecho de propiedad[13].

También Jacques Leclerq sostiene que las sucesiones son de derecho natural en tanto que medio, para la familia, de mejor asegurar el desarrollo de sus miembros[14].

En este sentido también se ha manifestado la Iglesia católica, en las Encíclicas *Rerum Novarum*, de León XIII (1891) y *Quadragesimo anno*, de Pío XI (1931), enlazando el carácter natural del Derecho de Sucesiones con la propiedad y los deberes hacia la familia. En esta última Encíclica, Pío XI declara: "Siempre, en efecto, deben quedar intactos el Derecho Natural de propiedad y de transmitir sus bienes por vía de herencia: éstos son los derechos que la autoridad pública no puede abolir, porque el hombre es anterior al Estado y la sociedad doméstica tiene sobre la sociedad civil una prioridad lógica y real" (nº 18).

En suma: creemos que el Derecho de Sucesión es de derecho natural por su engarce necesario con la familia y el derecho de propiedad, y, por consiguiente, de orden público en sus motivaciones fundamentales. Y es de Derecho Civil en cuanto a su reglamentación. En otros términos, está fundado en el Derecho Natural y es reglado por el Derecho Civil, tal como el Derecho de Propiedad.

Y conviene destacar también a aquellos autores que sin referirse a la cuestión del derecho inmanente e invariable, creen que el derecho hereditario está exigido por la naturaleza y que responde en el más alto grado a exigencias de la justicia y del interés social[15].

La Ley, 3ª ed., 2010. Además, Pablo Ramella (*Derecho constitucional*, Depalma, 3ª ed., 1986, nº 499), quien refiere que en la Convención de 1949 Arturo Enrique Sampay dejó sentado el concepto de la propiedad como Derecho Natural inherente a la personalidad humana. También cita la opinión de Salvador Dana Montaño, destacado especialista en Derecho Público, antiguo profesor de la Universidad Nacional del Litoral.

13. *Filosofía del Derecho*, p. 564, ed. Impulso, 1943. Además: Montejano, Bernardino, *Curso de derecho natural*, pp. 266/269; 287 y sigs.; y 374/375, ed. Abeledo-Perrot, 6ª ed., 1998; Bettini, Antonio, *Fundamento del derecho sucesorio*, ns. 79, 100 y 153, *La Ley* 125-918.

14. Leclerq, J., *Lecons de droit naturel*, t. IV, 2da. parte, p. 134, citado por De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. IX, p. 11, Bruylant, 1974, nota 9.

15. Roguin, Ernest, *Droit civil comparé. Les successions*, T. V, p. 637, ed. LGDJ, 1912. Planiol-Ripert tampoco aluden directamente al fundamento de Derecho Natural, pero afirman que la transmisión sucesoria intestada descansa en

Desde la perspectiva social, cabe recordar que cumple la función central de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas más allá de los límites de la vida del individuo, brindando un marco de seguridad a la vida económica y asegurando la persistencia moral y espiritual de la especie humana.

2. El fracaso de los intentos abolicionistas del Derecho de Sucesiones demuestra su carácter inherente a la naturaleza humana

La experiencia acaecida en la Revolución rusa de 1917 es elocuente en cuanto a lo que ocurre cuando el legislador pretende abolir este derecho fundamental: al poco tiempo debe reponerlo.

2.1. Ya las ideas a favor de la supresión del derecho de propiedad y del derecho hereditario se manifestaron y pretendieron imponerse en la Revolución francesa.

Durante la etapa revolucionaria, Francisco Babeuf expuso en su periódico, *El Tribuno del Pueblo*, sus utopías comunistas afirmando que nadie debe poseer más de lo estrictamente necesario para su subsistencia, debiéndose implantar instituciones que aseguren la igualdad absoluta, consecuencia de lo cual era la abolición de la propiedad privada y de la herencia. Promovió la revolución, organizar las fuerzas populares y organizar un "comité insurreccional" para desarmar a la burguesía, pero se descubrió el complot que había organizado con sus seguidores ("la conspiración de los iguales")[16], y

---

un deber familiar que no puede concebirse como una creación de la ley, sino que deriva del sentimiento de las obligaciones de familia; y que la sucesión testada es una consecuencia del derecho de propiedad, anterior a las leyes (*Tratado práctico de derecho civil francés*, t. IV, nº 5; t. V, nº 10 y t. III, nº 2, trad. de M. Díaz Cruz, ed. Cultural, 1933, 1935 y 1942, respectivamente).

16. Lamsdorff, Wladimir, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, pp. 159/160, Colex, 2003.

fue ejecutado en 1797[17]. Se lo considera como el punto de partida del socialismo francés, un precursor de los utopistas[18].

En general, los teóricos socialistas del siglo XIX son hostiles al derecho de propiedad privada, preconizan su supresión y consecuentemente también de la herencia, y la atribución de los bienes del difunto al Estado, haciendo prevalecer los intereses colectivos de la sociedad sobre los de los individuos y de las familias. Afirman que la herencia atenta contra el interés social pues los bienes por transmisión hereditaria pasan a menudo a individuos que no son los más capacitados para su administración ni para fomentar la producción, y que solo persiguen gozar egoístamente de una riqueza que no han producido. Además, la herencia repugna a la justicia, porque origina desigualdades económicas y sociales entre los individuos, que no se justifican porque no resultan de su trabajo, ni de sus aptitudes y méritos propios. Jurídicamente, sostienen que como el derecho de propiedad se extingue con la muerte de su titular, no se explica su transmisión *mortis causa* (los saint-simonianos –discípulos del conde de Saint-Simon–, Etienne Cabet, Louis Blanc, etc.)[19].

Pierre Joseph Proudhon (1809-1865), autodefinido anarquista, con su célebre fórmula provocativa "la propiedad es un robo", pregonaba que para cambiar verdaderamente la sociedad y alcanzar los ideales de libertad, de paz y justicia social, no sólo había que hacer desaparecer la propiedad privada, sino también suprimir el Estado y el poder político, y organizar la economía a través de mutualidades. Su influencia fue preponderante en el pensamiento socialista y en otras tendencias políticas. Posteriormente, volvió sobre sus posiciones extremas y con matices se hará defensor de la propiedad y

17. Tulard-Fayard-Fierro, *Histoire et dictionnaire de la Révolution francaise*, pp. 553/554, Robert Laffont, 1986, voz "Babeuf, Francois Noel", quienes destacan el carácter irrisorio de la conspiración y observan que los historiadores marxistas han amplificado su significación para poner en valor a Babeuf (p. 554). Al respecto: Ehrenburg, Ilya, *La conspiración de los iguales*, trad. de Martin Rivas, Editorial Cauce, 1957.

18. Prelot, Marcel, *Historia de las ideas políticas*, trad. de M. Ossorio y Florit, La Ley, 1986, n° 391.

19. Raynaud, Pierre, *Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 8; Prelot, M., *Historia de las ideas políticas*, cit., ns. 394/395; Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, trad. de J. Pradera, pp. 430/431, Tecnos, 1988; Guido, Emilio, *Derecho político e historia de las instituciones políticas*, pp. 440/444, Ergon, 3ª ed., 1973.

de la herencia en su obra *Sistema de contradicciones económicas o Filosofía de la miseria* (1847)[20].

2.2. Para los marxistas, el capital y la propiedad no son más que acumulación de trabajo robado (plusvalía), por lo cual la propiedad privada debe ser abolida y consecuentemente el derecho a transmitirla para después de la muerte. Así lo proclamaron, sin mayores comentarios, Marx y Engels en el *Manifiesto del Partido Comunista* de 1848[21]. Aunque conviene decir que este tema fue una más de las múltiples contradicciones entre la vida y la doctrina de Marx, pues mientras por un lado hizo lo indecible para disfrutar la futura herencia de su esposa y de sus ricos parientes, por otro se dedicó a pregonar la supresión del derecho hereditario[22].

Pero la abolición de la herencia no fue propugnada en forma absoluta por todos los socialistas y fue muy discutida entre ellos. Si el socialismo utópico preconizaba la abolición de toda sucesión privada, el socialismo científico matizó la cuestión: limitó la propiedad privada y la herencia a los bienes personales de consumo, no productivos, necesarios para la existencia (mobiliario, vestimenta, vivienda familiar, etc.), excluyendo los bienes de producción, que debían ser socializados; y sostenían que mediante el impuesto a las herencias se debía impedir el crecimiento de la propiedad privada no productiva por encima de determinados niveles[23].

20. Jubault, C., *Droit civil. Les successions, les libéralités*, cit., n° 8, texto y nota 12; Prelot, M., *Historia de las ideas políticas*, cit., n° 395, p. 410 y n° 400/403.

21. Marx rechazó el comunismo de Babeuf por considerarlo inmaduro y absurda la igualdad que postulaba; e igualmente marcó sus diferencias con Saint Simon, Fourier y Proudhon, y precisamente para definir su posición publicó con Engels el *Manifiesto Comunista* de 1848 (Calvez, Jean Yves, *El pensamiento de Marx*, trad. de F. Trapero, pp. 570 y sigs., Taurus, 2ª ed., 1960.).

22. Hattenhauer, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. de P. S. Coderch, p. 185, ed. Ariel, 1987. Marx recibió importantes sumas de dinero por herencia de sus padres y parientes. Anticipó la herencia de su madre pidiendo prestado a su tío Lion Philips, el creador de la compañía Philips de electricidad. Precisamente se atribuye a su madre el amargo deseo de que "Karl acumule capital, en vez sólo de escribir sobre el" (Johnson, Paul, *Intelectuales*, trad. de C. Rezzano, pp. 84/85, ed. J. Vergara, 1990). Toda su vida Marx tuvo problemas de dinero (Mehring, Franz, *Carlos Marx*, trad. de W. Roces, pp. 236/237, ed. Grijalbo, 1967).

23. Calvez, Jean Yves, *El pensamiento de Carlos Marx*, cit., pp. 531 y sigs., y 560/561; Grimaldi, M., *Droit civil. Successions*, cit., nº 32; Hattenhauer, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil*, cit., p. 186.

La doctrina del socialismo científico se llevó a la práctica con la Revolución rusa de 1917, aunque sus dirigentes de inmediato quisieron imponer la sociedad comunista, sin transición alguna. Suprimieron la propiedad privada y consecuentemente abolieron la sucesión hereditaria por decreto del 27 de abril de 1918. Se dispuso que después de la muerte del propietario, sus bienes muebles e inmuebles se convierten en propiedad de la República Federal Socialista Rusa. Pero a impulsos de la nueva política económica y de la necesidad de reconstruir el país devastado, un pensamiento más realista se impuso en el Código Civil de 1922, que con el fin de restaurar la cohesión familiar, reinstaló la herencia, tanto legal como testamentaria, aunque limitando, por un lado, el círculo de personas llamadas a heredar, constituido únicamente por los descendientes, el cónyuge y las personas que han vivido con el causante no menos de un año antes de su muerte (art. 418), incapaces de trabajar o que no tuviesen medios de subsistencia, que se encontrasen a cargo del difunto; y por el otro, el monto de la herencia, en plena propiedad, que se fijó en diez mil rublos (art. 417). Este límite máximo fue derogado en 1926, y posteriormente, en 1945, se amplió la sucesión legal a favor de los padres, hermanos y sus descendientes. Y respecto de la testamentaria, si no existían herederos legales, el causante podía disponer libremente. Por la ley sobre los fundamentos de la legislación de la URSS de 1961, se establece la "propiedad personal", que es objeto de la herencia, y reconoce al propietario en su artículo 19 el derecho de poseer, de gozar y de disponer de los bienes dentro de los límites establecidos por la ley, dedicando los artículos 117 a 121 a la sucesión *mortis causa*, legal y testamentaria. Se establece una legítima de dos tercios de la herencia a favor de los hijos menores o incapaces del causante, del cónyuge, del padre o la madre, y de quien ha estado a cargo del causante, imposibilitado de trabajar. El artículo 13 de la Constitución soviética de 1977 dispone que podrán ser objeto de propiedad personal los objetos de uso y comodidad personal, los bienes de economía doméstica auxiliar, una residencia y las economías procedentes del trabajo. La idea es que se transmiten bienes de consumo, y no un poder de apropiación del trabajo ajeno; que se transmiten los frutos del trabajo del causante y no los bienes fruto de explotación[24].

24. Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral. Der. de Sucesiones*, T. VI-1º, pp. 66 y sigs., Reus, 10ª ed., 2010, cit.; David, René - Jauffret Spinosi, Camille, *Les grands systémes de droit contemporains*, Dalloz, 11me. éd.,

Los países socialistas de la Europa oriental, hasta la caída de la Unión Soviética, siguieron aproximadamente el modelo que representó su legislación, reconocieron la propiedad personal y consagraron expresamente, como corolario, la transmisión hereditaria de la misma, por vía legal o testamentaria, conservando este derecho sucesorio restringido las características y soluciones tradicionales. Quedan fuera de la propiedad privada y de su transmisión sucesoria los patrimonios productivos y el poder de decisión económica que va unido a ellos. Un paradigma de esta tendencia legislativa es el Código Civil de la ex República Democrática Alemana de 1976[25].

La Constitución de Cuba de 1976 sigue este esquema: consagra, por un lado, como propiedad socialista del pueblo, (a) la propiedad de la tierra, subsuelos, yacimientos minerales, aguas, recursos naturales, vías de comunicación. Estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas y se rigen por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad (art. 23); (b) las industrias, instalaciones económicas y sociales, infraestructuras de interés general. Estos medios de producción son inembargables y pueden transmitirse en propiedad solo en casos excepcionales, siempre que se destinen a los fines del desarrollo económico y social del país y no afecten los fundamentos políticos, económicos y sociales del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros (art. 24). Y, por otro lado, contempla la propiedad personal para satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de su titular (art. 22, inc. g). Estos bienes personales pueden ser objeto de la transmisión por causa de muerte, sea por disposición de la ley, como por vía testamentaria, pudiendo ser la sucesión universal o particular[26].

Después de la "*perestroika*" de Gorbachov, se reestructura la sociedad soviética, aparece un nuevo estado, Rusia, lo cual determina reformas jurídicas de una enorme amplitud, consecuencia fundamental de la voluntad política de pasar a la economía de mercado y

---

2002, ns. 138 y sigs., y 180; De Castro, Horacio, *Principios de derecho soviético*, Reus, 1934. El Código Civil soviético de 1922, y sus reformas, se puede consultar en la obra de J. Calvo - L. Fernández Clérigo - M. Ruiz Funes, *Legislación soviética moderna*, trad. del ruso de M. Luban, pp. 141 y sigs., 1947.

25. Eminescu, Yolanda - Popescu, Tudor, *Les codes civils des pays socialistes*, pp. 311 y sigs., LGDJ, 1980; Santos Briz, J., *Derecho civil*, T. VI: Der. de sucesiones, cit., pp. 4/5.

26. Pérez Gallardo, Leonardo B., *Comentarios al Código Civil Cubano*, T. VI-1º, pp. 5/8, Editorial Universitaria, 2018, coment. art. 466.

privatizar las empresas. Se sanciona una nueva Constitución (1993) que organiza la Federación de Rusia con la forma republicana, democrática y federal, y se elaboran nuevos Códigos, entre ellos, un nuevo Código Civil que se sanciona por etapas, y se termina de publicar en 2001, con el libro de *Sucesiones y Derecho Internacional Privado*, que tiene su fuente en las legislaciones de raíz romano-germánica[27].

En suma: superado el intento abolicionista, el derecho sucesorio fue restablecido de manera espectacular, suprimiéndose las limitaciones al contenido del patrimonio hereditario con la finalidad de restaurar la cohesión familiar y dar a la producción agrícola e industrial el apoyo privado del cual imperiosamente tenía necesidad[28].

Las experiencias de la ex Unión Soviética permiten comprender que la herencia tiene motivos muy enraizados en la naturaleza humana, de los que no puede prescindir ninguna ideología, y que se trata de una institución que obedece a una profunda tendencia innata del ser humano, que le sirve de estímulo para sus emprendimientos y beneficia a la familia y, por reflejo, a la comunidad, y, a la vez, tales experiencias confirman que se trata de un derecho anterior a la ley del Estado y que no se lo puede suprimir arbitrariamente[29].

Por ello, las legislaciones de todas las épocas, salvo breves interregnos revolucionarios, han reconocido y regulado el Derecho Sucesorio, como consecuencia de la consagración del derecho de propiedad individual.

La reflexión sobre la propiedad y las sucesiones, en suma, está en el corazón de las preocupaciones humanas y ocupa un lugar eminente en la historia del pensamiento, prueba de lo cual es que desde

27. David - Jauffret Spinosi, *Les grands systémes de droit contemporaine*, cit., ns. 191 y 206.

28. Flour-Souleau, *Successsions*, ed. Armand Colin, 3me. ed., 1991, nº 2. Pero, por otra parte, se pregunta Eduardo Vaz Ferreyra "si la reaparición de la herencia ilimitada tuvo su causa en una real imposibilidad práctica de suprimirla, o si simplemente actuó en la URSS, como en el resto del mundo, el deseo de una clase dirigente económicamente privilegiada de transmitir a sus hijos las ventajas derivadas de su privilegio" (*Tratado de las sucesiones*, T. I, p. 29, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª ed., 1980, n° 7). Para nosotros quizás intervinieron ambas circunstancias, siendo la segunda la determinante para acelerar el cambio.

29. En este sentido: Hattenhauer, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil*, cit., p. 190; Borda, G. A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, T. I, La Ley, 9ª ed., 2008, ns. 3 y 4; Bettini, Antonio, "Fundamento del derecho sucesorio", *La Ley* 125-918, ns. 143 y 144.

la filosofía griega se han venido produciendo proposiciones filosóficas, jurídicas y políticas sobre el derecho hereditario, cuya reseña histórica escapa al objetivo de esta breve aproximación.

3. Derecho del causante a organizar su sucesión. Límite a la libertad de testar. Coexistencia de las sucesiones legal y voluntaria

Admitido el derecho a transmitir bienes de una generación a otra, cabe resolver si se deja sólo al legislador el cuidado de organizar la transferencia de bienes por causa de muerte, y entonces tenemos la sucesión legal, o bien, se tiene confianza en los ciudadanos y se les reconoce el derecho de disponer de sus bienes para después de su muerte como ellos quieran, en el ámbito de su libertad civil, lo cual da lugar a la sucesión voluntaria y a la plena libertad de testar. Es un gran debate que se desarrolla tempranamente, y se aviva de nuevo en el siglo XIX.

3.1. El jurista y sociólogo francés Federico Le Play, y su escuela de "La reforma social", en reacción contra la filosofía liberal e individualista del Código de Napoleón y las diversas corrientes socialistas, preconiza imponer una completa libertad de testar, porque la sucesión legal tiende a subdividir perjudicialmente la tierra, con efectos antinatalistas, pues la ley incitaría a tener pocos hijos para evitar el desmembramiento de los patrimonios, y además debilita la autoridad paterna, porque impide que el padre favorezca a uno de sus hijos. La prédica de Le Play tuvo su influencia en las reformas que posteriormente se sancionaron para proteger las unidades económicas agrarias contra la pulverización de los fundos rurales provocada por la partición igualitaria y forzosa[30].

En la misma época de Le Play, en España, Joaquín Costa pregonaba también la libertad de testar: "Podrán los padres equivocarse, pero el error en ellos es meramente posible; y, en todo caso, no sucederá sino por excepción y accidentalmente; el legislador, al con-

30. Carbonnier, Jean, *Sociología jurídica*, trad. de Luis Díez Picazo, pp. 55/57, Tecnos, 1977.

trario, no puede acertar nunca, el error es congénito y connatural a su regla [...]"[31].

Es decir: si en el sistema jurídico predomina una concepción patrimonial e individualista, que enfoca la sucesión *mortis causa* como una prolongación de la propiedad, prevalece entonces la sucesión voluntaria. Su reglamentación debe buscarse en la voluntad del propietario. Libre de disponer entre vivos, también lo es para después de su muerte. No es más que una de las prerrogativas de su calidad de propietario. Trabarlo es debilitar la propiedad y la autoridad paterna.

Esta concepción no elimina totalmente la sucesión legal. Aún en los sistemas más favorables al poder de la voluntad y a la autonomía del testador, siempre deben prever el caso en que el individuo muere sin haber testado (intestado), o sea, que el llamamiento legal juega un rol subsidiario. Esta sucesión legal se organiza sobre la idea del testamento presumido. La ley, a falta de testamento, llama a la sucesión a los parientes más próximos por interpretación de la voluntad del causante, según el orden presumido de sus afecciones. Tal fue antiguamente el sistema originario del Derecho romano, y es hoy el de los países del *common law*.

Los derechos anglosajones, fuertemente individualistas y absolutamente respetuosos de la autonomía de la voluntad, durante siglos admitieron la plena libertad de testar. En Gran Bretaña fue así hasta 1938, en que el poder absoluto de disponer del *de cuius* se atemperó en beneficio de sus familiares más próximos que se encuentren en situación de dependencia, esposa a hijos menores o incapaces [Inheritance Family Provision Act de 1938, y luego la Inheritance Provision for Family and Dependants Act de 1975, reformada en 1995: Law Reform (succession) Act]. De acuerdo a este ordenamiento legal, los familiares próximos pueden demandar una atribución patrimonial a cargo de la sucesión (en dinero, o un bien inmueble), la *family provision*, cuya procedencia y monto decide soberanamente el juez. La pretensión puede ser ejercida por el cónyuge, aun cuando se encuentre separado judicialmente y el ex cónyuge que no ha vuelto a contraer matrimonio; la persona que haya convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento en relación análoga a la de

31. Citado por Vallet de Goytisolo, J. B., *Panorama del derecho de sucesiones*, T. I, p. 30, Civitas, 1982, nº 8.

cónyuges; los hijos, y las personas tratadas por el causante como hijas de la familia. Determinada la procedencia de la pretensión, la medida de la *family provision* es decidida por el juez tomando en consideración el conjunto de las circunstancias, relativas al testador y a su patrimonio y al solicitante[32]. Con respecto al cónyuge supérstite, el juez puede ordenar una atribución igual a la que le hubiera correspondido en caso de divorcio, aunque exceda lo necesario para la manutención del supérstite. En los demás casos, la medida de la atribución patrimonial consiste en lo que sería razonablemente necesario en el caso concreto para permitir al reclamante su automanutención de acuerdo a sus circunstancias. En los Estados Unidos, todos los Estados conceden una cierta protección a las viudas contra los testamentos que pretenden desheredarlas, pero en la mayoría de los Estados americanos, los hijos pueden ser enteramente excluidos, salvo los que nacen después de otorgado el testamento. La sucesión legal funciona sólo cuando no hay disposición testamentaria, lo cual es raro en estos pueblos angloamericanos en razón de su arraigada costumbre de testar.

Cabe citar una legislación especial que consagra la plena libertad de testar sin prever compensación alguna a los familiares cercanos excluidos por el testador: la del territorio de Ayala, en la provincia vasca de Álava, en España, cuyo fuero[33], que con fuerza legal proviene del año 1373, establece la libertad absoluta de testar. Los que ostenten su vecindad en los municipios ubicados en dicho territorio ayalense, podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, y apartar de su herencia a sus herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge), pudiendo ser el apartamiento expreso o tácito, individualizado o conjunto (arts. 131, 133 y 134.1 y 135.1 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco), respondiendo esta normativa a la preocupación de conservar indiviso el patrimonio inmobiliario familiar[34].

32. Carrascosa González, J. - Martínez Navarro, J. J., *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, pp. 172/174, Comares, 2ª ed., 2015; Marañon Astolfi, María, "Family Provision, ¿legítima en el derecho anglosajón?", en la obra Capilla Roncero-Espejo Lerdo de Tejada-Aranguren Urriza (dir.), *Las legítimas y la libertad de testar*, pp. 624/626, Aranzadi, 2019.

33. Legislación específica de la región, provincia o municipio, sancionada durante la Edad Media, que existe en diversas comunidades de España, y que se ha mantenido y actualizado en materia civil.

34. Gete Alonso y Calera (dir.) - Sole Resina (coord..), *Tratado de derecho de sucesiones*, T. II, pp. 2211/2213, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

3.2. Por el contrario, en el siglo XVI, Montaigne, en sus *Ensayos*, opinaba que, al fallecer una persona, la distribución más acertada de nuestros bienes es la que se hace conforme a los usos del país donde nacimos. Las leyes, agregaba, son más prudentes que nosotros, y vale más dejarlas equivocar en su elección, que arriesgarnos temerariamente a equivocarnos en la nuestra[35]. Los legisladores revolucionarios de 1789, aunque individualistas y partidarios de la autonomía de la voluntad, optaron por privilegiar la sucesión legal porque quisieron evitar que a través del recurso de testamento se pudiesen reintroducir los principios de la primogenitura y la masculinidad y los privilegios que se habían derogado, por lo cual prácticamente llegaron a suprimir el derecho de testar[36]. Asimismo, en los regímenes legales donde la familia prevalece sobre el individuo, la sucesión legal predomina. Incluso se ha llegado al extremo de considerar que siendo la sucesión una expresión de los deberes del individuo hacia su familia, sus bienes deben distribuirse entre sus familiares, para lo cual se debe privar de eficacia jurídica *post mortem* a la voluntad del causante, porque reconocérsela significaría permitirle sacrificar los intereses de la familia a sus objetivos personales. La historia también ha dado ejemplos de estos criterios legales extremos fundados en la protección absoluta de la familia, como algunas costumbres del antiguo derecho francés. El derecho comparado actual no ofrece ninguno[37].

3.3. En nuestros días, la tendencia legislativa, a partir del Código de Napoleón, es evitar el predominio exclusivo de uno de los sistemas. En los países de tradición romano-germánica, en los que el Derecho de Sucesiones se funda en consideraciones familiares, morales y económicas, se ha organizado la coexistencia entre ambos sistemas, mediante un punto de equilibrio entre la faz legal y la voluntaria de la sucesión. Ya el derecho romano más elaborado, de la época republicana e imperial, admitió la porción legítima como contrapeso y limitación al Derecho absoluto de testar en perjuicio de los

35. Montaigne, Miguel de, *Ensayos*, trad. de C. Román y Salamero, T. I, p. 340, ed. Garnier, 1912, Libro II, cap. VIII.

36. La porción disponible fue reducida a la décima parte de la herencia en presencia de hijos, y a la sexta parte, concurriendo colaterales (ley del 6/1/1794).

37. Terré-Lequette-Gaudemet, *Droit civil. Les successions, les liberalités*, Dalloz, 2013, nº 8; Guevel, D., *Successions, liberalités*, cit., p. 7.

parientes próximos (al comienzo, la porción de reserva era la cuarta parte de la herencia, lex Falcidia año 40 a. C., que luego en reformas posteriores se amplió).

Si el causante deja determinados familiares (ascendientes, descendientes, cónyuges, y en algunas legislaciones los colaterales privilegiados –hermanos–) que la ley protege con el sistema de legítimas o reservas hereditarias, el poder jurídico de su voluntad es reconocido, pero dentro de ciertos límites: los de la porción disponible. Más allá, es el dominio de la legítima establecido imperativamente por la ley, con carácter de orden público, siendo ineficaz cualquier liberalidad o disposición testamentaria que la afecte.

La legítima aparece así, dice el jurista belga Henri De Page, como el supremo e imperativo homenaje rendido a la familia. Es también la muy elegante conciliación entre los dos adversarios en presencia desde hace siglos: el individuo y la familia, entre los derechos del ciudadano y sus deberes hacia sus próximos familiares; es el dique último contra lo arbitrario de la voluntad[38].

