

ISSN 0329-9430

Revista de la FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 20



FDER UNR

**ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
2012**

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 20

Año 2012

Salvo indicación expresa, la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario no se identifica necesariamente con las opiniones y juicios que los autores sostengan.

AUTORIDADES

Decano	Dr. ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS
Vicedecana	Dra. ANDREA ANGÉLICA MEROI
Secretaria Académica	Dra. ANALIA SONIA ANTIK
Secretario Privado	Dr. EDGARDO NÉSTOR D'AGOSTINO
Secretario de Extensión Universitaria	Dr. NICOLÁS LISANDRO GIANELLONI
Secretario de Concurso y Carrera Docente	Dr. RICARDO ALBERTO RUIZ
Secretario de Relaciones Internacionales	Dr. JORGE RAÚL MURILLO
Secretario de Gestión y Proyectos	Dr. GUSTAVO ZIGNAGO
Secretario Financiero	Cont. RAÚL LUNGI
Secretario Técnico	Dr. LISANDRO CORONATO
Secretaria de Ciencia y Técnica	Dra. VIVIANA ANDREA FABRIZI
Secretaria de Posgrado	Dra. GLORIA MARÍA TORRESI
Secretario de Asuntos Estudiantiles	Dr. MATÍAS NORBERTO DE BUENO
Director Escuela de Graduados	Dr. MIGUEL ARAYA
Secretaria Administrativa	Sra. AMADA AMELIA GAITÁN

PROFESORES EMÉRITOS

Prof. CELESTINO ARAYA	Prof. ALBERTO ARÉVALO
Prof. ROBERTO BREBBIA	Prof. ÁNGEL CHAVARRI
Prof. MANUEL DE JUANO	Prof. WERNER GOLDSCHMIDT
Prof. ADOLFO RICARDO ROUZAUT	Prof. ISIDORO SILBERSTEIN

PROFESORES HONORARIOS

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO	Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL
Prof. JORGE BOF	Prof. JUAN JOSÉ CASIELLO
Prof. JOSÉ MARÍA CULLEN	Prof. JUAN MALCOM DOBSON
Prof. JUAN MARÍA FARINA	Prof. GUILLERMO FIERRO
Prof. MARIO SACCONE	Prof. PEDRO WOLKOWICZ

CONSEJO DIRECTIVO

CLAUSTRO DOCENTE

Titulares

GUSTAVO DANIEL FRANCESCHETTI	ARIEL CARLOS ARIZA
MARÍA ELENA MARTIN	MARCELO EDUARDO VEDROVNIK
ADRIANA TALLER	GERARDO MUÑOZ
SOLANGE MARÍA MARTA DELANNOY	ANAHÍ PRIOTTI
HERNÁN JAVIER BOTTA	DANIEL ANÍBAL ERBETTA

Suplentes

JUAN TREHARNE LEWIS	JUAN JOSÉ BENTOLILA
ALFREDO MARIO SOTO	ALEJANDRA VERDONDONI
RODOLFO DARÍO RAMOS	CLAUDIO RUBÉN PUCCINELLI
LUIS ALBINO FACCIANO	RICARDO ALBERTO RUIZ

CONSEJERO SUPERIOR

Titular

CARLOS ALFREDO HERNÁNDEZ

Suplente

GUSTAVO MARCELO NADALINI

CLAUSTRO GRADUADOS

Titular

MARIO CÉSAR GONZÁLEZ RAIS

Suplentes

SEBASTIÁN DARÍO AZERRAD
CARLOS ANTONIO SILVA
JORGE ENRIQUE IVANCICH

CLAUSTRO ESTUDIANTEL

Titulares

SABRINA SUPERTI	NOELIA R. BERNIE
SERGIO LEONEL CHIARELLA	LEONARDO BARUCCA
ROMINA VALLE	SOFÍA I. DULCICH
EUGENIO MORRETTA ZUELGARAY	GONZALO AGUSTÍN CRISTINI

Suplentes

JOSÉ BARCIA

MARÍA EMILIA BARBERIS

LAUTARO DENTONE

AXEL WIANOWSKY

FELIPE CORNU

FRANCISCO BRACALENTI

BRENDA CÁCERES

FLORENCIA GAGLIO

CLAUSTRO NO DOCENTE**Titular**

ANALÍA SONIA BLANC

Suplentes

RICARDO FRANCISCO TORRANO

OLGA FERREYRA

SUSANA CLAUDIA PÉREZ

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

Dir.: Prof. Tit. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI Prof. Tit. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

Prof. Tit. ANUNCIADA LATTUCCA

Prof. Tit. CARLOS ARCOCHA

COORDINACIÓN DE ESTE NÚMERO

Secretaría de Ciencia y Técnica Dra. VIVIANA FABRIZI

ÍNDICE

<i>Presentación</i> , por ERNESTO I. J. GRANADOS	11
<i>El discurso de la fiscalía en el juicio a las juntas militares. Un análisis desde la perspectiva retórica</i> , por GRACIELA E. ÁLVAREZ	13
<i>Los principios generales del Derecho Societario en el camino hacia la contractualización</i> , por GABRIELA S. CALCATERRA	59
<i>Empleo público. Régimen disciplinario (El régimen disciplinario y los principios del Derecho Penal)</i> , por VIOLETA CASTELLI	89
<i>La reforma procesal penal santafesina. Presente y futuro</i> , por DANIEL ERBETTA	109
<i>Los biocombustibles: su regulación en Argentina. Efectos en el desarrollo rural</i> , por LUIS A. FACCIANO, ADRIANA B. TRIPELLI y ANA CLARA MORESCO	125
<i>Introducción al pensamiento jurídico complejo. La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin</i> , por ELVIO GALATI	157
<i>El régimen internacional de la letra de cambio y del pagaré</i> , por GERMÁN E. GERBAUDO	217
<i>El contrato de servicios educativos privados en clave constitucional</i> , por CARLOS A. HERNÁNDEZ	275
<i>Problemáticas del contrato de cesión de herencia</i> , por MARIANA IGLESIAS	307
<i>La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno-filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva</i> , por ADRIANA N. KRASNOW	335

<i>La armonización tributaria en los procesos de integración.</i>	
<i>El caso del Mercosur. Breve análisis comparativo y perspectivas,</i> por SERGIO HERNÁN MÁS VARELA	361
<i>Argumentación y constatación de hechos en la decisión judicial,</i> por ANDREA A. MEROI y MARIO E. CHAUMET	383
<i>Algunas cuestiones acerca de los caracteres de la hipoteca. Especial referencia al principio de indivisibilidad,</i> por GUSTAVO NADALINI	435
<i>Nuevos contextos familiares,</i> por MARTA PILNICK.	459
<i>Derecho Administrativo global. Principios,</i> por ADRIANA TALLER	463
<i>El derecho urbano debe afianzar el ejercicio del derecho a la ciudad,</i> por ADRIANA TALLER y ANALÍA ANTIK.	491
<i>La responsabilidad del Estado y las emergencias económicas.</i>	
<i>El retorno a la irresponsabilidad,</i> por MAXIMILIANO TORICELLI	511
<i>La posibilidad de discutir cuestiones causales en los juicios ejecutivos,</i> por MARCELO EDUARDO VEDROVNIK	533

PRESENTACIÓN

La edición de un nuevo número de la *Revista de la Facultad de Derecho* que ponemos a consideración de la comunidad universitaria es motivo de satisfacción y de sincero orgullo.

En este ejemplar se compilan los esfuerzos de colegas, docentes de grado, docentes de posgrado e investigadores, para quienes no tengo sino palabras de profundo agradecimiento.

Este reconocimiento debe extenderse al Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho, presidido por el distinguido profesor doctor MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI. Asimismo, deseo agradecer a la vicedecana, profesora ANDREA MEROI, y a la secretaria de Ciencia y Técnica, profesora VIVIANA FABRIZI, por las tareas de compilación y sistematización del material, y a Rubinzal-Culzoni Editores, sin cuya colaboración no hubiera sido posible esta obra.

En este número, la *Revista* adscribe a una modalidad temática heterogénea, conformada por trabajos de profesores y graduandos de las Carreras de Posgrado que se imparten en nuestra Facultad. Tal y como se refleja en estas páginas, las colaboraciones abordan cuestiones de Derecho Público y de Derecho Privado, así como temas de teoría jurídica y de formación general.

El crecimiento y el reconocimiento académico de una facultad están íntimamente ligados al proceso de producción e intercambio de conocimientos. La *Revista* que presentamos se erige como expresión de divulgación de ese proceso genuino y permanente que se gesta en las aulas, en los centros de investigación y en las actividades de extensión.

Nuestra gestión –que es la de toda la comunidad de nuestra Casa– se encuentra decididamente comprometida con una enseñanza inclusiva y de excelencia. La tarea de producción y divulgación científicas va en ese exacto sentido, por lo que reiteramos nuestro entusiasmo y satisfacción por el alto valor de esta propuesta.

Dr. ERNESTO I. J. GRANADOS

EL DISCURSO DE LA FISCALÍA EN EL JUICIO A LAS JUNTAS MILITARES

Un análisis desde la perspectiva retórica

por GRACIELA E. ÁLVAREZ*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Enfoque metodológico. 3. El juicio. 4. El discurso de la Fiscalía. 4.1. Destinatarios. 4.2. El tecnolecto jurídico. 4.3. Los distintos tipos de enunciados. 4.4. Estructura del discurso. 4.5. Exordio. 4.5.1. Los interrogantes del exordio. 4.6. La narración. 4.7. La división. 4.8. La confirmación. 4.8.1. Tipología de los argumentos. 4.9. La refutación. 4.10. Peroración. 5. Conclusión.

Resumen

En los años transcurridos desde la recuperación de la democracia, se han publicado trabajos valiosos que, desde distintas perspectivas y desde campos disciplinares diversos, han relevado las violaciones sistemáticas a los derechos humanos por parte de la dictadura militar, los avances y retrocesos de la justicia argentina en el juzgamiento de los hechos, las acciones iniciadas por distintos países en los casos en que ciudadanos extranjeros fueron víctimas del terrorismo de Estado en nuestro país, los testimonios de arrepentidos pertenecientes a las fuerzas represivas, la investigación y análisis de las posiciones adoptadas por instituciones y grupos de poder durante el período 1976-1983.

Abstract

In the years that went by since the return of democracy, several valuable works have been published that, from different perspectives

* Profesora Adjunta a cargo del Seminario de Derecho y Lingüística. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho y Lingüística. Profesora de “Teoría y análisis del discurso jurídico” en la Carrera de posgrado de Especialización en Magistratura y en la Maestría en Derecho Procesal en la Facultad de Derecho, UNR.

and from different disciplinary fields, have revealed the systematic violations of human rights by the military dictatorship, the advances and the retreats of argentine justice in judging those events, the actions taken by different countries in cases where foreign citizens were victims of state terrorism in our country, the testimony of regretful members of the repressive forces, the research and analysis of the positions adopted by the power groups during the 1976-1983 period.

1. Introducción

Una de las preguntas que se hacen quienes abordan el tema de la justicia retroactiva se refiere a la posibilidad de determinar si debe una democracia emergente juzgar a sus ex dictadores por crímenes contra la humanidad mediante leyes posteriores a los hechos. Algunos obstáculos que surgen al intentarlo están relacionados con la influencia y el poder que detentaban los que participaron de las acciones; otras dificultades tienen que ver con la identificación de los culpables, la prescripción de los actos aberrantes, la retroactividad de la ley penal, el procedimiento adecuado para el juzgamiento y los límites del castigo.

¿Cómo responder a violaciones masivas de derechos humanos cuando son cometidas desde el Estado o con el consentimiento y la tolerancia de éste, que es quien posee el monopolio de la fuerza coactiva?

En *La condición humana*, Hanna Arendt sostiene que somos “incapaces de perdonar aquello que no podemos castigar e incapaces de castigar aquello que se ha vuelto imperdonable”¹.

Carlos Nino, en su libro *Juicio al mal absoluto*², reseña minuciosamente los antecedentes internacionales de aplicación de justicia retroactiva: el caso de los tribunales de Núremberg, el de la Italia pos-mussolinista, el de Francia luego de la liberación, el de España durante la transición, el de Grecia luego del Golpe de Estado de los Coroneles y el de Rusia en 1992, entre otros.

En el Capítulo II del libro mencionado, Nino hace referencia a la historia de nuestro país, que divide en 3 períodos diferenciados uno

¹ ARENDT, H., *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1996, Cap. V, p. 260.

² NINO, Carlos S., *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del Proceso*, Emecé, Buenos Aires, 1997.

de otros (1810-1860, 1860-1930, 1930-1983), pero en los cuales se repiten, sin embargo, determinadas características en las que residirían algunas claves en torno a los crímenes aberrantes del Proceso de Reorganización Nacional:

- El *dualismo ideológico* en el que se enfrentan dos cosmovisiones antagónicas: la que corresponde a la tradición liberal y la que es inherente a la tradición conservadora. Si bien este dualismo se da en muchas sociedades democráticas, en nuestro país produjo divisiones tan profundas que dieron lugar a rupturas reiteradas del orden institucional y justificaron –en distintos períodos históricos– posturas proclives al Eje durante la Segunda Guerra Mundial y la “doctrina de la seguridad nacional” durante la Guerra Fría, entre otras.
- El *corporativismo*, encarnado en instituciones como las Fuerzas Armadas, la Iglesia Católica, los grupos empresarios y sindicales que asumieron posiciones excluyentes en defensa de sus propios intereses y protagonizaron duros enfrentamientos que dividieron a la sociedad civil y generaron, en cada período, ganadores y perdedores del sistema, con un desprecio absoluto por la cultura de la solidaridad y de respeto a las diferencias.
- La *anomia social*, que constituye para Nino un resabio colonial y se manifiesta a través de una tendencia generalizada a incumplir o infringir las normas: la falta de respeto por las reglas de tránsito, la evasión de impuestos, el acceso al poder a través de gobiernos de facto o del fraude electoral.
- *Concentración del poder*, plasmada en la debilidad de nuestro sistema federal –más declarado que real– y alimentada por Ejecutivos fuertes surgidos de golpes de Estado, en los cuales no se respetó la división de poderes.

En *Eichmann en Jerusalén*³, Hanna Arendt sostiene que en los Estados totalitarios reina la “*desolación*”, que es la privación de la libertad pública y que produce en los hombres un efecto de “*aislamiento*”, muy diferente a la “*soledad*”, puesto que un hombre que está solo puede pensar y dialogar consigo mismo. La “*desolación*”

³ ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén*, Lumen, Buenos Aires, 1970.

—expresa Arendt— se produce cuando el hombre pierde la pluralidad, “la huella de la presencia de los otros”.

En *La condición humana*, Arendt diferencia “poder” de “fuerza”:

El poder sólo es realidad donde palabra y acto no se han separado, donde las palabras no están vacías y los hechos no son brutales, donde las palabras no se emplean para velar intenciones sino para descubrir realidades y los actos no se usan para violar y destruir sino para establecer relaciones y crear nuevas realidades⁴.

El autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” ejerció también la violencia a través del lenguaje, con características diferenciadas según el sujeto de la enunciación; el exgeneral Jorge R. Videla y el exalmirante Eduardo Massera se convirtieron en sus enunciadores privilegiados.

El primero recurría frecuentemente a enunciados mesiánicos, en un tono austero y circunspecto, con un aura de religiosidad. Su léxico tematizaba valores tales como “honor”, “patriotismo”, “deber”, “ciudadanía” y, como una cruel ironía de lo que sucedía en el país, “justicia”. A un mes de haber asumido el poder, proclamaba que el objetivo del Proceso era “la profunda transformación de la conciencia y la renovación del pensamiento argentino”⁵.

Su tono mesurado admitía un solo enemigo: la subversión, demonizándola a través de una manipulación de las palabras y de una tajante diferenciación entre un “ellos” y un “nosotros” que pretendía incluir a la ciudadanía argentina e identificarla con los propósitos de quienes detentaban férreamente el aparato de poder.

El discurso del exalmirante Massera tenía un tono más político y ampuloso⁶. Su competencia comunicativa y sus conocimientos lingüísticos le posibilitaban un uso más consciente de las palabras para penetrar en el imaginario popular e instaurar la idea de que, una vez realizada la necesaria depuración, la Nación se encaminaría hacia la recuperación de la democracia, momento para el cual se reservaba un papel protagónico a través de la construcción de una nueva identidad política: el masserismo.

⁴ ARENDT, ob. cit., p. 223.

⁵ Diario *Clarín* del 24-4-76, p. 3.

⁶ Ver diarios de la época.

Las estrategias discursivas de los miembros de la Junta Militar fueron construyendo un verosímil que instauraron en una gran porción de la ciudadanía mediante la manipulación de lenguaje: había en el país un elevado número de subversivos mimetizados entre la sociedad civil, a quienes era preciso delatar ante cualquier actitud sospechosa: parejas jóvenes con hijos pequeños y costumbres “raras”, barbudos y pelilargos, hijos rebeldes que escapaban al control de sus padres y docentes cuyo discurso se diferenciaba de la asepsia pretendida y problematizaban la realidad.

A través de ese verosímil se justificaban las operaciones clandestinas donde desaparecían vecinos, se secuestraba gente en el transporte público, se fraguaban enfrentamientos y se justificaba toda esta violencia desatada desde el aparato estatal con un ideologema que los mismos genocidas lograron imponer en el discurso del ciudadano común: “*por algo será*”.

Con la perspectiva de los años transcurridos, declaraciones públicas como la del entonces gobernador de Buenos Aires, Ibérico Saint Jean, en mayo de 1976, impactan por la falta de reacción en la esfera pública del momento:

Primero vamos a matar a todos los subversivos, después a sus colaboradores, después a los simpatizantes, después a los indiferentes y, finalmente, a los tímidos⁷.

La escritora norteamericana Marguerite Feitlowitz, que estudió el léxico utilizado por la dictadura militar argentina, expresaba en una entrevista realizada por el diario *Clarín*:

Cuando se han herido las palabras de un pueblo, la sociedad no se puede recuperar hasta que el lenguaje no termine de curarse⁸.

2. Enfoque metodológico

En este trabajo nos hemos propuesto realizar el análisis retórico del discurso de la Fiscalía en el juicio a las Juntas Militares desde la perspectiva del lenguaje como instaurador de realidades.

⁷ Reproducido por el diario *Clarín* del 20-5-76, p. 5.

⁸ “También sobre las palabras la dictadura ejerció violencia”. Entrevista realizada por Analía Roffo, diario *Clarín* del 5-9-99, p. 20.

Como expresa Émile Benveniste:

La realidad es producida de nuevo por mediación del lenguaje. El que habla hace renacer por su discurso el acontecimiento y su experiencia del acontecimiento. El que oye capta primero el discurso y a través de este discurso el acontecimiento reproducido. Así la situación inherente al ejercicio del lenguaje, que es la del intercambio y del diálogo, confiere al acto del discurso una función doble: para el locutor, representa la realidad; para el oyente, recrea esta realidad⁹.

Hemos utilizado, para el análisis, algunas de las categorías teóricas propuestas por Eliseo Verón¹⁰, primordialmente en lo que hace a la identificación de los distintos tipos de destinatarios involucrados por el enunciador del discurso: prodestinatarios, paradesinatarios y contradestinatarios.

El universo discursivo del juicio a las Juntas constituyó un espacio o campo –según la terminología de Pierre Bourdieu¹¹– en el que se desplegaron formaciones discursivas heterogéneas que configuraban a la vez “subcampos”, con posicionamientos de agentes centrales y periféricos, donde la legitimación de los discursos se realizó desde posturas ideológicas antagónicas y donde se luchaba por el monopolio de la legitimidad enunciativa.

Si entendemos la lengua como un sistema que comparten los miembros de una comunidad lingüística, debemos aclarar que ésta se configura de manera muy diferente en cada uno de los discursos¹² producidos durante el juicio, según la categoría de los interlocutores: Fiscalía, Tribunal, Defensas¹³.

⁹ En: *Problemas de lingüística general*, Siglo XXI, México, 2001, Cap. II: *Ojeada al desenvolvimiento de la lingüística*, p. 26.

¹⁰ VERÓN, E., *La palabra adversativa. Observaciones sobre la enunciación política*, en VERÓN, E. y otros, *El discurso político*, Hachette, Buenos Aires, 1987.

¹¹ BOURDIEU, P., *Espacio social y poder simbólico*, en *Cosas dichas*, Gedisa, Barcelona, 1993, ps. 127-142.

¹² Utilizamos el término “discurso” en el sentido foucaultiano: “conjunto de enunciados en tanto pertenezcan a la misma formación discursiva”, en FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, Tusquets, Madrid, 1971, p. 153.

¹³ Las citas de los discursos producidos durante el juicio a las Juntas han sido extractadas de *El Diario del Juicio*, que se publicó en entregas periódicas los días

Como hemos señalado, abordamos nuestro objeto de estudio principalmente desde el nivel retórico, entendiendo la Retórica como un sistema de producción de discursos y como una técnica que consiste en la sistematización de un conjunto de reglas para la construcción de discursos codificados que tienen por finalidad influir persuasivamente en los destinatarios.

Ya Aristóteles¹⁴, en sus sucesivas definiciones, destacaba como rasgo fundamental del productor de discursos retóricos, la búsqueda y utilización de todos los medios de persuasión disponibles. Esos medios de persuasión se basan en la discursividad, en la forma en que se actualizan determinadas realidades mediante el lenguaje.

Platón –y más tarde toda la corriente racionalista– denostarán a la Retórica por considerar que su fin no es la búsqueda de la Verdad, pero no se puede negar su papel gravitante como técnica utilizada en los razonamientos de finalidad práctica, como lo es el discurso judicial.

Desde el punto de vista de la Nueva Retórica, desarrollada especialmente por Chaim Perelman a mediados del siglo XX, el objeto de la Retórica lo constituyen las técnicas discursivas destinadas a “provocar y acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento”¹⁵.

En este tipo de discursos, es fundamental la adhesión del auditorio, adhesión que puede ser de una intensidad variable.

El texto retórico se organiza en dos niveles:

- 1) El que depende de la operación de *dispositio*, consistente en la estructuración de los elementos conceptuales dentro del discurso y su ordenamiento argumentativo: posición que adopta el enunciador y manejo de los componentes persuasivos en la organización textual de un contenido que se presta a controversia.
- 2) El que resulta de la operación de *elocutio*, que es la verbalización o actualización del discurso ante un auditorio y que, en el caso

lunes mientras dicho juicio se sustanciaba, a partir del 27-5-85 y hasta el 28-1-86. Los fascículos se componen de dos partes: la transcripción taquigráfica de los testimonios vertidos en el juicio y la cobertura periodística de las audiencias.

¹⁴ Retórica, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971.

¹⁵ PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1986, ps. 139-141.

que nos ocupa, conlleva procedimientos de hibridación, ya que parte –necesariamente– del soporte escrito y, además, está sujeto a distintas modalidades de reproducción por los diferentes medios de comunicación.

La Retórica supone una relación dialéctica, un enfrentamiento de ideas que dan origen a la “situación pre-retórica, entendida como estado de cosas de la realidad que hace necesaria la construcción de discursos persuasivos opuestos a otros discursos de la misma índole o contrarios”¹⁶.

El discurso retórico es el lugar de encuentro entre orador y auditorio y requiere del contacto intelectual entre ellos. Esto supone un lenguaje común, reglas de interacción comunicativa, una actitud de escucha por parte del auditorio y una búsqueda de la adhesión de éste a sus tesis, por parte del orador. En la producción del discurso retórico, el orador construye a sus destinatarios en base al conocimiento previo que tenga de éstos y de ello depende, en gran medida, el éxito de la argumentación.

3. El juicio

El Tribunal estuvo integrado por los jueces: Carlos L. Arslanián, Ricardo Gil Lavedra, Guillermo Ledesma, Jorge Valerga Aráoz, Jorge A. Torlasco y Andrés D’Alessio.

La Fiscalía estuvo representada por el doctor Julio César Strassera y por el fiscal adjunto, doctor Luis Moreno Ocampo.

La defensa de los excomandantes estuvo a cargo de: Carlos Tavares (defensor de oficio de Jorge R. Videla); Jaime Prats Cardona (defensor del Alnte. Emilio E. Massera); Bernardo Rodríguez Palma, Ignacio Garona y Héctor Alvarado (defensores del Alnte. Orlando R. Agosti); José María Orgeira, Sergio A. Marutián y Carlos Froment (defensores del Gral. Eduardo Viola); Roberto Calandra, Eduardo Gerome y Eduardo Hernández Agramonte (defensores del Brigadier Omar Graffigna); Eduardo Munilla Lacasa, Alfredo Bataglia, Enrique Munilla y Juan C. Rosales (defensores del Gral. Leopoldo F. Galtieri); Ángel Buero y Eduardo Aguirre Obarrio (defensores del Alnte. Anaya) y Miguel Marcópulos (defensor del Brigadier Orlando Lami Dozo).

¹⁶ ALBALADEJO, T., *Retórica*, Síntesis, Madrid, 1991, p. 51.

Ester Kaufman, en su trabajo sobre *El ritual jurídico en el juicio a los excomandantes*¹⁷ describe los distintos campos políticos –con sus correspondientes actores– que representaron los diversos alineamientos en que se hallaba dividida la sociedad:

- El campo de los militantes de las organizaciones armadas que actuaron con violencia entre 1969 y 1973.
- El de los organismos defensores de derechos humanos que habían sostenido la bandera de “Juicio y castigo a los culpables” (Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, Centro de Estudios Legales y Sociales, Servicio de Paz y Justicia, etc.).
- El de los represores (Fuerzas Armadas, Grupos de Tareas, sectores políticos que apoyaron la lucha antiterrorista).
- El de la sociedad civil, que durante el Proceso se había ubicado anárquicamente y sin demasiada conciencia de lo que sucedía, a favor o en contra de los campos anteriores pero que, una vez instaurada la democracia, reclamaba el sometimiento de las Fuerzas Armadas al Poder Político y el respeto por las instituciones de la república.
- El de los partidos políticos mayoritarios, constituido por el justicialismo –que estaba convulsionado por la derrota electoral– y el radicalismo, que desde su posición de partido gobernante propugnaba una solución jurídica como paso previo y necesario para la reconciliación nacional y la consolidación de la democracia.

Ester Kaufman establece también la diferencia entre *actores estables* (integrantes del tribunal, de la Fiscalía y de las Defensas y los nueve acusados, integrantes de las sucesivas Juntas Militares) y *actores ocasionales* (testigos, público, invitados especiales y periodistas acreditados).

El juicio comenzó el 22 de abril de 1985, pero se había gestado en diciembre de 1983, al quebrarse la autoamnistía y formarse, por decreto del Poder Ejecutivo, la Conadep, que entregó su informe bajo el título de *Nunca Más*, el 20 de julio de 1984, en el cual se registraban más de 8900 casos de desapariciones, se comprobaba la existencia de

¹⁷ En: GUBER, R., *El salvaje metropolitano*, Legasa, Buenos Aires, 1991, ps. 339-348.

más de 300 centros de detención clandestinos y aparecían alrededor de 1.500 policías y militares involucrados en los hechos.

Paralelamente, el 25 de septiembre de 1984, el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas difundía las conclusiones de la investigación que le había sido encomendada:

Se hace constar que, según resulta de los estudios realizados hasta el presente, los decretos, directivas, órdenes de operaciones, etcétera, que concretaron el accionar militar contra la subversión terrorista son, en cuanto a contenido y forma, *inobjetables*.

Este informe hacía caer una de las estrategias a las que había recurrido el Gobierno del doctor Alfonsín: que fueran los mismos actores que integraban el campo militar los que procedieran a la autodepuración.

Las Madres de Plaza de Mayo se oponían al juicio y abogaban por la formación de una Comisión Bicameral. A pesar de esta y otras oposiciones, la Cámara Federal se hizo cargo del juicio.

4. El discurso de la Fiscalía

El discurso de la Fiscalía tuvo dos enunciadores: el doctor Julio César Strassera y el doctor Luis Moreno Ocampo.

El escritor Carlos Somigliana colaboró con la Fiscalía en la redacción del alegato.

El discurso resultó, así, la oralización de un texto producido primero como escrito. A este fenómeno de hibridación se agrega el de la mediatización del discurso de la Fiscalía luego de su actualización oral, ya que fue reproducido en diferido por los diferentes medios de comunicación, con los distintos formatos y características que impone la televisión, el diario y la radio.

Uno de los *leitmotiv* del discurso de la Fiscalía fue hacer evidente la ausencia de un tipo penal específico para castigar el delito de la desaparición forzada de personas.

4.1. Destinatarios

Al comenzar la audiencia del 11 de septiembre de 1985, cuando

ya se habían producido las pruebas testimoniales, la Fiscalía se refirió a “la comunidad argentina en particular, pero también a la conciencia jurídica universal”.

Se habían relevado 709 casos que, como expresó la Fiscalía, “no agotan el escalofriante número de víctimas que ocasionó el mayor genocidio que registra la joven historia de nuestro país”.

Los *prodestinatarios*¹⁸ del discurso de la Fiscalía fueron las organizaciones de derechos humanos, las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, los familiares de desaparecidos, los que sufrieron persecuciones (intelectuales, estudiantes, integrantes o simpatizantes de partidos de izquierda, periodistas, trabajadores, miembros del Poder Judicial y hasta integrantes de las Fuerzas Armadas)¹⁹. Además de estos prodestinatarios directos, una porción importante de la sociedad argentina veía en este juicio la materialización del anhelo de justicia largamente esperado.

El fiscal Strassera se convierte en un enunciador plural, a través de la utilización del colectivo de identificación:

No estoy solo en esta empresa. Me acompañan en el reclamo más de 9.000 desaparecidos, que han dejado a través de las voces de aquellos que tuvieron la suerte de volver de las sombras, su mudo pero no por ello menos elocuente testimonio acusador.

Los *contradestinatarios* fueron los Comandantes que conformaron las distintas Juntas Militares entre 1976 y 1983, integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad y todos quienes actuaron en el marco del terrorismo de Estado, a los que colectivamente se denomina “patotas”. También un sector de la sociedad civil entra en la figura del contradestinatario: aquellos que entendían que en el país había habido una guerra e instituciones como Famus.

La Fiscalía se dirige a ellos con un discurso refutativo. Así, califica con una triple adjetivación a la reacción del aparato estatal ante las

¹⁸ Estas categorías han sido tomadas del trabajo de Eliseo Verón citado en la *Introducción*.

¹⁹ El Tte. de la Armada, Jorge D. Devoto, se presentó en el Edificio Libertad, donde funcionaba el Servicio de Inteligencia Naval, el 21-3-76, para averiguar sobre el paradero de su suegro, el Dr. Antonio Bettini, ex Fiscal federal, y nunca más fue visto.

acciones de los grupos subversivos como “feroz, clandestina y cobarde” y puntualiza que se llevó a cabo “al margen del orden jurídico instalado” por la misma dictadura.

En íntima relación con lo anterior, hace hincapié en lo actuado por la Primera Junta Militar, la que “tuvo la particularidad de no cumplir ni siquiera con las inconstitucionales normas que dictó...”

El fiscal adjunto, doctor Moreno Ocampo, utiliza el recurso del sarcasmo para referirse a los imputados:

Señores jueces, les pido que observen a los acusados: son señores de entre cincuenta y sesenta años, tienen un aspecto respetable, no tienen el aspecto que la sociedad imagina que tienen aquellas personas que cometen delitos...

Los *paradestinatarios* estaban constituidos por la gran mayoría de la sociedad argentina que permaneció al margen de los hechos que, incluso, desconocía la magnitud de los mismos y, en muchos casos, había aceptado ingenuamente el discurso de quienes detentaban el poder.

El *Manual de Operaciones contra Elementos Subversivos* proclamaba que “el ciudadano debe saber que las Fuerzas Armadas no molestan a quien cumple con la ley”. Mientras tanto, se secuestraba a mujeres embarazadas, se privaba de su identidad a recién nacidos, se torturaba a niñas de 14 años y a ancianas de 77. Cualquier ciudadano argentino o extranjero –incluso embajadores del gobierno militar, como Elena Holmberg– por simple delación podía sufrir vejámenes e, incluso, la muerte. Como expresó la Fiscalía en su alegato, “todos estábamos en libertad condicional”.

El fiscal Strassera utiliza el recurso de las interrogaciones retóricas para señalar la magnitud del genocidio:

¿Cuántas de las víctimas de la represión eran culpables de actividades ilegales? ¿Cuántas inocentes? Jamás lo sabremos y no es culpa de las víctimas [...] Al suprimirse el juicio se produjo una verdadera subversión jurídica; se sustituyó la denuncia por la delación, el interrogatorio por la tortura y la sentencia razonada por el gesto neroniano del pulgar hacia abajo.

Podría incluirse también, dentro de este grupo de destinatarios, a integrantes de las Fuerzas Armadas que no tuvieron participación en la represión:

Por eso debe individualizarse y castigar a los responsables [...] para que no se equipare a quienes torturaron y robaron en beneficio propio, con los honestos [...] Lo exige el prestigio de las Fuerzas Armadas argentinas y el de los oficiales que las integran.

En su alegato, la Fiscalía expuso las bases legales para solicitar las penas, responsabilizando a los comandantes de los hechos aberrantes que, si bien no ejecutaron en forma directa dada la metodología instaurada, aparecían como responsables por comisión y por omisión. También rechazó de plano la posibilidad de que se ampararan en argumentos tales como los de la legítima defensa, el estado de guerra o de necesidad y la obediencia a la ley.

En la peroración o culminación del discurso, la Fiscalía construye como destinatarios directos a la comunidad argentina en general, a las Fuerzas Armadas como institución de la Nación y a las víctimas en particular:

Este juicio y esta condena son importantes y necesarios para la Nación argentina que ha sido ofendida por crímenes atroces [...] No son las Fuerzas Armadas las que están en el banquillo de los acusados [...] no es el honor militar lo que aquí está en juego, sino precisamente la comisión de actos reñidos con el honor militar. Y, finalmente, no habrá de servir esta condena para infamar a las Fuerzas Armadas, sino para señalar y excluir a quienes las infamaron con su conducta [...] Este juicio, esta condena son importantes y necesarios para las víctimas que reclaman y los sobrevivientes que merecen esta reparación...

El discurso de la Fiscalía, en consonancia con la trascendencia del juicio, construye también un destinatario futuro en un enunciado donde predomina la función ejemplarizadora:

Abogarán, en cambio, para que ese ineludible acto de justicia sirva también para condenar el uso de la violencia como instrumento político, venga ella de donde viniere, para desterrar la idea de que existen muertes buenas y muertes malas, según sea bueno o malo el que las cause o el que las sufra.

4.2. *El tecnolecto jurídico*

El tecnolecto jurídico, como lenguaje profesional, presenta características que le son propias: *precisión* (univocidad terminológica), *formalidad* (neutralidad afectiva y carencia de elementos emotivos), *afán de impersonalidad* (enmascaramientos en la tercera persona y en las formas impersonales de los verbos) y *funcionalidad* (debe tender a la eficacia y no a lo estético).

Mientras el tribunal utiliza siempre un lenguaje estrictamente jurídico, incluyendo formas estereotipadas pertenecientes a este tecnolecto, la Fiscalía –con el propósito de producir un acercamiento con los actores sociales pertenecientes a otros campos de la comunidad nacional y, sobre todo, con la opinión pública en general– se aparta a menudo del tecnolecto jurídico, recurriendo a un lenguaje accesible y el Tribunal deja de ser el destinatario exclusivo o privilegiado de su discurso, ampliando el espectro del mismo a la sociedad toda. Es así como, en muchos pasajes, el discurso de la Fiscalía se asemeja más al discurso político que al jurídico.

En ningún momento de su alegato, el fiscal Strassera recurre a técnicas de distanciamiento como enunciador. Utiliza preferentemente la primera persona del singular y, cuando se asume como representante de lo que Bourdieu denomina “*conciencia práctica*”²⁰ –aquello que los actores piensan pero que no pueden expresar discursivamente– utiliza la primera persona del plural. Los pasajes más relevantes en este sentido son, a nuestro entender, cuando Strassera se refiere a los testimonios de los testigos y “traduce” la narración de los hechos realizada en un registro de lengua común, al tecnolecto jurídico:

El caso de Inés Ollero es un claro ejemplo de cuanto vengo afirmando...

En el discurso de la Fiscalía encontramos:

- Refranes populares (“para muestra basta un botón”);
- desmitificación de la realidad por reducción al absurdo (“Empero, en aras de lograr una mayor precisión y profundidad en la apreciación de los hechos, me permitiré añadir que el contingente

²⁰ BOURDIEU, P., *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Anagrama, Barcelona, 1997.

subversivo estaba integrado por las abatidas Olga Delia Aldaya y Mónica Edith Jáuregui, así como por dos hijos de esta última, que felizmente sobrevivieron al combate, Emiliano Miguel, de 19 meses y Arturo Benigno, de cinco meses”);

- ironías y eufemismos que refuerzan la emotividad del discurso (“paradigmática batalla de Fátima [...] Una batalla sin duda notable, desde el punto de vista de la ciencia bélica, ya que se alcanzó el grado óptimo de eficiencia al exterminar totalmente al enemigo sin experimentar una sola baja. Una batalla también llamativa desde una perspectiva ética, ya que los combatientes victoriosos, guiados quizá por una modestia a todas luces excesiva, rehúsan presentarse a reclamar los laureles que seguramente les corresponden...”);
- términos pertenecientes a la jerga delictual: canera, ratonera, chupadero, boleta, etcétera.

Son infrecuentes las expresiones en latín, registrándose algunas bastante comunes en el tecnolecto jurídico como *modus operandi* y *habeas corpus*.

En ocasiones, utiliza como recursos enfatizadores la doble adjetivación: “fría y deliberada masacre” y la adjetivación automática: “dramáticas semanas”, “escalofriante número”, “mayor genocidio”, “tristemente célebre”.

En cuanto a las figuras de sintaxis, sólo observamos el uso reiterado del hipérbaton (“salvo que la conciencia moral de los argentinos haya descendido a niveles tribales, nadie puede admitir que el secuestro, la tortura o el asesinato constituyan hechos políticos o contingencias del combate”).

Las citas de autoridad cumplen la función de validación de los argumentos, recurriendo a la doctrina tanto en los casos de atribución de responsabilidad a quienes tomaban las decisiones (“autores de escritorio”) como en la justificación de la aplicación de la justicia retroactiva. Entre las citas de autoridad, la Fiscalía incluye a autores como Oliver Wendell Holmes, Günther Stratenwerth, Millán de Astray (“si de este modo logramos sustituir aquel fanático ‘viva la muerte’ con que Millán de Astray reivindicaba su perversa doctrina...”), Dante

Alighieri, Claus Roxin, Hans Lessick, Sebastián Soler, Eugenio R. Zaffaroni y Piero Calamandrei (“El saber jurídico no es idéntico al sentido común, pero lo incluye...”)

El discurso de la Fiscalía también contiene citas literarias:

- “Ha escrito Anatole France que hoy la guerra es la vergüenza del hombre, cuando en otro tiempo fue su honor”.
- “Parafraseando a García Márquez, este caso podría denominarse *Crónica de una muerte anunciada*”.

Dada la importancia que revisten las definiciones en el tecnolecto jurídico, la Fiscalía pone énfasis en la definición de términos y expresiones como “guerra” y “crímenes de guerra” y en rechazar otras como “guerra sucia” o “no convencional”, por carecer de entidad jurídica:

La guerra, señores jueces, es algo de por sí lo suficientemente horroroso como para admitir el calificativo de “sucio” por añadidura. Esto es un eufemismo para tratar de encubrir actividades propias de pandilleros, antes que de soldados.

El discurso de la Fiscalía contiene también correferencias (“El desarrollo precedente se basa en el concepto de autoría vigente en la moderna teoría del delito...”), remisiones internas (“me remito al período que acabamos de describir”) y remisiones externas, sobre todo referidas a casos de jurisprudencia (como el caso “Eichmann”) y a las Ordenanzas Especiales al Ejército de Cuyo, redactadas por el General José de San Martín en 1816.

Si tomamos en cuenta la teoría de las máximas conversacionales de Grice²¹, a partir del principio cooperativo, el discurso de la Fiscalía responde en un alto grado a las mismas:

- *Máxima de cantidad*: la información es la estrictamente necesaria y no abusa de las digresiones. La Fiscalía restringió la acusación sólo a hechos confirmables (709) y suficientes para el fin condenatorio.
- *Máxima de calidad*: la información muestra un objetivo concreto:

²¹ GRICE, Paul, *Logical and Conversation*, Wener, Washington, 1968 (conferencia).

el de desenmascarar lo que se dio en llamar “el aparato de poder de la dictadura”, fijando con precisión el marco temporal: la actuación de los acusados como integrantes de las sucesivas Juntas.

- *Máxima de claridad*: el tecnolecto jurídico utilizado por los fiscales no se vale de recursos que oscurezcan el texto o lo hagan incomprensible para los legos sino que, por el contrario, busca hacerlo accesible a la mayor variedad de destinatarios posibles.
- *Máxima de relevancia*: el discurso de la Fiscalía restringió el objeto procesal, se ciñó a los hechos acreditados, los actores intervinientes y la autoría y responsabilidad de los jefes de las Juntas.

La estrategia discursiva de la Fiscalía estuvo dirigida a desbaratar el argumento de las defensas de que había existido “enfrentamiento” entre fuerzas del orden y delincuentes terroristas y a reafirmar que los hechos denunciados constituían verdaderas “masacres”. Al referirse a los “traslados”, la Fiscalía los califica como “macabro eufemismo de la muerte”.

4.3. *Los distintos tipos de enunciados*

Dentro de la ya clásica distinción que proporciona la teoría de los actos de habla –sobre todo a partir de los trabajos de Austin²²– entre enunciados constatativos y enunciados performativos, el discurso jurídico es uno de los que más efectos provocan en la realidad y, en particular en las instituciones y en los sujetos. Es un tipo de discurso performativo por excelencia. Como señala Pierre Bourdieu en:

*¿Qué significa hablar? Economía de los intercambios lingüísticos*²³:

El discurso jurídico es palabra creadora, que confiere vida a lo que enuncia. Es el extremo hacia el que pretenden todos los enunciados performativos: bendiciones, maldiciones, órdenes, votos o insultos; es decir, la palabra divina, la palabra de derecho divino que, como la *intuitus originarius* que Kant atribuía a Dios y contrariamente a los enunciados derivados o comprobativos, simples registros de un dato

²² AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Barcelona, 1998.

²³ Aka, Madrid, 1985, p. 16.

preexistente, dan existencia a aquello que enuncian. No se debería olvidar nunca que la lengua, por su infinita capacidad generativa, pero también originaria en el sentido de Kant, originalidad que le confiere el poder de producir existencia produciendo su representación colectivamente reconocida, y así realizada, es sin duda el soporte por excelencia del sueño del poder absoluto.

Dentro del discurso de la Fiscalía hay diversos tipos de enunciados performativos:

a) *Enunciados judicativos*. Al finalizar la presentación de cada uno de los casos, la Fiscalía tipifica los delitos y señala a los responsables:

los hechos mencionados constituyen los delitos de privación ilegal de la libertad calificada en perjuicio de [...] Sus responsables son...

b) *Enunciados compromisorios*. En su discurso, la Fiscalía asume el compromiso de representar a la sociedad argentina y a la conciencia mundial en el reclamo de justicia y en la denuncia de las atrocidades cometidas por los integrantes de las Juntas Militares:

...en representación de la comunidad argentina, vamos a solicitar el castigo que la ley prevé para quienes no supieron respetar la vida. Asumiremos el riesgo en la seguridad de que no estamos solos en la búsqueda de la deseada ecuanimidad. A partir de este juicio y la condena que propugno nos cabe la responsabilidad de fundar una paz basada no en el olvido, sino en la memoria, no en la violencia sino en la justicia...

c) *Enunciados comportativos*. Las fórmulas de cortesía, comunes en todos los discursos judiciales, la Fiscalía las utiliza casi siempre al referirse al tribunal (“Excelentísimo Tribunal”, etc.).

El presidente del Tribunal utiliza con frecuencia este tipo de enunciados, generalmente en fórmulas cristalizadas: “*Se reabre el acto, continúa la Fiscalía en el uso de la palabra*”, etcétera.

d) *Enunciados expositivos*. Como en todos los discursos argumentativos del campo jurídico, este tipo de enunciados tiende a reforzar la posición del enunciador mediante la narración de los hechos objeto

del proceso como en la de antecedentes que establecen un paralelo con las pretensiones que se formulan:

- “La sociedad argentina, *como ya señalé*, ha recuperado ahora el control del Gobierno y va a perseguir a todos los que violaron la ley”.
- “Sí, *vamos a pedir el castigo* para los que violaron la ley”.
- “*Dejo formulada* la denuncia anterior...”

Tanto en la narración como en la confirmación, la Fiscalía recurre a este tipo de enunciados para subrayar que las Fuerzas Armadas, como unidad organizada, no tenían necesidad de acudir al terrorismo de Estado para combatir los delitos de la subversión y para poner en claro que los argumentos del estado de guerra interno o de guerra no convencional esgrimidos por las defensas para justificar la represión desmesurada se basaba en dos sofismas:

- Un subversivo pertenece a una especie subhumana, por lo tanto no goza de derechos humanos.
- Todos los detenidos eran subversivos, cuando en realidad era la modalidad misma de detención la que los convertía inmediatamente en subversivos.

4.4. Estructura del discurso

En cuanto al plan del discurso, el mismo cumple con el principio de cooperación para desarrollar la elocución. El discurso de la Fiscalía presenta así la progresión lógica de los contenidos de un discurso acusatorio clásico, respetando la *dispositio* u ordenamiento del discurso retórico jurídico: exordio, *narratio*, división, confirmación, refutación y peroración.

En cuanto a su estructura, la misma es un tanto peculiar pues el Ministerio Fiscal tuvo que tratar cada tema de juzgamiento (*división* o “*judicatio*”) valiéndose de un pequeño exordio para facilitar la comprensión de los mismos, agrupando cualitativamente las narraciones de los hechos. A medida que se van narrando los casos, el fiscal los va calificando y, simultáneamente, anticipa datos de la etapa probatoria que corresponden a la confirmación.

4.5. *Exordio*

En el exordio o apertura del discurso, el fiscal Strassera, si bien se dirige a los “Señores jueces”, se asume como un enunciador al que la sociedad civil le ha encomendado una misión, superando el principio de la personalidad pasiva –representación de las víctimas– y presentando la causa –según la clasificación de Cicerón²⁴– como una “causa honesta”, cuyo fin noble el auditorio conoce de antemano; Strassera la califica de “augusta” y manifiesta la doble representación que asume:

Señores jueces: la comunidad argentina en particular, pero también la conciencia jurídica universal, me han encomendado la augusta misión de presentarme ante ustedes para reclamar justicia.

Con relación a la parte final del enunciado precedente, el pedido de justicia de la Fiscalía se diferencia de otras posturas asumidas por fiscales en casos de justicia retroactiva, en los que se pone de manifiesto la necesidad de reparación y hasta de venganza. Hanna Arendt, refiriéndose al papel asumido por el fiscal Hausner en el juicio a Eichmann²⁵, expresa que dicho juicio estaba motivado “no para satisfacer las exigencias de justicia sino para colmar el deseo de venganza de las víctimas”.

En la audiencia del juicio a las Juntas, del 11 de septiembre de 1985, la Fiscalía solicita el castigo de los delitos denunciados como una forma de desterrar el uso de la violencia por parte del Estado y de restablecer los valores éticos sobre los cuales se edificó la Nación Argentina. Así, su exordio se mueve en dos planos discursivos que se entrecruzan: uno jurídico, cuyo destinatario es el tribunal y otro político, destinado al auditorio en general, en el que utiliza una adjetivación que pone de manifiesto el involucramiento del enunciador con la causa: “dramáticas semanas de audiencias”, “escalofriante número de víctimas”, “el mayor genocidio que registra la joven historia de nuestro país”.

Cuando hace referencia a la hipotética condena, le otorga no sólo

²⁴ CICERÓN, M. T., *De la invención*, en *Obras completas*, Hernando, Madrid, 1927, t. I.

²⁵ ARENDT, *Eichmann en Jerusalén* cit., p. 376.

el sentido de castigo a los responsables de los crímenes cometidos durante la dictadura militar, sino también un sentido ejemplificador para las generaciones futuras:

...para que ese ineludible acto de justicia sirva también para condenar el uso de la violencia como instrumento político, venga ella de donde viniere.

Strassera recurre al colectivo de identificación con las víctimas cuyos testimonios directos no pudieron ser escuchados durante la sustanciación del juicio:

Pero no estoy solo en esta empresa. Me acompañan en el reclamo más de nueve mil desaparecidos que han dejado a través de las voces de aquellos que tuvieron la suerte de volver de las sombras, su mudo pero no menos elocuente testimonio acusador.

Más adelante establece una relación intertextual, tomando como hipotexto el discurso de Millán de Astray pronunciado en la Universidad de Salamanca luego del triunfo franquista sobre las fuerzas republicanas españolas:

Si de este modo logramos sustituir aquel fanático “viva la muerte” con que Millán de Astray reivindicaba su perversa doctrina por un “viva la vida”, en rescate de los valores éticos sobre los cuales esta Nación fue fundada, habremos de darnos por satisfechos.

El doctor Strassera utiliza la primera persona como reforzador: “debemos partir”, “historiaremos un poco”.

El exordio incluye un enunciado refutativo de la afirmación del almirante Guzzetti, canciller del gobierno de facto, quien en 1976 había expresado:

Mi concepto de subversión se refiere a las organizaciones terroristas de signo izquierdista. La subversión o el terrorismo de derecha no es tal, sino anticuerpos.

Strassera replica que aquellos a los que Guzzetti llama anticuerpos, mejor sería llamarlos “antihombres” por la brutalidad y la forma indiscriminada con que ejercieron la violencia.

El exordio culmina con el anuncio de narrar los antecedentes del tipo de violencia objeto del juicio. La transición entre el exordio y la narración se produce en el párrafo que comienza con la expresión: “Llegamos así a nuestro anunciado punto de partida...”, cediéndole luego la palabra al fiscal adjunto:

...las juntas militares fracasaron no sólo en la misión de establecer la inocencia de los inculpados injustamente, sino también en la de probar la culpabilidad de los responsables de los actos criminales. Pero dejemos a mi colega, el doctor Moreno Ocampo, que les explique las características de esta forma de represión.

4.5.1. *Los interrogantes del exordio*

La Retórica clásica sostenía que el orador, en la construcción de su exordio, debía tener en cuenta cinco interrogantes:

1. *¿Para quién y contra quiénes se construye el discurso?*

La Fiscalía se dirige en forma directa al Tribunal y a los acusados, como paradesinatarios y contradestinarios respectivamente, pero construye también mediante estrategias persuasivas y de divulgación un paradesinatario mediato: la sociedad civil.

2. *¿Cuál es el prejuicio público?*

Desde nuestra perspectiva, damos por supuesto un doble prejuicio: el hastío social por la violencia y los años de opresión y, por otro lado, la desconfianza en las instituciones.

3. *¿Cuál es la opinión presumible del tribunal?*

Si tenemos en cuenta el contexto histórico del momento en que se sustanció el juicio y la designación de los integrantes de la Cámara Federal, podemos suponer en éstos una predisposición favorable a la postura de la Fiscalía.

4. *¿Cuál es el objeto buscado?*

A partir del análisis de las estrategias discursivas de la acusación, se revela que los objetivos buscados eran, por un lado, la sanción ejemplarizadora y, por otro, desactivar cualquier operación de “justicia por mano propia”. Los fiscales asumen el costo que esto significaba dentro del campo jurídico: que una parte de la doctrina los considerara “retribucionistas” a ultranza.

5. *¿Cuál es el resultado a evitar?*

La Fiscalía trató de derribar, desde el comienzo de su discurso, una de las tesis principales que sustentaban las Defensas: que había existido una guerra, lo que de haberse instalado en la conciencia colectiva y del Tribunal en especial, diluiría la responsabilidad criminal de los acusados en los llamados “excesos” al no poder dominar circunstancias ni conductas ajenas en el marco de lo que denominaban “guerra sucia”.

4.6. *La narración*

En el discurso jurídico, la narración de los hechos tiene por finalidad servir de base a la demostración y a la argumentación. La narración jurídica se desarrolla a partir de acciones que se han producido en la realidad y sobre las cuales cada una de las partes construye su propio verosímil. Dichas acciones están previstas de modo abstracto y general en el ordenamiento jurídico.

Las normas constituyen una abstracción que cobra vida cuando deben ser aplicadas a hechos ocurridos en la realidad, en circunstancias determinadas de tiempo y lugar.

A partir de la construcción del verosímil, los hechos narrados se convierten en una premisa argumentativa, constituyendo “el eje central sobre el cual girarán las pruebas, los argumentos y el derecho”²⁶.

Toda narración jurídica debe contener los hechos relevantes –los que tengan capacidad para producir efectos jurídicos– y las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Debe responder a una lógica interna, instruyendo al auditorio sobre el objeto del litigio.

Este tipo de narración se diferencia de la ficcional porque requiere un ordenamiento secuencial. Dicho ordenamiento puede hacerse desde el punto de vista cronológico, espacial o lógico. La concisión y la claridad son dos requisitos fundamentales en la narración jurídica, que debe tratar de responder a los siguientes interrogantes:

- ¿Quién es el o los sujetos de la acción?
- ¿Cuál es la acción realizada?

²⁶ CANO JARAMILLO, C. A., *La redacción del texto jurídico*, D. C., Bogotá, 1997, p. 185.

- ¿A quién benefició o perjudicó dicha acción?
- ¿Cómo se realizó?
- ¿Con qué elementos?
- ¿Cuándo?
- ¿Dónde?
- ¿Con qué finalidad?
- ¿Por qué causa o razón?

La narración de la Fiscalía cumple con las condiciones de verosimilitud y concordancia lógica de los diversos componentes del relato: tipificación de la causa, motivo, circunstancias de tiempo, lugar, modo e instrumento, relaciones de causalidad, identificación de los sujetos de la acción (cuando ello fue posible) e identificación de la(s) víctima(s). Pero, debido a las peculiaridades de este juicio, el relato de los hechos presenta también características propias de la narración histórica.

La Fiscalía debió seleccionar los hechos relevantes para la causa, dentro de las restricciones de la misma, de tal manera que pudieran producir efectos jurídicos. Efectuó un desarrollo cronológico y riguroso de los hechos narrados –no aparecen digresiones– haciendo especial hincapié en la aparición y el accionar de la Triple “A” (Alianza Anticomunista Argentina), subrayando que la suspensión de sus actividades se produjo a partir del 23 de marzo de 1976 porque sus miembros se integraron al aparato represivo del Estado.

La narración de la Fiscalía incluyó la reseña de la génesis y el accionar de las organizaciones guerrilleras desde 1970, que no sólo no cesó sino que perduró y se intensificó a partir de 1973, a pesar de la existencia de un gobierno constitucional, surgido de elecciones libres.

La Fiscalía dividió en dos partes la narración de los hechos:

a) Los denominados eufemísticamente “enfrentamientos”, comenzando por la “paradigmática batalla de Fátima” y concluyendo con el “no menos conspicuo combate de Margarita Belén”.

El relato de los “enfrentamientos” trasluce la fuerte implicación del sujeto de la enunciación –la Fiscalía–, ya que la referencia a ellos está casi siempre adjetivada: “siniestro episodio”, “falaz enfrentamiento”, “peculiar” o “curioso combate”.

En el caso de “Las Palomitas”, Strassera hace referencia al testimonio del Coronel Mulhall, Jefe de la Guarnición de Salta, quien al declarar se amparó en la garantía prevista por el artículo 18 de la Constitución Nacional –“nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”– y reivindicó el accionar del personal a sus órdenes, cuyo desempeño calificó de “brillante y altamente eficiente”. El fiscal, luego de conceder que el silencio de Mulhall no basta para incriminarlo, lo refuta con una ironía al expresar que “nos ha privado de ese modo de una visión seguramente menos sombría y aterradora que la expuesta”.

Los eventuales argumentos de la defensa de los acusados acerca de los “enfrentamientos” con elementos subversivos son refutados anticipadamente por la Fiscalía desvirtuando tal hipótesis con la ausencia de bajas en las filas militares.

Esta parte del relato culmina con una metáfora del país durante la dictadura:

Señores jueces: finalmente si a través de este ensangrentado mapa del país, tendiéramos cronológicamente una línea entre todos los puntos que acabo de mencionar [...] tendríamos la impresión de una monstruosa telaraña que envolviera el cuerpo físico de la Nación. Una telaraña tejida por una araña gigantesca que, como todas las arañas, tenía ocho patas pero una sola cabeza.

b) Los homicidios, los robos, las privaciones ilegítimas de la libertad, la falsificación de documentos públicos, las reducciones a servidumbre, etcétera.

En esta segunda parte de la narración, la Fiscalía comienza con una comparación entre las muertes producidas por “enfrentamientos” y aquellas en las que “se produjo una especie de bárbaro sinceramiento y se asumió el asesinato sin ninguna clase de tapujos ni falsos pudores, casi como si se tratara de una de las funciones de gobierno”.

Se narran los distintos tipos de torturas a que fueron sometidas las víctimas: “...fue sometido a corriente eléctrica y a la práctica asfixiante conocida como el submarino”.

Es relevante la referencia a la falta de identificación y de invocación de orden legal alguna en los allanamientos, lo que contrastaba con las

expresiones de pertenencia a alguna de las fuerzas de seguridad, como en la exposición del caso “Nocetti”, en la audiencia del 11 de septiembre de 1985.

En el caso “Holmberg”, la acusación busca enfatizar la figura de “la represión sistemática”, describiendo las internas existentes entre los distintos sectores y haciendo mención a la disculpa ensayada por el jefe de la Unidad Regional Tigre ante las recriminaciones del general Suárez Mason por la demora en informar a la familia Holmberg del hallazgo del cadáver: “No se olvide que son más de ocho mil los que ustedes han tirado al río”.

La Fiscalía hace referencia también a hechos que, por falta de pruebas, no son objeto de requisitoria, buscando reforzar con ello la verosimilitud del relato. Describe las causas radicadas por los familiares de las víctimas a partir de 1976, coincidentes en las siguientes características: irrupción de grupos armados en condiciones de nocturnidad, invocación de autoridad policial o militar, despliegue de automotores, impunidad y un resultado común: la “desaparición” de la víctima.

En su relato, la acusación concede la posibilidad de que algunas de las víctimas pudieran haber tenido responsabilidad en actividades subversivas, pero hace hincapié en la metodología utilizada en la represión que impidió el juicio previo, el que podría haber culminado con la atribución de responsabilidades y las consecuentes penas.

Uno de los pasajes más dramáticos de la narración corresponde al homicidio de Floreal Avellaneda (audiencia del 16-9-85). Luego de describir el caso, Strassera asume la primera persona para decir:

No quiero incurrir en ningún recurso melodramático, pero resulta inevitable consignar que Floreal Avellaneda hubiese cumplido 15 años el mismo día que apareció su cadáver.

La narración culmina con la división o *judicatio*, es decir, el encuadramiento legal de los delitos y de la conducta de los procesados dentro del Código Penal: presenta a los nueve integrantes de las Juntas Militares como partícipes responsables directos en la muerte y desaparición de personas.

4.7. *La división*

Si bien para las nuevas corrientes de la Retórica esta parte ha caído en desuso, sigue plenamente vigente en el discurso judicial por imperativo de la llamada “regla de economía procesal”, la que establece que se debe argumentar y refutar sólo en aquellas cuestiones en las que las partes disienten. Como ejemplo de esto podemos citar el siguiente pasaje del discurso de la acusación, donde se considera probada y fuera de discusión la existencia de una estructura operativa, para luego pasar a confirmar quiénes la crearon y dirigieron:

La existencia de estas zonas fue reconocida por todos, pero además la existencia de cadenas de mando fue reconocida por algunos comandantes, también por algunos oficiales que aquí declararon.

La acusación fija expresamente los puntos en discusión y anticipa que su confirmación será mediante pruebas *stricto sensu*:

La Fiscalía afirma que los acusados implantaron un plan que tenía como método de investigación la tortura, por el cual se autorizaba el saqueo de las víctimas y como resultado el asesinato, y que además todo esto se ocultaba mediante acción psicológica [...] *entonces es sobre esta tesis que vamos a fundar nuestra acusación*. Por ello, el doctor Strasera expondrá los fundamentos teóricos y los precedentes jurisprudenciales que dan pie y que avalan la postura de este Ministerio Público.

En esta parte del discurso, la Fiscalía resume los delitos acreditados: secuestro de bebés, de jóvenes menores de edad, de ancianas, embarazadas, obreros, industriales, campesinos, banqueros, familias enteras, vecinos de sospechosos, funcionarios del propio Proceso de Reorganización Nacional incluido un embajador, funcionarios judiciales, en una muestra que revela que cualquier ciudadano podía ser devorado por el sistema.

En todos los casos se acredita la violencia y la impunidad: quienes realizaban los procedimientos no se identificaban ni exhibían orden legal que los avalara. La mayoría de los desaparecidos moría en enfrentamientos con las fuerzas de seguridad y, sugestivamente, éstas no sufrían bajas.

Se considera también acreditado el *modus operandi*: primero el secuestro de las víctimas y luego la mentira, ya que el gobierno no reconocía las detenciones o arrestos y, en consecuencia, negaba la necesidad de investigar, lo que hacía que todos los recursos legales previstos para la protección de los ciudadanos resultaran vanos e inútiles.

En este punto, el discurso de la Fiscalía sigue los preceptos de la Retórica con respecto a la característica principal de la División: no se debe prometer que se va a demostrar que los adversarios tuvieron la voluntad de cometer un delito, simplemente es suficiente anunciar que lo han cometido.

4.8. *La confirmación*

Para la Retórica, ésta es la parte esencial del discurso judicial, ya que contiene la exposición de las pruebas y argumentos.