Históricamente, la legítima se ha concebido, entonces, como un sistema de equilibrio entre los principios de libertad y solidaridad, entre la libertad de testar, de disponer libremente el propietario de sus bienes en vida y para después de su muerte, y la solidaridad familiar, que impone moralmente límites al causante a fin de asegurar sustento económico a los familiares más cercanos. Se reconoció que no puede existir una libertad absoluta de testar a punto tal que despoje totalmente de la herencia a los familiares más allegados, ni tampoco un régimen de legítima total, que deje sin margen de disposición a la persona, cercenando sus derechos como propietario. De ahí surge el sistema conciliador de ambos principios que se plasmó en el régimen de legítimas y de porción disponible, que rige en los países de tradición jurídica romana, tanto los latinos como los germanos.

El derecho de testar con el complemento necesario del sistema de legítimas es el equilibrio de la solución actual de las legislaciones de base romana.

Si el causante no deja herederos legitimarios, recupera su plena libertad de testar, pudiendo disponer de sus bienes como le plazca: su voluntad prevalece sobre la voluntad de la ley, que adquiere un

38. De Page-Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil belge*, cit., t. VIII-2°, n° 790-E.

carácter subsidiario. En efecto, si no ejerce su derecho de testar, o si solo lo ejercita parcialmente, en relación sólo a una parte de su patrimonio, la ley organiza el llamamiento hereditario supletorio a favor de sus familiares próximos (colaterales hasta determinado grado, según las diversas legislaciones) para que recojan la herencia. Entonces, en estos supuestos, la sucesión *ab intestato* no tiene otra función que remediar la ausencia de voluntad expresada del causante y se funda en su voluntad presumida conforme a sus afecciones presuntas; ya los romanos decían, como mencionamos, que la sucesión intestada constituye el *testamento presumido* del *de cuius*.

Pero la preferencia del legislador por una u otra sucesión, legal o testamentaria, no se traduce jamás en la exclusión de la otra[39].

A la inversa de lo que ocurre en las legislaciones de base romana, en el régimen sucesorio anglosajón, como dijimos, rige la regla de la libertad de testar, aunque puede el testador incluir en sus disposiciones patrimoniales a sus familiares cercanos; pero si no lo hace y los excluye de su herencia, estos podrán reclamar la *family provision*, que equivale funcionalmente a nuestra legítima, no obstante las notables diferencias entre ambas figuras[40]. En definitiva: el legislador anglosajón no ha podido dejar de contemplar de algún modo la participación en la herencia de los familiares más próximos del testador excluidos por éste, aunque el reconocimiento de su derecho y su medida dependerán de las circunstancias del caso y de la decisión soberana del juez, por lo cual se podría hablar de una "legítima jurisprudencial".

4. Cuestionamiento del régimen legitimario

No obstante, el sistema de legítimas no ha sido aceptado pacíficamente entre los juristas y los iusfilósofos, habiendo provocado en la época de las codificaciones civiles del siglo XIX y aún hoy, con motivo de las reformas actualizadoras del Derecho Sucesorio, fuertes debates doctrinarios entre los partidarios de la libertad de testar y quienes defienden el sistema legitimario, por la razón de que éste representa la restricción más importante a la libertad de dis-

39. Grimaldi, M., *Droit des Successions*, Lexis Nexis, 2017, n°. 46.

40. Cfr.: Vaquer Aloy, Antoni, *Libertad de testar y libertad para testar*, p. 86, Ediciones Olejnik, 2018.

poner del causante, tanto por actos gratuitos entre vivos como *mortis causa*[41]. En estas polémicas se esgrimieron gran cantidad de argumentos encontrados, de orden jurídico, económico y sociológico, que pasamos a resumir[42].

4.1. A favor de la libertad de testar

Se han expuestos los siguientes argumentos[43]:

a) En primer término, los derechos de la personalidad que implican el respeto a la voluntad del testador y a su dignidad personal, porque la libertad de testar es la expresión del ejercicio de su libertad civil.
b) El derecho de propiedad, con su *ius disponendi* y su carácter perpetuo, que requieren como consecuencia lógica el derecho del propietario a disponer libremente de sus bienes para después de su muerte.
c) El interés de la familia, porque se garantiza el acierto en la distribución de la herencia por el mejor conocimiento que tiene el/la testador/testadora de las aptitudes, potencialidades y ne-

41. Vaquer Aloy, Antoni, ob. cit., pp. 57 y sigs.; Torres García - García Rubio, *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho sucesorio*, p. 135, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

42. Ver reseñas sobre los diferentes argumentos a favor y en contra de la libertad y de las legítimas, y sus referencias, especialmente en Vallet de Goytisolo, Juan, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. I: "Las legítimas", pp. 11 y sigs., Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974, cap. I (Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar). Además, más brevemente, en: Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, cit., t. VI-2°, pp. 411 y sigs.; Grimaldi, M., *Droit des successions*, cit., n° 296/303; Peres-Verniéres, *Droit des successions*, Presses Universitaires de France (PUF), 2018, n° 428; Pérez Lasala, José L., *Tratado de sucesiones*, cit., t. II, n° 812/813; Ovsejevich, Luis, voz "Legítima", n° 13, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, t. XVIII, pp. 62/64; Salomón, Marcelo J., *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, pp. 48 y sigs., Ediciones Alveroni, 2011.

43. Principalmente en nuestra doctrina: Machado, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, cit., t. IX, pp. 369 y sigs. También: Azpiri, Jorge O., *Derecho sucesorio*, 4ª ed., 2006, parág. 58-e), pp. 596/598, y 5ª ed., 2017, parág. 84.

cesidades de sus hijos, dividiendo sus bienes en la forma que considere más conveniente para la realización de los mismos.

d) Desde el punto de vista económico:
   - estimula la cooperación y el esfuerzo de los hijos, impulsándolos al trabajo, porque al no tener asegurados los bienes dejados por el causante a su muerte, se preocupan por lograr una posición propia, con lo cual además se beneficia la sociedad toda, pues aumenta su producción.
   - impide la subdivisión excesiva de la propiedad y de las explotaciones productivas, que se produce al abrirse la sucesión del titular y se produce la partición forzosa e igualitaria de la herencia con su efecto nocivo de liquidar la unidad económica.
   - con el régimen de libertad de testar no existe el obstáculo que representa el sistema de legítimas a la libre circulación de los bienes, especialmente la transmisión *mortis causa* de pequeñas y medianas empresas agrícolas, artesanales o industriales, explotadas en forma individual o en forma social. Si no es posible al titular transmitir la empresa al heredero apto para gerenciarla, o a un extraño competente para esa función, se corre el riesgo de que se transmita a un único sucesor carente de capacidad, o si concurren varios herederos, quede en copropiedad y se paralice la gestión por conflictos, o si puede ser dividida se fraccione en varias unidades antieconómicas.

4.2. En defensa de la legítima

Se esgrimen los siguientes razonamientos, que rebaten convenientemente las objeciones contrarias:

a) Ni la libertad ni el derecho de propiedad son absolutos. La libertad de disponer no puede ejercerse en forma absoluta e indiscriminada, cuando están de por medio las obligaciones naturales derivadas del parentesco y del matrimonio y la protección de la familia, que imponen el deber de prestar en alguna medida apoyo económico póstumo a los familiares más cercanos. Desde el Derecho Sucesorio, con el sistema de legítimas se cumple el mandato constitucional de proteger “integralmente” a la familia (art. 14 bis, CN). La ley por medio de las legítimas pone un lí-

mite a la facultad de disponer libremente, previendo los abusos y arbitrariedades motivados por la debilidad y las pasiones de la condición humana. Es el contrapeso necesario a la libertad de disponer del causante en protección de las relaciones familiares.

b) La división forzosa igualitaria y proporcional de los bienes que la ley impone a los herederos beneficiarios de las cuotas legítimas, replica el principio de igualdad en materia política, por lo cual está de acuerdo con los principios democráticos y republicanos e impide la formación de grandes patrimonios y latifundios, circunstancia esta última que, por el contrario, favorece la libertad testamentaria.

El régimen de la legítima ha evolucionado con la finalidad de tomar en cuenta algunas de las críticas desde el punto de vista económico y sociológico que le han sido hechas, y no ha desaparecido de ninguna de las legislaciones en que ha estado regulada. Así, los inconvenientes que puede provocar el régimen legitimario con respecto a las unidades económicas productivas prácticamente desaparecen con los diversos mecanismos arbitrados por el Código Civil y Comercial: la facultad otorgada al testador, al cónyuge supérstite o a un heredero que reuniendo ciertas condiciones pueden imponer la indivisión forzosa de tales unidades y hacerse cargo de su gestión (arts. 2330/2334); la posibilidad de los pactos sucesorios autorizados por el segundo párrafo del artículo 1010; la licitación (art. 2372) y las atribuciones preferenciales (arts. 2380/2382). Además, ahora la reducción puede darse en valor (reforma de la Ley Nº 27.587), por lo cual el heredero a quien se le ha dejado por legado o donación la unidad productiva, o el tercero extraño a quien el causante se le ha transmitido a título, pueden detener la acción de reducción pagando en dinero el importe de la lesión a la legítima de los herederos reclamantes.

Sin duda, el sistema legitimario involucra un límite a la facultad de disponer, traba más o menos la libre circulación de los bienes, y provoca inconvenientes económicos aunque la ley se esfuerce en disminuirlos, sin lograrlo totalmente. Pero debe hacerse un balance entre estos inconvenientes económicos y sus beneficios, pues si la economía tiene su importancia, la familia también. Por eso, afirma con razón Grimaldi: "Las preocupaciones económicas del momento, por legítimas que sean, no deben conducir a sacrificar sobre el altar de la empresa una institución que es la marca de la

solidaridad familiar, la garantía de igualdad entre los hijos y el instrumento de protección contra los abusos posibles de la autoridad de los padres. Mas generalmente, el orden civil no se reduce a un orden mercantil"[44].

5. Moderna tendencia reformista

Como consecuencia de los cambios sociales, del progreso de las ciencias y de las transformaciones económicas, hoy se aprecian en la evolución del derecho contemporáneo tendencias que implican un debilitamiento del sistema de legítimas y de su régimen protectorio. Excepto algunas voces minoritarias que reclaman directamente su supresión, por considerar que los fundamentos sociológicos y económicos que la sustentaban ya no tienen razón de ser, en general se pretende su modificación, pero no su desaparición, según la opinión predominante, pues, en rigor de verdad, el régimen de legítimas integra la cultura jurídica de los países de tradición latina y germánica. Tales tendencias moderadas en el panorama comparado de los Derechos latinos inspiran reformas legislativas con la influencia de nuevos valores que tienden a dominar el Derecho Sucesorio[45]: la política de ampliar la autonomía de la voluntad del testador se replica en la ampliación del margen de libertad del causante para disponer de sus bienes; la práctica de anticipar la herencia; la protección del heredero discapacitado; la admisión creciente de pactos sobre herencias futuras; la protección de la empresa; la protección del donatario y subadquirentes en función de la seguridad jurídica, restringiendo el margen de actuación de la acción de reducción, con lo cual la preocupación por el valor de la seguridad jurídica entra en tensión con el de la solidaridad familiar, tradicional fundamento de las legítimas[46].

44. Grimaldi, M., *Droit des successions*, cit., n° 303.

45. Malaurie, P. - Brenner, C., *Les successions, les libéralités*, cit., n° 766.

46. Sobre esta tendencia flexibilizadora del régimen de las legítimas en el derecho comparado europeo, ver también: Torres García - García Rubio, *La libertad de testar*, cit., pp. 133 y sigs.; Ferrer, Francisco A. M., *La actualización del sistema legitimario*, n° I y II, en la obra Barba-Pérez Gallardo, *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, pp. 279 y sigs., Ediciones Olejnik, 2021.

6. Consideraciones sociológicas para la reforma de las legítimas de los descendientes y ascendientes

6.1. La minoración de la cuota legítima de *los descendientes* es un reclamo de la doctrina[47] y ha tenido consagración legislativa en nuestro país: el Código Civil y Comercial disminuyó su cuota de 4/5 a 2/3 (art. 2445). En el Código Civil español, la legítima de los descendientes permanece invariable en dos tercios de la herencia, pero la reducción se produjo en las Comunidades Autonómicas: Galicia la rebajó a un cuarto (art. 243 de la ley de 2006 de Derecho Civil de Galicia); el País Vasco, a un tercio (art. 49 de la ley de 2015 de Derecho Civil); Aragón, a la mitad (art. 171 de la Ley Nº 1/1999 de sucesiones por causa de muerte, hoy art. 486 del Decreto Legislativo de 2011 del Gobierno de Aragón que aprobó el Código de Derecho Foral de Aragón). La Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) de España persigue reducir la legítima de los descendientes a la mitad del caudal hereditario, coincidiendo con la solución de la ley civil foral de Aragón, y reconociendo que la legítima de los descendientes está muy enraizada socialmente[48]. También proponen que, en caso de heredero único, su legítima se reduzca a un tercio del acervo hereditario.

Se argumenta que en el siglo XIX las expectativas de vida no eran demasiado elevadas, fallecer alrededor de los 50 años no era infrecuente, por lo cual, una cuota legitimaria de los hijos escasa conllevaría dejarlos desamparados, marginados de la sociedad, negarles los medios para vivir conforme al estatus familiar en una sociedad rígida, estamental. Las cosas han cambiado radicalmente en la actualidad; las expectativas de vida han aumentado en general significativamente, y ya –como regla– no se da la circunstancia de que un fallecimiento temprano de los progenitores deje en la indigencia a los hijos. Hoy, por lo común, cuando fallecen los padres

47. En este sentido: Díaz Alabart, Silvia, "Últimas tendencias en el derecho sucesorio español", cit., n° 2.1; Pérez Gallardo, Leonardo, "En pos de necesarias reformas al Derecho Sucesorio en Iberoamérica", en la obra coordinada por el mismo autor: *El derecho de sucesiones en Iberoamérica*, cit., p. 49. El Código Civil y Comercial redujo la legítima de los descendientes de 4/5 a 2/3, y la de los ascendientes de 2/3 a 1/2 (art. 2445).

48. Díaz Alabart, Silvia, "Últimas tendencias en el derecho sucesorio español", n° 1 y 2.2.1.1, en la obra Pérez Gallardo, Leonardo B. (Coord.), *Hacia un nuevo derecho sucesorio*, pp. 185 y sigs., Grupo Editorial Ibáñez, 2019.

los hijos ya tienen su posición económica formada. Por eso, algunos sostienen que la legítima de los descendientes se debería limitar a los que realmente lo necesitan, como los hijos o descendientes menores o mayores hasta los 28 años si estudian, o si sufren una incapacidad total o parcial que les impida desenvolverse, porque en la mayoría de los casos el derecho hereditario les llegará cuando ya tienen su patrimonio formado, por lo cual el interés que ellos tienen en la herencia no reviste un carácter protector, sino más bien el de aumentar su propio patrimonio. El Código Civil de Louisiana, a través de su modificación de 1995, establece que son herederos legitimarios los descendientes hasta los 23 años, y los mayores que padecen una incapacidad física o mental que no les permite cuidar de sus personas y administrar sus bienes[49].

6.2. Reducción o supresión de la legítima de los ascendientes: por el contrario, esa expectativa de una vida larga puede determinar que el cónyuge viudo ya sin posibilidad de trabajar vea cómo se rebaja sustancialmente su nivel de vida. Por eso se justifica que se reduzca la legítima de los descendientes, ampliando la libertad de testar de los progenitores, y que a la vez se mantenga la legítima de éstos sobre la herencia del hijo prematuramente fallecido, porque además significa una compensación por la ayuda económica que los padres han prestado a sus hijos. Y por eso se sugiere que esa cuota de legítima podría reducirse o transformarse en una cuota de usufructo sobre los bienes, o decidirse por un derecho alimentario, pero no eliminar totalmente ese derecho de los ascendientes, que resultaría excesivo aunque sea por la falta de reciprocidad que conlleva[50]. Por ello, y considerando que la legítima de los ascendientes en el Código Civil español (la mitad, y si concurre con el cónyuge supérstite, un tercio, art. 809) es muy elevada, en la Propuesta de Código Civil de la APDC de España se la reduce a un tercio del caudal relicto[51].

49. Barrias Paredes, Manuel, "Por una revisión al sistema sucesorio chileno. Análisis de los legitimarios como asignatarios forzosos", n° 2.1, 2.2 y 2.3, en la obra Pérez Gallardo, Leonardo B. (Coord.), *Hacia un nuevo derecho sucesorio*, cit., pp. 379 y sigs.

50. Díaz Alabart, Silvia, *Últimas tendencias en el derecho sucesorio español*, cit., n° 2.2, p. 193, y 2.2.1.3, pp. 199/200.

51. Ídem, n° 2.1, p. 191.

Sin embargo, prescindiendo de estas consideraciones, *la reforma francesa de 2006 directamente suprimió la legítima de los ascendientes* (derogó el art. 914 del Código Civil). La transmisión sucesoria de bienes a los ascendientes no goza actualmente del favor del legislador, porque por razones de política familiar se considera que la atribución de una porción legítima a los ascendientes sobre bienes del causante que éste habría adquirido con su trabajo, o con la colaboración de su pareja, puede resultar injusto para el cónyuge supérstite, y además tiene un carácter antieconómico o antiproductivo: conviene preferir la transferencia de bienes hacia generaciones de las cuales se esperan nuevas inversiones o emprendimientos[52]. Igualmente en Austria, con la reforma de 2015 al Código Civil (ABGB), los ascendientes, incluso los padres del causante, ya no son legitimarios. Se justificó porque normalmente los ascendientes mueren antes que sus descendientes, que los padres generalmente son más ricos que sus descendientes y que la parte del patrimonio de los descendientes que proviene de la ayuda inicial de sus padres ya no tiene importancia cuando aquellos mueren[53]. También algunas legislaciones autonómicas españolas derogaron la legítima de los ascendientes (*Galicia, art. 238 de la LDC; País Vasco, art. 47 de LDC; y Aragón, art. 486, CDF*). Prestigiosos autores catalanes también justifican la supresión de la legítima de los ascendientes fundados en razones sociológicas que ofrecen los datos estadísticos: debido a que la expectativa de vida se ha extendido hasta más allá de los 80 años, generalmente los ascendientes podrían recibir su legítima a partir de los 70 años, cuando su situación económica está consolidada y disminuyen drásticamente sus responsabilidades para con otros, por lo cual percibir la legítima a esa tardía edad no puede afirmarse que sea una ayuda imprescindible para mejorar sus condiciones de vida[54].

52. Forgeard-Crone-Gelot, *Le nouveau droit de successions et des liberalités*, p. 142, Defrénois, 2007, n° 271; Terré-Lequette-Gaudemet, *Les successions, les libérlités*, cit., nº 725.

53. Christandi, Gregor, "Legítima y la libertad de testar en Alemania y Austria: tendencias actuales", en la obra Capilla Roncedo - Espejo Lerdo de Tejada - Aranguren Urriza (Dir.), *Las legítimas y la libertad de testar*, pp. 215/216, Aranzadi, 2019.

54. Cfr. Vaquer, Antoni, "Reflexiones catalanas sobre una regulación actual de la legítima", n° IV, en la obra Barba-Pérez Gallardo (Coord.), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria*, pp. 59 y sigs., Ediciones Olejnik, 2021.

7. El Derecho Sucesorio y las relaciones socioeconómicas

Se ha señalado que el Derecho de Sucesiones a través de la dinámica de sus instituciones ejerce indudable influencia en la organización del régimen económico-social de un país[55], ya sea porque asegura la continuidad de la estructura social existente o porque contribuye a su transformación, según sea la política legislativa a que responda la ley de sucesiones. El Derecho de Sucesiones es un elemento esencial de la constitución civil de un país, y representa por ello la expresión privilegiada de las concepciones filosóficas, políticas y económicas predominantes en una sociedad y en una época determinada. Prueba de ello es que se constituye en el campo de acción prioritaria de los legisladores revolucionarios, como ocurrió en la Revolución francesa de 1789 y en la Revolución rusa de 1917, según hemos visto más arriba.

Un erudito historiador belga del Derecho ha observado: "La historia del Derecho no puede ser comprendida fuera del contexto de la historia política, y el efecto del Derecho sobre la sociedad es, en sí, un fenómeno político en sentido amplio". El legislador, agrega, deroga las normas existentes y crea nuevas de acuerdo con las necesidades políticas y sociales. Legislar es manipular el Derecho y la sociedad en una dirección deseada[56].

Alexis de Tocqueville, con su agudo sentido de observación, en su clásica obra sobre *La democracia en América*, de 1834, ya señalaba esta influencia. Las leyes de sucesión, decía, tienen un modo seguro y uniforme de actuar sobre la sociedad, apoderándose de las generaciones antes de su nacimiento. El legislador arregla una vez la sucesión de sus ciudadanos y descansa durante siglos enteros: después de imprimir el movimiento a su obra, puede retirar de ella su mano, la máquina actúa por sus propias fuerzas y se dirige por sí sola hacia la meta indicada de antemano. Constituida de cierto modo, reúne, concentra y agrupa en torno a cierta cabeza la propiedad, y poco después el poder, haciendo surgir la aristocracia de la tierra. Así ocurre en los pueblos donde la ley de sucesiones está fundada sobre el derecho de la primogenitura, pues las fortunas territoriales pasan

55. Santos Briz, Jaime, *Derecho Civil*, t. V, cit., p. 6; y del mismo autor: *Derecho económico y derecho civil*, pp. 280/281, ed. Rev. de Der. Privado, 1963.

56. Van Caenegem, R. C., *Uma introducao histórica ao direito*, trad. al portugués de C. E. Lima Machado, pp. 102 y 121/122, Martins Fontes ed., 2000.

de generación en generación sin dividirse. Conducida por otros principios, y lanzada en otra dirección, su acción es más rápida aún: divide, reparte y disemina los bienes y el poder, hasta que no se presenta a la vista más que un polvo movedizo e impalpable, sobre el cual se asienta la democracia. Tal es el resultado cuando la ley de sucesiones ordena el reparto por igual de los bienes del padre entre todos los hijos; los bienes cambian de dueño y además se fraccionan sin cesar en partes cada vez más pequeñas, reduciéndose rápidamente las grandes propiedades territoriales[57].

La instrumentación del derecho hereditario, sostiene en forma coincidente el profesor y luego *Rector magnificus* de la Universidad de Viena, Antonio Menger, ejerce un influjo decisivo sobre la estratificación de las clases sociales, y sobre las relaciones entre las clases ricas y pobres. Si el Estado es casi impotente ante los grupos e intereses sociales existentes, bien puede determinar dentro de ciertos límites, mediante el derecho hereditario, las condiciones sociales del porvenir[58].

Conforme a esta incidencia de la modalidad de la transmisión hereditaria de la propiedad sobre la formación y mantenimiento del régimen socioeconómico de las naciones, se ha transitado desde una sociedad feudal y aristocrática, caracterizada por el sistema de acumulación hereditaria de propiedades, que mantiene el patrimonio unido mediante su transmisión indivisa a un solo heredero, de generación en generación, a través del mayorazgo y de las sustituciones fideicomisarias, se ha evolucionado, decimos, a una sociedad democrática en la cual el Derecho Sucesorio está dominado por un espíritu igualitario, fundado en un régimen de división forzosa e igualitaria de las herencias, caracterizado por el sistema legal imperativo de las legítimas y la restricción a la libertad de testar, que tiende a aumentar el número de propietarios mediante el desmenuzamiento particionario de las fortunas a través de las generaciones.

La legislación feudal significó un esfuerzo continuo por mantener intacta la propiedad de las clases nobles, por lo cual su sistema económico resultó un peso muerto insoportable para la economía progresivamente dinámica de la edad moderna. En Francia se inicia

57. Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, trad. de L.R. Cuéllar, pp. 68/70, ed. Fondo de Cultura Económica, 1978.

58. Menger, Antonio, *El derecho civil y los pobres*, trad. de Adolfo Posada, p. 253, ed. Atalaya, 1947.

el gran movimiento antifeudal que culmina con la Revolución de 1789. Corresponde a los fisiócratas el mérito de haberlo promovido (Quesnay, Condorcet, Condillac, etc.), sosteniendo que la primera misión de las leyes consiste en liberar a la propiedad territorial de todas las trabas con que la política feudal la fue rodeando[59].

La Revolución francesa finalmente abolió todas las instituciones y derechos feudales, y por la estrecha relación que tenía el Derecho Sucesorio con el régimen feudal fue objeto de profundas reformas sobre la base del principio de la igualdad civil. El Código Civil de 1804, suprimiendo los excesos propios de la pasión revolucionaria, sancionó las nuevas reglas, y con ellas mató a las aristocracias terratenientes[60]. La igualdad hereditaria, observa Ripert, asegura la división de los bienes, produce una masa de pequeños propietarios unidos al suelo y obligados a cultivar por sí mismos sus tierras y ello genera una democracia campesina que es el mejor sostén del régimen republicano[61].

Sin embargo, se constató que la continua subdivisión de las tierras a través de sucesivas generaciones produce efectos socialmente negativos, pues conduce a la pulverización de las unidades económicas agrarias. El ya citado sociólogo francés Federico Le Play, que con su Escuela dio un importante impulso al desarrollo de la sociología jurídica y, en especial, al de la sociología de las sucesiones[62], sostuvo que el régimen sucesorio organizado por el Código Civil francés, por atarse excesivamente a la igualdad de las particiones, acentuó la división y fraccionamiento de las explotaciones, quebrantando las estructuras familiares, y por ello preconizó la supresión del sistema de legítimas y la consagración de una plena libertad testamentaria, para que el padre pudiese dejar la explotación al heredero

59. De Ruggiero, Guido, *Historia del liberalismo europeo*, trad. de C. G. Posada, ed. Pegasso, 1944, nº 5 de la Introducción.

60. Nitti, Francesco, *La democracia*, trad. de Almela y Vives, T. I, p. 320, ed. Aguilar, 1932. Agrega el autor, prestigioso político e intelectual italiano, dos veces primer ministro al concluir la Primera Guerra Mundial, que una revolución análoga produjo en Grecia la ley de Solón cuando la norma antigua, según la cual el hijo mayor era el único heredero, fue sustituida por la disposición que establecía la división de la herencia entre todos los hijos.

61. Ripert, Georges, *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, trad. de J. M. Cajica, Puebla, ed. Cajica, 1951, nº 53.

62. Carbonnier, J., *Sociología jurídica*, cit., pp. 55/57; Terre-Lequette-Gaudemet, *Droit civil, Successions, liberalités*, cit., nº 25.

que considere más apto. La pertinencia de esta tesis fue seriamente cuestionada[63]. Pero denunciaba una realidad innegable que el legislador finalmente debió contemplar: los bienes productivos, ante la concurrencia de una pluralidad de herederos, fueron subdivididos en cada transmisión sucesoria, y así se pudo decir que el Derecho de Sucesiones era una máquina trituradora de patrimonios[64]. Para evitar este resultado, parece que los campesinos en Francia practicaron o incrementaron la política del hijo único, con su consecuencia: la declinación demográfica[65].

Por ello, después de unos años, y ante los resultados económicos perjudiciales producidos por la aplicación indiscriminada del principio de la partición igualitaria y forzosa, la prédica de Le Play tuvo influencia en la evolución del Derecho Sucesorio[66], principalmente en el aspecto de la protección de la integridad y continuidad de las unidades económicas agropecuarias. Carbonnier ha reiterado el discurso sobre la necesidad de que el dominio rural no caiga por debajo de ciertas dimensiones y la conveniencia para la economía general de mantener la unidad de la explotación agropecuaria, apartándola de la división sucesoria[67].