Es la zona del discurso esencialmente dialéctica, pues consiste en la evaluación de las pruebas y de los indicios.

Para apreciar los caracteres particulares de la argumentación jurídica es necesario oponerla a la concepción clásica de la demostración y de la lógica, que se limita al examen de los medios de prueba demostrativos. Una argumentación está construida siempre para alguien, al contrario de una demostración, que pretende validez universal.

Anthony Weston afirma que “la argumentación jurídica es un producto de la razón que busca la certeza de sus proposiciones” y agrega: “dar un argumento significa dar un conjunto de razones o pruebas en apoyo de una conclusión. Aquí, un argumento no es simplemente la afirmación de ciertas opiniones, ni se trata simplemente de una disputa. Los argumentos son intentos de apoyar ciertas opiniones con razones”²⁷.

En la construcción de la argumentación jurídica, el sujeto de la enunciación se anticipa a preguntas como: ¿qué otra decisión diferente a la que propugno se puede tomar?, ¿qué contraargumentos debilitan mi tesis?

Si acordamos que todo discurso argumentativo traduce la posición

²⁷ WESTON, A., *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 13.

de su enunciador, los fiscales aparecen fuertemente implicados en los argumentos que desarrollan:

Frente a actuaciones judiciales de *esta laya*, donde, si se me permite el neologismo, se desinvestigan y se confunden tan prolijamente los hechos [...] no es preferible el menos sofisticado pero más sincero procedimiento de no efectuar investigación alguna, tal como en otras desapariciones forzadas.

Se intentó *burda y torpemente*, pero se intentó al fin, disimular bajo una *artificiosa* retórica castrense que la cruda y verdadera naturaleza de los supuestos enfrentamientos era *flagrante hipocresía*. Por cierto, pero bien se ha dicho, que la hipocresía es el homenaje que el vicio rinde a la virtud.

El discurso de la acusación desarrolla los medios de confirmación admitidos por la norma procedimental. Se destacan entre ellos, como pruebas *stricto sensu*, la jurisprudencia, documentos, testimonios y doctrina, adquiriendo particular relevancia los elementos probatorios por vía indiciaria, que permiten llenar los intersticios producidos por la ausencia y destrucción de documentos en que incurrieron los inculpados.

Como pruebas *stricto sensu*, la Fiscalía centra su discurso en la referencia a los siguientes documentos:

- El informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep).
- El Acta del Proceso de Reorganización Nacional del 24 de marzo de 1976 que establece, entre otras cosas, que la Junta Militar asume el poder político de la Nación y se autoconsagra como órgano supremo.
- El estatuto publicado en el Boletín Oficial el 12 de noviembre de 1978, que ratifica lo anterior.
- La directiva 504/77 del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas.
- La ley 22.068 sobre presunción de fallecimiento de personas desaparecidas, como una virtual admisión de la muerte de las mismas.
- El informe presentado por el Departamento de Estado norteamericano a las Comisiones de Asuntos Exteriores de la Cámara de Representantes y del Senado.

- El informe del grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas o involuntarias, del 10 de diciembre de 1982.
- Los documentos del Episcopado Argentino del 7 de julio de 1976 y del 17 de marzo de 1977.
- Los testimonios aportados por quienes declararon durante la sustanciación del juicio.
- Informes médicos.
- Elementos secuestrados.

Los elementos probatorios aportados son reforzados con estrategias de razonamiento tendientes a persuadir al auditorio de su verosimilitud:

- La supresión de juicio a los detenidos tuvo como consecuencia la subversión del sistema, lo que constituyó, a su vez, una subversión jurídica.
- La comprobación de que la represión estuvo a cargo de grupos operativos especiales de todas las fuerzas armadas y de seguridad lleva a la consecuencia lógica de la responsabilidad ineludible de las sucesivas juntas militares.
- La represión ilegal constituyó la negación del justo proceso como principio jurídico fundamental.
- Los delitos fueron cometidos por personas concretas y determinadas, por lo que no se pone en el banquillo de los acusados al honor de las Fuerzas Armadas sino a integrantes de las mismas.

En esta parte del discurso, la Fiscalía mantiene siempre la misma estructura: descripción de los hechos, prueba de los mismos y conclusión, en la que procede a la calificación del hecho, encuadrándolo en el tipo penal específico y determinando la responsabilidad de los imputados.

Tal vez lo más destacable de esta parte del discurso sea la aplicación, por parte de la acusación, de estructuras argumentativas por inducción y de topoi analíticos de la personalidad de los acusados y de la acción atribuida a los mismos.

4.8.1. *Tipología de los argumentos*

Persuadir por la fuerza de los argumentos es lo contrario del autoritarismo, que no proporciona razones de su accionar.

La tópica es una técnica de construcción argumentativa, que posee una larga tradición a partir de Aristóteles y que, en nuestros días, ha sido retomada por teóricos como Lausberg²⁸, Viehweg²⁹ y Alexy³⁰.

En el discurso de la Fiscalía hemos relevado los siguientes “topos” –“lugares argumentativos”– y argumentos:

a) *Topos tendientes al análisis de la personalidad de las partes*: Aparecen con mayor frecuencia referidos a las víctimas; con respecto a los inculcados sólo se registran algunas referencias.

Se configuran a partir de interrogantes como: ¿por qué?, ¿dónde?, ¿cuándo?, ¿cómo?, ¿por qué medios?, ¿con quién?, etcétera.

Con respecto a la personalidad de los acusados:

Señores jueces: les pido que observen a los acusados; son señores de entre 50 y 60 años, tienen un aspecto respetable, no tienen el aspecto que la sociedad imagina tienen aquellas personas que cometen delitos, y esto puede llamar a confusión.

b) *Topos que se derivan de la acción misma*: La Fiscalía los utilizó para desmerecer la predecible estrategia de la defensa, desestimando anticipadamente la posibilidad de que los acusados hubieran actuado conforme a derecho ni que atribuyeran a terceros los delitos que expresamente habían encomendado o que debieron prever como responsables de la creación de la estructura operativa represiva.

Al refutar la hipótesis de las defensas del “estado de guerra interno”, la Fiscalía se anticipa a la posible invocación, por parte de las mismas, de topos derivados del análisis de la acción. A modo de ejemplo de lo que venimos sosteniendo, transcribimos algunos pasajes donde aparecen estos topos:

¿Quién es el autor de los hechos delictivos que se cometen mediante la utilización de un aparato organizado de poder?

¿Puede ser considerado autor de los hechos delictivos cometidos en el seno de un aparato organizado de poder el que dirige esa estruc-

²⁸ LAUSBERG, H., *Retórica*, Gredos, Madrid, 1982.

²⁹ VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

³⁰ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

tura de poder aunque no haya participado materialmente en la ejecución de los hechos?

¿Qué razones había entonces para organizar campañas de acción psicológica, para mentirle a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al Presidente de Francia, a la sociedad argentina y al mundo entero?

c) *Topos de tiempo y lugar:*

...que la hora, época del año y lugar del supuesto combate, no se compadecen con la total ausencia de testigos.

...que el médico policial informa que el deceso habría ocurrido el propio día 4 de diciembre...

d) *Argumentos inductivos:* La Fiscalía los utiliza para establecer similitudes entre casos anteriores, de repercusión mundial y el proceso que se estaba sustanciando en ese momento, cumpliéndose las condiciones de la inducción: establecer similitudes, enunciar los puntos que se quieren probar y formular las conclusiones que confirman los hechos que se pueden deducir de tales similitudes. Así, la validez demostrativa de la inducción se asienta en situaciones que forman pareja: lo que se quiere demostrar y lo que se plantea como cierto y probado.

Los fiscales recurren al ejemplo de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de Irlanda:

De esta misma manera procedió la Corte Europea de Derechos Humanos frente a una demanda planteada por el gobierno de Irlanda contra el Reino Unido, a raíz de detenciones de ciudadanos interrogados bajo tortura y confinados sin juicio alguno.

Estos argumentos inductivos llevan implícito otro tipo de argumento: *la regla de justicia*, que consiste en exigir un tratamiento idéntico para situaciones que forman pareja o que entran dentro de la misma calificación:

...resulta premonitoria en su similitud conceptual con la situación que estamos tratando.

Algunos argumentos por inducción adoptan la forma: “tal cosa no es porque tal otra tampoco lo es”. Esta estructura es utilizada por la

Fiscalía al referirse a la insinuación que, en la etapa testimonial del proceso, el abogado defensor doctor Orgeira le hiciera al testigo Cox al preguntarle si sabía que la hija de Mignone (desaparecida) era extremista. La respuesta del interrogado fue que era inocente hasta tanto un tribunal pudiera comprobar su culpabilidad. Una ironía que reveló el juicio a las Juntas fue que los defensores de los comandantes reclamaban para sus defendidos los mismos derechos que ellos habían violado sistemáticamente.

e) *Argumentos de autoridad*: Están basados, sobre todo, en las fuentes del Derecho. Así, la Fiscalía recurre a la obra de Claus Roxin sobre autoría y dominio del hecho, a los *Tratados de Derecho Penal* de G. Stratenwerth, H. H. Iessick y Eugenio R. Zaffaroni y a la obra de Rodolfo Moreno, *El Código Penal y sus antecedentes*. Estos argumentos de autoridad le sirven de apoyo para el encuadre de los imputados en la categoría de “autores” que tipifica el artículo 45 del Código Penal.

f) *Argumento de la doctrina formal objetiva*: Este argumento inductivo se encadena con el de la “*autoría mediata*” y tiende a establecer la responsabilidad de los inculcados por ser quienes manejaban a su arbitrio la estructura de poder:

...también por la vía de la autoría formal objetiva, la autoría mediante el uso de aparatos organizados de poder, encontraría su lugar dentro de las categorías de autoría que esta misma teoría admite.

4.9. *La refutación*

La Retórica clásica admitía dos formas de refutación: en bloque o en detalle. El primer caso era aconsejable en las causas donde los argumentos de la parte contraria reposaban sobre una sola prueba principal.

En el discurso judicial, la refutación contiene dos aspectos fundamentales: la contradicción de las pruebas y la impugnación.

Por imperativo de la regla de congruencia, la Fiscalía tuvo que proceder a refutar en detalle los argumentos y situaciones invocadas por las Defensas.

La refutación, que tiene como objetivo fundamental demostrar que

la posición sustentada por la parte contraria es falsa, carente de verosimilitud o inadecuada, puede adoptar diversas técnicas, algunas de las cuales, en la refutación en detalle de la Fiscalía, son las siguientes:

a) *Puesta en duda de la posición del adversario*. Es un razonamiento que se expresa a través de la contra aserción, destinado a probar que la postura del oponente es falsa. La Fiscalía lo utiliza para negar el argumento de las defensas de que había existido una guerra:

Particularmente deleznable resulta el *argumento de la guerra sucia*, esgrimido hasta el cansancio como causa de justificación. Se nos dice así que esto fue una guerra, a la que para conectar los inhumanos procedimientos utilizados en su desarrollo, se califica como no convencional y que en todas las guerras se producen episodios crueles que, aunque no queridos, son su consecuencia necesaria. En primer lugar [...] *quiero dejar claramente establecido que aquí no hubo guerra. Tengo muy buenas razones en abono de esta afirmación y daré sólo algunas pocas.*

La Fiscalía también refuta el argumento de la existencia de una guerra en los pasajes en que demuestra que, de aceptarse el “estado de guerra interno”, no se observaron ninguno de los principios establecidos por los Convenios de Ginebra, ratificados por nuestro país en 1949, lo que constituiría una flagrante infracción y se encuadraría, según la doctrina internacional, en el delito del crimen de guerra:

...se llega así, señores jueces, a la formulación de una alternativa de hierro: o no hubo guerra, como yo lo pienso y estamos ante la manifestación de delincuencia común o la hubo y entonces enfrentamos a criminales de guerra...

A través de esta técnica también se ataca el argumento de los acusados de que su acción se basaba en la necesidad de proteger la esencia del ser nacional. A la luz de los hechos probados, la Fiscalía pone en duda cuál era esa esencia que los acusados pretendían tutelar, ya que una sociedad expresa los valores fundamentales que la representan en los principios enunciados en su Constitución.

b) *Desmitificación*: La desmitificación pone de manifiesto los ver-

daderos intereses que están por detrás de los argumentos esgrimidos por la parte contraria:

El Gral. Videla en su declaración ante el Consejo Supremo señala que no es un problema entre dos terrorismos, uno subversivo y otro de Estado, sino que el accionar subversivo tiene como objeto la agresión a la Nación Argentina; añade que el terrorismo subversivo tenía como objetivo la destrucción de la identidad de la Nación y, en cambio, el accionar de las Fuerzas Armadas se dirigió a preservar la existencia de la Nación [...] Por cierto que esto no es un invento original de la Junta Militar, quiero recordar aquí una cita de Carl Friederich [...] El fascismo –afirma Friederich, que reconoce distintas fundamentaciones– ha afirmado siempre el punto de vista de que cualquier medio, aun las formas mayormente inhumanas de violencia, se hallaría justificado para salir al encuentro del peligro comunista y, por último, exterminarlo [...] *Es una pura moral de ocasión para la cual sólo el éxito constituye el hilo de dirección de la conducta.*

Éstos no fueron episodios no queridos pero inevitables, fueron *actos criminales comunes*.

c) *Descalificación por el absurdo*: Mediante este recurso, el enunciador simula, al comienzo del enunciado, estar de acuerdo con la parte contraria, para luego derribar esa tesis por absurda o inadecuada:

Partiendo de la misma hipótesis de que el decreto hubiera sido dictado por el doctor Luder y contuviera un designio criminal, pensemos cuál sería su valor como excusa a partir del golpe de Estado. ¿Resultaría posible que los integrantes de la Junta Militar, que a partir de esa fecha sumieron la totalidad del poder, no solamente ejecutivo y legislativo sino también constituyente, pudieran afirmar que ellos secuestraron, torturaron y mataron en virtud de la obediencia que debían a un decreto del mismo gobierno que derrocaron?

Esta técnica es también utilizada para descalificar el accionar represivo en el caso “Valladares”, donde para lograr la detención se armó una “ratonera” acudiéndose a medios brutales y desproporcionados con el fin perseguido, como lo fue el cautiverio y torturas a vecinos y relaciones circunstanciales de la víctima. A continuación, la Fiscalía cita una máxima del filósofo chino Wang Lang: “es insensato

el hombre que por atrapar la mosca destruye la porcelana de su casa”, para, luego de una pausa, continuar con una ironía: “del siglo XII, por lo cual resulta insospechable de maoísmo”.

También se descalifica por el absurdo el argumento de las Defensas de “la campaña antiargentina orquestada en el exterior por elementos subversivos”:

Afirmaron que las denuncias internacionales eran fruto de una campaña antiargentina organizada por elementos subversivos y entre las organizaciones subversivas que hacían las denuncias encontramos al Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, al de Francia, al de Italia, al de España, al de Suecia, al de Alemania...

d) *Interrogaciones retóricas*: En ellas el enunciador atribuye al oponente la aserción y no sólo interroga sino que además produce la respuesta a esos interrogantes:

¿Qué clase de guerra es ésta donde todos los enfrentamientos resultan simulados y en la que en todos los combates las balas sólo hallaron en su camino a los enemigos de las fuerzas legales que no tuvieron una sola baja?
¿Puede considerarse acción de guerra el secuestro, en horas de la madrugada, por bandas anónimas, de ciudadanos inermes?
¿Son objetivos militares los niños recién nacidos?
¿Es una acción de guerra torturarlos y matarlos cuando no podían ofrecer resistencia?

En el siguiente ejemplo, mediante interrogaciones retóricas encadenadas a la manera de una espiral argumentativa, la Fiscalía refuta el argumento de las Defensas sobre la concertación falaz de testigos contra la afirmación de la existencia de una campaña antiargentina en el exterior:

¿Acaso mintió el Episcopado Argentino o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos?; ¿éstas son organizaciones subversivas o lo eran los gobiernos que reclamaban de las principales naciones occidentales? [...] ¿puede existir alguna organización diabólica que tenga el poder suficiente como para lograr, durante aquellos años en que la Argentina era gobernada por los acusados con un poder omnímodo, que

profesores universitarios de Bahía Blanca y campesinos cordobeses, banqueros de la Capital Federal y obreros de la zafra tucumana, abogados mendocinos y empleados del Chaco, maestras tucumanas y médicos de la Provincia de Buenos Aires, psicólogos de Neuquén, industriales, diplomáticos, paisajistas, sacerdotes, amas de casa, jóvenes de dieciséis años, todos ellos se hubieran puesto de acuerdo para denunciar hechos falsos?, ¿existe alguna organización capaz de que tal muestrario de la sociedad argentina coincida en narrar hechos que son falsos?

Además del recurso fuertemente persuasivo que constituye la enumeración caótica del final del párrafo, las afirmaciones que surgen de estas interrogaciones retóricas pueden traducirse en un silogismo. La premisa mayor estaría formada por el universo de individuos que testifican en forma coincidente; la premisa menor o asunción por el hecho de que resulta imposible que todos mientan y la conclusión que se deriva es que, por tanto, los testimonios son verdaderos.

e) *Concesiones retóricas*: Constituyen ficciones discursivas en las que se simula estar de acuerdo con el oponente:

Pero aceptemos ahora por vía de hipótesis la teoría de la guerra tan cara a los acusados y comprobaremos que esas situaciones, lejos de mejorar, se ven moralmente tanto o más comprometidas.

También se la utiliza para sostener la credibilidad de los testigos de la acusación y rebatir a los de las Defensas:

Sí admitiré que es posible que de los testigos que participaron en la represión puede ser que alguno de ellos no merezca excesiva credibilidad.

f) *Apodos injuriosos*: Se encuadran dentro de las figuras de la agresión y constituyen una de las formas más antiguas de la invectiva:

Porque la complicidad tolerante cedió paso a la acción directa, pasando sus miembros a revistar en los cuadros permanentes de la represión bajo la forma de las temidas *patotas*.

Esto es un eufemismo para tratar de encubrir actividades propias de *pandilleros* antes que de soldados.

g) *Sarcasmos*: Es una de las formas que adopta la ironía, ridiculizando la posición del adversario:

Los acusados, en sus documentos y en forma pública, manifestaron que toda su acción se basaba en la necesidad de proteger la esencia del ser nacional atacada por una acción subversiva que se inspiraba en ideas extranjeras. A la luz de los hechos que aquí se han probado resulta difícil comprender cuál era la esencia del ser nacional que los acusados pretendían tutelar.

Después de esto creemos que de ahora en más discutir el tema de la responsabilidad de las Juntas es tarea sólo apta para glosadores bizantinos.

La Fiscalía también utiliza esta figura retórica al referirse a los lugares clandestinos de detención:

Mucho se ha hablado de la confraternidad rioplatense; debo confesar, sin embargo, que si la tan mentada confraternidad fuese tal como la imaginaron y practicaron los gobiernos militares de Argentina y Uruguay durante el período que nos ocupa, el color que ostenta el Río de la Plata no sería una mera circunstancia hidrográfica sino un mal metafísico, una predestinación ilegal (*en referencia a "Automotores Orletti", donde había prisioneros argentinos y uruguayos*).

De este verdadero templo del horror (del cual) su sumo sacerdote era el exgeneral Suárez Mason, asistido por otros oficiales del cuerpo de Ejército, su liturgia consistía en la práctica cotidiana de los tormentos más atroces y su evangelio estaba grabado en las paredes de la sala de torturas, donde podía leerse: "si lo sabe cante, si no aguante" (*refiriéndose al campo de detención "El Vesubio"*).

La acusación también se vale de este recurso expresivo para refutar la fiabilidad de pruebas documentales aportadas por la Justicia Militar:

Si en aras de profundizar el conocimiento del episodio decide recurrir al expediente militar, sospecho que sufrirá la misma decepción que el suscripto, porque ése no es un expediente judicial sino un mero registro mortuario.

h) *Evocación de la realidad*: Esta técnica es utilizada por el fiscal

adjunto, doctor Moreno Ocampo, para describir de forma estremecedora la situación de terror experimentada por las víctimas, a partir de una representación de vivencias construida en primera persona del modo subjuntivo:

Si anoche mientras dormía hubieran roto la puerta de mi casa a culatazos, me hubieran metido en el baúl de un automóvil a trompadas y empujones, me hubieran conducido a un lugar que no podía ver porque tenía una capucha sucia que me tapaba los ojos, pero donde sí podía escuchar los ritos de dolor de decenas de personas, si allí me hubieran puesto electricidad en las encías, y si esa mañana me hubieran dejado desnudo en un zanjón, les aseguro que no me alcanzarían algunas horas para contarles.

4.10. *Peroración*

La peroración era considerada por los antiguos retóricos como el coronamiento del discurso judicial, el *cumulum*.

Aristóteles³¹ le adjudicaba cuatro propósitos:

- a) Lograr la buena disposición de los jueces hacia la causa que se defiende y predisponerlos en contra del adversario.
- b) Ampliar o atenuar alguna de las partes anteriores del discurso.
- c) Excitar las pasiones del auditorio.
- d) Recapitular el conjunto de los argumentos esgrimidos, acentuando el más fuerte.

Cicerón³² y Quintiliano³³ reducen estos propósitos a tres:

- a) Refrescar la memoria del tribunal a través de la recapitulación.
- b) Mostrarse indignado por los argumentos de la parte contraria.
- c) Provocar la compasión del auditorio a través de estrategias de conmiseración.

En el cierre del discurso, ambos fiscales hicieron una recapitulación de la prueba colectada y centraron la indignación en remarcar la refutación de los siguientes argumentos de la parte contraria:

- Interpretación del decreto del gobierno constitucional precedente

³¹ ARISTÓTELES, ob. cit.

³² CICERÓN, ob. cit.

³³ QUINTILIANO, *Instituciones oratorias*, Hernando, Madrid, 1987.

en cuanto a la orden de “aniquilar la subversión” (ausencia de un deber jurídico para el obrar).

- Aplicación de tormentos como medio para prevenir delitos (ausencia de legítima defensa).
- Guerra sucia y no convencional (ausencia de estado de necesidad).

La peroración de la Fiscalía se abre con el siguiente enunciado:

Se nos dice aquí que esto fue una guerra, a la que para conectar los inhumanos procedimientos utilizados en su desarrollo se califica como no convencional, y que en todas las guerras se producen episodios crueles que, aunque no queridos, son su consecuencia necesaria. En primer lugar, pero imprescindible, “quiero dejar claramente establecido que aquí no hubo guerra” (*acentuación del argumento más fuerte*).

Estas palabras del doctor Julio C. Strassera reiteran la refutación del principal argumento en que se basaban las defensas, para continuar tratando de clarificar e ilustrar al Tribunal y al auditorio de la inexistencia de tal “guerra”:

¿Qué clase de guerra es ésta en que no aparecen documentadas las distintas operaciones? Que carece de partes de batalla, de listas de bajas propias y enemigas, de nóminas de heridos, que no hay prisioneros como consecuencia de ningún combate y en la que se ignoran las unidades que tomaron parte.

El discurso de la Fiscalía apela a la conmiseración a través de una cita de la *Divina Comedia*, de Dante Alighieri, sobre el séptimo círculo del Infierno que describe el poeta, para concluir aludiendo metafóricamente a la justicia divina:

...no puedo descartar que otro tribunal de aún más elevada que el presente se haga oportunamente cargo de ello.

La enumeración de los argumentos para justificar la necesidad de la condena solicitada se abre con el siguiente enunciado:

Me limitaré a fundamentar brevemente la humana conveniencia y necesidad del castigo.

En cuanto a la recapitulación del conjunto de los argumentos, la

Fiscalía la realiza en forma breve pero conmovedora, estableciendo una relación intertextual con *La Divina Comedia*:

Señores jueces, este proceso ha significado para quienes hemos tenido el doloroso privilegio de conocerlo íntimamente, una suerte de descenso a zonas tenebrosas del alma humana, donde la miseria, la abyección y el horror registran profundidades difíciles de imaginar antes y de comprender después. Dante Alighieri, en *La Divina Comedia*, reservaba el séptimo círculo del Infierno para los violentos, para todos aquellos que hicieran algún daño a los demás mediante la fuerza y, dentro de ese mismo recinto, sumergía en un río de sangre hirviente y nauseabunda a cierto género de condenados [...] Éstos son los tiranos que vivieron de sangre y de rapiña, aquí se lloran sus despiadadas faltas.

También recurre al colectivo de identificación a través del gentilicio nominalizado:

...salvo que la conciencia moral de *los argentinos* haya descendido a niveles tribales, nadie puede admitir que el secuestro, la tortura o el asesinato constituyan hechos políticos o contingencias del combate.

El recurso a la indignación, en el vehemente alegato del doctor Strassera, se dirige a tres objetivos manifiestos:

- Los acusados: “Éstos son los tiranos que vivieron de sangre y de rapiña, aquí se lloran sus despiadadas faltas”.
- La necesidad de encarnar la vindicta pública, aun al precio de ser tildado de “retribucionista”: “Este juicio y esta condena son importantes y necesarios [...] si fracasa aunque sólo sea supuestamente la administración de la justicia penal, estaremos siempre ante la amenaza de la recaída en el derecho de propia mano”.
- La condena moral como aprendizaje necesario para restaurar el Estado de Derecho: “El sadismo no es una ideología política, ni una estrategia bélica, sino una perversión moral”. “El pueblo argentino recuperará su autoestima y su imagen internacional a partir del respeto por la vida [...] restauraremos entre nosotros el culto por la vida”.

En la parte final del discurso, la Fiscalía expresa la diferencia entre

las Fuerzas Armadas como institución y los integrantes de las Juntas Militares. Califica a las primeras de “víctimas” y las corre del lugar de contradestinatario:

Este proceso no ha sido celebrado contra ellas, sino contra los responsables de su conducción en el período 1976-1982. No son las Fuerzas Armadas las que están en el banquillo de los acusados, sino personas concretas y determinadas [...] No es el honor militar lo que aquí está en juego, sino precisamente la comisión de actos reñidos con el honor militar. Y, finalmente, no habrá de servir esta condena para infamar a las Fuerzas Armadas sino para señalar y excluir a quienes la infamaron con su conducta.

Como corolario del discurso, el fiscal Strassera recurre a un enunciado que establece una relación intertextual con un ideologema acuñado a partir del informe de la Conadep.

Tomamos el concepto de ideologema de Mijail Bajtín³⁴: expresiones que, a diferencia de los enunciados entimemáticos que Aristóteles calificaba como ahistóricos y con validez universal, adquieren un significado especial para una generación o un grupo de individuos que han compartido experiencias cruciales en un espacio y un tiempo determinados.

Durante la dictadura, se acuñaron ideologemas como “desaparecido”, “por algo será”, “los argentinos somos derechos y humanos”.

El ideologema al que recurre la Fiscalía se instauró fuertemente en la ciudadanía a partir de la recuperación de la democracia y cumple la función de un colectivo de identificación:

Señores jueces: quiero renunciar expresamente a toda pretensión de originalidad para cerrar esta requisitoria. Quiero utilizar una frase que no me pertenece, porque pertenece ya a todo el pueblo argentino. Señores jueces: *Nunca Más*.

Además, con el transcurso de los años, el mismo ha trascendido las fronteras de nuestra Nación y ha sido utilizado para impulsar los Juicios de la Verdad y obtener justicia en otros países donde el terrorismo de Estado cometió hechos aberrantes. Para citar un solo ejemplo

³⁴ BAJTÍN, M., *El problema de los géneros discursivos*, Síntesis, Madrid, 1989.

baste con recordar el título del informe que produjo el obispo auxiliar de Guatemala, Monseñor Juan Gerardi, a cargo de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado en 1998, titulado *Guatemala: Nunca Más*. El informe, denominado también REMHI (Recuperación de la Memoria Histórica), culpaba al ejército guatemalteco y a las fuerzas relacionadas con él por la mayor parte de los crímenes y la violencia que asoló Guatemala durante 36 años, hasta que los acuerdos de paz le pusieron fin a la guerra en diciembre de 1996.

El informe fue dado a conocer por Monseñor Gerardi el viernes 24 de abril de 1998. Antes de cumplirse cuarenta y ocho horas –la noche del domingo 26 de abril– fue asesinado al regresar de una cena.

Al hacer público el informe *Guatemala: Nunca Más*, había expresado: “Queremos contribuir a la construcción de un país diferente. Es por eso que estamos recuperando la memoria del pueblo”.

El asesinato del padre Gerardi convulsionó al pueblo guatemalteco que creía que ese tipo de acciones no se volverían a repetir luego del acuerdo de paz alcanzado dieciséis meses antes y que le había valido a Guatemala que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas la sacara de su lista de países persistentemente violadores de los derechos humanos.

En junio de 2001 la justicia guatemalteca llegó a la conclusión de que el móvil del asesinato había sido político y declaró culpables a tres militares y a un sacerdote católico que fue declarado cómplice; condenó a los primeros a treinta años de cárcel inmutables y al sacerdote Mario Orantes a veinte años de cárcel, también inmutables.

El *Nunca Más* recorre así, lenta pero inexorablemente, *las venas abiertas de América Latina*³⁵.

5. Conclusión

El 9 de diciembre de 1985 la Cámara hizo pública la sentencia. Las condenas fueron las siguientes:

- Jorge R. Videla y Emilio E. Massera: prisión perpetua e inhabilitación permanente para ejercer cargos públicos.

³⁵ Título del libro del escritor uruguayo Eduardo Galeano, Siglo XXI, Buenos Aires, 1980.

- Eduardo Viola: diecisiete años de prisión e inhabilitación permanente para ejercer cargos públicos.
- Armando Lambruschini: ocho años de prisión e inhabilitación permanente para ejercer cargos públicos.
- Orlando R. Agosti: cuatro años y medio de prisión e inhabilitación permanente para ejercer cargos públicos.
- Leopoldo F. Galtieri, los Brigadieres Grafigna, Anaya y Lami Dozo resultaron absueltos.

El proceso no constituyó un enjuiciamiento mediante un “nuevo Derecho” impuesto por la fuerza de los vencedores luego de una derrota militar a los vencidos. No se trató de un Estado triunfante que suprimió a un Estado derrotado imponiéndole su derecho y sometiéndolo. Fue consecuencia de un redireccionamiento pacífico de los postulados de la Constitución en la certeza de que la pacificación del país sólo podía darse en un marco de justicia mediante la dilucidación de la convulsionada historia inmediatamente anterior al retorno de la democracia.

Desde el punto de vista jurídico, permitió la superación del principio de ultraactividad de la ley penal más benigna al interpretar que ella no debía amparar a quienes la habían creado para beneficiarse y para escapar a las consecuencias legales de sus violaciones a los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos de cualquier país.

El discurso de la Fiscalía en el juicio a las Juntas, sirvió para desacralizar el poder de una de las corporaciones (la militar) que había quebrado reiteradamente el Estado de Derecho en el pasado siglo. Al mismo tiempo sirvió para desactivar todo intento de aventuras mesiánicas de grupos que medraban con la anomia generalizada de la sociedad civil y que, para la época en que se sustanció el juicio, en el marco de una democracia incipiente, permanecían en las sombras pero siempre al acecho de circunstancias propicias para adueñarse del poder.

Según Carlos S. Nino³⁶, las causas del mal radical pueden encontrarse en: una concepción orgánica de la sociedad que favorece a los grupos corporativos, la devaluación sistemática del Estado de Derecho y la concentración del poder.

Es innegable el valor histórico que tuvo y aún sigue teniendo el

³⁶ Ob. cit., ps. 227-228.

juicio a las Juntas, no sólo por lo que significó para la sociedad argentina, desenmascarando a los victimarios y poniendo nombre y apellido a las víctimas, sino también por su repercusión en el ámbito internacional, donde aún hoy se producen los reclamos de distintos países para juzgar a los asesinos materiales e intelectuales de sus ciudadanos en territorio argentino.

En nuestro país, la sanción moral se mantuvo incólume y los reclamos permanentes e indeclinables de justicia son la más acabada muestra de que la banalidad del mal no prescribe.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SOCIETARIO EN EL CAMINO HACIA LA CONTRACTUALIZACIÓN

por GABRIELA S. CALCATERRA

SUMARIO: 1. El Derecho Societario actual. 2. Los cambios en el Derecho Societario. 3. La sociedad comercial: empresa, persona y contrato. 4. Personalidad y orden público societario. 5. Los principios generales del Derecho. 5.1. El principio de conservación de la empresa. 5.2. Abuso del derecho y personalidad societaria. 5.3. La contractualización del Derecho Societario: la autonomía de la voluntad vs. el orden público. 5.4. Los contratos y la buena fe negocial. 5.5. Seguridad jurídica y tipicidad societaria. 5.6. Principios de igualdad entre los socios y supremacía de las mayorías. 5.7. Prohibición de enriquecimiento sin causa. 5.8. Principio de legalidad. 5.9. Supremacía del interés social. 5.10. Organicismo. 6. Colofón.

Resumen

En los últimos años asistimos a una profunda transformación de los postulados del Derecho Societario clásico derivada, entre otros aspectos, de la influencia cada vez más creciente que la globalización del comercio, la celeridad del tráfico, la modificación de conductas sociales e individuales y la influencia de las nuevas tecnologías ocasionaron en este ámbito del Derecho Privado, donde se evidencia un creciente redireccionamiento hacia la celebración de instrumentos de naturaleza contractual, conexos al estatuto social.

En este contexto, y sin negar la permanente aptitud del Derecho Societario para acompañar los cambios que se producen en la realidad

negocial, se advierte la necesidad de mantener el debido apego, por parte de las nuevas normas y prácticas societarias, a los principios generales del Derecho Societario, tales como autonomía de la voluntad, abuso del Derecho, buena fe, respeto al interés social, entre otros.

Abstract

In recent years we have witnessed a profound transformation of the postulates of the corporate law classic, derived, among other aspects, the influence increasingly that the globalization of trade, the speed of the traffic, the modification of social behaviors and individual, and the influence of new technologies in this field of private law there it is evidenced and increasing redirection towards the holding of instruments of a contractual nature, related of the social contract. In this context, and without denying the continuing ability of the corporate law to accompany the changes that occur in reality bargaining, there is a need to maintain the proper attachment on the part of the new rules and corporate practices and the general principles of corporate law such as autonomy, abuse of the right, in good faith, respect for the social interest, among others.

1. El Derecho Societario actual

Las cuestiones que proponemos analizar en esta oportunidad, si bien determinan un panorama del Derecho Societario actual, no son recientes. Las ideas de los juristas han sufrido modificaciones motivadas en una realidad económica cambiante, a la que no puede ser ajeno el Derecho Societario y así, por ejemplo, se ha venido postulando la posibilidad de desregular los tipos societarios y complementar la regulación del contrato social con convenciones parasociales¹; o superar

¹ ROVIRA, Alfredo, *Panorama del Derecho Societario argentino actual*, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, N° 1, La Ley, Buenos Aires, p. 149; GUYENOT, Jean Pierre, *El nuevo Derecho de Sociedades (contribución al estudio del Derecho Comercial Comparado)*, en L. L. 136-1453; *Derecho Comercial y Societario*, en *Doctrinas Esenciales*, t. 1, p. 25; SUÁREZ ANZORENA, Carlos y VEIGA, Juan Carlos, *El proyecto de unificación y el universo jurídico societario*, en L. L. 1987-E-993; PAILLUASEAU, Jean, *La modernización del Derecho de Sociedades Comerciales*, en L. L. 1997-E-1408.

la noción contractualista de la sociedad para dar paso a las sociedades unimembres donde prima la autonomía de la voluntad de su constituyente.

Estamos frente a un interesante proceso claro y constante de cambios que contribuye al fortalecimiento del principio de autonomía de la voluntad (en sociedades donde los integrantes se encuentran en condiciones de igualdad y por tanto, con posibilidad de negociar) que merece ser analizado, para lo cual resulta indispensable partir de las causas que lo motivan y confrontarlo con los principios generales del Derecho².

2. Los cambios en el Derecho Societario

Hoy podemos ver claramente que la práctica económica ha desplazado el centro de la atención, otrora asentado en el contrato, hacia la actividad y, fundamentalmente, hacia la causa fin de ese contrato, que consiste en participar proporcionalmente a los socios, de los resultados obtenidos del desarrollo de la actividad propia del objeto social a la cual se han dirigido los aportes. Tal como lo enseña Fargosi, el Derecho Societario se ha convertido en el derecho de la empresa donde también el protagonismo se desplaza desde el sujeto empresario (la sociedad persona jurídica) hacia la actividad que ese sujeto desarrolla.

A lo dicho debemos agregar que la noción de empresa no ha logrado, hasta nuestros días y a pesar de los denodados intentos que realizan los autores, una conceptualización que brinde uniformidad sobre su contenido y alcance.

Como venimos diciendo, la empresa³ ha desplazado al empresario como objeto de estudio del Derecho Comercial y Empresarial, donde

² Este fortalecimiento de la autonomía negocial se rescata en el ámbito de sociedades en las que las partes negocian sus intereses y acuerdan los criterios de organización y funcionamiento de la sociedad, aunque, claro está, no desconocemos que el Derecho Comercial también presenta casos donde las minorías se ven forzadas a aceptar convenciones impuestas por quien tiene la mayoría del capital social o mayor poder político dentro de la empresa.

³ FARGOSI, Horacio, *La incidencia de la empresa en la sociedad anónima*, en L. L. 2005-D-1385; *Derecho Comercial y Sociedades*, en *Doctrinas esenciales*, t. III, p. 135.

se pone cada día mayor relevancia en la acción que realiza el sujeto buscando la formulación de instrumentos jurídicos que permitan organizar la multiplicidad de negocios que la organización, funcionamiento y financiamiento de la empresa requieren y que se traducen en una oferta creciente de contratos de empresa. La sociedad, en cuanto sujeto empresario, mantiene su vigencia por ser un instrumento vital que funciona como barrera que separa el patrimonio personal de los socios del patrimonio destinado a garantizar las obligaciones asumidas como resultado de la actividad empresarial (arts. 39 y 2312, Cód. Civ.).

Sobre la empresa ejerce una influencia decisiva la creciente internacionalización de los mercados, alimentada por el vertiginoso progreso de las nuevas tecnologías y su influencia en el tráfico comercial y en el funcionamiento de los órganos societarios, a resultas de los cuales, las empresas cambian en el tiempo pero se unifican en el espacio⁴, logrando un régimen jurídico cada día más cercano a normas privadas que los contratantes celebran a su medida, impulsando la reducción de las normas imperativas de fuente legal.

Todo este proceso se encuentra fuertemente influenciado por el Derecho Económico, puesto que los socios, en cuanto sujetos que fortalecen su autonomía, tienen como finalidad última garantizar la rentabilidad de su inversión con la mayor celeridad posible⁵, lo que condiciona la conducta de los administradores societarios y su responsabilidad. En este contexto, rentabilidad y celeridad parecen ser los sustantivos que definen el nuevo Derecho Societario, y se sostienen en la incorporación del uso de las nuevas tecnologías a la vida cotidiana de los socios y los administradores societarios a tal punto que una decisión que antes llevaba días de reflexión, reuniones y consultas con los profesionales, hoy se adopta en instantes, sin que muchas veces intermedie reunión, deliberación ni palabra alguna entre los actores del negocio sino simplemente mensajes impersonales que sustituyen los medios tradicionales de circulación de la información.

⁴ GALGANO, Francesco, *La globalización en el espejo del Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 13.

⁵ MARSILI, María Celia, *¿Hacia dónde va el Derecho Societario en la Argentina? Algunas reflexiones*, en www.societario.com, ref. 8760.

En el Derecho Societario argentino, los administradores poseen facultades para gobernar a la sociedad encaminando a la empresa hacia su finalidad, pero deben actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios (art. 59, LSC), enmarcando su conducta dentro de los límites que establece el objeto social (art. 58, LSC) a fin de preservar el interés social, comportamiento que se completa con la prohibición de votar en las asambleas cuando se traten temas relacionados con su gestión (art. 241, LSC); o cuando sean a la vez accionistas y tengan un interés contrario (art. 248, LSC), y a participar incluso en la deliberación en el seno de la reunión de directorio donde se ventilen temas en los que puedan tener un interés contrario al interés social (art. 272, LSC).

Desde este modelo tradicional de conducta, se ha evolucionado por efecto de la presión competitiva y el movimiento e influencias, por parte de los grupos de interés, a favor de los accionistas, potenciando la satisfacción de los intereses de los inversores por sobre cualquier otro, y determinando que un buen hombre de negocios será sólo aquel que sea capaz de crear mayor valor para los accionistas⁶. Este sistema crece paralelamente a la implementación de prácticas autorregulatorias, integrándose al mundo del *Soft Law*, caracterizado por las normas elaboradas en base a consensos de grupos que generan ejemplaridad debido a su aplicación uniforme y sostenida incluyendo en los últimos años cláusulas sobre buen gobierno y dictando normas en este sentido, sobre todo en materia de sociedades abiertas, de lo que el decreto 677/2001 es un claro ejemplo⁷.

3. La sociedad comercial: empresa, persona y contrato

El Derecho Societario se construye a partir de las nociones de contrato, empresa y persona, todas las cuales se encuentran en crisis, por lo que no es difícil inferir que el impacto en materia societaria no podía tardar en manifestarse.

⁶ MARSILI, María Celia, *Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 77.

⁷ MARSILI, ¿Hacia dónde va el Derecho Societario en la Argentina? *Algunas reflexiones* cit.

En la confluencia de empresa, persona y contrato, se articulan los principios generales del Derecho, presentes en las normas legales societarias, en el contrato social y en las convenciones libremente celebradas entre los socios. Y en esa evolución advertimos que el camino que ha iniciado el Derecho Societario hacia la contractualización es inevitable, altamente constructivo en términos de elaboración de soluciones preventivas y muy riesgoso cuando estas soluciones surgen de construcciones que se apartan de los principios generales del Derecho Societario y, por ende, afectan su axiología.

4. Personalidad y orden público societario

No es del caso repetir aquí las distintas teorías relacionadas con su naturaleza jurídica, pero debemos recordar que la personalidad jurídica es la respuesta del Derecho a la necesidad de que la pluralidad de personas que la integran funcione como si fuera un sujeto único para permitir la realización de intereses humanos.

En este sentido, la persona jurídica es un sistema simplificado de relaciones jurídicas y está en la autonomía del legislador otorgar normas que la reconozcan como centro de imputación distinto por medio de un acto público o de relaciones contractuales exteriorizadas. El nacimiento de esa calidad no requiere de publicidad ni registración, por ello se reconoce a las sociedades irregulares o de hecho y a la sociedad en formación: la sociedad como sujeto nace desde el momento en que se celebra el acto constitutivo y son personas jurídicas por disposición de los artículos 33 del Código Civil, y 2º de la LSC. La única excepción a esta regla la constituye la sociedad accidental o en participación que por imperativo legal no es sujeto de derecho (art. 361, LSC).

Los efectos que produce este reconocimiento de personalidad consisten en dotarla de una capacidad jurídica, con el alcance previsto en los artículos 30 y siguientes del Código Civil, y 2º de la LSC, y atribuirle un patrimonio propio, separado del de los miembros (arts. 39 y 2312, Cód. Civ.); denominación y domicilio; legitimación procesal activa y pasiva (art. 42, Cód. Civ.), órganos propios y, como corolario, imputabilidad diferenciada.

La actuación de la sociedad puede confrontar con orden público

laboral, previsional y social (art. 14 bis, Const. Nac.), sobre todo frente a la limitación a la responsabilidad de los socios que prescriben los artículos 146 de la LSC, en materia de SRL, y 163 de la LSC para las SA.

El orden público quedó plasmado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y tras la reforma de 1994, los artículos 41, 42 y 75, inciso 22, de la Carta Magna dejan en evidencia algunos límites impuestos a la actuación de las sociedades, en tutela de los derechos del trabajador, del medio ambiente, de los derechos de los consumidores y las convenciones internacionales.

Siguiendo a Otaegui, podemos sostener que la personalidad societaria de la sociedad anónima es de interés público según se desprende de los artículos 299, 301, inciso 2º, 303, inciso 3º, de la LSC, la ley 22.169 de la Comisión Nacional de Valores y el decreto 677/2001, pero eso no las convierte en normas de orden público, puesto que el orden público es inalterable salvo la modificación de la Constitución, aunque sin perjuicio de su interpretación acorde con los tiempos, en tanto que el interés público es variable y puede adecuarse a nuevas circunstancias mediante una ley⁸.

En la confrontación entre orden público laboral, previsional y social y el interés público de la SA, la Cámara Nacional del Trabajo hizo prevalecer al primero recurriendo a una aplicación extensiva de la desestimación responsabilizando solidariamente a sus administra-

⁸ Señala OTAEGUI, Julio C., *Sociedades comerciales*, en L. L. 2009-B-850, que en 1972, la LSC 19.550 por razones de interés público cambió el régimen de constitución de la anónima pasando del sistema de la autorización al normativo (art. 167, LSC) sin que ello incidiera en el orden público, y mantuvo un régimen de fiscalización particular (arts. 299 y conchs., LSC) en resguardo del interés público. También podría considerarse que la personalidad de la SRL, aunque no sujeta a una fiscalización especial, es de interés público en cuanto hace a las relaciones con terceros. Ello por su obvia semejanza con la anónima (arts. 146, 152, 156 y 157, LSC) y porque de hecho es en la anónima y en la limitada donde se ha planteado el problema de la desestimación de la personalidad ante el uso torpe de la irresponsabilidad de sus miembros. Con todo la regla de la personalidad diferenciada de la anónima y la limitada aunque no es de orden público, está resguardada indirectamente por la Constitución Nacional que hace a los derechos de propiedad (arts. 14 y 17, Const. Nac.) y de defensa en juicio (art. 18, Const. Nac.).

dores por las obligaciones societarias insatisfechas. También hizo una aplicación extensiva del artículo 59 de la LSC, condenando a un administrador societario por las obligaciones de la sociedad administrada⁹.

5. Los principios generales del Derecho

El artículo 16 del Código Civil remite a los principios generales del Derecho, según las circunstancias del caso, para resolver cuestiones del Derecho Privado que no puedan atenderse por las palabras, ni por el espíritu de la ley, ni por los principios de leyes análogas, a fin de evitar que queden sin resolver. Por su parte, el artículo 218, inciso 3º del Código de Comercio, al establecer las bases para la interpretación de los contratos, cuando existan dos cláusulas con sentido diferente dispone que “deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad”.

Estas previsiones pueden (y deben) hacerse extensivas también a la etapa de elaboración, interpretación y aplicación de estas normas emanadas de la voluntad de los contratantes, aun fuera del ámbito judicial.

Los principios generales del Derecho son normas axiológicas que, incluso inexpressadas, tienen función similar a la de otras y valen, en lo que concierne a este trabajo, para todo el Derecho Societario¹⁰, y si bien la referencia del Codificador remite a la obra de los jurisconsultos romanos, y por ende, a las reglas de la equidad, es importante actualizar estos postulados para poder interpretarlos y aplicarlos adecuadamente a todas las relaciones derivadas de los vínculos que se establecen entre la sociedad y los socios, administradores síndicos y terceros.

Los principios generales del Derecho son principios supremos que permiten, no sólo al juez, sino también a quienes están llamados a elaborar normas legales o convencionales, interpretar cada instituto

⁹ OTAEGUI, *Sociedades comerciales* cit.

¹⁰ ALTERINI, Atilio, *Código Civil sistematizado*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 10, en referencia a las conclusiones emitidas en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987.

jurídico tendiendo a buscar soluciones de equidad. La contratación en materia societaria debe tener como límite, entonces, los principios generales del Derecho.

Entre los principios generales del Derecho que se hacen presentes en el ámbito societario, podemos mencionar:

- 1) El principio de conservación de la empresa;
- 2) abuso del derecho;
- 3) el principio de autonomía de la voluntad contractual;
- 4) el principio de buena fe;
- 5) la seguridad jurídica garantizada por la tipicidad;
- 6) la prohibición de enriquecimiento ilícito;
- 7) el principio de legalidad;
- 8) el principio de supremacía del interés social;
- 9) el principio de separación de funciones o principio organicista;
- 10) el principio democrático de supremacía de la voluntad de la mayoría;
- 11) el principio de igualdad entre los socios.

En todos los casos, los principios generales del Derecho cumplen una función básica de naturaleza creativa, puesto que deben ser atendidos al tiempo de elaborar una norma legal o contractual; y también cumplen una función interpretativa y otra integrativa, esta última por expresa derivación del artículo 16 del Código Civil. Es así como, en definitiva, se materializan en formulaciones jurídicas concretas, que pueden ser invocadas por los jueces o por las partes¹¹, caracterizándose por ser universales, generales, objetivos, vinculantes y perfectos.

Ello no obstante, hay que evitar confundirlos con el orden público societario, puesto que van más allá de esa noción, aunque este último siempre se formulará con apego y respeto a los postulados de los principios generales.

5.1. *El principio de conservación de la empresa*

La noción de empresa ha sufrido muchos cambios a lo largo de la

¹¹ DÍAZ COUSELO, José María, *Los principios generales del Derecho*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, p. 22.

historia, vinculados indudablemente a las variaciones ocurridas en los procedimientos que el hombre emplea para generar utilidades, tanto desde el punto de vista organizativo como desde la actividad económica que encara.

Los elementos que componen esta noción son muy variados, entre ellos podemos señalar¹²: actividad económica; factores de la producción (naturaleza, trabajo y capital); afectación de bienes y servicios, obtención de productos destinados al cambio, producción de una nueva riqueza, asunción del riesgo, propósito de lucro, profesionalidad, destino de los productos al mercado e independencia financiera.

Es fundamental resaltar que la noción de empresa no es exclusiva del Derecho Privado, si bien las respuestas normativas provienen en su mayoría de esta rama, puesto que involucra también al Derecho Público, como ocurre con el Derecho Constitucional, Penal, Tributario y Financiero¹³.

Desde el punto de vista económico, la noción de empresa nos deriva al análisis de los procesos de producción donde intervienen el trabajo humano del empresario, de los empleados y de los profesionales que se desempeñan en su seno; la naturaleza a través del uso de materias primas y el capital –entendiéndose por tal el dinero, las máquinas y herramientas–, y, en suma, todos los bienes que constituyen el fondo de comercio.

La empresa en sí está destinada a crear bienes o servicios que luego serán puestos en el mercado con la finalidad última de obtener ganancias. La finalidad de lucro es, pues, un elemento ínsito y caracterizante de toda actividad empresarial.

La empresa alberga tanto a los emprendimientos familiares como a las grandes concentraciones económicas y se despliega desde el humilde ámbito local hacia la región, el país y la transnacionalidad, a tal punto que en el contexto globalizado actual es difícil saber dónde se ha fabricado una prenda, un automóvil o una computadora que estamos comprando a las marcas líderes del mercado.

¹² MANÓVIL, Rafael, *Grupos de sociedades*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 34 y ss.

¹³ ALEM DE MUTTONI, Isabel, *La empresa*, en *Ensayos de Derecho Empresarial*, Fespresa, Córdoba, 2006, t. 1, p. 40.

Desde el punto de vista jurídico, el interés por este instituto, originariamente económico, nace a partir del desarrollo de la industria y recién es captado por la norma del artículo 632 del Código de Comercio francés y posteriormente incluido en el artículo 8º del Código de Comercio argentino.

La noción jurídica de empresa puede analizarse desde un criterio subjetivo, como lo hace el Código de Comercio italiano de 1942, en su artículo 2082, atendiendo a la figura del empresario que lleva a cabo una actividad económica, profesional y organizada, destinada a la producción de bienes o servicios, o siguiendo un criterio objetivo, desde la mirada del acto de comercio, como hace el Código de Comercio argentino en su artículo 8º. También puede verse, siguiendo la postura de Zaldívar, como institución, en cuanto en su seno se establecen relaciones permanentes e inmutables que se extienden más allá de la presencia física de determinadas personas¹⁴.

La mirada objetiva de la empresa se fortalece cuando advertimos que, desde el elemento subjetivo, se enfatiza en la influencia del empresario, pero también en su fungibilidad, lo que nos acerca notablemente a una noción institucionalista de la empresa¹⁵. Este aspecto subjetivo se resalta también cuando erróneamente se identifica a la empresa con la sociedad (que en definitiva no es sino el empresario titular de aquélla) siendo que la empresa es una noción que integra la sociedad pero que de ningún modo la agota (art. 1º, LSC), y por otra parte, nada obsta a que una empresa se organice de manera unipersonal, o a través de figuras contractuales no societarias (como es el caso de los Agrupamientos de Colaboración Empresaria y las Uniones Transitorias de Empresas, arts. 367 y ss., LSC).

Desde el punto de vista objetivo de la realización de una o varias categorías de actos, civiles o comerciales, destinados a generar una ganancia, podemos avanzar hacia otro aspecto de la empresa, como es su carácter de organizadora de los recursos económicos que llevan a realizar esa finalidad lucrativa. Desde esta mirada, si bien la idea

¹⁴ ALEM DE MUTTONI, *La empresa...* cit., p. 46.

¹⁵ RICHARD, Efraín Hugo, *Sobre la empresa*, en *Ensayos de Derecho Empresario*, Fespresa, Córdoba, 2006, t. 1, p. 60.

de empresa como actividad es eminentemente económica, poniendo nuestra atención en el objeto, podemos acercarnos a una noción jurídica.

Esta distinción reviste una notable influencia a la hora de definir a la sociedad comercial¹⁶, puesto que si partimos de una noción subjetiva, vamos a poner énfasis en la relación de la sociedad como persona y el contrato que le da nacimiento (conforme con la doctrina societaria clásica); en cambio, si pasamos al terreno objetivo, podremos resaltar la importancia del patrimonio afectado a la actividad económica de la sociedad avanzando sobre soluciones más adecuadas a la realidad de nuestros días, como por ejemplo, el reconocimiento de la personalidad de la sociedad unimembre.

Es de destacar que el artículo 8° del Código de Comercio enumera los actos de comercio, pero no define a la empresa como una actividad organizada profesionalmente con miras a obtener una ventaja económica.

De lo expuesto se infiere la indiscutible importancia que ha adquirido la empresa, y por ende, el alcance del principio de conservación de la misma, que aparece plasmado en el artículo 100 de la LSC y que se proyecta a muchas normas comerciales, como por ejemplo: la que habilita a capitalizar el pasivo (art. 197, LSC), concordante con la obligación de los administradores societarios de planificar la actividad social para la consecución del objeto¹⁷, el instituto del salvataje, regulado a partir del artículo 48 de la LCQ, el de continuidad de la empresa, artículos 189 y siguientes, de la LCQ, etcétera.

5.2. *Abuso del derecho*¹⁸ y *personalidad societaria*

La noción de sociedad-persona jurídica sigue siendo, desde el punto

¹⁶ YADAROLA, Mauricio, *Sociedades comerciales*, en Homenaje a Yadarola, t. II, p. 354.

¹⁷ RICHARD, Efraín Hugo, *En torno a la conservación de la empresa*, en *Ensayos de Derecho Empresario*, Fespresa, Córdoba, 2007, t. 2, ps. 60/61.

¹⁸ Para analizar la evolución jurisprudencial en la materia, pueden revisarse los siguientes fallos: CSJN, “Compañía Swift de La Plata SA”, L. L. 151-515, Nº 69.425; “Parke Davis de Argentina SAIC”, E. D. 49-481, Nº 22.829; CNCom., sala A, 27-2-78, “Artesiano, Mónica I. c/Gianina Soc. en Com. por acciones”, L. L. 1978-B-195; “Delgadillo Linares, Adela c/Shatell SA y otros”, D. T. 1998-A-746; ídem, “Duquelsy, Silvia c/Fuar SA y otro”, D. T. 1998-A-714; sala E, “Industrias Récord SA c/Calvo,

de vista económico, de gran importancia como forma de organización de la empresa, puesto que intentar llevar a cabo un emprendimiento económico de gran magnitud sin las ventajas de la separación patrimonial, la limitación de la responsabilidad y la legitimidad de la actuación orgánica, sería imposible, si lo analizamos a la luz de los elevados costos, las ventajas impositivas de la actividad económica organizada bajo forma de sociedad y la inseguridad jurídica que puede ocasionar.

La sociedad comercial es, sin dudas, un instrumento ideal para la organización de actividades económicas, ya sea de manera independiente, ya sea funcionando dentro de una estructura de grupo debido a su ductilidad para viabilizar los negocios. Pero a la hora de reconocer a la sociedad comercial el estatus jurídico de persona, es imprescindible admitir que ese reconocimiento no tendrá un carácter absoluto, y que está sometido a los límites del abuso del derecho. Con este fundamento es que se ha incorporado a la ley societaria la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54, *in fine*, de la LSC) que permite penetrar en la personalidad jurídica produciendo la alteración del régimen de imputabilidad, con lo que se imputará a los socios efectos que formalmente corresponden a la sociedad, y a la sociedad, los que formalmente corresponden a los socios.

La inoponibilidad puede ser invocada por la sociedad, los socios o los terceros contra los socios, la sociedad, los controlantes o los

Marta E.", L. L. 1998-D-766; CSJN, "Cingiale, María C. y otro c/Polledo Agropecuaria SA y otros", S. S., 2002-507; "Carballo, Atilano c/Kammar SA (en liquidación) y otros, D. T. 2003-A-221; "Palomeque, Aldo R. c/Benemeth SA y otro", D. T. 2003-B-1003; CNFed.CC, sala II, 11-3-2003, *in re* "Appel & Frenzel GMBH c/García, Claudia Viviana y otro s/Cese de oposición al registro de marcas"; CNAT, sala III, 23-8-2002, "Pizzareli Libero c/Técnica Toledo y otros s/Despido"; CNCom., sala E, 4-7-2002, "Beade de Bargalló Cirio, María Matilde c/Banco General de Negocios SA y otros s/Medida precautoria"; CNAT, sala III, 19-2-2002, "Anarella, Adrián Rafael y otro c/Visor Enciclopedias Audiovisuales SA y otros s/Despido"; CNAT, sala IV, "Gutiérrez, Juan Alberto c/Cocolor SRL y otro s/Despido"; CNCom., sala B, 5-6-2002, "Corralón Patagónico de los Andes SA c/Oscar A. Corral Construcciones SA y otros s/Medida cautelar"; sala A, 24-4-2002, "Lezica Automotores SA c/Gales SA s/Medidas cautelares"; CSJN, "Bresciani, J. F. c/Expreso San Antonio SRL", L. L. 2008-C-606, N° 112.542; "Ventura G. S. c/Organización Remises Universa", L. L. del 15-12-2008, N° 113.125.

administradores y tendrá como efecto la imputación de obligaciones o derechos de la sociedad al socio controlante, o de actos u obligaciones del socio o controlante a la sociedad.

Este instituto se conoce en el Derecho Comparado bajo diferentes denominaciones, tales como: *Disregard of the corporate fiction* o *Disregard of de legal entity*, *Piercing the corporate veil*, etcétera, que significan que en ciertos supuestos se prescinde de la limitación de responsabilidad propia de determinados tipos societarios por efecto de la alteración del régimen de imputabilidad¹⁹.

Anteriores a la incorporación del artículo 54, *in fine*, a la LSC, existen resonantes casos de Derecho de Familia, Sucesorio, Concursal y Tributario en los que se desestimó judicialmente la personalidad jurídica de sociedades anónimas con sustento en la normativa sobre simulación ilícita (art. 957 del Cód. Civ.), la legítima (art. 3598 del Cód. Civ.), el fraude (arts. 961 y concs. del Cód. Civ.), y el principio tributario de la realidad económica.

Son conocidos los casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1973 en la extensión de la quiebra de la Compañía Swift de la Plata SA a su controlante Deltec International Limited y a otras subsidiarias de ésta²⁰, y Parke Davis de Argentina SAIC²¹ donde se afectaban normas imperativas del Derecho Tributario. Años después, en los autos “Artesiano, Mónica I. c/Gianina Soc. en Com. por acciones” se sancionó la afectación de la legítima hereditaria²².

En 1983 la ley 22.903 incorporó la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica al artículo 54 de la LSC, aunque esta regulación no impide acudir a la vía judicial con idéntica pretensión, invocando la normativa civil en materia de abuso de derecho (art. 1071, Cód. Civ.), fraude (art. 971, Cód. Civ.) simulación ilícita (art. 959, Cód. Civ.), el enriquecimiento sin causa; disposiciones societarias como la actuación en exceso de la representación o más allá de los límites

¹⁹ LE PERA, Sergio, *Cuestiones de Derecho Comercial moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 137.

²⁰ CSJN, “Compañía Swift de La Plata SA”, L. L. 151-515, N° 69.425.

²¹ CSJN, “Parke Davis de Argentina SAIC”, E. D. 49-481, N° 22.829.

²² CNCom., sala A, 27-2-78, “Artesiano, Mónica I. c/Gianina Soc. en Com. por acciones”, L. L. 1978-B-195, N° 75.678.

impuestos por el objeto (art. 58, LSC), la alteración del requisito de pluralidad real de miembros o la infracapitalización (arts. 1º y concs., LSC), las normas concursales sobre extensión de la quiebra (arts. 160, 161, ley 24.522) o el principio tributario de realidad económica (arts. 1º y 2º, ley 11.683). Los sujetos damnificados con esa conducta pueden ser los mismos socios integrantes de la sociedad o terceros vinculados a ella o a sus miembros²³.

Con motivo de la crisis del año 2002 llegaron a la Corte planteos generados por el incumplimiento de la legislación laboral, previsional y social o de seguridad social motivado por la contratación de empleados “en negro”, aunque no podemos dejar de manifestar que esta pretendida sanción es incongruente con los postulados de la teoría de la inoponibilidad jurídica, que es aplicable al desvío en la actuación de la sociedad pero no a los actos ilícitos cometidos durante tal actuación²⁴.

Con excelente criterio, el artículo 54 de la LSC proclama el alcance restringido de sus efectos, lo que significa que su aplicación no provoca la nulidad de la sociedad ni afecta sus vínculos internos ni tampoco sus restantes relaciones con el mundo jurídico externo. En forma simple y sencilla, la personalidad de la sociedad se declara inoponible a quien lo haya así invocado, y ello al solo efecto del objeto concreto de su reclamo. A todos los demás fines la personalidad jurídica de la sociedad queda incólume²⁵ y sólo se hará lugar a esta solución, de manera excepcional e interpretando los supuestos restrictivamente debido a la seguridad jurídica comprometida en la cuestión.

El derecho no puede convalidar conductas abusivas, por lo que la sociedad, cuya causa esté afectada por haberse constituido como un mero recurso para violar la ley, el orden público o los derechos de terceros, sufrirá la desestimación de su personalidad y la consiguiente imputación de los efectos perjudiciales de dicha conducta directamente a quienes usaron abusivamente de dicha personalidad.

²³ NISSEN, Ricardo, *Curso de Derecho Societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 129.

²⁴ OTAEGUI, *Sociedades comerciales* cit., p. 850.

²⁵ Rafael M. Manóvil, en comentario al fallo de la CNCom., sala B, “Casademont, Paul A. y otro c/Talentum Think Tank Ltda. y otro”, en L. L. 2005-F-675.

La doctrina que estamos analizando pone en evidencia que la limitación de responsabilidad reconocida por la norma societaria no es absoluta, sino que está condicionada a la adecuación de la actividad social a los principios tenidos en cuenta por el legislador al tiempo de reconocer la personalidad societaria y la consiguiente separación patrimonial y dotar a los socios del beneficio de la limitación de responsabilidad²⁶.

Detectada la conducta no querida, el acto se imputará a su autor y a quienes lo hicieron posible, y a todos ellos alcanzarán los efectos de la responsabilidad por el hecho dañoso, y aunque la ley no lo diga expresamente, cesarán también los efectos perjudiciales del acto y, en caso de ser procedente, se restituirán los bienes a quien legítimamente deba poseerlos.

5.3. *La contractualización del Derecho Societario: la autonomía de la voluntad vs. el orden público*

La contractualización del Derecho Societario se manifiesta en dos sentidos: en el contrato o estatuto social y en un elenco cada día más numeroso de instrumentos jurídicos conexos al contrato o estatuto social que se elaboran para prevenir o resolver conflictos, entre ellos: fideicomisos, órganos específicos de la empresa familiar, que conviven con los previstos para cada tipo societario, acuerdos parasociales, protocolo de familia.

El primer momento de la vida societaria en que se ejerce la autonomía de la voluntad es al elegir entre constituir la sociedad regularmente o mantenerla como una estructura de hecho. En este último caso, el legislador ha previsto un régimen legal sancionador, debido al apartamiento del mandato legal que esta elección significa.

Ante la decisión de constituir la sociedad regularmente, aparece el segundo momento del ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues es menester elegir el tipo social a adoptar dentro del abanico de estructuras que ofrece la ley societaria.

Una vez elegido el tipo legal a adoptar, los socios deberán armar un contrato o estatuto social respetando las normas imperativas im-

²⁶ LE PERA, *Cuestiones...* cit., p. 137.

puestas por el legislador en materia de uso de la denominación social, forma de distribución del capital social, aportes admitidos, forma de organización de las funciones de gobierno, administración, representación y fiscalización y responsabilidad de los socios, etcétera.

En esta instancia es muy importante conocer el régimen legal a fin de poder discernir con claridad cuáles son las normas imperativas, derivadas del tipo adoptado o de otros principios tales como el de igualdad, tutela de las minorías, protección de la intangibilidad del capital social y del objeto, tutela de los derechos esenciales de los terceros y supremacía del interés social, y cuáles son normas supletorias, que tendrán vigencia en la medida en que los socios no pacten en contrario.

Sin perjuicio de los límites a la autonomía de la voluntad que imponen las normas imperativas del Derecho Societario, existen también limitaciones emanadas del poder de policía conferido a la autoridad administrativa de control y al registro público de comercio.

En un tercer nivel, luego de elaborado el contrato o estatuto social, aparecen los denominados acuerdos parasociales, y los instrumentos conexos, donde los socios pueden acordar ciertos efectos diferentes a los que confieren las normas societarias, pero para cuya validez no pueden entrar en contradicción ni con los postulados imperativos de la ley societaria ni con el estatuto social. Se consolida así una pluralidad de ordenamientos derivados y conexos²⁷.

La autonomía de la voluntad atraviesa de manera horizontal todo el plexo jurídico que regula la materia societaria y, limitada por el orden público, se encuentra presente en un gran número de convenciones.

La noción de autonomía de la voluntad es una clara expresión de la filosofía kantiana que postula el reconocimiento de la facultad del individuo de dictarse sus propias reglas. Nace del principio de libertad, elemento básico del Derecho Privado y en materia de Derecho Comercial; encontramos su fuente legal en el Código de Comercio fiel reflejo de los postulados del liberalismo económico en materia jurídica.

²⁷ FARGOSI, Horacio, *Sobre la reforma no inscripta del estatuto de sociedades anónimas*, en L. L. 2000-D-1276.

La igualdad entre los socios y los intereses de los terceros que contratan con la sociedad deben ser protegidos, tutela que sólo se logra a través de normas legales imperativas cuyo contenido no puede ser alterado so pena de incurrir en sanciones de nulidad de la cláusula o de responsabilidad para los actores. A medida que avanzamos en el análisis del contenido y los límites de la autonomía de la voluntad, nos vamos introduciendo en la contracara de este instituto societario: el orden público.

Como venimos diciendo, la autonomía de la voluntad no es un principio absoluto, y sus límites van más allá de los que corresponden literalmente al Derecho Contractual, dado que el contrato constitutivo da nacimiento a una persona jurídica, organizada según algunos de los tipos legales, y a partir de allí, se impone el principio de tipicidad con el carácter imperativo de sus normas, justificado en la solidaridad, la seguridad y la garantía frente a los terceros, de las que emanan las normas societarias relativas a las mayorías, al sistema de responsabilidad societaria y a la personalidad: en ejercicio de una plena libertad para elegir con quiénes se han de asociar, aunque el orden público les marcará la capacidad para hacerlo; podrán también elegir libremente la forma bajo la cual organizarán la empresa que están gestando, pero dentro de los límites que impone la tipicidad societaria, etcétera, con lo que advertimos cuáles son los mecanismos a través de los cuales el orden público va poniendo límites a aquella autonomía.

El orden público no es fácil de definir. En general, se ha intentado la determinación de sus límites conceptuales a partir del Derecho Público. Ésa es la razón por la cual en el ámbito del Derecho Privado positivo, no encontramos referencias al orden público; el que parece sustituido por la referencia a las buenas costumbres²⁸.

La transformación social-económica-jurídica ocurrida a partir de la Revolución Francesa modificó la noción tradicional de buenas costumbres, que dejó de identificarse con la de una moral individual para pasar a una noción más social. Siguiendo con la evolución de esta figura, vemos que al consolidarse el totalitarismo político en Alemania

²⁸ FERRI, Giuseppe, *Ordine pubblico (Diritto Privato)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1045.

e Italia se las identificó con los valores propios del nuevo orden, pasando de un sistema de libertad absoluta, reivindicado durante la Revolución Francesa, a un totalitarismo extremo.

La libertad absoluta para contratar se sostuvo en el principio de la igualdad de las partes, quienes de manera negociada y voluntariamente acuerdan en restringir su esfera de libertad con la finalidad de ajustar sus conductas para contribuir al cumplimiento de los efectos buscados del contrato. En este sistema jurídico, se parte de la premisa de que las partes contractuales son iguales, no existe subordinación entre ellas, y por lo tanto, no es necesario que por vía legal se establezcan normas que los tutelen, en procura de evitar que el contrato incluya cláusulas abusivas. Por ello, desde el liberalismo se postulaba que la ley no contemplara normas imperativas pues no debe interferirse en la libertad de contratación. Sólo se proponen normas supletorias, destinadas a cubrir posibles lagunas o suplir la presunta voluntad de las partes.

Pero la reconsideración de esta teoría no tardó en aparecer, ya que pronto se puso en evidencia que la igualdad y la libertad entre los contratantes no acompañaban la realidad negocial, donde la supremacía económica de una de las partes, y consecuentemente, su mayor participación en la sociedad, le garantizaba la posibilidad de mantener la gestión en sus manos, de adoptar las resoluciones que mejor convengan a sus intereses personales, de restringir, de manera extrema, el acceso a la información por parte de los demás socios, vulnerando así sus derechos al dividendo, a la información, al voto, a salir libremente de la sociedad, etcétera, y agravando además, no sólo el interés personal de los contratantes (o de los socios que posteriormente adhieren al contrato social al ingresar al ente), sino también, y de manera esencial, el interés social de la persona jurídica que integran.

En suma, y como todos sabemos, la mentada libertad absoluta que reivindicaba la Revolución Francesa pronto se convertiría en una herramienta liberal en manos de los más fuertes para avasallar los derechos de los más débiles y de las minorías que no recibían a cambio ninguna compensación.

Es necesario tutelar la igualdad entre los socios, la seguridad jurídica y todos los demás principios que inspiran el Derecho Societario, y para ello deben preverse normas imperativas de orden público, cuya vigencia

limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad, a través de la tipicidad, la igualdad entre los socios y la tutela de los intereses de terceros.

El fundamento de los límites que el orden público establece al principio de autonomía se encuentra en que al nacer un sujeto distinto de los miembros, se produce una separación absoluta entre el patrimonio de la persona societaria y el patrimonio de cada uno de sus miembros (art. 39, Cód. Civ.), a la vez que nacen un interés y una voluntad sociales distintos del interés y la voluntad de cada uno de ellos. Pero es importante superar la habitual confusión en que se incurre al identificar el orden público con las normas imperativas de la ley societaria: el orden público se encuentra fuera de la ley y por encima de ella y buscar un principio general en una norma lo convertiría inexorablemente en un dato de carácter temporal y variable, cuando en realidad debe ser el espíritu abstracto que lo ilumina más allá de todas las reformas legales²⁹.

El orden público es una noción anterior y superior a la ley y simplemente se expresa en las normas imperativas como vía para limitar la autonomía de la voluntad, cumpliendo una función de garantía. A *contrario sensu*, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad inspira las normas supletorias y el necesario silencio legal que habilita a convenir con la libertad que brinda el saber que todo lo que no está prohibido está permitido.

En consecuencia, la ley societaria presenta normas imperativas, dentro de las cuales, como hemos dicho, se encuentran las de orden público, y normas supletorias, nacidas del reconocimiento de la autonomía negocial de los socios, pero justificadas en la necesidad de regular algunos aspectos de la vida societaria, tales como, por ejemplo, las mayorías necesarias para adoptar decisiones, que si no fueran previstas expresamente en el estatuto, se tornaría imposible el funcionamiento de la sociedad.

Una vez preservados los principios de libertad, igualdad, solidaridad, propiedad privada, etcétera, a través del orden público, así como la moral y las buenas costumbres, como establece el artículo 953 del

²⁹ CERTAD MAROTO, Gastón, *Derecho Societario y normas de orden público*, en *Revista de Ciencias*, N° 116, www.latindex.ucr.ac.cr.

Código Civil, los socios son libres para regular a la sociedad, a través de convenciones societarias y parasocietarias, es decir, incluyendo cláusulas en el acto constitutivo de la sociedad, y celebrar todos los demás negocios jurídicos conexos que sean menester.

Las normas imperativas inspiradas en el orden público, la moral y las buenas costumbres que aparecen en la Ley de Sociedades Comerciales son inderogables y convierten en nulo o ineficaz, según los casos, todo pacto en contrario, en tanto que las normas supletorias que sólo buscan garantizar la efectiva organización de la sociedad según el tipo elegido no acarrear sanción alguna en caso de ser modificadas por voluntad de los socios.

Siguiendo el régimen legal societario podemos ejemplificar, como normas de orden público y, por ende, imperativas: las relativas a tipicidad (art. 17, LSC), licitud del objeto (art. 18, LSC), capacidad (arts. 16, 27, 28, 29, 30, LSC), protección del interés social (art. 54, LSC) o de los socios y terceros (art. 54, *in fine* LSC); las que tutelan la intangibilidad del capital social (arts. 13, 31, 32, 224 y conchs., LSC), la igualdad entre los contratantes (art. 5º, LSC), el interés social (art. 58, LSC) y el interés de los terceros (arts. 32, 34, 54, 58, LSC); sobre personalidad y constitución, sobre nulidades (arts. 13, 16 a 20, LSC), sobre sociedades irregulares y de hecho (arts. 21 a 26, LSC), responsabilidad de los socios frente a los terceros (arts. 125, 146 y 163, LSC), etcétera.

Se plantea en este punto una cuestión muy interesante, puesto que si bien hay consenso en cuanto a que los socios fundadores no pueden apartarse de los tipos legales para organizar su sociedad, siendo nula de nulidad absoluta la sociedad constituida bajo un tipo no previsto en la ley (art. 17, LSC), es grande el margen de negociación que se deja dentro de cada tipo para que los socios elaboren un contrato a medida, pudiendo incorporar, por ejemplo, prestaciones accesorias en sociedades personalistas (art. 50, LSC) o causales de resolución parcial para las sociedades anónimas (art. 89, LSC).

5.4. *Los contratos y la buena fe negocial*

El principio de buena fe en materia societaria inspira el marco

jurídico en que se insertan todas las relaciones nacidas de la actuación de la sociedad (tanto con respecto a los socios como a los administradores y terceros).

Es así como se imponen al socio y a los administradores, los deberes de actuar con lealtad, de colaborar, y en el caso del administrador, también de diligencia.

Desde la teoría general del Derecho, el principio de la buena fe emana del artículo 1198 del Código Civil, y su contracara, la teoría del abuso del derecho, aparece claramente regulada en el artículo 1071 del digesto referido.

Estas pautas son la base conceptual que garantiza el correcto funcionamiento de la sociedad comercial y su permanente convergencia hacia los fines que el legislador tuvo en miras tutelar al tiempo de reconocerle el atributo de la personalidad jurídica. Y en el supuesto en que se produjera un apartamiento de ese camino, las sanciones serán la desestimación de la personalidad jurídica (art. 54, *in fine*, ley 19.550) o la responsabilidad de los socios (art. 54, primer y segundo párrafos, ley 19.550) o de los administradores (arts. 59, 157, 274 y cons., ley 19.550).

La buena fe negocial, en materia societaria se advierte en institutos tales como:

a) *La convocatoria personal a asambleas*: la ley societaria impone que la convocatoria a asambleas se publique mediante edictos en el *Boletín Oficial*, que rara vez es leído por los socios. Tradicionalmente los tribunales han sostenido este principio imperativo del Derecho Societario, declarando nulas las resoluciones asamblearias adoptadas en reuniones celebradas sin haber respetado el requerimiento del artículo 237 de la LSC³⁰. Ello no obstante, en la evolución apuntada, los tribunales se han visto movidos a aplicar criterios de realidad, advirtiendo que la mera publicación de edictos no garantiza el real conocimiento de la convocatoria por parte de sus destinatarios, por lo que ha exigido, además, una notificación personal a todos los accionistas, advirtiendo sobre la posible falta de buena fe que motiva a los directores

³⁰ CNCom., sala E, 23-5-89, “Larrocca, Domingo c/Argentina Citrus SA”; sala C, 29-10-90, “Schillachi, Irene c/Establecimiento Textil San Marco SA”.

a no dar aviso personal, restringiéndose al aviso edictal³¹. Se trata, como lo señala Rovira³² de una regla ética y moral aplicada al funcionamiento de la persona jurídica, ratificada por el principio de que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, ni efectos que no se tuvo en miras al reconocerlos, o que exceden los límites de la buena fe, según lo dispuesto por el artículo 1071 del Código Civil. Siguiendo al autor citado, podemos concluir que la jurisprudencia ha encarado este camino, allá por la década de los '80, desarrollando una nueva doctrina basada en el abuso del Derecho y la buena fe negocial, al ponderar la actuación de los socios aun en las sociedades anónimas³³.

b) *Uso abusivo de las mayorías*: si bien la asamblea es soberana y se rige por un principio democrático, es importante resaltar que siempre debe dejar a resguardo el interés social y un prudente respeto por los derechos individuales de los socios, por lo que la resolución, no sólo debe haberse adoptado en el seno de una asamblea válidamente constituida, y por las mayorías legales o convencionales, sino que además debe ser prudente y no causar perjuicio ni a la sociedad, ni a los socios ni a los terceros, ni convertirse en una vía para hostigar a las mayorías por parte de las minorías hostiles, pues en ambos casos, se estaría agravando la causa fin del contrato social. El principio democrático de la obligatoriedad de las decisiones adoptadas por las mayorías (art. 133, LSC) debe interpretarse a la luz de la buena fe, respetando el interés social y siempre y cuando guarde coherencia con la causa fin del negocio, lo que nos ubica en el campo del análisis del principio de subsistencia del acto societario³⁴.

c) *Obligación de abstenerse de votar y de realizar actos en com-*

³¹ CNCom., sala C, 4-3-2005, "Block, Susana y otros c/Frigorífico Block SA".

³² ROVIRA, Alfredo, *Panorama del Derecho Societario argentino actual*, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa* cit., p. 151.

³³ CNCom., sala D, 23-12-81, "Sichel, G. F. c/Massuh SA"; sala A, 21-12-83, "Saunier, Roberto y otra c/La Casa de las Juntas SA"; ídem, 9-12-85, "Cambiaso Zunino, Mario y otro c/Artigas Rodríguez Viojo"; ídem, 11-12-86, "Vistalba SA c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA".

³⁴ ROVIRA, *Panorama...* cit., p. 154. Quien cita en abono de esta postura, los siguientes fallos: CNCom., sala D, 1-3-96, "Abrecht, Pablo c/Cacique Camping SA"; sala C, 4-3-2005, "Block, Susana c/Frigorífico Block SA"; sala D, 22-8-89, "Pereda, Rafael c/Pampagro SA".

petencia: el principio de buena fe está presente también en el deber del socio y de los gerentes y directores, de abstenerse de votar cuando tengan un interés contrario con el de la sociedad (arts. 241, 248, LSC) y el de abstenerse de realizar actos en competencia (arts. 133 y 273, LSC). Esto es así, pues el principio de buena fe impone una serie de obligaciones implícitas y secundarias, nacidas de la naturaleza de las prestaciones, la equidad, la verdadera finalidad del negocio, las expectativas de las partes³⁵.

d) *El deber de lealtad en cabeza de socios, administradores, síndicos y consejeros*: la obligación de lealtad consiste en que cada uno cumpla sus obligaciones en su integridad y ejerza sus derechos con sujeción a la finalidad del legislador al consagrarlos y de ninguna manera abusivamente. Así, el artículo 1071 del Código Civil se integra con el vasto cúmulo de normas societarias³⁶. Entre ellas, el artículo 54, primer y segundo párrafos, y en el deber de mantener adecuadamente patrimonializada la empresa.

5.5. Seguridad jurídica y tipicidad societaria

Ya hemos tenido ocasión de formular algunas consideraciones al analizar el alcance de las normas imperativas y de orden público, por lo que remitimos al lector a las líneas anteriores, a las que agregamos que la ley societaria sanciona expresamente la atipicidad al declarar la nulidad absoluta de las sociedades atípicas (art. 17, LSC), y esto se extiende a la nulidad de las sociedades que no siendo de un tipo desconocido, carezcan de algún elemento esencial tipificante o presenten elementos ajenos a las particularidades de su tipo.

A partir de esta norma, es habitual referir que será nula una sociedad anónima que prescinda del directorio o una sociedad colectiva donde se organice un consejo de vigilancia, por ejemplo. Pero la noción de tipicidad societaria y su carácter imperativo ha ido evolucionando a lo largo de los años: en ese lapso, algunos tipos cayeron en desuso,

³⁵ ROVIRA, *Panorama...* cit., p. 152; ALEGRIA, Héctor, *El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 16, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 322.

³⁶ ROVIRA, *Panorama...* cit., p. 152. En este sentido: CNCom., sala B, 24-9-90, "Kraft, Ltda. c/Motormecánica SAIC".

otros se dividieron en subtipos (como la SA cerrada y la SA abierta) y actualmente se discute si la tipicidad deriva en normas de orden público o sólo de carácter imperativo³⁷.

5.6. *Principios de igualdad entre los socios y supremacía de las mayorías*

La condición de socio abarca el reconocimiento de derechos económicos y políticos en cabeza de sus titulares, siguiendo un criterio de igualdad y proporcionalidad.

En materia de sociedades comerciales, la noción de igualdad y el principio democrático de las mayorías se definen a partir de la proporción en que cada uno de los socios ha contribuido a formar el capital social (a menos que se haya estipulado diversamente, según lo permite la Ley de Sociedades Comerciales al aceptar que los socios pacten una participación en los resultados proporcionalmente diferente a la participación en el capital, art. 11, inc. 7º, LSC) y se muestra aún más restringido en las sociedades anónimas, donde se admite la emisión de acciones de distinta clase (arts. 207 y concs., LSC).

El estado de socio supone un conjunto de derechos y obligaciones de carácter individual, idéntico e indisponibles por la sociedad, y en materia de sociedades anónimas, cuando haya distintas clases de acciones, este reconocimiento se mantendrá, confiriendo un tratamiento igualitario a los accionistas titulares de la misma clase de acciones. Porque cada clase de accionista supone una atribución de derechos en atención a condiciones, circunstancias concretas y perfil de la persona que poseerá aquella calidad³⁸.

5.7. *Prohibición de enriquecimiento sin causa*

Al igual que con los demás principios generales, la Ley de Sociedades Comerciales no presenta una exposición sistematizada de preceptos relativos al principio de enriquecimiento sin causa, pero hay

³⁷ En concordancia con esta opinión, CORNEJO COSTAS, Emilio, *La realidad negocial y el régimen societario*, en L. L. 1990-D-695.

³⁸ GAGLIARDO, Mariano, *Clases de acciones y clases de accionistas*, Academia Nacional de Derecho 2010 (abril), p. 5.

disposiciones que constituyen aplicaciones de este principio y que permiten afirmar su vigencia en nuestro Derecho Societario.

El fundamento de este principio es de carácter marcadamente ético; ya hace muchos siglos los romanos habían proclamado el principio de que nadie debe enriquecerse sin causa en perjuicio o detrimento de otro. Vélez Sársfield compartía esas ideas, como lo pondremos de manifiesto brindando varios ejemplos de aplicación del principio en las diversas materias del Derecho Civil, lo que evidencia cuál era el pensamiento del Codificador sobre el tema³⁹. Por su parte, en la Ley de Sociedades Comerciales, el principio aparece, entre otras, al declarar la nulidad de la cláusula contractual en virtud de la cual todas las ganancias pertenezcan al socio o socios sobrevivientes (art. 13, inc. 4º, LSC) o al mandar a traer a la sociedad las ganancias resultantes de la aplicación de fondos o efectos sociales a un negocio de cuenta propia de un socio o controlante o de tercero (art. 54, LSC).

Como vemos, el enriquecimiento que el Derecho no quiere es el que carece de causa legítima.

Los elementos que deben concurrir para tener por configurada una situación de enriquecimiento ilícito son: a) el enriquecimiento del socio, controlante, administrador o tercero vinculado a ellos; b) el empobrecimiento de la sociedad; c) una vinculación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, y d) que el enriquecimiento carezca de justificación legítima.

En suma, hay enriquecimiento cuando se incorpora al patrimonio de un socio o controlante una ventaja de carácter pecuniario a partir de un desplazamiento ilegítimo de valores del patrimonio social hacia el personal o de un tercero vinculado a él, en este caso el socio obtiene un patrimonio a costa de la sociedad acrecentando su patrimonio o bien usando aquellos bienes para pagar sus deudas disminuyendo así su pasivo personal. Otra forma de enriquecimiento, que suele verse al ponderar la conducta de quien tiene acceso al manejo de los fondos sociales, es el enriquecimiento negativo, que se produce cuando logra un ahorro, o economía de gastos, porque se beneficia

³⁹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Notas sobre el enriquecimiento sin causa*, en L. L. Doctrina Judicial 1979, N° 10, p. 10, www.acader.unc.edu.ar.

evitándose la salida de valores que tenían que egresar de su patrimonio, de manera tal que se economizan gastos.

Por su parte, el correlativo empobrecimiento de la sociedad, puede ocurrir por la pérdida de bienes sustraídos por el socio o el administrador, o por la pérdida de chance⁴⁰ cuando se produce un desvío de los negocios sociales en beneficio de quien prioriza su interés personal sobre el interés social.

5.8. *Principio de legalidad*

Las sociedades comerciales deben adecuar su constitución, funcionamiento y liquidación a las normas legales establecidas para la materia. Este principio de legalidad está expresamente contemplado en los artículos 6º y 167 de la LSC que confieren al juez de registro, y para el caso de las sociedades por acciones, a la autoridad de control, facultades para verificar el cumplimiento de los requisitos legales previas al reconocimiento de su constitución regular⁴¹.

En sintonía con este principio, la Exposición de Motivos de la ley 19.550 explica la evolución desde el sistema de autorización de las sociedades por acciones a uno normativo en que la legislación actual pone el acento “en el análisis de legalidad de los trámites societarios, o sea aplicación e interpretación de la ley, que a tenor de los artículos 94 y 95 de la Constitución Nacional es tarea del Poder Judicial”⁴².

Existe un permanente debate acerca de si el doble control que afecta a las sociedades por acciones debe mantenerse o no, y en caso negativo, si debe ser trasladado a sede judicial o administrativa, ello no obstante, bregamos por su unificación en sede judicial.

5.9. *Supremacía del interés social*

El interés social es, sin dudas, la noción jurídica más importante en el ámbito del Derecho Societario. Existe una profusa variedad de

⁴⁰ MOISSET DE ESPANÉS, *Notas sobre el enriquecimiento sin causa* cit.

⁴¹ SUÁREZ ANZORENA, Carlos y VEIGA, Juan Carlos, *El proyecto de unificación y el universo jurídico societario*, en L. L. 1987-E-993.

⁴² CORNEJO COSTAS, Emilio, *El Registro Público de Comercio*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 60.

definiciones que intentan enmarcar este concepto, pero la más difundida entre nosotros es, sin dudas, la que brindara Halperin siguiendo la concepción contractualista, vinculada al interés común de los socios, a la buena fe y a la lealtad según la cual el interés social es el interés objetivo y común a todos los socios en un momento determinado⁴³.

De esta manera, se logra discernir claramente entre el interés individual y egoísta de los socios e incluso de los administradores, y el interés del ente, el que, como vemos, se forma por una voluntad común y objetiva que si bien se refleja en una voluntad mayoritaria es superior a ésta, por cuanto la mayoría de los socios no podría adoptar válidamente una decisión contraria al interés social.

Sin embargo, la noción de interés social clásica mantiene un apego a la voluntad de los socios, y por ello ha sufrido, a lo largo de los últimos años una clara influencia de las corrientes institucionalistas, incorporando la consideración de intereses ajenos a los socios y más propios de la empresa, llegando a definirse como el interés de la empresa, a resultas de lo cual podríamos decir que el interés social se integra con la voluntad objetiva y común de los socios, pero atendiendo a otros intereses como el de los acreedores, consumidores y Fisco, con lo que, en definitiva, el interés social subsume los intereses económicos, sociales y públicos que convergen en la empresa⁴⁴.

En el marco conceptual que define el interés social, sea que lo interpretemos desde la teoría contractualista o desde la institución, se definen los límites inexorables a la posibilidad de actuar en procura de realizar intereses individuales y subjetivos de socios y administradores.

5.10. *Organicismo*

El organicismo es un componente técnico del Derecho Societario, donde a diferencia de lo que ocurre con el contrato de mandato, la relación representativa integra la naturaleza del órgano de administra-

⁴³ HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio, *Sociedades anónimas*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 226.

⁴⁴ COHEN DE ROIMISER, Mónica, *El interés social en la sociedad anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 21; MANÓVIL, Rafael, *Grupo de sociedades*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 572.

ción. Esto no implica que la teoría de la representación sea completamente ajena al órgano representativo, porque muchas de sus funciones se explican por la institución jurídica de la representación⁴⁵, pero presenta caracteres diferenciadores tales como su origen legal y no convencional y la circunstancia de que todo lo actuado por el representante social se impute directamente a la sociedad y no como hecho de una interpósita persona como ocurre en la relación de mandato.

Por lo demás, el organicismo societario, si bien legalmente se asienta sobre el principio de representación regulado a partir del artículo 58 de la LSC, tiene un alcance mucho mayor, puesto que se refiere también a las funciones de administración, gobierno y fiscalización de la sociedad, cuya organización es un rasgo que define la norma societaria para cada tipo social y que, por ende, no tiene alternativas de modificación⁴⁶.

6. Colofón

Hemos destinado este trabajo a un repaso del estado actual de los principios generales a la luz de los caracteres del Derecho Societario, con la intención de contribuir a la determinación de los límites dentro de los cuales es posible transitar el camino de la contractualización societaria a través de la elaboración de instrumentos jurídicos que se adecuen a las necesidades de la empresa y a las expectativas de los socios contratantes sin agredir los intereses a los que se ven vinculados, pues sólo así se garantizará la validez, eficacia y adecuado funcionamiento de sus normas. Sabemos que el resultado quizás no sea completo, pero aspiramos a que pueda ser la base para una mejor interpretación de la realidad societaria actual.

⁴⁵ ZALDÍVAR, E.; MANÓVIL, R. y RAGAZZI, G., *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 287; CURA, José M., *El olvidado artículo 266 de la Ley de Sociedades Comerciales (Sobre la vulneración del sistema de representación de las sociedades anónimas)*, en L. L. 1996-C-247.

⁴⁶ GAGLIARDO, Mariano, *La autonomía privada y el régimen jurídico de la sociedad anónima*, en L. L. 2006-E-1018; ESCUTI (h), Ignacio A., *Libertad societaria e interpretación progresista*, en L. L. 2006-C-1292.

**EMPLEO PÚBLICO.
RÉGIMEN DISCIPLINARIO
(El régimen disciplinario y los
principios del Derecho Penal)**

por VIOLETA CASTELLI*

SUMARIO: I. Introducción. II. Origen y breve evolución histórica del Derecho disciplinario. III. Principios y garantías del Derecho Penal que se aplican en el régimen disciplinario. 1. Principio de tipicidad. 2. Principio del *non bis in idem*. 3. Principio de proporcionalidad. 4. Principio de culpabilidad. 5. Derecho a la presunción de inocencia. 6. Derecho de defensa. 7. Prescripción. 8. Retroactividad de la ley más benigna. IV. Conclusión.

Resumen

La potestad punitiva en cualquier ámbito, ateniéndonos a una aplicación estricta de la teoría de la división de los poderes, correspondería exclusivamente a los jueces y tribunales. Por ello, la atribución de una potestad sancionadora a la Administración Pública, por motivos de eficacia u otros, no puede suponer, en ningún caso, la merma de las garantías que operan en el campo jurisdiccional. De este modo es que nuestros tribunales han recogido y explicitado reiteradamente que los principios del Derecho Penal son de aplicación al Derecho disciplinario, ya que operarían como Derecho Común.

Sin embargo, aún queda camino por andar, principios cuya aplicación ha de pulirse como el de reserva de ley, la vigencia y alcance del principio *non bis in idem*, las garantías del imputado, la subordinación a la autoridad judicial, conforman aspectos necesitados de un

* Coordinadora y profesora estable de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la UNR.

esfuerzo doctrinal y jurisprudencial que haga realidad su aplicación plena al Derecho disciplinario.

Con este trabajo sólo he pretendido esbozar un panorama general de la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del Derecho disciplinario, su relación con el Derecho Penal y en particular a la utilización en el ámbito administrativo de los principios de aquél.

Abstract

The punitive legal authority in any given field, focusing in a strict application of the theory of division of power, corresponds exclusively to judges and courts. Therefore, the allocation of a sanctioning authority to the Public Administration, for reasons of efficiency or for other reasons, cannot assume in any case, the loss of jurisdictional warranties. In this way, our tribunals have made explicit reputedly that the principles of criminal law apply to the disciplinary law, since they operate as ordinary laws.

Nevertheless, there is still a long way to go regarding principles which application should *be polished like the principle of reserve required by law*, the validity and scope of the non bis in idem principle, the defendant's rights, the subordination to the judicial authority, are aspects in need of a doctrinal and jurisprudential effort in order to make the application of disciplinary law a reality.

With this work I have tried to sketch an overview of the issue of the legal nature of the disciplinary law, its relation to the criminal law and, in particular, the use of those principles in the administrative field.

I. Introducción

El *Derecho disciplinario* es el conjunto de normas que partiendo de las obligaciones y deberes del funcionario público, derivadas de la relación que lo une con la Administración, regula la tipificación de conductas constitutivas de faltas disciplinarias, las sanciones correspondientes a la comisión de dichas faltas y el procedimiento necesario para imponer tales sanciones, así como también el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración.

Desbrozando el concepto anterior diremos:

- 1) En primer lugar se parte de la especial condición que debe reunir el sujeto pasivo del Derecho disciplinario que deberá ser siempre un funcionario público o empleado público.
- 2) En segundo lugar, la autoridad que posee la potestad de sancionar es la Administración Pública a través del órgano competente que la reglamentación establezca.
- 3) El procedimiento disciplinario que debe necesariamente seguirse para eventualmente aplicar una sanción se pone en marcha como consecuencia de la comisión de una conducta antijurídica previamente tipificada que puede configurarse por una acción o una omisión.
- 4) Tales conductas antijurídicas dan lugar a la aplicación de una sanción.
- 5) Como dijéramos previamente, es necesario respetar un procedimiento administrativo que conlleva una serie de trámites y actuaciones para poder sancionar. Trátase de un procedimiento en el que, en líneas generales, se ha buscado trasladar un esquema típico de los procesos penales, con el fin de asegurar, como en aquéllos, la máxima imparcialidad y rectitud en el ejercicio del poder sancionador.
- 6) El Derecho disciplinario tiene como finalidad preservar el buen funcionamiento de la administración, como instrumento del logro del bien común.

Así las sanciones pueden cumplir funciones de *prevención general*, frente al resto de los funcionarios, esto es el efecto (disuasivo) que la sanción ejerce frente al resto de los agentes públicos y también de *prevención especial*, consistente en evitar la repetición de la falta por parte de quien la cometió, lo que tiene lugar mediante el escarmiento resultante de la aplicación de la sanción¹.

II. Origen y breve evolución histórica del Derecho disciplinario

Aunque es difícil establecer el origen del Derecho disciplinario,

¹ SUAY RINCÓN, *Potestad disciplinaria*, libro homenaje a Villar Palasí, Civitas, Madrid, 1989, p. 55.

puede afirmarse que se produjo con la aparición de un aparato burocrático importante, en la Baja Edad Media, con la atribución a los funcionarios que en él trabajaban de una esfera de competencia propia, dejando de ser meros mandatarios reales, instaurando así un sistema de responsabilidades por el ejercicio de sus funciones. La concurrencia de estos datos hizo surgir una serie de instituciones en las que confluieron por primera vez las características del régimen disciplinario que evolucionó más propiamente a comienzos del siglo XIX con el constitucionalismo.

En el Derecho español se dieron una serie de instituciones que tenían por fin asegurar una administración leal, justa y eficaz de los funcionarios. Entre ellas “la visita”, que era la inspección que se efectuaba a un funcionario o gobernante con el fin de examinar su actuación administrativa. Por ejemplo, las que se efectuaban en América por orden del Rey o del Consejo de Indias. Se clasificaban los comportamientos ilícitos en culpas graves, muy graves o gravísimas correspondiendo a cada una un tipo de sanción distinto.

Otra institución disciplinaria fue “el juicio de residencia” que era la cuenta que se tomaba de los actos cumplidos por el funcionario público al terminar su desempeño. Se llevaba a cabo por jueces letrados nombrados por el Rey. Las condenas eran pecuniarias y también personales, admitía pesquisas secretas. Las sentencias eran ejecutivas y podían ser apeladas².

Otros institutos disciplinarios españoles fueron la purga de taula y la pesquisa.

Nieto sitúa el origen del Derecho disciplinario en relaciones domésticas, laborales y privadas entre el Príncipe y sus súbditos, desvinculado del Derecho Penal.

Pero el verdadero nacimiento aparece con el nuevo régimen constitucional que introdujo un sistema conocido con el nombre de cesantías que permitió durante largo tiempo al partido triunfante la cesación sin trabas de los funcionarios que no le eran adeptos. No existía entonces el derecho de estabilidad. En definitiva, y ya en el Derecho Comparado, ha habido diversas teorías acerca del origen de las normas disciplinarias.

² GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, *Control y responsabilidad de los oficiales reales*, Madrid, 1958, p. 435.

La postura penalista formulada por Stock distingue tres períodos: a) el primero, que va hasta finales del siglo XVIII, en el cual el Derecho disciplinario se encontraba incluido en el Derecho Penal; b) un segundo período, que comienza en la primera mitad del siglo XIX separa el Derecho disciplinario del Derecho Penal, pero no para delimitar su independencia, sino para pasar a formar parte del Derecho Público del Estado; c) finalmente el Derecho disciplinario comienza a desarrollarse de forma autónoma.

La orientación civilista del Derecho disciplinario fue expuesta por Saband para quien el poder disciplinario tiene su justificación en la relación de servicio.

Así el Estado para mantener la disciplina en ese ámbito y asegurar el cumplimiento de sus deberes, utiliza el poder disciplinario.

Otto Mayer pone el acento en la relación de poder entre la Administración y sus funcionarios, esto es, en la relación jerárquica. En este sentido, Jellinek y Romano sentaron los fundamentos de la tesis actual mayoritariamente seguida, y que considera que la base y justificación de la potestad disciplinaria de la Administración está en la relación de poder que liga al Estado con los funcionarios públicos.

En conclusión, por ahora podemos decir que el fundamento de esta potestad radica en la supremacía especial que no debe confundirse con el poder punitivo general del Estado, y que nace de la relación de empleo público.

Trátase de una potestad-función, vale decir, la Administración debe ejercerla ya que tiende a la buena marcha de la misma, a la eficiencia de la actuación administrativa, a la consecución del bien común.

Y unos párrafos arriba dije “por ahora” porque a continuación analizaremos lo relativo a *la naturaleza jurídica del Derecho disciplinario*; esto interesa ya que la aplicación o inaplicación de los principios penales al Derecho disciplinario dependen de la naturaleza que se le adjudique a este Derecho.

Partiendo de la base de la identidad sustancial entre delito, falta e infracción administrativa, así como de sus respectivos castigos (pena y sanción) debemos preguntarnos: ¿existe homogeneidad entre el ilícito

penal y el ilícito disciplinario?, ¿son diferentes los fines y función que cumplen las penas y las sanciones?, ¿o es sólo una cuestión de menor o mayor gravedad?

Al respecto se han delineado principalmente dos teorías de diferenciación: 1) una *cualitativa entre el Derecho Penal y el Derecho disciplinario*, conectada al instituto de las relaciones especiales de sujeción; 2) la otra es la *tesis de la diferenciación cuantitativa*.

En orden a la primera teoría, o sea la de la distinción cualitativa entre el Derecho Penal y el disciplinario, ésta se conecta con el instituto de las relaciones especiales de sujeción, entendida como “relación jurídica de sometimiento en el ámbito del Derecho Administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante de la organización administrativa están bajo la dirección inmediata del poder público a favor de un determinado fin administrativo”³.

Frente a esas situaciones de sujeción especial se contraponen las de sujeción general, que son aquellas en las cuales se encuentran todos los ciudadanos y en las que la técnica sancionatoria no se distingue de la punitiva penal.

En esta línea se sostiene que en el campo de lo sancionatorio administrativo, la globalidad de esas situaciones interesan únicamente a la esfera interna de la administración. En consecuencia, el aparato represivo que para ellos rige es de carácter doméstico, vale decir, tiene como fin el logro del buen funcionamiento de la organización.

Las infracciones que en esa esfera se cometan lesionan la disciplina interna que rige la relación y la consiguiente sanción no persigue el orden general o social, sino el correcto quehacer de la Administración. Adscriben a esta postura Garrido Falla, García de Enterría, Santamaría Pastor, García Trevijano Fos, entre otros.

De este modo, el ilícito disciplinario es de naturaleza interna y el argumento de sustentación de esta teoría de la diferenciación cualitativa es que el Derecho Penal y el Derecho disciplinario buscan fines distintos: así, el Derecho Penal procura la defensa del orden jurídico general, mientras que el disciplinario mira a la mejor organización y

³ FLEINER, *Institutionem des deutschen verwaltungsrechts*, 1928, p. 114, citado por GALLEGOS ANABITARTE, en *Relaciones...*

funcionamiento de la Administración, del servicio público. De este modo, los deberes de los funcionarios les son impuestos por las normas que forman parte del ordenamiento interno de la Administración, por lo que la falta disciplinaria se configura por la infracción a dicho ordenamiento jurídico. Claro está que estas relaciones de sujeción especial no implican de modo alguno despojar a los sujetos –agentes públicos– de sus derechos o que la relación indicada se dé al margen del principio de legalidad, tal como lo ha marcado la jurisprudencia de las Cámaras Contencioso Administrativas Federales; ni tampoco puede considerarse que estas relaciones de sujeción especial sólo interesen y se agoten en el ámbito interno de la Administración.

Nadie puede sostener que una conducta antijurídica por parte de un funcionario no afecte en modo alguno al resto de la comunidad. Por ejemplo, si un funcionario público hace acuerdos ilegales que causen perjuicios graves a los ciudadanos: ¿infringe o no esa actitud el orden jurídico general?, ¿perturba o no la buena marcha de la administración? Si se discriminara a un agente público en razón de su raza o credo, ¿se está afectando extensivamente la esfera externa de la Administración?

Esta concepción ha sido aceptada en España, por ejemplo, como fundamento de la potestad disciplinaria de la Administración hacia sus funcionarios, mereciendo cierta revisión a partir de la Constitución de 1978, que no distingue ni cualitativa ni cuantitativamente el interior del orden punitivo del Estado. Como ha sostenido la doctrina de ese país: “los funcionarios no sólo trabajan para la Administración sino que también trabajan para los ciudadanos a través de una organización –la Administración– la cual no es un fin en sí misma, sino un medio hacia otro fin: el servicio a los ciudadanos”. La protección de esta organización está efectivamente justificada pero no sólo domésticamente sino en relación también con el sujeto al que está dirigida. En nuestra doctrina, el doctor García Pullés en su libro *Régimen de empleo público*⁴ ha sostenido que “la organización de la Administración y su unidad no es un fin en sí, sino sólo un medio que permite la consecución de un objetivo estatal, que es la obtención del bien común. De allí

⁴ LexisNexis, Buenos Aires, p. 285.

que el supuesto poder disciplinario para mantener su cohesión no es un objetivo que pertenezca a la Administración, sino que la trasciende e interesa a todos los individuos [...] La invocación de un interés público secundario en el ejercicio de las facultades disciplinarias no parece justificar la conversión de estas actuaciones en una facultad inherente a la Administración y desconectada del principio de legalidad”.

Citando a Alejandro Nieto, García Pullés adhiere a la idea de que en todo derecho existen una potestad y un ordenamiento, ya que no es posible interferir en el ámbito de intereses legalmente protegidos de otro sujeto que no surja de una autorización expresa del ordenamiento, que en el Estado debe entenderse como la atribución de una potestad⁵.

Frente a la tesis de diferenciación se construye doctrinalmente otra, que pone énfasis en la *diferencia cuantitativa*, vale decir, en el distinto grado de gravedad de las acciones punibles –faltas– y las correspondientes sanciones. En esta tesis, el delito y la falta poseen idéntica naturaleza jurídica, son cualitativamente iguales pero expresan diversos grados de importancia, correspondiendo al Derecho Penal las sanciones más graves y al disciplinario las cuantitativamente menores.

La finalidad perseguida por esta parte de la doctrina radica en evitar las consecuencias del “*bis in idem*”, pues si uno y otro Derecho, el Penal y el Administrativo, participan de una identidad sustancial, carece de sentido la duplicidad de sanciones.

Sin embargo, existen razones suficientes para rechazar esta última postura de identificación sustancial del Derecho Penal y el disciplinario, a saber:

Del examen de la normativa vigente no surge que las conductas más graves se encuentren tipificadas en el Código Penal, ni que las penas a imponer sean de mayor gravedad que las del Derecho disciplinario. Por ejemplo, el abandono del servicio por parte de un funcionario acarrea una falta importante, que es pasible de una sanción grave como la cesantía. No obstante, si ese abandono no provoca daño, en el ámbito penal no tiene pena.

Un segundo argumento nos lo da el artículo 34 del Régimen de

⁵ Autor citado, ob. cit., p. 288.

Empleo Público, al establecer que “La sustanciación de los sumarios por hechos que puedan configurar delitos en el orden administrativo son independientes de la causa criminal, excepto en aquellos casos en que de la sentencia definitiva surja la configuración de una causal más grave que la sancionada; en tal supuesto se podría sustituir la medida aplicada por otra de mayor gravedad”. En igual sentido establece la diferenciación el artículo 76 del Régimen de Empleo Público de Entre Ríos. De las normas citadas, surge que deben diferenciarse los órdenes penal y disciplinario. No obstante, habrá que reconocer que aun admitiendo el principio de la incomunicabilidad de ambos órdenes, existen excepciones a dicho postulado, tales como la que se da en el supuesto en que la justicia penal ha dictado una sentencia que se encuentra firme y que ha hecho cosa juzgada, la autoridad administrativa no puede en esos casos interpretar los alcances de la absolución, dejando de lado los fundamentos de la sentencia y arribando a un resultado opuesto. Por ejemplo, si la sentencia penal decidiera que el agente no cometió el delito.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha sentado en sus dictámenes la doctrina que debe atenderse a la unidad del orden jurídico y al principio general del derecho de la “no contradicción”⁶.

En conclusión, aparece a mi entender más apropiada la tesis que sustenta la diferencia *cualitativa* entre Derecho Penal y Derecho disciplinario que la cuantitativa, ya que las excepciones expuestas no alcanzan a derribar la idea de que se trata de dos órdenes diferentes que no obstante deben compatibilizarse con miras al respeto de los principios de legalidad, razonabilidad y unidad del orden jurídico.

III. Principios y garantías del Derecho Penal que se aplican en el régimen disciplinario

Sobre la base de que el Derecho Penal hubo obtenido un importante desarrollo doctrinal y legal antes que se conformara una doctrina relativa a la potestad sancionadora de la Administración, es que se han ido aplicando a ésta algunos principios jurídico-penales.

Este trasvase descansa en la consideración de que tanto la pena

⁶ GARCÍA PULLÉS, ob. cit., p. 365.

que se aplica por el delito, cuanto las sanciones originadas por las faltas administrativas son manifestaciones del *jus puniendi* del Estado, sin que haya razón para darle un tratamiento diferente. Claro está, como lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, estos principios orientadores del Derecho Penal son de aplicación, con matices, al Derecho Administrativo sancionador, y especialmente al Derecho disciplinario dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Este fundamento, visto desde la Administración, encuentra aún más sustento en la otra cara de la moneda, la del administrado, en cuanto se trasladan las garantías constitucionales extraídas del Derecho Penal. Conviene advertir que la aplicación de esas garantías no es automática, sino que sólo es posible hacerlo cuando estas garantías penales sean compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo (vid.: SSTC español del 19-12-91; del 12-5-94, y del 8-3-93).

Desde una perspectiva amplia, los principios penales más importantes aplicables en el Derecho disciplinario son:

1. *Principio de tipicidad*

En la esfera disciplinaria se presenta este principio con cierta flexibilización en sus postulados con respecto al modo en que funciona en el Derecho Penal. Ello es así ya que un ilícito es la infracción de un deber puesto en relación con un bien jurídico protegido, pero resulta muy difícil determinar en el ámbito administrativo todos y cada uno de los comportamientos que pueden perturbar la buena marcha de la Administración. La invocación de una relación especial de sujeción que une al funcionario o empleado con la Administración Pública, implica de algún modo un atenuado rigor del principio de tipicidad en la esfera disciplinaria. De todas maneras, para que exista la falta que sea pasible de sanción, debe estar ella precisamente considerada en el ordenamiento jurídico entre la enumeración de infracciones a los deberes o prohibiciones contempladas para el empleo público. Sin embargo, las normas pueden ser más genéricas que las del Derecho Penal, puesto que no resulta fácil describir las conductas constitutivas de una infracción, sin descartar que las mismas deben estar caracterizadas aun con cierta vaguedad en una disposición legal.

Lo cierto es que este requisito de tipicidad entendido como adecuación de la conducta objetiva de reproche al modelo descrito por la norma previa que la regla debe entenderse, siguiendo a Nieto, como exigencia del principio de legalidad.

En la Ley Marco de Regulación del Empleo Público, aprobada por ley 25.164, expresamente se prevé el principio que acabo de analizar. En cuanto al régimen entrerriano, en el artículo 64 está consagrado este principio (inc. a) en la determinación y aplicación de sanciones.

En el Derecho español, el Tribunal Constitucional ha dicho que “el principio de legalidad en materia sancionadora implica como garantía material la necesidad de una precisa tipificación de las conductas consideradas ilícitas y de las sanciones previstas para su castigo, y como garantía formal, que dicha previsión se haga en norma con rango de ley. Sin embargo, no está excluido en esta materia el Reglamento, pues cabe que la ley defina el núcleo básico calificado como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora, y que el Reglamento desarrolle tales previsiones actuando como complemento indispensable de la ley. La jurisprudencia no admite en esta materia una remisión en blanco, pero se aviene a tolerar una cierta cuota de flexibilidad en la actividad reglamentaria” (STC del 1-10-92).

2. Principio del “non bis in idem”

Este principio que se puede expresar como “que no se sancionará más de una vez cada falta cometida” ha tenido su origen en el Derecho Penal y puede concebirse como un subprincipio del de legalidad en materia penal.

En el campo del Derecho disciplinario debemos plantearnos algunas cuestiones:

- 1) ¿Es compatible una sanción penal y una disciplinaria por los mismos hechos, realizados por un mismo sujeto?
- 2) ¿Son compatibles dos sanciones disciplinarias?

A la primera cuestión, la doctrina y la jurisprudencia son contestes en afirmar que la garantía del *non bis in idem* no resulta de aplicación

cuando se trata de órdenes jurídicos distintos, como ocurre con el Derecho Penal y en el disciplinario⁷.

Ahora bien, cuando el hecho que da origen a la sanción disciplinaria es el mismo que da lugar a la sanción penal, la regla adquiere virtualidad plena.

Octavio de Toledo entiende, para resolver el problema del *non bis in idem*, que la relación entre delitos de funcionarios e ilícitos disciplinarios era de consunción; existen tres posibilidades: 1) delitos de funcionarios que no tengan relación alguna respecto a las faltas disciplinarias; 2) algunas de éstas que no tengan relación con los delitos de los funcionarios, y 3) delitos de funcionarios en relación con alguna de ellas.

Es en este último caso en el que surge la problemática, y por ello deberá analizarse si se trata de un ataque a un mismo bien jurídico, en cuyo caso estaremos ante un concurso de normas y si la sanción penal es superior a la disciplinaria sólo se aplicará aquélla⁸.

En orden a la segunda pregunta, diremos con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que el principio del *non bis in idem* es de aplicación plena en el supuesto de que autoridades del mismo orden sancionen repetidamente la misma conducta.

Así puede sintetizarse en la fórmula: “no hay dos procedimientos con el mismo objeto”, la que impide que un órgano administrativo posterior emita una decisión sancionatoria cuando el objeto del procedimiento haya sido ya resuelto con anterioridad, siempre que exista identidad de sujeto, hecho y fundamento (STC 32/81).

En nuestra Ley Marco, en el artículo 28 se establece que el personal no podrá ser sancionado más de una vez por la misma causa, debiendo graduarse la sanción en base a la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del agente.

A mi entender, la norma consagra el *non bis in idem* en el orden disciplinario, es decir en un mismo orden sancionador.

En la legislación de Entre Ríos, en el artículo 66 de la Nueva Ley de Empleo, se establece igual fórmula.

⁷ DOCOBO, Jorge, *La aplicación de los principios y normas penales al Derecho Administrativo disciplinario*, en J. A. 1996-IV-785. GARCÍA PULLÉS, ob. cit., p. 313.

⁸ DE TOLEDO, Octavio, *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1980, ps. 265 y ss.

3. *Principio de proporcionalidad*

La proporción se hace operativa en el Derecho sancionador en dos campos diferentes: a) la denominada *proporcionalidad abstracta*, que obliga al legislador a observar la ecuación conducta/correctivo en la redacción de la norma, y b) *proporcionalidad subjetiva*, que es la que en el caso concreto aplica singularmente la Administración, ponderando todas las circunstancias para seleccionar la sanción⁹.

Este principio ha resultado de vital importancia como herramienta en la lucha contra la discrecionalidad desmedida de la Administración.

En efecto, el mismo predica e impone la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. Supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con la interdicción de medidas innecesarias o excesivas.

El principio ha tenido su origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyos conceptos han pasado literalmente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo valor positivo en nuestro Derecho está consagrado en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. En igual sentido, por el Tribunal de Justicia como por el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰.

En nuestro Régimen de Empleo Público, en el artículo 28, 2º párrafo, se establece que debe graduarse la sanción en base a la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del agente.

En Entre Ríos, en igual sentido se pronuncia el artículo 66, 2º párrafo.

Como consecuencia de la aplicación de este principio de proporcionalidad al Derecho disciplinario, respecto del legislador debemos advertir que le impone la necesidad de concretar en la norma los criterios de graduación de la sanción, de modo que la autoridad de aplicación adoptará la sanción más proporcionada. Asimismo, la proporcionalidad obliga al legislador a elegir la carga punitiva más adecuada al fin que se persigue, enfocada a proteger los bienes o intereses que garantiza el Derecho.

⁹ QUIRÓS LOBO, José María, Comares, Granada, 1996, p. 39.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª ed. arg., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 180.

Con relación a la Administración, este principio de proporcionalidad le impone la elección del castigo menos restrictivo e implica por encima de cualquier otra consideración, un límite a la actividad discrecional de la Administración, ya que al igual que el juez penal, ésta debe elegir entre las sanciones posibles la más proporcionada a la conducta antijurídica verificada.

Estas cuestiones nos plantean un tema crucial, cual es determinar si la potestad disciplinaria es reglada o discrecional. Como sabemos, en la actividad reglada no cabe margen de interpretación subjetivo para la Administración; en ella todos los elementos del acto vienen predeterminados por la norma. En la actividad discrecional, en cambio, se le concede la libertad de elección entre varias soluciones posibles, todas igualmente legítimas¹¹.

El tema merece el análisis desde diversos aspectos de la potestad sancionatoria de la administración, ya que no aparece una solución única para dar respuesta a la hipótesis formulada.

En efecto, en primer lugar y siguiendo a García Pullés, debemos preguntarnos si la Administración puede discrecionalmente sancionar o no una conducta constitutiva de una falta; y la conclusión es que tratándose de una potestad, la sancionatoria disciplinaria, es de su naturaleza que la Administración deba cumplir con la misma. Conforme se ha expresado anteriormente, es una potestad-función, cuyo ejercicio no puede soslayar la autoridad administrativa que lo ejerce.

Desde este ángulo, no podemos sostener la naturaleza discrecional de la potestad disciplinaria¹², lo contrario sería permitirle no cumplir con la ley. En la Ley Marco especialmente imponen tal deber los artículos 31, 32 y 33.

Otro supuesto obliga a pronunciarse acerca de la naturaleza reglada o discrecional de la actividad sancionadora de la Administración. En este sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que no es jurídicamente admisible imponer otra sanción a una determinada conducta que la establecida por la ley. Beltrán Gambier opina que la discrecionalidad puede caber en las sanciones de apercibimiento o sus-

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit.

¹² GARCÍA PULLÉS, ob. cit., ps. 324 y ss.

pensión, no así en otras infracciones para las que se prevén medidas expulsivas respecto de las cuales debe aplicarse el principio de correspondencia normativa entre infracción y sanción¹³.

En punto a la determinación de la gravedad o importancia de las sanciones como el apercibimiento y la suspensión, la administración cuenta con un cierto margen de discrecionalidad que le otorga el artículo 31 de la Ley Marco, siempre respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Finalmente, ¿puede la administración discrecionalmente perdonar al infractor y suprimir la sanción? La respuesta es afirmativa, y tiene sustento en la facultad del Poder Ejecutivo de indultar o conmutar las penas, facultad que ejercerá el Presidente de la Nación y cuya aplicación se hace extensiva también a las faltas o infracciones disciplinarias, pero que sólo con una disposición legal expresa podría atribuírsele a las autoridades administrativas inferiores a él.

Merece a esta altura consignar la opinión de otros autores que, como Suay Rincón¹⁴, sostienen que la potestad disciplinaria no parece una potestad reglada, aun cuando la ley recoja el principio de proporcionalidad y se establezcan criterios para graduar las sanciones, la existencia de cierto margen de apreciación por parte de la Administración es difícilmente controvertible. Por otro lado, tampoco parece una potestad discrecional, pues si aceptamos la vigencia del principio de proporcionalidad, resulta difícil su aceptación. Entonces, si no es ni una cosa ni la otra, ¿qué es la potestad disciplinaria? Este autor concluye que se trata de una potestad discrecional de tipo jurisdiccional, circunstancia que pone de relieve sus diferencias con relación al resto de los actos administrativos¹⁵.

En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia afirman que la proporcionalidad sirve para modular las sanciones en razón del bien jurídico protegido, y a la necesaria equidad que inspira la materia

¹³ BELTRÁN GAMBIER, *La potestad sancionatoria de la Administración en materia disciplinaria. Actividad reglada o discrecional*, en 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación (1863-1993).

¹⁴ LORENZO DE VEGA JAIME, Susana, *Sanciones administrativas*, con prólogo de García de Enterría, Montevideo, 1996, p. 105.

¹⁵ SUAY RINCÓN, ob. cit., ps. 103 a 105.

sancionatoria, impidiendo la libérrima discrecionalidad de la Administración para elegir el castigo a imponer¹⁶.

4. *Principio de culpabilidad*

Este principio supone la imputación y dolo o culpa en la acción u omisión sancionable. Basta esta remisión general a los principios del Derecho Penal al derecho sancionador y especialmente al disciplinario administrativo.

5. *Derecho a la presunción de inocencia*

Este derecho de consagración constitucional, base del sistema general de libertad, es de necesaria aplicación extensiva al Derecho disciplinario, ya que no puede entenderse reducido al estrecho campo del Derecho Penal. Este derecho constitucional de inocencia de rango fundamental implica que sólo sobre las pruebas cumplidas podrá sancionarse. En este caso, es la propia Administración quien tendrá la carga de probar la caída de tal presunción, ya que no puede imaginarse la imposición a alguien de la obligación de probar su inocencia. De este modo, la sanción habrá de apoyarse en una actividad probatoria de cargo o de demostración de la realidad de la infracción que se reprime, sin la cual la represión es impensable¹⁷.

6. *Derecho de defensa*

Son de aplicación estricta en el procedimiento disciplinario los principios que informan todo procedimiento administrativo expresamente consagrados en la ley 19.549 y que hacen a la debida y más plena garantía para los funcionarios sometidos a él. Así lo ha consagrado el artículo 29 de la Ley Marco, que expresa: “El personal comprendido en el ámbito de aplicación del presente régimen tiene derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo en los términos del artículo 1º, inciso f, de la ley 19.549, o la que la sustituya”.

Esta garantía involucra el derecho de formular sus descargos y

¹⁶ TRAYTER, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 272.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, ob. cit., ps. 181/182.

defensas, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a conocer la acusación, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho de abstenerse a declarar contra sí mismo, a ofrecer, producir y controlar su prueba, y a obtener una resolución fundada. Vale aclarar que tales derechos fundamentales deben respetarse aun cuando no medie sumario como procedimiento previo a la aplicación de la sanción.

Es dable remarcar que se incluye en el derecho de defensa el de pedir vista de las actuaciones, que involucra también el de obtener copia de las mismas. En lo atinente a la resolución fundada, diremos que debe ser suficientemente fundada, valorando todas y cada una de las pruebas producidas. No se cumple con el deber de respetar el derecho de defensa del imputado si luego de ofrecidas y producidas las mismas no son objeto de ponderación por el instructor en su caso, y por la autoridad competente para resolver la sanción.

Atañe a este derecho de defensa el derecho a recurrir la resolución sancionatoria con fundamento en la tutela administrativa efectiva, y por la vía impugnativa recursiva, sin perjuicio de la posterior tutela judicial.

7. Prescripción

Cuando la Administración no ejercita la potestad disciplinaria que le es propia para descubrir y sancionar las conductas irregulares de sus funcionarios, se produce la prescripción como una de las causas de extinción de la responsabilidad disciplinaria de los agentes públicos. La prescripción supone el transcurso de un plazo determinado tras la comisión de una falta sin que ésta haya sido investigada y en su caso sancionada.

Generalmente, ese plazo de prescripción para la aplicación de sanciones se comienza a contar desde el momento en el cual la Administración toma efectivo conocimiento del hecho.

Por otra parte se interrumpe el mencionado plazo, con la iniciación del respectivo sumario, y se operará la suspensión del plazo de prescripción con el inicio de la información sumaria. Así lo prevé la Ley Marco del Régimen de Empleo Público, y en igual sentido la ley 9755 de Entre Ríos en el artículo 69.

8. *Retroactividad de la ley más benigna*

Surge este principio de la cuestión que plantea la aplicación temporal de las normas, vale decir, la irretroactividad de la norma disciplinaria no favorable y correlativamente la retroactividad de la más benigna.

El tema surge a raíz de lo dispuesto por el artículo 3° del Código Civil, que establece que las normas no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario, y la retroactividad establecida por ley no podrá en ningún caso afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

En base a esta disposición de la teoría general del Derecho, una norma podría prever su carácter retroactivo, lo que constituye una excepción a un principio de alcance general.

Se da en el supuesto de que una ley posterior a la vigente al tiempo de la comisión de un delito o falta, en nuestro caso, establezca para el mismo hecho una pena menor. En esta situación, será de aplicación la norma posterior y no la vigente a la fecha de la infracción.