El movimiento doctrinario ha tenido resultados positivos: en diversos países europeos (Francia, España, Italia, Suiza, Alemania, etc.), hace años que ya existe un Derecho Sucesorio agrario especial con principios comunes, entre los cuales está aquel que excluye la explotación agropecuaria de la partición, adjudicándosela íntegra-

63. Bonnecase, Julien, *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, pp. 218 y sigs., trad. de Cajica, 1947.

64. Lo dijo Honoré de Balzac antes que Le Play, por boca de su personaje, el juez de paz Clousier, en la novela *El cura de aldea*: "La razón del mal radica en el título sobre 'Sucesiones' del Código Civil que ordena la partición igualitaria de los bienes. Ese es el mortero que desmenuza el territorio, que individualiza las fortunas quitándole la estabilidad necesaria, y que acabará por matar a Francia. La Revolución francesa, dice el juez, propagó un virus destructivo", *Obras completas*, trad. de De Dios-Barasain-Álvarez-Planas Palou, T. IV, p. 363, EDAF, 1968. Con maestría insuperable ensambla en los episodios de la ficción las cuestiones políticas que se debaten en la Francia de su tiempo.

65. Terre-Lequette-Gaudemet, *Droit civil. Successions, liberalités*, cit., nº 17, p. 18.

66. Carbonnier, J., *Sociología jurídica*, cit., p. 57; Barassi, L., *Le successioni per causa di morte*, cit., parág. 1, p. 6.

67. Carbonnier, J., *Derecho flexible*, trad. de L. Diez Picazo, pp. 242 y sigs., ed. Tecnos, 1974.

mente a un heredero, el más idóneo para continuar la explotación, para lo cual se arbitran diversos medios[68]. El principio de la partición en especie y de la igualdad particionaria "*in natura*" fue progresivamente sustituido por la regla de la igualdad en "valor". Los mecanismos de atribución preferencial han sido introducidos en los códigos europeos y americanos en los últimos decenios para sustraer ciertos bienes productivos al álea de la partición y atribuirlos a determinado heredero, en razón de la importancia económica, social o familiar que representan para éste y para la sociedad.

En nuestro país se produjo la misma evolución. Durante la época colonial, los españoles trasplantaron el Derecho castellano[69] y procuraron adaptar la estructura social americana a la que regía en Castilla, así que tuvo vigencia el régimen de mayorazgos, que configuraba un régimen sucesorio especial propio de las clases nobles, reglamentado por las leyes de Toro de 1505, aunque en el nuevo mundo, en vez de encontrarse la rancia nobleza peninsular a la cabeza de la pirámide social, figuraba la ruda estirpe de los primeros conquistadores y sus descendientes. Los bienes de mayorazgos pertenecían a los primogénitos por orden sucesivo y eran inalienables. Fueron suprimidos por la Asamblea del Año XIII, como cualquier otra forma de vinculación perpetua de las tierras.

Asimismo, los principios liberales e igualitarios de la Constitución de 1853 fueron aplicados por Vélez Sarsfield en normas concretas destinadas a asegurar la partición forzosa de la herencia y a prohibir toda institución que importara una traba a la libre circulación de la riqueza o tendiera a inmovilizar la propiedad (arts. 3452,

68. Véase nuestro trabajo: "Derecho hereditario especial de las unidades económicas agrarias y la legítima", en *JA* 1991-I-922. En las Jornadas de Derecho Civil –Familia y Sucesiones– en homenaje a la Dra. María J. Méndez Costa (Santa Fe, noviembre de 1990), se aprobó en la Comisión IV la recomendación de que debe reglamentarse un Derecho Sucesorio especial destinado a asegurar la continuidad de las unidades económicas agropecuarias indivisibles.

69. El trasplante de la legislación castellana y de la doctrina jurídica fue incorporando el continente americano al mundo jurídico occidental, y la obra de las Audiencias americanas (tribunales superiores de justicia) fue también muy importante para la formación y consolidación de una tradición jurídica que habría de ser común a todo el continente, Castán Vázquez, José M., "El sistema de derecho privado iberoamericano", en la obra: Castán Tobeñas-Castán Vázquez-López Cabana, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, pp. 157/158, Abeledo-Perrot, 2000.

3598, 3723, 3732, 3781, etc., Código Civil), con el objetivo de que la actividad económica resultase favorecida y estimulada.

Los autores patrios destacaron, al igual que los europeos, que la división igualitaria de la herencia es una virtud democrática que produce la división de la tierra impidiendo el latifundio. Por eso, se afirmó que el Código de Vélez es un "Código colonizador", que favoreció la colonización y civilización del territorio, habiendo producido una verdadera reforma agraria, con lo que se constituyó en uno de los más eficaces resortes de nuestra evolución económica[70]. Molinario también sostuvo que la división de las fortunas contribuye a consolidar las instituciones del sistema de gobierno republicano y democrático, a asegurar la realización de la libertad económica individual de los herederos y a satisfacer la necesidad social de facilitar la libre circulación de los bienes[71].

Pero con el tiempo aquí también en nuestro país se advirtió que la partición forzosa de los patrimonios puede resultar económicamente perjudicial en muchos casos, sea por liquidar bienes productivos o la vivienda conyugal, privándolo de su hogar al cónyuge supérstite, por lo que se produjo una reacción tendiente a atenuar la aplicación rigurosa de dicha regla[72].

Comenzó la evolución en nuestro país con la protección de la vivienda familiar. La llamada Ley de Casas Baratas Nº 9.677 de 1915 creó un régimen especial de viviendas para empleados y obreros, disponiendo en su artículo 19: "En caso de fallecimiento del adquirente, el cónyuge sobreviviente no podrá ser obligado a la división de la propiedad por los otros herederos". Agregaba su artículo 20: "En caso de fallecimiento de ambos cónyuges, los hijos no podrán dividirse la propiedad mientras haya menores de edad". En la misma dirección, posteriormente, se dictó la ley del "lote de hogar"

70. Colmo, Alfredo, *Técnica legislativa del Código Civil argentino*, M. A. Rosas Casa Editora, 1917, ns. 35 y 39; Chaneton, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield*, 2ª ed., 1938, ns. 161 y 162; Martínez, J. G., *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, cap. VI, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1972.

71. Molinario, Alberto D., *Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la Ley Nº 14.394*, La Plata, 1959, nº 5.

72. Martínez Paz, E., *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*, cit., p. 5.

("Homestead") de 1917 Nº 10.284, que la ley llama "propiedad de la familia", y declara inembargable[73].

Como consecuencia de tal movimiento, en 1954 se sancionó la Ley Nº 14.394 que reglamentó las indivisiones hereditarias por un plazo máximo de diez años, las cuales puede imponerlas el causante o el cónyuge supérstite, como también convenirlas los herederos, y se concibieron como paliativo de los problemas que planteaba la partición igualitaria y forzosa (arts. 51 y sigs.). Tales normas fueron receptadas por el Código Civil y Comercial, e incluso ampliadas, pues el derecho a oponerse a la partición se acuerda no solo al cónyuge supérstite, sino también a un heredero, pudiendo solicitar al juez de la sucesión la prórroga vitalicia de la indivisión, cuando hayan adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que fuesen el principal socio o accionista de la sociedad, o que hubieran participado activamente en su explotación. Durante la indivisión les corresponde la administración del establecimiento o de las cuotas sociales o acciones (arts. 2330, 2332, 2333, CCC).

En 1975, la Ley Nº 20.798 introdujo, en el Código Civil, el derecho real de habitación gratuito y vitalicio del cónyuge supérstite sobre el hogar conyugal, a fin de asegurarle su vivienda (art. 3573 bis). La protección habitacional del supérstite fue incrementada por el Código Civil y Comercial: se le acordó el derecho a oponerse a la partición mientras él sobreviva de la vivienda que fue la residencia habitual de los esposos, de carácter ganancial, con sus muebles, excepto que pueda adjudicársele en su lote (art. 2332, último párrafo); se suprimieron los condicionamientos del derecho real de habitación vitalicio sobre el inmueble propiedad del causante que fue el último hogar conyugal, excepto que se encontrare en condominio con otras personas, y se le acuerda al supérstite de pleno derecho, habiéndose suprimido la causal de pérdida del derecho (nuevo matrimonio del supérstite, art. 2383); y, finalmente, se le reconoce al supérstite el derecho a la atribución preferencial de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, con sus muebles,

73. Un detallado y completo estudio de los antecedentes de la protección de la vivienda familiar en el derecho positivo argentino, y en el derecho comparado, en Guastavino, Elías P., *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, 3ª ed., actualizada por Eduardo Molina Quiroga, T. I, La Ley, 2010, caps. III y IV. Ver también una breve referencia en Córdoba, Marcos M., *Sucesiones*, p. 171, Eudeba-Rubinzal Culzoni Editores, 2016.

si allí tenía su residencia al tiempo de la muerte del causante (art. 2381, inc. a).

El Proyecto de Código Civil de 1998, con acertado criterio, propuso, además, incorporar a nuestra legislación diversos supuestos de atribuciones preferenciales, para asegurar la continuidad de unidades productivas y la protección de la vivienda (arts. 2333 y 2334), cuyas normas fueron receptadas por el Código Civil y Comercial (arts. 2330-2334 y 2383). Además, excepcionalmente, admite que los pactos relativos a unidades productivas o a participaciones societarias tendientes a conservar la unidad de gestión empresaria o a prevenir o solucionar conflictos, puedan incluir disposiciones sobre futuros derechos hereditarios y compensaciones en favor de otros herederos forzosos, siempre que se respete la legítima, los derechos del cónyuge y los de terceros (art. 1010, 2º párr.).

Tal ha sido la evolución jurídica en nuestro país dirigida progresivamente mediante los diversos mecanismos que hemos reseñado a paliar o impedir los efectos económicos y familiares perjudiciales derivados de la partición hereditaria igualitaria y forzosa, y con ello culminamos este breve panorama sobre la vinculación del Derecho Sucesorio con las cuestiones sociales y económicas y las concepciones filosóficas y políticas en una sociedad y época determinadas.

ESQUICIO SOBRE ALGUNAS RESOLUCIONES DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE SOCIEDADES

ROBERTO A. MUGUILLO*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Algunas resoluciones que hacen al esquicio. 2.1. La RG Nº 1/2022. 2.2. La RG Nº 5/2020. 2.3. La RG Nº 7/2015. 2.4. La RG Nº 34/2020. 3. A modo de conclusión.

1. Introducción

La Inspección General de Justicia (IGJ) ejerce, dentro del marco de la Ley Nº 22.315, funciones de contralor y fiscalización sobre sociedades y personas jurídicas privadas. La función de contralor y fiscalización que se otorga a este ente presenta dos caras: atender a la observación de las normas orgánicas y reglamentarlas, por un lado, y, por el otro, vigilar la actividad de los entes registrados en el cumplimiento de su objeto y finalidad institucional. Todo ello en resguardo de la estabilidad y equilibrio del orden público para protección de la comunidad en su conjunto, de la sociedad en general.

De allí que –por ejemplo– las cuestiones que versen sobre derechos subjetivos de los socios por conflictos entre sí deben entenderse que solo son resorte exclusivo del Poder Judicial y no del ente administrativo. Así, la Inspección General de Justicia, en su función de control, puede y debe pedir la intervención de un ente

* Doctor en Derecho (UBA), Profesor Titular Consulto de Derecho Comercial.

societario al órgano judicial, pero nunca remover *per se* a un administrador.

Cabe adelantar al respecto, y según veremos en el correr de este trabajo, que, como bien expresara un antiguo funcionario de la misma, Fernando Mascheroni[1], la Inspección General de Justicia últimamente ha excedido su función registral e interpretativa, para ingresar indebida e imperativamente en el campo legislativo, imponiendo pautas para la organización interna de sociedades y asociaciones, y a ello nos referiremos someramente en este esquicio.

2. Algunas resoluciones que hacen al esquicio

2.1. La RG Nº 1/2022

Comenzando el esbozo propuesto, cabe indicar que recientemente la Resolución General Nº 1 del año 2022 (RG Nº 1/2022) de la Inspección General de Justicia resolvió fijar un plazo máximo de duración para las sociedades, el cual no podrá exceder los treinta años contados desde su inscripción, disposición aplicable para todas las sociedades constituidas con posterioridad a la publicación de la norma en el Boletín Oficial.

Esta resolución expresa en sus considerandos que, "*en la práctica, un plazo de uso y costumbre de 99 años prolonga innecesariamente la vida de sociedades, por lo que abreviando el plazo de duración sus integrantes podrán optar o no por la prórroga de su plazo y tener la posibilidad de continuar con el vínculo societario o de ejercer el derecho de receso permitiendo que el ente societario continúe con su actividad con los socios que así lo deseen*".

Con el mismo argumento de los mencionados considerandos de la RG Nº 1/2022, en cuanto a que a los treinta años se puede así prorrogar el contrato, parece que la IGJ olvida que la Ley de Sociedades Nº 19.550 (LGS) también tiene previsto que antes del vencimiento de un plazo extenso como el de 99 años, sus integrantes pueden reducirlo, o bien, disolver la sociedad (art. 94, inc. 1º, LGS), olvidando, además, que la vida de la sociedad no necesariamente

1. Mascheroni, Fernando H., "Los organismos de control y su tendencia a legislar", en Revista *La Información*, T. XLII, pp. 1213 y sigs.

debe medirse en paralelo por la vida humana, pues la empresa trasciende esos tiempos.

Debemos reconocer que es aventurado para los legisladores y más aún para la Administración Pública prever el tiempo y el futuro de las sociedades (en particular, de las anónimas), íntimamente vinculado a la evolución económica del país, por lo que siempre es preferible dejar actuar al impulso privado y no limitarlo, pues con ello solo limitamos las posibilidades de desarrollo de las empresas y del país mismo.

Además, debemos recordar la vigencia del artículo 155 del CCC, que, en materia de personas jurídicas privadas, dispone: "La duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo, excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario". Si armonizamos esta disposición con el artículo 11, inciso 5º, de la LGS, advertimos que la imposición legislativa es solo para la fijación o determinación de un plazo, pauta respecto de la cual los partícipes tienen amplia libertad de determinación a la luz de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina, en cuanto a que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Debió por ello ser la ley y no un órgano administrativo quien dispusiera una limitación al plazo de duración de las sociedades, pues de conformidad a lo dispuesto por el artículo 960 del CCCN, los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos (y el de sociedad lo es), salvo que se encuentre afectado de modo manifiesto el orden público y en modo alguno el plazo de un contrato lo pueda afectar.

Si quien está así impedido de afectar la libre voluntad de los particulares es el órgano judicial mismo, no puede admitirse que el órgano administrativo imponga a los particulares una limitación a su libertad de contratar, disponiendo el ente el tiempo de vida de la sociedad, porque la ley especial no lo indica y la ley general lo impide.

No podemos dejar de hacer notar que, exactamente en la vereda opuesta y con mejor óptica, criterio y razonabilidad que el régimen que dispone la RG Nº 1/2022, encontramos la Ley Nº 16.060 de la República Oriental del Uruguay que, si bien establece, en su artículo 15, que las sociedades comerciales no pueden constituirse por un plazo que exceda los treinta años, expresamente excluyen del mismo a las sociedades anónimas, ya que el artículo 251, en su inciso 2º, dispone que las sociedades anónimas podrán exceder dicho plazo. A

la vez, para evitar trámites administrativos engorrosos, para aquellas sociedades limitadas en el tiempo, admite las cláusulas de prórroga automática del plazo[2].

2.2. La RG Nº 5/2020

Otro aspecto en que la Inspección General de Justicia ha ingresado en su afán de legislar, y con insistencia, es en la exigencia de que las sociedades deben constituirse con un objeto único.

Entendemos, conforme lo hace Mascheroni, que la precisión del objeto no impide la pluralidad, salvo el caso de actividades excluyentes. Si analizamos el criterio de la autoridad administrativa en el tiempo, advertiremos que por la RG Nº 65, del año 1972, el objeto cumplía con los recaudos de la Ley Nº 19.550, si las actividades comprendidas allí eran conexas y complementarias entre sí, criterio este abandonado por la RG Nº 34 del año 1973, la cual especificó que el objeto social puede incluir actividades de diversa índole, claramente determinadas todas ellas. Así lo sostienen Halperín y Otaegui, al afirmar[3] que el objeto debe ser preciso y determinado, aun cuando sea plural.

La RG Nº 6 del año 1980, en su artículo 19, si bien entonces admitió el objeto plural siempre que se halle descripto en forma precisa y determinada, agregó una exigencia, cual fue la de guardar "razonable relación con el capital social".

Molina Sandoval[4], encaballado en la crítica que acá proponemos, sostiene que el objeto social no necesariamente debe ser único, sino que la sociedad puede tener muchos objetos siempre que estén estatuidos de manera precisa y determinada. En igual sentido, Richard, Escuti y Romero[5] sostienen que si bien la ley dispone que el objeto social debe ser preciso y determinado, esta precisión y deter-

2. Pérez Fontana, Sagunto F., *Sociedades Anónimas*, p. 37 h), Fundación de Cultura Universitaria, Vol. 1; Ripe, Siegbert, *Sociedades Comerciales – Ley Nº 16.060*, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 33/34, Nº 8 y p. 105, Nº 3.

3. Halperín, I. y Otaegui, J. C., *Sociedades Anónimas*, p. 98, Depalma, 1998, Nº 19.

4. Molina Sandoval, Carlos A., *Régimen Societario*, T. 1, pp. 136/137, Lexis Nexis, 2004.

5. Richard, Efraín H.; Escuti, Ignacio y otro, *Manual de Derecho Societario*, p. 44, Astrea, 1980, Apartado c) 1.

minación no significa, como erróneamente se ha pretendido a veces, que el objeto deba ser único. Una sociedad puede tener una o más áreas que desarrollar (venta de automóviles y venta de inmuebles), y tal solución tiene claro apoyo normativo en lo dispuesto por varias normas (arts. 31, 64, I a, y conc., LGS).

Martorell[6] señala que precisión y determinación no significan limitación a un objeto único…, la exigencia del objeto único resulta contraria a las previsiones de la ley, posición también sostenida desde largo tiempo por Arecha y García Cuerva[7].

Más allá de toda esta coincidente doctrina autoral, también distintos Inspectores Generales que ha tenido el ente, y redactores de la Ley de Sociedades Comerciales y su modificación, han sostenido esta posición contraria al de la RG comentada. Así, Otaegui[8] indicaba que el objeto está constituido por la categoría o categorías de actos para cuyo ejercicio se constituirá la sociedad. De igual modo, Zaldívar, Manóvil y Ragazzi[9] sostenían que nada se opone a que la sociedad anónima se constituya con un objeto plural siempre que ellos sean precisos y determinados… y agregaban críticamente[10], citando a doctrina de la IGJ, en cuanto a que si el objeto comprende una actividad principal y otras secundarias deberá existir entre una y otras una relación directa de conexidad o complementación, que tal interpretación del artículo 11, inc. 3º, LGS, por el ente administrativo es restrictiva y excede lo dispuesto por el texto legal.

Otro autor que también se desempeñara como Inspector General, Vanasco[11], sostuvo que la determinación precisa del objeto y objeto único no son conceptos que puedan asimilarse, ni deben conjugarse inescindiblemente uno con otro. Se trata de dos circunstancias diferentes, ya que pueden contemplarse en el contrato o estatuto varios

6. Martorell, Ernesto E., *Tratado de Derecho Comercial*, T. VI, p. 189, La Ley, No. 5.2.4.4., con expresa y coincidente cita de Roitman, H., *Ley de Sociedades Comerciales Comentada*, T. I, p. 219, La Ley, 2006.

7. Cfr. Arecha, Martín y García Cuerva, Héctor, *Sociedades Comerciales*, p. 17, Depalma, 1974.

8. Otaegui, Julio C., *Invalidez de Actos Societarios*, p. 336, Ábaco, 1978, con cita de Halperín, I., *Curso de Derecho Comercial*, p. 223, Depalma, 1971.

9. Zaldívar, Manóvil, Ragazzi, *Cuadernos de Derecho Societario*, Volumen I, pp. 262/263, Abeledo Perrot, 1978, Nº 17, 6.

10. Ver cita precedente, p. 264.

11. Vanasco, Carlos A., *Sociedades Comerciales*, T. I, pp. 57 y sigs., Astrea, 2006, apartado d).

objetos diferentes y cada uno de ellos cumplir con la exigencia de hallarse plenamente determinado en forma precisa[12].

Finalmente, no podemos dejar de recordar que el firmante de esta resolución críticamente comentada, el propio R. A. Nissen, referenciaba coincidentemente con la jurisprudencia en el sentido de que el carácter de preciso y determinado que debe tener el objeto social *no impide que la sociedad tenga varios objetos singulares que cumplan los requisitos de determinación y precisión exigidos*[13], y volvía a resaltar que la exigencia, precisión y delimitación del objeto implica que las actividades comprendidas en él deben estar perfectamente individualizadas, aun cuando sean variadas y diferentes[14].

Este autor, sin embargo, cuando estuvo a cargo del ente de control, contrariamente a lo que postulara como autor, suscribió la RG Nº 9/2004, cuyo contenido fuera volcado al artículo 66 de la RG Nº 7/2005 y, posteriormente, al artículo 67 de la RG Nº 7/2017, fijando posición en cuanto a la exigencia del objeto único en las sociedades sujetas a su control, basándose en los artículos 11, inciso 3º), 18 a 20, 58, 94 inciso 4º), 244 y 245, de la Ley Nº 19.550, para interpretar que la referencia a la precisión y determinación de la designación del objeto social, en el contrato constitutivo o estatuto, se refiere *necesariamente* a la existencia de un objeto único, ya que la multiplicidad de objetos viola el principio de la especialidad que caracteriza la existencia de las personas jurídicas (art. 156, CCyCN).

En el año 2016, la RG Nº 8 eliminó esta exigencia, indicando que era suficiente la determinación precisa del objeto, aunque este fuera múltiple, disposición esta que fue derogada en el año 2020 con la Resolución Nº 5 en comentario, para volver al objeto único, calificándola a aquella anterior resolución como carente de fundamentos y sosteniendo que no se trataba en el caso de tener que aplicar el principio de libertad del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Entendemos un grave error y mucha soberbia en dicho fundamento, ya que la IGJ ha actuado en este tema en exceso de sus funciones, pues a la luz del propio artículo 19, no se advierte de ningún

12. Ver en la cita precedente la referencia en igual sentido de Halperín, I., *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, p. 48, Depalma.

13. Nissen Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales. Su análisis a través de la Jurisprudencia*, p. 24, El Derecho, 1978, Nº 48.

14. Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, Anotada y Concordada*, T. 1, p. 161.

modo una ofensa al orden o a la moral pública, ni perjuicio a terceros, sin dejar de resaltar que la unicidad de objeto no está impuesta por la ley, en tanto la determinación del objeto que regula el artículo 156 del CCCN no impone unicidad alguna, sino solo su precisión y determinación, siendo solo ello el recaudo exclusivo para determinar el campo de acción de la sociedad[15].

Fácil es advertir que la IGJ excede sus funciones de reglamentación y control, imponiendo una exigencia que la ley no dispone, avanzando sobre áreas vedadas constitucionalmente. No podemos dejar de efectuar el examen de razonabilidad y, por ello, de constitucionalidad de estas normas a la luz de los artículos 13 y 19 de la Constitución Nacional, pues ellos conforman la mayor garantía con que se aseguran el derecho y la libertad reconocidos a todos los habitantes de la Nación, contra las posibles restricciones y abusos de los poderes públicos, según la clásica y tradicional expresión de la Corte, formulada ya en 1888[16], pero que seguimos padeciendo.

2.3. La RG Nº 7/2015

Como es sabido, la Ley Nº 26.944 modificó la Ley Nº 19.550, ahora llamada Ley General de Sociedades, y entre las normas modificadas se encuentran tres que hacen a una necesaria introducción al comentario de esta resolución.

La Ley Nº 26.944 reformuló el artículo 1º de la LGS definiendo el contrato de sociedad y disponiendo que "habrá sociedad si una o más personas en forma organizada [...]", agregando en su segundo párrafo la posibilidad de *constituir* sociedades unipersonales, solo respecto de las sociedades anónimas[17].

La Ley Nº 26.944 también derogó el inciso 8º del artículo 94, eliminando y dejando sin efecto la posibilidad de que una sociedad se disolviera por reducción a uno del número de socios, pauta esta

15. Borda, A.; Garrido Cordobera, L. y ot., *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*, T. I, p. 189, Astrea, 2015.

16. Cfr. CSJN, en *Fallos*: 33:162. En igual sentido, Ymaz, E. - Rey, R., *El recurso extraordinario*, pp. 122/125, Abeledo Perrot.

17. La que podemos llamar *unipersonalidad originaria*, la encontramos expresamente en el segundo y tercer párrafo del art. 1º de la LGS, con la creación del subtipo "sociedad anónima unipersonal" o SAU.

reafirmada en el nuevo artículo 94 bis, por el cual se dispone, con carácter general, que "la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución [...]". El mismo artículo 94 bis dispuso que, respecto de las sociedades en comandita simple o por acciones y de capital e industria, la reducción a uno del número de socios imponía –si no se decidiera otra solución dentro del plazo de tres meses– la transformación *de pleno derecho*[18] en sociedad anónima unipersonal[19].

Más allá del exceso y el error de la norma legal, al hablar *de pleno derecho*, la IGJ reglamentó con excesiva minuciosidad esta transformación forzada de la norma legal en el artículo 202 de la RG Nº 7/2015.

Lo grave del caso a los fines de este comentario crítico es que, a continuación de esa disposición reglamentaria, la IGJ *dispuso*, en el artículo 203: "[…] en los restantes tipos sociales plurilaterales no mencionados por el artículo 94 bis de la Ley Nº 19.550 en que se opere la reducción a uno del número de socios, de no recomponerse la pluralidad de socios dentro del plazo establecido de tres meses, deberá resolverse: (a) su transformación 'voluntaria' como sociedad anónima unipersonal, o (b) su disolución y nombramiento de liquidador", todo ello sujeto a las demás normas de la RG Nº 7/2015.

Entendemos que, si un juez no puede modificar con sus decisiones el texto de la ley ni ignorarlo, mucho menos puede hacerlo la IGJ que –solo facultada para *reglamentar* aspectos de la ley societaria–, en el presente caso, está contradiciendo lisa y llanamente el texto mismo de la ley vigente, derogándola.

En efecto, si la ley admite (art. 1º) que *una o más personas* conformen un contrato de sociedad y sienta como principio general que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, no existe facultad reglamentaria alguna que habilite a la IGJ a disponer que aquellas sociedades no comprendidas en la disposición

18. El error jurídico de la ley ha llevado a que la IGJ, en la RG Nº 7/2015, dispusiera en su art. 202 que no obstante los efectos de pleno derecho asignados por la ley, ello requerirá iniciar un procedimiento de transformación de la sociedad involucrada ante ese mismo organismo.

19. La que podemos calificar de *unipersonalidad impuesta*, la encontramos solamente respecto de tres tipos societarios originarios (sociedad en comandita simple, sociedad en comandita por acciones y sociedad de capital e industria) que de conformidad al art. 94 bis, LGS, al ver reducidos sus partícipes a un solo miembro, deben cumplir con la pauta legal y conformar una sociedad anónima unipersonal si no tomaran otra decisión al respecto.

del artículo 94 bis, LGS, *deban* transformarse y *menos aún* disolverse para el supuesto de no transformarse, como pretende la norma reglamentaria.