La regla, como sabemos, indica que el momento de la infracción determina la ley aplicable, salvo que la voluntad del legislador se oriente hacia la aplicación de la ley más leve, lo que deberá establecer expresamente.

En suma, el llamado principio de la benignidad que rige en el Derecho Penal y en virtud del cual se establece con carácter general la ley más benigna, no es extensible como regla, y menos aún como principio a las sanciones administrativas. Sólo como consecuencia de una norma de expresa vigencia retroactiva puede aceptarse la excepción a la regla que establece la contemporaneidad entre norma sancionatoria y hecho ilícito¹⁸.

En la regulación entrerriana se consagra de modo explícito este principio, en el artículo 64, inciso d. Por lo tanto, cumple con el requisito de establecer la excepción en orden a la aplicación temporal de las leyes, en forma expresa por ley.

¹⁸ LORENZO DE VEGA JAIME, *Sanciones...* cit.

IV. Conclusión

La potestad punitiva en cualquier ámbito, ateniéndonos a una aplicación estricta de la teoría de la división de los poderes, correspondería exclusivamente a los jueces y tribunales. Por ello, la atribución de una potestad sancionadora a la Administración Pública, por motivos de eficacia o por otros motivos, no puede suponer en ningún caso, la merma de las garantías que operan en el campo jurisdiccional. De este modo es que nuestros tribunales han recogido y explicitado reiteradamente que los principios del Derecho Penal son de aplicación al Derecho disciplinario, ya que operarían como Derecho común.

Sin embargo, aún queda camino por andar, principios cuya aplicación ha de pulirse como el de reserva de ley, la vigencia y alcance del principio *non bis in idem*, las garantías del imputado, la subordinación a la autoridad judicial, conforman aspectos necesitados de un esfuerzo doctrinal y jurisprudencial que haga realidad su aplicación plena al Derecho disciplinario¹⁹.

Con este trabajo sólo he pretendido esbozar un panorama general de la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del Derecho disciplinario, su relación con el Derecho Penal y en particular a la utilización en el ámbito administrativo de los principios de aquél.

¹⁹ CASTELLANO BLANCO, Federico, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992.

LA REFORMA PROCESAL PENAL SANTAFESINA. PRESENTE Y FUTURO

por DANIEL ERBETTA

SUMARIO: I. De dónde venimos. II. Dónde estamos. III. Hacia dónde vamos. IV. El futuro. V. ¿Por qué cambiar? VI. ¿Qué cambiar? VII. Los riesgos y desafíos. VIII. ¿Para qué cambiar?

Resumen

Dado que el proceso de reforma en nuestra provincia ha transitado un camino bastante largo y sinuoso, me voy a permitir intentar una breve reseña histórica porque siempre es bueno revalorizar la dimensión histórica de cualquier fenómeno, saber de dónde venimos para comprender mejor dónde estamos y qué podemos proyectar.

Abstract

Given that the reform process in our province has come a long and winding road, I will try to make a brief historical summary since it's always positive to revalue the historical dimension of any phenomenon, to know where we come from in order to better understand where we are and what we can project.

I. De dónde venimos

Hasta hace apenas unos años hablar de proceso penal en nuestra provincia resultaba algo sumamente problemático, cuando menos si se pretendía hablar de un proceso penal que garantizara un umbral aceptable de rendimiento y –más importante aún– que respondiera a estándares constitucionales mínimos.

En el año 1985, en oportunidad del Congreso Provincial de Derecho

Procesal, realizado en la ciudad de San Lorenzo, sostuve –de modo extremo con la intención de ser gráfico– que la totalidad de las condenas dictadas en nuestra provincia, desde la sanción de la Constitución Nacional, eran nulas por violación de la esencial garantía del debido proceso.

Antes de ello, en 1984, integrando una comisión de reforma parcial al régimen de excarcelación provincial, advertíamos sobre la necesidad de pensar una substitución medular de la estructura procesal penal santafesina mediante la sanción de un nuevo Código en base a un procedimiento de citación directa a juicio que reemplazase la prevención policial y la instrucción judicial; un juez de las garantías; un juicio oral público, contradictorio y continuo con recepción en su debate de la única prueba válida para sustentar una sentencia. En cualquier caso, y en lo puntual de la reforma parcial encomendada, ya habíamos reparado en que el problema crucial lo constituía el viejo y renovado problema de la existencia de un sistema penal cautelar; es decir, de la histórica perversión consistente en la utilización de una pena constitucionalmente prohibida: la prisión preventiva.

Pasó el tiempo y en la década de los '90, mientras los aires de transformación soplaban en todo el interior del país procurando abandonar los sistemas mixtos de marcadas características inquisitivas, en nuestra provincia –una vez más– se frustraban los mejores intentos y se dejaba de lado el excelente Anteproyecto de Reforma elaborado por Jorge Vázquez Rossi, Ramón Teodoro Ríos, Víctor Corvalán y Julio de Olazábal (1992).

Como si fuera poco, en el año 2004 se sancionaba en la provincia una reforma parcial (ley 12.162) que volvía a desaprovechar la oportunidad e introducía modificaciones de difícil caracterización y confusa fuente ideológica.

¿Qué pasó en una provincia que, paradójicamente, fue señera en materia constitucional, cuna de una Constitución progresista a mitad del siglo XIX y de la trascendente reforma a fines del siglo XX, para que durante tantos años y hasta el presente, la mayoría de los sectores políticos, los sectores profesionales y de la magistratura no se escandalizaran frente a un sistema de justicia penal escrito, secreto, donde la instrucción se tragó al juicio, la prisión preventiva a la pena, la delegación funcional se convirtió en regla, la investigación y la opor-

tunidad subterránea en un dominio policial, el juicio en un recurso de revisión, el fiscal en contestador aséptico de vistas y los jueces en una parte interesada que además podían intervenir más de una vez en la misma causa, adoptando casi esquizofrénicamente una postura ocultativa de su desempeño anterior?

Las razones pueden ser muy diversas pero, como he dicho al comienzo, siempre es bueno revalorizar la dimensión histórica de cualquier fenómeno porque debemos saber de dónde venimos. Y lo cierto es que cualesquiera fuesen esas razones, la historia del proceso de reforma, sus idas y vueltas, nos permite advertir sobre la fuerte cultura inquisitiva que ha marcado y todavía marca el funcionamiento de nuestro sistema procesal penal.

Pasaron muchos años para que finalmente se tomase la decisión política de iniciar de manera firme el proceso de transformación radical, el que de alguna manera comenzó a concretarse precipitadamente probablemente por la incidencia de diversos pronunciamientos de la CSJN¹, que aceleraron el proceso de cambio en el marco del llamado Plan Estratégico del Estado Provincial para la Justicia santafesina (2006) y que culminó en la sanción de la ley 12.734; plan estratégico que contó con la participación de la Corte Suprema de Justicia provincial, las Facultades de Derecho, los Colegios profesionales, de magistrados, de abogados, procuradores y de otros actores políticos e institucionales, y que sólo debió lamentar la ausencia del Colegio de Abogados de Rosario, lo que privó a las distintas comisiones del sin duda valioso aporte de tan prestigiosa institución.

Y vale señalar que más allá de los factores o motivaciones que puedan haber acelerado este proceso, debemos objetivamente valorar aquella decisión política de impulsar el cambio así como el compromiso de los distintos actores de la academia, la magistratura, la abogacía y la política, y también debemos valorar la actual decisión política de continuar sostenidamente la etapa más problemática de la transformación como es la de completar el escenario normativo y avanzar en la implementación total del nuevo sistema.

¹ Esos precedentes jurisprudenciales ponen de resalto la importancia de las decisiones jurisdiccionales en la configuración de parte de la política criminal, esto es, la llamada por Hassemer, política criminal en lo pequeño.

Y cabe también destacar, para evitar confusiones, que como sabemos todos los que, de un modo u otro, fuimos protagonistas y testigos de este dificultoso camino, la historia de la resistencia al cambio no fue patrimonio exclusivo de los jueces o de los abogados o de algún partido político.

Hubo resistencia en todos los sectores: jueces, abogados, policía, legisladores y políticos de distintos partidos y hubo indiferencia y falta de compromiso de muchos otros.

Sólo esto explica que nuestra provincia fuera la última provincia argentina en formalizar la reforma procesal penal.

II. Dónde estamos

Se sancionó el nuevo Código Procesal Penal (ley 12.734), cuyas características, con matices que pueden compartirse o rechazarse, son las propias de un sistema adversarial y acusatorio.

Sin embargo, la magnitud del cambio demanda tiempo, mucho compromiso y responsabilidad institucional.

Toda reforma presupone problemas de diseño y fundamentalmente problemas de implementación.

El presente nos encuentra con los modelos normativos sancionados, no sólo el modelo de investigación y enjuiciamiento sino también la estructura y organización de los órganos de la acusación y la defensa, la ley orgánica y la de transición de un sistema a otro.

Pero los programas, por excelentes que sean, no se autorrealizan. Una reforma normativa es un pedazo de papel y los papeles no cambian la realidad por su sola vigencia. Por tanto, superado el nivel de diseño normativo y la elección valorativa de los puntos de partida, toca ahora lo más difícil: la implementación, la aceptación y la adaptación al cambio.

Y en ese camino la decisión política ha sido la de la implementación progresiva por materia que nos enfrenta a un texto normativo que mantiene vigente en gran medida la estructura del viejo Código y que incorpora principios, institutos y categorías propias del paradigma acusatorio.

Básicamente la ley de implementación *puso inmediatamente en vigencia en toda la provincia*:

- Las normas fundamentales que hacen a la constitucionalización del proceso.
- Los derechos del imputado y la defensa y una nueva regulación de la libertad durante el proceso y el encarcelamiento preventivo (cese y alternativas).
- Los criterios de oportunidad reglados (disponibilidad de la acción por el fiscal [siete supuestos]) y un sistema de probation amplia.
- Los derechos de la víctima y la figura del querellante.
- El juicio oral optativo (ya vigente) y obligatorio (art. 5 d, de la ley de implementación).
- El procedimiento o trámite abreviado.
- La acción civil y un proceso monitorio.

Al sancionarse esta ley sostuvimos que la implementación progresiva por materias suponía la difícil convivencia, en un mismo estatuto normativo, de disposiciones que tenían diverso origen e inspiración ideológica, y que por ello, en esta etapa, el gran desafío consistía en acompañar, desde los principios constitucionales, una interpretación que permitiera una aplicación armónica del sistema normativo vigente, pero también, como parte del presente, que posibilitara asumir la oportunidad inmejorable para desarrollar un entrenamiento adecuado, potenciando la disponibilidad de la acción mediante la aplicación de criterios de oportunidad, abandonando viejos criterios peligrosistas que han dominado la interpretación legal de las normas de la coerción personal, favoreciendo la descongestión mediante una amplia aplicación de la probation y, especialmente, procurando implementar, en la medida de lo posible, la oralidad en el trámite y audiencias, cuando menos en aquellos procesos con personas privadas de la libertad.

Creo que es posible y materialmente sostenible implementar la oralidad en audiencias de prisión preventiva, oportunidad o constitución de querellante.

Creo que es posible potenciar el uso de los criterios de oportunidad. Claro que, para un fiscal, es mucho más cómodo y sencillo formular

un requerimiento de instrucción, pero si no comienzan a entrenarse en esta práctica difícilmente puedan trabajar cuando esté vigente plenamente el nuevo sistema.

Creo que es posible cambiar la cultura interpretativa dominante en materia de coerción. Es insostenible, ahora incluso a nivel de ley, que el monto abstracto de la pena sea casi una presunción *iuris et de iure* o que resulte tan problemático otorgar sustitutivas a la prisión preventiva. Éste es un problema grave: tenemos un sistema penal precondenatorio donde la pena no está al final, después del juicio, sino al principio frente a la sospecha y como aseguramiento o neutralización física.

Es probable que aun en las actuales condiciones podamos avanzar un poco más porque la implementación nos permite no sólo mentalmente sino ya en la operatividad concreta animarnos a abandonar las prácticas y ataduras del pasado.

III. Hacia dónde vamos

La ley 12.734 implica un cambio de paradigma que podría caracterizarse por la separación funcional propia del acusatorio, con restablecimiento de la igualdad de partes e imparcialidad del juzgador; la reformulación de los criterios de persecución penal y de la investigación penal; la implementación de un sistema por audiencias, y el establecimiento de la tutela efectiva para la víctima.

La separación del juez y la acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo acusatorio y, además, una condición esencial de la imparcialidad del juez y un presupuesto de la carga de la imputación y la prueba en cabeza de la acusación.

En el inquisitivo el juez debe investigar la verdad y probarla: las partes son auxiliares de la justicia. En el acusatorio y por efecto de la separación funcional el juez tiene prohibido buscar la verdad; el juez debe exigir al fiscal que le plantee y demuestre la verdad porque el juez no es gestor de intereses ajenos, ni propios.

Respecto a la reformulación de la investigación penal y los nuevos criterios de persecución, basta tener presente que en el sistema inquisitivo todos los delitos deben perseguirse y castigarse. Desde ya que este “deber ser” no tiene correspondencia alguna en el plano operativo.

Allí es fácil comprobar la enorme brecha existente entre la criminalización primaria y la secundaria y, como consecuencia de ello y otros factores, el superlativo nivel de selectividad del sistema, así como la existencia de criterios de oportunidad subterráneos e informales y un alarmante número de prescripciones.

Asimismo en ese sistema la etapa de instrucción era la más importante del proceso, totalmente burocratizada y, cuando menos hasta el caso “Benítez” de la CSJN, la actuación policial resultaba decisiva porque sus constancias podían fundar una condena.

En el nuevo Código se procura que la investigación a cargo del actor sea controlada por un juez de la Constitución que no está involucrado en ella y que sea preparatoria porque lo importante es el juicio penal.

En ese marco la reforma adjudica a los fiscales la responsabilidad de llevar adelante la investigación preparatoria y de dirigir a la policía en el desarrollo de las investigaciones, conducir la investigación, coleccionar pruebas, formular los cargos contra los acusados y representar a la sociedad en los juicios orales.

Pero también, a diferencia del sistema anterior donde supuestamente todo debía investigarse y castigarse, le entrega facultades para derivar casos hacia nuevas alternativas de solución de conflictos, basados en la reparación, el acuerdo, la pena natural, la insignificancia, entre otros.

Hay dos áreas que a modo de ejemplo dan cuenta de cuán crucial resulta el Ministerio Público para el nuevo sistema.

En primer término, es una institución clave para desformalizar la etapa de investigación criminal. El expediente como fuente formal de la instrucción debe desaparecer y la responsabilidad del ministerio de la acusación en este punto es central.

En segundo término, la actuación del Ministerio Público es fundamental para el diseño de una política de control de la carga del trabajo que posibilite a la institución funcionar dentro de los parámetros de eficiencia y calidad óptimos.

Por otra parte, los fiscales deben comprender que la facultad de investigar es muy importante pero también hay otras funciones importantes como las propias de la oportunidad o, por ejemplo, en los

delitos sexuales la contención y colaboración de la víctima que, además, es decisiva para sostener el caso.

Los fiscales ocupan un rol decisivo, pero para ello es necesario que tengan un adecuado diseño operativo y básicamente que comprendan que la función en el nuevo modelo es sustancialmente distinta a la del juez de instrucción. Los fiscales van a tener que decidir, y esto no es algo natural; por ejemplo, los jueces de instrucción no necesitan decidir sino al final, pero los fiscales van a tener que decidir probablemente el sesenta por ciento de los casos el primer día o no van a poder trabajar. Además van a tener que litigar, y esto es algo extraño al viejo sistema. En la lógica del acusatorio el fiscal es un litigante y debe argumentar y convencer al tribunal.

En orden a la implementación de un sistema de enjuiciamiento por audiencias, vale destacar que el sistema anterior se basaba en una regla de debate escrito que tiene como eje el expediente.

El nuevo Código se estructura a partir de la realización de audiencias públicas, orales y contradictorias como contexto para la toma de las decisiones más relevantes en el proceso penal.

La mecánica prevista apunta a desarrollar debates orales signados por el sistema adversarial y acusatorio, lo que supone poner en las partes la exclusividad de la iniciativa respecto a todas las cuestiones y poner al juez en un lugar absoluto de neutralidad e imparcialidad para resolverlas.

Los planteos sobre medidas cautelares, probation, negociaciones para evitar el juicio y otros acuerdos probatorios, audiencia intermedia previa al juicio así como el juicio, deben ser ventilados en forma oral y pública ante un tribunal unipersonal o colegiado.

Este sistema de audiencias reemplaza al sistema de expedientes judiciales y demanda de los litigantes un adecuado entrenamiento para la preparación del caso y la presentación oral y pública de los hechos y argumentos.

Una audiencia supone una petición, una eventual oposición a la petición y un tribunal que resuelve. Obviamente no hay espacio alguno para la delegación de funciones.

No hay expediente sino un sistema de registro compatible con la

oralidad, porque la oralidad supone que el juez tome contacto en el momento de la audiencia con las peticiones y argumentos, que evite todo contacto previo con elemento de convicción alguno. El juez recibe la información del caso en el momento que las partes se lo presentan, no hay papeles a los que recurrir para tomar la decisión ni las partes tienen papeles para argumentar. Cada parte tiene su legajo o carpeta del mismo modo que un abogado tiene en su estudio jurídico carpetas de los casos que atiende. Pero esos papeles no pueden servir de prueba porque sólo hablamos de prueba cuando referimos a hechos presentados ante el tribunal en el marco de una audiencia pública y contradictoria.

Precisamente la cultura inquisitiva es la cultura del trámite: está ahí, entre los papeles. Por ello la oficina de gestión judicial, y especialmente los actores del proceso, deben procurar romper esa cultura y rescatar la audiencia.

Como puede verse, la oralidad se concibe como una regla que privilegia el acto, a diferencia de la escritura que privilegia el acta y se devora el acto. Internamente la oralidad favorece la concentración, inmediatez e identidad del juzgador y externamente la transparencia, publicidad y control de los actos de gobierno que son principios del sistema republicano, porque cuando sólo se conoce la sentencia sin entenderse nada de lo que la precede, la función jurisdiccional es concebida como la exteriorización de un tremendo y misterioso poder.

IV. El futuro

El futuro depende de nosotros mismos. Está lleno de dudas, incertidumbres, riesgos, aunque éste no se trata de un barco a la deriva. Por ello también está lleno de esperanzas.

Es cierto que el camino hacia la implementación total y definitiva no es sencillo. Requiere tomar conciencia cabal de por qué cambiar, qué cambiar y para qué cambiar.

V. ¿Por qué cambiar?

Porque no hay alternativas. Debemos constitucionalizar el proceso a la luz de las exigencias constitucionales de 1853 (juicio por jurados,

principio republicano y modelo acusatorio del juicio político) y del bloque de constitucionalidad introducido por la reforma de 1994, la jurisprudencia internacional y nacional.

En este último sentido, basta recordar que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que dieron entidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos contienen expresas referencias al Derecho Penal en sentido amplio (de fondo y forma), cuya positivización a la par de controles jurisdiccionales internacionales obliga a nuestro país, en tanto a partir de 1994, y especialmente por la posterior jurisprudencia de la CSJN, quedó zanjada cualquier duda generada por la teoría del doble Derecho, según la cual el Derecho Internacional obligaba a los Estados pero no era parte del Derecho interno.

VI. ¿Qué cambiar?

Nos equivocamos si pensamos que se trata sólo de cambiar una ley, de cambiar un pedazo de papel. Los papeles no cambian la realidad por su sola vigencia.

Y la realidad nos muestra un sistema penal altamente selectivo, que funciona cautelarmente, donde casi no se cumple pena formal, con una cifra negra superior al 70%, con una actividad de los operadores cuasi secreta y escrita y un proceso donde la policía sigue ocupando un rol protagónico y los fiscales uno totalmente pasivo.

La reforma debe contribuir, en la medida de sus posibilidades, a cambiar ese dramático inventario.

Para ello es necesaria una importante inversión presupuestaria, en tanto el cambio estructural no se satisface con una simple variante o readaptación funcional.

Pero fundamentalmente es necesario cambiar un modelo y una práctica organizacional, operativa y de gestión: un verdadero cambio cultural.

Demanda por ello de los operadores un fuerte compromiso y responsabilidad institucional.

Un compromiso ideológico que supone la necesidad de internalizar un esquema mental que privilegia un modelo constitucional y garantista

del proceso penal. Un compromiso ético porque las bondades del nuevo programa demandan una profunda capacitación y un cambio de actitud.

Basta reparar que, en general, los organismos y asociaciones que han trabajado y monitoreado los procesos de cambio generados en toda América Latina desde la década del noventa y aun antes, nos advierten que en gran medida las causas de los fracasos o dificultades en muchos de esos procesos se constituye por la falta de debida capacitación, entendida ésta en sentido amplio, de los operadores del nuevo modelo.

La capacitación en los principios y reglas de juego, la capacitación en las técnicas operativas y de litigación y un cambio radical del modo de actuación de los fiscales, defensores y jueces, que tiene que ver con nuevas formas de organizarnos y gestionar.

Debemos matar el conocimiento anterior porque el peor error que podemos cometer es trasladar nuestra práctica inquisitiva a un modelo adversarial y acusatorio.

Pero la capacitación en lo procesal y en el nuevo diseño operativo no nos puede hacer perder de vista que el proceso es el escenario básico de configuración del Derecho Penal y ello obliga a transitar un camino de integración que ahora será más notorio y evidente porque fiscales, abogados y jueces pasarán de dar “misa en latín” y de espaldas a la gente a una “liturgia” en castellano y de frente a la sociedad.

Siempre he sostenido que el mejor criterio de oportunidad es conocer la estructura global del ordenamiento jurídico, los principios y las reglas del área específica, saber manejar las categorías de un sistema de imputación y conocer la estructura particular de los delitos. Como siempre enseñó Binder: cuanto más Derecho sepa, más fácil será la construcción del caso y más amplia la posibilidad de asegurar la toma de decisiones y de desempeñar con libertad el rol que corresponda (pensemos que, por ejemplo, en el nuevo sistema los fiscales, a diferencia de lo que ocurre con los jueces de instrucción, deberán decidir probablemente un alto porcentaje de casos en el primer día y van a tener que hacerse cargo de las consecuencias políticas de sus decisiones).

El conocimiento facilita la actividad, da seguridad, hace previsibles

las decisiones y funciona como importante elemento de descarga procesal, pero también favorece la actividad de investigación porque, en muchos casos, si no conozco la estructura típica del delito difícilmente pueda disponer de los medios conducentes a su comprobación. Jiménez de Asúa hablaba de la función procesal de la tipicidad y más recientemente Bacigalupo ha postulado la necesidad de extremar las exigencias procesales para la selección judicial *in limine* de las denuncias y querellas ante la comprobación de que un alto porcentaje de casos judicializados en España, tal como ocurre entre nosotros, son de antemano atípicos.

VII. Los riesgos y desafíos

Este compromiso y responsabilidad hay que asumirlos porque el presente y el futuro nos enfrentarán cada vez más a numerosos desafíos y también a muchos riesgos que debemos evitar.

La experiencia de otras regiones y de otros países nos anticipa algunos de los obstáculos que seguramente debemos proponernos superar, porque existen muchos riesgos de deformación sobre los que debemos estar alertas; porque debe quedar en evidencia que nada habremos avanzado si nos limitamos a cambiar la etiqueta pero no sustituimos el contenido.

Allí están el riesgo de que nos quedemos con una legislación formalmente acusatoria y una práctica que no cambie nada, y de que el acusatorio se conforme con una formal desconcentración funcional entre juez y fiscal.

El riesgo de que los fiscales queden tentados por la comodidad de reproducir la forma de trabajo de los juzgados de instrucción; el riesgo de que la policía dependiente del Ejecutivo siga siendo dueña de la investigación y los fiscales sus auxiliares.

El riesgo de que los jueces no puedan dejar su dependencia del expediente para la toma de decisiones y conviertan a la oralidad en una actividad marginal y para la tribuna.

La oralidad y el sistema por audiencias requiere una adecuada gestión y aquí aparece un cambio organizativo básico con las oficinas de gestión judicial.

Si programamos las audiencias con la metodología del juicio escrito (notificamos a las partes y después esperamos), estamos mal. Otra advertencia tiene que ver con evitar que la oralidad se convierta en una actividad marginal y con lograr una adecuada metodología de la oralidad, es decir, la oralidad debe ser una metodología eficiente para la toma de decisiones, debe ofrecer una alternativa tan confiable como el expediente, sin duda la oralidad es muchísimo más efectiva para mostrar la realidad que el expediente. También hay que evitar que, de una u otra forma, los jueces vuelvan al expediente y la oralidad sea sólo una *mise en scène* para la tribuna.

El riesgo de que se mantenga un excesivo formalismo y burocratización donde la etapa preparatoria siga apoderándose del proceso y el juicio siga siendo algo extraordinario.

El riesgo de que se abuse de la negociación y el abreviado y se convierta en una extorsión contra algunos seleccionados: cuidado con el abreviado, no vaya a ser que bajo el pretexto de una supuesta y discutible eficacia terminemos *perdiendo el juicio*.

El riesgo de mantener niveles inaceptables de prisión preventiva que ya han sido condenados por la CSJN.

Y finalmente, el riesgo de que no podamos garantizar una defensa pública fuerte y responsable, porque una condición obligada del acusatorio es la igualdad de armas; el acusatorio supone el contradictorio entre dos partes que tienen que tener el correlato indispensable de la igualdad de armas, porque acusatorio sin igualdad de armas es un despropósito.

Es que el fortalecimiento de la defensa pública y su equiparación en recursos y poderes con el Ministerio Público de la acusación es indispensable. Esa paridad es el legado de la tradición iluminista que nos recuerda permanentemente Ferrajoli con las enseñanzas de Pagano y Filanghieri: el interés en la defensa de los ciudadanos no es menos público que el interés de perseguir a los culpables.

Venimos de un sistema de casi nula legitimidad constitucional, lento, burocrático, ineficaz; pretendemos un sistema de investigación y enjuiciamiento según la Constitución y, además, rápido y eficiente.

Pero tengamos cuidado porque ninguna reforma judicial es neutra

y, en esa perspectiva, la eficiencia también tiene que ver con los valores. Algunas referencias internacionales ponen a la eficiencia como un ente a alcanzar, para lo que se hace *fe* de las estructuras propias de las ciencias de la administración (se utiliza la lógica empresaria en la organización del trabajo, que implica capacitación del personal, flexibilización laboral, incentivos según patrones de productividad, etc.), donde el éxito consiste en sancionar a la mayor cantidad de infractores con el menor costo y tiempo posibles.

El modelo santafesino no puede prescindir de su propia realidad y la realidad es que los pobres siguen siendo las víctimas predilectas del sistema penal, también de la violencia, la delincuencia y de la limitación de ciudadanía.

Entiendo que es importante maximizar los recursos disponibles para lograr el mejor resultado posible, pero el sistema de justicia criminal no puede ser visto, como ha dicho Zaffaroni, como una empresa que fabrica productos, dedicándose a analizar cómo producir a mayor velocidad y con mejor calidad, sin preguntarse qué estamos haciendo, para que no nos suceda lo mismo que aquel famoso guillotinator que todas las mañanas limpiaba la cuchilla para no ensuciar a la víctima.

No se puede perder de vista que tenemos un sistema penal cautelar, que detiene primero e investiga después, que funciona con un alarmante nivel de selectividad, tanto que nuestros jueces a pesar de la fuerte vocación iuspenalista de nuestros legisladores y el fenómeno de expansión y banalización de la legislación penal, apenas manejan un par de docenas de delitos.

Por ello: cuidado con la eficacia, no vaya a ser que terminemos identificando eficacia y calidad con obtención de condenas o soluciones diversas –siempre restrictivas por cierto– sin comprobación de delitos y así usemos un lujoso crucero para potenciar las inequidades.

VIII. ¿Para qué cambiar?

En lo institucional, para dar un salto cualitativo en la democratización y modernización del Estado en uno de sus poderes (administración de justicia).

En lo operativo, para contribuir a cambiar aquel dramático inventario y proporcionar un servicio de justicia eficaz y que le sirva a la gente.

La eficacia es ganar transparencia en la actividad judicial, publicidad y confianza en el servicio de justicia penal, dar respuesta para evitar la impunidad, proteger a las víctimas, preservar las garantías y reducir la repugnante selectividad del sistema.

En el bicentenario, tanto como en 1810 y en 1910, el proyecto de darnos una nación demanda de una reforma estatal democrática y popular en todos sus ámbitos. En nuestra provincia tenemos la oportunidad de ser actores y protagonistas de esta histórica transformación institucional para recuperar la mayor transparencia en la actividad jurisdiccional, la publicidad y la confianza en el servicio de justicia.

Tenemos la oportunidad para concretar un importante proyecto político por la democratización y transparencia de la justicia penal santafesina.

Como dije al comienzo, sólo de nosotros depende.

LOS BIOCOMBUSTIBLES: SU REGULACIÓN EN ARGENTINA. EFECTOS EN EL DESARROLLO RURAL

por **LUIS A. FACCIANO, ADRIANA B. TRIPELLI**
y **ANA CLARA MORESCO***

SUMARIO: I. Introducción. II. El auge de la promoción de biocombustibles en el siglo XXI. III. Biocombustibles y desarrollo sustentable. IV. Promoción de los biocombustibles en la República Argentina. Marco jurídico. 1. Decreto 1396/2001. 2. Ley 26.093 y decreto 109/2007. V. Marco jurídico provincial santafesino sobre biocombustibles. 1. Ley 12.503. 2. Leyes 12.631 y 12.632. VI. Efectos del paquete normativo nacional y provincial de promoción de biocombustibles en la Provincia de Santa Fe. VII. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Es necesario poner en su justo término la ecuación “alimentos/biocombustibles”, resaltando la necesidad de una justa regulación. Es necesario superar la utilización de los biocombustibles como mera herramienta de crecimiento económico para que sea un instrumento de desarrollo rural, a través de políticas superadoras que se traduzcan en normas que permitan apuntalar un verdadero desarrollo rural sustentable en la región.

* **LUIS A. FACCIANO**, Especialista en Derecho Agrario, Prof. titular de Derecho Agrario Cátedra “A” y de Derecho Ambiental Cátedra “A”, Facultad de Derecho de la UNR; **ADRIANA B. TRIPELLI**, Mag. y Dra. en Derecho, Prof. adjunta de Derecho Internacional Público Cátedra “A” y de Derecho Ambiental Cátedra “A”, Facultad de Derecho de la UNR; **ANA CLARA MORESCO**, adscripta de la Cátedra “A” de Derecho Agrario, Facultad de Derecho de la UNR. El presente artículo fue elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER105 acreditado en la Facultad de Derecho de la UNR, años 2008-2009.

Abstract

It is necessary to complete the equation “food/biofuel”, highlighting the need for fair regulation. It is necessary to overcome the use of biofuel as a mere tool of economic growth and to make it become an instrument of rural development, through policies that translate into laws that allow to prop up a truly sustainable rural development in the region.

I. Introducción

Los combustibles, principalmente los de origen fósil, son el motor que mueve a toda la industria mundial sin mencionar su impacto en la vida cotidiana de cada uno de nosotros, que los utilizamos para realizar los actos más simples como transportarnos, calentarnos, cocinar, bañarnos, etcétera. Es innegable entonces el consiguiente poder político y económico que brindan a los Estados y a las compañías que los poseen, pues sin combustibles la actividad mundial se paralizaría al igual que nuestra vida cotidiana.

En este marco, resulta comprensible la preocupación de los poderes públicos mundiales por garantizar el abastecimiento de energía, dado que los combustibles fósiles –proviniente de fuentes no renovables– tienden indefectiblemente a agotarse.

Frente a esta preocupación, la biotecnología tradicional¹ (no la que se conoce como de 3ª generación)², ha aportado recientemente un hecho técnico de gran importancia que está incidiendo poderosamente en la actividad agraria: la producción de biocombustible a partir de productos agrícolas (caña de azúcar, maíz, soja, girasol, colza, etc.), enmarcada en la producción de bioenergía incentivada por la necesidad de recam-

¹ La biotecnología tradicional también se conoce como “Biotecnología de la primera generación” y se ha limitado a la aplicación de experiencias prácticas que se iban incorporando al acervo cultural de cada grupo social, transmitiéndose a las siguientes generaciones. Gracias a ella el hombre aprendió intuitivamente a seleccionar y cruzar animales y plantas para obtener descendientes “mejorados”.

² Con la biotecnología de 3ª generación, se incorporan conocimientos referidos al elemento esencial de la vida, el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y técnicas de ingeniería genética.

bio de la matriz energética mundial³. Esta necesidad deriva de una demanda global, en tanto los biocombustibles se presentan como una energía alternativa para reemplazar o complementar a la energía producida a partir de combustibles fósiles.

Una concausa al fomento de la producción de biocombustibles en tanto posible energía alternativa, es el calentamiento global, problemática ambiental planetaria que motivó la firma en 1994 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y en 1997 la de su Protocolo de Kyoto⁴. Este último prevé como un mecanismo de mitigación del cambio climático, la realización conjunta entre países en vías de desarrollo, como la Argentina, junto con los desarrollados, de Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL), con el objetivo de lograr reducciones certificadas de emisiones de gases de efecto invernadero (GEIs), típicos de la producción de energía por combustible fósil⁵. Argentina, al haber ratificado el Protocolo de Kyoto el 28 de septiembre de 2001, se encuentra legitimada para presentar dichos proyectos, como lo son, entre otros, los de producción de biocombustibles.

Otra causa que motiva la producción y fomento de biocombustibles es la toma de conciencia de que los recursos naturales no renovables son finitos, revelándose así una preocupación por el daño al ambiente causado por la utilización de los combustibles fósiles. Si bien las emisiones de dióxido de carbono de éstos y de los biocombustibles son

³ La aparición de los biocombustibles no es reciente. Hace más de 100 años Rudolf Diesel diseñó un motor diésel para que funcionara con aceites vegetales y Henry Ford diseñó un automóvil en 1908 para utilizarlo con etanol. De 1920 a 1924 la Standard Oil Company comercializó un 25% de etanol en la nafta vendida en el área de Baltimore. La larga historia que tiene Estados Unidos en el tema de biocombustibles también se ve reflejada en la evolución legal, que ya tiene un largo camino recorrido. Durante años hubo esfuerzos en algunos países por reflotar el tema de los biocombustibles, pero debido a los bajos precios del petróleo en la década de los 40, la producción de los biocombustibles fue dejada de lado.

⁴ *Convención Marco de Naciones Unidas sobre cambio climático*, de 1992 y *Protocolo de Kyoto a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático*, de 1997, en DRNAS de CLÉMENT, Zlata (dir.), *Codificación y comentario de normas internacionales ambientales vigentes en la República Argentina y en el Mercosur*, La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 235 y 261, respectivamente.

⁵ *Protocolo de Kyoto...* cit., art. 12.

similares, la diferencia radica en que los cultivos que se siembran para la producción de los biocombustibles colaboran en gran medida a la absorción de dióxido de carbono, contribuyendo a lograr una reducción de los GEIs.

Estas dos preocupaciones –abastecimiento y defensa del medio ambiente–, han preparado el escenario para fomentar el desarrollo de los biocombustibles, cuya principal cualidad es justamente la de provenir de fuentes renovables. Esto trae como consecuencia la posibilidad de colaborar con el abastecimiento necesario para la continuación de las actividades del hombre en el planeta, en una forma –en principio– más limpia y sustentable.

Los impulsos que históricamente han tenido los biocombustibles están relacionados directamente con las subas en los precios del crudo, que despertaban la necesidad de recurrir al uso de fuentes alternativas. Sin embargo, el contexto actual incorpora otros elementos. En efecto, la crisis energética de los últimos años y la fuerte alza del precio del crudo en los mercados internacionales impulsaron a los biocombustibles de una manera absolutamente impensada en la década de los noventa, época que estaba signada por los bajos precios de la energía y el amesetamiento de los precios de granos y oleaginosas⁶. Es decir, el desarrollo de los biocombustibles ya no se debe exclusivamente a los altos precios que tiene el petróleo y los altos costos que cada vez más implica su extracción, sino que está motivado por la certeza de que el petróleo se termina. Si bien se cuenta con reservas suficientes para algunos años, los combustibles fósiles se están agotando; es cada vez más cara su extracción y cada vez hay más demanda energética. Ante este panorama se vuelve necesario buscar alternativas viables para mantener un ritmo sostenido de crecimiento y satisfacer así las necesidades del planeta.

Dentro de este contexto, Argentina, en tanto productora mundial de granos, no es ajena a una cuestión tan importante para el comercio agrícola internacional, más aún considerando las ventajas comparativas con las que cuenta y la coyuntura global favorable para su agricultura

⁶ WALSH, Juan Rodrigo, *Política ambiental y promoción de energías alternativas y biocombustibles: articulaciones necesarias para el desarrollo sustentable*, en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 16, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 179.

y ganadería. Por otra parte, cabe recordar que nuestro país, en tanto posible oferente de MDL en el marco del Protocolo de Kyoto de 1997, se ha alineado a la tendencia global regulando recientemente la promoción de biocombustibles y energías alternativas. Así el 19 de abril de 2006 se sancionó la ley 26.093 sobre “Reglamentación de la Regulación y Promoción para la Producción y Uso Sustentable de Biocombustibles”, promulgada el 12 de junio de 2006 (hoy con un proyecto de reforma del PEN para incluir la producción desde la caña de azúcar)⁷.

A su vez, la Provincia de Santa Fe, provincia central en la producción granaria, también cuenta con normativa propia tendiente a favorecer la producción de biocombustible, entre otras la ley 12.631, publicada en el Boletín Oficial del 19 de diciembre de 2006 que adhiere al régimen nacional.

Cabe señalar que tanto las leyes nacionales como las provinciales son de promoción tributaria para la producción de biocombustibles. Frente a este escenario, nos cuestionamos cuáles son los alcances y fines reales de la regulación sobre biocombustibles en nuestro país y provincia: si un interés centrado realmente en el objetivo del desarrollo sustentable (art. 41 de la Const. Nac.) para favorecer un verdadero desarrollo rural sin generar altos impactos negativos al ambiente (incluyendo tanto las cuestiones relativas a la biodiversidad como a las sociales y rurales) o favorecer el crecimiento económico de las principales cerealeras y/o aceiteras, mayormente multinacionales radicadas en la Argentina.

II. El auge de la promoción de biocombustibles en el siglo XXI

Por biocombustible se entiende “cualquier material de origen biológico con calorías suficientes para ser utilizado en una reacción de oxidación térmica, sea ésta para la generación de calor, energía eléctrica, o para propulsar un motor de combustión interna, en reemplazo de otras fuentes de origen fósil”⁸. Los biocombustibles pueden ser utilizados en la generación de energía eléctrica, mediante la combustión de biomasa (por ej., bagazo de caña) o de biogás (por ejemplo, de rellenos sanitarios)

⁷ Ley 26.093, en www.infoleg.gov.ar.

⁸ WALSH, ob. cit., p. 180.

o como un combustible líquido, ya sea solo o en una mezcla o “corte” con nafta o diésel convencional para la propulsión vehicular.

Entre los biocombustibles actuales podemos mencionar al Bioetanol, producido en base a caña de azúcar (como en Brasil), o en base a maíz (como en EE. UU.) y que reemplaza a las naftas; el Biodiésel, en base a soja o colza (en nuestro país) o girasol u otras oleaginosas, que reemplaza al gasoil y también el Biooil, producido en base a residuos celulósicos, que reemplaza básicamente al fueloil y al gasoil para calefacción y producción de energía. También se utilizan para la producción de biocombustibles la palma, principalmente en Indonesia y Malasia y otras oleaginosas, como la *jatropha*, en India.

Por su utilización en el sector del transporte, suele identificarse al biocombustible con el etanol o el biodiésel, reemplazantes de la nafta y del diésel de origen fósil.

El crecimiento de los biocombustibles como fuente de energía para el transporte como un fenómeno global se inicia en los primeros años del siglo XXI. En efecto, a fines de los noventa, el etanol surgió en Estados Unidos como un aditivo para los combustibles de origen fósil convencional en reemplazo del MTBE⁹, el que a su vez era utilizado en sustitución del plomo en la nafta. Debido a los efectos perjudiciales del MTBE en la salud (potencial cancerígeno), se prohibió su uso en Estados Unidos y se lo reemplazó por el biocombustible. Fue así que a partir del 2000, nació en Estados Unidos una industria con un mercado de aproximadamente 8.000 millones de litros de etanol, sostenido y apoyado por importantes subsidios y beneficios fiscales¹⁰.

También fue a principios del siglo XXI que las economías desarrolladas, por cuestiones estratégicas, comenzaron a considerar la po-

⁹ MTBE proviene de su sigla en inglés *methyl tertiary butyl ether*, compuesto agregado como antidetonante a las naftas para mejorar su combustión en lugar de los compuestos con plomo.

¹⁰ En 2005 el Congreso de Estados Unidos sancionó la *Energy Policy Act* demandando un consumo mínimo de 7,5 millones de galones para el 2010, extendiendo la vigencia de los créditos fiscales para la producción de bioetanol y manteniendo la protección tarifaria de los productores locales frente a la importación de etanol. BOURNE, Joel, *Green Dreams*, National Geographic, Washington, 2007, en www.ngm.nationalgeographic.com/2007/10/bioguels-text.

sibilidad de reducir su dependencia de los hidrocarburos, particularmente después del atentado terrorista en Nueva York en el 2001. Asimismo, comenzó a concebirse a los biocombustibles como “políticamente correctos”, al menos considerándolos como una alternativa menos agresiva para el ambiente planetario global en términos de sus emisiones de GEIs. Estos factores confluyeron a que en muchos países se comenzara a introducir “cortes” obligatorios en las naftas y diésel convencionales a través de un marco jurídico específico, con plazos y pautas para la incorporación de biocombustibles en las matrices energéticas nacionales.

Los programas de desarrollo de biocombustibles en distintos Estados, como por ejemplo en Brasil el tan conocido “Programa de Etanol” a partir de la caña de azúcar con continuidad desde los años 70 o los programas de investigación e impulso de producción de etanol a partir del maíz en Estados Unidos, sufrieron una gran transformación en escala a partir del escenario de restricciones energéticas del siglo XXI. Surge así una nueva variante a la ya tan conocida inequidad entre países desarrollados y en desarrollo en materia de comercio internacional granario: la producción y promoción mundial de biocombustibles. En efecto, no debemos dejar de cuestionarnos el desequilibrio que subyace en la producción de biocombustibles a nivel global con motivo de las políticas proteccionistas y de subsidios a la agricultura de los países desarrollados. En tal sentido, nos preguntamos sobre el grado de equidad que reviste la actual situación en virtud de la cual un productor de un país desarrollado, que recibe gran cantidad de incentivos para conservar la naturaleza, se ve absolutamente beneficiado respecto a un agricultor latinoamericano que, por ejemplo, carece de apoyo estatal. Se configura entonces una paradoja, pues el mundo desarrollado demanda combustible “verde” producido por productores de países en desarrollo, los que deben soportar esfuerzos y presiones sin grandes beneficios y/o subsidios por parte de sus Estados.

¿Será tal vez en este marco, donde debemos concebir la actual estructura jurídica de promoción tributaria de biocombustibles en la República Argentina y en la Provincia de Santa Fe? Y entonces nos preguntamos, ¿a qué productores se beneficia en nuestro país cuando hablamos de políticas de promoción de los biocombustibles?

III. Biocombustibles y desarrollo sustentable

Frente a las posiciones favorables a la producción y fomento de los biocombustibles a nivel global, se alzan posiciones menos optimistas que sin duda alguna, deben tenerse en cuenta en la Argentina y en nuestra provincia al momento de elaborar políticas de desarrollo en materia agrícola y energética, a fin de que puedan armonizarse con la manda constitucional del artículo 41 de nuestra Carta Magna sobre protección del ambiente.

En este sentido, la importancia de los biocombustibles en el nuevo contexto de una demanda global creciente, sus efectos negativos respecto a la expansión de la frontera agraria y al desplazamiento de otros sistemas productivos, requiere de un abordaje al menos integrador entre desarrollo económico, ordenamiento territorial y protección ambiental.

Bajo este esquema, tres suelen ser los planteos que se presentan, los que en definitiva no hacen más que cuestionar al paradigma del desarrollo sustentable bajo la figura de estos tres dilemas: a) Producción de alimentos o producción de energía; b) reemplazo de combustibles fósiles “no renovables” por biocombustibles “renovables”, y c) biocombustibles y cambio climático.

a) *Producción de alimentos o producción de energía*: una de las controversias más conocidas en materia de producción de biocombustibles es que ésta pareciera necesariamente implicar una merma en la producción de alimentos. En efecto, la mayor demanda de biocombustibles haría que en un cultivo con valor para uso energético o alimenticio prevalezca el primer destino, atento el mayor valor que para este uso tendrá en el mercado en función del precio de la energía global. Si aumenta el precio de la energía (por ejemplo, del barril de petróleo), aumenta el valor de los cultivos que se emplean para cortar los combustibles convencionales fósiles, más aún cuando el corte obligatorio se funda en exigencias legales como en nuestro país. Si aumenta el grano por su uso energético, también se encarecerá su precio como alimento, escenario que se conoce como agflación (aumento de precio de alimentos e incremento de la tasa de inflación global), situación que perjudica a los sectores más pobres de la población

mundial, particularmente de los países en desarrollo con menores posibilidades de producción de alimentos¹¹.

Debe garantizarse que la utilización de estos cultivos con fines energéticos no afecte la seguridad alimentaria, en su acepción cuantitativa referida más específicamente a la suficiencia alimentaria¹². Es decir: la disponibilidad de alimentos, su abastecimiento a todos los sectores y con un adecuado nivel nutricional (*food security*).

En realidad, en la cuestión expuesta, el verdadero problema es el del acceso a los alimentos, es decir, el de la suficiencia alimentaria para todos, debiendo recordar que el mismo no es tanto una cuestión de falta de producción en cantidad suficiente, sino principalmente de injusta distribución de la riqueza. Para los pobladores de muchas zonas del país, tradicionalmente protagonistas de migraciones internas hacia las villas de emergencia de los cordones de las grandes ciudades, producto de las grandes dificultades de acceso a servicios básicos como educación, salud y servicios públicos esenciales, ésta podría ser una verdadera oportunidad. La misma dependerá de la formulación de verdaderas políticas públicas de desarrollo rural que tomen como eje la radicación de plantas de elaboración de biocombustibles en base a productos cultivados en la región, enlazadas con normativas inteligentes de ordenamiento territorial y de utilización del producto básicamente para abaratar los costos —y no sólo para exportarlo—. Esto se traduciría en un significativo mejoramiento de sus condiciones de vida que les permitiría vivir dignamente en su lugar de origen.

El desarrollo rural propicia que las poblaciones rurales alcancen un nivel de desarrollo similar al de las urbanas partiendo de las po-

¹¹ Según el International Food Policy Research Institute, la demanda de biocombustibles tendrá una presión alcista sobre los precios de los granos de un 20% y un 41% en términos reales entre el 2010 y el 2020. Las principales oleaginosas (soja, colza y girasol) tendrán un aumento de precios de entre un 26% hasta un 75% para los años 2010 y 2020.

¹² En castellano la expresión “seguridad alimentaria” tiene dos acepciones, la que tomamos en este texto, desde la óptica cuantitativa, y otra cualitativa, que en inglés se conoce como *food safety* y que está ligada a los mercados de productos agroalimentarios con consumidores de mayor poder adquisitivo, con necesidades básicas satisfechas, la que se refiere a la calidad de los alimentos producidos con consideración de requerimientos ecológicos e incluso en algunos casos, éticos.

tencialidades del propio territorio¹³. No sólo es necesario incentivar o favorecer la actividad primaria, sino organizar estrategias múltiples que pongan el acento en un desarrollo rural sostenible, en un ordenamiento adecuado del territorio, en la reinversión de la renta de las actividades agrarias primarias y conexas en el propio entorno territorial, fomentando el desarrollo y mejorando las condiciones de vida de los habitantes de la región donde se desarrolla la actividad.

Existe una íntima relación entre un adecuado ordenamiento territorial y un desarrollo¹⁴ agrario sustentable¹⁵, que debería ser el objetivo final de toda política agraria, para lograr sus objetivos sociales-económicos-ecológicos. El Ordenamiento Territorial es, por lo tanto, un instrumento clave en el diseño de las políticas públicas para el desarrollo sustentable¹⁶. La doctrina lo ha definido como “un conjunto de acciones concertadas para orientar la transformación, ocupación y utilización de los espacios geográficos, buscando su desarrollo socioeconómico, teniendo en cuenta las necesidades e intereses de la población, las potencialidades del territorio considerado y la armonía con el medio ambiente”¹⁷. “No es simplemente dividir el territorio y ponerle hitos, sino saberlo hacer para defender el medio ambiente y facilitar al habitante de estos territorios su progreso y su bienestar”¹⁸.

¹³ PASTORINO, Leonardo, *Derecho Agrario argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 361.

¹⁴ El concepto “desarrollo” surgió a partir de la Segunda Guerra Mundial para definir el proceso por el cual los Estados iban progresando económicamente. Una evolución de esta concepción separa la idea de crecimiento económico con la de desarrollo, entendiendo por tal al proceso por el cual los beneficios del crecimiento económico se redistribuían entre la población significando un progreso para todos.

¹⁵ El concepto de “sustentabilidad” deriva del concepto de “sostenibilidad” utilizado en la ecología para referirse a la posibilidad de un ecosistema de mantenerse en el tiempo con mínimas modificaciones. Eso explica por qué suelen utilizarse indistintamente ambos vocablos, “sustentable” y “sostenible”, para referirse a la misma cuestión. Sin embargo, entendemos que este último concepto sería de un uso más técnico, circunscrito al aspecto ecológico, por lo que preferimos utilizar el primero.

¹⁶ ROMERO, Roxana Beatriz, *Ordenamiento territorial y actividad agraria a la luz de la reforma constitucional del año 2007 en la Provincia de Corrientes*, en *Memorias del VII Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario*, Nova Tesis, Rosario, 2008, p. 389.

¹⁷ *Ibídem*.

¹⁸ FALS BORDA, Orlando, *El territorio como construcción social*, en *Revista*

La expresada posible antinomia biocombustibles/alimentos es el argumento del Programa Mundial de Alimentos de Naciones Unidas, al que debe sumársele otro adicional: el uso de un recurso finito y limitado como el suelo con aptitud agrícola. La tierra es un recurso limitado no renovable, salvo que se conciba una expansión de la agricultura hacia tierras marginales, atacándose entonces a la biodiversidad. Frente a este dilema que parece insuperable, se propone crear un escenario de desarrollo y promoción de biocombustibles a partir de cultivos que no tienen trascendencia para satisfacer necesidades alimentarias, desdibujándose así el antagonismo o dilema entre producción agrícola para alimentos o para energía. Para ello, sería necesario fomentar la producción de biocombustibles de segunda y tercera generación con cultivos no tradicionales o con la incorporación de tecnologías que permitan incrementar los rindes de los cultivos tradicionales, como maíz o caña de azúcar para el etanol, o la soja y la colza para el biodiésel. Esta propuesta debe indefectiblemente ir acompañada de políticas y herramientas jurídicas sobre ordenamiento territorial a fin de lograr un verdadero desarrollo sustentable que no vulnere a la biodiversidad.

b) *Reemplazo de combustibles fósiles “no renovables” por biocombustibles “renovables”*: este dilema se sintetiza con la siguiente pregunta: la producción de biocombustibles, ¿puede solucionar la crisis energética que afecta al mundo en la actualidad? Responder este interrogante es fundamental al momento de diseñar políticas que promuevan la producción de biocombustibles, ya que la seguridad energética es uno de los principales justificativos para su promoción. Sin embargo, lograr una respuesta afirmativa es prácticamente imposible, pues en primer lugar existe una gran incertidumbre sobre el potencial de los biocombustibles para reemplazar a los combustibles fósiles. Hay discrepancias importantes entre diferentes estudios realizados y así, por ejemplo, estimaciones europeas consideran que será posible reemplazar con biocombustibles a los combustibles fósiles entre un 20 y un 25% para el 2030. La cantidad de tierras con aptitud agrícola

Foro, 1998, cit. por LISTOFFSKY, Adriana y MEDINA, Lidia, *Ordenamiento territorial agrario. Aspectos relevantes*, en *Memorias del VII Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario*, Nova Tesis, Rosario, 2008, p. 397.

que deben destinarse a la producción de biocombustibles es otro interrogante. La Agencia Internacional de la Energía consideró factible una sustitución del 10% de la nafta por etanol de maíz sin afectar el uso del suelo agrícola. En suma, es difícil prever aun en los escenarios más optimistas un reemplazo total de los combustibles fósiles por biocombustibles. Frente a este escenario, ¿cuál es entonces la ventaja de los biocombustibles? La ventaja sólo radica en que los biocombustibles son un elemento adicional que permite diversificar y reducir la dependencia a una matriz energética construida sobre los combustibles fósiles, permitiendo además y en el “mientras tanto”, ganar un compás de espera hasta que se logre construir una nueva matriz energética en nuestro planeta.

c) *Biocombustibles y cambio climático*: uno de los argumentos de promoción de los biocombustibles en la matriz energética de un Estado es la posibilidad de reducir las emisiones de GEIs de sectores estratégicos como el transporte. Sin embargo, y a fin de evaluar si este aporte es real o no, debe efectuarse un análisis del balance energético de cada biocombustible en particular a partir de los cultivos y de los métodos de labranza utilizados en su producción, distribución y uso a través de toda la cadena económica. Este análisis también es clave al momento de diseñar políticas y herramientas jurídicas de promoción de biocombustibles y debe añadirse otra evaluación: la de los impactos sobre el clima global respecto a las emisiones totales netas de GEIs de un combustible o proceso productivo determinado. Este es el conocido “balance de carbono”, en el que se cotejan las emisiones totales de dióxido de carbono (CO_2) y otros gases como los óxidos nitrosos (NO_x) o el metano (CH_4), producto de la elaboración de biocombustibles, contraponiéndolos a los GEIs que se dejan de emitir a partir del reemplazo de combustibles fósiles por renovables. En este análisis se tienen en cuenta, por ejemplo, los tipos de labranza (siembra directa, arado convencional, rotación de cultivos, uso de fertilizantes y fitosanitarios, etc.) y los diferentes usos del suelo. Por ejemplo, si se logra producir biocombustibles a partir de un cambio en el uso del suelo que implique pérdida de biodiversidad por desmonte de bosque nativo, las emisiones netas de GEIs por la pérdida de esa masa boscosa altera

en forma significativa el balance de carbono. En suma, la respuesta no es siempre positiva y deberá ajustarse al análisis del caso concreto.

IV. Promoción de los biocombustibles en la República Argentina. Marco jurídico

La promoción de biocombustibles en Argentina se remonta a la década de los '70, en coincidencia con la crisis energética global. En aquel entonces, se genera una política estatal activa de promoción del etanol como sustituto a los derivados del petróleo a través, por ejemplo, de la producción de “alconafta”, la que tuvo un gran auge en Provincias como Entre Ríos y Tucumán; lamentablemente, este proceso no fue sostenido en el tiempo.

Recién a inicios del siglo XXI se retoma la política nacional de promoción de biocombustibles frente al nuevo escenario caracterizado por un fuerte crecimiento del agro, derivado del alza en los precios globales de los granos, la búsqueda de formas alternativas de producción de combustibles para preservar el planeta e intentar reemplazar la matriz energética global, factores a los que se hacía necesario ajustar bajo un marco jurídico adecuado que vaya más allá de la coyuntura y sea sostenible en el tiempo.

1. Decreto 1396/2001

Como un antecedente importante, podemos mencionar el “plan de competitividad para el combustible biodiésel” impulsado en el 2001 por el decreto 1396¹⁹. Durante ese año, caracterizado por una gran crisis económica en la Argentina y con la finalidad de incentivar al sector del agro como salida a dicha crisis, se impulsó estratégicamente este “plan de competitividad del biodiésel”, consistente básicamente en modificaciones a impuestos sobre los combustibles líquidos y al gas natural. Fue así que a través del decreto 1396/2001 se declaró de interés nacional la producción y comercialización de biodiésel para su uso como combustible puro, o como base para mezcla con gasoil, o como aditivo para este combustible (art. 1º); se especificaron las características técnico-impositivas del biodiésel combustible, al que se

¹⁹ Decreto 1396/2001, www.infoleg.gov.ar.

definió como cualquier mezcla de biodiésel puro o con gasoil u otro producto gravado; el objetivo del decreto era el fomento de las inversiones en la producción y comercialización de biodiésel y en las facilidades de almacenaje y obras complementarias, invitando a las provincias a adherir al régimen creado (art. 7º); la adhesión provincial debería estar acompañada por el compromiso de eximir por un plazo mínimo de diez años a los productores, almacenadores y comercializadores de biodiésel de los siguientes impuestos: Ingresos Brutos a la Industrialización y a las Ventas, Sellos e Inmobiliario sobre los inmuebles donde operan las facilidades de producción y almacenamiento (art. 8º).

2. *Ley 26.093 y decreto 109/2007*

Es recién en abril de 2006 que se sanciona la ley 26.093 sobre “Régimen de Regulación y Promoción para la Producción y Uso Sustentables de Biocombustibles”, promulgada el 12 de mayo de 2006, con un plazo de vigencia de 15 años. Hacía ya un par de años que venía debatiéndose la ley en el Congreso Nacional y recién fue reglamentada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional casi un año más tarde, en febrero de 2007, mediante el decreto 109/2007²⁰.

Como una primera aproximación, podríamos decir que la ley 26.093 es una ley de promoción muy amplia, que deja muchos espacios a la reglamentación, sin dar en muchos casos directivas concretas. Esto acarrea que muchas veces la reglamentación excede ampliamente la letra de la ley, discutiéndose en algunos puntos incluso la constitucionalidad de su decreto reglamentario. Asimismo, tanto la ley 26.093 como el decreto 107/2009 delegan en forma excesiva en la Autoridad de Aplicación muchos de los temas a reglamentar, resultando que en materia de biocombustibles es su Autoridad de Aplicación la que posee un gran poder discrecional, a nuestro juicio bastante peligroso.

Las siguientes son las principales figuras de la ley en análisis:

a) *Autoridad de aplicación*: se encuentra consagrada en el artículo 2º del decreto 109/2007, recayendo en el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a través de la Secretaría de Energía,

²⁰ Decreto 109/97, www.infoleg.gov.ar.

excepto en las cuestiones tributarias o de índole fiscal, donde el Ministerio de Economía asume dicho rol.

El tema de la autoridad de aplicación no es un tema menor y fue uno de los puntos donde la puja de intereses se vio reflejada, ya que no nos olvidemos que la autoridad de aplicación es la soberana en materia de biocombustibles.

La ley instituye en su artículo 3º la creación de una Comisión Nacional Asesora para la Promoción y Uso Sustentables de los Biocombustibles, integrada por un representante de distintos organismos del Poder Ejecutivo (Secretaría de Energía; Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, hoy Ministerio; Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable; Secretaría de Hacienda; Secretaría de Política Económica; Secretaría de Comercio, Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa; Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva y Administración Federal de Ingresos Públicos, entre otros). Está presidida por el representante que designe la Secretaría de Energía y tiene la función de asistir y asesorar a la autoridad de aplicación, pero termina siendo un órgano bastante decorativo, con escasas facultades, que dista mucho de tener las atribuciones originarias con las que inicialmente se la había proyectado. Recordemos que una de las posibilidades que se barajaban era la creación de una Comisión Nacional de Biocombustibles que fuera la autoridad de aplicación de la ley 26.093.

Las funciones de la autoridad de aplicación son múltiples y de la más variada gama, y se encuentran definidas detalladamente en el artículo 4º de la ley y en el artículo 3º del decreto, sintetizándose en las siguientes: control de la producción, autoconsumo y uso de los biocombustibles; habilitación y fiscalización de las plantas de producción y mezcla de biocombustibles; establecimiento de requisitos y la aprobación de proyectos promovidos; llevar un registro especial de todos los sujetos que decidan producir, mezclar y comercializar biocombustibles en el país, ya sean promocionados o no; aplicar el régimen sancionatorio en caso de incumplimientos; potestad para modificar los porcentajes de mezcla del corte obligatorio, etcétera.

Es decir, la autoridad de aplicación tiene la facultad de regular discrecionalmente todas y cada una de las etapas que acompañan la

vida de los biocombustibles, desde la producción, distribución, consumo y autoconsumo, hasta su efectiva comercialización.

b) *Definición de biocombustible*: el artículo 5° de la ley define a los biocombustibles como al “bioetanol, biodiésel y biogás, que se produzcan a partir de materias primas de origen agropecuario, agroindustrial o desechos orgánicos, que cumplan los requisitos de calidad que establezca la autoridad de aplicación”. Es decir, la ley hace un corte en la conceptualización, limitando la definición al bioetanol, biodiésel y biogás, dejando afuera por ejemplo a los derivados oleoquímicos.

c) *Corte obligatorio*: la ley también establece en sus artículos 7° y 8° lo que se conoce como “corte obligatorio”, que no es más que la mezcla obligatoria de biocombustibles con combustibles fósiles, obligatoria a partir del 2010 en un 5%. Hay que resaltar que la Autoridad de Aplicación tiene la atribución de aumentar o disminuir ese porcentaje cuando lo estime conveniente.

d) *Aristas ambientales*: el artículo 6° de la ley es muy importante para que se cumpla uno de los objetivos fundamentales de la misma, cual es el de comprometer en la menor medida posible al medio ambiente y exigir de alguna forma que la producción de biocombustibles sea limpia y de calidad, ajustándose a los parámetros establecidos en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

El mencionado artículo dispone que la autoridad de aplicación sólo otorgará la habilitación a aquellas plantas que cumplan con todos los requisitos requeridos en cuanto a la calidad de los biocombustibles y a su producción sustentable, para lo cual los proyectos presentados deberán ser sometidos a un procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) que incluya el tratamiento de efluentes y la gestión de residuos.