Una sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o anónima, que vea reducida su integración a un solo socio, no puede ser obligada a transformarse en otro tipo societario o disolverse, cuando la propia ley está admitiendo explícitamente todo lo contrario, pues legalmente la sociedad puede existir con un partícipe (art. 1º), fijando como pauta general (art. 94 bis) que la reducción a uno del número de socios no genera la disolución de las mismas.

Como otra demostración de ese abuso legislante, la IGJ va más allá de la propia ley y sanciona con su disolución a las sociedades que no retomen la pluralidad de partícipes en el plazo de tres meses (art. 203, inc. b), RG Nº 7/2015), olvidando e ignorando que aun aquellas sociedades mencionadas en el artículo 94 bis, ni siquiera al omitir la carga impuesta, son sancionadas de tal manera[20].

Debe entenderse que, si la ley sustantiva no genera la disolución de un ente regular devenido en su integración con un solo socio partícipe, que por su parte se sostienen legalmente en el artículo 1º y en el artículo 94 bis, LGS, la IGJ carece de facultades para disponer lo contrario, pues esta resolución está derogando por vía reglamentaria las disposiciones que la propia Ley General de Sociedades establece.

Nuevamente, es este otro tema de gran importancia en que la IGJ excede sus facultades reglamentarias y, conforme expresan Genaro y Alejandro Carrió[21], por amplia que sea la facultad de interpretar o reglamentar la ley, el principio de separación de poderes no consiente ni habilita al órgano administrativo a prescindir de lo

20. La IGJ llega al extremo (art. 203, último párrafo, RG Nº 7/2015) de fijar como sanción a la sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o sociedad anónima que incumpla la recomposición de la pluralidad de partícipes, la aplicación a las mismas de las disposiciones de la Sección IV de la Primera Parte de la LGS, o sea, las considerará sociedades no constituidas regularmente. Ni la disposición del art. 17, ni la de los arts. 21 y 22 de la LGS, permiten siquiera entender que una sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o anónima regularmente constituida, por el solo hecho de reducir sus partícipes a uno, se transforme en sociedad no constituida regularmente; porque esas normas no lo regulan así y porque por definición la sociedad puede existir válidamente y regularmente con una o más personas (arts. 1º, 94 y 94 bis, LGS).

21. Carrió, Genaro y Carrió, Alejandro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, p. 154, 3ª ed., con cita de diversos precedentes de la CSJ.

expresamente dispuesto o pautar sobre lo no impuesto por la ley, so color de su posible injusticia o desacierto con el solo argumento de su función reglamentaria.

2.4. La RG Nº 34/2020

Cerramos este esquicio con el comentario a la Resolución General Nº 34/2020 de la Inspección General de Justicia, en cuanto dispone que a partir de la publicación de la misma, las asociaciones civiles en vías de constitución; las simples asociaciones que soliciten su inscripción; las sociedades anónimas que se constituyan, en cuanto estuvieren o quedaren comprendidas en el artículo 299, de la Ley Nº 19.550, excepto las abarcadas por los incisos 1º, 2º y 7º; las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las sociedades de estado de la Ley Nº 20.705, "deberán incluir en su órgano de administración, y en su caso en el órgano de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género, estableciendo una composición de los órganos referidos que esté integrado por la misma cantidad de miembros femeninos que de miembros masculinos y cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de miembros femeninos"[22].

Es de resaltar que esa RG Nº 34/2020 abunda exageradamente en citas de normas y convenios internacionales, hasta el punto de expresar que la "omisión de aplicar a la elección de quienes integren estos órganos con miembros femeninos importa una restricción antijurídica y abusiva plausible de ser prevenida". Más allá de las tergiversadas citas que veremos se hacen en sus fundamentos, esta resolución comentada nos merece una atención estricta desde el punto mismo de la Constitución de la Nación Argentina, tan citada y tan olvidada en sus normas.

22. Por si esto fuera poco, la norma agrega que los dictámenes de precalificación *deberán incluir* como un punto especial la composición por género de los órganos e indicar los porcentajes de la misma (art. 3º) y que la memoria de los Estados Contables *deberá contener* una descripción de la política de género aplicada y los procedimientos para procurar en el órgano de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres (art. 6º).

El principio de igualdad formal que la RG Nº 34 reitera en invocar tiene el antecedente necesario de nuestro artículo 16 de la Constitución Nacional y, este, en los artículos 1º y 6º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, por los cuales los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden basarse en la utilidad social. Siendo *todos los ciudadanos iguales, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin más distinciones que las derivadas de sus virtudes y las de sus talentos*[23].

La cuestión esencial, a nuestro juicio, y que la RG Nº 34/2020 olvida, es qué criterios se deben aplicar para igualar y diferenciar, ya que el Derecho mismo distingue categorías (deudor acreedor, culpable, inocente, etc.), pero ello no nos debe llevar a caer en discriminaciones prejuiciosas.

Olvida la IGJ que sostener que todos los habitantes (sean masculinos o femeninos) son iguales ante la ley es un principio valioso pero incompleto, pues como bien expresa Gelli[24], la cuestión esencial radica en determinar qué criterios o pautas se emplearán para igualar o diferenciar.

Es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en iguales condiciones, lo que lleva a que la igualdad requiere de un análisis profundo de *razonabilidad* para controlar las pautas con las que se pueden válidamente construir categorías[25].

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), citada por la RG Nº 34/2020, es curiosamente olvidada en un punto, cual es su artículo 11 (inc. b), que reconoce a la mujer el derecho a las mismas oportunidades de empleo y a la "aplicación de los *mismos criterios de selección* en cuestión de empleo", y su inc. d), "a la *igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad* de trabajo".

23. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, p. 182, La Ley, Nº 1 y notas 526 y 527, con cita de Sánchez Agesta, Luis, *Documentos Constitucionales y Textos Políticos*, pp. 93/94, España, R. Universitario, 1975.

24. Gelli, María Angélica, ob. cit., p. 182, punto 1, tercer párrafo.

25. Gelli, María Angélica, ob. cit., pp. 182/183 y Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, pp. 144 y sigs., Astrea, 2ª ed.

Por ello mismo debemos resaltar que esta RG Nº 34/2020 olvida que la Constitución Nacional es bien clara cuando dispone (art. 16) que todos los habitantes "son iguales ante la ley y admisibles en los empleos *sin otra condición que la idoneidad*".

Esta pauta no solo tiene origen en la Declaración francesa, sino en las palabras de Alberdi, que expresa que "Dios ha formado a todos los hombres iguales en Derecho, pero la desigualdad entre ellos son el producto de su capacidad, no del Derecho", por lo que los límites del poder de la ley y del legislador en la manera de reglar el ejercicio de los derechos que se le reconocen al hombre y a la mujer *prohíben la sanción de leyes que alteren la libertad misma y la libertad económica en particular*. Agrega Alberdi que la ley no puede tener ese poder, sino a expensas de la libertad y de la propiedad, porque daría a unos lo que quita a otros, lo que lisa y llanamente importaría violar los más elementales principios de nuestra Constitución Nacional.

Parafraseando a Alberdi, y al decir de Gagliardo, garantizar a la mujer –como lo hace la RG Nº 34/2020– cargos en los órganos de las personas jurídicas privadas a que se hace referencia es tan irrazonable como garantizar a cada obrero un trabajo, a todo abogado un cliente[26].

En lo que indudablemente podemos llamar un exceso de soberbia administrativa, la RG Nº 34/2020, entre sus fundamentos, indica que si un tribunal puede, sin intermediación legal o reglamentaria alguna, operativizar una cláusula constitucional que otorga derechos o garantías mediante una norma individual (sentencia) creada para un caso especial –como aconteció con el caso "Siri", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1957 (*Fallos*: 239:459)–, tanto más puede hacerlo en tono de alcance general un organismo dotado de facultades de reglamentación interpretativas del ordenamiento jurídico considerado como totalidad, esto es abar-

26. Gagliardo, Mariano, "La libertad de asociación. Derecho judicial de la Corte Suprema de Justicia y Régimen Societario", en *Aniversario de la Constitución Nacional*, pp. 126 y sigs., La Ley, Número Especial del Suplemento de Derecho Constitucional, 2003. Dice este autor que en nuestro sistema constitucional la actividad económica es considerada una labor de índole privada, corolario del ejercicio de la libertad que tutela la Constitución Nacional. *En el ámbito de la libertad económica se encuentra la libertad de contratar y por ello no puede imponerse a cualquier tipo de asociación el incorporar igual cupo de personas de ambos sexos*, ya que ello violenta el ejercicio de la libre elección que tienen los particulares para definir quién y cómo dirigirá sus negocios.

cando el bloque de constitucionalidad y convencionalidad, citando en reiteradas oportunidades la doctrina constitucionalista del profesor Bidart Campos.

En otras palabras, la IGJ decide por sí y ante sí ampliar aquellas facultades reglamentarias que la Ley Nº 22.315 le otorga, arrogándose la "reglamentación interpretativa de *todo* el ordenamiento jurídico", como si fuera el propio legislador o un órgano judicial, en la aplicación del solo principio de igualdad de sexo, olvidando no solo la propia Constitución Nacional, sino las palabras del propio autor que cita.

El argumento constitucional que pretende fundar en las palabras del profesor Bidart Campos[27] permite advertir la parcialidad, tergiversación y tendenciosidad de la cita, pues este –contrariamente a lo sostenido en los fundamentos de la citada resolución– recuerda que, desde la jurisprudencia de la Corte Suprema, se han definido los alcances de la igualdad, y en tal sentido:

a) la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones;
b) esto implica que el Derecho no establezca excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias;
c) *la regla de igualdad no es absoluta, no obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias* que pueden presentarse a su consideración; lo que la regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles;
d) *la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad y de la categoría, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea "razonable"*[28].

27. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Capítulo X, Nº 30.

28. Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, pp. 144 y sigs., Astrea, 2ª ed.

En concordancia y como complemento del principio de igualdad invocado por la IGJ, esta resolución comentada olvida que en la cúspide de la pirámide normativa tenemos a nuestra Constitución de la Nación Argentina y sus artículos 16 y 19, pues como recuerda Bidart Campos[29], un aspecto de la igualdad expresamente mencionado en nuestra Carta Magna *es que la libre e igualitaria admisión en los empleos lo es sin otra condición que la idoneidad.*

La *idoneidad* –craso olvido del firmante de la resolución– es la pauta exclusiva con que puede manejarse la forma y la selección de los candidatos. De allí que en sentido lato puede hablarse de un derecho "al" empleo de todos los habitantes, pero ello sólo significa la pretensión o expectativa de acceder a un empleo *conforme a su idoneidad*.

La Resolución Nº 34 vulnera el derecho de propiedad de quienes constituyen personas jurídicas bajo la administración de personas que ellos mismos eligen y designan en función de sus capacidades y méritos, idoneidad profesional o técnica, lo cual no es ni hace a una cuestión de género.

Si bien la idoneidad en cuanto "aptitud" depende de la índole del empleo, y se configura mediante condiciones diferentes, razonablemente exigibles, según el empleo de que se trata, podemos decir, en sentido lato, que *tales condiciones abarcan la aptitud técnica, la salud, la edad, la moral, etcétera.*

Al contrario, y como principio, *no son condición de idoneidad: el sexo, la religión, las creencias políticas, etc.*, por lo que entendemos claramente la inconstitucionalidad de esta norma reglamentaria que discrimina invocando una igualdad formal, olvidándose de las pautas emergentes de nuestra Constitución Nacional y olvidando que la Ley Nº 22.315 solo otorgó limitadas facultades reglamentarias sin delegar facultades legislativas.

3. A modo de conclusión

Hasta acá hemos tratado de resaltar las incongruencias de las diversas resoluciones generales de la Inspección General de Justicia

29. Bidart Campos, German J., *Manual de la Constitución Reformada*, Capítulo X, Nº 44.

que hemos comentado y cuyo contenido parece dictado más como un manifiesto político que una actividad administrativa propiamente dicha.

Muchos principios han sido olvidados: el principio de subordinación de la administración a la legislación vigente; se ha olvidado la distinción fundamental entre el poder de hacer una ley y la de conferir autoridad a un cuerpo administrativo para reglar los pormenores de una ley o hacer operativa la misma.

La normativa societaria es parte integrante de la normativa general y, por lo tanto, alterable tan solo por una norma de rango legal, o sea, por una ley en sentido sustancial y no por actos administrativos, emanados de autoridades que carecen de facultades legislativas y que –además– ignoran y desplazan las propias pautas de la Constitución Nacional.

Las resoluciones comentadas llevan a un conflicto con la ley sustancial y la Constitución, pues las mismas no tienen relación con los fines con que les pretenden dar fundamento y también desconocen derechos básicos de los habitantes que el Poder Judicial deberá amparar, como es el goce en libertad de su propiedad, de su comercio o industria, porque de otra manera, como expresa Linares[30], este uso de la facultad de reglamentación podrá hacer ilusoria las garantías otorgadas por la Constitución a los habitantes del país.

La Corte Suprema de Justicia ha expresado que un índice seguro para verificar la razonabilidad de la norma es su congruencia con el resto del sistema jurídico y su verificación con este de todos los resultados a que su exégesis conduzca en un caso concreto[31], aspecto que hemos tratado de resaltar en este esquicio para demostrar la incongruencia de las resoluciones comentadas.

Como bien dijera Mascheroni[32], la Ley de Sociedades integra nuestro derecho positivo y, por lo tanto, es modificable y regulable por otra norma de igual rango, o sea, una ley en sentido sustancial, y no por actos administrativos emanados de autoridades que carecen de facultades legislativas. La Inspección General de Justicia, nuevamente, en las resoluciones comentadas ha excedido su función regis-

30. Linares, Juan Segundo, *Razonabilidad de las leyes*, ob. cit., p. 144, Nº 56, cuarto párrafo.

31. CSJN, en *Fallos*: 324, p. 482 y 295, p. 1001.

32. Mascheroni, Fernando H., "Los organismos de control y su tendencia a legislar", en Revista *La Información*, cit., pp. 1213 y sigs.

tral e interpretativa para ingresar indebidamente en el campo legislativo, abusando de funciones de las que carece y violando principios constitucionales, como los artículos 14 y 19, sin olvidar el artículo 28 que expresamente indica que los derechos y principios reconocidos en la Constitución no pueden ser alterados por las normas que reglamenten su ejercicio.

Como punto final a este esquicio, frente a los reiterados embates legislantes y pseudo-reglamentarios de la IGJ, entiendo necesario volver a recordar las palabras de Juan Bautista Alberdi, ya citado, en cuanto a que "[…] todo reglamento que so pretexto de organizar la libertad en su ejercicio, la restringe o la embaraza, comete un doble atentado contra la Constitución y contra la economía del país, que en esa libertad tiene su principio más fecundo [...]"[33].

Ello, sin olvidar las enseñanzas de Pío XI[34], que expresaba que el poder normativo de los particulares es algo más que una libertad fundamental, es una competencia inalienable del ciudadano, exigida por la recta ordenación de la sociedad. Dicho poder no solo debe ajustarse al principio de legalidad, sino también al de razonabilidad, pues es ilícito negar a los particulares lo que con su propia iniciativa y actividad pueden realizar.

33. Alberdi, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, T. IV, p. 159.

34. Encíclica *Quadragesimo Anno*, Nº 35.

DESAPODERAMIENTO* E INCAUTACIÓN

E. Daniel Truffat**

"El desapoderamiento –spossessamento, dessaisissement– del fallido, llave maestra del proceso, corre en sección aparte, por entender que este aspecto cautelar de la quiebra merece un tratamiento preciso y distinto de los restantes […] la doctrina germana y la italiana han provocado una larga y enconada polémica sobre la naturaleza jurídica de la falencia. Las mentes de los juristas se han fatigado mucho, y han escrito, en especial detrás de los Alpes, muchas páginas doctas, cuanto, sea consentido decirlo, superfluas […]"[1].

Sumario: 1. Desapoderamiento. 1.1. Aproximación al concepto de desapoderamiento falencial. 1.2. El patrimonio, prenda común de los acreedores. Ejecutabilidad del patrimonio del deudor incumplidor. 1.3. Ejecutabilidad de bienes por todos los acreedores en posición igualitaria. 1.4. Efectos del desapoderamiento. 1.5. Desapodera-

* Tengo la convicción –según se verá infra– de que el "desapoderamiento" es una suerte de medida cautelar con características propias del ámbito falencial cuya finalidad es proteger la integridad del patrimonio del cesante. Por esa razón no participo de la tesis que entiende que en el concurso preventivo hay un desapoderamiento "atenuado", como si las figuras compartieran alguna naturaleza o formulación en común. Eso es un simple modo del hablar. Allí lo que hay es también un escenario cautelar de los bienes del concursado (arts. 15, 16 y 17, LCQ). En tal caso, el que el legislador consideró adecuado para un trámite que discurre con un *debtor in possession*, quien tiene además la encomienda de formular, al menos en la primera ronda, la propuesta destinada a superar la cesación de pagos.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba), Profesor honorario (Universidad San Pablo, Tucumán).

1. Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, p. 2010, Ediciones Depalma, 1982, Vol. III.

miento: *dies a quo*, *dies ad quem*. Imbricación con la rehabilitación. 1.6. Bienes que caen en el desapoderamiento. 1.7. Bienes excluidos. 1.8. Bienes adquiridos "hasta" la rehabilitación. 1.9. Bienes reingresados. 2. Incautación. 3. Colofón.

1. Desapoderamiento

1.1. Aproximación al concepto de desapoderamiento falencial

La idea básica que cualquier lego asocia a la quiebra es, precisamente, el desapoderamiento. La gente ajena al ámbito jurídico puede ignorarlo todo de este complejo *corpus* (legislativo, jurisprudencial y académico) pero sabe, con esa innata sabiduría popular que rara vez se detiene en lo falto de importancia y que puede ir intuitivamente al núcleo de las cuestiones, que a quien quiebra se lo priva de sus bienes y estos se venden para pagar las deudas que tuviera el quebrado.

Digamos, entonces, que a la par de su condición "constitutiva" (porque la sentencia declarativa de quiebra no solo *declara que alguien está en quiebra* sino que lo instala en tal estatus –lo constituye en quebrado–), el efecto más básico, más directo, más visceral de tal sentencia es "desapoderar" al fallido. Tanto es así que la ley predica la aplicación inmediata de tal sentencia (LCQ, art. 106) y, entre éstas, el desapoderamiento. Al pronunciarse la quiebra –aún si fuera recurrible y no estuviera firme–, buena parte de sus efectos empiezan a aplicarse. Por ejemplo, la interposición del recurso de reposición del auto de quiebra "no impide la prosecución del proceso" (arg. art. 97, LCQ), prosecución que incluye la disposición de "bienes perecederos" (art. 184, LCQ), aunque no el resto de ellos. El decreto de falencia al negarse homologación (*rectius*: al acogerse una impugnación que conlleva negativa a homologar) o al reputarse a la propuesta inmerecedora de homologación, por resultar abusiva o en fraude a la ley (arg. art. 52, inc. 4º, LCQ), es apelable al solo efecto devolutivo (arg. art. 51, LCQ)[2].

La doctrina ha malgastado ríos de tinta en diversas teorías sobre qué sería el "desapoderamiento". Aunque no es un tema que cierta-

2. El tema se complejiza si es una sociedad susceptible de salvataje (art. 48, LCQ), pues el acogimiento de las impugnaciones lleva a la apertura de tal procedimiento.

mente me desvele, encuentro muy sólida la siguiente opinión: "El desapoderamiento tiene una naturaleza *sui generis*. Se asemeja al secuestro por las privadas de los poderes de administración o disponibilidad o intangibilidad de los bienes, pero no es un secuestro porque el secuestro no cae sobre bienes futuros. Tampoco es una prenda, porque en esta el deudor no pierde los poderes de administración y disponibilidad sobre los bienes, no abarcando tampoco los bienes adquiridos posteriormente. De ninguna manera el desapoderamiento implica la pérdida de la propiedad de los bienes, ni en favor de los acreedores […] Ni en favor del síndico […] Tampoco puede hablarse de patrimonios separados en sentido estrictamente técnico sino solo como una cómoda expresión lingüística […] Como diría Maffía, el desapoderamiento es el desapoderamiento y reconozcamos que hace un buen rato alcanzó la mayoría de edad […] de una buena vez, digamos desapoderamiento y no preguntemos más si es –o se parece a– esto o lo otro […] concluimos en que el desapoderamiento es una medida cautelar con caracterizaciones concursales específicas, que tiende a la inmovilización del patrimonio del deudor *in malis* […]"[3].

1.2. El patrimonio, prenda común de los acreedores. Ejecutabilidad del patrimonio del deudor incumplidor

El patrimonio de toda persona es "prenda común" de sus acreedores. Dice el artículo 743, CCC: "Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia". En palabras del artículo 242, CCC: "[…] todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables".

Como no vivimos en una sociedad de ángeles, donde es de imaginar la palabra valdría más que el más formal de los contratos, y

3. Graziabile, Darío J., *Instituciones de derecho concursal*, Tomo IV, p. 640, La Ley, 1ª ed., 2018.

donde el incumplimiento resultaría algo impensado e impensable, la ley ha recurrido a una metodología dura pero eficaz para propender al cumplimiento de las obligaciones y para favorecer que el acreedor desatendido pueda ver tutelados sus derechos.

El acreedor es munido por la ley, cuando no se cumple una obligación por el debitor, a exigir el cumplimiento, a hacerlo cumplir por un tercero a costa del deudor, a resolver la obligación con más los daños y perjuicios y a obtener las reparaciones que cupieran ante tal falta de cumplimiento de lo comprometido voluntariamente o impuesto legalmente como consecuencia de un obrar precedente ilícito o por directo imperio legal. Y para efectivizar tal posibilidad: "El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito" (art. 743, CCC, ya citado). Cuando el reclamo no es individual sino que se formula por un cierto subuniverso de acreedores, el ya referido artículo 743 dice: "Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia". Lo que, en verdad, se plasma a través del proceso colectivo denominado concurso liquidatorio o quiebra. Y los bienes que se liquidan a través de tal proceso –proceso que vehiculiza un cierto instituto de igual nombre– previamente son "desapoderados". Retomando el texto inicial de este trabajo y escudándome en el saber popular: ese desapoderamiento es la privación de bienes del quebrado para venderlos y pagar sus deudas.

1.3. Ejecutabilidad de bienes por todos los acreedores en posición igualitaria

Así, pues, el "desapoderamiento" es el instituto concursal que vehiculiza la posibilidad de todos los acreedores de ejecutar esos bienes en posición igualitaria, respetando las preferencias de ley.

Cuando un juez ordena subastar un cierto bien embargado al deudor está realizando una "venta judicial" de un bien que sigue siendo del citado deudor hasta el momento en que el tribunal aprueba la subasta o realiza la adjudicación licitatoria.

Aunque el desapoderamiento concluye, o se pretende que concluya, con la venta judicial del bien o su adjudicación en base a una licitación, hay "algo distinto" respecto de una venta individual.

Ese "algo distinto" es precisamente el desapoderamiento precedente.

Como el incumplidor no cumple, el sistema legal admite que se embargue uno o varios bienes, que se deja en manos de un depositario judicial. En algún caso, incluso se secuestra el bien. Pero la regla es que si se embarga un bien registrable se anota el embargo en el registro y si se embarga un bien mueble no registrable se designa depositario. El secuestro suele tener vínculo con situaciones graves de alzamiento ante los deberes legales (que convenzan al juez que es menester tal obrar), o con ciertos procesos atinentes a garantías reales, o es en favor del rematador para que este entregue el bien que vendiera judicialmente. Usualmente el bien sigue en posesión del deudor hasta que llega el momento de la venta.

El fallido, en cambio, es instalado en tal estatus y como consecuencia directa de ello queda desapoderado de los bienes susceptibles de tal situación (art. 106, LCQ, ya citado).

1.4. Efectos del desapoderamiento

La ley nos dice qué "efectos" produce el desapoderamiento (habla de concepto y exclusión en el art. 107, LCQ). En concreto, impide el ejercicio de los derechos de disposición y administración.

¿Qué significa esto? Claramente no importa desposesión porque eso lo materializa el síndico al incautarse de bienes y clausurar ámbitos y establecimientos de titularidad del quebrado (art. 177, LCQ). Tampoco significa "desapropiación"[4].

Bien entendido, sin embargo, que los bienes que el síndico incauta son bienes desapoderados. Ergo los bienes incautados son un subuniverso de estos últimos.

4. "Una cosa requiere estar bien en claro, a saber, que el fallido no pierde la propiedad de sus bienes. Únicamente la pierde cuando son vendidos en la etapa de liquidación, pero en ese caso su derecho se transfiere al producido. Cierto que ese producido lo manejará el síndico y a su respecto decidirá el juez, pero no es menos cierto que el fallido conserva la titularidad de los diversos bienes que componen su patrimonio […]", Maffía, Osvaldo J., *Derecho concursal*, T. II, p. 508, Ediciones Depalma, 1988.

1.5. Desapoderamiento: dies a quo, dies ad quem. Imbricación con la rehabilitación

Como ya dije, el *dies a quo* para el desapoderamiento es el mismísimo decreto de quiebra (art. 107, LCQ). La ley dice que ocurre "a la fecha de la declaración de quiebra".

El *dies ad quem* llega hasta la rehabilitación. El problema es que la Ley Nº 24.522 no regula la "rehabilitación".

Pero sí regula cuál es la duración de la inhabilitación. Inhabilitado se queda también desde la fecha de la quiebra (arg. art. 234, LCQ). ¿Qué efectos tiene la inhabilitación? El inhabilitado no puede ejercer el comercio ni ser administrador o factor de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones.

Sin haber logrado una fórmula feliz, la ley ha entreverado el instituto del desapoderamiento con la inhabilitación. Algo así como las dos caras de una misma moneda. Se quiebra, ergo en el plano patrimonial se produce el desapoderamiento (no puede administrar o disponer de sus bienes) y en el plano personal no se puede ejercer el comercio ni ser representante de entes relacionales.

No resulta sencillo definir el alcance de la prohibición de ejercer el comercio, hoy, que el Código Civil y Comercial ha suprimido el concepto de *acto objetivo de comercio* y no ha previsto un *estatuto del comerciante.* Hay que recurrir al artículo 320 y ver qué se puede construir desde allí.

Podría decirse que durante el lapso de inhabilitación el fallido persona humana, si fuera una sociedad, queda disuelta (LGS, art. 94, inc. 6º) y definitivamente inhabilitada (arg. art. 237, LCQ), no podrá realizar una actividad económica organizada o ser titular de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

El plazo de duración de la inhabilitación, importantísimo a los fines de esa exposición –porque, ya se dijo– concuerda con el del desapoderamiento, cesa de pleno derecho respecto del fallido persona humana. Hay una regla específica respecto de los integrantes del órgano de administración de un ente relacional pero no interesa a los fines de este trabajo porque esos directores, cuando quiebra su administrado, quedan inhabilitados pero no desapoderados. El desapoderamiento es propio, en exclusiva, del fallido.

El plazo de inhabilitación puede ser reducido o dejado sin efecto por el juez, si considerara que el inhabilitado no estuviere *prima*

facie incurso en delito penal, lo que –por extensión– acelerará la rehabilitación y, por ende, el cese del desapoderamiento.

Una cuestión muy delicada, respecto del desapoderamiento, consiste en que la inhabilitación puede ser reinstalada. Prorrogarla o reinstalarla tiene que ver con el sometimiento a proceso penal. Es muy arduo determinar qué significa esto (¿ser imputado por el fiscal?, ¿ser llamado a indagatoria?). Pero frente al tema del desapoderamiento no hay parámetros para determinar si el sujeto que estaba rehabilitado vuelve a ser desapoderado o si el volver a inhabilitarlo solo produce efectos personales. En la duda considero que se impone sostener que no hay regreso al desapoderamiento. Este cesó, como dice el artículo 107, LCQ, con la rehabilitación. El intríngulis patrimonial que podría generar un desapoderamiento, rehabilitación, nuevo desapoderamiento, viene en auxilio de tal solución.

Por otra parte, esta solución se ajusta al texto de la ley. Es cierto que el mismo es materia de crítica, visto que no regula la "rehabilitación" que reclama el artículo 107, LCQ, sino que entremezcla la cuestión con la rehabilitación enraizada con la inhabilitación del artículo 234, LCQ; pero –precisamente– esa falta de claridad legal es lo que permite entender que en caso de reinstalación de inhabilitación esta debe limitarse al ya referido supuesto del artículo 234, LCQ.

La jurisprudencia diferenciaba en el caso de la rehabilitación automática al año entre la liberación personal (el quedar autorizado a comerciar y ser administrador de persona jurídica) y el cese del desapoderamiento. En líneas generales, para que este acaeciera se entendía menester una decisión judicial expresa. En el caso "Barreiro", la Corte Suprema de Justicia dejó en claro que también era automático, y anual, el cese del desapoderamiento.

Una vez producida la rehabilitación, se suscita una suerte de surgimiento de "dos patrimonios"[5]. Uno nuevo, fresco, *a novo*, que

5. La postura que sostiene la conformación de dobles masas resulta claramente expuesta en las reflexiones de Truffat, E. D., en las que señala la existencia por consecuencia de la rehabilitación de esa duplicación, una masa, la concursal –para que cobren los acreedores– y la otra, que denomina "posrehabilitación" destinada a los acreedores generados "*a posteriori* de la sentencia de falencia", construcción que, adelanta el autor, no surge de la ley, sino de la lógica del sistema, añorando la norma específica del artículo 253 de la Ley Nº 19.551 (ver, también, Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C. A., en ob. cit., Tomo II, p. 495); sin embargo, este uniformemente admitido, pues se alega por otros que, a la conclusión de la quiebra, el acreedor recuperaría sus acciones individuales "y podría intentar hacer valer

responde por los pasivos que se generarán en esta nueva etapa. Y el anterior, el "desapoderado", único ámbito donde podrán cobrar los acreedores con créditos de causa o título anterior a la quiebra e, incluso, con créditos que invistan la condición de gastos de conservación y justicia (arg. art. 240, LCQ).

Esta última tesis no es pacífica, porque a fuerza de ser justos puede resultar bastante inicua para quienes aspiran a cobrar, pero es aquella que –al menos a la fecha– parece ser la postura mayoritaria.

El suscripto se ha permitido dudar de la justicia del sistema, tanto en la existencia de las dos masas, cuando en la imposibilidad de los acreedores insatisfechos de accionar sobre un patrimonio recompuesto. Pregunté, alguna vez: "[...] ¿a cuento de qué el patrimonio del fallido, generado *a posteriori* de la quiebra, debe responder por las deudas concursales?; ¿es razonable que los acreedores estén aguardando que su debitor se gane la lotería o que sus progenitores o algún otro potencial sujeto heredable se mueran dentro del año para que sus patrimonios (de ellos, de los causantes) engorden la masa desapoderada? Y, al mismo tiempo: ¿es razonable, desde una perspectiva ética, que los que padecieron ciertas lesiones gravísimas a la persona y a sus derechos o que víctimas de perjuicios causados con dolo sólo puedan cobrar de la 'masa desapoderada' una vez que el debitor hubiera podido rehacer su patrimonio después de rehabilitado? [...]"[6].

Aun así, en un tema tan delicado como el embargo de haberes jubilatorios, se ha resuelto: "No se encuentra controvertido en autos que los haberes jubilatorios del fallido que pretenden ser afectados al pago de los gastos de la quiebra, son posteriores a la rehabilitación. En razón de lo anterior, cabe revocar la decisión del Sr. Juez *a quo* y ordenar la restitución de los fondos retenidos al deudor.

Ello así, en tanto el desapoderamiento de los bienes del quebrado comprende solo a aquéllos existentes a la fecha de la de-

---

su crédito", sobre todo cuando la Ley Nº 24.522 no ha reiterado el "discharge" que preveía la Ley Nº 19.551 en su art. 253 (cfr. García, S. M., ob. cit., pp. 76/80, quien cita en la misma tendencia –nota 34– a Galíndez, Oscar; Tonón, A.; Maffía, O; Martorell, E. y Thorne, H.; Arecha, Martín, "La inhabilitación en la quiebra" en *Temas actuales de derecho concursal*, p. 82, Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas, diversos autores bajo la dirección de Boquín, Gabriela F.; Nissen, Ricardo; Pardini, Marta G. y Vítolo, Daniel R., 1ª ed.).

6. Truffat, E. Daniel, "Algunas reflexiones sobre el desapoderamiento y la rehabilitación hoy vigente y la posibilidad de volver a pensar el sistema", *RDCO*, 2008–A 106.

claración de quiebra y los adquiridos hasta su rehabilitación –Ley *Nº* 24.522: 107 y ccdes.– (en igual sentido: CNCom. Sala A, *in re* 'Vitolo, Alfredo I. s/ quiebra', del 28/04/2000, ídem Sala C *in re* 'Martínez, Mirta su propia quiebra', del 26/11/2004; Sala D *in re* 'Salsamendi, Susana s/ quiebra', del 14/09/2005). Contrario a ello, los adquiridos con posterioridad escapan al ámbito de la quiebra (CNCom., esta Sala, *in re* 'Paoli, Mabel G. s/ Quiebra', del 26/11/2013). No modifica lo expuesto el hecho de que el embargo se haya trabado a efectos de cancelar los gastos de la quiebra. De acuerdo con el artículo 240 de la LCQ, los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso, son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor, salvo que tengan privilegio especial y su cancelación debe hacerse cuando resulten exigibles, sin necesidad de verificar. Tales gastos, al no constituir créditos prefalenciales, quedan eximidos de verificar y de la suspensión de los intereses (CNCom., esta Sala *in re* 'Proalcar S.A. s/ Quiebra', del 28/12/2006), pero ello no autoriza su cancelación con bienes que, por expresa disposición legal, se encuentran excluidos del desapoderamiento que establece la quiebra. Por lo demás la propia ley regula la posibilidad de que tales gastos queden insatisfechos. Véase que el artículo 240 de la LCQ, en su parte final, establece que 'no alcanzando los fondos para satisfacer estos créditos, la distribución se hace a prorrata entre ellos', mientras que el artículo 232 regula el supuesto de clausura del procedimiento por falta de activo, la cual se presenta cuando aquél es insuficiente para satisfacer los gastos del concurso.

Si el legislador hubiera querido evitar la falta de cancelación de esas erogaciones, habría establecido regulaciones específicas, lo que no ocurrió. En razón de lo expuesto, cabe concluir que la preferencia que establece el artículo 240 de la LCQ, para la cancelación de los gastos del concurso, no autoriza a sustraerlos de los alcances de los artículos 107 y 236 de la ley concursal, los cuales establecen el límite patrimonial y temporal de los efectos de la declaración de la quiebra" (CNCom., Sala B, 7/02/2019 *in re* "Fernández, Osvaldo Rubén s/ quiebra s/ incidente art. 250").

Heredia dedica lúcidamente todo un párrafo de su *Tratado* no a analizar cuándo finaliza el desapoderamiento, esto es "cuándo los bienes que ingresan no caen en él", sino a algo que llama "momento final del desapoderamiento" (el citado autor entiende que la rehabi-

litación del fallido marca el límite temporal hasta el cual puede ser agregada la masa activa con el ingreso de bienes futuros, pero no ser refiere al límite temporal del desapoderamiento que, por hipótesis, puede extenderse más allá de la cesación de la inhabilitación). Esta idea está tomada de la nota 93 del Tomo de página 978 del libro que se cita *infra* y es en sustento de las siguientes afirmaciones: "El desapoderamiento es, como se ha dicho, un efecto de la apertura de la quiebra. Por tanto, está ligado en su subsistencia a que la quiebra perviva como instituto y proceso […] no puede haber dudas en cuanto a que el desapoderamiento causado por la quiebra cesa por la conversión del trámite en concurso preventivo (arts. 90 y sigs., LC) […] el desapoderamiento cesa también, lógicamente, por revocación que se haga de la sentencia de quiebra. En caso de conclusión de la quiebra por avenimiento, el desapoderamiento desaparece […] Otro tanto ocurre en el supuesto de pago total […] La clausura por distribución final, en cambio, no hace cesar el desapoderamiento […]"[7].

1.6. Bienes que caen en el desapoderamiento

Determinado el plazo legal, se puede avanzar hacia la determinación de qué bienes "caen" en el desapoderamiento. El artículo 107, LCQ, lo deja en claro: "[…] todos los bienes existentes a la fecha de declaración de bienes y de los que adquiera hasta su rehabilitación". Como toda definición, tiene algunas imprecisiones (las palabras humanas son limitadas en tiempo y espacio y esto genera el citado riesgo): a) todos los bienes, menos aquellos que excluye la propia Ley Nº 24.522, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales, b) y de los que adquiera hasta la fecha de su rehabilitación y los que sean recuperados a través de acciones de recomposición patrimonial.

7. Heredia, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, T. 3, p. 978, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001.

1.7. Bienes excluidos

El artículo 108, LCQ, hoy coordinado con el Código Civil y Comercial, provee una nómina de bienes excluidos del desapoderamiento. En algún caso su sola enunciación resulta innecesaria de puro obvia.

"Los derechos no patrimoniales". ¿Cuáles son? Se podría sostener que acceden a tal categoría los derechos personalísimos y los derivados de relaciones de familia (aunque unos y otros pueden llegar a tener, según el caso, repercusión en el ámbito patrimonial y accionarse en tal ámbito cuando quepa reparar su afectación); así: el derecho al honor, a la intimidad, a la privacidad, a la inviolabilidad del hogar y de las manifestaciones privadas. Suena innecesario que una disposición dramática como es privar al titular de un derecho de la posibilidad de administrarlo o disponer de él, con miras a su liquidación, mencione derechos que no son apartables de la persona en cuestión, de su materialidad corporal, de su integridad psíquica.

"Los bienes inembargables". Las leyes rituales proveen un listado incompleto. "Artículo 219. - No se trabará nunca embargo: 1) En el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza. 2) Sobre los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales. 3) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley" (el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, así como los Códigos procesales de las Provincias "salvan" su incompletitud con una remisión abierta a los demás supuestos que pudieran traer las leyes).

Hoy resulta un tema casi risueño, digno de imaginarlo como tópico de tiempos de la Colonia, pero hace cuarenta años aún había jueces que denegaban el levantamiento de embargos de los televisores "color" si había uno "blanco y negro" o que solo resistían el embargo y secuestro de alguno de los aparatos de la casa si había personas mayores o niños muy pequeños. Más escandaloso aún, algún caso en que llegó a discutirse si eran embargables las mascotas –en concreto: el perro de la casa, por ejemplo. La dogmática señalaba que éste no era embargable pero sí la cachorrada de un criador, por ejemplo. Obviamente los muebles y utensilios que hacen a un mínimo de confort de vida son inembargables, así como los instrumentos de labor. El tema de los sepulcros habla por sí solo.

El tercer inciso ("el usufructo de los hijos menores de fallido") versa sobre un supuesto que ya no rige desde 2015.

"La administración de los bienes propios del cónyuge". Un supuesto también ajeno a nuestro actual régimen matrimonial y convivencial.

"La facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento". Resulta más que obvio que si no hay desapoderamiento de ciertos bienes y derechos, hay un concomitante derecho a defenderlos en justicia. La inviolabilidad de la defensa en juicio –si bien tiene análogo rango que los derechos básicos que garantiza nuestra Ley Suprema– ostenta la particularidad, al decir de la Corte Suprema, de ser aquél que garantiza la vigencia y operatividad de todos los otros. Sin inviolabilidad de la defensa en juicio el resto de los derechos pueden terminar siendo meras declamaciones.

"Las indemnizaciones que correspondan al fallido por daños materiales o morales a su persona". La fuerza ética de esta previsión exime de toda explicación sobre su imprescindible presencia.

"Los demás bienes excluidos por otras leyes".

El Código Civil y Comercial, en su artículo 744, tiene un listado propio que se superpone básicamente con el anterior: "Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743: a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos; b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor; c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación; d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado; e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178; f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica; g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio; h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes".

La mención de inembargabilidades varias puede llevar a una pesquisa inagotable. Hay, sin embargo, supuestos relevantes. El artículo 456, CCC, prevé la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio. Salvo que haya sido contraída por ambos cónyuges o por uno de ellos con

conformidad del otro. Lo mismo ocurre, en mérito al artículo 522, CCC, con la vivienda familiar de los convivientes después de la inscripción de la unión convivencial.

El viejo sistema de bien de familia de la Ley Nº 14.394 ha sido sustituido por uno más amplio, el instituto llamado "afectación", regulado en el Código Civil y Comercial a partir del artículo 244. El principal efecto de tal figura luce en el artículo 249, CCC, que con criterio docente señala: "La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto: a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250; c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida. Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que lo sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenida en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble. En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo".

El tema tiene sus obvios bemoles, según que (i) no haya acreedores concurrentes con crédito de causa anterior a la afectación, (ii) todos los acreedores sean de causa anterior a la afectación, (iii) haya algunos acreedores a los cuales la afectación les es oponible y otros que no.

En el primer supuesto, el bien no es objeto de desapoderamiento. En el segundo sí lo es, pero el síndico no debe ni puede llevar adelante la liquidación que predica el artículo 203, LCQ, sin solicitud de alguno de los acreedores. En el tercer supuesto ocurre lo mismo que en el caso anterior. Desapoderado el bien su liquidación exige una distribución sesgada, solo a favor de los acreedores a los cuales les resultaba inoponible la afectación (la conocida teoría de la "masita"). Si como producido de la subasta se satisface el crédito de estos últimos acreedores y hay remanente, este excedente no es materia de desapoderamiento a favor de los demás acreedores sino que se entrega al fallido.

La filosofía que preside la cuestión es claramente tutelar respecto del derecho a la vivienda. Así: "En efecto, debe resaltarse que el derecho de toda persona al acceso y protección de la vivienda constituye un derecho humano fundamental. El Código lo recepta y flexibiliza, ampliando el número de beneficiarios, en sincronía con el respeto al principio de autonomía personal que deriva de la existencia de múltiples formas familiares dignas del mismo tratamiento. Así, sustituye el bien de familia de la Ley Nº 14.394, derogándola e incorporando en el Capítulo 3, denominado Vivienda, importantes modificaciones en esa línea (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación*, T. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, pp. 810 y sigs.).

Desde esa perspectiva, el Código, según señalan sus fundamentos, a diferencia de la mayoría de los códigos existentes que se basan en una división tajante entre Derecho Público y Privado, toma muy en cuenta los tratados en general y, específicamente, los Derechos Humanos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. Esta impronta se exterioriza en casi todos los campos sobre los que ha legislado: protección de la persona humana, tutela del niño, personas con capacidades diferentes, la mujer, los consumidores, los bienes ambientales, entre otros (ob. cit., T. I, p. 812) […]", (CNCom., Sala F, 27/11/2018, *in re*: "Domingo, Ángel s/ quiebra").

Otro tópico tutelado son las jubilaciones y los sueldos de empleados estatales.

En el campo previsional, las jubilaciones y pensiones son inembargables, salvo ciertos supuestos de la Ley Nº 24.241. Así, el artículo 14, inciso c, de dicha ley prescribe: "Son inembargables, con la salvedad de las cuotas por alimentos y litisexpensas". El tema de los salarios de empleados públicos tiene variaciones según el régimen estatal al que pertenezcan (hay Provincias con regímenes propios) pero la regla general la sentó un viejo decreto de 1943, en orden a la inembargabilidad, dejando muchas dudas tratadas por la jurisprudencia sobre el alcance de tal precepto frente a deudas instrumentadas a través de títulos de crédito, o bien, en lo referido a planteos de descuento por planilla conformados por los propios trabajadores.

En el caso de los trabajadores privados en relación de dependencia: la Ley de Contrato de Trabajo Nº 20.744 fija lineamientos generales a tener en cuenta sobre la liquidación de los embargos en dos artículos: 120 y 147.

La reglamentación pertinente se efectuó por medio del Decreto Nº 484/1987. Entonces:

"Art. 116, LCT. Concepto salario mínimo vital y móvil, es la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia, en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimientos, vacaciones y previsión".

"Art. 120, LCT. Inembargabilidad.

El salario mínimo vital es inembargable en la proporción que establezca la reglamentación, salvo por deudas alimentarias".

"Art. 147, LCT. Cuota de embargabilidad.

Las remuneraciones debidas a los trabajadores serán inembargables en la proporción resultante de la aplicación del artículo 120, salvo por deudas alimentarias".

En lo que exceda de este monto, quedarán afectadas a embargo en la proporción que fije la reglamentación que dicte el PEN (Poder Ejecutivo Nacional), con la salvedad de las cuotas por alimentos o *litis* expensas, las que deberán ser fijadas dentro de los límites que permita la subsistencia del alimentante".

Decreto Nº 484/1987. Reglamentación de los artículos 120, 147 y 149 del Régimen de Contrato de Trabajo.

"Art. 1º. Las remuneraciones devengadas por los trabajadores en cada período mensual, así como cada cuota del sueldo anual complementario son inembargables hasta una suma equivalente al importe mensual del salario mínimo vital fijado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 116 y siguientes del Régimen de Contrato de Trabajo (LCT - TO por Decreto Nº 390/1976).

Las remuneraciones superiores a ese importe serán embargables en la siguiente proporción:

1. Remuneraciones no superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta el diez por ciento (10 %) del importe que excediere de este último.
2. Retribuciones superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta el veinte por ciento (20 %) del importe que excediere de este último".

"Art. 2º. A los efectos de la determinación de los importes sujetos a embargo sólo se tendrán en cuenta las remuneraciones en dinero por su importe bruto, con independencia de lo dispuesto en

el artículo 133 del Régimen de Contrato de Trabajo (LCT - TO por Decreto Nº 390/1976)".

"Art. 3º. Las indemnizaciones debidas al trabajador o a sus derechohabientes con motivo del Contrato de Trabajo o su extinción serán embargables en las siguientes proporciones:

1. Indemnizaciones no superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta diez por ciento (10 %) del importe de aquellas.
2. Indemnizaciones superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta el veinte por ciento (20 %) del importe de aquellas.

A los efectos de determinar el porcentaje de embargabilidad aplicable de acuerdo con lo previsto en el presente artículo, deberán considerarse conjuntamente todos los conceptos derivados de la extinción del Contrato de Trabajo".

"Art. 4º. Los límites de embargabilidad establecidos en el presente decreto no serán de aplicación en el caso de cuotas por alimentos o *litis* expensas, las que deberán ser fijadas de modo que permitan la subsistencia del alimentante".

¿Y los ingresos de los trabajadores sin relación de dependencia, por ejemplo, los profesionales liberales?

Hasta el dictado de la Ley Nº 27.423 el tema estaba librado al prudente arbitrio judicial. Hemos visto incluir en el desapoderamiento hasta el 50 % de los emolumentos a percibir por un abogado fallido –bien entendido que se trataba de honorarios devengados "antes" de la quiebra[8]. Hoy, al menos en el ámbito de la Justicia Nacional, respecto de abogados y demás auxiliares de la Justicia, rige el artículo 3º de la ley precitada: "[…] los honorarios gozan de privilegio general, revisten carácter alimentario y en consecuencia son personalísimos, embargables sólo hasta el veinte por ciento (20 %) del monto que supere el salario mínimo, vital y móvil, excepto si se tratare de deudas alimentarias y de *litis* expensas"[9].

8. Bien entendido en la línea que, con reservas, aquí se postula. Con la interpretación clásica del art. 104, LCQ, también quedarían incluidos los emolumentos devengados en el primer año posquiebra.

9. Al comentar el tema con el prestigioso jurista cordobés Carlos Molina Sandoval, él me señaló la ausencia de legislación sobre el tópico en su Provincia y sobre la posibilidad de intentar, de darse el caso, una aplicación analógica de las normas sobre empleados públicos. Obvio que también podrían traerse a colación normas de otras jurisdicciones, como la Ley Nº 27.423. El problema es la dureza del precepto del art. 743, CCC.

El fallido "conserva la facultad de desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 107 y 108, inc. 2º" (arg. art. 104, LCQ). Cabe recordar la inhabilitación para ejercer el comercio o ser representante de ente relacional (art. 238, LCQ). Los emolumentos obtenidos al desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia *después* del decreto de quiebra no caen en el desapoderamiento.

El tópico es relevante. Se verá a continuación que el desapoderamiento incluye los bienes adquiridos antes de la rehabilitación. Esta sería una excepción a tal regla. Y es lógica con base en la dignidad del trabajo (CN, art. 14 y la dogmática supralegal de la OIT –conforme art. 75, inc. 22 CN–), y la obvia procedencia del derecho a retribución justa (CN, art. 14 bis).

1.8. Bienes adquiridos "hasta" la rehabilitación

El desapoderamiento no solo se refiere a los bienes existentes al momento de la quiebra, sino que incluye a aquellos adquiridos hasta la rehabilitación, por cualquier título que fuera y también a los devengados. La excepción, según se señalara *supra*, es para los emolumentos obtenidos *a posteriori* del decreto de falencia –provenientes del desempeño de actividades artesanales, profesionales o en relación de dependencia (arg. art. 104, LCQ).

Una temática usual frente al fenómeno del consumidor sobreendeudado es postular que estos, una vez quebrados, ven sus ingresos laborales embargados en un 10 % o un 20 % hasta alcanzar el año de rehabilitación, y que solo al obtenerse ésta es que pueden volver a cobrar el 100 % de su retribución. Pero tal aserto omite la peculiar disposición del artículo 104, LCQ, que pese a la remisión a los artículos 107 y 108, LCQ, admite, como mínimo, una sombra de duda, en particular ante la actual sensibilidad frente al fenómeno laboral. Podría pensarse (lo escribo con reservas pero tampoco lo callo, precisamente por intuir que la actual mirada sobre el mundo del trabajo encontrará muy poco aceptable la interpretación clásica) que el desapoderamiento sobre ingresos de origen laboral solo se da respecto de acreencias devengadas "antes" de la quiebra y no percibidas (difícil que ocurra algo así con un trabajador en relación de dependencia

pero muy factible –por ejemplo– en un profesional del Derecho o de las Ciencias Contables)[10].

El "devengado" (en vez de "adquirido") es un dato relevante. Piénsese, por ejemplo, en la investidura instantánea de heredero en caso de ser ascendiente, descendientes o cónyuges (arg. art. 2337, CCC). Resultaría contrario a la buena fe (art. 9º del CCC) que el mentado sujeto *sustrajera* los bienes del acervo manejando la fecha de reconocimiento de la investidura mediante la declaratoria judicial de herederos –después de todo, demorar tal declaratoria un año no parece una tarea difícil. Es como en el caso del artículo 32, LCQ, la "causa", la que tiene obvia primacía sobre el "título". Se podría sostener que ello (la teoría del devengamiento) viene en contra de la libertad de aceptar o renunciar a la herencia (CCC, art. 2287). Pero acaece que la repudiación de la herencia "sólo produce sus efectos en lo que exceda del interés de los acreedores y los gastos íntegros del concurso" (arg. art. 111, LCQ). Es decir que la libertad estatuida por el artículo 2287, CCC, está acotada por el referido artículo 111, LCQ.

De igual suerte un profesional letrado o un perito judicial que ya hubieran realizado los trabajos merecedores de regulación podrían manejar la fecha en que pidieran la regulación de honorarios (más ahora que en vez de los dos años velezanos el plazo de prescripción ha pasado a ser de cinco años –arg. art. 2560, CCC–), pero si las tareas se hubieran realizado "antes" del decreto de falencia, el 20 % de la suma que supere el salario mínimo vital y móvil caerá en el desapoderamiento (porque esa retribución ya se habría devengado).

1.9. Bienes reingresados

En el desapoderamiento también caen los bienes que reingresan. Rouillón lo dice con galanura: "[…] El desapoderamiento se extiende

10. En la postura clásica: "[…] El art. 104 faculta al fallido a desarrollar un empleo o profesión, sin perjuicio de las prescripciones de los arts. 197 y 108, inc. 2º, o sea que el producto de dicho trabajo cae en el desapoderamiento, en la media regulada por la ley. Por ejemplo, en el caso de sueldos se puede afectar hasta un determinado porcentaje ya que el resto tiene carácter alimentario […]", Escuti, Ignacio; Junyent Bas, Francisco, *Derecho Concursal*, p. 244, Astrea, 2006. Justo es reconocer que esta tesitura es absolutamente mayoritaria. En la misma postura de Escuti-Junyent Bas, Rouillón, Adolfo A. N., quien sostiene, al comentar el art. 104, LCQ: "Los ingresos obtenidos por el fallido en estas actividades quedan sujetos al desapoderamiento".

[…] (a) […] todos los bienes salidos del patrimonio del fallido, que reingresaren –aún después de la rehabilitación– con motivo de las acciones de recomposición patrimonial del Derecho común (acción de simulación y acción de fraude o pauliana) o de alguna de las ineficacias falenciales (arts. 118, 119, etc., LCQ) […]"[11].

Hay alguna sutileza técnica que no merece mayor detenimiento. En el caso de acciones de ineficacia o inoponibilidad no hay auténtico "reingreso" de los bienes ajenizados al patrimonio estando en cesación de pagos; lo que ocurre es que la transferencia habida no puede oponerse a los acreedores y por eso procede la liquidación del bien "como si" siguiera siendo del deudor. Pero en verdad entre los celebrantes del acto inoponible este tiene plena virtualidad[12].

2. Incautación

El artículo 177, LCQ, prevé que inmediatamente dictada la sentencia de quiebra (que importa desapoderamiento para el deudor) también deben incautarse[13] sus bienes y papeles. Hoy debería decirse "y registros", dado que habitualmente es mucho más importante acceder a los sistemas informáticos del deudor que a montañas de papeles; que a veces ayudan (piénsese en los libros de comercio y laborales y documentación de respaldo) y que muchas veces son solo constancias ociosas que agregan trabajo al múltiple que tiene el síndico al inicio de una quiebra.

Como regla (todo esto cambia si hay continuación de la explotación) se clausura el establecimiento del deudor, de sus oficinas y

11. Rouillón, Adolfo A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras*, p. 214, Astrea, 17ª ed., 2015.

12. "Advierte Tonón que, ciertamente, no existe un verdadero desapoderamiento como consecuencia de las acciones de recomposición patrimonial, dado que, en rigor, dichos bienes les fueron desapoderados a terceros y no como consecuencia de la sentencia de quiebra, sino por la sentencia de inoponibilidad […]", Iglesias, Lorena, *Concursos y Quiebras*, Astrea, 1ª ed., 2016. Obra colectiva dirigida por Chomer, Héctor O. y coordinada por Frick, Pablo D., T. 2, p. 459.