Asimismo, el artículo 17 de la ley establece que todos los proyectos aprobados por la autoridad de aplicación serán alcanzados por lo beneficios que prevén los mecanismos del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1997, ratificado por Argentina mediante ley 25.438 (por ejemplo, derechos de Reducción de Emisiones de GEIs, Créditos Carbono y cualquier otro título de similares características).

e) *Régimen promocional*: la ley 26.093 y su decreto reglamentario se ocupan con detenimiento del régimen promocional, que comprende básicamente dos aspectos: identificación de quienes califican como sujetos promovidos (arts. 13 y 14 de la ley y art. 18 del decreto) y beneficios promocionales –mayoritariamente incentivos fiscales– (arts. 15 de la ley y 19 del decreto).

f) *Sujetos promovidos*: para calificar como sujeto promovido, además de cumplir con los requisitos establecidos por la ley y la reglamentación, el requisito más importante radica en que el capital social mayoritario debe ser aportado por personas físicas o jurídicas domiciliadas, radicadas y/o constituidas regularmente en la República Argentina, cuyo objeto social y actividad principal en el país sea la producción agropecuaria.

Además deben disponer de inmuebles en el país aptos para cultivo, estando como mínimo el 50% de sus activos y de sus ingresos relacionados a la actividad agropecuaria en la República Argentina.

En caso de que una cooperativa forme parte de un proyecto, se requerirá que los socios se dediquen mayoritariamente a la producción de materias primas agropecuarias.

Esta disposición fue un punto neurálgico de la discusión ya que significó una restricción importante de los sujetos que podrían calificar como grupo de inversores. Los detractores de esta limitación apuntaban al hecho de que es inconveniente restringir el grupo de inversores respecto de una actividad que se pretende promocionar.

El decreto 109/2007 en el artículo 19, inciso e, también enumera a quienes no podrán acogerse a los beneficios del régimen promocional, a saber: las sociedades cuyos directores, administradores, síndicos, mandatarios o gestores se encuentren condenados por evasión impositiva; las personas físicas o jurídicas que al tiempo de la inscripción tuviesen deudas impagas de carácter impositivo, previsional o aduanero, o cuando se encuentre firme una decisión judicial o administrativa, declarando tal incumplimiento en materia aduanera, impositiva o previsional hasta que no se dé cumplimiento a lo resuelto en ella y las personas físicas o jurídicas sometidas a proceso de concurso preventivo o quiebra.

g) *Cupo fiscal*: el artículo 14 de la ley regula el cupo fiscal total de los beneficios promocionales que se fijará todos los años en el presupuesto nacional, y será distribuido por la autoridad de aplicación teniendo en cuenta una serie de criterios establecidos en la norma, a saber: promoción de las pequeñas y medianas empresas; promoción de productores agropecuarios y promoción de economías regionales.

Es necesario destacar que todos los sujetos que hayan accedido a los beneficios promocionales estarán obligados a comercializar el total de su producción para el corte obligatorio del mercado local a partir del momento en que la mezcla es obligatoria, con lo cual se le está garantizando el acceso cierto al mercado. Como contrapartida, aquellas instalaciones que han sido aprobadas para realizar mezclas, estarán obligadas a adquirir los biocombustibles a los sujetos promovidos hasta agotar su producción disponible a los precios que establezca la autoridad de aplicación, con lo cual se les está garantizando la colocación en el mercado del producto terminado.

El decreto también establece que si por razones de demanda del mercado resultaren excedentes, la autoridad de aplicación podrá autorizar volúmenes específicos para otros destinos. Sin embargo, estos volúmenes no gozarán de los beneficios fiscales establecidos en la ley 26.093 (art. 19, inc. h, del decreto).

Ahora bien, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿qué sucede si la cantidad de proyectos presentados para ser beneficiarios del régimen promocional son tantos que superan el volumen total que resulte necesario para cubrir la demanda del corte obligatorio? En ese caso, y según el artículo 3º, inciso g, del decreto, la autoridad de aplicación debe arbitrar un procedimiento para la selección de proyectos que tenga en cuenta las prioridades previstas en el artículo 14 antes mencionadas, hasta la concurrencia del volumen de biocombustibles requeridos por el mercado.

Los proyectos que no hayan calificado para el cupo fiscal podrán comercializar libremente el producto en el mercado interno o externo, pero no gozarán de los beneficios fiscales establecidos.

El decreto continúa diciendo que se calcularán anualmente las necesidades de biocombustibles para el año siguiente que sean necesarias para cubrir el corte obligatorio y en base a ese cálculo se aprobarán

los proyectos adicionales que se requieran para contar con la oferta necesaria, teniendo en cuenta para ello las prioridades definidas en el texto legal.

El artículo 12 del decreto es muy importante ya que apunta a asegurar una rentabilidad razonable a los productores que cumplan con los requisitos exigidos y quieran invertir en el negocio. ¿Qué se entiende por rentabilidad razonable? El mismo artículo dispone que las adquisiciones de biocombustibles a las empresas promocionadas se realizarán a los valores que determine la autoridad de aplicación, de modo tal que los productores tengan ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos, de manera que esos ingresos sean equivalentes al de otras actividades de riesgo equiparable o comparable y guarden relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de la actividad.

Nuevamente aquí vemos el inmenso poder que acapara la autoridad de aplicación, ya que es la encargada no sólo de fijar el precio a los biocombustibles, sino también de determinar la ganancia de los productores de biocombustibles.

h) *Beneficios promocionales*: el artículo 15 de la ley detalla los beneficios promocionales, fundamentalmente incentivos fiscales que apuntan a promover la inversión en las plantas de biocombustibles y que básicamente son tres, a saber:

- Aplicación del tratamiento dispensado por la ley 25.924, es decir, devolución anticipada del Impuesto al Valor Agregado –IVA–, correspondientes a los bienes nuevos amortizables (excepto automóviles), u obras de infraestructura (excepto obras civiles), incluidos en el proyecto, o alternatively practicar en el Impuesto a las Ganancias la amortización acelerada de los mismos no pudiendo acceder a los dos tratamientos por un mismo proyecto.
- Los bienes afectados a los proyectos promovidos no integrarán la base de imposición del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta a partir de la fecha de aprobación del proyecto respectivo y hasta el tercer ejercicio cerrado inclusive, con posterioridad a la fecha de puesta en marcha.

- Los biocombustibles producidos por los sujetos promovidos no estarán alcanzados por los denominados Impuestos a los Biocombustibles (tasa de infraestructura hídrica por el impuesto sobre los combustibles líquidos y el gas natural e impuesto sobre la importación de gasoil).

i) *Autoconsumo*: una perla del decreto es la regulación del autoconsumo en el artículo 16. La ley nada dice al respecto, limitándose a señalar que “La autoridad de aplicación establecerá los requisitos y condiciones para el autoconsumo...”, sin dar en este tema ninguna directiva en concreto.

La normativa que refiere al autoconsumo es tratada en la reglamentación con un espíritu permisivo y no prohibitivo, es decir facilitándolo y no entorpeciendo. Esto abre un nuevo escenario en el negocio de los biocombustibles. Ya no estamos hablando de una producción orientada al corte obligatorio y/o exportación, sino de una producción orientada a garantizar el autoabastecimiento del productor agropecuario, que sin lugar a dudas va a tener un impacto positivo en el desarrollo local y regional y donde las figuras asociativas adquirirán particular relevancia, puesto que las inversiones son muy grandes para que las haga un sólo productor.

El artículo 16 del decreto define como autoconsumo “el caso en que una persona física o jurídica produzca biocombustibles para su consumo propio, con materia prima producida por dicha persona”. La previsión también alcanza a aquellas personas físicas o jurídicas que son acreedoras de los beneficios promocionales y produzcan biocombustible para consumo de sus accionistas, socios, asociados o integrantes, siempre que sus socios se dediquen mayoritariamente a la producción de las materias primas agropecuarias.

Aquí nuevamente el decreto establece que la autoridad de aplicación será la encargada de autorizar los volúmenes de producción y definirá los términos y condiciones bajo los cuales deberán operar. Las plantas de autoconsumo también deberán inscribirse en el registro especial habilitado por la autoridad de aplicación.

j) *Sanciones*: finalmente la ley establece un régimen de sanciones para todos aquellos que infrinjan tanto a la ley como al decreto o a cualquier otra disposición o resolución que establezca la autoridad de

aplicación. Las mismas van desde multas, inhabilitaciones para inscribirse en el registro de productores y revocación de beneficios otorgados, hasta el pago de los tributos no ingresados con más los intereses, multas y recargos que pudieran corresponder, etcétera.

Como vemos, ésta es una ley muy amplia que peca muchas veces de excesiva delegación. En líneas generales, es una ley buena cuya principal virtud es la de permitir el acceso de los pequeños y medianos productores al negocio de los biocombustibles, diversificando la oferta de los mismos. Sin embargo, puede resultar peligroso el hecho de que la autoridad de aplicación concentre poderes excesivos, ya que goza de una gran discrecionalidad y los parámetros fijados por la ley y el decreto son insuficientes.

V. Marco jurídico provincial santafesino sobre biocombustibles

La Provincia de Santa Fe tiene en su haber un fuerte soporte normativo en la materia de biocombustibles, a saber:

- a) Ley 12.503, publicada en B. O. el 29 de diciembre de 2005, sobre “Energías Renovables”²¹.
- b) Ley 12.631, publicada en B. O. el 19 de diciembre de 2006, por la cual se adhiere al régimen nacional de la ley 26.093 sobre “Régimen de Regulación y Promoción para la Producción y Uso Sustentable de Biocombustibles”²².
- c) Ley 12.632, publicada en B. O. el 19 de diciembre de 2006, sobre “Energías Renovables no Convencionales. Régimen Promocional”²³.
- d) Decreto 158/2007 del 1º de febrero de 2007, reglamentario de la ley 12.632, por el que se declara a la Provincia de Santa Fe como “Productora de Combustibles de Origen Vegetal”²⁴.

1. Ley 12.503

La primera ley en orden cronológico es la ley 12.503 de “Energías

²¹ Ley 12.503, www.santafe.gov.ar.

²² Ley 12.631, www.santafe.gov.ar.

²³ Ley 12.632, www.santafe.gov.ar.

²⁴ Decreto 158/2007, www.santafe.gov.ar.

Renovables”. Como podemos observar, su fecha de sanción es anterior a la ley nacional 26.093, de mayo de 2006. Si bien esta ley no habla específicamente de biocombustibles, en su artículo 1º se “declara de interés provincial la generación y el uso de energías alternativas o blandas a partir de la aplicación de las fuentes renovables en todo el territorio de la Provincia de Santa Fe”.

El concepto de energías renovables, alternativas o blandas surge de los artículos 3º, 4º y 5º del cuerpo legal, entendiéndose por tales a todas aquellas que se producen naturalmente, en forma inagotable y sin causar perjuicio al equilibrio ambiental (art. 3º). Amplía el artículo 4º este concepto, señalando que dichas energías “tienen por objeto el uso racional y ambientalmente sostenible de los recursos energéticos, tales como el sol, el viento, el biogás, la biomasa, la geotermia, la minihidráulica, y toda otra que científicamente se desarrolle manteniendo las cualidades básicas que distinguen a este tipo de energías”.

Esta última previsión es muy importante ya que la ley no hace una enumeración taxativa de lo que entiende por energías renovables, sino que deja abierta la puerta para la tutela de otro tipo de energías, por ejemplo, los biocombustibles.

La ley que comentamos es de vital importancia respecto de la política energética santafesina ya que va a sentar las bases sobre las cuales van a reposar las leyes provinciales 12.631 y 12.632. De hecho, por disposición legal, las normativas de estas dos leyes se consideran complementarias y supletorias de la ley 12.503.

2. Leyes 12.631 y 12.632

Por su parte, la ley 12.631 es una ley muy corta, de tan sólo seis artículos, por la cual la Provincia de Santa Fe adhiere al régimen nacional de la ley 26.093 a fin de que la misma sea aplicable en su territorio. Recordemos que por el artículo 20 de la ley nacional se invita a las legislaturas provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adhieran al régimen nacional.

En el mismo día se publicó la ley 12.632 que instituye un régimen promocional para las energías renovables no convencionales. Así lo establece su artículo 1º: “Dispónese el siguiente Régimen Promocional

Provincial para la investigación, desarrollo, generación, producción y uso de productos relacionados con las energías renovables no convencionales”.

Esta ley incluye en su artículo 3° las energías renovables conceptualizadas en los artículos 3°, 4° y 5° de la ley 12.503 (energías provenientes del sol, el viento, el biogás, la biomasa, la geotermia, la minihidráulica, etc.), agregando al biogás obtenido por el tratamiento anaeróbico de residuos sólidos o líquidos orgánicos de origen industrial, rural, de servicios y domésticos, y al biocombustible.

Es necesario puntualizar que el concepto de biocombustible tomado por la ley provincial es más amplio que el receptado por la ley nacional. Recordemos que el artículo 5° de la ley 26.093 hace un corte en la conceptualización, limitando la definición de los biocombustibles al bioetanol, biodiésel y biogás. En cambio, el artículo 3° de la ley 12.632 incluye a todos los productos que se produzcan a partir de materias primas de origen agropecuario, agroindustrial o desechos orgánicos.

La ley 12.632 establece un régimen promocional para todos aquellos proyectos de radicación industrial presentados por personas físicas o jurídicas para producir las energías renovables previstas en el artículo 3°, o las industrias ya instaladas con el mismo propósito que amplíen su capacidad productiva y/o absorban mayor mano de obra, a cuyo efecto deben estar habilitadas por la autoridad de aplicación y cumplir con ciertos requisitos detallados en el artículo 5°.

Los beneficios promocionales a los que se refiere la ley, al igual que en la ley nacional, son esencialmente fiscales, como la exención y/o reducción y/o diferimiento de tributos provinciales por el término de 15 años contados a partir de la fecha de la puesta en marcha del proyecto respectivo (art. 6°). Los tributos alcanzados son los siguientes: Impuestos a los Ingresos Brutos, Impuesto de Sellos, Impuesto Inmobiliario e Impuesto a la Patente Única sobre Vehículos (art. 7°).

Esta ley es reglamentada por el decreto 158/2007, estableciéndose como autoridad de aplicación de la misma al Ministerio de la Producción.

En el caso de nuestra provincia, es el decreto 158/2007 y no la ley la norma que establece los criterios a tener en cuenta por el Poder

Ejecutivo para la selección de proyectos promovidos. Los criterios son idénticos a los establecidos por el artículo 14 de ley 26.093. De esta forma, el artículo 3º del decreto establece que todos los años la Ley de Presupuesto fijará el cupo total para los beneficios promocionales, que será distribuido por el Poder Ejecutivo priorizando los proyectos en función de ciertos criterios: promoción de las pequeñas y medianas empresas, promoción de productores agropecuarios, promoción de economías regionales y período de vigencia de los beneficios.

En líneas generales podríamos concluir diciendo que Santa Fe cuenta en materia de biocombustibles con una normativa bastante completa, pero limitada a la promoción en materia tributaria.

Si bien hay muchas analogías entre la normativa nacional y la normativa provincial, encontramos una diferencia sustancial, cual es que en Santa Fe no se limita el grupo de inversores para acceder a los beneficios promocionales. Recordemos que en la normativa nacional el capital social mayoritario debe ser aportado por personas físicas o jurídicas cuyo objeto social y actividad principal en el país sea la producción agropecuaria, limitación que no se exige en la Provincia de Santa Fe.

Otra diferencia importante radica en que en el plexo normativo santafesino no hay disposiciones relativas al autoconsumo y que amplía el concepto de “biocombustibles”.

Antes de analizar los efectos de la normativa, no podemos dejar de señalar como beneficio impositivo adicional, en los casos que sea utilizado, el de la ley de maquila 25.113, que no considera hecho imponible la actividad transformadora que se efectúe mediante dicho contrato²⁵.

VI. Efectos del paquete normativo nacional y provincial de promoción de biocombustibles en la Provincia de Santa Fe

A fines del 2006, Argentina contaba con una capacidad instala-

²⁵ FERNÁNDEZ BUSSY, Juan J., *Actualización legislativa sobre los productos agrícolas: la Ley 25.113 de Contratos de Maquila*, en III Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario, Instituto de Derecho Agrario, CAR, Rosario, 2000, p. 26.

da de 155.000 toneladas (174 millones de litros) de producción de biodiésel. Hacia finales de ese año, el 45% del total de la capacidad productiva estaba instalado en la Provincia de Buenos Aires. Desde entonces se produjo un crecimiento importante de la industria de biocombustibles liderado, geográficamente, por la Provincia de Santa Fe.

En efecto, a partir del 2006 el sur provincial santafesino se caracterizó por concentrar el 75% de la producción de biodiésel del país debido al fácil acceso al río Paraná y a sus puertos para exportar el producto a nivel mundial, la ubicación estratégica por ser ésta una de las regiones más importantes del mundo de plantas procesadoras de soja, la cercanía de la materia prima (plantaciones de soja) y, finalmente, un doble paquete jurídico nacional y provincial de promoción tributaria para las industrias productoras de biocombustibles.

Para agosto de 2008, 17 plantas procesadoras de biocombustibles pertenecientes a distintas empresas se habían instalado o proyectaban instalarse en la Provincia de Santa Fe, solicitando todas ellas las promociones tributarias que las beneficiaban tanto a nivel nacional como provincial.

Para poder acceder a dicho beneficio, las 17 empresas presentaron su Estudio de Impacto Ambiental ante la Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Santa Fe, tal como lo exige la ley 26.093²⁶. En el cuadro que a continuación se expone se presenta una información sinóptica sobre un grupo de dichas empresas (de las que se pudo obtener mayor información), identificándose la localidad en la que se instalan, la producción en toneladas y materia prima, el destino de los biocombustibles (exportación o consumo interno) y el origen de su capital²⁷:

²⁶ Estas empresas son: Vicentín SAIYC, LDC Argentina SA, Energías Renovables SA, T4B SA, Unitec Bio SA, Q4B SA, Ecofuel SA, Explora SA, Molino Río de la Plata SA, AFA SCL, Renova SA, Gea Biodiésel SA, Biodiésel SA, Tejedor SA, Bioenergy y Diferoil SA.

²⁷ La información volcada en este cuadro fue obtenida ante una solicitud del grupo de investigación a la Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Santa Fe en virtud de la Ley 25.831 de Acceso a la Información Pública Ambiental.

EMPRESAS PRODUCTORAS DE BIOCOMBUSTIBLE EN LA PROVINCIA DE SANTA FE (AÑO 2008)				
EMPRESA	LOCALIDAD	PRODUCCIÓN (en toneladas anuales)	DESTINO (exportación o consumo interno)	CAPITAL (nacional o extranjero)
VICENTÍN SAIYC	Avellaneda	45.000 Soja	Exportación (Europa y EE. UU.)	Nacional
LDC ARGENTINA SA	General Lagos	300.000 Soja	Exportación (Europa y EE. UU.)	Extranjero (Dreyfus)
UNITEC BIO SA	Puerto General San Martín	200.000 Soja	Exportación	Nacional (Grupo Eurnekian)
ECOFUEL SA	Puerto General San Martín	200.000 Soja	Exportación	Mixto (Aceitera Gral. Deheza SA, Bunge SA y firma extranjera)
EXPLORA SA	Puerto General San Martín	120.000 Soja	Exportación	—————
MOLINOS RÍO DE LA PLATA SA	Rosario	100.000 Soja	Exportación principalmente y un resto para consumo local	Nacional (Grupo Pérez Companc)
AFA SCL (Cooperativa)	Salto Grande	4.000 litros diarios, principalmente colza, también canola	Interno (sólo para abastecimiento de productores asociados)	Cooperativa de productores locales. Contó con un aporte de la Sec. de Cs. y Tec. de la Nación y con apoyo del INTA y de la UTN de Villa María

EMPRESAS PRODUCTORAS DE BIOCOMBUSTIBLE EN LA PROVINCIA DE SANTA FE (AÑO 2008)				
EMPRESA	LOCALIDAD	PRODUCCIÓN (en toneladas anuales)	DESTINO (exportación o consumo interno)	CAPITAL (nacional o extranjero)
RENOVA SA	San Lorenzo	200.000 Soja	Exportación (Europa, EE. UU., Brasil, Paraguay, Uruguay y Chile)	Mixta (Vicentín, capital local, y Glencore, multinacional)
GEA BIODIÉSEL SA	San Lorenzo	60.000 Soja	Exportación	Extranjero
PATAGONIA BIOENERGÍA SA	San Lorenzo	250.000 Soja inicialmente, previendo reemplazo por <i>jatropha curcas</i>	Principalmente exportación (EE. UU., Europa y Brasil)	Mixta (capital local de Caze-nave y Asocs. SA y capital extranjero)
BIODIÉSEL SA	Sancti Spiritu	9.500 Soja	Exportación	Local (Grupo Seón)
BIOENERGY	Roldán	130.000 Soja	Exportación (Europa)	Local (grupo inversor de santafesinos y cordobeses)

Puede observarse claramente que sólo la planta de Agricultores Federados Argentinos SCL (AFA), que es de una cooperativa, produce para el consumo interno, en este caso para autoconsumo de unos 20 productores asociados de la zona. Por otra parte utiliza colza como materia prima la que, al no ser alimenticia no competiría con los alimentos²⁸. El resto de las plantas produce casi totalmente para la exportación.

VII. Conclusiones

Como consecuencia de las tendencias que marca la globalización,

²⁸ Mediante un convenio firmado con FAA, la metalúrgica Imegen –que se ocupó de la instalación– y la Universidad Tecnológica de Villa María, Córdoba. Fuente <http://www.eco2site.com/news/febrero%20-%202007/afa.asp> disponible el 10-1-2010.

se ha promovido la internalización del Derecho Internacional en el Derecho interno de los Estados y con ello, la de ciertas políticas de gestión. Un ejemplo de esto es la difusión de normativa promotora de la producción de biocombustibles, la que goza de beneficios tributarios en diversos países del mundo, no siendo la Argentina una excepción. Todo esto en sintonía con la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y su Protocolo de Kyoto, cuya influencia se ha manifestado tanto en las políticas públicas en materia energética como en los marcos normativos y en las producciones agrícolas, en cuanto al incremento del cultivo de determinadas especies y al precio de las mismas. En este contexto, el Protocolo de Kyoto establece como una de las políticas y medidas que pueden ejecutar las partes para mitigar el cambio climático y promover el desarrollo sostenible, el fomento de la eficiencia energética en los sectores pertinentes de la economía nacional²⁹ y la investigación, promoción, desarrollo y aumento del uso de formas nuevas y renovables de energía³⁰. Nótese que, en este marco, el Protocolo de Kyoto entra en vigor en el año 2005 y que la legislación argentina de promoción tributaria del biocombustible en tanto energía renovable, en concordancia con el Protocolo, comienza a sancionarse en el año 2006.

En orden a la armonización de los efectos de la utilización masiva de los biocombustibles y su sustentabilidad, se observan como efectos negativos la expansión de la frontera agraria, el desplazamiento de otros sistemas productivos y la inconveniencia de adoptar un esquema que pueda en principio reducirse a la “producción de alimentos vs. producción de energía”. Por otro lado, y como posibles efectos positivos de los biocombustibles, observamos la posibilidad de utilizarlos para reemplazar a los combustibles fósiles “no renovables” y con ello, sus impactos ambientales positivos para mitigar el cambio climático, siempre que se produzcan bajo determinadas condiciones, es decir, con la salvedad de que deberá analizarse en cada caso concreto el resultado de la ecuación³¹. En otras palabras, el biocombustible, en tanto energía

²⁹ *Protocolo de Kyoto* cit., art. 2, a.i.

³⁰ *Ídem*, art. 2.iv.

³¹ Por ejemplo, que los granos se produzcan en tierras que no fueron objeto de desmonte de bosque nativo, etc.

renovable derivada de la biotecnología, sólo será sustentable si su promoción, producción y utilización es acompañada por adecuadas políticas de ordenamiento territorial y desarrollo rural que permitan su sustentabilidad.

Finalmente, hemos podido comprobar la principal hipótesis de nuestro trabajo: los verdaderos fines, alcances y causas de las normativas argentina y santafesina sobre promoción de la producción de biocombustibles no es el desarrollo sustentable, mediante la protección del ambiente –mitigación del calentamiento global, biodiversidad y su importancia en el desarrollo social y rural–, sino favorecer principalmente el crecimiento económico de un sector de la industria argentina, las cerealeras y aceiteras, que en su gran mayoría pertenecen a multinacionales radicadas en nuestro país y en nuestra provincia y que lo producen generalmente para su exportación.

En suma, es necesario poner en su justo término la ecuación “alimentos/biocombustibles”, resaltando la necesidad de una justa regulación para evitar la antinomia. Es necesario superar la utilización de los biocombustibles como mera herramienta de crecimiento económico para que sea un instrumento de desarrollo rural, a través de políticas superadoras que se traduzcan en normas que permitan apuntalar un verdadero desarrollo rural sustentable en la región.

Bibliografía

- BAKOVICH, Osvaldo, *El nuevo paradigma energía-biocombustible*, en 3^{er} Congreso de Soja del Mercosur del 27 al 30 de junio de 2006, Bolsa de Comercio de Rosario, p. 273.
- BOURNE, Joel, *Green Dreams*, National Geographic, Washington, 2007, en www.ngm.nationalgeographic.com/2007/10/bioguels-text.
- CAFICI, Máximo, *Tendencias del Protocolo de Kyoto*, en *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, N° 3.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (dir.), *Codificación y comentario de normas internacionales ambientales vigentes en la República Argentina y en el Mercosur*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
- FACCIANO, Luis A., *El ordenamiento territorial como herramienta de un desarrollo agrario sustentable. Análisis de un reciente fallo de la CSJN en*

- Argentina, Conferencia en el seminario internacional *El Derecho agroambiental: un derecho universal*, Cochabamba, Bolivia, 6, 7 y 8 de mayo de 2009 (inédito).
- *Influencia sobre las regulaciones sobre productos agrarios, seguridad alimentaria y biotecnología en la evolución del Derecho Agrario*, en VII Congreso Mundial de Derecho Agrario de la Umu, Giuffrè, Milano, 2003, t. II, p. 332.
- *La suficiencia agroalimentaria, la biotecnología y el desarrollo rural como ejes del moderno Derecho Agrario*, comunicación al V Congreso del Comité Americano de Derecho Agrario (CADA), Guatemala, 1º al 3 de agosto de 2007 (inédito).
- *Propiedad agraria, ordenamiento territorial y desarrollo agrario sustentable*, conferencia en XIX Jornadas Nacionales de Derecho Agrario, Salto, República Oriental del Uruguay, 24 y 25 de abril de 2009 (inédito).
- FAO, *El cambio climático, los biocombustibles y la tierra*, en revista *Nuestro Agro*, febrero de 2009, N° 16, p. 28.
- FAVA NEVES, Marcos y CONEJERO, Marco Antonio, *Escenario para el agronegocio y la agenda para el desarrollo*, en AA. VV., Facultad de Agronomía de la UBA, Buenos Aires, 2007, p. 175.
- FERNÁNDEZ BUSSY, Juan J., *Actualización legislativa sobre los productos agrícolas: la Ley 25.113 de Contratos de Maquila*, en III Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario, Instituto de Derecho Agrario, CAR, Rosario, 2000.
- FRAGUIO, Martín, *Biocombustible: hoy la demanda no tiene techo*, en revista *Prensa Económica*, Año XXXIII, N° 286, 2007, p. 20.
- GUERRA DANERI, Enrique, *Significación del espacio rural en el Derecho Agrario clásico y moderno*, en *Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental Euro-Latinoamericano*, ETS, Pisa, 2001, p. 110.
- LISTOFFSKY, Adriana y MEDINA, Lidia, *Ordenamiento territorial agrario. Aspectos relevantes*, en *Memorias, VII Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario*, Instituto de Derecho Agrario, CAR, Rosario, 2008.
- MARTÍNEZ, Ulises, *Biocombustibles: ¿energía sustentable?*, L. L. Suplemento de Derecho Ambiental del 16-12-2008.
- MORESCO, Ana Clara, *Marco jurídico de los biocombustibles: aspectos salientes de su regulación legal*, monografía de aprobación del curso de posgrado en Derecho Agrario, *La agenda actual del Derecho Agrario*

- (2007/2008), organizado por el Instituto de Derecho Agrario del CAR y la Cátedra "A" de Derecho Agrario y la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la UNR (inédito).
- PANICHELLI, Luis, *Certificación de producción sustentable de biocombustible. Consecuencias para Argentina*, en revista *Agromercado*, Año 27, N° 270, octubre de 2007, p. 10.
- PASTORINO, Leonardo, *Derecho Agrario argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- QUERINI, Carlos, *Biodiésel: producción y control de calidad*, 3^{er} Congreso de Soja del Mercosur del 27 al 30 de junio de 2006, Bolsa de Comercio de Rosario, p. 269.
- ROMERO, Roxana Beatriz, *Ordenamiento territorial y actividad agraria a la luz de la reforma constitucional del año 2007 en la Provincia de Corrientes*, en *Memorias del VII Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario*, Nova Tesis, Rosario, 2008.
- TRIPELLI, Adriana, *La protección internacional del ambiente en el siglo XXI. Hacia un Derecho Internacional del desarrollo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Los cuatro ejes del desarrollo rural*, en *Derecho Agrario y Alimentario español y de la Unión Europea*, coord. por Pablo Amat Llombart, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- WALSH, Juan Rodrigo, *El ordenamiento territorial como presupuesto mínimo de protección ambiental*, en L. L. del 11-7-2005.
- *Política ambiental y promoción de energías alternativas y biocombustibles: articulaciones necesarias para el desarrollo sustentable*, en *Revista de Derecho Ambiental*, N° 16, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 179.

INTRODUCCIÓN AL PENSAMIENTO JURÍDICO COMPLEJO

LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO Y
EL PENSAMIENTO COMPLEJO DE EDGAR MORIN*

por ELVIO GALATI**

SUMARIO: Introducción. 1. “Biografía” de las teorías. 2. Terminología. 3. Las aduanas del saber. 4. La complejidad en las ciencias. 5. Paradigmas. 6. Sistemismo. 7. Neodualismo: ontología dual. 8. Aspectos generales que las teorías tienen en común. 8.1. Filosofía y autores. 8.2. Organización y etapas de la complejidad. 9. Coincidencias específicas. 9.1. Dimensión sociológica. 9.2. Dimensión normológica. 9.3. Dimensión dialógica. 10. Planetarización. 11. ¿Interdisciplina o trialismo? Hacia una epistemología jurídica civilizada. 12. Relación de coincidencia entre las teorías. Suma del pensamiento jurídico complejo. 13. Observaciones a la complejidad trialista y moriniana. 14. Conclusión.

Resumen

Es importante no ver a las disciplinas como *parcelas de dominio*, en donde cada cual se comporta como el dueño que dispone por su experticia en su especialidad, sino siguiendo la pauta de la necesidad, tomando de las disciplinas aquello que nos haga falta. Más que al fin de la historia, asistimos al comienzo de una ciencia nueva, que implica ver las mismas cosas pero de un modo distinto.

* Agradezco a la dirección de la carrera del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) la elección de mi tesis doctoral para representarla en la novel *Revista de la Escuela de Graduados*.

** Abogado, Profesor en Ciencias Jurídicas, Doctor en Derecho. Docente regular de la UNR, Prof. titular de la Universidad de Concepción del Uruguay y becario posdoctoral del Conicet.

Abstract

It is important not to see the disciplines as individual registered plots, in which each behaves as the owner that rules in their own field, but along the lines of necessity, they should take form each discipline the things are needed. Instead of being at the end of the story, we are witnesses of the beginning of a new science, which involves seeing the same things but from a different perspective.

Introducción

Este artículo resume mi trabajo de investigación doctoral titulado *La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades*¹.

La hipótesis, que aquí llamaré “idea”, consiste en la relación de coincidencia entre la teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. La investigación consta de tres partes: la primera alude a coincidencias a nivel general, la otra plantea coincidencias específicas según el esquema categorial del trialismo y la última alude a los siguientes temas: la planetarización, la interdisciplina, las relaciones de coincidencia y las observaciones a las teorías en estudio.

1. “Biografía” de las teorías

1. Hay entre Werner Goldschmidt y Edgar Morin coincidencias de vida: ambos son judíos que lucharon contra el nazismo, el primero al tener que huir de Alemania, el segundo al tener que resistir las fuerzas alemanas de ocupación en Francia. Así como Morin se considera un “híbrido”, integrando su identidad judía y gentil y Goldschmidt se convirtió al catolicismo, el trialismo tampoco encajará en las clásicas doctrinas jurídicas, siendo un exponente del integrativismo.

2. Ambos son filósofos de profesión. En sendas oportunidades manifiestan que su espíritu no consiste en la opción del “o bien esto” o “bien aquello”, sino que incluyen los antagonistas en los “y esto” “y

¹ Facultad de Derecho de la UNR, Rosario, 2009, 2 ts.

aquello”². Por ello el filósofo rima *et et*, y no *aut-aut*³. Por el lado de Miguel Ángel Ciuro Caldani y Morin, ambos desarrollaron gran parte de su trabajo en el marco de las prestigiosas instituciones estatales que administran la ciencia: el CNRS (Conseil National de la Recherche Scientifique) francés, y el Conicet (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas) argentino.

2. Terminología

1. Complejo significa lo que abarca⁴ y la complejidad trialista comprende un tejido teórico abarcativo de una extensa realidad jurídica entendida desde las dimensiones. Morin dice que “...*la complexité est un tissu* (‘complexus’: *ce qui est tissé ensemble*) *de constituants hétérogènes inséparablement associés: elle pose le paradoxe de l’un et du multiple*”⁵. Los componentes que configuran las dimensiones trialistas son heterogéneos, en tanto la materialidad prepondera en la dimensión sociológica y la idealidad se da mayormente en las dimensiones normológica y dielógica, y todas se unen para formar el fenómeno jurídico.

2. Si lo complejo abarca el conjunto de objetos determinados por caracteres comunes⁶, el trialismo considera a los elementos jurídicos unidos en el logro del carácter común de búsqueda de la justicia.

3. Complejo significa también un tejido de enlaces⁷, lo que coincide

² MORIN, Edgar, *Introducción a una política del hombre*, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 59.

³ GOLDSCHMIDT, Werner, *El filósofo y el profeta*, en *Filosofía, Historia y Derecho*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1953, p. 122.

⁴ MORIN, Edgar; CIURANA, Roger, y MOTTA, Raúl, *Educación en la era planetaria. El pensamiento complejo como método de aprendizaje en el error y la incertidumbre humana*, Unesco, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2002, p. 40.

⁵ MORIN, *La complexité humaine*, textes rassemblés avec Edgar Morin et présentés par Heinz Weinmann, Flammarion, Paris, 1994, p. 316: “...la complejidad es un tejido (complexus: lo que es tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados: ella plantea la paradoja de lo uno y lo múltiple” (trad. del autor).

⁶ De complexus se deriva la idea de restituir, re-encontrar el tejido común. MORIN, *Complejidad restringida y complejidad generalizada o las complejidades de la complejidad*, en *Utopía y Praxis Latinoamericana: Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, N° 38, Maracaibo, 2007, p. 109.

⁷ Complejidad: “...de origen latino, proviene de ‘complectere’, cuya raíz ‘plectere’

con las relaciones e interrelaciones que se dan en las dimensiones y entre las dimensiones del trialismo, respectivamente⁸. No hay entre los elementos del trialismo una yuxtaposición ya que hay relaciones entre ellos, es decir, vinculaciones recíprocas. Hay valor en la conducta, es decir, su fin puede ser la realización de un valor; hay hechos en las normas, esto es, la norma trata de encaminar la realidad, de aclararla; y en el campo de los valores se entra en contacto con hechos: que son los que deben valorarse y compararse a fin de lograr justicia. Y también la realidad puede brindar los elementos a analizar a fin de quebrar los prejuicios que fomenten desigualdades.

4. La definición trialista de Derecho despliega la interrelación entre sus dimensiones. "...el mundo jurídico es un conjunto de repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), descritos e integrados por un conjunto de normas (dimensión normológica) y valorados repartos y normas por la justicia (dimensión dikelógica)"⁹.

3. Las aduanas del saber

1. Morin señala que nos han enseñado a separar, haciendo lo propio en el Derecho Kelsen, marginando a la sociología y la filosofía moral de su objeto. Habla entonces de la necesidad de la libre circulación de los conocimientos, sin aduanas¹⁰, que se da en el trialismo, en tanto este contiene aportes de distintas ciencias sin confundirse con ellas¹¹.

2. La postmodernidad es un tiempo propicio para la complejidad en tanto plantea la desilusión de los postulados de la ciencia clásica¹²

significa trenzar, enlazar. Remite al trabajo de la construcción de cestas que consiste en trozar un círculo uniendo el principio con el final de las ramitas". MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 40.

⁸ Ver el punto 6.

⁹ GOLDSCHMIDT, *Lugar del trialismo en la historia del pensamiento iusfilosófico y su operatividad en la práctica*, en E. D. 49-902. Ver también, CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y Política. El continente político del Derecho. Elementos básicos de una filosofía política trialista*, Depalma, Rosario, 1976, p. 12.

¹⁰ MORIN, *Articular los saberes. ¿Qué saberes enseñar en las escuelas?*, 2ª ed., trad. de Geneviève de Mahieu, con la colab. de Maura Ooms, Ediciones Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2007.

¹¹ Ver el punto 11.

¹² "Alors que la destruction d'un monde [religieux, médiéval] déterminait une

y el cuestionamiento de los fundamentos. No obstante, la tarea del nuevo tiempo es volver a unir lo separado por el cartesianismo¹³, volver a unir los juicios de hecho y los de valor¹⁴, dotando a la ciencia de conciencia, que es lo que el trialismo hace al sumar al normativismo la crítica dikelógica. Debe superarse el nihilismo kelseniano¹⁵, como ausencia de sentido, por el refuerzo y crítica permanente de los fundamentos. Hay en la sociedad actual una inestabilidad permanente que llama al juego de complementariedades de los antagonismos, una débil integración cultural, se han debilitado los tabúes y las zonas de anomalía y originalidad están más o menos toleradas¹⁶. Lo que se da en la familia, la salud, el sexo. La familia es un ejemplo de *unitas multiplex*, donde lo diverso –distintos tipos de familias– convive en lo uno. La

crise paradigmatique profonde, la science naissante ébaborait ses principes et méthodes qui allaient constituer le nouveau paradigme d'une connaissance désormais disjointe et émancipée de la politique, de la religion, de la morale, et même de la philosophie", MORIN, *La méthode 4. Les idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*, Seuil, Paris, 1991, ps. 55-56. "Mientras que la destrucción de un mundo [religioso, medieval] determinaba una crisis paradigmática profunda, la ciencia naciente elaboraba sus principios y métodos que iban a constituir el nuevo paradigma de un conocimiento que a partir de entonces sería disjunto y estaría emancipado de la política, la religión, la moral, e incluso de la filosofía", MORIN, *El Método 4. Las ideas. Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización*, 4ª ed., trad. de Ana Sánchez, Cátedra, Madrid, 2006, p. 60.

¹³ "...planteaba la necesidad de una 'epistemología no-cartesiana', en un libro [...] titulado *Le nouvel esprit scientifique* [...] dice Gastón Bachelard que lo simple no es más que el resultado de una simplificación y que la ciencia contemporánea conmina a introducir nuevos principios epistemológicos que vayan más allá del cartesianismo y de la visión funcionalista de la simplificación y reducción", MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 45. "Para confirmar científicamente la verdad, es conveniente verificarla desde varios puntos de vista diferentes", BACHELARD, Gastón, *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*, trad. de José Babini, 25ª ed., Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, p. 14. "Precisar, rectificar, diversificar, he aquí los tipos del pensamiento dinámico que se alejan de la certidumbre y de la unidad, y que en los sistemas homogéneos encuentran más obstáculos que impulsos", íd., p. 19.

¹⁴ MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 66 (MORIN, *El Método 4...* cit., p. 72).

¹⁵ *El positivismo jurídico como nihilismo*, en E. D. 45-957/959. Ver también MOTTA, *La postmodernidad: entre el silencio de la razón y el fin del milenio*, en <http://www.complejidad.org/members/25-post.pdf> (6-7-2007), p. 1.

¹⁶ MORIN, *Sociología*, trad. de Jaime Tortella, Tecnos, Madrid, 1995, p. 181.

postmodernidad complementa diversidades en el marco del embate uniformador utilitario del mercado.

4. La complejidad en las ciencias

1. Refuerza indirectamente la idea de este trabajo el hecho de que gran parte de las disciplinas científicas se hayan indisciplinado y contengan en sí aportes de sus vecinas, lo que denota la necesidad de la complejidad en los objetos disciplinares, rompiendo con la idea encarnada –en el sentido de *imprinting*– de separar. Lo cual jerarquiza también la interacción y la vuelta al tejido que constituye el complejo de la ciencia. El auge de la interdisciplina demuestra indirectamente dicho estado de situación parcelador¹⁷. Asimismo, la discusión y debates respecto de la configuración del objeto disciplinar no es una disminución epistemológica¹⁸, sino que impide que se corra un riesgo mayor: una sociedad opresiva que termine hundiéndose.

2. Debemos cuidarnos también de la porfía en querer trasladar los métodos y cánones de las ciencias naturales a las sociales, es decir, del monismo metodológico que deviene en la unidad de la ciencia¹⁹.

¹⁷ “...el simple planteo de la interdisciplina implica un cuestionamiento a los criterios de causalidad, básicamente a los de la causalidad lineal, y atenta contra la posibilidad de fragmentación de los fenómenos a abordar. Implica también [...] que los campos disciplinares no son un ‘reflejo’ de distintos objetos reales sino una construcción históricamente determinada de objetos teóricos y métodos [...] en momentos en que *las mismas disciplinas difieren en su interior en cuanto a la definición de su objeto*, se puede afirmar que una disciplina, por lo general, no es una, es decir no es unívoca y sin fragmentaciones en su mismo seno”, STOLKINER, Alicia, *La interdisciplina: entre la epistemología y las prácticas*, en www.campopsi.com.ar/interdisciplina.htm (7-9-2003). Ver también el punto 11.

¹⁸ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Lecciones de epistemología: algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, p. 129, y *Derecho y realidad: notas de teoría sociológica*, Juris, Rosario, 2005, ps. 144-145.

¹⁹ Ver en este sentido a POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 1985, p. 37. “...la física teórica moderna, en la que tanto otras personas como yo vemos la realización más completa hasta la fecha de lo que yo llamo la ciencia empírica”. En el mismo sentido puede verse a BUNGE, Mario, *Epistemología. Curso de actualización*, 2ª ed., Siglo XXI, México, 2000, p. 34: “Nadie duda ya del éxito sensacional del método científico en

Tampoco se trata de que el abogado acumule los saberes de las disciplinas a las cuales recurre, sino de que articule los conocimientos de importancia estratégica, como lo señalan Morin y Goldschmidt.

3. La complejidad se ha dado en la psiquiatría, en la salud, en la sexualidad, en las esterilizaciones, en la metodología de la investigación, en la estructura anímica freudiana, en la educación, en la Universidad, en la física, con la energía, en la biología molecular, en la etología, en la sociología, en la psicología educativa, en la prehistoria y en la antropología.

4. Es interesante rescatar a los fines de la idea de este trabajo que cuando Morin habla de relacionar la antropología con la biología, señala que ello no implica renunciar a su originalidad y especificidad²⁰. Lo propio hace Goldschmidt cuando incorpora al análisis jurídico la sociología y la filosofía moral. En este sentido es vital el mantenimiento de la justicia como norte del Derecho.

5. Paradigmas

1. Cada paradigma, como esquemas o presupuestos fundamentales, tiene una función y su elección condiciona nuestras posibilidades científicas²¹. En este sentido, el trialismo nos permite la transparencia, la

las ciencias naturales". Ver también p. 35: "Galileo engendra el método científico moderno..." Asimismo, cfr. p. 49. "La estrategia o método general de la ciencia nació hace tres siglos y medio, se desarrolló y no tiene miras de estancarse en su evolución [...] Ya domina a las ciencias sociales y a la tecnología, y está comenzando a presidir algunas zonas de la filosofía".

²⁰ "...doit sauvegarder l'originalité, l'irréductibilité, la spécificité anthropo-sociale tout en al fondant, l'enracinant, l'alimentant en vie", MORIN, *La méthode 2. La vie de la vie*, Seuil, Paris, 1980, ps. 416-417. "...debe salvaguardar la originalidad, la irreductibilidad, la especificidad antropológica al mismo tiempo que la funda, la enraiza y la alimenta de vida", MORIN, *El Método 2. La vida de la vida*, trad. de Ana Sánchez, 7ª ed., Cátedra, Madrid, 2006, p. 481.

²¹ "...le paradigme a valeur radicale d'orientation méthodologique, de schèmes fondamentaux de pensée, de pré-supposés ou de croyances jouant un rôle clé, et porte ainsi en lui un pouvoir dominateur sur les théories [...] recouvrant in extremis de façon vague l'adhésion collective des scientifiques à une vision du monde", MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 212 "...el paradigma tiene valor radical de orientación metodológica, esquemas fundamentales de pensamiento, presupuestos o creencias que tie-

participación y la crítica en el Derecho; y es entonces una teoría que encuadra fundamentalmente en la complejidad. A nivel paradigmático, tanto el trialismo como el pensamiento complejo pertenecen al paradigma de conjunción, de articulación, en oposición a la simplicidad, tributaria del paradigma de exclusión. Por ejemplo, al articular ambos hechos y valores, materialidad e idealidad; al asumir la contradicción. Lo que no se da en el positivismo jurídico que se basa en el tercio excluso²². Así se comprende también que el Derecho no es un conjunto de hechos elementales, sino un conjunto donde cada parte –diversa– apunta más allá de sí misma. Cada parte lo es dentro de un todo²³. El saber tampoco es acumulación de conocimientos²⁴ –leyes–, sino su transformación o articulación –de aspectos distintos–. En este sentido, el paradigma funciona como gran inclusor o exclusor de problemas²⁵,

nen un papel clave, por lo que lleva en sí un poder dominador sobre las teorías [...] cubren de forma vaga la adhesión colectiva de los científicos a una visión del mundo”, MORIN, *El Método 4...* cit., p. 217.

²² MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 225 (MORIN, *El Método 4...* cit., p. 231). Ver el punto 8.8.3.

²³ “La realidad no es un simple conjunto de hechos elementales, sino que consiste en unidades donde las partes no existen por sí mismas, donde cada parte apunta más allá de sí misma implicando un vasto todo. Los hechos y el significado cesan de ser dos conceptos pertenecientes a dominios diferentes, ya que un hecho es siempre un hecho dentro de un todo intrínsecamente coherente [...] La solución debe venir del todo [...] Se ha dicho: El todo es más que la suma de sus partes. Más correcto es decir que el todo es otra cosa que la suma de sus partes, porque la suma es un procedimiento sin sentido, mientras que la relación todo-parte está llena de sentido”, KOFFKA, Kurt, *Principios de psicología de la forma*, Paidós, Buenos Aires, 1953, ps. 210-211. Una de las bases de la complejidad es la teoría psicológica de la Gestalt.

²⁴ “...la connaissance scientifique n’est pas pure et simple accumulation de savoirs, et [...] le mode de concevoir, formuler et organiser les théories scientifiques était commandé et contrôlé par des postulats ou présupposés occultes”, MORIN, *La méthode 4...* cit., ps. 211-212. “...el conocimiento científico no es pura y simple acumulación de saberes [...] el modo de concebir, formular y organizar las teorías científicas era regido y controlado por postulados o presupuestos ocultos”, MORIN, *El Método 4...* cit., p. 217.

²⁵ “Le paradigme dispose d’un principe d’exclusion: le paradigme exclut non seulement les données et idées qui ne lui sont pas conformes, mais aussi les problèmes qu’il ne reconnaît pas. Ainsi, un paradigme de simplification (disjonction ou réduction) ne peut reconnaître l’existence du problème de la complexité”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 217. “El paradigma dispone de un principio de exclusión: el paradigma

y en este último caso son considerados como metafísicos, como ocurre con el tratamiento que de la justicia hace el kelsenianismo. Importa, como lo sostiene la Gestalt, la forma en que organizamos los datos²⁶.

2. Morin señala que el paradigma de la complejidad incluye el de la simplicidad²⁷, así como el trialismo incluye la dimensión normológica. Morin prefiere un paradigma que permita la reflexión²⁸ y ello lo asemeja al trialismo, que contiene una dimensión crítica, la dikelógica. La renuncia a la reflexión significa la obediencia ciega, típica del positivismo, que se traduce en el “seamos esclavos de la ley”²⁹. Otra coincidencia se da cuando Morin dice que el conocimiento debe incluir el estudio de su observador para que sea completo³⁰, dando cuenta de

excluye no sólo los datos, enunciados e ideas que no sean conformes a él, sino también los problemas que no reconozca. De este modo, un paradigma de simplificación (disyunción o reducción) no puede reconocer la existencia del problema de la complejidad”, MORIN, *El Método 4...* cit., p. 222.

²⁶ “No podemos separar el mundo que conocemos de las estructuras de nuestro conocimiento”. MORIN, *Epistemología de la complejidad*, trad. de Leonor Spilzinger, en AA. VV., *Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad*, ed. al cuidado de Dora Schnitman, Paidós, Buenos Aires, 1994, p. 432.

²⁷ MORIN, *La méthode 1. La nature de la nature*, Seuil, Paris, 1977, p. 382 (MORIN, *El Método 1. La naturaleza de la naturaleza*, trad. de Ana Sánchez en colaboración con Dora Sánchez García, 3ª ed., Cátedra, Madrid, 1993, p. 430). Ver también, MORIN, *La méthode 2...* cit., p. 392 (MORIN, *El Método 2...* cit., p. 453).

²⁸ “Creo en la tentativa de desarrollar un pensamiento lo menos mutilante posible [...] me interesa [...] respetar los requisitos para la investigación [...] y los requisitos para la reflexión propuestos por el conocimiento filosófico”, MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, trad. de Marcelo Pakman, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 140. “...la connaissance scientifique ne se connaît pas elle-même: elle ne connaît pas son rôle dans la société, elle ne connaît pas le sens de son devenir, elle ignore les notions de conscience et de subjectivité, et par là elle se prive du droit à la réflexion, qui suppose l’auto-observation d’un sujet conscient essayant de connaître sa connaissance”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 68. “...el conocimiento científico no se conoce a sí mismo: no conoce su papel en la sociedad, no conoce el sentido de su devenir, ignora las nociones de conciencia y de subjetividad, y con ello se priva del derecho a la reflexión, que supone la autoobservación de un sujeto consciente que intenta conocer su conocimiento”, MORIN, *El Método 4...* cit., ps. 73-74.

²⁹ Puede verse la siguiente cita en un libro: “El magistrado es la ley que habla, y la ley un magistrado mudo. Seamos esclavos de la ley para que podamos ser libres. Cicerón”, ÁLVAREZ GARDIOL, A., *Introducción a una Teoría General del Derecho. El método jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

³⁰ “Construcción que, por cierto, es siempre incierta, porque el sujeto está dentro de

sus sesgos subjetivos. Lo que traducido al Derecho significa que la ley dé cuentas de sus condicionantes sociológicos, como mecanismos de producción y dialógicos como mecanismos de crítica. A la vez que el trialismo jerarquiza, por ejemplo, el papel del juez.

3. Refuerza mi idea que la exclusión se da también en la epistemología, cuando algunos sostienen que ella se reduce a la “lógica de la investigación científica” –Popper–, sin dar cuenta del contexto de descubrimiento, el de valoración y el de aplicación³¹. Mientras que en el Derecho normativista se excluye el contexto sociológico y el valorativo. De allí que se diga que la ciencia es neutral o que la filosofía no influye en la producción científica³². Morin reniega de considerar a la ciencia como únicamente buena, bienhechora y moral. De ahí que señale que manipulación y conocimiento son dos fases inherentemente ambivalentes de la actividad científica³³.

la realidad que trata de conocer. No existe el punto de vista absoluto de observación ni el metasisistema absoluto. Existe la objetividad, ahora bien, la objetividad absoluta, igual que la verdad absoluta son engaños”, MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 32.

³¹ “Hans Reichenbach, en su libro *Experience and Prediction* [efectúa una] [...] discriminación –en el interior de toda idea o teoría científica– entre dos contextos, el de descubrimiento y el de justificación [...] el primero [...] corresponde [...] al ámbito de la génesis histórica. Aquí entran en juego todas las circunstancias sociales, políticas o económicas que influyen o determinan la aparición o gestación de un descubrimiento [...] [En el de justificación entran] todos aquellos elementos que atañen a la validación de una teoría. Aquí se abordan las cuestiones atinentes a la estructura lógica de las teorías y su posterior puesta a prueba”. Ver PARDO, Rubén, *Verdad e historicidad. El conocimiento científico y sus fracturas*, en AA. VV., *La posciencia*, ed. al cuidado de Esther Díaz, Biblos, Buenos Aires, 2000, ps. 60 y 61.

³² “...el contenido del conocimiento científico es axiológica y éticamente neutral”, BUNGE, *Ética, ciencia y técnica*, 2ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1997, p. 30. Ver también, *Epistemología...* cit., ps. 34, 49. “...la filosofía explícita de los filósofos no tiene por qué coincidir con la involucrada en su producción científica”, BUNGE, *Ética...* cit., p. 32. Morin ubicaría a este pensador en la corriente que considera que “...la science demeure intrinsèquement bonne, bienfaisante et morale; la technique est ambivalente, comme la langue d’Ésope; la politique, elle, est mauvaise, et les utilisations mauvaises des sciences sont dues à la politique”, MORIN, *La méthode 6. Éthique*, Seuil, Paris, 2004, p. 86. “...la ciencia sigue siendo intrínsecamente buena, benefactora y moral; la técnica es ambivalente, como la lengua de Esopo; la política sí es mala, y las utilizaciones malas de la ciencia se deben a la política”, MORIN, *El Método 6. Ética*, trad. de Ana Sánchez, Cátedra, Madrid, 2006, p. 79.

³³ “Les esprits formés par un mode de connaissance qui répudie la complexité,

4. Si bien no existe un “ojo de Dios” que nos diga cuál es el paradigma válido, en tanto todo se resume en última instancia en una cuestión de fe, la complejidad, como inclusora de los contrarios, tiene una mayor proximidad a la completud³⁴.

6. Sistemismo

1. Una transformación importante fue la consideración de los objetos de estudio de las ciencias como sistemas que prevén las partes, el todo, un panorama, las articulaciones³⁵, más que la separación y el análisis. El pensamiento complejo trabaja con macroconceptos³⁶ que asocian conceptos que se excluyen, como lo exhibe el reduccionismo y que producen una realidad lógica más interesante y comprensiva que por separado. El sistema complejo es entonces el que integra a sus con-

donc l'ambivalence, ne savent concevoir l'ambivalence inhérente à l'activité scientifique, où connaissance et manipulation sont les deux faces du même processus”, MORIN, *La méthode* 6... cit., p. 86. “Las mentes formadas por un modo de conocimiento que repudia la complejidad, por tanto la ambivalencia, no saben concebir la ambivalencia inherente a la actividad científica, en la que conocimiento y manipulación son las dos caras del mismo proceso”, MORIN, *El Método* 6... cit., p. 80.

³⁴ “*A partir du moment où la complétude de la description appelle la complexité de la conception, et où la logique interne à cette description/conception entraîne l'introduction d'une contradiction, l'élimination de cette contradiction entraînerait une dé-logification de la pensée qui y a abouti*”, MORIN, *La méthode* 2... cit., p. 382. “A partir del momento en que la completud de la descripción recurre a la complejidad de la concepción, y en que la lógica interna de esta descripción/concepción entraña la introducción de una contradicción, la eliminación de esta contradicción entrañará una deslogización del pensamiento que ha conducido a ella”, MORIN, *El Método* 2... cit., p. 442.

³⁵ “...nuestra visión es algo muy complejo [...] Porque al mirar lo que tenemos ante los ojos somos capaces de concentrar la mirada en un elemento, de ver el conjunto, de hacer una panorámica, de establecer la conexión entre diferentes cosas. Con nuestros ojos somos capaces de ver de manera compleja. Pero no somos capaces de pensar de manera compleja”, MORIN, *Epistemología*... cit., p. 440.

³⁶ “El pensamiento complejo piensa por medio de macroconceptos, es decir, por medio de la asociación de conceptos atómicos separados por regla general, antagonistas a veces, pero que en su interrelación generan figuras complejas que sin esa dinámica interactiva se volatilizan y dejan de existir. Los macroconceptos asocian conceptos que se excluyen y se contradicen, pero que una vez críticamente asociados, producen una realidad lógica más interesante y comprensiva que por separado”, MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 52.

tradictorios, lo que se puede transformar en una pauta de vida, al permitir la inclusión de sectores otrora marginados, como el de los pueblos originarios, las mujeres, las minorías sexuales, los ancianos, etcétera.

2. Cuando Morin habla de la “polilógica”³⁷ coincide una vez más con el trialismo, en tanto esta diversidad no multiplica su objeto, como lo sostienen sus adversarios al calificarlo de tres ciencias³⁸, sino que los límites con las ciencias de las que se vale el trialismo como ayuda están configurados por los horizontes³⁹: la sociología, como frontera de la jurística sociológica, y la filosofía de la justicia, como frontera de la jurística dikelógica. Además, la transdisciplina, como actitud que observa las distintas dimensiones o niveles de la realidad⁴⁰, plantea una libertad disciplinaria⁴¹ que echa por tierra la acusación al trialismo de constituir tres ciencias.

3. Morin y el trialismo se esfuerzan por no igualar al hombre con

³⁷ “*Ici surgit une différence radicale avec les ordinateurs fabriqués par l’homme. Ceux-ci ne disposent pas de plusieurs types et variétés de mémoire; ils ne portent pas constitutionnellement en eux une multiplicité égo-géno-ethno-référente. Enfin, ils ne sont pas simultanément comandés/controlés par des logiciels différents*”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 19. “Surge aquí una diferencia radical con los ordenadores fabricados por el hombre. Éstos no disponen de diversos tipos y variedades de memoria; constitucionalmente, no llevan en sí mismos una multiplicidad ego-géno-etno-socio-referente. Por último, no son mandados/controlados simultáneamente por lógicos diferentes”, MORIN, *El Método 4...* cit., p. 21.

³⁸ GUIBOURG, Ricardo, *Provocaciones: en torno del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, p. 40. El autor no explica a qué se refiere con “una ciencia y media”.

³⁹ BIDART CAMPOS, Germán, *La teoría trialista del mundo jurídico según Werner Goldschmidt*, en E. D. 25-903.

⁴⁰ MORIN, *Articular...* cit., ps. 31-32. NICOLESCU, Basarab, *Transdisciplinarity as Methodological Framework for Going Beyond the Science-Religion Debate*, del 24-5-2007, en <http://www.metanexus.net/conference2007/articles/Default.aspx?id=10013> (23-2-2008).

⁴¹ “La transdisciplinariedad [...] es un abordaje que va más allá, proporcionando libertad de estar del otro lado sin ser acusados de estar pisando donde no debemos y sin temer serlo”, GARRAFA, Volnei, *Multi-inter-transdisciplinariedad, complejidad y totalidad concreta en Bioética*, en AA. VV., *Estatuto epistemológico de la Bioética*, coord. por Volnei Garrafa, Miguel Kottow y Alya Saada, Universidad Nacional Autónoma de México, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la Unesco, México, 2005, en <http://www.unesco.org/uy/shs/fileadmin/templates/shs/archivos/epistemologico.pdf> (4-8-2008), p. 71.

la máquina artificial. El trialismo no es una teoría mecanicista porque ante el menor error no “apaga” su funcionamiento⁴², lo que se traduciría en esperar al accionar del Congreso que “reprograme” la máquina, sino que reconoce en los hechos las facultades de los jueces ante las carencias normológicas y de la población con el valor jurígeno del reparto autónomo y la costumbre⁴³. Además, no deriva la solución a otras disciplinas en tanto la injusticia social no es sólo un problema político, y no siempre “todo lo no prohibido” está permitido. La visión normativista, que promueve la eficiencia en la solución igual para todos los casos⁴⁴ ahoga la complejidad, el particularismo. Además, la lógica que acompaña a la visión mecanicista entrega a la formalidad del programa la validez de sus premisas⁴⁵, con lo cual impide toda

⁴² “...pourquoi une machine artificielle, dont les constituants sont d’une extrême fiabilité, est moins fiable que la machine vivante dont les protéines constitutives sont extrêmement dégradables. Il découvrit que cela tenait au caractère toujours dégénératif de la première (une perturbation, une erreur sont cause d’arrêt ou de dégradation irréversible) et au caractère provisoirement non dégénératif de la seconde, capable de tolérer, combattre, rectifier l’erreur en procédant à des réparations et de réorganisations”, MORIN, *La méthode 2...* cit., p. 108. “...por qué una máquina artificial cuyos constituyentes son de una fiabilidad extrema, es menos fiable que la máquina viviente cuyas proteínas constitutivas son extremadamente degradables. Descubrió que esto se debía al carácter siempre degenerativo de la primera (una perturbación, un error son causa de degradación o de parada irreversible) y al carácter provisionalmente no degenerativo de la segunda, capaz de tolerar, combatir, rectificar el error procediendo a reparaciones y reorganizaciones”, MORIN, *El Método 2...* cit., p. 134.

⁴³ Sobre el tema puede verse mi libro inédito, *La costumbre en el Derecho argentino. Análisis jusfilosófico y trialista de la razón del pueblo*.