13. "[…] Dentro del sistema patrimonial concursal, la incautación carece de autonomía, es una necesaria consecuencia del desapoderamiento y actúa como complementaria del mismo. La incautación es la fase formal del sistema patrimonial concursal que materializa el desapoderamiento […]", Graziabile, Darío J., ob. cit., T. IV, p. 739.

demás lugares en que se hallen sus bienes y documentos. Se hace entrega de los bienes al síndico y si los bienes del deudor están en poder de terceros de notoria responsabilidad la incautación es formal pues se los puede dejar como depositarios.

Si hablamos de un domicilio particular, donde reside el fallido y su familia, por ejemplo, no hay clausura sino simple inventario. Y lo mismo ocurre con los bienes imprescindibles para su subsistencia.

Es evidente que con la incautación cesa la posesión que tenía el deudor con la cosa incautada, dado que deja de ejercer un poder de hecho sobre la cosa (CCC, art. 1909).

El síndico, al recibir los bienes incautados en los términos del artículo 177, inc. 2º, LCQ, ¿se vuelve tenedor de los bienes? El tema tiene sus bemoles. Porque ciertamente la Sindicatura ejerce un poder de hecho sobre las cosas incautadas y se comporta como un representante. Pero también es cierto que no hay tradición de las cosas sino directa incautación. Y, además, el tema es que no hay "sujeto" que representar. La quiebra o la masa o el conjunto de acreedores son solo formas figuradas de mentar un procedimiento o un modo de nombrar colectivamente a los acreedores, pero no son ellos el "sujeto" en cuyo nombre actúa el síndico. Este último, en verdad, es un funcionario de la ley (arg. art. 251, LCQ) y sus funciones y deberes están en directa relación con el cometido que esta le asigna y con las potestades que le discierne.

Aun así, los deberes de conservación, la posibilidad de actuar sobre universalidades de hecho y sobre cada una de las partes individuales, asimilan su situación a la del tenedor[14].

Tal vez hacer estas disquisiciones no sea útil y baste predicar lo que la ley derechamente predica, sin entrar en sutilezas que –al final

14. En una línea diversa por más puntillosa: al abrevar en las tesis de Molinario: "Se torna evidente, entonces, que el síndico carece de cualquier tipo de derecho personal sobre los bienes del fallido, y menos real, dado que no tiene siquiera el *animus domini* (ánimo de reconocerse como único y exclusivo titular del bien). Sólo tiene, pues, lo que Molinario denominó una relación real de yuxtaposición o cuasiyuxtaposición, que le es impuesta por la ley y ajena al *animus* del Síndico […]", Iglesias, Lorena, ob. cit., T. 2, p. 452. En la postura que aquí se defiende: "[…] La incautación de los bienes del fallido es una consecuencia inmediata del desapoderamiento, pues implica que el síndico tome efectivamente la tenencia de los bienes del deudor […]", Arduino, Augusto, *El concurso preventivo y la quiebra*, Cámara, Héctor –Actualización bajo la dirección de Martorell, Ernesto–, T. IV, p. 398, Lexis Nexis, 2007, 1ª ed.

del día– tornen aún más dificultosa una tarea cuyo recargo, exposición y habitualmente magra retribución están en situación que clama al Cielo.

Los dramas del síndico (quien tal vez no sea real "tenedor" de los activos pero que es exigido como si lo fuera) son que hoy por hoy custodiar bienes es algo carísimo –para lo cual las quiebras no suelen tener fondos– o una apuesta a ciegas, en que el delito, hijo de la necesidad y la sobrecarga de tareas de las fuerzas de seguridad, pase de largo. Mantener custodias es inalcanzable. Constituir depositarios es solo formalismo. La triste realidad económica social de la República con ejércitos de cuentapropistas que a duras penas alcanzan niveles de supervivencia y legiones de desamparados, prontos a tomar cualquier medida para arrimar comida a sus hogares heridos, generan un caldo de cultivo que excede las posibilidades de conservación del síndico y del propio Tribunal. En paralelo, las ocupaciones de fábricas, el intento de rescate por sus propios trabajadores, las ingenierías plurales que diseñan los poderes públicos locales para evitar subastas, sin atender la manda constitucional de la indemnización previa, son todas situaciones que obstaculizan la liquidación de patrimonios que quedan a la buena de Dios por años y años; exponiendo la responsabilidad de profesionales serios que no tienen otro camino que instar ventas que no acaecen y agitar el riesgo de la ocupación o el desguace, o del Estado –que bien podría ser accionado por muy eficaz y prolijo que fuera el accionar judicial.

3. Colofón

Ni el desapoderamiento ni la incautación son instituciones agradables. Pero si funcionan como un mecanismo para superar la cesación de pagos, permitir volver a empezar al deudor desafortunado, devolver al mercado bienes que tal vez sean mejor explotados, su propia existencia y aplicación es más que aceptable. Si solo son formulismo que dejan bienes al alcance de la necesidad, la desesperación y la eventual sustracción, *a la espera de una liquidación que nunca llega*, la desazón y la desesperanza ponen en crisis todas las disquisiciones que informan este trabajo.

Hay que tener presente lo que, con notable sabiduría, señalan Miguel y María Laura Raspall (referido a las empresas pero extrapolable a toda quiebra): "Nos interesa insistir en que los concursos

liquidativos son el estadio final (la última ratio) del sistema de los concursos de empresa, pues –como dijimos– implica el cese de su actividad, su agotamiento, la extinción. La quiebra pasó a ser –dentro de los concursos– el procedimiento residual a que se llega cuando no existe otra solución para el conflicto de la insolvencia"[15].

15. Raspall, Miguel; Raspall, Laura, *Derecho concursal de la empresa*, p. 161, Astrea, 1ª ed., 2014.

GARANTÍAS, PRINCIPIOS Y REGLAS DEL PROCESO CIVIL

Osvaldo A. Gozaíni*

Sumario: 1. Introducción. 2. La buena fe como base del sistema dogmático. 3. Los principios del proceso civil. 4. Las reglas del proceso civil. 5. Las garantías. 6. Conclusiones.

1. Introducción

1.1. El origen del proceso civil es de larga data, pero la construcción científica que dio lugar a las bases teóricas y al desarrollo de ideologías contrapuestas comienza recién a mediados del siglo XIX cuando, con las teorías de la acción, la técnica procesal se desprende del derecho de fondo.

Esta bifurcación fue relevante pues dejó de relacionar el derecho subjetivo (vínculo que tiene la persona con el derecho que pide) con la posibilidad efectiva de requerir ante los jueces una sentencia favorable. Anteriormente, el reclamo ante los jueces encontraba diferentes fundamentos, a veces sostenido en la equidad pura, otras en la justicia intrínseca que proviene del obrar honesto defraudado, también en la morosidad culpable, y en tantas otras cuestiones que originaban un procedimiento. Digamos que la idea era trabajar con la premisa de mantener el orden social haciendo justicia sin declaraciones jurídicas, sino dando a cada uno lo suyo.

Es en este tiempo cuando el conjunto de reglas tuvo referencia directa con el Derecho romano, donde la obra legislativa fue tras-

* Doctor en Derecho (UBA), Profesor titular de Derecho Procesal (UBA).

cendente. Basta con recordar a Justiniano[1] y desde allí observar la influencia que hubo en el diseño e implementación de los sistemas procesales que evolucionaron desde entonces. Ello sólo es elocuente y no necesita más explicaciones.

La historia del Derecho se ocupó de traernos información y síntesis crítica, pero no elaboró propiamente una teoría general del proceso, lo que fue lógico, desde que no era esa su finalidad. Perduró en la Roma imperial el rigor metodológico que siguió durante toda la Edad Media, cuando se refleja la influencia del *Corpus Juris Civilis*, y se consolida en torno al año 1100, cuando florece enérgica la pa-

1. Justiniano fue emperador bizantino desde los años 527 a 565. Nació en Iliria, en el seno de una familia de origen humilde, y se educó en Constantinopla. Fue nombrado cónsul y asociado al trono por su tío Justino I. En el año 518 fue administrador del emperador Justino, que le nombró su sucesor. Se casó con Teodora (523), antigua bailarina de circo y prostituta; su padre había sido custodio de animales salvajes en el anfiteatro de Constantinopla. Se rodeó Justiniano de un estrecho grupo de colaboradores, entre los que destacan Triboniano o Belisario. Al fallecer Justino, en el año 527 fue elegido emperador. Gracias a los relatos de Procopio conocemos los deseos de Justiniano de alcanzar el esplendor de la Roma Imperial, motivo por el que realizó toda la amplia serie de campañas exteriores. Comenzó una política tendente a la restauración del Imperio romano, cuya parte de Occidente se había perdido con las invasiones de los pueblos bárbaros en el siglo V. La frontera oriental del Imperio estaba asegurada por la paz eterna firmada con Persia en el año 532. Un ejército imperial inició la marcha en el año 533 contra el reino vándalo del norte de África, reincorporando esta zona al Imperio en el 534. Otro ejército atacó, en el año siguiente, a los ostrogodos establecidos en Italia; resistieron durante veinte años. Una tercera campaña militar realizada contra los visigodos, reconquistó el sureste de la península Ibérica. El Imperio requería un sistema legal uniforme. Una comisión imperial, presidida por el jurista Triboniano, trabajó diez años para recopilar y sistematizar el Derecho romano. Su trabajo, conocido como *Código de Justiniano* y promulgado en el 534, se incorporó al enorme *Corpus Juris Civilis* (Corpus de Derecho Civil); en él se reunían todas las constituciones de los emperadores romanos desde Adriano (117-138 d. C.) hasta la fecha de su publicación; y fue actualizado mediante la adición de nuevas leyes o *Novellae*. Las otras dos partes que componían el *Corpus* eran el *Digesto* o *Pandectas* y las *Instituciones*, manual para estudiantes de derecho. Esta codificación constituye aún la base legislativa en muchos países de Europa. Se acentuó la autoridad sagrada del emperador, eslabón entre Dios y el pueblo que le estaba confiado. Esta autocracia imperial se manifestó en un suntuoso ceremonial, heredero del esplendor romano al que se añadió la pompa oriental (persa). Bajo el reinado de Justiniano I se desarrolló la conocida como "primera edad de oro del arte bizantino", que luce en las iglesias de Santa Sofía y de San Sergio y Baco, en Constantinopla (hoy Estambul, Turquía), así como en la iglesia de San Vital, en Ravena (Italia). Falleció en Constantinopla.

sión por las instituciones romanas. Inclusive, se llega a hablar de una segunda época del Derecho, o de dos historias del Derecho romano: la de la Antigua Roma y la segunda en el mundo medieval.

1.2. En cambio, el fenómeno era desigual en los germanos. El procedimiento no tenía el mismo lineamiento que el romano. En la Edad Media el sistema judicial fue diametralmente distinto al racional, que se elaboraba desde las normas del Imperio, porque dominaban juicios divinos e invocaciones supremas de corte místico.

No había procedimientos por cuestiones, sino enjuiciamientos comunes para lo privado y lo público, lo civil o lo penal. Es un proceso entre partes, configura casi una lucha de intereses. El trámite es oral y público, completamente ocupado de ritos y solemnidades, muchos de ellos de carácter religioso[2], como fueron las "Ordalías". Además, contra la sentencia no había recursos, lo que era lógico si consideramos que el fallo era producto de la voluntad divina.

En el siglo XI el proceso longobardo, constituido desde el *Liber Papiensis*, que compone una suerte de colección de leyes dictadas durante más de cuatro siglos (desde el Edicto de Rotario [año 643] hasta Enrique II de Franconia [1054]), comienza a transformar el sistema y a generar en la Universidad de Bolonia un creciente interés de los glosadores. La innovación más importante se alcanza en la prueba, que se torna racional abandonando deidades. Un gran cambio fue la incorporación de testigos como medios de verificación y convencimiento.

Esta reacción del Derecho germano es la fuente que toman los glosadores para deducir del Derecho romano la penetración en el proceso judicial. Primero se analizó el *Corpus Juris Civilis*, y de cada conclusión se extraían consecuencias. De ellas se toman disposiciones que trascienden y llevan a dictar ordenamientos jurídicos propios, como sucede en Bolonia y Verona (1395), que tienen a la

2. La invitación a comparecer ante el tribunal, formulada por la parte demandante ante testigos, se llamaba *mannitio* y era el acto inicial del proceso que, como dice Brunner, era esencialmente público y oral y descansaba por entero en el principio acusatorio, de manera que estaban abandonadas a las partes la iniciación y la continuación del proceso; apareciendo, así, como su cúspide lógica los contratos procesales entre los litigantes. La autoridad del tribunal era muy limitada y en parte venía a quedar sustituida por la coacción jurídica del formalismo (cfr. *Historia del Derecho Germánico*, p. 24, Labor, 1936, p. 24).

doctrina de Accursio con valor de fuente supletoria. Lo mismo llega a España, con la sanción de las Leyes de Toro.

En suma, la glosa y los comentarios adquirieron una extraordinaria influencia, que permitió a Chiovenda decir que "esta elaboración ha sido el principal factor del injerto, sobre todo, de instituciones germánicas en el tronco romano"[3].

1.3. En los comienzos del siglo XIX Savigny publica su famosa *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, dedicando varias páginas a estudios de naturaleza procesal. Para Chiovenda, el autor es jefe de la escuela histórica, y le asigna el mérito científico de haber coordinado los estudios históricos con los procesales, y más precisamente, de las relaciones entre el germanismo y el Derecho romano. Para él, la aplicación de este método al Derecho Procesal fue obra de los discípulos de Savigny. Primero, Bethmann-Hollweg, que trazó en 1821 el programa en una conocida prelación a la primera edición de su *Esquema de lecciones*.

Bethmann-Hollweg afirma, precisamente, la importancia del elemento germánico como modificador del romano en el proceso: la inmisión ocurrió en las tierras romanas invadidas por la gente y por el Derecho germánico, parte por obra de la costumbre, parte por obra del Derecho canónico impregnado a su vez de germánico: el proceso extranjero recibido en Germania, al final de la Edad Media y que subsistió allí como proceso común hasta nuestros días, es precisamente el resultado de la fusión de los dos elementos[4]. En 1834 se edita otro volumen que llama *Manual del proceso civil*, mostrando que la doctrina empezaba a abordar al proceso como una institución de contenidos singulares; por entonces ya se contaba en Alemania con la Ordenanza Procesal civil de Baden (1831), que marcó el punto de partida para una serie de legislaciones con signo propio, que llevaron a la idea de unificar los sistemas, objetivo alcanzado con la ZPO de 1877.

La curiosidad sobre el Derecho romano, y más precisamente la exégesis de la legislación, motivó a la doctrina, y especialmente

3. Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, Tomo I, p. 14, Reus, traducción de José Casais y Santaló, 1977.

4. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil*, Tomo I, pp. 301 y sigs., Ejea, 1949. (Capítulo: "Romanismo y Germanismo en el proceso civil").

a los *Pandectas*, a realizar una tarea distinta a la de los glosadores y posglosadores. Antes que interpretar hacen propuestas que avanzan creando nuevos emplazamientos.

Por ejemplo, con la polémica entre Windscheid y Muther, se trazan distancias entre el Derecho Privado y el Derecho Público que, dicho en términos dogmáticos, dan las bases para reconocer un derecho subjetivo y un derecho de acción ante la justicia (1856/7); después, Bülow (1868) observará la relación que suscitaba el proceso con las partes en conflicto, estableciendo la "relación jurídica" de carácter procesal, que ampliará Köhler (1888) en un trabajo específico sobre ello. Así se llega a Adolf Wach (1885), que elabora una teoría sobre la acción y el derecho a la tutela jurídica que va a influir en Chiovenda, al punto de que sea éste quien lo reconozca como maestro e inspirador[5].

En definitiva, el Derecho Procesal como ciencia admite tener raíces en el desglosamiento del Derecho romano que hace la doctrina germana. Con ello, enaltece la investigación y amplía horizontes.

Pero hay otra visión para el nacimiento científico, que comienza con una reversión de los objetivos particulares de cada proceso, estableciendo un cambio de perspectiva para seguir diciendo que todo era una lucha cerrada entre dos litigantes; el cambio sucede al focalizar en el juez el eje central del debate jurídico, imponiendo la figura del director de un proceso que, ahora, regresaba a las fuentes del Derecho romano, pero creando una serie nueva de principios y reglas.

2. La buena fe como base del sistema dogmático

2.1. En los comienzos de este recorrido histórico, la buena fe constituye un hito de partida. El Derecho romano entendió que el *honeste procedere* no podía desfigurarse con manifestaciones mendaces

5. Cuando Chiovenda evoca a Wach (necrológica publicada en 1926 por la *Rivista de diritto processuale civile*), sostiene que los tres ilustres forjadores de la ciencia procesal son Oskar Bülow, Kohler y Wach. De Oskar Bülow dice que fue el primero en proporcionar a esta ciencia una sólida base dogmática y sistemática poniendo los fundamentos de la doctrina de la relación jurídica procesal. Poco después lo siguió Kohler, que dio a esta doctrina un amplio y orgánico desarrollo, absolutamente lleno de geniales intuiciones, de clarísimos fenómenos que antes no habían sido observados. Adolf Wach construyó sobre la misma base su sistema, pero lo integró con la nueva doctrina de la acción.

o con alegaciones falsas. El *advocatus* que conocía el Derecho era el mediador entre el sujeto que clamaba por lo justo y el juez (pretor, y después, magistrado), que escuchaba razones para resolver según su leal saber y entender. La mendacidad se castigaba duramente, y la violación a la *bona fides* hacía perder todo derecho. Cuando la mentira estaba en testigos, la pena fue grave e inmediata.

Esta regla de obrar con lealtad y buena fe se transmitió a toda la legislación del imperio, y continuó por mucho tiempo, hasta que Savigny deduce que el proceso es una lucha entre iguales. El Derecho es el arma que luce el guerrero y el resultado siempre será dirimente, habiendo un ganador y un derrotado.

2.2. El principio de la buena fe, aplicado en estos términos, renovó la discusión sobre la necesidad de obrar con lealtad y probidad, cuando se advierten los desatinos de la conducta de las partes, y las exageradas posibilidades de exceso que les facilitaba el principio estricto de bilateralidad y contradicción.

Es, entonces, cuando se presentan principios cardinales para todo proceso. Tratan ellos de ordenar las bases de esa igualdad procesal que, llevada a la práctica, resultaba pura ilusión. Si el proceso era lucha no ganaba el de mejores armas (derechos) sino el más hábil, el de mayores destrezas, o sencillamente el más fuerte.

Con ello queremos reflejar una primera conclusión: la buena fe es exigible en el ejercicio de cualquier acción y de cualquier derecho. Este principio fundamenta cualquier ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de la cultura.

Por eso, ni el individuo que acude al proceso para solucionar su conflicto ni el abogado que dirige esa realización se pueden mostrar desinteresados de esas notas que vienen a ser constitutivas de una regla de convivencia; y es así que la buena fe procesal destaca el íntimo parentesco que existe entre la moral y el Derecho[6].

2.3. Ahora bien, la cuestión sobre el alcance que tiene este deber de comportarse a tono con un principio general del Derecho, necesita de adecuaciones al medio donde se desarrolla y exige. Porque si el

6. Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia en el proceso*, pp. 78 y sigs., Rubinzal Culzoni, 2ª ed., 2002.

proceso civil se colige como un problema entre partes donde un tercero actúa solamente para decir el derecho que a cada uno le corresponde, y en el que tras el devenir del conflicto resulta un ganador y un derrotado; con este emplazamiento, el principio de buena fe sería nada más que una regla del juego. En cambio, si el proceso se mide por su eficacia y trascendencia, no habrá que analizar únicamente la victoria de uno o el sinsabor de otro, porque la sociedad toda estará interesada en ese resultado, y la buena fe entre partes será un principio ético a cumplir; pero deducir de ello que el principio de moralidad (por ahora, como sinónimo de la buena fe en el proceso) alcance al ejercicio de derecho de defensa puede ocasionar disfunciones, en cuyo caso es mejor interpretar que la regla pervive para evitar situaciones de abuso (*con* el proceso o *en* el proceso).

No hay que perder de vista, en ambas situaciones, que el proceso es antes que un método de debate, una *garantía fundamental* del hombre que encolumna, tras las condiciones del debido proceso, un conjunto de reglas y principios que acondicionan la seguridad del Derecho.

Está claro, así, que establecer en los procedimientos un sistema punitivo es un contrasentido con el mismo mecanismo de funcionamiento del proceso. Obsérvese, por ejemplo, cómo se presentan los hechos (donde muchas veces la verdad queda sorteada por la alegación de versiones), se ofrece y desarrolla la prueba (confirmando versiones o demostrando verdades alegadas, pero reacia a buscar la certeza absoluta), y se concreta la sentencia (donde el juez está obligado a respetar el principio de congruencia y resolver *secundum allegata et probata*).

En pocas palabras, ¿cómo se puede exigir a las partes una conducta monacal, cuando la técnica procesal es un juego de ficciones?

Por eso, postulamos la necesidad de esclarecer y delimitar el principio general de la buena fe como fundamento del ordenamiento jurídico, de los distintos modos en que aparece en el curso del proceso; pues no se trata de buscar su consagración en una norma jurídica positiva, sino de encontrar un rigor conceptual que dibuje los rasgos definitorios, que entrelace los parentescos que se definan y que, en suma, evite el desprolijo entender la buena fe, el abuso del Derecho o el fraude a la ley, como figuras de una misma entidad.

2.4. De otro modo, existen riesgos que no siempre se quieren correr. El primero es convertir al proceso en lo que no es, porque si

se aplican reglas de cortesía y honestidad exigible a las partes, habría que cambiar sortilegios ambivalentes como establece la escritura, que convierte las afirmaciones volcadas en el papel en lo único que se puede atender, porque de otro modo, "no está en el mundo". Así las cosas, mientras las partes luchan entre sí con lealtad, probidad y buena fe, en concreto lo hacen en un juego sofista donde la realidad es distante y la confianza de la gente prácticamente nula.

Otro riesgo es transformar al magistrado en un árbitro del espejismo de lealtad y un represor de la infidelidad con las reglas. Establecido este criterio, habrá que eludir numerosas posibilidades de defensa que pueden verse como excesos en su ejercicio (v. gr.: recusación sin causa, desconocimiento de la firma que es propia, recursos insistentes, planteos insustanciales, etc.).

Nosotros creemos que el principio de buena fe en el proceso puede ser entendido como un *hecho* (creencia de obrar con derecho) o como un *principio* (lealtad y probidad hacia el juez y la contraparte), teniendo explicaciones diferentes.

En lo sustancial, el primer aspecto se releva como *buena fe subjetiva*, y consiste en la convicción honesta de obrar con razón y sin dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho. Mientras que el segundo se relaciona con la *buena fe objetiva*, que se visualiza en las conductas, como comportamiento de fidelidad, que se sitúa en el mismo plano que el *uso de la ley*, es decir, como cita De los Mozos, adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial[7].

Llevado al proceso civil, estas tendencias muestran que la conducta de las partes puede leerse también en dos sentidos. Por un lado, habrá que custodiar el desempeño en base a una regla de conducta inspirada por la buena fe, que supone esperar que los litigantes se desempeñen con lealtad y probidad. Este aspecto no tiene presupuestos ni condiciones, porque es un principio amplio que, en el terreno procesal, podríamos denominar como *principio de moralidad*.

7. De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe*, pp. 18 y sigs., Bosch, 1965.

2.5. Por otro sendero transita la interpretación de los comportamientos, para advertir si la creencia de actuar asistido de razón es sincera y sin intenciones malignas o dolosas. Estas acciones obligan al juez a estudiar las conductas y derivar sanciones cuando entiende que con aquéllas se incurre en abusos, como son las acciones temerarias (actuar a sabiendas de la propia sinrazón) o maliciosas (conductas obstruccionistas del orden regular del proceso). Aquí se expresa como una facultad jurisdiccional, o poder disciplinario del tribunal.

Este dualismo se refleja en los códigos latinoamericanos y se expande como tendencia dominante, donde el principio de moralidad del proceso establece un deber genérico que obliga a los sujetos procesales a cumplir con las reglas de conducta derivadas del principio de buena fe; y sancionando las acciones abusivas de esa regla, tornando, así, la creación de un nuevo principio procesal que sería la prohibición de ejercer *abuso procesal.*

El Derecho, en general, tipifica las conductas de los hombres pretendiendo en su contenido que aquéllos se ajusten a las normas dispuestas, amparando con su protección a los que coinciden en el cumplimiento y sancionando a los infractores.

Esta lógica de las relaciones jurídicas provoca el natural encuentro de los hombres en el tráfico, en la convivencia diaria y en toda la variedad que produce la comunicación humana. Es natural pensar que estas vinculaciones se ligan bajo el principio de la *buena fe - creencia*, es decir, que el desenvolvimiento cotidiano se entrelaza por las mutuas conciencias de actuar conforme a Derecho.

2.6. Pero además, el principio de la confianza tiene un elemento componente de ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad de las relaciones. Ambos no se pueden separar. Deviene, así, conmutable con estas ideas el segundo principio donde asienta el intercambio social*: la buena fe - probidad*, o conciencia de obrar honestamente.

Transportadas al proceso estas deducciones del comportamiento, resulta difícil aplicarlas estrictamente en la medida que el marco donde la conducta se desenvuelve es absolutamente diferente. Mientras en el negocio jurídico se parte de la base de la confianza, en el proceso de familia la característica esencial es lo contrario. En términos estrictos, significaría enfrentar un adversario y derrotarlo, pero esto es inasible para la transformación que queremos funda-

mentar en este capítulo, dentro de la obra homenaje al diario El Derecho.

3. Los principios del proceso civil

3.1. Si la buena fe es una plataforma común, veamos cuándo nacen los principios procesales y cómo se fueron reformulando.

A fines del siglo XIX surgen desde el Derecho germano los principios del proceso civil. Básicamente eran:

a) *Principio dispositivo*: tomado del axioma romano *nemo iudex sine actore,* según el cual solo puede peticionar ante los jueces el que tiene la propiedad del derecho afectado; es él quien indica a quiénes emplazar para ser demandados; y delimita el objeto a resolver. Obvio resulta así que no puede el juez promover de oficio una causa judicial (*ne procedat iudex ex officio*).
b) *Principio de congruencia:* también proviene del Derecho romano que señala el deber del juez de resolver conforme con las pretensiones de las partes (*iudex debet iudicare secundum allegata et probata*), sin poder apartarse de lo pedido, dando más, menos, o cosa diferente. De hacerlo, constituyen vicios de la sentencia que pueden originar su nulidad.
c) *Principio de la carga de la prueba:* este es un estadio más avanzado de la técnica; le impone al que afirma demostrar la verdad de sus dichos y la razón de tener derecho a una sentencia favorable. El que afirma debe probar, es un principio que está en los códigos decimonónicos y que hoy pervive con muchas flexibilidades.
d) *Principio de la cosa juzgada*: que razona sobre la idea de ver en el proceso una cosa de partes; se funda en la bilateralidad y por eso la sentencia construye una verdad declarada solo para quienes fueron partes en el litigio.

3.2. Los principios procesales son guías de conducta. No constituyen paradigmas sino valores. Inclusive no faltan quienes le asignan un rol normativo con base en el derecho natural, y por eso la utilidad como estándares de integración. Agrupados, representan una estructura deontológica pues señalan un "deber ser", y tienden a mejorar las instituciones y el funcionamiento pleno del proceso jurisdiccional.