⁴⁴ “Si el legislador elige un sistema mecanizado para la solución de cierto tipo de conflictos, deberá asegurarse de que el perjuicio que pueda causar la rigidez de las normas quede compensado por la mayor velocidad del procedimiento, por la mayor previsibilidad de los riesgos individuales o por otras ventajas, y estar además atento a las fallas que la práctica vaya poniendo de relieve para modificar las normas en consecuencia”, GUIBOURG, *La justicia y la máquina*, en L. L. 150-1002.

⁴⁵ “...la lógica trata muy especialmente sobre las tautologías, y por esto empleamos hoy máquinas –las computadoras– que son formidables constructoras de relaciones tautológicas: dados un programa y los datos con que se la alimenta, la máquina produce una respuesta que resulte *formalmente* verdadera bajo la condición de la verdad de aquellas premisas”, ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, M.^a Eugenia y GUIBOURG, R., *Lógica, proposición y norma*, 1^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 70.

discusión, en tanto no hay relación con la realidad, bloqueada por la forma. De seguirse a Parménides o el mecanicismo/automatismo, “Mayo francés” no se habría producido, ya que la alternativa no es el cambio, sino represión y cárcel por contradecir las normas que hacen los poderosos. Esto implica que no hay en el Derecho un productor monopolístico constituido por el Estado. Los seres se producen continuamente a sí mismos, sin haber separación entre productor y producto⁴⁶, con lo cual la separación entre norma y aplicación deviene artificial.

3.1. La CSJN no se comportó de manera automática en “Arriola”⁴⁷, sino que desoyó la ley penal de estupefacientes. Cabe cuestionarse quién programa a los legisladores, así como Morin se pregunta quién educa a los educadores⁴⁸. Considerar al Derecho como una máquina no parece compatible con considerarlo como un sistema, en tanto aquí hay caracteres autorregeneradores e interrelaciones entre elementos diversos. Recuérdese que el Código Civil es un sistema, ya que el mismo prevé las soluciones en casos de carencias, sin recurrir al legislador⁴⁹.

4. Una teoría puede tener relaciones sistémicas, que en el caso del trialismo se dan al interior de sus dimensiones, pero las relaciones intersistémicas reveladoras de complejidad⁵⁰ son las que se dan entre dimensiones diversas. Analicemos las *relaciones sistémicas*.

⁴⁶ MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco, *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*, Lumen, Buenos Aires, 2003, p. 29.

⁴⁷ Fallado el 26-8-2009. Ver <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=38453#> (26-8-2009).

⁴⁸ Ver MORIN, *Ciencia con conciencia*, trad. de Ana Sánchez, Anthropos, Barcelona, 1984, p. 81.

⁴⁹ El art. 16 sostiene: “Si una cuestión civil 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”. Mientras que el art. 15 establece al juez el deber de fallar en casos de carencias: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.

⁵⁰ “...l’extraordinaire jeu des interactions et des interférences nécessite des méthodes aptes à se hausser au niveau de la complexité: cela signifie que le but essentiel de la recherche empirique n’est pas seulement de réduire à des unités élémentaires quantifiables, mais de concevoir l’organisation des unités complexes...”, MORIN, *Sociologie*, Fayard, Paris, 1984, p. 127. “...el extraordinario juego de las interacciones

4.1. En la *dimensión sociológica*, los repartos se relacionan con las distribuciones, en tanto las decisiones deben tener en cuenta el fondo ambiental en el cual se proyectan⁵¹. Hay relaciones entre repartos autónomos y autoritarios, de equivalencia –transformación e interpenetración– y preferencia –ontológica y dikelógica⁵²–. Hay relación entre los modos constitutivos del orden de los repartos, ya que el plan de gobierno sin ejemplaridad no puede marchar y la ejemplaridad tiene cierta planificación⁵³. El todo estaría representado por la naturaleza y las influencias humanas difusas, y las partes por las conductas⁵⁴.

4.2. Hay relaciones entre las fuentes materiales de las *normas* y las fuentes de conocimiento, en tanto unas influyen en las otras, convirtiéndose las últimas en fuentes reales⁵⁵. Hay relación entre los elementos de la interpretación, por ejemplo, entre el elemento sistemático y el resto de los elementos, en donde la norma entra en armonía con el sistema normativo⁵⁶. La síntesis implica el esfuerzo por que con-

y de las interferencias requiere métodos aptos para alzarse hasta el nivel de la *complejidad*; ello significa que el objetivo esencial de la investigación empírica no es solamente el de reducir a unidades elementales cuantificables, sino el de concebir la organización de las unidades complejas...”, MORIN, *Sociología* cit., p. 139.

⁵¹ “...los repartos no se producen en el vacío, sino en marcos de distribuciones y las distribuciones se generan en ámbitos influidos por los repartos [...] las distribuciones por influencias humanas difusas son, en mucho, resultados de múltiples repartos”, CIURO CALDANI, *Integración trialista de la aristocracia y la democracia*, en E. D. 147-899. De ahí que sea fundamental incorporar como modo de protección del individuo al “mercado”. Ver el punto 9.3.8.

⁵² Las primeras aluden a la transformación de una clase en otra, y en la interpenetración la autoridad y la autonomía interactúan y conviven armónicamente. Las relaciones de preferencia aluden a la primacía óptica y dikelógica, para el trialismo clásico, del reparto autónomo sobre el autoritario. Ver GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 68-70. Sobre mi nueva propuesta ver el punto 9.3.7.

⁵³ CIURO CALDANI, *Integración...* cit., p. 900.

⁵⁴ CIURO CALDANI, *Las partes y el todo en la teoría trialista del mundo jurídico*, en AA. VV., *Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, coord. por Miguel Ángel Ciuro Caldani, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), Rosario, 2007, p. 39.

⁵⁵ CIURO CALDANI, *Teoría tridimensional y teoría trialista*, en L. L. 148-1211.

⁵⁶ CIURO CALDANI, *El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)*, FIJ, Rosario, 2001, p. 91.

fluyan distintas normas, como en el caso de los concursos de delitos, de créditos⁵⁷. En la elaboración cobran importancia las normas que determinan producción y contenidos. La autointegración retroalimenta el sistema, con las bases formales de la justicia. Puede verse al todo reflejado más en la interpretación sistemática, por la relación que establece entre la norma a interpretar y el conjunto normativo, mientras que es una interpretación más parcial la referencia a su historicidad para la consideración de la intención o fin del autor⁵⁸.

4.3. En la *dimensión dikelógica*, la valencia es el sustrato teórico de la valoración, a fin de valorar el reparto. Y cuando dichas valoraciones tienen una causa común se transforman en orientaciones. A fin de que dichos criterios sean apropiados a los casos hay que someterlos a constantes verificaciones con las valoraciones⁵⁹. Hay clases de justicia más referidas a las partes –justicia con consideración de personas y espontánea– y otras al conjunto –justicia sin consideración de personas y conmutativa⁶⁰–. Desde los legitimados a repartir hay relaciones entre la aristocracia y la democracia, que representan a su vez las partes y el todo respectivamente⁶¹. El humanismo abstencionista da preferencia a las partes, y el intervencionista al todo.

5. Producto de la visión sistemática y compleja del objeto jurídico es que el trialismo lo entiende con *interrelaciones sistémicas*, que implican dimensiones dependientes entre sí, y sin que pueda hablarse de una mera adición –yuxtaposición– o unión entre ellas⁶². El Derecho es visto así como un continuo, como una entidad global. Cobra im-

⁵⁷ Ídem, p. 92.

⁵⁸ Ver CIURO CALDANI, *Las partes...* cit., p. 42.

⁵⁹ CIURO CALDANI, *El Derecho Universal...* cit., p. 94.

⁶⁰ CIURO CALDANI, *Las partes...* cit., p. 43.

⁶¹ Ídem, p. 44.

⁶² Las categorizaciones trialistas no son tajantes, a pesar de leer afirmaciones como ésta: “el trialismo [...] [determina] escrupulosamente los límites de esas dimensiones, [y] proclama una tan severa unión entre esos distintos estamentos...”, ÁLVAREZ GARDIOL, *Lecciones...* cit., p. 137; *Derecho y realidad...* cit., p. 159, y *El objeto de la ciencia del Derecho*, en *Separata de la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N° 120, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1978, p. 85. No hay unión, ni severa, ni blanda, que daría lugar a una fusión, con la consiguiente confusión, mezcla. Sí hay interrelación, interdependencia, que no es dependencia, sino dependencia recíproca, relacionada, convivencia de distintos aspectos de un mismo objeto.

portancia aquí la irreductibilidad, en tanto no es posible reducir el fenómeno analizado a alguna de sus partes aisladamente considerada. En un paradigma de complejidad, Morin plantea relaciones entre lo sociológico y lo noológico⁶³, como Goldschmidt hace lo propio entre la materialidad y la idealidad. El jurista germano-español sostiene la misma idea que Morin al hablar de las relaciones entre las tres dimensiones, ya que proclama que los tres conceptos aparecen tantas veces en cada uno de los otros⁶⁴.

5.1. Hay interrelaciones desde la *dimensión sociológica*. El orden de conductas es material estimativo de un complejo de valores⁶⁵. Los repartos implican posibilidades de acrecentamiento de las esferas de libertad⁶⁶. El ejercicio de la justicia se traduce en repartos⁶⁷, ya que los valores no son autoejecutorios⁶⁸, así como las normas no son máxicas. La potencia e impotencia conllevan criterios acerca de lo valioso o disvalioso que encierra el perjuicio y beneficio⁶⁹. Los mecanismos

⁶³ “...dans et par un grand paradigme, il y a une profondeur noologique inouïe dans le sociologique, et il y a une profondeur sociologique inouïe dans le noologique”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 230. “...en y por un gran paradigma, se da una profundidad noológica inaudita en lo sociológico, y se da una profundidad sociológica inaudita en lo noológico”, MORIN, *El Método 4...* cit., p. 236.

⁶⁴ “La estructura triple del mundo jurídico se manifiesta en el hecho de que los diferentes conceptos pueden aparecer tres veces, una vez en cada una de las tres dimensiones, y cada vez con las variaciones del caso. He aquí lo que se llama «la declinación trialista»”, GOLDSCHMIDT, *Trialismo. Su semblanza*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, apéndice, Driskill, Buenos Aires, 1986, t. V, p. 786. Luego llamará declinación trialista al triple análisis sociológico, normológico y dikelógico de un fenómeno jurídico. Ver *Introducción...* cit., p. 31. Por ejemplo, el aumento de salarios puede verse como clamor popular, que consagra un deber ser real, luego captado en las normas, como deber ser normológico, y consagrarse finalmente como deber ser dikelógico, es decir, como justo (GOLDSCHMIDT, *Trialismo...* cit., p. 786).

⁶⁵ GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, 2ª ed., Aguilar, Madrid, 1958, p. 178.

⁶⁶ CIURO CALDANI, *Visión de la teoría trialista y de su concepción del abogado*, en *Juris*, t. 36, p. 300.

⁶⁷ GARDELLA, Juan Carlos, “Introducción al Derecho” por Werner Goldschmidt (Aguilar), Buenos Aires, 1960, en L. L. 100-1008.

⁶⁸ *Introducción...* cit., p. 370.

⁶⁹ “Potencia e impotencia aumentan o disminuyen respectivamente la realización de un valor desde cuya atalaya, por consiguiente, la potencia tiene carácter positivo y la impotencia carácter negativo”, ídem nota anterior, p. 54.

de democracia semidirecta –iniciativa y consulta popular– relacionan costumbre y normatividad, encauzando la participación popular, y lo propio ocurre con los distintos tipos de costumbre clasificados según la ley: *secundum*, *præter* y *contra legem*. La revolución es un cambio de titulares y criterios de reparto con respecto a otros ya dados y plasmados en un ordenamiento escrito. Goldschmidt menciona criterios de valor en el orden de repartos, como la libertad de locomoción y la estabilidad del empleo, industrializar sin descuidar el agro⁷⁰. La justicia de un reparto depende de su finalidad objetiva⁷¹, ya que la crítica exige precisión de las voluntades. En tanto la finalidad objetiva a su vez depende de la fiel descripción de la finalidad subjetiva⁷². En relación con la causalidad, ella es útil a la exactitud en tanto ésta se dará en el ámbito normativo si se lleva a cabo la relación causal pretendida⁷³. Para llegar a una justicia cabal, la pantonomía exige un análisis completo de toda la base material pasada, presente y futura y de todos los aspectos del complejo, con lo que es inevitable el recurso a todos los repartos y a conjuntos de repartos⁷⁴.

5.2. Desde la *dimensión normológica*, la normatividad realiza una captación lógica de un reparto, describiéndolo e integrándolo⁷⁵. La

⁷⁰ GOLDSCHMIDT, *La doctrina del mundo jurídico (Programa de la ciencia jurídica como ciencia socio-dikenormológica)*, en *Ciencia jurídica (Aspectos de su problemática jusfilosófica y científico-positiva, actual)*, Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1970, p. 201. En su *Introducción...*, cuando Goldschmidt alude al contenido del plan de gobierno, menciona a los religiosos, metafísicos y laicos, p. 84.

⁷¹ “...la finalidad que ‘encontramos’ en ellos...”, CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas (Hacia una semiología del funcionamiento normativo)*, FIJ, Rosario, 2000, p. 12.

⁷² Se trata de la finalidad de los autores. Ídem nota anterior.

⁷³ CIURO CALDANI, *Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales (Elementos para la sociología jurídica)*, Instituto Jurídico-Filosófico, Facultad de Derecho, UNR, Rosario, 1967, reimpreso en *Revista del Centro...*, N° 28, FIJ, Rosario, 2004/2005, p. 111.

⁷⁴ “...la pantonomía de la justicia se traduce en el orden de conductas real como ‘grupo’, ésta es una contribución de Goldschmidt a la rama de la Sociología llamada ‘análisis de grupo’; relaciona el ‘grupo’ con el ‘reparto’ y con la pantonomía de la justicia...”, GARDELLA, ob. cit., p. 1008.

⁷⁵ “...la norma es un juicio (es lógica) que capta la realidad del reparto y de la

normatividad describe la voluntad del repartidor y aclara y clasifica con conceptos dicha realidad⁷⁶. Y la prescripción en términos normativistas es nominada como el “imperativo”⁷⁷ que es sólo una parte del Derecho. Respecto de la interpretación, la más cabal es la que responde a la intención/fin del autor⁷⁸, si en algo consiste “desentrañar” algún sentido; lo que equivale a adscribir la norma a la realidad social. Incluso, considerar que la interpretación debe ser leal al autor implica una opción valorativa⁷⁹, aunque el lugar de privilegio del valor se exhibe en la elaboración⁸⁰. Si una norma se propone objetivos y utiliza medios para lograrlos, la “adecuación” trialista analiza la pertinencia de éstos⁸¹, logrando una nueva vinculación entre las dimensiones. Con la fidelidad, la exactitud y la adecuación, la norma no debería ser un engendro lógico cuya mayor vinculación con la realidad social sea la de ser escrita en el Boletín Oficial⁸². En el campo de las fuentes de las normas,

vida. Por esa vía, se abrirá mejor el camino de la consideración axiológica, que encuentra su principal oportunidad de ingreso en el funcionamiento de la norma”. CIURO CALDANI, *Lecciones de Teoría General del Derecho*, en *Investigación...*, N° 32, FIJ, Rosario, 1999, p. 42.

⁷⁶ “Cada concepto de la norma ilumina un sector social”, GOLDSCHMIDT, *Trialismo...* cit., p. 787.

⁷⁷ Es la captación lógica desde el ángulo visual del protagonista del reparto, que se traduce en “haz esto” o “debo hacer esto” (GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 200).

⁷⁸ “Sobre todo, hay que completar la intención del autor de la norma por medio del fin [...] la intención del protagonista constituye un fenómeno psíquico, y le es inmanente: no comprende sino aquellas hipótesis previstas por el protagonista y con miras a las cuales ha estatuido determinado proyecto de reparto”, GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 261.

⁷⁹ “...no deseamos hacer una análisis ‘infradimensional’ limitado a lo que la interpretación ‘es’ o ‘debe ser’ sino reflejar los tres despliegues jurídicos enfocando lo que puede ser y es sociológica y normológicamente para concluir averiguando dikeológicamente lo que debe ser”, CIURO CALDANI, *Meditaciones trialistas sobre la interpretación*, en E. D. 72-812.

⁸⁰ “Aunque el elemento valorativo es una constante aun para la interpretación, es en la elaboración donde juega su papel principal”, ídem nota anterior, p. 824.

⁸¹ “Si la integración sirve a los objetivos de los autores de la norma ésta es adecuada”, CIURO CALDANI, *Metodología jurídica*, FIJ, Rosario, 2000, p. 65.

⁸² “El control de la armonía entre lo normativo y lo social puede obtenerse a través del reconocimiento de la fidelidad, la exactitud y la adecuación de las normas”, CIURO CALDANI, *El Derecho Universal...* cit., p. 88.

Goldschmidt y Ciuro Caldani dicen que hay que saltar de las formales a las materiales, para saber si son fieles, exactas y adecuadas⁸³. Por ejemplo, la inactividad del acreedor hace prescribir la deuda, un desastre puede destruir la cosa materia del contrato⁸⁴, los herederos pueden no aceptar las disposiciones testamentarias, *pacta sunt servanda* siempre que *rebus sic stantibus*⁸⁵, para comprobar la libertad de la voluntad es necesario consultar la realidad⁸⁶. Las categorías de “fuentes espectáculo” y “fuentes propaganda”, que aluden a las elaboradas para las apariencias⁸⁷ y a las hechas para convencer de lo que no debe hacerse⁸⁸, instar su cumplimiento⁸⁹, aludiendo a una efectiva falta de voluntad de repartir⁹⁰, respectivamente, funcionan articulando dimensiones, ya que obliga al profesional a consultar la realidad social. Dichas fuentes espectáculo suelen ocultar las injusticias de las fuentes materiales⁹¹. De ahí la pretensión de verdad de la normatividad que proclama el trialismo. Los límites “sociales” son fronteras que las normas no pueden atravesar y que hay que tener en cuenta si éstas pretenden ser exitosas⁹². Querer enjuiciar a un influyente diputado oficialista o luchar contra los monopolios de ciertas empresas de comunicación puede ser una difícil apuesta. Reconocer una norma –si rige, si es aplicable o desplazada por otra⁹³– no agota su funcionamiento en ella misma. Por ejemplo, cabe preguntarse qué ocurre con el “artículo perdido” de la

⁸³ CIURO CALDANI, *Las posibilidades de superación de la discusión entre Juspositivismo y Jusnaturalismo a través de la teoría trialista del mundo jurídico*, en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 41, *Positivism jurídico y doctrinas del Derecho Natural*, Universidad de Valparaíso, 1996, p. 92.

⁸⁴ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 225.

⁸⁵ Ídem, p. 226.

⁸⁶ Ibídem.

⁸⁷ CIURO CALDANI, *Metodología jurídica* cit., p. 68.

⁸⁸ CIURO CALDANI, *Lecciones de Teoría General...* cit., p. 51.

⁸⁹ CIURO CALDANI, *Metodología jurídica* cit., p. 69.

⁹⁰ CIURO CALDANI, *Las fuentes de las normas*, en *Revista de la Facultad de Derecho, UNR*, N° 4/6, Facultad de Derecho, UNR, Rosario, 1986, p. 236.

⁹¹ Ídem, p. 253.

⁹² “Los límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas, pueden impedir la asunción o el rechazo del reparto captado en la norma, por ejemplo, a través de condicionamiento psíquicos de los protagonistas, de obstáculos socio-políticos, socio-económicos, etc.”, GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 107.

⁹³ CIURO CALDANI, *Metodología jurídica* cit., p. 70.

Constitución –sobre mayorías de leyes sobre régimen electoral–, no sancionado por la Convención, pero incorporado por una ley que publica el “texto oficial”⁹⁴. Cuando un juez tiene que elaborar una norma ante una carencia histórica, la identifica en la realidad social. En el caso de la carencia dikelógica no se recurre sin más a la justicia sino a la justicia positivizada, y luego, si subsiste la injusticia se acude a la justicia material⁹⁵. Así, el valor justicia se relaciona con la normatividad, respetándola, a la vez que cada elemento del sistema tiene límites por el hecho de formar parte de él. Los repartidores autónomos también normativizan y formalizan sus acuerdos, es decir, se autoimponen, llevando a cabo el valor libertad. El fundamento o legitimidad del ordenamiento jurídico culmina, no en la “norma” hipotética fundamental, en tanto es un hecho y no hay hipótesis, sino en un vencimiento⁹⁶, basándose una vez más la norma en la realidad social.

5.3. Desde la *dimensión dikelógica*, el criticismo jusnaturalista valora repartos y normas, lo dado, y así se limita el funcionamiento del valor a la crítica, sin apriorismos⁹⁷. También la justicia se une a sus circunstancias en la valoración y la orientación, mitigando los caracteres universalistas del Derecho natural a secas. Recuérdese que reparto es aquel susceptible de ser valorado por la justicia⁹⁸, ya que las conductas humanas se inspiran en criterios de valor⁹⁹. Ante una carencia histórica, situación de hecho, por justicia se reclama regulación y de seguirse los carriles normativos puede resultar una permisión injusta ante “todo lo no prohibido está permitido”. La carencia dikelógica cuestiona la normatividad y el primer paso para la elaboración es la autointegración. Con lo cual, complejamente, el antagónico es a su vez neutralizado por el antagónico¹⁰⁰. El deber de actuar, ante el contacto del deber ser actual

⁹⁴ SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 1, p. 229.

⁹⁵ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 294.

⁹⁶ La totalidad de la pirámide se funda en el deber de cumplir los pactos y en el deber de obediencia al soberano (CIURO CALDANI, *Teoría tridimensional* cit., p. 1212).

⁹⁷ GOLDSCHMIDT, *Lugar del trialismo...* cit., p. 905.

⁹⁸ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 29, 46, 48.

⁹⁹ Ver GOLDSCHMIDT, *La doctrina...* cit., p. 205.

¹⁰⁰ Dice el filósofo francés: “la *rétroaction négative* est [...] *organisationnellement antagoniste à un antagonisme (anti-organisationnel) menaçant l'intégrité du système*”

con la realidad social, contacta aún más al valor con la realidad social, ya que exige a aquellos que puedan y sepan revertir una injusticia¹⁰¹. Dicha aplicabilidad del deber se relaciona con el fraccionamiento de la justicia, que a su vez se relaciona con la pantonomía, ambos conceptos anclados en la realidad¹⁰². Poder remediar la injusticia es contactar lo fácticamente posible con lo idealmente aceptable. La justicia se logra con un reparto y para lograrlo hay que considerar las posibilidades de su efectivización¹⁰³. Se ha dicho que si el reparto justo no es posible, hay que procurar el justificado¹⁰⁴. A nivel colectivo, habrá un derecho de resistencia a la opresión. Con lo cual, según Morin, los antagonismos, en lugar de destruir el sistema lo hacen vivir¹⁰⁵. Por ello Goldschmidt dice que el deber ser parece una especie del ser general¹⁰⁶. Además, sólo los diferencia el “debe”, en tanto el “ser” tiene que ser algo distinto¹⁰⁷. Como

et en train de s’actualiser. Elle rétablit la complémentarité entre les éléments”, MORIN, *Sociologie* cit., p. 78. “La retroacción negativa es [...] organizativamente antagónica a un antagonismo (antiorganizativo) que amenaza a la integridad del sistema y que está a punto de actualizarse y restablece la complementariedad entre los elementos”, MORIN, *Sociología* cit., p. 93. Vale decir con Morin cómo “*la complémentarité joue de façon antagoniste à l’antagonisme, et l’antagonisme joue de façon complémentaire à la complémentarité*”, MORIN, *Sociologie* cit., p. 78. “La complementariedad actúa de forma antagónica al antagonismo y el antagonismo actúa de forma complementaria a la complementariedad”, MORIN, *Sociología* cit., p. 93. Un ejemplo de convivencia de los antagónicos se da cuando las inconstitucionalidades conviven con la legislación declarada inconstitucional en los casos concretos. Si la inconstitucionalidad adquiere su máximo de ejemplaridad –como seguimiento– la legislación será finalmente cambiada; como parece que ocurrirá con la tenencia de drogas para consumo personal, prohibida por la ley 23.737. Otro nivel de antagonismo se da, por ejemplo, con los llamados “partidos antisistema”. En este sentido, el partido comunista participa de las elecciones, mientras que el partido filo-nazi “Nuevo Triunfo” no fue admitido.

¹⁰¹ GOLDSCHMIDT, *La doctrina...* cit., p. 204. “Negar la necesidad de que intervenga un deber ser real para movilizar en la realidad social el deber ser ideal, significaría incurrir en un realismo absurdo de los valores que predicaría su autoaplicación real”, GOLDSCHMIDT, *La idealidad adyacente y sus secuelas políticas*, en E. D. 7-974.

¹⁰² Ver GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 392-393.

¹⁰³ CIURO CALDANI, *Bases categoriales...* cit., p. 112.

¹⁰⁴ *Ibídem*.

¹⁰⁵ MORIN, *Sociologie* cit., p. 69 (MORIN, *Sociología* cit., p. 84).

¹⁰⁶ GOLDSCHMIDT, *Ser y deber ser*, en *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978, p. 81.

¹⁰⁷ Ver *ídem* nota anterior.

sostiene Goldschmidt, estar a favor de la comunicación –articulación según Morin– no significa que haya identificación entre ambas esferas¹⁰⁸. Otro emergente es la equidad, que prioriza la particularidad del caso frente a la solución distinta que plantea la generalidad normativa. Por ejemplo, una pena puede no ser cruel en abstracto¹⁰⁹; las partes pueden indicar a los árbitros resolver un caso de Derecho Internacional Privado según equidad¹¹⁰. Cabe señalar también la amnistía¹¹¹, el indulto, las condonaciones, moratorias, el plazo de gracia, todo lo cual sería imposible frente a una máquina insensible. Ciuro Caldani señala que el vicio del generalismo renuncia a la realidad¹¹². La imprevisión suspende el principio de justicia que manda cumplir la palabra empeñada, porque se trata de mantener la igualdad de las prestaciones. Altera la igualdad un acontecimiento fáctico, que moviliza la vuelta a la igualdad¹¹³. Desde la justicia como régimen Bidart Campos señala que si los derechos constitucionales no tienen vigencia, más allá de la declaración normativa, el régimen es totalitario¹¹⁴, ya que la formalización no es garantía de justicia¹¹⁵.

El Derecho natural trialista se relaciona con los valores de la dimensión sociológica (poder, cooperación), los de la dimensión normológica (verdad, fidelidad, exactitud, adecuación), y con los de las ramas políticas (amor, belleza, salud, utilidad, verdad)¹¹⁶. Las clases

¹⁰⁸ Ídem, p. 83.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 6ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 139.

¹¹⁰ GIMÉNEZ CORTE, Cristian, *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva lex mercatoria en América Latina con especial referencia al Mercosur*, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2006, p. 212.

¹¹¹ Ver GOLDSCHMIDT, *¿Qué es y por qué se concede una amnistía?*, en *Justicia...* cit., ps. 258-261.

¹¹² CIURO CALDANI, *Perspectiva trialista de la axiología dikelógica*, en *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, FIJ, Rosario, 1984, t. II, p. 56; *Comprensión jusfilosófica de la equidad*, en E. D. 155-687.

¹¹³ Ver GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 403-404.

¹¹⁴ BIDART CAMPOS, *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 271.

¹¹⁵ CIURO CALDANI, *Las fuentes de las normas* cit., p. 253.

¹¹⁶ SOTO, Alfredo, *La integración entre el positivismo jurídico y el jusnaturalismo*, en *Investigación...*, N° 17, FIJ, Rosario, 1990, ps. 148 y 149.

de justicia que incorpora Ciuro Caldani parten de los elementos de los repartos individuales y vistos en su conjunto¹¹⁷. El contenido axio-sófico que propongo, referido a la libertad e igualdad, variará en función de las exigencias provenientes de la realidad, que determinarán ciertos faltantes que hay que cubrir¹¹⁸.

6. La noción de sistema incluye también a las restricciones, ya que lo hay cuando todos sus componentes no pueden adoptar todos los estados posibles¹¹⁹. La valoración, por ejemplo, en tanto podemos criticar en la medida de nuestro conocimiento y posibilidades. La normatividad es restringida por las características que la vinculan a la realidad social: fidelidad, exactitud y adecuación. Y a la inversa, ya que una de las opciones sociales será captada lógicamente, formalizándose. Vimos que la normatividad no podrá adoptar todos los estados posibles, gobernando tiránicamente en el Derecho, permitiendo decisiones inhumanas o crueles. “Por otro lado si el todo es ‘más’ que la suma de las partes también el todo es ‘menos’ que la suma de las partes. Ese ‘menos’ son las cualidades que quedan restringidas e inhibidas por efecto de la retroacción organizacional del todo sobre las partes”¹²⁰. Y así se inhibe a la norma con la carencia dikelógica. Si sólo se consideraran normas, ellas nunca darían lugar a restricciones, ya que sólo un elemento diverso puede inhibirla¹²¹, y así el pensamiento complejo es incompatible con el normativismo.

¹¹⁷ “Al meditar sobre ese meduloso aporte advertimos que el estudio de dicha estructura formal debe seguir un método semejante al empleado en la Jurística Sociológica y en la Axiosofía Dikelógica...”, CIURO CALDANI, *Perspectiva...* cit., p. 40.

¹¹⁸ Ver el punto 9.3.7.1.

¹¹⁹ MORIN, *La méthode 1...* cit., p. 112 (MORIN, *El Método 1...* cit., p. 136). Ver también, MORIN, *Complejidad restringida...* cit., p. 112.

¹²⁰ MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 29.

¹²¹ “...des qualités inhérentes aux parties au sein d’un système donné sont absentes ou virtuelles quand ces parties sont à l’état isolé; elles ne peuvent être acquises et développées que par et dans le tout [...] c’est la partie qui est, dans et par le tout, plus que la partie”, MORIN, *La méthode 1...* cit., p. 108. “...las cualidades inherentes a las partes en el seno de un sistema dado están ausentes o son virtuales cuando estas partes están en estado aislado; no pueden ser adquiridas y desarrolladas más que por y en el todo [...] la parte es en y por el todo, más que la parte”, MORIN, *El Método 1...* cit., p. 131.

7. Neodualismo: ontología dual

1. El primer fundamento de la diversidad ontológica es la frase de Morin que sostiene que cuando el mundo no está de acuerdo con nuestro sistema lógico, éste es el insuficiente¹²². Coincidentemente Ciu-ro Caldani señala que la lógica no puede dar cuentas de la complejidad del mundo¹²³, mientras que Morin dice que es formal y *a priori*¹²⁴. Incluso los propios juristas analíticos sostienen que hay que acordar en la necesidad de la utilización de la lógica, lo que se da por fuera de ella¹²⁵. Tampoco es posible la separación entre conocimiento y ética en el ámbito científico, por los poderes de manipulación y destrucción que implican. Y en este sentido Morin critica al positivismo que separa los juicios de hecho de los de valor¹²⁶, que el trialismo une en el Derecho. Lo que harán el pensamiento complejo y la teoría trialista será unir esos ámbitos separados por el dualismo cartesiano. De ahí que proponga un neodualismo que privilegie la articulación, no la separación de dichos ámbitos. La realidad última no será la de los ladrillos elementales de la materia, sino un tejido dinámico de sucesos interdependientes¹²⁷. El trialismo hablará entonces de entes materiales, constitutivos de la dimensión sociológica y entes ideales constitutivos de las dimensiones normológica y dikelógica¹²⁸. Sin composición heterogénea que critique la normatividad no sería posible captar la Revolución de Mayo, la bolchevique, el “Mayo francés”, la “Perestroika”. Y esta composición heterogénea sólo es posible en un paradigma que englobe

¹²² MORIN, *Introducción al pensamiento...* cit., p. 102.

¹²³ *La conjetura...* cit., p. 32.

¹²⁴ MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 206 (MORIN, *El Método 4...* cit., p. 212).

¹²⁵ ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, ob. cit., p. 106.

¹²⁶ MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 66 (MORIN, *El Método 4...* cit., p. 72).

¹²⁷ ATLAN, Henri, *Con razón y sin ella. Interacción de la ciencia y el mito*, trad. de Josep Pla i Carrera, Tusquets, Barcelona, 1991, p. 36.

¹²⁸ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 369-370. También Bidart Campos expresa que el trialismo supera la antinomia e incomunicación entre ser y deber ser al enseñar que el deber ser aparece como una especie del ser. *Epistemología del Derecho. En honor de Werner Goldschmidt en sus 70 años*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 2/3, Facultad de Derecho, UNR, Rosario, 1982, p. 81. Ver también, GOLDSCHMIDT, *Fundamentos ontológicos y lógicos del Derecho*, en *Justicia...* cit., p. 210.

contradicciones, en tanto éstas compartan un elemento en común¹²⁹, ya que tanto la norma como el hecho aspiran a la justicia. Se ha dicho que las oposiciones son idénticas a su frontera común¹³⁰. Se trata de ver lo diferente en lo mismo y lo mismo en lo diferente¹³¹ y de contemplar también la *unitas multiplex* de la que habla Morin.

2. Morin se autotitula como Goldschmidt realista¹³², aunque el realismo de aquél es relacional, en tanto se incorpora al sujeto y se habla de la multidimensionalidad o distintos niveles de realidad¹³³. La complementariedad parece asequible. Goldschmidt dice que cada palabra connota no sólo varios objetos, sino distintos aspectos de cada uno de ellos¹³⁴. Morin¹³⁵ cita el ejemplo de un individuo con múltiples personalidades según esté en el trabajo, con sus amigos o con desconocidos. También habla de conservar las ventajas del realismo, en tanto permite luchar contra lo arbitrario al confrontar nuestras afirmaciones con la experiencia, pero integrándolo con aquello hacia lo cual somos ciegos¹³⁶. Por el contrario, la escuela analítica habla de la “construcción

¹²⁹ “Si différents qu’ils puissent être, les éléments [...] constituant un système ont au moins une identité commune d’appartenance à l’unité globale et d’obéissance à ses règles organisationnelles”, MORIN, *La méthode 1...* cit., p. 117. “Por muy diferentes que puedan ser, los elementos [...] que constituyen un sistema tienen al menos una identidad común de pertenencia a la unidad global y de obediencia a sus reglas organizacionales”, MORIN, *El Método 1...* cit., p. 141.

¹³⁰ Bearden: “...propose une logique contenant les trois lois d’Aristote, plus une quatrième qui nie chacune des trois précédentes. Il a cru pouvoir formuler ainsi cette ‘quatrième loi’: ‘Les oppositions sont identiques à leur frontière commune’...”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 195. “...propone una lógica que contiene las tres leyes de Aristóteles, más una cuarta que niega cada una de las tres precedentes. Él creyó poder formular esta ‘cuarta ley’ de este modo: ‘Las oposiciones son idénticas a su frontera común’...”, MORIN, *El Método 4...* cit., p. 200.

¹³¹ MORIN, *La méthode 3. La connaissance de la connaissance*, Seuil, Paris, 1986, p. 117 (MORIN, *El Método 3. El conocimiento del conocimiento*, 5ª ed., trad. de Ana Sánchez, Cátedra, Madrid, 2006, p. 130).

¹³² “Goldschmidt fundó su pluralidad metódica (sobre todo sociológica, normológica y dikelógica) en [...] [el] realismo genético”, CIURO CALDANI, *Metodología jurídica* cit., p. 56.

¹³³ MORIN, *La méthode 3...* cit., p. 221 (MORIN, *El Método 3...* cit., p. 239).

¹³⁴ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 2.

¹³⁵ Ver MORIN, *La méthode 1...* cit., p. 13 (MORIN, *El Método 1...* cit., p. 26).

¹³⁶ MORIN, *La méthode 1...* cit., p. 21 (MORIN, *El Método 1...* cit., ps. 34-35).

del pensamiento”¹³⁷ sumiendo al ser en una mezcla confusa de idealismo pragmático. No por casualidad se asocia la lógica al Derecho, para desvincularlo de la realidad¹³⁸.

3. La heterogeneidad se percibe en las distintas metodologías que caracterizan a cada uno de los aspectos: la inductiva propia de la dimensión sociológica, y la deductiva propia de las dimensiones normológica y dikelógica, aunque hay inducción también, por ejemplo, al construir los criterios generales orientadores referidos a valores. En el campo de la dikelogía también podemos ver el método intuitivo, el comparativo y el de las variaciones¹³⁹. Cada dimensión del trialismo tiene prioritariamente un método que la caracteriza, mientras que en el kelsenianismo predomina el deductivismo¹⁴⁰.

8. Aspectos generales que las teorías tienen en común

8.1. Filosofía y autores

Morin no adopta el objetivismo al estilo de Goldschmidt, ni el constructivismo como lo plantea Ciuro Caldani, pero su realismo relacional puede aunar ambas visiones, complementándolas. Captar los fenómenos de manera compleja es la mayor coincidencia textual, por “complejidad pura” y “pensamiento complejo”, y esencial entre ambas teorías. Goldschmidt dice que la distinción entre “hecho”, “norma” y

¹³⁷ GUIBOURG, *La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas*, Colihue, Buenos Aires, 2004.

¹³⁸ “*Dans le normativisme, l’objet de la science du droit sera donc la ‘construction’ et l’interprétation d’un ‘langage’: le discours juridique*”, HABA, Enrique, *Sciences du Droit –quelle science? Le droit en tant que science: une question de méthodes*, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 36, *Droit et science*, Sirey, Paris, 1991, p. 168. “En el normativismo, el objeto de la ciencia del Derecho será entonces la construcción y la interpretación de un lenguaje: el discurso jurídico” (trad. del autor).

¹³⁹ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 362.

¹⁴⁰ “A diferencia del ‘deductivismo’ que predomina en la teoría ‘pura’ a través de su construcción piramidal, el trialismo utiliza de modo predominante el método inductivo en el reconocimiento de la realidad social y el método deductivo en la estructura del ordenamiento normativo y en el funcionamiento de las normas [...] [Y] emplea el método intuitivo en aspectos de la dimensión dikelógica”, CIURO CALDANI, *Metodología jurídica* cit., p. 56.

“valor” es meramente mental, no real¹⁴¹. Las teorías hablan también de la multidimensionalidad. Respecto de los marcos teóricos o autores tomados como base por ambos pensamientos, puede citarse a Kant¹⁴², quien une los aportes racionalistas con los empiristas, que se relaciona con el neodualismo que mencioné. Goldschmidt y Morin utilizan la palabra “fenómeno” para caracterizar al Derecho¹⁴³ y al ser¹⁴⁴, respectivamente. Ambos pensadores consideran insuficiente la regularidad normativa y la estadística, respectivamente. Ciuro Caldani y Morin hacen también referencia a Husserl¹⁴⁵, siendo la idea que el Derecho hunda sus raíces en el “mundo” de la vida¹⁴⁶, expresión que utiliza Goldschmidt. Ambos pensamientos aluden a Leibniz, Hartmann, Pascal, Hegel y Freud.

8.2. Organización y etapas de la complejidad

1. Goldschmidt señala que primero advino la complejidad impura, donde se mezclan los tres elementos, luego la simplicidad pura de Hans Kelsen, que expulsa el elemento social a la sociología y la justicia a la política¹⁴⁷. Morin y Goldschmidt coinciden en hablar de una “mutilación”. Se arriba así a la complejidad pura, donde se mantiene la autonomía del Derecho respetando su tridimensionalidad¹⁴⁸. Morin hace lo propio al hablar de los tres estados que recorre la ciencia: la simplicidad del siglo XIX, la complejidad desorganizada del siglo XX y la complejidad organizada¹⁴⁹. Coinciden los autores en la profundidad de su estudio, ya que Goldschmidt pretende una contemplación amplia

¹⁴¹ GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia* cit., p. 177.

¹⁴² MORIN, *Complejidad restringida...* cit., p. 118. La diferenciación entre “ser” y “deber ser” proviene de Kant y la toma el trialismo. Ver GOLDSCHMIDT, *El filósofo...* cit., p. 121; GOLDSCHMIDT, *Trialismo...* cit., p. 786; CIURO CALDANI, *Derecho...* cit., p. 12; CIURO CALDANI, *El Derecho Universal...* cit., p. 93.

¹⁴³ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 5, 8, 10, 17, 45, 92, 93, 254, 293.

¹⁴⁴ MORIN, *La méthode 1...* cit., p. 110 (MORIN, *El Método 1...* cit., p. 134). MORIN, *Sociología* cit., ps. 186 y ss.

¹⁴⁵ MORIN, *La méthode 3...* cit., p. 35 (MORIN, *El Método 3...* cit., p. 45).

¹⁴⁶ GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia* cit., p. 141.

¹⁴⁷ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. XVII.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ MORIN, *La méthode 2...* cit., p. 355 (MORIN, *El Método 2...* cit., p. 412).

y desprejuiciada del objeto jurídico¹⁵⁰ y Ciuro Caldani que una simplificación matematizante no oculte los intereses a revelar¹⁵¹. Morin condena la especialización que abstrae un objeto de su campo y rechaza sus relaciones con el medio, la abstracción matemática que nos priva de lo concreto, privilegiando lo formalizable y calculable¹⁵², y así coincide con la crítica trialista a la escuela analítica.

2. Ambos pensamientos son contemporáneos en las fechas. Morin escribe el tomo 1 de *El método* en 1977¹⁵³ y Goldschmidt escribe *La ciencia de la justicia* en 1958, donde trata las tres dimensiones, e *Introducción al Derecho* en 1960, donde habla de la complejidad, y plantea la duplicidad complejidad-simplicidad en 1972¹⁵⁴.

3. El tratamiento de la *contradicción* hace coincidir a ambas teorías, tal como lo señalé al hablar de la ontología dual del trialismo. En la visión clásica, la contradicción es una señal de error¹⁵⁵, cuando en realidad es una capa profunda de la realidad¹⁵⁶. El pensamiento complejo sostiene que forma parte de lo complejo, lo antagónico. Se inmoviliza todo aquel que se moviliza en un único frente¹⁵⁷. La historia de la contradicción comienza con Heráclito. Si no se capta la contradicción, sólo se capta un aspecto de las cosas –Jung¹⁵⁸–. La vida exige la reconciliación de opuestos que en lógica pura son irreconciliables¹⁵⁹.

¹⁵⁰ GOLDSCHMIDT, *Trialismo...* cit., p. 785.

¹⁵¹ CIURO CALDANI, *El Derecho Universal...* cit., p. 37.

¹⁵² MORIN, Edgar y KERN, Anne Brigitte, *Tierra-Patria*, trad. de Ricardo Figueira, Nueva Visión, Buenos Aires, 2006, ps. 179-180.

¹⁵³ MORIN, *Mes démons*, Stock, Paris, 1994, p. 232.

¹⁵⁴ Ver el prólogo a la 4ª ed., en GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. XIX.

¹⁵⁵ MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 41. Ver también MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 181 (MORIN, *El Método 4...* cit., p. 185).

¹⁵⁶ MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 41. En contra, GUIBOURG, *La construcción...* cit., p. 25. “...yo puedo perder mi familia, cambiar de profesión, mudarme de vivienda, emigrar a Birmania o asumirme homosexual sin considerar por eso que he cambiado de identidad, al menos en el sentido muy estricto de haber roto toda continuidad con mi yo anterior hasta el punto de que ya no tenga sentido referirme a aquella persona siquiera como «mi yo anterior»”.

¹⁵⁷ MORIN, *Introducción a una política...* cit., p. 121.

¹⁵⁸ MORIN, *La méthode 4...* cit., ps. 182-183 (MORIN, *El Método 4...* cit., p. 187).

¹⁵⁹ Sobre una visión logicista en el Derecho, ver ÁLVAREZ GARDIOL, *Lecciones...* cit., p. 135.

Incluso Goldschmidt señala que el universo contiene problemas, no soluciones que fuerzan la complejidad del mundo¹⁶⁰. Esto se relaciona con la jerarquización del método en el pensamiento complejo, la falta de receta y la dialógica. En este sentido, el trialismo es ontológicamente dual y dimensionalmente trológico. Al contrario, el pensamiento analítico sólo incluye entes de una única realidad: normatividades, que son idealidades enunciativas. En el trialismo conviven paradigmas opuestos como el empirista y el racionalista, unidos en el metaparadigma de la complejidad¹⁶¹. Así como Morin sostiene que para ser independientes tenemos que ser dependientes¹⁶².

3.1. Pueden mencionarse como casos de contradicción a la Revolución Francesa, donde se vio cómo la caída de la Bastilla fue seguida de la guillotina¹⁶³, y cómo une en su lema igualdad y libertad. *Homo sapiens* es también *demens*¹⁶⁴. La derrota final de la potencia nazi en Stalingrado significó la consolidación de otro despotismo durante medio siglo¹⁶⁵.

3.2. El trialismo contiene elementos contradictorios, por ejemplo, la ley y el valor, no obstante lo cual, los engloba bajo la idealidad, enunciativa y exigente respectivamente. La costumbre, si bien es una regulación de facto, comparte con la normatividad la regularidad y coacción sobre los comportamientos, y con la valoración el hecho de

¹⁶⁰ GOLDSCHMIDT, *El filósofo...* cit., p. 123.

¹⁶¹ “...toute logique qui exclut l’ambiguïté, chasse l’incertitude, expulse la contradiction est insuffisante, et [...] il nous faut une logique souple ou faible au sein d’une conception métalogue (rationalité ouverte) et supra-logique (paradigme de complexité)”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 192. “...toda lógica que excluya la ambigüedad, ahuyente la incertidumbre, expulse la contradicción es insuficiente, y [...] necesitamos una lógica flexible o débil en el sentido de una concepción metalógica (racionalidad abierta) y supralógica (paradigma de complejidad)”. MORIN, *El Método 4...* cit., p. 197.

¹⁶² MORIN, *El año I de la era ecológica*, trad. de Pablo Hermida, Paidós, Barcelona, 2008, p. 35.

¹⁶³ MORIN, *La méthode 5. L’humanité de l’humanité. L’identité humaine*, Seuil, Paris, 2001, p. 146 (MORIN, *El Método 5. La humanidad de la humanidad. La identidad humana*, trad. de Ana Sánchez, 2ª ed., Cátedra, Madrid, 2006, p. 143).

¹⁶⁴ MORIN, *La méthode 5...* cit., p. 147 (MORIN, *El Método 5...* cit., p. 143).

¹⁶⁵ MORIN, *La méthode 5...* cit., p. 256 (MORIN, *El Método 5...* cit., p. 248). Ver también, *Mes démons* cit., p. 131.

que los imitadores del proceso consuetudinario consideren digno de repetirse –valioso– al reparto en cuestión. En el interior de las dimensiones del trialismo hay antagonismos. En la dimensión sociológica, en el reparto autónomo y autoritario, el plan de gobierno en marcha y la ejemplaridad. En la dimensión dikelógica en las clases de justicia que siguen elementos del reparto y su ordenación conjunta, como absoluta y relativa. Puede sumarse el fraccionamiento y desfraccionamiento a fin de analizar la pantonomía de la justicia. En el contenido de la justicia, por ejemplo, al recibir por mérito o merecimiento, al repartir por aristocracia o democracia, etcétera¹⁶⁶.

4. Otra palabra clave utilizada por ambos pensamientos es “dimensión”. El trialismo la utiliza al caracterizar cada componente del Derecho y al criticar los unidimensionalismos. Morin señala a la polilógica¹⁶⁷ y la necesidad de no ocultar aspecto alguno¹⁶⁸. El filósofo francés expresa que el método multidimensional exige una curiosidad abierta a todas las dimensiones del fenómeno humano y el pleno empleo de diversas aptitudes¹⁶⁹. Morin asocia de alguna manera la unidimensionalidad con la especialización que hace pobre la visión de un fenómeno¹⁷⁰. Habla de las dimensiones del sujeto –lógica, ontológica, ética, etológica¹⁷¹– y de la vida –físico-química, biológica y psíquica¹⁷²–.

5. Morin y el trialismo *jerarquizan la participación ciudadana*. El filósofo francés exige que el ciudadano reflexione sobre los asuntos públicos y su destino¹⁷³. Y Goldschmidt la expresa al preferir el reparto autónomo, la ejemplaridad y el humanismo abstencionista, y al limitar

¹⁶⁶ “La complejidad de la justicia suele exigir que los contenidos de este valor respecto de los repartos y el régimen (vinculados a las diferentes clases y relaciones de valores...) se combinen adecuadamente, por ejemplo: que haya soluciones autónomas y aristocráticas, por méritos y merecimientos, humanistas abstencionistas e intervencionistas, etc.”, CIURO CALDANI, *Metodología dikelógica. Métodos constitutivos de la justicia. Las fronteras de la justicia*, FIJ, Rosario, 2007, p. 27. De ahí que sea fundamental al trialismo la dialógica y la oscilación, marginando la preferencia.

¹⁶⁷ MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 19 (MORIN, *El Método 4...* cit., p. 21).

¹⁶⁸ MORIN, *Introducción al pensamiento...* cit., ps. 100-101.

¹⁶⁹ MORIN, *Sociologie* cit., p. 173 (MORIN, *Sociología* cit., p. 200).

¹⁷⁰ MORIN, *Introducción al pensamiento...* cit., p. 100.

¹⁷¹ MORIN, *La méthode 2...* cit., p. 166 (MORIN, *El Método 2...* cit., p. 199).

¹⁷² MORIN, *La méthode 2...* cit., p. 275 (MORIN, *El Método 2...* cit., p. 321).

¹⁷³ MORIN, *La méthode 5...* cit., ps. 316-317 (MORIN, *El Método 5...* cit., p. 305).

la voluntad de los legisladores por la del pueblo en la validez de la costumbre¹⁷⁴. Ha dicho que la democracia directa es la última verdad en un grupo humano¹⁷⁵ y que en las sociedades indiferenciadas los individuos son intercambiables, propiciando la igualdad¹⁷⁶. Tanto Ciuro Caldani como Morin integran el saber de los expertos con el saber vulgar¹⁷⁷.

6. Morin incorpora el tratamiento de la *incertidumbre*. La vida implica casos sin definición, con definiciones falsas y la ausencia de un marco general cerrado¹⁷⁸. Y el trialismo incorpora al tratamiento jurídico lo que el normativismo calificaría como generadores de incertidumbre, que son las jurídicas sociológica y dikelógica. Las insuficiencias normativas generan las carencias histórica y dikelógica. La inexactitud trialista también incorpora la incertidumbre, en tanto no cabe reconocer sin más una norma por el mero hecho de habérsela sancionado. Lo que lleva a buscar la norma efectivamente aplicable, que puede ser una consuetudinaria. Hay incertidumbre en la aplicación de la doctrina del mal menor, en el valor a jerarquizar como contenido del supremo principio de justicia, en la clase de justicia a privilegiar que toma los antagónicos en los repartos. Además, no incluye sólo al programa, eficiente y automático, sino que comprende también la estrategia, destinada a modificar el curso de un proceso en función del alea y de lo nuevo¹⁷⁹.

¹⁷⁴ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 92.

¹⁷⁵ Ídem, p. 74.

¹⁷⁶ Ídem, ps. 428-429.

¹⁷⁷ MORIN, *La cabeza bien puesta. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento*, trad. de Paula Mahler, Nueva Visión, Buenos Aires, 2002, p. 108. CIURO CALDANI, *Líneas programáticas de Filosofía del Derecho*, en *Investigación y Docencia*, N° 4, FIJ, Rosario, 1988, p. 7.

¹⁷⁸ MORIN, *Les sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Seuil-Unesco, París, 1999, <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001177/117740Fo.pdf> (19-1-2009), p. 47 (MORIN, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, trad. de Mercedes Vallejo-Gómez, Unesco, París, 1999, en <http://www.complejidad.org/cms/files/7saberes.pdf> [18-9-2008], p. 43).

¹⁷⁹ “Las regulaciones fallan o se desarticulan. Es necesario abandonar los programas, hay que inventar estrategias para salir de la crisis”, MORIN, *Introducción al pensamiento...* cit., p. 117. “En un nivel más profundo, cabe considerar la estrategia en la línea de interés marxista de las vinculaciones entre la ‘infraestructura’ y la

7. Ambos pensamientos coinciden en la *constante renovación de las teorías*, porque lo que no se regenera, degenera¹⁸⁰. Así, Ciuro Caldani hizo innumerables aportes al trialismo. Las contribuciones para con la dimensión sociológica se tradujeron en el estudio de la finalidad objetiva y subjetiva, la causalidad y su pantonomía, la efectividad y la posibilidad¹⁸¹. En cuanto a la dimensión normológica, ha incorporado tareas relativas al funcionamiento de la norma, como el reconocimiento, la argumentación¹⁸², la conjetura y la síntesis¹⁸³. Cabe hablar también de las fuentes propaganda y espectáculo, para denunciar las apariencias normativas. Con respecto a la dikelogía, ha realizado aportes con relación a las clases de justicia¹⁸⁴ y las relaciones entre los valores¹⁸⁵. Ha planteado también un continente político del Derecho de manera trialista¹⁸⁶. A lo cual hay que sumar como aporte global al trialismo la consideración del "...concepto, la estructura y la clase, el origen y el funcionamiento..."¹⁸⁷ en cada dimensión. No puedo olvidar un aporte que profundiza históricamente la relativa independencia del Derecho¹⁸⁸. Es fundamental también su teoría de las respuestas jurídicas, construida en oportunidad de estudios relativos al Derecho Internacional Privado¹⁸⁹. El trialismo se muestra entonces como "...un discurso multidimensional no totalitario, teórico pero no doctrinario (la doctrina es la

'superestructura' de la sociedad", CIURO CALDANI, *Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces*, en LexisNexis J. A. 2004-I-1067 y ss., y en [http://bender.lexisnexis.com/ar/lpgateway.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm& 2.0 \(11-10-2004\)](http://bender.lexisnexis.com/ar/lpgateway.dll?f=templates&fn=altmain-hit-h.htm& 2.0 (11-10-2004)).

¹⁸⁰ MORIN, *La méthode* 6... cit., p. 202 (MORIN, *El Método* 6... cit., p. 176).

¹⁸¹ CIURO CALDANI, *Bases categoriales*... cit.

¹⁸² Muchos propugnan reducir el Derecho a argumentación, lo cual sería fatal.

¹⁸³ CIURO CALDANI, *Metodología jurídica* cit., ps. 70 y ss.

¹⁸⁴ CIURO CALDANI, *Perspectiva*... cit., ps. 40-61.

¹⁸⁵ CIURO CALDANI, *Ubicación de la justicia en el mundo del valor (El asalto al valor justicia)*, en *Estudios de Filosofía*... cit., t. II, ps. 16 y ss. Puede verse también, *Metodología dikelógica*... cit.

¹⁸⁶ *Derecho*... cit.

¹⁸⁷ CIURO CALDANI, *Metodología jurídica* cit., p. 57.

¹⁸⁸ CIURO CALDANI, *La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas*, en *Estudios de Filosofía*... cit., t. II, ps. 175-204.

¹⁸⁹ Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, reeditado en *Investigación*..., N° 37, FIJ, Rosario, 2004, ps. 85-140.

teoría cerrada, autosuficiente, por lo tanto insuficiente)...”¹⁹⁰ En efecto, la amplitud de criterio de la teoría trialista permite aprovechar las contribuciones de pensadores de corrientes ideológicas distintas¹⁹¹. Y así, teoría y método se confunden¹⁹², siendo componentes indispensables del conocimiento complejo. El establecimiento de las jurídicas y los horizontes permite intercambios entre ellos. En el trialismo predomina entonces la apertura¹⁹³. Morin señala que lo normal no es que las cosas duren, sino que se regeneren constantemente¹⁹⁴ y el trialismo incluye el par orden/desorden en su teoría. Goldschmidt no limita el Derecho al reparto estatal, sino que incorpora otras manifestaciones como el reparto autónomo y la ejemplaridad.

8. Las teorías coinciden en la necesidad de *la integración*. La complejidad separa y asocia, a la vez que no reduce el todo a sus unidades elementales, sino que articula. “El pensamiento complejo contiene en sí, como momentos correctores y a corregir, procesos que aislados y librados a sí mismos, resultarían simplificadores”¹⁹⁵.

8.1. Cabe averiguar cuál de las *fórmulas tridimensionales* se adecua más al pensamiento complejo, a fin de comprobar la validez de mi idea. Soslayando las coincidencias entre el trialismo y el tridimensionalismo de Miguel Reale, su teoría se aleja de coincidir con el pensamiento complejo en tanto éste condena la dialéctica¹⁹⁶ que adopta

¹⁹⁰ MORIN, *Introducción al pensamiento...* cit., p. 76.

¹⁹¹ CIURO CALDANI, ‘Introducción al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes’ por Werner Goldschmidt, en E. D. 22-1022.

¹⁹² MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., ps. 20-21.

¹⁹³ “...on peut distinguer [...] deux types idéaux: les systèmes comportant préséance de l’ouverture sur la fermeture, que nous nommons ici ‘théories’, et les systèmes comportant préséance de la fermeture, que nous nommons ici «doctrines»”. MORIN, *La méthode* 4... cit., p. 130. “...se pueden distinguir [...] dos tipos ideales: los sistemas que comportan precedencia de la apertura sobre el cierre, que ahí denominamos *teorías*, y los sistemas que comportan precedencia del cierre, que aquí denominamos *doctrinas*”, MORIN, *El Método* 4... cit., p. 133.

¹⁹⁴ MORIN, *Introducción al pensamiento...* cit., p. 126.

¹⁹⁵ MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 51.

¹⁹⁶ MORIN, *Mes démons* cit., p. 243. “...pues en Hegel las contradicciones encuentran solución, se superan y suprimen en una unidad superior. En la dialógica, los antagonismos permanecen y son constitutivos de entidades o fenómenos complejos”. MORIN, *Articular...* cit., p. 70. “...c’est bien entendu dans, ‘La Méthode’ que

el jurista brasileño. Reale sostiene la síntesis entre valor y realidad en la norma, que da la forma necesaria¹⁹⁷. Las normas integran hechos según valores¹⁹⁸. Morin y Ciuro Caldani coincidirán en criticar la dialéctica en tanto, más que un cuarto componente como lo creía Cossio¹⁹⁹, implica una ley infalible, un determinante o condicionante²⁰⁰. Goldschmidt le criticará a la dialéctica su carácter cerrado al ceñirse a la influencia del miembro inicial, en tanto el mundo nos exhibe un complejo de causas²⁰¹.

8.2. En Carlos Cossio el valor está implícito en la conducta²⁰², cuando debería tener su relativa independencia para criticarla. El creador de la egología distingue²⁰³ entre el valor puro, del que se ocuparía el filósofo y que según el trialismo implica la valencia —el deber ser puro—, y el valor empírico positivo, que es la valoración para el trialismo. Lo que traduce la posibilidad de que regímenes totalitarios o individualistas no se legitimen socialmente es la independencia del valor. En la egología no puede haber interrelación porque no hay complejidad, porque el valor es vasallo de la experiencia jurídica, es decir, no es diverso, distinto, antagónico de la conducta²⁰⁴. Por ello

la dialogique se substitue irrévocablement à la dialectique...”, MORIN, *Mes démons* cit., p. 78. “...en ‘El Método’ está bien claro que la dialógica sustituye irrevocablemente a la dialéctica...” (trad. del autor).

¹⁹⁷ “...en un intento de síntesis dialéctica entre valor y realidad, se podría afirmar que *lo jurídico* [...] es [...] *lo social* que recibió una *forma*, en virtud de la intervención del *poder axiológicamente determinado*”, REALE, Miguel, *Naturaleza y objeto de la ciencia del Derecho*, en AA. VV., *Ciencia jurídica (Aspectos de su problemática jusfilosófica y científico-positiva actual)*, Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, La Plata, 1970, t. 1, p. 178.

¹⁹⁸ Ídem, p. 192.

¹⁹⁹ COSSIO, *La crítica egológica del tridimensionalismo jurídico*, en L. L. 147-1362. Ver también, GOLDSCHMIDT, *Teoría tridimensional del Derecho. Comentario de Goldschmidt, Werner*, en L. L. 1980-A-1184 y ss.

²⁰⁰ CIURO CALDANI, *Teoría tridimensional...* cit., ps. 1218-1219.

²⁰¹ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 25.

²⁰² “...el análisis egológico de la experiencia jurídica hace referencia a una valoración jurídica (que es el hecho de una percepción emocional) y no a un valor”, COSSIO, *La crítica egológica...* cit., p. 1367.

²⁰³ COSSIO, *La crítica egológica...* cit., p. 1365.

²⁰⁴ “...la Axiología jurídica se sistematiza [...] a la par de la Lógica jurídica y de la Semántica jurídica cuando se trata de explorar el fundamento de lo que hubiere

Goldschmidt ha calificado a la egología como un positivismo sociológico²⁰⁵, o un tridimensionalismo verbal²⁰⁶.

8.3. Por su parte, *el trialismo*, al proponer un continuo entre las dimensiones, que le permite oscilar entre los componentes de ellas, sin determinismos²⁰⁷, permite que se establezcan las relaciones e interrelaciones, lo que otorga dinámica al funcionamiento del Derecho. Por ejemplo, nótese el fraccionamiento de la justicia, en la dimensión dikeológica, y la carencia dikelógica que conecta la dimensión normológica con la dikelógica. De ahí que Morin hable también de la dialógica. Además, el trialismo integra las clásicas doctrinas en disputa del jusnaturalismo y juspositivismo²⁰⁸, no reduciendo el Derecho a alguna de ellas. Morin tiene conciencia de esta oposición al plantear el ejemplo del gobierno legal del mariscal Petain, durante la ocupación nazi en Francia y el gobierno del rebelde general De Gaulle en Londres²⁰⁹. Lo propio hizo cuando se refirió al deber a la ciudad que encarna Creonte y el deber de piedad que encarna Antígona²¹⁰. Cuando Morin se refiere a la dialógica no la concibe como una superación totalizante que engloba todo²¹¹, propia de la dialéctica. Y así se separa del tridimensionalismo realeano. Se refiere más bien a la complementariedad, a un compromiso cooperativo vital, al acompañamiento mutuo²¹² en el seno de un metasistema.

de valor, de pensamiento y de lenguaje en la experiencia jurídica”, COSSIO, *La crítica egológica...* cit., p. 1373.

²⁰⁵ GOLDSCHMIDT, *La teoría egológica...*, p. 79. En efecto, para Cossio “...la valoración jurídica como sentido es un hecho biográfico tanto como la situación; y, en rigor, el mismo hecho biográfico”. COSSIO, *La crítica egológica...* cit., p. 1372. Olvida Cossio la valencia.

²⁰⁶ GOLDSCHMIDT, *La teoría egológica...* cit., p. 79.

²⁰⁷ Ver FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, 1994, t. II (E-J), p. 1866, voz “integracionismo”.

²⁰⁸ “...aunque [...] para los iusnaturalistas la ley positiva es un acto de voluntad del legislador [...] el motivo de su validez radica en su conformidad con la razón [...] para los positivistas, la ley, para ser válida, esto es, obligatoria, no necesita otra justificación que el haber sido establecida por la voluntad de quien tenía poder para hacerlo”, FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, trad. de José Lorca Navarrete, 3ª ed., Pirámide, Madrid, 1982, t. 1, p. 35.

²⁰⁹ MORIN, *La méthode* 6... cit., p. 54 (MORIN, *El Método* 6... cit., p. 53).

²¹⁰ MORIN, *La méthode* 6... cit., p. 55 (MORIN, *El Método* 6... cit., p. 54).

²¹¹ MORIN, *La méthode* 3... cit., p. 175 (MORIN, *El Método* 3... cit., p. 191).

²¹² MORIN, *La méthode* 5... cit., p. 177 (MORIN, *El Método* 5... cit., p. 172).

Morin señala que no hay que disolver las contradicciones, sino trabajar con ellas²¹³. En otro ámbito, Ciuro Caldani habla de la conflictividad, que Morin vería dialógicamente, entre la acumulación de la riqueza que promueve el capitalismo y la igualdad propiciada por la democracia y los derechos humanos²¹⁴. La conflictividad en el trialismo se da entre sus dimensiones, por ejemplo, al confrontar la costumbre con la normatividad escrita u oficial y a ésta con los valores. También hay conflictividad al interior de cada dimensión.

Morin señala que las dos lógicas se combaten pero que también se complementan²¹⁵. Por ejemplo, el deber ser ideal aplicado, la carencia histórica, la carencia dikelógica, la determinación, la exactitud, la fidelidad, la adecuación, etcétera, son categorías que revelan o pueden revelar las insuficiencias de la normatividad pero a la cual hacen referencia. Mientras que Popper sostiene que un enunciado es falso cuando es incoherente o contradictorio²¹⁶. El trialismo es al mismo tiempo uno y triple. Es normatividad escrita, pero es también costumbre, es regla pero es valor, es materia pero es idealidad. Por ello contradice el tercio excluso²¹⁷, que lo obliga a elegir entre los contrarios. La conciencia de la contradicción ayudaría a ser menos maniqueos, como

“...la rationalité doit comporter, non l’élimination ou le ‘dépassement’ des contradictions, mais la reconnaissance de leur irréductibilité. Dès lors, sans que je puisse encore la nommer, la dialogique (entre instances à la fois antagonistes et complémentaires) commençait à prendre la place de la dialectique”, MORIN, Mes démons cit., p. 243. “...la racionalidad debe comportar, no la eliminación o el rebasamiento de las contradicciones, pero sí reconocimiento de su irreductibilidad. A partir de ese momento, sin que yo pueda todavía nombrarla, la dialógica (entre instancias a la vez antagonistas y complementarias) comenzaba a tomar el lugar de la dialéctica” (trad. del autor). Ver también en ob. cit., p. 250.

²¹³ MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 195 (MORIN, *El Método 4...* cit., p. 200).

²¹⁴ CIURO CALDANI, *El Derecho Universal...* cit., p. 69.

²¹⁵ MORIN, *Articular...* cit., ps. 69-70.

²¹⁶ POPPER, *La lógica...* cit., p. 87.

²¹⁷ *“Le principe du tiers exclu affirme, sur la base que toute proposition dotée de signification est vraie ou fausse, qu’entre deux propositions contradictoires une seule peut être retenue comme vraie: A est ou B ou non-B”, MORIN, La méthode 4... cit., p. 174. “El principio del tercio excluso afirma, sobre la base de que toda proposición dotada de significación es verdadera o falsa, que entre dos proposiciones contradictorias sólo una puede ser mantenida como verdadera: A es o B o no-B”, MORIN, El Método 4... cit., ps. 178-179.*

por ejemplo, al no diferenciar tajantemente entre el “eje del mal” y el resto, los “delincuentes” y el resto.

9. Hay coincidencia en *materia pedagógica* entre ambos pensamientos cuando plantean la necesidad de no acumular información, sino cambiar la manera de pensar²¹⁸. Además, sólo puede haber coincidencia respecto de la crítica, la necesidad de la filosofía, la “consciencia” de la ciencia si Morin y Ciuro Caldani emplean la noción saber-poder²¹⁹. Ambos reclaman la necesidad de unir la ciencia a la filosofía²²⁰. Muchas realidades han pasado antes por la imaginación y es necesario plantear escenarios alternativos a lo dado²²¹.

10. Es común en ambos pensamientos un *tratamiento complejo del marxismo*, que exhibe sus ventajas y desventajas. Tanto Ciuro Caldani como Morin han adherido al marxismo en su juventud, aunque el último de una manera más activa²²². Morin cuestiona la determinación de la infraestructura hacia la superestructura²²³, Goldschmidt acota la

²¹⁸ Este objetivo es el que trata de desarrollar en su libro *La cabeza bien puesta*, aunque también en *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, *Educación en la era planetaria* y *Articular los saberes*. “No se trata de ‘aprender más cosas’, sino de ‘pensar de otra manera’ los problemas que se presentan en la investigación, es decir, de reformular la concepción de la práctica de la ciencia”, GARCÍA, Rolando, *Sistemas complejos. Conceptos, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*, Gedisa, Barcelona, 2006, p. 90.

²¹⁹ Ver MORIN, *Ciencia con conciencia* cit., p. 90. CIURO CALDANI, *El “saber-poder” y el drama de la universidad argentina*, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, FIJ, Rosario, 1992, ps. 46-47.

²²⁰ MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 54 (MORIN, *El Método 4...* cit., p. 59). CIURO CALDANI, *Meditaciones jusfilosóficas sobre las “Ficciones” de Jorge Luis Borges*, en *Filosofía, Literatura y Derecho*, FIJ, Rosario, 1986, ps. 79-80.

²²¹ Ídem, ps. 95-96.

²²² Concurriendo a las reuniones de trotskistas y a la sede de un diario llamado *Solidaridad Internacional Anarquista*, MORIN, *Mes démons* cit., ps. 32-34, 51.

²²³ “*Le marxisme devient idéologie lorsque le système perd sa complexité (richesse et ambiguïté), lorsqu’une de ses versions idéologiques simplifiées se dégrade en doctrine orthodoxe (seule science véritable, prédiction certaine de l’avenir)...*”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 145. “El marxismo se convierte en ideología cuando el sistema pierde su complejidad (riqueza y ambigüedad), cuando una de sus versiones ideológicas simplificadas se degrada convirtiéndose en doctrina ortodoxa (única ciencia verdadera, predicción certera del porvenir)...” MORIN, *El Método 4...* cit., p. 149.

influencia de la economía a los límites de los repartos y Ciuro Caldani la limita a las relaciones entre valores –justicia y utilidad–. La historia no se rige por leyes²²⁴. Señala Morin las cosas que quedan fuera del hombre marxista: el núcleo de la psiquis, la angustia, la voluntad de poder, la poesía, la locura, el misterio²²⁵. El mejoramiento de un sector, como el del proletariado, no implica el gobierno del mismo, porque lo propio ocurriría con el de los jubilados²²⁶. El marxismo no conoce la realidad del aparato, visible en la policía, el ejército, la iglesia, el partido²²⁷, utilizable tanto en el comunismo como en el capitalismo, por ser sistemas de explotación del hombre por el hombre²²⁸ y que no se agotan en el aspecto económico. En lo más profundo del hombre nace la propiedad, la jerarquía, la dominación, la explotación y el sacrificio del prójimo²²⁹. El hombre es a un tiempo bueno y malo²³⁰. No será posible la anulación de los antagonismos, que Marx prevé en el comunismo final. Se ha absolutizado el costado de la dictadura del proletariado del marxismo y así se ha creído en la acción decisiva del partido centralizado²³¹. Goldschmidt señala que el marxismo declara inevitable la revolución que sin embargo organiza en el partido²³². Y así, el comunismo se convierte en máscara ideológica²³³. Marx condena

²²⁴ MORIN y KERN, ob. cit., p. 164.

²²⁵ MORIN, *Introducción a una política...* cit., p. 24.

²²⁶ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 130. De todas formas, es innegable la importancia del desarrollo de los medios materiales para la existencia y desarrollo de los aspectos ideales del hombre: culturales, religiosos, espirituales, intelectuales, artísticos, etc. Así lo creía Saint-Simon. Ver *Catecismo político de los industriales*, trad. de Luis David de los Arcos, Aguilar, Buenos Aires, 1960. He aquí un dilema difícil de resolver...

²²⁷ MORIN, *Sociologie* cit., ps. 114-115 (MORIN, *Sociología* cit., ps. 128-129).

²²⁸ MORIN, *Sociologie* cit., p. 116 (MORIN, *Sociología* cit., p. 130).

²²⁹ MORIN, *Introducción a una política...* cit., p. 39. Ver también *Mes démons* cit., p. 240.

²³⁰ MORIN, *Introducción a una política...* cit., p. 27.

²³¹ PERPIÑA RODRÍGUEZ, A., *Lenin y leninismo*, en *Gran Enciclopedia Rialp*, Rialp, Madrid, 1982, t. XIV, p. 133.

²³² GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 131.

²³³ “...le communisme n’est que le masque idéologique, comme le christianisme pendant des siècles en Occident fut le masque d’une société de violence et d’oppression, que les vices du technocratisme, du bureaucratisme s’y déploient...”, MORIN, *Sociologie* cit., p. 457. “...el comunismo no es más que la máscara ideológica, igual que

la religión como opio del pueblo, pero convierte a su vez al partido en el nuevo Mesías²³⁴. Si bien en el marxismo hay verdad –los precedentes, la codificación y la normatividad apuntan a hacer los negocios calculables y proteger al capital²³⁵–, hay que englobarla en una totalidad más abarcadora²³⁶.

9. Coincidencias específicas

Trataré aquí las coincidencias entre las teorías tomando el esquema de análisis de la teoría trialista.

9.1. Dimensión sociológica

1. Analizando los *repartos en su conjunto*, el trialismo capta la planificación gubernamental y la ejemplaridad, mientras que Morin coincide con dicha clasificación aportando históricamente las nociones de Imperio y Ciudad-estado²³⁷, es decir, la organización estatal y la espontánea²³⁸, ya que una sociedad no puede ser sometida totalmente a un orden mecánico²³⁹. Ambos pensamientos también coinciden en la necesidad de relación y diálogo entre ambos modos de convivencia²⁴⁰. Goldschmidt y Morin coinciden en esta complementariedad, ya que las bayonetas no sirven para sentarse sobre ellas²⁴¹, e imponer el orden implacable no es eficiente²⁴².

el cristianismo, durante siglos en Occidente, fue la máscara de una sociedad de violencia y de opresión, igual que los vicios de la tecnocracia y de la burocracia se extienden en él...” MORIN, *Sociología* cit., p. 402.

²³⁴ MORIN, *Introducción a una política...* cit., p. 28.

²³⁵ COSSIO, *La teoría egológica del Derecho (Su problema y sus problemas)*, en L. L. 110-1023.

²³⁶ BOFF, Leonardo, *Marxismo en teología: la fe requiere eficacia*, en AA. VV., *La teología de la liberación*, ed. al cuidado de Juan José Tamayo Acosta, Cultura Hispánica, Madrid, 1990, p. 122. Ver también, MORIN, *Mes démons* cit., ps. 211, 245-246.

²³⁷ Ver MORIN, *La méthode 5...* cit., p. 202 (MORIN, *El Método 5...* cit., p. 198).

²³⁸ MORIN, *La méthode 5...* cit., p. 228 (MORIN, *El Método 5...* cit., p. 221).

²³⁹ MORIN, *La méthode 5...* cit., p. 220 (MORIN, *El Método 5...* cit., p. 215).

²⁴⁰ Ver GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 98. MORIN, *La méthode 6...* cit., ps. 187-188 (MORIN, *El Método 6...* cit., p. 165).

²⁴¹ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 70.

²⁴² MORIN, *Introducción al pensamiento...* cit., p. 128.

2. Ambas teorías coinciden en comprender en ellas al *desorden*, lo que implica incorporar la noción de entropía en las ciencias sociales: todo trabajo produce desgaste de energía²⁴³. Esto significa condiciones inestables y cambiantes²⁴⁴. También Morin hablará del error, que no es una degradación en la organización, sino un incremento de la complejidad organizacional²⁴⁵. La misión de la ciencia ya no es expulsar el desorden, sino analizarlo²⁴⁶. Kelsen lo ve encubiertamente a través de la norma hipotética fundamental y de la norma de habilitación que son cualquier cosa menos normas, son hechos violentos y contradictorios respectivamente.

3. Goldschmidt dice que no hay sociedad en la que no haya ciertas dosis de anarquía, consecuencia del proceso de estructuración, ya que la arbitrariedad es un factor del progreso, de su dinámica²⁴⁷. Hay entonces una dialógica en el Derecho en el sentido de que dos nociones heterogéneas como el orden y el desorden²⁴⁸, que clásicamente se rechazarían mutuamente, en una teoría compleja conviven integrándose. Por ello, las protestas sociales no deben verse como un desorden sino como un estado de necesidad proveniente de marginales, y así, el sistema formal es puesto a prueba²⁴⁹.

9.2. Dimensión normológica

1. Morin condena la razón no regulada por la experiencia como

²⁴³ MORIN, *La méthode 1...* cit., ps. 296-297 (MORIN, *El Método 1...* cit., p. 335). Ver también MORIN, *La méthode 1...* cit., p. 70 (MORIN, *El Método 1...* cit., p. 90).

²⁴⁴ “De même que la chaleur est devenue une notion majeure dans le devenir physique, de même il faut lui faire une place majeure dans le devenir social et culturel, ce qui nous conduit à envisager, là où il y a ‘chaleur culturelle’, non pas un déterminisme rigide, mais des conditions instables et mouvantes”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 30. “Del mismo modo que el calor se ha convertido en una noción capital en el devenir físico, igualmente hay que dejarle un sitio capital en el devenir social y cultural, cosa que nos conduce a considerar, allí donde hay ‘calor cultural’, no un determinismo rígido, sino condiciones inestables y cambiantes”, MORIN, *El Método 4...* cit., p. 33.

²⁴⁵ MORIN, *La méthode 1...* cit., p. 309 (MORIN, *El Método 1...* cit., p. 349).

²⁴⁶ MORIN, *La cabeza...* cit., p. 126.

²⁴⁷ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 113. Ver también, GOLDSCHMIDT, *La arbitrariedad en el mundo jurídico*, en *Justicia...* cit., ps. 469-476.

²⁴⁸ MORIN, *Epistemología...* cit., p. 426.

²⁴⁹ Ídem, p. 427.

*racionalización*²⁵⁰. Nunca el pensamiento complejo aceptaría una normatividad alejada de la realidad social²⁵¹. También el filósofo francés habla de la relación con el entorno (ecológica)²⁵². Hay una costumbre en las ciencias de experimentar aislando al objeto de su entorno²⁵³. El riesgo se encuentra, por ejemplo, en creer que porque la ley dice que los depósitos son intangibles éstos se mantendrán en la misma moneda y con libre disponibilidad para el ahorrista en la realidad.

2. La interpretación trialista se adecua a la complejidad en tanto varios son los elementos a tener en cuenta y diversos, y profundo es el proceso de análisis²⁵⁴.

3. La determinación es un homenaje a la jerarquía de la particularidad que reclama el filósofo francés en toda teoría. La valía de la carencia/elaboración se ve en Morin cuando éste prioriza la polivalencia de competencias entre los individuos²⁵⁵, lo que condenaría la creación del Derecho únicamente en el legislador, devenido su especialista, y el profesional del Derecho como su aplicador.

9.3. *Dimensión dikelógica*

1. Una primera coincidencia se logra cuando Morin señala que la conciencia moral fracasa con la realidad parcelada del capitalismo, la burocracia y el Estado²⁵⁶. No se agota el ser en el aparato formal u oficial.

2. Cuando Morin se refiere a la educación hace hincapié en *no centrarnos en lo que solamente existe*, sino también en lo que podría

²⁵⁰ MORIN, *La méthode* 5... cit., p. 136 (MORIN, *El Método* 5... cit., p. 134).

²⁵¹ MORIN, *Sociología* cit., p. 98.

²⁵² MORIN, *La méthode* 1... cit., p. 207 (MORIN, *El Método* 1... cit., p. 239).

²⁵³ MORIN, *Introducción al pensamiento*... cit., p. 100.

²⁵⁴ Ver MORIN, *La méthode* 5... cit., p. 245 (MORIN, *El Método* 5... cit., p. 238).

²⁵⁵ “...les qualités polyvalentes de l’individu sont indispensables à la complexité sociales. L’aptitude à la déspecialisation est une aptitude à de nouvelles adaptations, et elle est bénéfique en cas de difficultés économiques, crises, périls, où les individus capables d’activités diverses peuvent mieux relever les défis que les autres”, MORIN, *La méthode* 5... cit., p. 217. “...las cualidades polivalentes del individuo son indispensables para la complejidad social. La aptitud para la desespecialización es una aptitud para nuevas adaptaciones, y es beneficiosa en caso de dificultades económicas, crisis, peligros, en las que los individuos capaces de actividades diversas pueden superar mejor los desafíos que los otros”, MORIN, *El Método* 5... cit., p. 212.

²⁵⁶ MORIN, *La méthode* 6... cit., p. 24 (MORIN, *El Método* 6... cit., p. 28).

y debería existir²⁵⁷. Así, la dimensión dikelógica parece la herramienta para lograr los imposibles²⁵⁸. Cuando el filósofo francés se refiere a la sociología le critica que no debe ser una técnica de información para la toma de decisiones en las cumbres²⁵⁹, coincidiendo con Goldschmidt cuando dice que los juristas no deben comportarse como técnicos en donde las decisiones corresponden a los políticos, ya que son arquitectos con cosmovisión²⁶⁰.

3. Goldschmidt califica al *valor* como ente ideal exigente²⁶¹ y Morin a la ética de forma imperativa, como exigencia moral²⁶². El trialismo le asigna al valor una función crítica singularista a través del criticismo jusnaturalista²⁶³. Morin señala que es lo singular lo que fundamenta la generalidad²⁶⁴. Lo cual es compatible con la cita del filósofo francés de Machado en referencia a que no hay camino trazado, sino que se hace al andar²⁶⁵.

3.1. Respecto de la *naturaleza del valor*, si bien Goldschmidt lo cree objetivo²⁶⁶ y Morin sostiene el papel relevante del sujeto en la ciencia²⁶⁷, tampoco lo es al extremo de considerar al valor como cons-

²⁵⁷ MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 52.

²⁵⁸ Ver MORIN y KERN, ob. cit., p. 146.

²⁵⁹ “...de puissances administratives publiques ou privées exige[nt] de la sociologie qu'elle ne soit qu'une technique d'appoint pour connaître le 'facteur humain' des problèmes économiques, ou qu'une technique d'information pour décisions des sommets...”, MORIN, *Sociologie* cit., p. 51. “...los poderes administrativos públicos o privados exige[n] de la sociología que no sea más que una técnica de complemento para conocer el 'factor humano' de los problemas económicos, o que no sea más que una técnica de información para las decisiones de las cumbres...”, MORIN, *Sociología* cit., p. 58.

²⁶⁰ GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia...* cit., p. 12.

²⁶¹ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 369-370.

²⁶² MORIN, *La Méthode* 6... cit., p. 15 (MORIN, *El Método* 6... cit., p. 21).

²⁶³ GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia* cit., p. 244; GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 383.

²⁶⁴ MORIN, *La méthode* 1... cit., p. 380 (MORIN, *El Método* 1... cit., p. 428).

²⁶⁵ MORIN, *Les sept...* cit., ps. 64-65 (MORIN, *Los siete...* cit., p. 59). CIURO CALDANI, *Metodología dikelógica...* cit., p. 75.

²⁶⁶ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 369. Ver mi trabajo *Una interpretación goldschmidtiana del objetivismo valorativo de Werner Goldschmidt*, en AA. VV., *Dos filosofías...* cit., ps. 101-106.

²⁶⁷ MORIN, *Introducción al pensamiento...* cit., p. 65.

truido²⁶⁸, lo que lo asemejaría a la razonabilidad social, de la que Goldschmidt distancia al valor²⁶⁹. La dialógica moriniana, que la aplico al contenido del valor, oscilará entre igualdad y libertad según la falta, lo que permitirá moldear al valor, tomando aspectos de la realidad “objetiva” y aportando protagonismo e impulso del sujeto. Como ética compleja, no implica un relativismo moral que se adapta a los hechos, pero tampoco un utopismo moral que se aleja de ellos. Es necesaria al valor cierta externalidad, a fin de juzgar a una conducta como acertada o desacertada. Pero ello no implicaría inmovilizar²⁷⁰, por ejemplo, a los contenidos del valor. La noción de problema también aporta a la idea de la nueva objetividad, en tanto no hay ideas verdaderas sino problemas —con contenidos antagónicos²⁷¹—. El filósofo francés señala que aunque no podamos concebir al mundo independientemente de nosotros, podemos reconocerle independencia y consistencia²⁷². De ahí que el valor pueda ser un quiebre de los consensos que puedan generarse; y plantear un deber ser alternativo a lo que es, al consenso²⁷³. El valor complejo incluye a los contrarios.

²⁶⁸ Como lo sostiene CIURO CALDANI, *Metodología jurídica* cit., ps. 77-78; *Metodología dikelógica...* cit., p. 15.

²⁶⁹ GOLDSCHMIDT, *Introducción* cit., ps. 57, 370.

²⁷⁰ Ver MORIN, *Sociologie* cit., p. 172 (MORIN, *Sociología* cit., p. 199).

²⁷¹ “Il s’agit alors de se demander non pas s’il est des situations qui produisent des ‘idées vraies’, mais s’il est des situations où peuvent se poser ouvertement et se débattre des problèmes ‘vraies’, c’est-à-dire les problèmes fondamentaux de la nature de l’homme, de la société, du monde, de Dieu, de la justice, et le problème de la vérité elle-même...”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 83. “...no situar el concepto de verdad en la teoría, doctrina, la idea, sino en la problemática. Se trata por tanto de preguntarse, no si existen situaciones que produzcan ‘ideas verdaderas’, sino si existen situaciones donde puedan plantearse abiertamente y debatirse problemas ‘verdaderos’, es decir los problemas fundamentales de la naturaleza del hombre, de la sociedad, del mundo, de Dios, de la justicia, y el problema de la verdad misma...”, MORIN, *El Método 4...* cit., p. 90.

²⁷² “...bien que nous ne puissions le concevoir indépendamment de nous, nous pouvons lui reconnaître indépendance et consistance”, MORIN, *La méthode 3...* cit., p. 215. “...aunque no pudiéramos concebirlo independientemente de nosotros, podemos reconocerle independencia y consistencia”, MORIN, *El Método 3...* cit., p. 232.

²⁷³ De manera que esto implica consagrar la ética que existe, el *statu quo*. Si el consenso basa la justicia, ése mismo consenso un día puede acordar en que la justicia no es necesaria. De manera que sólo la idealidad del valor le da su relativa independencia.

4. La necesidad de tener en cuenta el todo y el análisis sistemático coincide con la misma vocación que en el análisis de justicia desarrolla Goldschmidt al reclamarle que sea *pantónoma*, es decir, que abarque todos los acontecimientos en todos sus aspectos²⁷⁴. El fraccionamiento y desfraccionamiento que son los movimientos que se realizan a fin de hacer la justicia posible coinciden con la visión dialógica y contradictoria del ser que tiene Morin²⁷⁵. El filósofo francés expresa textualmente que el colmo del Derecho puede ser el colmo de la injusticia²⁷⁶, como lo indica el *summum jus summa injuria*²⁷⁷.

5. En cuanto a las *fuentes del complejo axiológico*, si bien Goldschmidt²⁷⁸ asigna contenidos católicos a su axiosofía dikelógica, metodologiza la dikelogía al partir de un criticismo jusnaturalista que no impone reglas de justicia *a priori*. También la pantonomía, como ideal de la justicia divina, podría ser tomada a los fines metodológicos de la necesidad del fraccionamiento y desfraccionamiento. Así, su pensamiento puede complementarse con el de Morin²⁷⁹, agnóstico como Ciuro Caldani²⁸⁰.

²⁷⁴ Ver GOLDSCHMIDT, *La doctrina...* cit., ps. 51, 210; CIURO CALDANI, *El Derecho Universal...* cit., p. 94.

²⁷⁵ MORIN, *La méthode 3...* cit., p. 11 (MORIN, *El Método 3...* cit., p. 19).

²⁷⁶ MORIN, *La méthode 6...* cit., p. 68 (MORIN, *El Método 6...* cit., p. 64).

²⁷⁷ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 381.

²⁷⁸ "...la justicia nos lleva forzosamente a la existencia de un Ser Supremo que distribuye justicieramente los males y los bienes entre los seres", GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia* cit., ps. 57-58. Ver también, PERUGINI, Alicia, *Homenaje a Werner Goldschmidt*, en AA. VV., *La Filosofía del Derecho en el Mercosur*, coord. por Miguel Ángel Ciuro Caldani, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 164.

²⁷⁹ MORIN, *Mes démons* cit., p. 85. "*Il n'y a pas de paradis passé à retrouver, pas de paradis futur à édifier, pas de fin de l'histoire, pas de Terre promise, pas de Messie à venir, pas de vérité non bio-dégradable [...], mais recherche permanente vers les au-delà, dépassements eux-mêmes à dépasser, nouvelle aventure de l'évolution et, s'il y a chance, nouvelle naissance de l'homme...*", MORIN, *La méthode 2...* cit., p. 451. "No hay paraíso pasado que encontrar, ni paraíso futuro que edificar, ni fin de la historia, ni Tierra prometida, ni Mesías por venir, ni verdad no biodegradable [...] sino búsqueda permanente hacia el más allá, superaciones a ser superadas a su vez, nueva aventura de la evolución, y si hay suerte, nuevo nacimiento del hombre...", MORIN, *El Método 2...* cit., p. 519. "Debemos basar en el planeta nuestra religión, una religión que retoma la herencia de todas las religiones universales: somos hermanos; pero la religión terrestre nos dice (a diferencia de las religiones celestes)

6. Desde la justicia del orden de los repartos, ambas teorías tratan la problemática de los *medios y fines* en relación con el hombre. El trialismo sigue a Kant en tanto ningún hombre debe ser medio de los fines de otro²⁸¹. Morin flexibiliza esta postura, en tanto éstos retroactúan y son analizados en el contexto de la ecología de la acción, es decir, medios innobles pueden dar lugar a fines nobles, si son excepcionales –la morfina a enfermos terminales–, y medios nobles pueden dar lugar a fines innobles –efectos secundarios y tardíos de ciertos medicamentos–, en tanto no es cierto que la pureza de los medios siempre conduzca a los fines deseados²⁸². Ciuro Caldani dice que para quien no es posible el reparto justo queda el reparto justificado²⁸³, que es el reparto posible

debemos ser hermanos, no porque en eso vaya a consistir nuestra salvación, sino porque estamos perdidos: perdidos en este pequeño planeta de un sol de extrarradio en una galaxia que ha experimentado la diáspora de alojarse en un universo sin centro, perdidos porque estamos abocados a la muerte individual y al aniquilamiento final de la vida, de la Tierra, del Sol. También debemos sentir una infinita compasión hacia todo lo que es humano y todo lo que está vivo, hacia cada hijo de la Tierra”, MORIN, *Introducción a una política...* cit., p. 181. No fundará su espíritu en el dolor, representado por las bienaventuranzas, sino en el gozo, la participación y el amor (MORIN, *La méthode 6...* cit., p. 254 [MORIN, *El Método 6...* cit., ps. 222-223]).

²⁸⁰ En el caso del jurista rosarino, ha llegado al agnosticismo luego de su filiación católica. Esta última puede verse en CIURO CALDANI, *Derecho y Política...* cit., Palabras Preliminares, ps. 12, 33, 73, 116, 117, 126; *Integración...* cit., p. 904. “El hombre al que se refiere el trialismo está profundamente integrado (no aislado ni disuelto) en su referencia a los demás hombres y a la naturaleza y respeta la existencia de Dios”. *Los derechos humanos en el trialismo*, en E. D. 129-955. Ver también CIURO CALDANI, *El Derecho y el amor*, en *Estudios de Filosofía...* cit., t. 1, p. 51. “...Dios es amor”, ob. cit., p. 53. En contra dice: “...el trialismo rechaza la ubicación del Derecho natural en lo trascendental”, CIURO CALDANI, *Teoría tridimensional...* cit., p. 1215. “...si las normas poseen origen divino todo cuestionamiento respecto a su contenido corresponde no sólo a una posible rebeldía humana sino a un pecado, con todo lo que esto tiene de consecuencia”, CIURO CALDANI, *Las fuentes de las normas en el tiempo actual*, en *Jurisprudencia Argentina*, 80º aniv., Buenos Aires, 1998, ps. 141 y ss. “A diferencia de Goldschmidt, compartimos el propósito de evitar proyecciones de la justicia hacia exigencias teológicas que nos parecen no sólo indemostrables sino innecesarias...”, CIURO CALDANI, *Metodología jurídica...* cit., p. 55.

²⁸¹ CIURO CALDANI, *Metodología jurídica...* cit., p. 89.

²⁸² Ver MORIN, *Les sept...* cit., p. 48 (MORIN, *Los siete...* cit., p. 44), y *Mes démons* cit., ps. 127-128.

²⁸³ CIURO CALDANI, *Metodología jurídica* cit., p. 80.

en justicia. Lo cual a su vez se relaciona con la doctrina del mal menor²⁸⁴, y así ambas posturas se complementarían. Nótese el caso de Juan Carlos de Borbón, que fue el rey de España de Franco, pero que significó la superación de la dictadura²⁸⁵. También las más grandes revoluciones implicaron derramamiento de sangre, impulsadas por los más nobles ideales. Los efectos de la acción dependen no sólo de las intenciones del autor, sino también de las condiciones del medio²⁸⁶. Por ello, no es lo mismo un corte de ruta en Argentina que en el Reino Unido, o si lo realizan los necesitados y pobres o quienes sólo quieren pagar menos impuestos.

7. Si bien Goldschmidt define el *supremo principio de justicia* como aquel que garantiza al individuo una zona de libertad para que se desarrolle como persona, reconociéndoselo a todos los individuos, a los que asigna libertad²⁸⁷, puede dar lugar a jerarquizar la libertad, un componente de la justicia, que debería serlo en el marco de la igualdad. Por ello considero más adecuado dar a cada cual un ámbito de libertad en la medida en que otros también la tengan. Porque hay interdependencia social, es decir, ninguno de nosotros podría vivir sin el trabajo y la ayuda de los demás. “En cualquier tipo posible de cultura el hombre necesita de la cooperación de los demás si quiere sobrevivir; debe cooperar ya sea para defenderse de los enemigos o de los peligros naturales, ya sea para poder trabajar y producir”²⁸⁸. De ahí que el derecho de uno no termina donde empieza el del otro, sino que unos son en función de los otros. Así, en lugar de tratar de aplicar

²⁸⁴ “*Dans les difficultés concrètes pour réaliser des finalités éthiques, ne faut-il pas sacrifier ces finalités pour une éthique du moindre mal? Dans l'impossibilité d'un succès, ne faut-il pas recourir à une éthique de résistance? Quand il n'y a pas de solution à un problème éthique, ne faut-il pas éviter le pire, c'est-à-dire accepter un mal?*”, MORIN, *La méthode* 6... cit., p. 50. “En las dificultades concretas para realizar finalidades éticas, ¿no hay que sacrificar éstas finalidades por una ética del mal menor? Ante la imposibilidad de éxito, ¿no hay que recurrir a una ética de resistencia? Cuando no existe solución a un problema ético, ¿no hay que evitar lo peor, es decir aceptar un mal?”, MORIN, *El Método* 6... cit., p. 50.

²⁸⁵ MORIN, *Les sept...* cit., p. 49 (MORIN, *Los siete...* cit., p. 44).

²⁸⁶ MORIN, *La méthode* 6... cit., p. 47 (MORIN, *El Método* 6... cit., p. 47).

²⁸⁷ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 399.

²⁸⁸ FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, trad. de Gino Germani, 2ª ed., Paidós, Buenos Aires, 2005, p. 41.

el Código Penal a una protesta habría que comprenderla si ella implica una necesidad. Complejizar es tener sentido de la solidaridad²⁸⁹, de la integración. Incluso Goldschmidt señala: tener en cuenta la pobreza, desigualdades existentes e ignorancia²⁹⁰. Expresa que hay que sustituir la libertad formal por la libertad sustancial²⁹¹. Y menciona la protección del individuo contra la explotación económica, que llama justicia social²⁹². También expresa la función compensadora de la justicia para igualar a los menos favorecidos a los más favorecidos²⁹³. Morin también señala que la libertad depende de sus condiciones de formación y expansión²⁹⁴. La jerarquización de la igualdad es un retorno a la idea de la pantonomía, ya que es injusto hacer justicia si no se la hace a todos. El filósofo francés señala que la libertad absoluta implicaría la desintegración de todo lazo social²⁹⁵.

7.1. Cabe aplicar al supremo principio de justicia la complejidad, esto es, que comprenda a los antagónicos libertad e igualdad que se complementan, y la dialógica, en tanto no hay un imperativo categórico para todas las circunstancias²⁹⁶, y así se promocionará la igualdad o libertad según de lo que se carezca en una situación y tiempo determinados. De ahí que la preferencia que dispone el trialismo clásico debería transformarse en problematización. Aquí las teorías se complementan. Incluso a nivel global Ciuro Caldani tiene consciencia de

²⁸⁹ MORIN, *Introducción al pensamiento...* cit., p. 100.

²⁹⁰ GOLDSCHMIDT, *El deber ser en la teoría tridimensional del mundo jurídico*, en L. L. 112-1090.

²⁹¹ GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia*. cit., p. 182.

²⁹² “[se] exige una protección eficaz del individuo contra la explotación económica. He aquí el ámbito de aplicación de la llamada justicia social, que no contiene sino la extensión de la función *tuitiva* siempre inherente a la justicia, a la explotación del económicamente débil por el económicamente poderoso. Sólo así se obtiene la auténtica posibilidad de los repartos autónomos que suponen libertad de actuación”, GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia* cit., p. 200.

²⁹³ “Debemos igualar a los hombres y tratarlos ya como si fuesen iguales. La procedencia de la igualdad humanista del valor de la justicia hace esta exigencia unívoca en el sentido de que se trata de igualar los menos valiosos a los más valiosos y los menos favorecidos a los más favorecidos”, ob. cit., p. 244.

²⁹⁴ MORIN, *La méthode 2...* cit., p. 65 (MORIN, *El Método 2...* cit., p. 87).

²⁹⁵ MORIN, *Introducción a una política...* cit., p. 40.

²⁹⁶ MORIN, *Mes démons* cit., p. 128.

la concentración de la riqueza que exalta la unicidad, y la aspiración a la igualdad que implica la noción de democracia y derechos humanos en la temática globalización/marginación²⁹⁷.

8. Por ello creo oportuno agregar la *protección del individuo contra el mercado*²⁹⁸, influencia humana difusa con predominio de la utilidad. Los casos “Aquino”²⁹⁹ y “Vizzoti”³⁰⁰ así lo reclaman. O la decisión

²⁹⁷ CIURO CALDANI, *El Derecho Universal...* cit., p. 69.

²⁹⁸ “...en el mercado confluyen en gran medida la democracia de los acuerdos con las imposiciones tecnocráticas de las grandes fuerzas económicas”, CIURO CALDANI, *Integración...* cit., p. 900.

²⁹⁹ En donde se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo por no reconocer una indemnización integral al trabajador. Se trata del caso “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/Accidentes ley 9688”, fallado por la CSJN el 21-9-2004. La Corte menciona el mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó al proyecto que hizo muchas referencias al “mercado de trabajo” (consid. 11), que era el que demandaba costos previsibles y “razonables”, y no generar situaciones “traumáticas” al empleador desde el punto de vista financiero (consid. 13).

³⁰⁰ Significó un cambio de rumbo respecto de las limitaciones a las indemnizaciones por despido. “Vizzoti, Carlos c/AMSA SA” declaró la inconstitucionalidad de la limitación de la indemnización por despido del art. 245 de la LCT. Fue fallado por la CSJN el 14-9-2004 y publicado en L. L. 2004-E-928/944. La indemnización del director médico se vio reducida en un 90,55%. Por el tope legal percibió un 9,45% de indemnización con relación al salario mensual que se le abonaba, lo que resultaba equivalente aproximadamente a dos salarios y medio. La Corte decidió que corresponde aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos 2º y 3º del art. 245 de la LCT, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable. La base salarial para el cálculo de la indemnización del actor asciende a \$ 7.370, de los \$ 11.000 que cobraba (consid. 12). Y ese monto se multiplica por los años de servicio. “Esta preferencia [...] es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo...” (consid. 9). La Corte también dice que tal vez este pronunciamiento no se compadezca con un estricto “análisis económico del Derecho”, al mencionar “...como inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general” (consid. 11), pero que sí respeta la protección del trabajador, ya que interesa “el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador” (consid. 11). “...el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común” (consid. 11). La primacía del valor justicia, y del valor final humanidad son claros: “...no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos” (consid. 11).

de la Provincia de Córdoba de declarar inembargable automáticamente la vivienda única³⁰¹. Así se identifica más la causa de la desprotección, en lugar de aludir a la pobreza, la miseria o la ignorancia, que son más bien consecuencias.

9. Ambos pensamientos tratan y condenan los totalitarismos modernos, como el hitlerista, el soviético³⁰².

10. Respecto de los *medios para la realización de la justicia*, tanto Goldschmidt como Morin hablan de proteger al individuo contra el Estado³⁰³. Así como Goldschmidt dice que el régimen se debilita dividiendo el poder³⁰⁴, Morin dice que la democracia contiene la auto-limitación del poder estatal por su división³⁰⁵. Ambos pensamientos hablan de la protección de las minorías, que Goldschmidt llama superioridades, ya que muchos poco organizados e indefensos pueden sucumbir ante una minoría organizada³⁰⁶.

10. Planetarización

1. Tanto Goldschmidt y Ciuro Caldani como Morin coinciden en que la sobrevivencia del género humano depende de la solución de problemas que son globales³⁰⁷. Morin señala que los Estados se han vuelto pequeños para afrontar problemas planetarios: el poder atómico,

³⁰¹ Ver en contra de la inembargabilidad automática a la decisión de la CSJN, “Banco de Suquía SA c/Juan Carlos Tomassini” fallada el 19-3-2002; y a favor la sentencia del TSJ de Córdoba del 20-10-99.

³⁰² MORIN, *¿Qué es el totalitarismo? De la naturaleza de la URSS*, trad. de Ana Sánchez, Anthropos, Barcelona, 1985; *Breve historia de la barbarie en Occidente*, trad. de Alfredo Grieco y Bavio, Paidós, Buenos Aires, 2006; GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 440. CIURO CALDANI, *Estudios de Historia del Derecho*, FIJ, Rosario, 2000, ps. 151 y ss.

³⁰³ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 446. MORIN, *La méthode 2...* cit., ps. 248-249 (MORIN, *El Método 2...* cit., p. 291). MORIN, *La méthode 2...* cit., p. 253 (MORIN, *El Método 2...* cit., p. 296).

³⁰⁴ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., ps. 448 y ss.

³⁰⁵ MORIN, *Les sept...* cit., p. 60 (MORIN, *Los siete...* cit., p. 55).

³⁰⁶ GOLDSCHMIDT, *Introducción...* cit., p. 451; MORIN y KERN, ob. cit., p. 131.

³⁰⁷ MORIN, *La méthode 6...* cit., ps. 204, 206 (MORIN, *El Método 6...* cit., ps. 179, 181). GOLDSCHMIDT, *La enseñanza en las Facultades de Derecho*, en E. D. 36-862.

el problema ecológico, la genética, las comunicaciones –Internet, el inglés–, el cuantitativismo, el reino de la ganancia, la precarización del trabajo, el narcotráfico, las identidades culturales/terrorismo³⁰⁸. El jurista rosarino promueve un Derecho Universal que nos haga pensar con plenitud espacial³⁰⁹. El filósofo francés hace alusión textual a dicha rama³¹⁰ y plantea los efectos ambivalentes³¹¹ de la planetarización que Ciuro Caldani precisa con los términos globalización/marginación³¹². Morin señala el par antagónico mundialización/balkanización en donde los Estados tienden también a dividirse³¹³.

2. Morin y Ciuro Caldani coinciden en la referencia a una nueva era³¹⁴. Aquél hace mención a la desmortalización, que retrasa el momento final –no infinitamente, pero sí indefinidamente³¹⁵, y éste, a los

³⁰⁸ MORIN, *La méthode 5...* cit., ps. 270, 271 y 273 (MORIN, *El Método 5...* cit., ps. 261, 262 y 264).

³⁰⁹ CIURO CALDANI, *El Derecho Universal...* cit., p. 11.

³¹⁰ MORIN, *La méthode 5...* cit., p. 278 (MORIN, *El Método 5...* cit., p. 268). Nótese que Ciuro Caldani ha escrito su libro en 2001, y la primera edición del t. 5 de *El método* es de 2003. Morin señala a M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, Paris, 1996, en ob. cit., p. 268. Autora que refleja una visión tridimensional del Derecho y que a su vez menciona a Edgar Morin. Ver *La tragédie des trois C*, préface à AA. VV., *Droit et Complexité: Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, édité par Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédro, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2007, p. 8.

³¹¹ MORIN y KERN, ob. cit., ps. 92-93.

³¹² *Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica*, en *Investigación...*, N° 27, FIJ, Rosario, 1996, ps. 9-16; *Comprensión filosófica de la ciudad, sus conflictos y esperanzas (La ciudad en tiempos de la globalización y la marginación)*, en *Investigación...*, N° 29, FIJ, Rosario, 1997, ps. 13-16; *Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización*, en *Investigación...*, N° 32, FIJ, Rosario, 1999, ps. 9-14; *Análisis de la internacionalidad, la globalización y la integración*, en *Revista del Centro...*, N° 24, FIJ, Rosario, 2000, ps. 41-56; *La globalización/marginación y el replanteo de los tipos legales y los puntos de conexión del Derecho Internacional Privado*, en *Investigación...*, N° 35, FIJ, Rosario, 2002, ps. 15-27, entre otros.

³¹³ MORIN, *Les sept...* cit., p. 36 (MORIN, *Los siete...* cit., p. 32).

³¹⁴ MORIN, *Introducción a una política...* cit., p. 163. Ver *Les sept...* cit., ps. 2 y 41 (*Los siete...* cit., ps. 2 y 36). CIURO CALDANI, *Estudios de Historia...* cit., p. 180; *El Derecho Universal...* cit., p. 14.

³¹⁵ MORIN, *La méthode 5...* cit., ps. 294-295 (MORIN, *El Método 5...* cit., ps. 283-284).

últimos hombres de vida corta³¹⁶. Los dos mencionan el control del gen por el ser humano, el que retroactúa sobre las condiciones que le han hecho surgir³¹⁷. En cuanto al momento organizativo de la mundialidad, tanto Morin como Ciuro Caldani coinciden, aquel señalando a la edad de hierro planetaria –por las guerras mundiales³¹⁸–, y éste a la pre-estatalidad hobessiana, de concentración del poder en EE. UU.³¹⁹ Incluso el filósofo francés dice que un Leviatán está en curso de instalación³²⁰.

11. ¿Interdisciplina o trialismo? Hacia una epistemología jurídica civilizada

1. Como los problemas revelan distintas aristas, los jurídicos no se agotan en los normativos. Por ello, si el Derecho no aborda los problemas adecuadamente, esto será hecho por otras disciplinas, aunque sin el enfoque, el interés y el objetivo del jurista: repartir con justicia. Decía Jaques Labeydie: “cuando uno no encuentra solución dentro de una disciplina, la solución viene de afuera de la disciplina”³²¹.

2. Los estudios disciplinares revelan un estadio epistemológico prehistórico, que se relaciona con la especialización que señala Morin y el normativismo que denuncia el trialismo; mientras que la interdisciplina revela un estadio histórico primitivo, aunque también la necesidad del contacto del Derecho con otras disciplinas³²². Morin dice que si se tiene un objeto rico, multidimensional, no será necesario adicionar disciplinas³²³. El ciclo evolutivo de dicha conciencia episte-

³¹⁶ CIURO CALDANI, *Estudios de Historia...* cit., p. 182.

³¹⁷ MORIN, *La méthode 2...* cit., p. 138 (MORIN, *El Método 2...* cit., p. 166).

³¹⁸ MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 62.

³¹⁹ Ver CIURO CALDANI, *El Derecho Universal...* cit., ps. 64-65.

³²⁰ MORIN, *La méthode 5...* cit., p. 264 (MORIN, *El Método 5...* cit., p. 256).

³²¹ Ver MORIN, *Articular...* cit., p. 39.

³²² “La interdisciplinariedad inicia su caminar cuando una disciplina científica o filosófica, entre otras, encuentra que sus métodos de investigación, comprensión y explicación de un fenómeno u objeto determinado no le son suficientes, e inicia con ello una apertura hacia las aportaciones de otras disciplinas”, MORIN, *Articular...* cit., p. 27.

³²³ “...une structure épistémique commune qui a le sens de la complexité de l’objet. Car dès que vous avez un objet riche, multidimensionnel, il ne suffira pas d’additionner

mológica habrá alcanzado un estado óptimo cuando el profesional del Derecho abrigue el trialismo, como estadio civilizado al comportar un objeto complejo.

3. La interdisciplina se asemeja a las cordiales relaciones internacionales a través de tratados que hacen los Estados, ya que cada disciplina afirma su propia soberanía³²⁴. Y el trialismo sería en el Derecho y la complejidad en la ciencia la integración, que se logra con un objetivo –o varios– común y órganos –categorías– a tal efecto para lograrlos. Es decir, se toman los aportes, estructuras de otras disciplinas, para abarcar complejamente el objeto, pero tamizando dichos aportes mediante el filtro del interés, objetivo y perspectivas propios de la disciplina en cuestión. Cuando la interdisciplina se institucionaliza, se hace carne, se internaliza a tal punto que se niega, es decir, los relacionamientos ya se hacen al interior de la rama/disciplina en cuestión y se opera la tamización epistemológica, y lo necesario de las otras ramas se incorpora a la rama en cuestión, aunque ya con categorías nuevas que evidencian el interés de la disciplina de que se trata. Por ejemplo, la conducta o el interés son términos que provienen de la sociología, pero que, pasando por el tamiz del Derecho, mutan en la categoría de “reparto”, término entonces ya perteneciente a la ciencia jurídica. Se trata de un enfoque que le es propio, una visión jurídica³²⁵.

4. Las necesidades de la disciplina conforman los límites epistemológicos de la misma, lo que es confirmado por el clamor académico de interdisciplina³²⁶.

les disciplines”, MORIN, *À propos de la complexité*, en <http://www.cnrs.fr/comitena-tional/conseil/morin.htm> (20-3-2005), p. 7. “Una estructura epistémica común que tiene el sentido de la complejidad del objeto. Ya que a partir de que usted tiene un objeto rico, multidimensional, no será suficiente adicionar las disciplinas” (trad. del autor).

³²⁴ En la “interdisciplinariedad [...] [hay] diferentes disciplinas [que] se reúnen [...] [y] afirma[n] cada una sus propios derechos y sus propias soberanías con relación a las usurpaciones del vecino. Pero interdisciplinariedad puede también querer decir intercambio y cooperación, y devenir así en algo orgánico”, MORIN, *Articular...* cit., p. 50.

³²⁵ MOSCOVICI, Serge, *Introducción: el campo de la psicología social*, en AA. VV., *Psicología social I. Influencia y cambio de actitudes. Individuos y grupos*, ed. al cuidado de Serge Moscovici, trad. de David Rosenbaum y supervisión de Tomás Ibañez, Paidós, Buenos Aires, 1985, p. 20.

³²⁶ “...las disciplinas se encierran y no se comunican las unas con las otras. Los

12. Relación de coincidencia entre las teorías. Suma del pensamiento jurídico complejo

1. No obstante la coincidencia en general de ambos pensamientos, hay complementariedad en el aspecto valorativo. La coincidencia respecto de los supuestos filosóficos alude a la multidimensionalidad y a la complejidad. Goldschmidt alude a la necesidad de conocer el objeto desde los más diversos puntos de vista. Así como diverso es el objeto trialista, así caracteriza Morin a la complejidad.

2. Si bien podría decirse que el normativismo también coincide con el pensamiento complejo por la utilización de un sistema, la complejidad alude a una sistemática diversa desde el punto de vista ontológico, como la desarrolla el trialismo. De ahí que la diversidad exigida sea profunda³²⁷ y no meramente de grado como la que se da entre las normas, que pertenecen a los entes ideales –enunciativos–. Así, la normatividad hace referencia a reglas, principios, resoluciones, leyes, que sólo emanan de la autoridad estatal. Las normas pertenecen, en términos de Nicolescu, al mismo nivel de realidad³²⁸ y lo igual no puede com-

fenómenos son cada vez más divididos, sin que uno llegue a concebir su unidad. Ésta es la razón por la que se dice cada vez más: «Hagamos interdisciplinariedad», MORIN, *Articular...* cit., p. 54.

³²⁷ Dice Ciuro Caldani: “la ‘armonía’ llevada al extremo conduce a la unificación, pero la unificación ya no es armonía, porque no hay diversidad”, *El Derecho Universal...* cit., p. 83. “...la organización es lo que liga un sistema, que es un todo constituido de elementos *diferentes* ensamblados y articulados”, MORIN, *Epistemología...* cit., p. 428. El resaltado es mío.

³²⁸ Nicolescu distingue entre niveles de realidad, y niveles de organización. Niveles de realidad serían, si se toma esta expresión ontológicamente, conductas y repartos por un lado, y normatividad y valores por el otro, representando los primeros la materialidad y los segundos la idealidad, predominantemente. La escuela analítica tiene entonces un único nivel de realidad, porque sólo admite normas, es decir, entes ideales. Puede verse NICOLESCU, *La transdisciplinarité. Manifeste*, du Rocher, Mónaco, 1996. Un extracto se encuentra en <http://www.quelcom.net/archivo/textos/transdiscipl.Nicolescu.htm> (23-5-2007). Ver también, CAMUS, Michel; MAGNIN, Thierry; NICOLESCU, Basarab y VOSS, Karen-Claire, *Levels of Representation and Levels of Reality: Towards an Ontology of Science*, in GREGERSEN, Niels H.; PARSONS, Michael W. S. y WASSERMANN, Christoph (ed.), *The Concept of Nature in Science and Theology (part II)*, Éditions Labor et Fides, Genève, 1998, ps. 94-103.

Nicolescu menciona la semejanza de su teoría con lo que sostiene Werner Heisenberg

plementarse. Niveles de realidad serían ejemplificados en el trialismo con los repartos, por un lado, que son materialidad, y normas y valores por el otro que son idealidad. Mientras que los niveles de organización se dan al interior de cada dimensión. La escuela analítica tiene un único nivel de realidad, que organiza espacialmente en normas municipales, provinciales, nacionales e internacionales o transnacionales; y temporalmente en leyes derogadas, vigentes, proyectos de leyes –con estado parlamentario y sin él–, anteproyecto de leyes. Hay fuentes espectáculo o propaganda, programáticas y operativas. Pero aquí hay complicación, mas no complejidad.

3. Morin propone una definición de sistema en donde sus elementos son solidarios los unos respecto de los otros, porque son definidos en función de los otros³²⁹. Y la definición de una norma por otra sería redundante. Si bien la normatividad tiene el noble propósito de igualar, no puede tratarse de la misma manera a los que son distintos, de ahí que la equidad sea vista como un correctivo proveniente de la justicia. Por ello, una teoría jurídica debería necesariamente contemplar elementos diversos, para lograr dicha corrección. La única relación que mantiene la escuela analítica con la sociología y la axiología es la de exclusión, y no hay solidaridad.

4. La posición actual del positivismo incluyente no hace más que mostrar la necesidad de diversidad y una fisura en el paradigma positivista que reclama la revolución³³⁰. Ya Lakatos dijo que los científicos no aplican tan fácilmente la falsabilidad popperiana desechando

en su libro de 1942 *Philosophie. The Manuscrit*, en donde el físico germano señala que la realidad es un tejido de conexiones y de una infinita abundancia, sin una base fundadora primordial. Ver NICOLESCU, *Transdisciplinarity...* cit., p. 7. Nótese que Paul Feyerabend titula a su libro póstumo *La conquista de la abundancia*, lo que motivó a Nicolescu a formular la idea de los distintos niveles de realidad fue la de compatibilizar incompatibilidades. Ob. cit., p. 6.

³²⁹ MORIN, *La méthode 1...* cit., p. 102 (MORIN, *El Método 1...* cit., p. 124).

³³⁰ “S’il est vrai qu’une théorie scientifique doit obéir à la règle supérieure qui lui enjoint de disparaître si le milieu scientifique la rejette, il reste que ses principes organisateurs occultes, qui ne sont pas soumis directement au contrôle empirique, produisent de nouvelles théories, mieux adaptés que les précédentes, mais comportant les mêmes cécités cognitives”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 131. “Si bien es verdad que una teoría científica debe obedecer a la regla superior que la conmina a desaparecer si el medio científico la rechaza, ocurre que sus principios organizadores

sus teorías, sino que aplican hipótesis de rescate –ad hoc– para explicar la simple anomalía, o simplemente se centran en otros problemas³³¹.

13. Observaciones a la complejidad trialista y moriniana

Como el peor enemigo puede estar en el interior, y la crítica bien entendida comienza “por casa”, debo dejar sentada la autocrítica³³².

1. Hacer de la justicia el hilo de la complejidad y colocarla como tutora del Derecho puede, por tratarse de un componente ideal, derivar en las desventajas del platonismo, al realzar la idea.

2. Cabe preguntarse, respecto de la común identidad humana, hasta dónde abarcar una unidad que no anule la diversidad.

3. No es de lo más feliz la calificación de una teoría como “pura”, prefiriendo el término de complejidad organizada. Al trialismo puede aplicársele el teorema de Gödel según el cual no puede explicarse a sí mismo³³³. No obstante, como el pensamiento complejo y el trialismo son metasisistemas amplios, comportan a los antagónicos y son entonces más plausiblemente ciertos.

4. Cabe preguntarse si la vida jurídica puede avanzar si se abre a

ocultos, que no están sometidos directamente al control empírico, producen nuevas teorías, mejor adaptadas que las precedentes, pero que comportan las mismas cegueras cognitivas”, MORIN, *El Método* 4... cit., p. 135.

³³¹ LAKATOS, Imre, *La metodología de los programas de investigación científica*, trad. de Juan Carlos Zapatero, Alianza, Madrid, 1989, ps. 12-13.

³³² “...l’auto-réflexion n’invite pas seulement à s’observer soi-même observant [...] la critique doit venir, non seulement de l’extérieur, mais aussi de l’intérieur. Nous devons donner vie au terme d’auto-critique”, MORIN, *La méthode* 2... cit., p. 297. “...la auto-reflexión [...] invita a que el observante se observe a sí mismo [...] la crítica no sólo debe proceder del exterior, sino también del interior. Debemos dar vida al término de auto-crítica”, MORIN, *El Método* 2... cit., p. 345. Es necesario salir de las trampas de la autojustificación y del autoengaño, lo que implica una ayuda contra la ilusión egocéntrica y para la apertura al prójimo, sin autoerigirnos una estatua, MORIN, *La méthode* 6... cit., p. 116 (MORIN, *El Método* 6... cit., p. 104). “L’auto-critique devient ainsi une culture psychique quotidienne plus nécessaire que la culture physique, une hygiène existentielle qui entretient une conscience veilleuse permanente”, MORIN, *La méthode* 6... cit., p. 117. “La autocrítica se convierte así en una cultura psíquica cotidiana más necesaria que la cultura física, una higiene existencial que mantiene una conciencia en vigilancia permanente”. MORIN, *El Método* 6... cit., p. 105.

³³³ MORIN, *La méthode* 4... cit., p. 187 (MORIN, *El Método* 4... cit., p. 192).

la consideración de tantos elementos que termine prevaleciendo ninguno. Ciuro Caldani señala que al no defender *a priori* el trialismo posición alguna, exhibe lo que sería la posición de una clase social oscilante, como suele denominarse a la pequeña burguesía³³⁴. También Morin expresa que los intelectuales oscilan entre la clase social de la cual emergen –la burguesía– y la clase de la cual querrían ser guías –el proletariado³³⁵–. Puede observarse la crítica que se hace de Marx, quien, si bien hace hincapié en el factor económico, éste es importante en tanto a partir de él el hombre puede elaborar una complejidad con placeres políticos, culturales, educativos, artísticos.

5. Una ingenuidad del trialismo es creer que el hombre será siempre transparente, así como Popper creía que los científicos falsarían sus teorías desechándolas cuando advirtieran sus fisuras. En muchos casos se actúa por conveniencia y no se busca la verdad o la justicia. De ahí que el trialismo sea difícil de seguir por algunos sectores cercanos al poder o débiles a éste (como los jueces) y sea más fácil para quienes hacen ciencia³³⁶.

6. El trialismo expone una justicia pantónoma y en este sentido difícil de alcanzar, con lo cual cabe preguntarse si es realmente justicia lo que finalmente se logra. Por ello, puede asignarse al trialismo una tendencia al conformismo, en tanto dicha justicia y su deber ser aplicado personal nacen desde aquel que conoce y puede remediar la injusticia. “...la justicia humana es siempre imperfecta en su realidad, y sólo una idea regulativa como ideal”³³⁷. En efecto, los límites que Goldschmidt señala a la realización de la justicia: ignorancia e impotencia, no cumplen con la máxima kantiana: quien debe, también puede³³⁸. Marx tampoco alabaría dicha “resignación”³³⁹. De ahí mi sugerencia de un “trialismo”, del trialismo o su dimensión práxica.

³³⁴ CIURO CALDANI, *Derecho y Política...* cit., p. 13. “...quienes hablan del Derecho, son a su vez, repartidores poderosos interesados”, MENICOCCI, *La teoría trialista de Werner Goldschmidt*, en *Dos filosofías...* cit., p. 66.

³³⁵ MORIN, *Sociologie* cit., p. 38 (MORIN, *Sociología* cit., p. 50).

³³⁶ CIURO CALDANI, *Metodología dikelógica...* cit., p. 9.

³³⁷ GOLDSCHMIDT, *La doctrina...* cit., p. 213.

³³⁸ Ver GOLDSCHMIDT, *Ser...* cit., p. 79.

³³⁹ Ante la advertencia que el dueño de la revista donde trabajaba le dijo por el tono de sus críticas, expresó que “...es lacayuno limitarse a pinchar con alfileres lo

7. Al plantear un “método”, Morin no puede evitar la receta que denuncia³⁴⁰.

14. Conclusión

Distintas disciplinas se han negado a la reducción comprendiendo un objeto multidimensional.

Morin coincide con el trialismo en ideas “centrales” que hacen a sus núcleos paradigmáticos: la objetividad –renovada–, el neodualismo ontológico, la integración de juicios de hecho y de valor, la crítica, la lucha por la autonomía y la autoorganización, la transparencia, la insuficiencia del positivismo, la profundidad en el análisis, sin exclusiones. Porque una teoría que excluye es al fin un ser humano que excluye.

La grandeza de los pilares del trialismo ha residido en *fortalecer las categorías* que a su vez han servido para modificar la teoría clásica. Lo que cumple con la exigencia moriniana de la biodegradabilidad de las teorías científicas y el nuevo “método”.

Nos sorprende la complejidad y nos deja “perplejos”³⁴¹ porque he-

que habría que atacar a mazazos”, RUBIO LLORENTE, Francisco, *Introducción*, en MARX, *Manuscritos: economía y filosofía*, trad. de Francisco Rubio Llorente, Altaya, Barcelona, 1993, p. 15.

³⁴⁰ “...les systèmes philosophiques qui cherchent à expliquer rationnellement l’entier devenir du monde, ne laissant aucune place résiduelle non seulement à l’irrationnel, mais même à ce qui est temporairement inexplicable, sont apparentés aux systèmes délirants paranoïaques, lesquels se caractérisent par la tendance à expliquer ‘rationnellement’, à travers les événements du monde extérieur, leurs propres pulsions irrationnelles intérieures”, MORIN, *La méthode 4...* cit., p. 139. “...los sistemas filosóficos que intentan explicar racionalmente todo el devenir del mundo, y no dejan ningún lugar residual no sólo a lo irracional, sino ni siquiera a lo que es temporalmente inexplicable, están emparentados con los sistemas delirantes paranoicos, los cuales se caracterizan por la tendencia a explicar ‘racionalmente’, a través de los eventos del mundo exterior, sus propias pulsiones irracionales interiores”, MORIN, *El Método 4...* cit., p. 143.

³⁴¹ “...existe una relación curiosa entre complejo y perplejo, ya que comparten la misma raíz [...] Si perplejo significa dudoso, incierto, confuso, *perplexus* significaba embrollado, embelesado, sinuoso. De perplejo se deriva [...] ‘perplejidad’ que significa irresolución, duda, confusión [...] existe una relación entre perplejidad y complejidad, ya que una aproximación irreflexiva a la complejidad nos sitúa en un estado de irresolución, duda y confusión”, MORIN, CIURANA y MOTTA, ob. cit., p. 40.

mos sido educados en la simplicidad, en las ideas claras y distintas, en la eliminación de la incertidumbre, del desorden. Ante ello el trialismo aporta desenmascaramiento y entonces, más que confusión, aclara la complejidad.