En su aplicación no constituyen máximas inflexibles, pues toleran adaptaciones siempre que no afecten los contenidos esenciales, o el "mínimo indisputable". Esta flexibilización depende de cierto casuismo, aun cuando es posible trazar algunas pautas comunes.

Las diferencias dependen del destino previsto. Hay principios generales para la eficacia procesal que se aproximan a las garantías e, inclusive, suelen confundirse; y hay principios previstos para la regularidad del procedimiento, que algunos reconocen como reglas.

Por eso están los que corresponden al "acceso a la justicia", que se controlan con los presupuestos procesales de admisión y a través de las excepciones y defensas que las partes pueden hacer valer. De este modo, los conflictos de legitimación se presentan como enunciados normativos, de manera que puede actuar como *regla* (legitimación *ad causam* y *ad processum*) o como *principio* (*Toda persona tiene derecho a ser oída ante un Tribunal independiente e imparcial*), dejando en los jueces la solución del estándar.

Otros *principios* derivan de garantías generales, como los relativos a la organización jurisdiccional, los que conciernen al juez y los que pertenecen a las partes. Por ejemplo, la *unidad de jurisdicción* es un presupuesto político constitucional que significa sentar las bases mismas del funcionamiento judicial, de tal modo que sería inusitado imponer variaciones prácticas. Lo mismo respecto al *principio de exclusividad* jurisdiccional, que supone establecer la posibilidad de dictar pronunciamientos definitivos solamente en jueces y tribunales del Poder Judicial; criterio muy cercano a la garantía del juez natural.

Respecto a las partes, la bilateralidad y contradicción testimonian el paralelo entre la garantía de defensa en juicio, y el principio que dimana del antiguo brocardo *audiatur et altera pars*, o lo que es igual: "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Aquí las elasticidades son posibles, desde que la misma instalación del sistema piensa en la posibilidad de resolver sin oír a la parte afectada, cuando la situación es manifiestamente clara y existe peligro fáctico si la decisión se demora; o cuando se facilita la ejecución provisional de la sentencia pese al derecho al recurso o doble instancia, etc.

3.3. Hay otros casos donde se ilustra la plasticidad de los *principios procesales*. En el principio dispositivo, por ejemplo, la iniciativa probatoria del juez no restringe ni altera la pertenencia del

proceso[8]; con el principio de congruencia se dan similares extensiones, aumentadas considerablemente cuando se analiza el tipo de proceso tramitado (v. gr.: la cosa juzgada no puede ser igual en los procesos constitucionales; el límite subjetivo también es mayor en las acciones colectivas; el amparo como acción de clase aumenta el alcance objetivo, etc.)[9]; con el principio de legalidad formal las correcciones son permanentes.

Algunos dirán que es un riesgo muy grande el que se corre, dejando en manos de la interpretación judicial la plenitud práctica de los principios; sin embargo, podría señalarse que hay *prohibiciones expresas* (la indefensión total de la parte) enmarcadas como un derecho fundamental propio del debido proceso, esté o no constitucionalizado internamente. Existen *pautas necesarias* que actúan con márgenes de acción (v. gr.: el principio de congruencia) controlables; y *solemnidades o formas* que son *disponibles* para el juez y las partes con cierta discrecionalidad (v. gr.: objeto, plazos, etc.)[10].

8. Opinión que no es compartida por toda la doctrina. El denominado "garantismo", sostiene en la palabra de Benabentos: "[…] En el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego" (Benabentos, Omar A., *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, p. 78, Juris, 2001). Sobre esta argumentación se agrega que los jueces inspirados en la publicización, en realidad, esconden un autoritarismo manifiesto que se hace mucho más evidente en los procesos penales.

9. En este sentido, Gozaíni, Osvaldo A., "El alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos", en *La Ley*, 2005-F, 626. También destacando expresamente la necesidad de repensar el principio de congruencia con motivo de los nuevos desafíos planteados frente al conflicto colectivo, Hitters, Juan Carlos, *Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005. Por todos, Verbic, Francisco, *Procesos Colectivos*, Astrea, 2007.

10. Recordaba Véscovi: "[…] Las partes pueden, además, *disponer*, no solo de los actos procesales, sino del propio proceso, esto es, de los derechos (sustanciales) planteados a través del mismo; ya sea el actor *desistiendo* de su pretensión; el demandado *allanándose* a la misma, realizando una *transacción*, en la cual ambos se hacen concesiones recíprocas o, también, pueden abandonar el proceso sin proseguirlo, lo que, pasado un tiempo, produce su *caducidad* (perención) […]" (Véscovi, Enrique, *Manual de derecho procesal*, p. 64, Idea).

3.4. En el resumen y simplificación se puede observar que los *principios procesales* clásicos tienen interpretaciones poco coincidentes en la doctrina y la jurisprudencia. Justamente, los cuatro presupuestos que mencionamos encuentran asimetrías notorias, según lo aplique la corriente denominada "garantista" (el proceso es cosa de partes; el juez solo resuelve y dirige la igualdad de armas y de oportunidades; el deber principal es mantener, en todo tiempo y condiciones, la imparcialidad judicial; la prueba es un deber del que afirma; y no son posibles poderes jurisdiccionales que puedan disponer ninguna variación. Estos son algunos de los presupuestos mínimos que se manifiestan)[11]; o el activismo procesal, también nominado como publicismo (que ve al proceso como una cuestión de naturaleza pública, dirigido por el juez desde el comienzo de la instancia, con amplios poderes y deberes de instrucción)[12].

Las desigualdades son notorias y los enfrentamientos constantes desorientan al justiciable, y a todo aquél que quiere opinar sin los mínimos conocimientos de estas teorías enfrentadas.

4. Las reglas del proceso civil

4.1. Hay dos formas de mirar el funcionamiento de las reglas procesales. Una, que atiende lo estricto y condicionado que emana de ellas, que impide apartarse de lo determinado por el ordenamiento. Y otra de carácter valorativo, que exige observar la aplicación práctica de la regla para advertir si ella es justa o puramente formal.

El código procesal es un conjunto de reglas, y como tal, conforma una estructura de cumplimiento obligatorio que pretende afianzar la seguridad y previsibilidad en la relación jurídica que crea una controversia judicial; los mandatos impuestos orientan sobre distintas cuestiones que tanto el juez como las partes deben respetar.

Frente a tal criterio se alza la opinión de quienes argumentan que las formas no convierten a los programas de acción en algo inquebrantable y definitivo que sirvan para fomentar un parasistema

11. Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, *El garantismo procesal*, Adrus, 2010.

12. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Problemas actuales del Derecho Procesal. Activismo vs. Garantismo*, Fundap, 2002.

deformante y desnaturalizador del objetivo primordial, que es lograr la eficacia de las instituciones[13].

La dicotomía que presentamos enfrenta el modelo propuesto como sistema o método para el debate judicial, con las correcciones que exige una práctica activa. Es la confrontación entre el "deber ser" y la teleología que llega de los principios y garantías.

4.2. El problema a superar surge de la propia neblina en que se encuentra la distinción entre *principios* y *reglas*, que al efecto no se puede simplificar con un núcleo abierto o cerrado entre teorías. La cuestión se agudiza cuando la diferencia se quiere encontrar con los modelos de procedimiento, porque los objetivos difieren, al no ser igual sustanciar un proceso civil, otro penal, administrativo, fiscal, laboral, o la gran innovación que trajo el Código Civil y Comercial para el proceso de familia.

La inmovilidad de las reglas puede confrontar con los principios generales, y cuando se establecen parámetros como el siguiente: *Si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si* aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del *Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*, fácilmente se colige la posibilidad de su interpretación.

La versatilidad se puede mostrar con algunos ejemplos. La regla que establece el derecho de defensa en juicio permitiría que un litigante use todas las posibilidades que el código le permita para ejercer legítimamente tal facultad; sin embargo, la actividad puede resultar abusiva y violentar el principio de moralidad (regla moral en el proceso)[14]; también puede ocurrir que una regla sostenga los

13. Cfr. Berizonce, Roberto Omar, "El proceso civil: Modelo teórico y realidad", en *Derecho Procesal*, trabajos presentados en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal, pp. 257 y sigs., 2005.

14. En nuestra obra *Temeridad y malicia* destacamos algunos ejemplos de ello: 1. La defensa sostenida en motivos inocuos o de manifiesta ilegitimidad, conforma un abuso de la jurisdicción toda vez que a lo único que tiende es a postergar una decisión consabida; 2. Quien reitera un planteo de recusación con causa contra el Juez actuante, insistiendo en que existe la causal invocada y que fuera anteriormente resuelta en forma adversa por la Alzada, demuestra una conducta obstruccionista que persigue un fin meramente dilatorio, tanto más cuanto se la deduce antojadizamente y con deleznables fundamentos, que importan una falta contra la autoridad y dignidad del magistrado; razón por la cual, la recusación debe ser desestimada

tiempos del proceso, y que ellos mismos conspiren con la celeridad y rapidez que pide una *garantía* (v. gr.: art. 8º, Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto al plazo razonable), o con la economía que requiere un *principio*; o bien, que se establezca la identificación de litigantes allí donde el alcance de la cosa juzgada es difuso (v. gr.: procesos colectivos).

Es evidente, así, que hay reglas inalterables, otras que permiten movilidad y algunas más que necesitan interpretarse para que consigan su eficacia práctica. Con tino se dice que no hay estándares que sirvan para orientar sobre la preferencia de una regla por sobre los principios, o viceversa; pero que existen dos orientaciones cardinales que son de irrestricta vigencia: *la igualdad de las partes* y *la imparcialidad del juzgador*[15].

En uno y otro caso aparecen limitaciones propias del camino que se quiera transitar. Cuando la garantía es concreta (v. gr.: imparcialidad del juzgador) no es posible encontrar alternancias en las reglas que lo aplican (v. gr.: causales de excusación); si la trama

---

y calificada de maliciosa; 3. Cuando la memoria de agravios es técnicamente inatendible y revela superficialidad y ligereza; 4. O bien, cuando existe abandono del proceso evidenciado en la desidia para efectuar las pruebas ofrecidas, indicio de íntima admisión sobre la insostenibilidad fáctica de la construcción argumental fundamento de la demanda, y a la desatención de la incomparecencia a la citación personal del juzgador, ocasiones en las cuales los resortes morales de delicadeza y de pudor hubieran impuesto admitir soluciones simplificadas y expeditivas del conflicto carente de andamiento, vía procesal económica que de esa manera fue obstruida; 5. Si el demandado reconoce la existencia tanto del vínculo jurídico que lo unía al actor como de la deuda, pretendiendo, luego, sin ningún apoyo probatorio que ésta fue saldada. En este aspecto, la malicia estriba en la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y en el empleo de facultades que la ley otorga a las partes en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y mala fe.

15. Alvarado Velloso, Adolfo, "La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil", en *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, AA. VV., coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, p. 286, Editorial Jurídica de Chile, 2007. Con mayor apertura dice Taruffo que, en la aplicación de principios, el juez tiene un papel protagónico o creativo que puede ser formador de reglas, de ahí la imperiosa necesidad de justificación, pues el ejercicio de ese poder "solo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional de las decisiones adoptadas" (Taruffo, Michelle, "La giutificazione delle decisión fondate su standards", en *L'Analisi del racionamiento giuridico*, dir. Comanducci, Paolo – Guastini, Ricardo, p. 314, Giappichelli, 1989).

diseña un ritual determinado, el juez puede alterar ese camino[16]; y si los principios trabajan sobre presupuestos lógicos pensados para un modelo determinado, la adaptación con las exigencias del caso es una potencialidad[17].

4.3. En suma, las *reglas procesales* están previstas en función de un sistema inspirado en principios y garantías que propician desarrollar el proceso judicial conforme un modelo que sigue y en el que se fundamenta. En el Derecho Procesal Penal el vínculo con el Derecho Constitucional se ha ido estrechando desde hace tiempo, al punto que muchos principios provienen de las cartas superiores y del derecho transnacional (v.gr.: art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que evitan debatir sobre la eficacia o ineficacia de una garantía, un principio o una regla.

Pero esa vinculación aun no es tan explícita en el Derecho Procesal Civil, provocando la discusión que debe resolver si la variación de las reglas conspira con el debido proceso, o si justamente, para consolidar el debido proceso, es necesario actuar sin el formalismo ritual[18].

16. En esta línea, afirmamos en nuestro *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, pp. 88 y sigs., Rubinzal Culzoni, 2004, que la tarea consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (v. gr.: un plazo), o sustancial (v. gr.: dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (v. gr.: extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes). La justicia suele presentarse como "de acompañamiento", donde la razón de la crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social.

17. La polaridad es ideológica. Por ejemplo, dice Alvarado Velloso que "[…] el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a Maquiavelo: *el fin justifica los medios*" (Alvarado Velloso, Adolfo, "La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil", en *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, AA. VV., coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, p. 286, Jurídica de Chile, 2007).

18. No queremos olvidar que las reflexiones provienen de larga data y de los mejores cultores de nuestra ciencia. Por el caso, el siempre vigente Couture ha dicho: "[…] El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma […]. El juez

5. Las garantías

5.1. Las garantías se imprimen inclaudicables y permanentes; las leyes de procedimiento son guías a seguir, pero pueden ser descifradas por los jueces, quienes pueden actuar, inclusive, *contra legem.*

El texto normativo mayor de un Estado funda el poder y lo limita. Establece deberes, derechos y garantías que definen y caracterizan una clase de organización política, y al mismo tiempo impone el principio de la supremacía constitucional.

El Estado constitucional suple al Estado de Derecho, o como dice Alexy, "[…] en el constitucionalismo contemporáneo hay más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más Constitución que Ley"[19].

La interpretación le dio protagonismo a la actuación de los jueces, y en orden a los principios procesales significó facilitar cierta permeabilidad que eludió la rigidez de sus preceptos.

La supremacía de la Norma Fundamental permitió trabajar con normas de diferente registro, donde, por ejemplo, el derecho a la sentencia fundada en ley podía suplirse con la motivación suficiente. Es decir, la sustitución de la ley por la razón, lo objetivo por lo razonable.

5.2. No pasó mucho tiempo para que el juicio de ponderación construyera nuevas "reglas" (v. gr.: el debate litigioso en base a la lealtad, probidad y buena fe de las partes), las que regresaron el circuito a las leyes que las establecieron, y a las garantías que se fijaron.

Los *principios* surgen de las leyes, es cierto, lo cual significa que sirven o deben servir para delinear los presupuestos políticos de un ordenamiento procesal; a su vez, las *leyes* son producto de su tiempo, por lo que no pueden permanecer invariables evitando la modernización o la justa transformación. Por su parte, las *reglas* son

---

servil al Poder Ejecutivo no es el que quiere la Constitución; el juez demagogo no es el juez idóneo que aquélla promete; el juez cuyos fallos son desobedecidos por los órganos encargados de cumplirlos es todo lo contrario de un juez; el juez sin responsabilidad por sus errores y culpas no ofrece el mínimo de seguridad que la Constitución anuncia […]" (Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, pp. 21/22, Lexis Nexis, 4ª ed., 2003).

19. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, p. 160, Gedisa, 1994.

cerradas e inmodificables porque indican cómo se juega a tal cosa, mientras que los principios son abiertos porque dependen de muchos imponderables (v. gr.: principio de congruencia).

5.3. Cuando se exponen los principios generales de un proceso cualquiera, cada uno de ellos se puede vincular con una regla constitucional. No se trata de señalar que todos los principios son garantías, ni que todas las garantías sean reglas inalterables, sino de analizar su operatividad y aplicación específica.

Como punto de partida debemos estudiar si las "garantías" son inmutables; si los "principios" son invariables, y si las "reglas" admiten alteraciones.

En el marco de la evolución señalada, el tiempo del positivismo a ultranza evitó cualquier apartamiento de las normas; con la constitucionalización se privilegió el rigor de los principios, pero se permitió la interpretación en el caso concreto, dando lugar al juicio de ponderación.

El juez pasó a ser el legislador del caso concreto, y su actividad dio lugar a una jurisprudencia creadora que impactó en las instituciones del proceso. El principio de preclusión, por ejemplo, quedó revertido para ser resuelto con justicia a pesar del rigor de su emplazamiento formal[20]; lo mismo sucedió con la aplicación concreta de otros principios, como el de perentoriedad de los plazos, donde

20. La Corte nacional argentina debía resolver en el llamado "Caso Colalillo" si, a la fecha del accidente, la demandada carecía o no del registro habilitante correspondiente, a cuyo fin se habían ofrecido como pruebas las constancias del acta policial labrada en la ocasión del accidente, de las que surgía que en el momento del hecho el conductor "carecía de registro". El accionante, a su vez, solicitó que se librara oficio al Intendente municipal de la ciudad de Buenos Aires a fin de que informara si en los registros de la municipalidad, Dirección General de Tránsito de la misma, figuraba extendida la habilitación para la conducción de vehículos automóviles a nombre de la persona que realmente conducía el vehículo del actor en el momento del accidente. Reiterado el oficio por falta de contestación del primero, la Dirección de Tránsito manifestó que había demorado la contestación treinta y siete días con motivo de la búsqueda realizada en los registros respectivos y que no le era posible informar porque "los padrones y ficheros de conductores habilitados se llevan por el número de la respectiva licencia y no por el nombre y apellido de sus titulares".

La sentencia de primera instancia, haciendo mérito fundamental de que el accionante no había probado que el conductor tenía registro habilitante en el momento del accidente, desestimó la demanda. Fallo que la Alzada confirmó.

también se sigue la línea de excepción que señalamos; o cuando se interpreta el principio de eventualidad en orden a la conducta procesal desenvuelta[21].

En suma, el activismo judicial genera una jurisprudencia innovadora que, en algunos casos, no está bien vista al ser, de algún modo, reaccionaria y contrapuesta con las reglas previstas. En cambio, otros alientan y elogian esa actitud que evita el estancamiento y pone al día los principios con la justicia del caso.

5.4. Quizás la raíz de la polémica se asiente en la seguridad que proviene de las garantías, los principios y las reglas, pues hay en ellas demasiadas zonas de penumbra como para trabajar con la claridad que prometen. De suyo, el protagonismo judicial tampoco

---

Al llegar por recurso extraordinario al Alto Tribunal de la nación, se dijo: "[…] Que el caso presenta ciertamente características singulares. Y es propia de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios […] El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario, la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho […] Que en el caso de autos, la sentencia que rechaza la demanda omite toda consideración del documento oficial agregado a fs. 66, por razón de la oportunidad de su incorporación al juicio. Y aún cuando la solución del pleito puede depender de la existencia y autenticidad de la licencia en cuestión, el fallo se limita a comprobar la extemporaneidad de su presentación".

21. Aun cuando cupiera algún reproche en orden al deber de lealtad, probidad y buena fe, por estimarse abusivo el concreto ejercicio de la facultad procesal de negar los hechos afirmados en la demanda (en el caso, se negó que el actor hubiera ascendido al colectivo y obtenido el boleto), tales desconocimientos quedan obviamente sometidos a la prueba que se produzca. Siendo ello así, atento el principio de eventualidad, no puede entenderse que a raíz de esas negaciones fuera improbable la excepción de prescripción, identificando el precepto aplicable según la calificación jurídica correspondiente a los hechos invocados en la demanda (CNCiv., Sala C, 08/10/1991, "Pérez Filimón y otra c/ Dadona, Donato y otro", DJ, 1992-1-1077). Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal Culzoni, 2002.

resuelve la falta de certeza, pero le da otro significado y sentido a los elementos con los que trabaja.

Ahora bien, esa maleabilidad de los instrumentos, ¿le permite al juez alterar las garantías?, ¿puede afectar los principios? En su caso, ¿podrá cambiar las reglas del juego?

La respuesta probablemente tenga la misma dosis de inseguridad que tiene el planteo, pero en tren de afirmaciones, es preciso diferenciar cada situación.

En efecto, las *garantías* son reaseguros que no se pueden negar ni limitar. No se consiguen si hay insuficiencia o se cercena el empleo. Pueden ser muchas (las garantías) o una sola, como es el caso del proceso judicial (el proceso como única garantía). Cuando son diversas se confunden o entroncan con los *principios*, que algunos llaman "garantías constitucionales del Derecho Procesal"; si se singularizan se aplican como procesos específicos (amparo, hábeas corpus, hábeas data, o simplemente, procesos constitucionales) destinados a dar supremacía a la norma fundamental; pero si están referidos a *reglas* no se pueden transformar ni alterar (v. gr.: independencia judicial, imparcialidad de los jueces, sentencia fundada, plazo razonable, etc.).

En pocas palabras, las garantías son las piezas necesarias para que exista el debido proceso; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista[22].

5.5. De su lado, los *principios procesales* constituyen una suerte de máximas inquebrantables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares. No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común.

Por ejemplo, si la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, el conflicto principal está en la norma a interpretar antes que en la controversia entre partes. La función judicial es diferente (como

22. Ver el meditado voto de Sergio García Ramírez en la O/C Nº 16/1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal".

lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad, porque las posibilidades de los jueces constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación[23].

En definitiva, los principios procesales informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva. No son reglas del debido proceso porque forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez. Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse[24].

6. Conclusiones

6.1. El cierre resulta dudoso cuando la dogmática procesal está débil de contenidos en uno y otro sector. Hagamos otra hipótesis de trabajo: el proceso judicial, ¿es una garantía, un principio (debido proceso) o una regla (el procedimiento propiamente dicho)?

Nosotros ya nos hemos pronunciado respecto al primer planteo, afirmando ahora, una vez más, que el proceso es una garantía preexistente al conflicto y, como tal, actúa como un reaseguro para quien necesita formalizar una pretensión. Es una *garantía* que responde en el constitucionalismo al concepto formal de cómo se debe desarrollar un procedimiento, y cómo debe justificarse la decisión (principio de razonabilidad).

Es, asimismo, una *garantía* en el sentido del que hablaba Calamandrei, cuando indicaba cada una de las garantías que ofrece la actividad jurisdiccional (v. gr.: observancia de la ley, reintegrar el

23. Sostiene Couture que la enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse de forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones (Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, p. 312, Depalma, 1979).

24. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, p. 256, Rubinzal Culzoni, 2006.

derecho transgredido, ofrecer certidumbre y seguridad jurídica, restituir la vigencia del derecho afectado, constituir un estado jurídico, actuar preventivamente, etc.)[25]; y los requisitos básicos que consagra el debido proceso.

Ahora bien, si el proceso es una *garantía* es evidente que como herramienta constitucional o fundamental necesita estar cubierto de mínimos que afiancen o aseguren su eficacia.

Aparece, así, una proyección del proceso analizado en torno a su dinámica funcional. ¿Qué significa "debido"? El debido proceso, ¿es un principio fundamental?

6.2. Es verdad que el adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso.*

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

Con la aparición de los Derechos Humanos, el derecho al proceso exigió que fuera *con todas las garantías*, generando una evolución notable en el concepto. De ser un proceso legal basado en reglas y principios se pasó al proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, el debido proceso es una garantía autónoma cuyos contenidos son principios intangibles.

6.3. En los últimos tiempos aparece una nueva corriente que, sin alterar estas conclusiones, promueve la protección constitucional de

25. Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 141 y sigs.

los derechos fundamentales de naturaleza procesal[26]. No se trata de radicar toda la protección en el "debido proceso", sino en un *proceso rápido y expedito*; o exigiendo un *recurso sencillo y rápido*, o cualquier otro *recurso efectivo* (art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos); o un *procedimiento preferente* y *sumario* (art. 53.2, Constitución española); entre otras expresiones de similar o idéntico sentido[27].

El objeto de la hora es resguardar la protección procesal efectiva, el derecho al amparo, el también denominado "derecho a la jurisdicción", o el más usado y conocido como derecho a la *tutela judicial efectiva* desde el cual el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias singulares. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda de la verdad, sentencia razonada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etc.

Este desarrollo modifica las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto de que los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los

26. Natarén Nandayapa, Carlos F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, nº 358, 2006. Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Bosch, 1997. Fiaren Guillén, Víctor, "El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo", *Revista de la Administración Pública (RAP)* nº 89 (1989), entre muchos más.

27. Hay que diferenciar las "garantías judiciales" que porta, por ejemplo, el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, de la necesidad de consagrar un recurso especial para la defensa genérica de los derechos del hombre. En efecto, el artículo 8º no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. Este artículo 8º reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. La Corte Interamericana ha observado que la expresión "garantías judiciales", *strictu sensu*, se refiere a los medios procesales que "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho […], vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia". No obstante, el uso de la expresión "garantías judiciales" como título del artículo 8º de la Convención Americana ha favorecido el uso de este término para referirse genéricamente a los distintos requisitos enumerados en dicho artículo.

alcances de la protección procesal que tiene toda persona para conseguir la tutela judicial efectiva.

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de Pactos y Convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo[28].

Esta evolución impacta notablemente en el Derecho Procesal científico, y clama por una nueva emisión de principios y reglas (como lo hace el Código Civil y Comercial con el proceso de familia), donde las garantías tradicionales (independencia, imparcialidad, juez natural, derecho de defensa, etc.) se tienen que amoldar a nuevos estándares del control de convencionalidad (acceso a la justicia, derecho a la verdad, deber de colaboración, derecho al recurso y plazo razonable).

28. Explica Natarén Nandayapa, siguiendo la línea precursora de Hans Kelsen que integró a los Derechos Procesales dentro del grupo de los derechos subjetivos exigibles al ser un reflejo de obligaciones jurídicas, que "[…] los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales. Además, los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva, que hace de ellos unos derechos sensibles diferentes del resto de los derechos fundamentales (ob. cit., p. 10) […] En efecto, dado que estos derechos se configuran como facultades que tienen como sujetos pasivos a los tribunales, sólo éstos pueden ser responsables de su violación; nos encontramos así con que los órganos jurisdiccionales competentes para reparar estas vulneraciones de derechos siempre revisarán actos de otros órganos jurisdiccionales, razón por la cual la protección de estos derechos se identifica con el sistema de recursos procesales –*lato sensu*–, con una especial incidencia sobre los recursos extraordinarios" (p. 12).

EL DERECHO INTERNACIONAL ANTE EL DERECHO ESTATAL Y EL DERECHO ESTATAL ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL*

Antonio Boggiano**

Sumario: 1. Las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos estatales pueden considerarse desde dos perspectivas. 2. "Violación manifiesta de una norma de fundamental importancia". 3. El Derecho Internacional ante el derecho estatal. 4. Violación manifiesta de una norma de fundamental importancia del derecho estatal. 5. Norma de fundamental importancia. 6. Interrelaciones de igual jerarquía entre los derechos conectados. 7. Autodefensa colectiva establecida por los tratados o por los acuerdos fundados en el Derecho Internacional consuetudinario.

1. Las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos estatales pueden considerarse desde dos perspectivas

Suele tratarse acerca del Derecho Internacional y el derecho estatal desde el punto de vista de cada derecho estatal, generalmente contemplado en sus constituciones nacionales.

Pero hay otras relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos estatales desde el punto de vista del primero, i.e., del Derecho Internacional.

El presente estudio contempla ambas interrelaciones y una subordinación muy sumariamente.

* El presente estudio se basa en Boggiano, Antonio, "Teoría jurídica del todo. Derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos", *El Derecho* – Diario, Tomo 280, 04/12/2018. Cita Digital: ED-DCCLXXVII-596.

** Ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

El Derecho Internacional, como es razonable, tiene las mismas normas de relación con todos los derechos estatales.

Así, hay dos puntos de vista. Aquí intentaremos considerar el segundo punto de vista, que es general y uniforme, con los matices que serán especialmente puntualizados del primero.

Obviamente, dejamos a salvo las relaciones del Derecho Internacional y los derechos estatales desde el punto de vista de cada derecho estatal profundizado.

Para esta segunda óptica hay que estudiar cada derecho estatal. Para la primera, hay que estudiar las normas internacionales que el Derecho Internacional establece de modo uniforme para todos los Estados.

Las dos perspectivas son distintas e independientes.

Hemos tratado la cuestión en el Derecho argentino. Pero véanse los autores internacionalistas de cada Estado.

Por razones históricas de la relevancia del Derecho de los Estados Unidos en el Derecho constitucional argentino veremos, muy someramente, cómo tratan el Derecho Internacional los tribunales de aquellos.

Tal importancia tiene una razón histórica, aunque actualmente la conducción de las relaciones exteriores en USA es distinta a las de nuestro país, que, aunque no tiene la primacía de aquél en el concierto de las naciones, por razones históricas lo ha seguido de cerca, sin identificación, sobre todo después de la reforma de nuestra Constitución de 1994.

Es importante estudiar en profundidad la norma de Derecho Internacional que exige aplicar las normas internas en el Derecho Internacional.

2. "Violación manifiesta de una norma de fundamental importancia"

La Corte Internacional y los funcionarios que apliquen el Derecho Internacional tienen un poder de interpretación, determinación y concreción de la norma internacional que les da amplísima discreción. Tanto, que parece haber una contradicción entre el caso de las "Pesquerías Noruegas" y el de "Cameron v. Nigeria".

Ello desdibuja el concepto de *interrelación* y parece más bien que la Convención de Viena ha subordinado el derecho interno al criterio definitivo del Derecho Internacional.

En rigor, hay una subordinación del derecho interno al Derecho Internacional, según el artículo 46 (1) de la Convención de Viena. No hay, entonces, relación o interrelación entre ordenamientos en igualdad de rango. Hay *subordinación* en el sentido expuesto[1]. La literatura es muy amplia y su tratamiento no cabe en el ámbito del presente estudio.

Las relaciones conversas de Derecho Internacional y derecho interno pueden también ser estudiadas por la lógica jurídica y por las relaciones internacionales; ambas consideraciones no se incluyen en el presente.

En el caso de "*Polish Nationals in Danzig*", la Corte consideró que "un Estado no puede aducir contra otro su propia constitución con miras a evadir obligaciones suyas bajo el Derecho Internacional o tratados vigentes"[2]. Así ocurriría si se pretendiese invocar el artículo 27 de nuestra CN para ese propósito, como algunos jueces de la Corte lo han hecho (Belluscio y Fayt).

La Corte Internacional, en "*Applicability of the obligation to Arbitrate*", reiteró el "principio fundamental de Derecho Internacional según el cual éste prevalece sobre el derecho interno"[3]. También juzgó que el derecho interno ante el Derecho Internacional es un hecho.

3. El Derecho Internacional ante el Derecho Estatal

Esta es precisamente la cuestión inversa a la que aquí consideramos y sobre la cual la literatura jurídica es muy copiosa.

Los tratados internacionales pueden imponer a los Estados parte requerimientos de derecho interno.

Decisiones obligatorias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pueden imponer obligaciones respecto del Derecho Estatal.

No pueden ya considerarse completamente autónomos el Derecho Internacional y el derecho interno, sino que el primero penetra cada vez más en el segundo. Los tribunales internos se han visto

1. Puede verse, ahora, Bradley, C. A., *International Law in The US Legal Systems*, 2ª ed., 2016, y la bibliografía allí citada.

2. PCIJ Series A/B N° 44, pp. 21, 24.

3. *ICJ Reports* 1988, pp. 12 ed al.

progresivamente obligados a definir y aplicar normas de Derecho Internacional.

La cosa juzgada es independiente en cada Derecho, salvo que una norma internacional la imponga en derecho interno[4].

En Estados Unidos, el Presidente tiene amplios poderes para dirigir las relaciones exteriores y, entre ellos, el poder de celebrar tratados con la aprobación de dos tercios del Senado.

Ningún tratado fue declarado inconstitucional por la Corte, que no ha definido los acuerdos ejecutivos internacionales.

Por acuerdos ejecutivos se entiende acuerdos sin intervención del Congreso. En nuestro país se ha presentado la cuestión en los acuerdos con el Fondo Monetario Internacional[5]. En los Estados Unidos, la relación entre el derecho interno y la costumbre internacional debe sujetarse a la Constitución de modo prevalente.

Dicho muy genéricamente, un tratado internacional deroga una ley interna anterior, así como una ley interna posterior deroga un tratado internacional[6]. La Suprema Corte de Estado Unidos busca, en lo posible, la armonía entre el Derecho Internacional y el derecho interno. Ello indica "cierta" primacía del Derecho Internacional. Pero no puede establecerse una regla rígida.

Al tiempo en que nuestra Corte falló el caso "Ekmekdjian v. Sofovich", aparecieron libros importantes en la materia[7]. Un país en el que el Derecho parece ser sólo un juguete en las manos torpes de algunos políticos como el nuestro. Y es claro: se rompe. Hace rato (2003-2005). Ahora un "golpe democrático" quiere cambiar o, quizá, suprimir la Corte.

Tratamos aquí de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos estatales en general.

Son normas de Derecho Internacional, que en el continente, y aquí, se llama "público", y que en el mundo anglosajón, en general, se llama a secas "Derecho Internacional".

4. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 68, párrafos 1º y 2º.

5. Puede verse, al respecto, nuestro artículo, "Tratados Internacionales y Acuerdos Ejecutivos con el FMI", diario *La Nación*, del 8 febrero de 2022.

6. Pero véase, detalladamente, *Treaties and other International Agreement: A Study prepared for the Committee on Foreign Relations*, US Senate 2001.

7. Jackson, H., *Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis*, *Theory of International Law at the Threshold of the 2st Century*, ed. J. Markarczyk, 1996, entre otras obras.

De ello se deriva que estas relaciones son generales del *Derecho Internacional con todos los Derechos Estatales.* No de las relaciones de aquel con cada derecho estatal, vistas estas relaciones desde el punto de vista de cada derecho estatal.

De lo que aquí se tratará es de las relaciones entre el Derecho Internacional y todos los derechos estatales desde el punto de vista del Derecho Internacional. Parece puro Derecho Internacional. Pero este mismo hace alguna referencia a los derechos estatales. De aquí la complicación y relación.

4. Violación manifiesta de una norma de fundamental importancia del derecho estatal

El principio general es que no puede invocarse una norma de derecho estatal interno o de otro sujeto del Derecho Internacional para justificar la violación de una norma de Derecho Internacional.

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, establece que una parte no puede invocar una norma de derecho interno como justificación para violar una norma de un tratado internacional, salvo que esa norma de derecho interno fuera de importancia fundamental y la violación sea manifiesta [art. 46 (1) (2)].

Las condiciones: 1) Norma interna de fundamental importancia. 2) Que su violación sea manifiesta.

El concepto o calificación de una norma de "fundamental importancia" del derecho estatal es dado por el Derecho Internacional (calificación según la *lex fori*, i.e. el Derecho Internacional aplicado por la Corte Internacional de Justicia). Otro tanto cabe decir de la "violación manifiesta" de una norma estatal. La *lex fori* de la Corte Internacional rige.

Lo manifiesto o evidente es aquello que puede juzgarse sin más pruebas o sustanciación, pues su origen griego significa "plena visibilidad".

La escolástica latina designa el aparecer manifiesto de lo verdadero, y excluye la posibilidad de duda o de error, y es un criterio decisivo de verdad y certeza a la vez.

La evidencia racional o certeza se funda en la imposibilidad de pensar lo contrario. Imposibilidad fundada en la necesidad de pensar lo evidente y en la imposibilidad de pensar lo contrario.

Lo evidente como concepto verdadero proviene de la filosofía griega como la verdad presente en el discurso como "presencia manifiesta del ser", o como estado de certeza existencialmente vivido por el hombre, sin oscilaciones. La evidencia objetiva y la certeza subjetiva escrutada a fondo, haciendo ver el núcleo de su validez universal dentro del límite humano de validez.

Platón, sistematizando a Sócrates, se refiere a lo sensible o insensible, aunque lo plenamente evidente es lo inteligible.

No podemos entrar aquí en más consideraciones filosóficas. Se nos permitirá saltar de Aristóteles a Husserl, con su "ciencia exacta y rigurosa".

Sin entrar en más disquisiciones filosóficas sobre la evidencia como manifestación patente de la realidad presente en lo que se juzga manifiesto, que no requiere más investigación sobre todo empírica, por ejemplo, si la Constitución dice que un embajador es nombrado por el Presidente, es manifiestamente nula la designación por el Congreso.

No se requiere investigar más en este juicio de evidencia o "manifiesta violación".

Puede considerarse que esta solución posibilita la interpretación y aplicación uniforme de esos conceptos. Aunque esa posibilidad no parece haberse logrado si se comparan los casos de las "Pesqueras" y "Camerún".

Naturalmente, podría esgrimirse la opinión opuesta.

Nos enfrentamos, pues, a dos valores. La interpretación uniforme, por una parte, y la prevalencia de las circunstancias del caso que, aun siendo de Derecho Internacional, puede decidirse con criterio político.

Esta dualidad no es ajena al funcionamiento del Derecho Internacional ni a la jurisprudencia de la Corte Internacional.

El voluntarismo político puede inclinar la interpretación puramente basada en la fuerza, pues la Corte no se deja influir por ella o sus sucedáneos. Se trata más bien de una solución considerada razonable y justa en las circunstancias del caso. Es una lectura de las "lecciones de las cosas" como una fuerza imposible de ser eliminada del mundo.

Una fuerza positiva no identificable con el mal, pero tampoco identificable con la moral, se considera una "fuerza per se", quizá próxima al pensamiento de Maquiavelo. No podemos siquiera imaginar que la Corte siga la fuerza de este voluntarismo, aunque tam-

poco nos animamos a negar que una "mayoría" de jueces imponga el rumbo considerado mejor "para la marcha de las cosas". He aquí la peculiaridad de la política que, aunque *cum grano salis*, puede conducir a la decisión.

¿Quién podrá enjuiciar negativamente la conducta de Pío XII en la guerra, en la cual se quiere evitar siempre el mal mayor?

Kant define el Derecho como "el conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio del uno puede acordarse con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad", la convivencia política. Después de Hegel y Marx, si se niega la posibilidad de armonizar la razón y la fe, *fides et ratio*, el mundo puede confundir la guerra y la paz.

En ciertos casos, lamentablemente presentes, se pretende dar argumentos voluntaristas y políticos para justificar nada menos que una guerra de agresión. Así, se dice que las armas ofensivas podrían están demasiado cercanas para invadir por agresión a un país supuesto y, eventualmente, en un futuro, del Estado agresor. Véanse los pretextos para hacer la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, un país mucho más débil e indefenso. Así, se abre la carrera armamentista, pues ningún país querrá permanecer indefenso frente a otro.

No habría país chico frente a países grandes. Si todos fuesen territorialmente expansionistas no quedaría lugar en el mundo.

5. Norma de fundamental importancia

¿Qué es una norma tal? Depende de una valoración, en última instancia, de la Corte Internacional de Justicia. Una valoración, apreciación de la norma con una visión y apreciación de la Corte Internacional. He aquí una cuestión importante. ¿Con qué criterios de apreciación hace la Corte Internacional su juicio? Aunque bien podría decirse que la importancia fundamental debería apreciarse según criterios de derecho interno, lo hace según el Derecho Internacional.

La Corte consideró el asunto en el caso "Camerún v. Nigeria". Nigeria sostuvo que un tratado no había sido ratificado[8]. La Corte

8. *ICJ, Reports*, 2002, pp. 303, 430 y sigs.

juzgó que los Jefes de Estado son considerados representantes por naturaleza.

La Corte dijo: "Que no hay obligación general de mantener informados de los desarrollos legislativos y constitucionales a otros Estados que puedan ser importantes para las relaciones internacionales de ese Estado".

Pero en el caso "*Anglo Norwegian Fisheries*" consideró que un estado costero "no puede ignorar" un decreto noruego.

¿Son concordantes estas decisiones?

Las circunstancias de los casos eran diferentes.

En el caso de las "Pesquerías" (1951), el Reino Unido "no podía ignorar" ciertas normas noruegas y en el caso "Camerún v. Nigeria" no había obligación de conocer los desarrollos legislativos y constitucionales de otro país.

Parece haber contradicción.

¿Había diferencias de criterios entre los fallos de 1951 y 2002 o había contextos distintos?

Al parecer había circunstancias de hecho diferentes.

Como siempre, hay que considerar el contexto del caso y, en ese contexto, precisar "qué es una *norma de fundamental importancia*".

No interesa solamente la posición o jerarquía de la norma en el ordenamiento jurídico interno del Estado.

Si los Estados en conflicto, por ejemplo, tienen una importante explotación de los recursos marítimos por sus empresas pesqueras, como en el caso de las pesquerías noruegas, desde este contexto puede apreciarse la importancia económica y aun política de las normas estatales que regulan esa actividad.

Pero ¿tomó en cuenta el fallo de la Corte Internacional en 2002, el fallo de 1951?

Ya no se trata de buscar ambiciosamente la armonía entre Derecho Internacional y derecho interno, sino de lograr una aceptable coherencia en el interior de cada uno.

Nada sencillo será mantener cierta coherencia cuando un país le pide a otro una ayuda y al siguiente lo ataca en la cara del que es su enemigo.

La política no puede practicarse sin un "mínimo de decencia".

En el caso "*Polish Nationals in Danzig*", la Corte dijo que "un Estado no puede aducir contra otro su propia constitución con miras a evadir obligaciones que le incumben en Derecho Internacional o tratados en vigor". Esto es lo que sostuve necesariamente en la Corte

frente a algunas disidencias que querían dar preferencia al artículo 27 de la Constitución ante tratados con jerarquía constitucional. En particular, Belluscio y Petracchi, en el célebre caso "Priebke", en el cual negaron la extradición en disidencia.

En el caso "*Applicability of the Obligation to Arbitrage*", la Corte Internacional dijo que es un principio fundamental del Derecho Internacional que éste prevalece frente al derecho interno[9].

El principio fue reiterado en el caso "*Lockerbie*"[10]; en "*Le Svand*"[11] y en "*Arena*"[12]. La Corte Internacional juzgó que los Estados Unidos se obligó por la Convención de Viena, cualquiera sea la Constitución de los Estados Unidos.

La Corte Internacional de Justicia, en ciertas ocasiones, se remite o hace referencia al derecho interno, como lo hizo en el caso de la "*Barcelona Traction*", al remitirse al derecho societario interno[13]. Las partes, ante todo, tendrán que hacer un juicio previo sobre la "fundamental importancia" de las normas de derecho interno que se quieren invocar.

En general, se trata de Estados como sujetos del Derecho Internacional. Las organizaciones internacionales están sujetas a las respectivas Convenciones de Viena. Con respecto a otros sujetos del Derecho Internacional carecemos de norma, aunque sería razonable aplicar aquella jurisprudencia por analogía y aun así debería estudiarse la especialidad y el contexto del caso. No sería lo mismo la Iglesia Católica que un sujeto beligerante, en el supuesto de que éste sea reconocido y tenga normas internas.

Debemos guiarnos por el criterio de *normas fundamentales* o, como dice la Convención, de *fundamental importancia.* Adviértase fácilmente que este concepto es determinado, concretizado, por la Corte u otro tribunal competente. De modo que se requiere un juicio prospectivo sobre lo que juzgará la Corte Internacional.

Son "normas de fundamental importancia en el derecho interno" pero la definición y calificación de aquella "fundamental importancia" se define, al fin, por el Derecho Internacional.

9. *ICP Reports,* 1988, pp. 12, 34.
10. *ICP Reports*, 1992, pp. 3, 32.
11. *ICP Reports*, 2001.
12. *ICP Reports*, 2004, pp. 12, 65.
13. *ICP Reports*, 1970, pp. 3, 46.

Es el método que permite establecer cierta armonía en aquella calificación. Calificar según la ley interna llevaría a una diversificación inconveniente.

El problema del valor del Derecho Internacional es muy variable.

Este asunto ha dado lugar a una literatura enorme[14]. Los estudios anteriores a la reforma constitucional de 1994 pueden verse en los tratados de la materia y, principalmente, en Ruiz Moreno, Goldschmidt y Bidart Campos, quien también estudió el asunto después de la reforma.

Bidart Campos es la autoridad más importante en el Derecho argentino para juzgar la doctrina del fallo "Ekmekdjian v. Sofovich", del 7 de julio de 1992, que ha sido recibida por la Reforma de 1994.

Todo el caso puede depender de esta calificación. Se advierte la importancia de la *calificación internacional de una norma interna.*

Sobre este punto importante podría versar un estudio particular más amplio que sería desproporcionado aquí.

El estudioso comenzará por el análisis profundizado de la citada jurisprudencia, con sus matices y contextos del caso. Comenzaría por comparar los casos "Camerún" y "Noruega", antes citados. Como dije, se requerirá una monografía especial, a mi juicio de gran necesidad.

Introduciría una sola cuestión. La "fundamental importancia", ¿debería juzgarse a la luz del Derecho Internacional o del derecho interno o de su aplicación acumulativa especial? Esta calificación autónoma me resulta más adecuada, pero no prejuzgo el asunto.

Solo preguntaría: ¿estamos frente a un presunto conflicto de ordenamientos? Internacional o interno. Es posible verlo así. Una norma de conflicto estricta debería conducir a la elección de uno u otro ordenamiento.

Otro método sería el de una armonización material de ambos ordenamientos. Esta no sería de una pura equivalencia material porque siempre debería prevalecer el Derecho Internacional frente al interno. Ello está de acuerdo con la fuente convencional que es origen de la construcción.

14. En cuanto al Derecho argentino, después de la reforma, hemos tratado el asunto en nuestra *Introducción al Derecho Internacional, Relaciones Exteriores de los Ordenamientos Jurídicos*, La Ley, comentarios de Oyhanarte, Holzman, Wenger, Muñiz.

De modo que habría una armonización material con prevalencia internacional sin dejar de considerar el derecho interno.

Esta labor metodológica es necesaria, me parece, porque no puede omitirse la ponderación de la cualidad de la norma en el derecho estatal.

También habría que considerar la razonable necesidad de una parte de conocer y no desinteresarse por una norma interna extranjera que debe interesarle ("Noruega v. Reino Unido").

Ese punto es importante. Por ejemplo, sería exigible considerar una norma constitucional sobre competencia para designar embajadores. El Estado de recepción del embajador no podría ignorar si aquel fue nombrado según la competencia constitucional de "fundamental importancia" y con "violación manifiesta".

Una concepción localista pudo verse en el ilustrado dictamen del Procurador Oscar Freire Romero. Una pieza que es justo distinguir.

La sentencia de la Corte, "YPF v. Sargo", empero, no siguió aquel dictamen sino la autonomía de las partes plasmada en la ley que dio lugar al arbitraje.

Hoy existe muy amplia bibliografía en la materia[15]. Debe notarse que los autores, sobre todo europeos y norteamericanos, no citan autores extranjeros. De modo que se produce una "endogamia" discriminatoria.

Por el contrario, los autores latinoamericanos estudian y citan aquellas doctrinas, no siempre mejores.

En Europa, a veces se distingue a los internacionalistas argentinos por la tradición de Calvo, Drago, Moreno Quintana, Ruda, entre otros.

Bien es verdad que las bibliotecas están en los Estados Unidos y en Europa y, además, como dato fundamental, los profesores europeos y norteamericanos reciben estipendios que les permiten dedicarse exclusivamente a la cátedra y a sus publicaciones.

En nuestro país, al menos, el profesor tiene que trabajar como abogado o juez para poder sustentar a su familia.

Pero los libros, aunque no todos, están en *internet.*

15. Ver, por ejemplo, la edición de Aust, H. P. y Nolte, G., *The Interpretation of International Law by Domestic Courts*, 2016; Weill, *The Role of National Court in Applying International Humanitarian Law*, 2014; entre otros de valor y utilidad.

Obviamente, los que han redactado la norma con tal flexibilidad ("fundamental importancia") han querido delegar amplias facultades de individuación o determinación y aplicación del criterio flexible al Derecho Internacional y a su Corte.

Toda una teoría del funcionamiento de la norma puede desplegarse aquí. Otra orientación buscará una aplicación pragmática con gran espacio de discreción.

Desde el punto de vista o la perspectiva del Derecho Internacional ninguna norma de derecho estatal Interno puede justificar el incumplimiento de una obligación internacional.

Así, la calificación de un acto de Estado como violatorio del Derecho Internacional se rige por este último, aun cuando en Derecho Estatal lo califique de otro modo.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sigue el mismo principio (art. 27).

En nuestro país, los principios y normas de Derechos Humanos contemplados en los tratados *referidos*, no incorporados a la Constitución, son principios de Derecho Público constitucional en el sentido del artículo 27 de la Constitución.

Adviértase que los principios de Derecho Público a que se refiere el mismo artículo 27 de la CN no son exclusivamente los de la Constitución anterior a su reforma. Los principios de la reforma de 1994 también se contemplan en el artículo 27. De lo contrario, por ejemplo, no estarían comprendidos los principios de elección de jueces por el nuevo Consejo de la Magistratura introducidos por la Reforma de 1994.

Empero, el Derecho Internacional mismo contiene una excepción. A menos que la violación de derecho interno sea "manifiesta" y se trate de una "norma de fundamental importancia". La violación es manifiesta si fuera objetivamente evidente para cualquier Estado que conduzca sus relaciones internacionales según la práctica normal y de buena fe [art. 46 (2)].

La Corte Internacional, en "Camerún v. Nigeria", juzgó que la firma de un jefe de Estado era válida. Aun sin ratificación. La Corte juzgó que según el artículo 7º (2) de la Convención de Viena aquel era tenido por representante del Estado. Además, consideró que no debía informar la legislación.

Sería bienvenido un estudio monográfico sobre el asunto con miras a saber con qué criterios valorativos últimos la Corte Internacional juzga lo "fundamental" de una norma interna y qué otros

aprecia la "violación manifiesta". El grado de manifestación de la violación es importante también en el derecho interno para juzgar la nulidad absoluta de los actos jurídicos.

En cambio, aquí se trata de una violación "manifiesta" de una norma.

Bien es verdad que pueden presentarse dudas razonables sobre la invalidez.

Empero, la práctica del Derecho debería fundar mucho más la violación de una norma y su carácter manifiesto o indudable, sobre todo en los casos de normas que permitan graduación.

No hay duda de que para nombrar un embajador la competencia constitucional es precisa, al menos generalmente.

Pero si un plenipotenciario especial es aceptado en una negociación, parece ir contra los actos propios que se impugne la plenipotencia por invalidez.

Como se advierte, el carácter manifiesto de la violación puede dejar cierto margen de valoración al intérprete. Pero este debería ejercerse con la mayor prudencia.

Al menos, la Corte debería fundar mejor las diferencias de criterio en las "Pesquerías Noruegas", y por qué razones tuvo un criterio distinto en "Camerún v. Nigeria".

Me inclino a pensar que en esta última sentencia habría sido necesario dar razones suficientes acerca de por qué en las "Pesquerías" se adoptó distinto criterio al que se siguió en "Camerún", fundando suficientemente la igualdad de criterio.

6. Interrelaciones de igual jerarquía entre los derechos conectados

No es razonable que en el Derecho Internacional, por sus funcionarios o sus jueces, se juzgue el derecho interno con apariencias de desconsideración, o como si fuese una cuestión de menor entidad o, al menos, dando la apariencia o impresión de que así se procede.

Tan enjundiosamente debe estudiarse una cuestión de derecho interno, sobre todo de países considerados periféricos, como una cuestión de Derecho Internacional.

No debería perderse de vista que, hoy por hoy, los Estados son los principales "creadores" del Derecho Internacional. Otro tanto vale decir para el Derecho de las organizaciones internacionales y los otros sujetos del Derecho Internacional debidamente reconocidos.

Hoy vemos que los conflictos se presentan por causa de los Estados y de organizaciones internacionales como la OTAN, en virtud de las conductas de los Estados.

No cabe caer en la ilusión demasiado institucionalizada del Derecho Internacional.

Es evidente que los movimientos de las organizaciones internacionales como la OTAN responden a los impulsos de sus Estados.

No podríamos desconsiderar esta realidad.

También es esencial distinguir los enunciados, relatos o principios de los hechos, que siempre son "testarudos" (Durkheim).

No es lo mismo una declaración de apoyo en un conflicto armado que el apoyo efectivo traducido en hechos eficientes.

No en vano suele decirse que la primera víctima de la guerra es la verdad.

Conviene un respeto recíproco e igualitario del Derecho Internacional y el derecho interno. Despojándonos, si fuese menester, de todo complejo de superioridad, en aras de una justa simetría.

7. Autodefensa colectiva establecida por los tratados o por los acuerdos fundados en el Derecho Internacional consuetudinario

Así como la autodefensa colectiva puede acordarse por un tratado creador de una organización internacional como la NATO-OTAN, también puede fundarse en el Derecho Internacional consuetudinario y en el acuerdo entre un Estado agredido que debe declarar que ha sido víctima de un ataque armado[16] y sobre la base de un pedido de acuerdo de asistencia. Tal acuerdo solo puede fundarse en un ataque armado[17] y un pedido de asistencia del Estado atacado como respuesta al ataque armado. De modo que la autodefensa colectiva se fundamenta tanto en el Derecho Internacional consuetudinario como en un tratado o acuerdo entre el Estado que sufre el ataque armado y uno o varios Estados que prestan asistencia colectiva.

En consecuencia, esta asistencia puede ser prestada por más o menos Estados miembros de la NATO-OTAN o extra OTAN. La defensa colectiva puede ejercerse por acuerdo. Aparentemente, es el

16. *ICJ Reports*, 1986, pp. 14, 103-5.
17. *ICJ Reports*, 1986, p. 110.

caso de la defensa colectiva de Ucrania por el ataque armado por Rusia comenzado el 24 de febrero de 2022.

Puede darse el caso de intervención humanitaria[18].

Además, el ataque armado puede ejercerse por el uso del terror. En muchos casos, los terroristas deliberadamente y públicamente pueden perseguir la toma del gobierno. Es importante y delicado definir el terrorismo[19].

Véase también la sentencia interlocutoria sobre el Derecho Aplicable en "*Prosecutor v. Ayyash*", ante la Cámara de Apelaciones del Tribunal especial para el Líbano, 26 de febrero de 2011. El Presidente Cassese sostuvo que existe una definición de terrorismo (párrafo 83 y sigs., esp. 102). Como lo hizo el autor en su disidencia en "Lariz Iriondo", en 2005.

En la lucha contra el terrorismo no pueden violarse normas de *ius cogens*[20].

18. Ver Weiss, T. G., *Humanitarian intervention*, 3ª ed., 2016.

19. Saul, R., *Defining terrorism and Articles on the Quest for a Legal Definitio*n, 4 Journal of International Criminal Justice, pp. 894 y sigs., 2006; ver también nuestra disidencia en "Lariz Iriondo", Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 10/05/2005.

20. Véase voto separado del autor en el caso "Simón"; ver, también, nuestro *Derecho Penal Internacional y Derecho Constitucional Internacional de los Derechos Humanos*, pp. 707 y sigs., 3ª edición, 2013.