Es importante no ver a las disciplinas como *parcelas de dominio*, en donde cada cual se comporta como el dueño que dispone por su experticia en su especialidad, sino siguiendo la pauta de la necesidad, tomando de las disciplinas aquello que nos haga falta. Más que al fin de la historia, asistimos al comienzo de una ciencia nueva, que implica ver las mismas cosas pero de un modo distinto.

EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LA LETRA DE CAMBIO Y DEL PAGARÉ

por GERMÁN E. GERBAUDO¹

SUMARIO: I. Introducción. 1. Objeto del trabajo. 2. Los títulos de crédito y su vocación internacional. Desde el Medioevo italiano a la aldea global. 3. Función de circulación. 4. Concepto y caracteres. 5. Similitudes y analogías entre los distintos títulos de crédito. II. Soluciones conflictuales. 1. Derecho aplicable. 2. Jurisdicción internacional. III. Derecho Internacional Privado de fuente convencional. 1. Tratados de Montevideo. a) Tratado de Derecho Comercial de 1889. b) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940. 2. Convención de Panamá sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas. IV. Derecho Internacional Privado de fuente interna. 1. El régimen del Código de Comercio. 2. Decreto-ley 5965/63. 3. Propuestas de autointegración. V. Derecho argentino proyectado. VI. Propuestas internacionales. 1. Código de Bustamante. 2. Convención de Ginebra destinada a reglar algunos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden. 3. Convención sobre letras de cambio y pagarés internacionales de la CNUDMI. VII. Conclusiones.

Resumen

La globalización intensificó el comercio transfronterizo y con ello la utilización de las letras de cambio y los pagarés a nivel internacional. Esta circunstancia generó la necesidad de encontrar soluciones referidas a la jurisdicción internacional y al Derecho aplicable. Este artículo analiza el estado actual del Derecho Internacional Privado argentino

¹ Abogado (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario). Magíster en Derecho Privado (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario). Especialista en Derecho de Daños (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina). Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Comercial III, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

en esta materia, estudia las lagunas existentes en la regulación de fuente interna y las soluciones en el ámbito convencional. Finalmente, se exponen nuestras conclusiones.

Abstract

The globalization intensified cross-border trade and thus the use of bills of exchange and promissory notes at international level. This circumstance generated the need to find solutions referred to the international jurisdiction and to the applicable law. This article analyzes the current state of Argentine Private International Law on this matter, studies the gaps in the regulation of internal source and the solutions in the treaty law. Finally, it presents our conclusions.

Palabras claves

Derecho Internacional Privado, letra de cambio, pagaré, ley aplicable, jurisdicción internacional.

Key words

Private International Law, bill of exchange, promissory note, applicable law, international jurisdiction.

I. Introducción

1. Objeto del trabajo

El objeto de este trabajo es describir y analizar el panorama existente en la legislación, doctrina y jurisprudencia argentinas respecto al régimen internacional de la letra de cambio y del pagaré. En tal sentido, analizaremos el Derecho Internacional Privado de fuente convencional y expondremos la situación en el ámbito interno donde se exhibe una laguna histórica generada a partir de la derogación del artículo 738 del Código de Comercio a través del decreto-ley 5965/63. En este punto, detendremos nuestro análisis en las propuestas formuladas por la doctrina, exponiendo las distintas tesis con sus respectivos fundamentos. Asimismo, analizaremos el Derecho proyectado en nuestro

país, como así también las propuestas gestadas en la comunidad internacional. Finalmente expondremos nuestras conclusiones.

2. *Los títulos de crédito y su vocación internacional.*

Desde el Medioevo italiano a la aldea global

Los títulos cambiarios por naturaleza ostentan una vocación universal. Es usual que los mismos se libren en un país para ser pagados en otro y que en su circulación trasciendan las fronteras de varios de ellos.

Desde una perspectiva histórica “la letra de cambio nos presenta un notorio carácter internacional”². Esta especie de título de crédito en su origen marca el devenir histórico del Derecho Cambiario³.

La etapa de florecimiento y expansión internacional de estos títulos de crédito se remonta a la Edad Media, al instante mismo del surgimiento del Derecho Mercantil. El Derecho Comercial se originó en el Medioevo italiano impulsado por las necesidades de la clase comerciante. Esta rama del Derecho Privado se generó como consecuencia de la necesidad de superar el sistema feudal. En tal sentido, puede

² ROMERO DEL PRADO, Víctor N., *Derecho Internacional Privado*, Assandri, Córdoba, 1961, t. III, p. 80.

Sobre la importancia del estudio de las referencias históricas, Ciuro Caldani señala que “importa atender a la historia para comprender mejor el presente y conjeturar el futuro” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Nuevas reflexiones sobre las bases y la evolución del Derecho Internacional Privado, con especial referencia al Derecho Internacional Privado argentino*, en *Investigación y Docencia*, N° 37, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho, UNR, Rosario, p. 49). Asimismo en otro trabajo expresa que “quien no comprende el pasado no comprende el presente ni el porvenir” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Una nota histórica sobre la tarea judicial*, en *Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho, UNR, Rosario, 2005, vol. 28, p. 33). Igualmente en otra investigación señala que “no nos cabe duda de que ningún problema jurídico puede ser debidamente comprendido sino en el marco de la respectiva circunstancia histórica” (CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Comprensión histórica de las teorías sobre el objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado*, en *Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Fundación para las investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho, UNR, Rosario, 1985, vol. 6, p. 65).

³ LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, *Devenir histórico del Derecho Cambiario*, en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, N° 112, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-abril de 2005, p. 157.

afirmarse que el origen del Derecho Comercial en el Medioevo es corolario de un enfrentamiento entre el feudo y el mercado⁴. El sistema feudal era cerrado, basado en un contrato entre el señor feudal y los campesinos regido por normas consuetudinarias. Europa Occidental hacia los siglos VIII y IX atravesaba una profunda crisis, caracterizada por una terrible inseguridad, tanto en el continente como en el mar. La mayor parte de la población europea estaba compuesta por campesinos quienes no tenían armas, por lo tanto no podían defender sus bienes ante los invasores. Ante ello aparece la figura del señor feudal que les brindaba a los campesinos protección y el uso de pequeños lotes de tierra. A cambio los campesinos debían trabajar las tierras de aquél. Este sistema ahorraba costos de transacción en razón de que los campesinos se autoabastecían y la tierra era la principal fuente de riqueza. Sin embargo, este régimen era cerrado con relaciones económicas internas.

El descubrimiento de la pólvora revolucionó el arte de la guerra poniendo en crisis los mecanismos de defensa medieval y comenzó así a sucumbir el sistema feudal. Hacia el siglo XI se produce una expansión en Europa donde la economía se trasladó desde el campo a las ciudades. En éstas surge el mercado, el que se presentó como un concepto abierto. A su vez, se gestó como nueva clase social la de los comerciantes, quienes asentaron su poder en la riqueza y el dinero, desplazando con ello a la aristocracia de la sangre. A partir de esta etapa, señala Fraile que “la ciudad prevalece sobre el campo, lo urbano sobre lo rural, las catedrales sobre las abadías, las lonjas sobre los castillos y las universidades sobre las escuelas de los monasterios”⁵.

El Renacimiento europeo fue el escenario propicio para el surgimiento de la clase comerciante. Éste fue el sector social más dinámico y promotor del cambio⁶. En el siglo XII, en distintas ciudades del norte de Italia, como Pisa, Venecia, Amalfi, Siena, Milán, Génova y Florencia, y

⁴ Sobre el enfrentamiento del feudo y el mercado y el surgimiento del Derecho Comercial véase: LORENZETTI, Ricardo L., *Problemas actuales de la teoría de la empresa*, en L. L. 1994-C-731.

⁵ FRAILE, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, Madrid, t. III, p. 4.

⁶ CORTÉS CONDE, Roberto, *Historia económica mundial. Desde el Medioevo hasta los tiempos contemporáneos*, Ariel, Buenos Aires, 2003, p. 42.

en el Sur de Francia, como La Provençe y Marsella, el comercio adquirió tal trascendencia que impuso a los comerciantes la necesidad de dictar normas que regularan su actividad. Ningún Derecho vigente daba respuestas adecuadas a las necesidades de los comerciantes. El Derecho Canónico, el común y el germánico no se adaptaban a las necesidades del comercio⁷. Esto llevó a que los comerciantes se dieran su propio Derecho, basado en los usos y costumbres mercantiles, dando lugar a lo que se conoce como *lex mercatoria*. El Derecho Comercial nace en la Edad Media como un ordenamiento especial, como “el derecho autónomo de una profesión, la profesión de comerciante”⁸.

Cadena Afanador señala que “las ferias medievales, eventos que se celebraban cada año, se constituyeron en uno de los campos de producción de la *lex mercatoria* más significativos. Los comerciantes de distintos lugares acudían a ellas durante varias semanas con el aval del rey anfitrión, quien permitía a los mercaderes arreglar entre ellos sus litigios comerciales. Junto a las ferias se estructuraron gremios y corporaciones desde mediados del siglo XII; poseían órganos propios de dirección, autonomía normativa y jurisdicción especial para aplicarla. Se desarrolló un Derecho Mercantil constituido por las costumbres y los usos de una clase social y caracterizado por su nacionalidad, legitimidad, uniformidad y uso de un amplio sentido de la *æquitas* medieval. El Derecho Mercantil medieval fue creado y usado por un segmento específico de la sociedad, consolidado como un Derecho de clase, es decir, hecho por los mercaderes y para los mercaderes”⁹.

El primitivo Derecho Mercantil presentó una reglamentación espe-

⁷ RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos, *¿Cómo se caracterizaba el Derecho Comercial en sus orígenes?*, en <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerComHist02.htm> (fecha de consulta, 20-11-2007).

Al respecto se señala que “El Derecho Comercial había nacido como Derecho nuevo, determinado por la incapacidad del Derecho común, vigente en los primeros años de la Edad Media, para satisfacer las necesidades de los gremios y corporaciones de mercaderes” (LÓPEZ CABANA, Roberto M., *La comercialización del Derecho Civil*, en *Responsabilidad Civil y Seguros* 2001-1225).

⁸ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, vol. I, p. 17.

⁹ CADENA AFANADOR, Walter René, *La nueva “lex mercatoria”: un caso pionero en la globalización del Derecho*, en *Papel político*, N° 13, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, octubre de 2001, p. 101.

cial para las actividades que desarrollaba un sector de la sociedad. A su vez, el Derecho Comercial nació como un Derecho Internacional dado que se buscó regular la actividad de las personas que celebraban sus negocios en ferias y mercados por encima de las reglamentaciones de las ciudades¹⁰.

Era un Derecho de una clase: la de los comerciantes. Éstos habían acumulado riqueza y poder, a tal punto que asumían el gobierno de las ciudades y dictaban su propio orden jurídico. Se trataba de un Derecho Comercial para los comerciantes en ejercicio de su profesión. La burguesía mercantil se agrupaba en gremios y corporaciones para defender el ejercicio del comercio y la circulación de los bienes, llevando a cabo sus negocios en las ferias donde comerciaban tanto entre ellos como con la población en general.

En tal sentido, Barrera Graf señala que “el Derecho Mercantil nace como un derecho clasista y subjetivo, como derecho de y para los comerciantes”¹¹. Asimismo, Broseta Pont señala que “el primitivo *ius mercatorum* es un Derecho propio de una categoría social diferenciada –los comerciantes–, pero limitado en su aplicación a la actividad profesional de éstos (*ratione personæ* y *ratione mercature*)”¹².

Asimismo, los comerciantes del Medioevo no sólo se dieron su propio Derecho sino también su propia justicia. Ese “Derecho no fue aplicado por los jueces municipales sino por los jueces especiales de los gremios, la llamada jurisdicción consular”¹³.

En este escenario puede concebirse al Derecho Comercial como un derecho subjetivo, de clase, consuetudinario e internacional. Como

¹⁰ Véase ETCHEVERRY, Raúl A., *El Derecho Comercial Internacional: Nuevas fuentes*, en L. L. 1992-D-1132. El citado autor en otra obra señala que la internacionalidad de sus instituciones es un principio informante del Derecho Comercial (ETCHEVERRY, Raúl A., *Derecho Comercial y Económico. Parte general*, 1º ed., 3º reimp., Astrea, Buenos Aires, 2000, ps. 209 a 211).

¹¹ BARRERA GRAF, Jorge, *Temas de Derecho Mercantil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, en www.bibliojuridica.org, página visitada el 20-2-2008.

¹² BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, vol. I, ps. 45 y 46.

¹³ GOLDSCHMIDT, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, actualizado por María Auxiliadora Piasani Ricci, Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, Caracas, 2001, p. 9.

conclusión de esta etapa podemos citar al profesor colombiano Oviedo Albán, quien indica que “el Derecho Mercantil o (*lex mercatoria*) adquirió autonomía frente al Derecho común y además, gozó de las características indicadas a continuación: especial frente al civil; profesional, en la medida en que se aplicó en forma exclusiva a los comerciantes; internacional, al no conocer fronteras; consuetudinario, por expresarse por medio de usos y costumbres, y con su propio sistema judicial, toda vez que las diferencias eran solucionadas, con criterios de equidad y buena fe, por los tribunales consulares de justicia, conformados al seno de los propios gremios y por los mismos comerciantes”¹⁴.

En este Derecho y en consonancia con la atención de las necesidades de los comerciantes se produce el florecimiento de los títulos de crédito; en especial, de la letra de cambio. Las circunstancias imperantes en la realidad social del Medioevo italiano posibilitaron y generalizaron la utilización de estos títulos. Al respecto, se señala que “la restricción del curso de la moneda a territorios de extensión reducida, la escasez e inestabilidad de las comunicaciones, la gran variedad de monedas entonces circulantes, la prohibición del préstamo a interés, la negativa de ciertas leyes estatales que impedían la salida de metales preciosos, las falsificaciones frecuentes, por una parte, y por la otra, la necesidad de efectuar pagos en lugares alejados, y en general la necesidad de tener en éstos sumas disponibles, hicieron posible a los profesionales del cambio y frecuente la costumbre de valerse de un *cambista* (*camperos*, *cambiator*, *banquerus*, *tabularius*, *nummularius* o *trapeziths*) quien realizaba operaciones heterogéneas, tales como cambiar manualmente la moneda, recibir capital para su custodia y prometer abonarlo en otro país al tipo de moneda que ahí hubiera, dicha promesa hacía ante notario y por escrito”¹⁵.

¹⁴ OVIEDO ALBÁN, Jorge, *El Derecho Mercantil Internacional*, en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, La Ley, Buenos Aires, año 9, N° 6, diciembre de 2005, p. 126.

En sentido similar Walter René Cadena Afanador señala que “la *lex mercatoria* se caracterizó por ser cosmopolita, trasnacional, consuetudinaria y clasista” (CADENA AFANADOR, ob. cit., p. 101 y del mismo autor, *Impacto en Colombia de la “lex mercatoria”*, en *Civilizar*, N° 11, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, en www.usergioarboleda.edu.co/civilizar).

¹⁵ LABARIEGA VILLANUEVA, *Devenir...* cit., p. 157.

En este panorama, la cambial circulaba con una incesante vocación internacional, al servicio de las necesidades del tráfico mercantil, recorriendo territorios de diversos Estados, siendo librada en uno, recibiendo endosos en otros y siendo aceptada en otro, engendrándose así obligaciones en diferentes Estados.

En la actualidad, vivimos en un mundo signado por el fenómeno de la globalización. Ésta se encuentra presente en toda la actividad humana y se transforma en una circunstancia cotidiana. Se trata de un proceso que puede caracterizarse como “la creciente gravitación de los procesos financieros, económicos, políticos, sociales y culturales de alcance mundial sobre aquellos de carácter regional, nacional o local”¹⁶. En este escenario se incrementa el comercio internacional y se observa que “los Estados pierden protagonismo en beneficio de las empresas”¹⁷.

La mundialización de los negocios aumenta la utilización de estos instrumentos que son utilizados para asegurar “el cobro de las transacciones y operaciones que se realizan diariamente”¹⁸.

3. *Función de circulación*

Los títulos de créditos históricamente han estado vinculados al fenómeno de la circulación. Yadarola sostiene que “la circulación económica implica un desplazamiento de bienes con el fin de satisfacer mejor las necesidades a que tales bienes están destinados. En la economía moderna, caracterizada por la producción en masa y por el empleo del crédito en escala ilimitada, el fenómeno de la circulación

¹⁶ FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo, *Globalización y Derecho Público. Introducción al Derecho Administrativo global*, en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 45.

¹⁷ DE MIGUEL ASCENSIO, Pedro Alberto, *El Derecho Internacional Privado ante la globalización*, en *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, Iprolex, Madrid, 2001, t. 1, p. 37.

¹⁸ Véase: MIHALI, Gabriel y ESPINOSA CALBUIG, Rosario, *Medios de cobro y pagos internacionales*, en ESPLUEGUES MOTA, Carlos y HARGAIN, Daniel, *Derecho del Comercio Internacional*, Reus-B. de F., Madrid-Montevideo, 2005, p. 525.

de bienes se presenta como el de mayor trascendencia que sigue al de la producción y lo complementa”¹⁹.

Pero, el fenómeno económico de la circulación no se cumple sin el auxilio de instrumentos jurídicos que la posibiliten. Como así también debe el Derecho suministrar los mecanismos que aseguren la tutela jurídica del crédito. En este ámbito aparecen los títulos de crédito que “son un capítulo dentro del contexto económico”²⁰. En tal sentido, es menester señalar que a través de éstos “se realizan gran parte de las operaciones bancarias y constituyen, además, instrumentos jurídicos esenciales en el transporte de mercaderías, que frecuentemente posibilitan las ventas internacionales, operaciones de exportación e importación de cuya seguridad, equilibrio o desequilibrio, depende la prosperidad de las economías locales”²¹.

Peña Castrillón indica que los títulos-valores sirven o pueden servir para muchas cosas en el tráfico jurídico, pero su función básica es la circulación²². Pisani Ricci refiriéndose a la letra de cambio señala que es un título para la circulación²³ o como dice Ubilla Grandi: “es un documento creado para circular”²⁴.

Araya expresa que “el título, al iniciar la circulación, comienza su específica función de vehículo del Derecho representado”²⁵.

En esta circulación puede atravesar diversos Estados generando así interesantes conflictos de leyes. En tal sentido, se señala que “desli-

¹⁹ YADAROLA, Mauricio L., *Títulos de crédito*, Tea, Buenos Aires, 1961, p. 31.

²⁰ CHIARAMONTE, José Pedro, *Pagaré. Autonomía. Personería del endosante. Lugar de creación*, en E. D. 188-59.

²¹ RODRÍGUEZ MORENO, Henry, *Apuntes básicos en materia de títulos valores*, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 104, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2006, p. 67.

²² PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto, *Acciones y excepciones cambiarias*, en *Revista de Derecho Privado*, N° 2, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Bogotá, junio de 1987, vol. 1.

²³ PISANI RICCI, María A., *La letra de cambio. Generalidades*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central*, N° 74, Caracas, 1990, p. 91.

²⁴ UBILLA GRANDI, Luis Eugenio, *Teoría general de la letra de cambio y del pagaré en la ley 18.092*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1990, p. 25.

²⁵ ARAYA, Celestino R., *Títulos circulatorios*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 50.

gados de la relación fundamental, la letra de cambio y el pagaré son instrumentos expuestos a gran variedad de conflictos de leyes”²⁶.

4. *Concepto y caracteres*

La letra de cambio y el pagaré son títulos de crédito. Por ello, consideramos conveniente partir desde su concepto para luego destacar sus caracteres.

Para abordar la definición de los títulos valores necesariamente se debe partir de la que fuera suministrada por el jurista italiano Cesare Vivante. Se trata de una definición clásica, pero que hasta hoy en día no ha sido superada. Si bien la doctrina ensayó diversas definiciones, ninguna pudo sobresalir a la de Vivante y puede afirmarse que todas parten de la noción del jurista italiano. Por ello se afirma que es un concepto que “hizo fortuna”²⁷.

Vivante considera que el título de crédito es “el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en el mismo”²⁸.

Se trata de una definición corta, pero muy significativa de los títulos de créditos²⁹. Ésta nos permite observar cuáles son sus elementos estructurales. La definición de Vivante hace referencia a tres principios fundamentales: necesidad, autonomía y literalidad.

(i) Necesidad: El título de crédito cumple la función de legitimación en razón de que quien lo posee puede ejercer el derecho en él incorporado. Esta nota “es la consecuencia de la objetivización del derecho en el propio documento”³⁰. Es un principio que “adquiere toda su im-

²⁶ ABASCAL ZAMORA, José María, *Letra de cambio y pagaré internacionales. Por fin una reglamentación uniforme*, en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, p. 9.

²⁷ BULGARELLI, Waldirio, *Los valores mobiliarios brasileños como títulos de crédito*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 39.

²⁸ VIVANTE, Cesare, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1932, p. 136.

²⁹ Se señala que es una “definición sintética pero razonablemente comprensiva” (GARRONE, José Alberto y LÓPEZ, Gastón Federico, *Derecho Comercial*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 15).

³⁰ MUGUILLO, María Teresa y MUGUILLO, Roberto Alfredo, *Títulos de crédito*, en MARTORELL, Ernesto E. (dir.) y MUGUILLO, Roberto A. (coord.), *Tratado de Derecho Comercial. Títulos de crédito*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. XIV, p. 1.

portancia en el momento de su transferencia o presentación para el pago, puesto que en ambos casos el acreedor debe exhibir y entregar el título de crédito: sin tener la disponibilidad del mismo, no podrá transferirlo ni exigir el pago”³¹. Por lo tanto, “el derecho que tiene el tenedor de un título irá siempre a la suerte del papel que lo incorpora”³² y por ello “en caso de no tenerse ese pedazo de papel, el titular tendrá problemas para ejercer su legítimo derecho”³³. Así se señala que “exhibir el documento para poder reclamar el derecho es necesario, porque el legislador fundió éste en aquél, de suerte que, durante la existencia del título, documento y derecho –esto es, continente y contenido– son una sola cosa”³⁴.

(ii) Literalidad: Este carácter “significa que el contenido, extensión, modalidades de ejercicio y todo otro posible elemento, principal o accesorio del Derecho cartular, son únicamente los que resultan de los términos en que está redactado el título”³⁵. En similar sentido se expresa que “esta nota esencial significa que la redacción del documento dará la medida de su contenido, extensión y modalidades”³⁶; agregándose que “implica la exclusión de convenciones extrañas al documento”³⁷. Por lo tanto, este carácter determina que “el derecho representado formalmente en un título de crédito existe y puede ser exigido por el acreedor que presenta el título, de acuerdo con lo escrito en el documento y el deudor-firmante requerido de pago, no puede modificar en sus alcances el requerimiento de que es objeto con ningún

³¹ GUTIÉRREZ, Pedro Federico, *Factura de crédito*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 10.

³² GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, *Cancelación de títulos de crédito*, en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, t. II, p. 775.

³³ Ídem nota anterior, p. 775.

³⁴ RENGIFO, Ramiro y NIETO NIETO, Norma, *Literalidad, necesidad, autonomía: atributos de los títulos valores*, en *Revista de Derecho*, N° 33, División de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, Barranquilla, enero-junio de 2010, p. 121.

³⁵ GUALTIERI, Giuseppe y WINIZKY, Ignacio, *Títulos circulatorios*, 5ª ed., Zavallia, Buenos Aires, 1976, p. 65.

³⁶ LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, *Concepto y caracterización de los títulos valor*, en *Revista de Derecho Privado*, N° 2, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 41.

³⁷ Ídem nota anterior, p. 41.

instrumento o documento externo al título de crédito, ni por relaciones de derecho extracartulares”³⁸.

(iii) Autonomía: Este carácter “hace referencia a la posible relación con el derecho de un anterior poseedor”³⁹. En tal sentido “significa que cada adquisición del título y, en consecuencia, del derecho a él incorporado, es ajena a las relaciones personales que ligan al anterior poseedor con el deudor”⁴⁰. Así se trata de un “derecho nuevo, originario, no derivado”⁴¹. En definitiva, es “un derecho autónomo, es decir, desvinculado de la situación jurídica que tenía el transmitente; de modo que cada nuevo adquirente del título de crédito recibe un derecho que le es propio, autónomo, sin vínculo alguno con el derecho que tenía el que se lo transmite y, por ende, libre de cualquier defensa o excepción que el deudor demandado para el pago (sea librador, aceptante, endosante o avalista) podría haber opuesto a un poseedor precedente”⁴².

5. *Similitudes y analogías entre los distintos títulos de crédito*

La letra de cambio, el pagaré y los cheques son especies de títulos de crédito que presentan los caracteres esenciales de necesidad, literalidad y autonomía. Tienen incorporada una obligación dineraria y ostentan dos elementos estructurales: el derecho y el documento⁴³.

Sin embargo, existen diferencias entre los distintos títulos de crédito.

La letra de cambio al igual que el pagaré son instrumentos de crédito, cuya transmisión o creación se produce como consecuencia de una operación de crédito. Son instrumentos entregados *pro solvendo*, no tienen poder cancelatorio y no producen la novación de la deuda

³⁸ GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Lecciones de Derecho Cambiario*, N° 1, *Circulación del crédito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 36.

³⁹ LEGÓN, Fernando A., *Letra de cambio y pagaré*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 29.

⁴⁰ ESCUTI, Ignacio A., *Títulos de crédito*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 30.

⁴¹ VILLEGAS, Carlos G., *El cheque*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 128.

⁴² YADAROLA, ob. cit., p. 78.

⁴³ GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Manual de Derecho Cambiario*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 16.

por la cual se libró o entregó, salvo pacto en contrario⁴⁴. Por el contrario, el cheque sin bien es entregado *pro solvendo* y no genera novación, es un instrumento de pago, que se libra para ser presentado prontamente al cobro⁴⁵. Ciuro Caldani señala que “como en el ‘pagaré’ y de cierto modo en la letra de cambio, suelen prevalecer los aspectos crediticios, en el otro extremo, el cheque, se presenta a menudo como paradigma de instrumentos de pago”⁴⁶.

También se observan diferencias en cuanto a la “estructura funcional”. La letra de cambio tiene como obligado cambiario al girado, quien mediante la aceptación se incorpora a la relación obligacional. En el cheque el girado no firma el cheque y por lo tanto no se obliga a su pago. Solamente es el “encargado de pagar”⁴⁷.

En cuanto a la letra de cambio y al pagaré existen grandes similitudes, lo que determina que le sean aplicables al último título las disposiciones del primero (conf. art. 103, dec.-ley 5965/63).

Las diferencias entre ambos títulos refieren a la distinta naturaleza jurídica. En efecto, el artículo 103 del decreto-ley 5965/63 cuando enumera las normas de la letra de cambio que se aplican al pagaré, en su primera parte, deja a salvo que dicha aplicación está subordinada a la compatibilidad de aquéllas con la naturaleza del pagaré⁴⁸. En tal sentido, Legón expresa que “el pagaré no es una orden de pago dada por el librador a un tercero sino una promesa pura, simple y directa de pagar él mismo una suma determinada de dinero. De modo que desaparece del mecanismo de este documento el instituto de la aceptación, que convierte al destinatario de la orden (girado) en obligado principal al pago del documento. El librador del pagaré es, desde la emisión, el obligado directo de la prestación dineraria, y por lo tanto, pasible de la acción cambiaria directa por parte del legítimo portador del pagaré. No es un negocio de tres (*tratta*) sino de dos”⁴⁹.

⁴⁴ Ídem nota anterior, ps. 16 y 17.

⁴⁵ Ídem, p. 17.

⁴⁶ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Comprensión básica del régimen jusprivatista internacional de la letra de cambio*, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 12, Rosario, 1989, p. 13.

⁴⁷ VILLEGAS, ob. cit., p. 162.

⁴⁸ LEGÓN, ob. cit., p. 335.

⁴⁹ Ídem, p. 336.

II. Soluciones conflictuales

1. *Derecho aplicable*

En el ámbito del Derecho Internacional Privado Cambiario se enfrentan dos soluciones conflictuales.

a) Autonomía: Significa que cada acto cambiario se rige por la propia ley, por ejemplo, la de otorgamiento del acto. También se denomina a este principio como de “la pluralidad de soluciones”⁵⁰. De este modo, puede resultar que cada obligación pueda ser regulada por una ley independiente y distinta⁵¹.

b) Ley cambiaria única: Este sistema somete a una única ley la totalidad de los actos cambiarios. Las ventajas de este sistema obedecen a razones de practicidad, previsibilidad y seguridad. Sin embargo, no está exenta de dificultades siendo la primera de ellas determinar cuál es esa única ley. En tal sentido, las dudas se suscitan entre escoger la ley del lugar de emisión del título o la del lugar de su pago. Como manifestación del sistema de ley cambiaria única se esboza el sistema de la accesoriedad en virtud del cual la ley que impera sobre el acto principal que es el de la emisión de la letra regula los demás actos que se consideran accesorios.

2. *Jurisdicción internacional*

En cuanto a la jurisdicción internacional, entendida como “la dis-

⁵⁰ IÑIGUEZ, Marcelo Daniel, colaboración en GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 674; RAMA-YO, Raúl Alberto, *Los papeles de comercio y los hechos ilícitos internacionales*, en E. D. 205-960.

⁵¹ No se debe confundir la autonomía en el Derecho Internacional Privado Cambiario con el principio denominado con el mismo nombre en el Derecho Cambiario material. En el primero de los ámbitos se hace referencia al Derecho aplicable y significa que cada acto cambiario se rige por su propia ley. En cambio, en el segundo, la autonomía refiere a la validez del acto cambiario y significa que cada acto cambiario puede ser válido con entera independencia de la validez de cualquier otro acto cambiario (véase: GOLDSCHMIDT, Werner, *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, t. II, ps. 508 y 509; del mismo autor, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 673; CÁMARA, Héctor C., *Letra de cambio y vale o pagaré*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1971, t. III, p. 520).

tribución de competencias entre Estados en casos jusprivatistas internacionales”⁵², existen diversos criterios atributivos.

En tal sentido, una alternativa es la que brindan los tratados de Montevideo que admiten como foros alternativos el domicilio del demandado al momento de la asunción de la obligación o al momento de interponer la demanda. Con esta última pauta se favorece el ejercicio de defensa del demandado y, por lo general, “evita al actor la promoción del reconocimiento de la sentencia en un Estado extranjero, ya que, por lo general, donde una persona se domicilia tiene bienes”⁵³.

III. Derecho Internacional Privado de fuente convencional

Dentro del Derecho Internacional Privado de fuente convencional encontramos los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y, más recientemente, la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas de Panamá de 1975.

1. *Tratados de Montevideo*

Dentro de las fuentes reales formales de nuestro Derecho Internacional Privado, merecen especial mención los tratados internacionales de Montevideo de 1889 y 1940. Éstos son producto de los congresos llevados a cabo en dicha ciudad y que fueron instados por los gobiernos de Argentina y de Uruguay. Dichos instrumentos revisten una gran importancia, a tal punto que se señala que han ido a la vanguardia en el Derecho Internacional Privado convencional del siglo XIX⁵⁴.

Los tratados de Montevideo son tratados comunes y no se constituyen en universales. Ello significa que no sólo se aplican exclusiva-

⁵² SOTO, Alfredo M., *Temas estructurales del Derecho Internacional Privado*, Estudio, Buenos Aires, 2009, p. 59.

⁵³ MENICOCCI, Alejandro A., *Jurisdicción internacional directa argentina en materia de contratos*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2007, p. 313.

⁵⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Consideraciones sobre las fuentes reales internacionales del Derecho Internacional Privado argentino*, en *Investigación y Docencia*, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1987, vol. 2, p. 31.

mente por los países para los que rigen sino que se aplican a casos procedentes de los países en los que rigen⁵⁵.

a) *Tratado de Derecho Comercial de 1889*

En reacción al Congreso Jurídico de Lima (1877/78) donde primó la nacionalidad como punto de conexión⁵⁶, los gobiernos de Uruguay y Argentina instaron la reunión del Congreso de Montevideo a través de invitaciones que se formularon al resto de las naciones sudamericanas. Dicha invitación fue aceptada por Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Brasil⁵⁷.

⁵⁵ GOLDSCHMIDT, *Derecho...* cit., p. 39.

⁵⁶ En la época de la génesis de la codificación del Derecho Internacional Privado existía un importante debate en relación con los principios de nacionalidad y de domicilio como puntos de conexión para regular los aspectos personales del sistema de Derecho Internacional Privado americano. El referido debate entre nacionalidad y domicilio no era neutro, dado que era el reflejo de los distintos intereses entre los países con tendencia a la emigración de su población y países receptores de emigrantes. Los primeros defendían la aplicación de la ley nacional, en tanto que los segundos, donde se ubicaban los principales países americanos que recibían incesantes corrientes de inmigrantes de Europa defendían la aplicación de la ley del domicilio. Al respecto Fernández Arroyo señala que “el principio de nacionalidad refleja la influencia de las ideas que se desarrollaban en Europa a finales del siglo XIX, sobre todo al influjo de la obra de P. S. Mancini, ideas que encontraban eco principalmente en cierta parte de la doctrina y en la jurisprudencia brasileñas. El criterio del domicilio, de otro lado, se manifestaba como una respuesta de política legislativa a una realidad social caracterizada por una fuerte inmigración, que llevaba a los Estados receptores a buscar el sometimiento de los inmigrantes a las leyes de esos Estados” (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *La codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Beramar Eurolex, Madrid, 1994, p. 99).

Sobre la controversia nacionalidad-domicilio en el Congreso de Lima –1877/1878– y en el de Montevideo –1888/1889–, véase: SIQUEIROS, José Luis, *La codificación en el Derecho Internacional Privado en el continente americano*, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 14, México, 1982, p. 235.

⁵⁷ Fernández Arroyo indica que “La ausencia de delegados de Colombia, Ecuador y Venezuela, ha sido interpretada como una consecuencia de la conjunción de dos factores: la gran distancia que separa a estos países, ubicados en el norte de la región, de Montevideo –que era mucho más significativa en 1888, si nos atenemos a los medios de transporte entonces utilizados– y la exigüidad de tiempo entre la invitación y la fecha prevista para la iniciación de las deliberaciones” (FERNÁNDEZ ARROYO, ob. cit., p. 103).

El Congreso se reunió a partir del 25 de agosto de 1888, sesionando durante casi siete meses hasta el 18 de febrero de 1889. Los representantes argentinos fueron los doctores Manuel Quintana y Roque Sáenz Peña como ministros plenipotenciarios y Ricardo J. Pardo como secretario.

Como fruto del Congreso resultaron ocho tratados y un protocolo adicional⁵⁸.

Los tratados fueron aprobados por la República Argentina el 11 de diciembre de 1894 por la ley 3192. Asimismo, y en relación con los demás Estados participantes del Congreso, es dable señalar que los tratados fueron ratificados por Paraguay el 3 de septiembre de 1889, por Perú el 4 de noviembre de 1889, por Uruguay el 3 de octubre de 1892 y por Bolivia el 17 de noviembre de 1903⁵⁹. Por su parte, si bien Colombia no participó de Montevideo de 1889, adhirió al mismo el 3 de septiembre de 1933. En el ámbito cambiario el Tratado es operativo sólo respecto de aquellos países que no han adoptado el de Montevideo de 1940 o la Convención de Panamá de 1975. Es por ello que vincula a la Argentina en los casos cambiarios internacionales respecto de Bolivia y Colombia.

La regulación de la letra de cambio se encuentra contenida en el Tratado de Derecho Comercial Internacional, que se ocupa de ella en el Título IX, *De las letras de cambio*, comprensivo de los artículos 26 a 34.

⁵⁸ Los instrumentos sancionados son: Tratado de Derecho Civil Internacional del 12-2-1889; Tratado de Derecho Comercial Internacional del 12-2-1889; Tratado de Derecho Procesal Internacional del 12-2-1889; Tratado de Derecho Penal Internacional del 23-1-1889; Tratado sobre patentes de invención del 16-1-1889; Tratado sobre propiedad literaria y artística del 11-1-1889; Tratado sobre marcas de comercio y de fábrica del 16-1-1889; Convenio relativo al ejercicio de profesiones liberales del 4-2-1889, y Protocolo adicional del 13-2-1889 que regla la aplicación del Derecho extranjero.

⁵⁹ Brasil no ratificó ningún Tratado en razón de que su legislación interna receptaba como punto de conexión la nacionalidad y repudiaba el domicilio que fue el criterio que terminó primando en el Congreso. Con posterioridad sólo adhirió al Convenio relativo al ejercicio de profesiones liberales (véase ZUCCHERINO, Ricardo M., *Derecho Internacional Privado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, ps. 44 y 45).

En tanto que Chile se opuso a la obra de Montevideo no sólo por la adopción del principio del domicilio sino también porque los tratados contenían soluciones que contradecían algunas disposiciones de su legislación interna, por ej., respecto a la ley aplicable a los contratos.

Las disposiciones contenidas en el mencionado título no sólo resultan aplicables a la letra de cambio sino también al pagaré en virtud de que así lo establece el artículo 33 en la medida que sean compatibles.

El artículo 26 se ocupa de establecer el Derecho aplicable estableciendo que “La forma del giro, del endoso, de la aceptación y del protesto de una letra de cambio, se sujetará a la ley del lugar en que respectivamente se realicen dichos actos”. Se consagra aquí el principio de autonomía del acto cambiario, sujetándose los mencionados en el texto a la ley del lugar donde el acto cambiario se realiza. En tal sentido, se indica que “no es más que una aplicación de la tradicional regla *locus regit actum*”⁶⁰.

Por su parte, el artículo 27 expresa que “Las relaciones jurídicas que resultan del giro de una letra entre el girador y el beneficiario, se regirán por la ley del lugar en que la letra ha sido girada; las que resultan entre el girador y aquel a cuyo cargo se ha hecho el giro, lo serán por la ley del domicilio de este último”.

El artículo 28 indica que “Las obligaciones del aceptante con respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle, se regularán por la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación”.

Es una norma de exclusiva aplicación a la letra de cambio dado que con relación a este título existe la aceptación cambiaria. Escuti señala que “es un acto cambiario del girado, por el cual se incorpora como obligado a la relación cartular”⁶¹. Gómez Leo sostiene que “es el acto jurídico cambiario, unilateral, que se comporta como negocio abstracto, mediante el cual el girado o quien desempeñe su rol, asume la obligación incondicionada, literal, autónoma, principal y directa de pagarle al portador legitimado de la letra cuando ella se torne exigible”⁶². Zuccherino indica que someter las obligaciones del aceptante a la ley del lugar en que se efectuó la aceptación es más consecuente con la idea de autonomía de los actos cambiarios entre sí⁶³.

⁶⁰ ZUCCHERINO, *Derecho...* cit., p. 478.

⁶¹ ESCUTI (h), ob. cit., p. 86.

⁶² GÓMEZ LEO, *Manual...* cit., p. 131.

⁶³ ZUCCHERINO, *Derecho...* cit., p. 479.

El autor señala que existen dos criterios respecto a la ley aplicable a las obligaciones del aceptante: 1) Aplicar la ley del lugar de pago, que es la idea receptada

El artículo 29 señala que “Los efectos jurídicos que el endoso produce entre el endosante y el cesionario, dependerán de la ley del lugar en que la letra ha sido negociada o endosada”. Villegas señala que el endoso es “una declaración unilateral efectuada en un título cambiario, que se perfecciona con la entrega del título, incondicional, integral e irrevocable, que tiene por objeto transmitir la posesión del título y que obliga solidariamente al endosante respecto de la aceptación y el pago”⁶⁴. El precepto adopta la *lex loci actum*⁶⁵. Acertadamente, Cámara critica la terminología empleada. En primer término, censura la expresión “cesionario” dado que el endoso y la cesión son dos formas diferentes de transmisión de los derechos. En segundo lugar, critica que remita al lugar donde la letra ha sido “negociada o endosada” dado que no se trata de términos sinónimos⁶⁶.

El artículo 30 reza que “La mayor o menor extensión de las obligaciones de los respectivos endosantes no altera los derechos que primitivamente han adquirido el girador y el aceptante”. Goldschmidt opina que es una redacción muy defectuosa que procede del Tratado no ratificado de Lima⁶⁷.

El artículo 31 expresa que “El aval se rige por la ley aplicable a la obligación garantida”. El aval es una institución típica de garantía personal⁶⁸. En tal sentido se señala que es “un acto escrito en la letra

por el art. 4º de la Convención de Ginebra y se fundamenta en que el aceptante al producir la conformidad se somete implícitamente al Derecho vigente en el lugar del pago; 2) aplicar la ley del lugar de aceptación (véase: ZUCCHERINO, *Derecho...* cit., p. 479). Asimismo, como fundamento a la primera de las alternativas expuestas, sus sostenedores indican que “el lugar donde se toma el compromiso, es una circunstancia accidental, que no juega papel. Lo fundamental es el lugar donde se conviene cumplirlo” (ZAEFFERER SILVA, Oscar, *Letra de cambio*, Ediar, Buenos Aires, 1952, p. 385).

⁶⁴ VILLEGAS, ob. cit., ps. 243 y 244.

⁶⁵ CÁMARA, *Letra...* cit., p. 563; ZUCCHERINO, *Derecho...* cit., p. 479.

⁶⁶ CÁMARA, *Letra...* cit., p. 564.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, *Sistema...* cit., ps. 518 y 519.

⁶⁸ ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz, *El aval cambiario en su configuración normativa como garantía personal*, en *Cont4bl3*, Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España, Nº 37, Madrid, 2011, p. 24.

Se indica que “mientras la finalidad esencial del libramiento es crear la letra, la del endoso hacerla circular y la de la aceptación obligar directamente al pago del

de cambio por el que un tercero se obliga al pago de ella, en todo o en parte, bien en términos generales, es decir, cuando el documento no se paga, bien en forma limitada, es decir, cuando no paga un concreto obligado cambiario”⁶⁹. Se somete al aval a la ley que rige la obligación garantida, apartándose de la Ley Uniforme de Ginebra que establece que el aval es regido por la ley del lugar de suscripción⁷⁰, siendo una consecuencia del principio general de que los contratos accesorios se rigen por la obligación principal de su referencia⁷¹. Asimismo, esta disposición constituye una excepción al principio de autonomía que impera en el Tratado. La solución es criticada por la doctrina. En tal sentido Aparicio señala que no es ésta la postura que prevalece en la doctrina y en el Derecho Comparado y que no hay motivos que “justifiquen sujetar un aval a un régimen diverso del aplicable al resto de las obligaciones cambiarias”⁷².

El artículo 32 señala que “Los efectos jurídicos de la aceptación por intervención se regirán por la ley del lugar en que el tercero interviene”. Respecto a la intervención “indica la institución por la cual un tercero –interviniente– frente a la inaceptación o el impago de la letra de cambio o el pagaré, por parte del girado o del librador, produce la aceptación de la letra o el pago de ésta o de un pagaré”⁷³. El tratado aplica la *lex loci*, es decir, la ley del lugar donde se otorga la intervención, la que regla los efectos para todos los intereses en juego.

Finalmente, el artículo 34 sienta la regla de jurisdicción internacional indicando que “Las cuestiones que surjan entre las personas que han intervenido en la negociación de una letra de cambio, se

aceptante, la del aval cambiario –el aval propiamente dicho– es únicamente reforzar la seguridad del tenedor en la definitiva satisfacción de su crédito” (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., *Derecho Mercantil II*, Ariel, Madrid, 2009, p. 77).

⁶⁹ RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, Adolfo, *Manual de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Universidad Pontificia Comillas, Textos Colección Jurídica, N° 24, Madrid, 2007, p. 675.

⁷⁰ En Ginebra el sometimiento del aval a la ley de la obligación garantida fue postulado sin éxito por la delegación alemana.

⁷¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 y el aval*, en E. D. 24-494.

⁷² APARICIO, Juan Manuel, *Régimen internacional de la letra de cambio*, en L. L. 151-1019.

⁷³ MUGUILLO y MUGUILLO, *Títulos de crédito cit.*, t. XIV, p. 325.

ventilarán ante los jueces del domicilio de los demandados en la fecha en que se obligaron, o del que tengan en el momento de la demanda”. La disposición establece foros alternativos. El actor puede optar entre el juez del domicilio de los demandados a la fecha en que se obligaron o el juez del domicilio que éstos tengan al momento de la demanda. La elección del actor seguramente se basará en la conveniencia respecto al lugar en que se encuentren bienes del demandado que permitan la satisfacción del crédito. El beneficio de la elección estriba en que en el lugar que se localicen los bienes se facilitará la ejecución de la sentencia sin tener que recurrir al procedimiento de ejecución de sentencia extranjera.

b) *Tratado de Derecho Comercial
Terrestre Internacional de 1940*

El Tratado es fruto del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, celebrado en Montevideo en los años 1939 y 1940.

Al igual que el anterior Congreso, fue convocado por iniciativa de los gobiernos de Argentina y Uruguay. La aprobación por parte de la Sexta Conferencia Panamericana del Código de Bustamante en 1928 y la incorporación al mismo de varios Estados sudamericanos⁷⁴ que habían tomado parte del Primer Congreso de Montevideo, atentaba contra la evolución de los Tratados de 1889. Frente a esta circunstancia surge la necesidad de convocar a un nuevo Congreso sudamericano con la finalidad de revisar los textos de 1889, adecuándolos a una nueva realidad social.

Fernández Arroyo señala que “el objeto perseguido con la nueva convocatoria era revisar los tratados existentes, procurando adecuarlos a los nuevos tiempos, teniendo en cuenta la experiencia acumulada hasta entonces”⁷⁵.

Las sesiones del Segundo Congreso Sudamericano se llevaron a cabo en la ciudad de Montevideo y se dividieron en dos etapas. La

⁷⁴ Bolivia, Brasil, Chile y Perú. Los tres primeros formularon reservas en tanto que Perú se incorporó al Código de Bustamante sin efectuar reserva alguna.

⁷⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, ob. cit., p. 116.

primera comenzó el 18 de julio de 1939 y culminó el 4 de agosto del mismo año. Los Estados presentes fueron Argentina, Uruguay, Paraguay, Chile, Bolivia y Perú. Brasil, siguiendo un consejo de la Asociación Brasileña de Derecho Internacional, se abstuvo de participar por considerar que se debía proceder a una revisión más amplia que incluyera el Código de Bustamante⁷⁶. La segunda se inició el 6 de marzo de 1940 y concluyó dos semanas después, el 19 de marzo. En esta instancia se contó con la participación de la delegación de Brasil, circunstancia que generó un debate respecto a si debía discutirse nuevamente o no lo sancionado en el año anterior. Señala Zuccherino que “tuvo primacía el criterio negativo, al entenderse que el país ingresado contaba con la opción a su favor de adherir a lo ya firmado”⁷⁷.

La labor plasmada en el Tratado de 1939/1940 fue proficua dando lugar a la firma de ocho tratados y un protocolo adicional⁷⁸.

La regulación de la letra de cambio se encuentra contenida en el Título VI, *De las letras de cambio y demás papeles a la orden*, comprensivo de los artículos 23 a 35.

El artículo 23 establece que “La forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos en materia de letras de cambio, se sujetará a la ley del Estado en cuyo territorio se realicen dichos actos”. Al igual que en el artículo 26 del Tratado de 1889 se adopta el principio de la autonomía de los actos cambiarios. Boggiano sostiene que el punto de conexión “lugar de realización” debe ser calificado conforme a los propios conceptos del Tratado –calificación autárquica– antes que por la *lex fori* argentina, es decir, el Derecho material argentino –decreto-ley 5965/63–. Por lo tanto, el “lugar de

⁷⁶ Ídem nota anterior, p. 117.

⁷⁷ ZUCCHERINO, Ricardo M., *Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., Lex, Buenos Aires, 1976, p. 48.

⁷⁸ Los instrumentos aprobados son los siguientes: Tratado de Derecho Civil Internacional; Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional; Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional; Tratado de Derecho Procesal Internacional; Tratado sobre asilo y refugio político; Tratado sobre propiedad intelectual; Tratado de Derecho Penal Internacional, Convención relativa al ejercicio de profesiones liberales, y Protocolo adicional que regla la aplicación del Derecho extranjero.

realización” debe ser entendido como el “lugar de suscripción”, que se presenta como una especificación definitoria del “lugar de realización”⁷⁹.

El artículo 24 dispone que “Si las obligaciones contraídas en una letra de cambio no son válidas según la ley a que se refiere el artículo precedente, pero se ajustan a la ley del Estado en donde una obligación ulterior ha sido suscrita, la irregularidad en la forma de aquélla, no afecta la validez de tal obligación”. No existe precepto similar en el Tratado de 1889, siendo incorporado en el Tratado de 1940 por iniciativa de la delegación argentina. Se trata de la aplicación del principio

⁷⁹ BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 707.

Cabe en esta instancia recordar que la cuestión de las calificaciones es uno de los grandes problemas en el Derecho Internacional Privado. Pardo señala que “calificar es definir y en nuestra disciplina es establecer el concepto de los vocablos que emplea la llamada «regla de conflicto»” (PARDO, Alberto Juan, *La necesidad de hallar una calificación de Derecho Internacional Privado de carácter formal. Previa a toda otra calificación posterior de naturaleza sustantiva contenida en el Derecho extranjero declarado aplicable*, en L. L. 2001-C-1230). Para Perugini de Paz y Geuse: “el problema de las calificaciones consiste en la búsqueda del ordenamiento normativo que nos indicará el alcance de los términos de la norma indirecta o bien, el método que habrá de seguirse para hallar el encuadramiento conceptual de una situación” (PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, Alicia Mariana, *Aplicación del Derecho extranjero de oficio y calificación en el Derecho Internacional Privado argentino. La apariencia de la cuestión previa*, en L. L. 1984-D-560). En el Derecho Internacional Privado se desarrollan tres soluciones al problema de las calificaciones: a) Calificación según la *lex fori*: Es la tesis sostenida por Kahn y Bartin. En la misma es el juez que va a resolver el caso el que debe definir los términos de la norma de Derecho Internacional Privado según su propia ley. Asimismo, debe encuadrar una relación jurídica en la parte del ordenamiento jurídico en que la coloca su propio Derecho; b) calificación según la *lex causæ*: Wolff y Despagnet son partidarios de esta tesis y consideran que se debe aplicar cada ley con su calificación; c) calificación autárquica: Es la postura esbozada por Rabel. Consiste en emancipar la calificación de leyes determinadas y ubicarlas dentro del Derecho Comparado. Hace una síntesis de las diferentes legislaciones con un valor universal (véase: WEINBERG, Inés M., *Las calificaciones y la adaptación en el Derecho Internacional Privado*, en L. L. 1985-A-857).

En el ámbito del Derecho Cambiario el problema de las calificaciones estuvo presente en el conocido caso del “Establecimiento Vitivinícola Sulim Melman SA” donde la determinación de cuál era el Derecho competente para definir si una orden de pago era una letra de cambio o un cheque repercutía en la solución de fondo que había que asignarle al caso (C1ªCCom. de Bahía Blanca, 4-10-63, en E. D. 7-751).

del *favor negotii* y que además se indica que “confirma el carácter autónomo y separable de cada obligación cambiaria”⁸⁰.

El artículo 25 indica que “Las relaciones jurídicas que resultan entre el girador y el beneficiario respecto del giro de una letra, se regirán por la ley del lugar en que aquélla ha sido girada; las que resultan entre el girador y la persona a cuyo cargo se ha hecho el giro, lo serán por la ley del lugar en donde la aceptación debió verificarse”. Basz y Campanella señalan que “esta solución no parece adecuada porque somete la relación a un ordenamiento determinado previo a la aceptación de la obligación por parte del girado”⁸¹. En relación con este precepto en la jurisprudencia se dijo que “conforme el artículo 27 del Tratado de Montevideo de 1889 y el artículo 25 de Tratado del año 1940, coincidente con el artículo 4º de la Convención de Ginebra, para resolver conflictos en materia de letras de cambio giradas desde nuestro país al extranjero, las obligaciones entre el librador y tomador deben juzgarse según la ley argentina”⁸².

El artículo 26 señala que “Las obligaciones del aceptante con respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle, se regularán por la ley del lugar en donde se ha efectuado la aceptación”. De la misma manera que se fija en el artículo 28 del Tratado de 1889 se establece que la aceptación se rige por la ley del lugar en que dicho acto cambiario se realizó.

El artículo 27 reza que “Los efectos jurídicos que el endoso produce entre el endosante y el cesionario, dependerán de la ley del lugar en donde la letra ha sido negociada o endosada”. Los efectos jurídicos que derivan del endoso se rigen por la ley del lugar en que se realiza el endoso, con prescindencia del lugar en que el título fue creado y del lugar en que deba ser pagado. La solución es idéntica que en el artículo 29 del Tratado de 1889 y caben las mismas críticas en cuanto a la terminología utilizada respecto a la expresión “cesionario” y al término “negociada”.

⁸⁰ BALESTRA, Ricardo R., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 104.

⁸¹ BASZ, Victoria y CAMPANELLA, Elisabet, *Derecho Internacional Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 253.

⁸² CNCom., sala B, 5-4-61, “Cortijo A. c/Banco Italiano Argentino del Uruguay”, citado por GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado del pagaré cambiario*, 1ª ed., Lexis-Nexis Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 1003.

El artículo 28 expresa que “Los efectos jurídicos de la aceptación por intervención se registrarán por la ley del Estado en donde el tercero interviene”. Se repite la regla del Tratado de 1889.

El artículo 29 señala que “El plazo para el ejercicio de la acción de recambio, se determina para todos los signatarios de la letra, por la ley del Estado en cuyo territorio se ha creado el título”. No existe regla similar en el Tratado de 1889. La letra de resaca es una figura que en la actualidad es poco usada en el tráfico comercial⁸³. Se trata de un medio de que dispone el acreedor cambiario para procurarse el monto de la letra no atendida. Gómez Leo dice que “es el medio extrajudicial, práctico y sencillo, que suministra la ley cambiaria para hacerse rápidamente del importe de la letra insatisfecho, mediante el libramiento y la negociación de una nueva letra de cambio, girada contra un obligado de regreso, pagadera a la vista en el domicilio de éste. Esta letra de resaca puede ser librada tanto por el portador legitimado, beneficiario del último endoso, como por el obligado que pagó”⁸⁴. La disposición somete el plazo para librar una letra de resaca a la ley del lugar donde el título fue librado. El precepto es criticado por la doctrina sosteniendo que presenta una defectuosa redacción. Lazcano señala que “no aclara si se trata del título originario o de la resaca misma”⁸⁵. Aparicio sostiene que la norma tiene una redacción lamentable, fruto de un grueso equívoco. Al respecto, el autor formula tres objeciones. En primer término, sostiene que es totalmente inapropiado hablar de “acción de recambio”, en cuanto tal acción no existe en sentido técnico, sino que se trata tan sólo de un derecho del acreedor de cobrar extrajudicialmente la letra mediante la emisión de una resaca contra alguno de los garantes del pago. En segundo lugar, lo reglamentado por la disposición es el plazo para el ejercicio de la acción de recambio cuando esto no representa un problema de entidad e importancia sino que lo que resulta trascendente es la procedencia del libramiento de la resaca y la posibilidad de acumulación de los recambios que sólo es autorizada por algunas legislaciones. En tercer

⁸³ APARICIO, ob. cit., p. 1019.

⁸⁴ GÓMEZ LEO, *Manual...* cit., ps. 300 y 301.

⁸⁵ LAZCANO, Carlos Alberto, *Derecho Internacional Privado*, Platense, La Plata, 1965, p. 611.

término, reproduce la crítica ya indicada respecto a que no aclara si lo que se somete a la ley de creación es el título originario o el de recambio, agregando que debido a que se prescribe un plazo para todos los firmantes de la letra, es más razonable pensar que el título a que se refiere es la letra de cambio originaria⁸⁶. También Boggiano entiende que “más que a ‘acción de recambio’, como impropriamente se lee en el artículo 29 del Tratado, hay que referirse a la ‘letra de recambio’ o ‘resaca’, pues se trata de una vía extrajudicial de cobro”⁸⁷.

El artículo 30 establece que “La letra de cambio girada en moneda sin curso legal en el Estado en donde se cobra, será satisfecha en la moneda de ese Estado al cambio del día del vencimiento”.

Si el deudor se encuentra en mora, el portador puede, a su elección, exigir que el importe de la letra sea pagado al cambio del día del vencimiento o al del día del pago.

Si el monto de la letra se determina en una moneda que tiene la misma denominación pero valor diferente en el Estado de su emisión y en el lugar del pago, se presume que se ha referido a la moneda de este último.

La ley del lugar del pago determina las demás condiciones y circunstancias del mismo, tales como vencimientos en día de fiesta, plazo de gracia, etcétera.

El artículo 31 indica que “La ley del Estado en donde la letra debe ser pagada, determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, de extravío, de destrucción o de inutilización material del documento”. Schiavino señala que la cancelación cambiaria “constituye el mecanismo ideado por la ley destinado a subsanar o remediar los perjuicios que se producen ante la pérdida, destrucción o sustracción de un título de crédito, pretendiendo garantizar los eventuales derechos de las personas afectadas por el acaecimiento de cualquiera de dichos acontecimientos”⁸⁸. La determinación de la ley aplicable a dicho procedimiento reviste gran interés desde el punto de vista práctico. Existen dos alternativas: la ley del lugar en que se produjo el hecho o la del

⁸⁶ APARICIO, ob. cit., p. 1019.

⁸⁷ BOGGIANO, *Curso...* cit., p. 713.

⁸⁸ SCHIAVINO, Raúl Darío, *Legitimación procesal del interviniente en la fase contenciosa del procedimiento de cancelación cambiaria*, en E. D. 199-897.

lugar de pago. El Tratado se inclina por esta última tesis. Gómez Leo entiende que esta posición se fundamenta en que el procedimiento de cancelación es un medio vinculado directamente con la efectivización del título cancelable⁸⁹. Esta solución es criticada por Zaefferer Silva, quien propicia la aplicación de la ley del lugar en que el hecho se produjo y denuncia. El autor argumenta al respecto que “la medida de urgencia y fundamental es la notificación del hecho al librado y ella la ordena el juez del lugar donde la letra se pierde, destruye o es robada”⁹⁰.

Por su parte, el artículo 32 señala que “Las disposiciones del presente título rigen en cuanto sean aplicables, para los vales, billetes y demás papeles a la orden”. Gómez Leo señala que esto evidencia “una técnica legislativa sumamente censurable”⁹¹. Por su parte, Cámara sostiene que si bien nada hay que objetar a la aplicación analógica de la letra de cambio al pagaré, debería referirse sólo a pagaré y no a vales o billetes por constituir su denominación más vulgarizada⁹².

El artículo 33 establece que las disposiciones del título resultan aplicables al cheque con las modificaciones que se indican en el precepto.

En el artículo 34 se señala que “Los derechos y la validez de las obligaciones originadas por la letra de cambio, los cheques y demás papeles a la orden o al portador, no están subordinados a la observancia de las disposiciones de las leyes sobre el impuesto de timbre. Empero, las leyes de los Estados contratantes pueden suspender el ejercicio de esos derechos hasta el pago del impuesto y de las multas en que se haya incurrido”.

El artículo 35 dispone que “Las cuestiones que surjan entre las personas que han intervenido en la negociación de una letra de cambio, un cheque u otro papel a la orden o al portador, se ventilarán ante los jueces del domicilio de los demandados en las fechas en que se obligaron, o de aquel que tengan en el momento de la demanda”.

Al igual que en el Tratado de 1889, se establecen como foros al-

⁸⁹ GÓMEZ LEO, *Tratado...* cit., p. 1002.

⁹⁰ ZAEFFERER SILVA, ob. cit., p. 420.

⁹¹ GÓMEZ LEO, *Tratado...* cit., p. 986.

⁹² CÁMARA, *Letra...* cit., p. 585.

ternativos a elección del actor el del juez del domicilio del demandado a la fecha de la obligación o del juez del domicilio del demandado al momento de la promoción de la demanda⁹³. Goldschmidt plantea el interrogante respecto a si al lado de esta cláusula jurisdiccional especial resultan asimismo aplicables las disposiciones generales contenidas en los artículos 56 y 64 del Tratado de Derecho Civil Internacional⁹⁴.

El primero de los preceptos consagra el denominado sistema del paralelismo según el cual, el juez del derecho aplicable al caso es quien tiene jurisdicción para intervenir en el litigio, es decir, se infiere la jurisdicción del derecho aplicable⁹⁵. Menicocci señala que “se sustenta en la idea de favorecer un juicio cómodo, permitiendo al juez declarar su jurisdicción si resulta aplicable su propio Derecho”⁹⁶. Por su parte, Uriondo de Martinoli indica que “la ventaja de este principio radica en que el juez del país cuyo Derecho es aplicable al caso es el que mejor conoce el Derecho a aplicar, pero sólo funciona debidamente cuando, al iniciarse el proceso, se sabe con certeza cuál es el Derecho que se va aplicar al fondo del asunto”⁹⁷. El sistema del paralelismo, si bien presenta la ventaja de que el juez va aplicar el Derecho que mejor conoce, como contrapartida adolece del defecto de que para que el mismo funcione es necesario conocer al momento de impetrar la acción cuál es el Derecho aplicable, y éste debe ser uno solo. A su vez, el artículo 56 en su tercero y cuarto párrafo, a diferencia del tratado de 1889, admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad después de surgido el litigio, siempre que se trate de acciones referidas a derechos personales patrimoniales –prórroga de la jurisdicción⁹⁸–.

⁹³ La norma es igual a la del Tratado de 1889 con el agregado de la referencia al “cheque u otro papel a la orden o al portador”.

⁹⁴ GOLDSCHMIDT, *El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 y el aval cit.*

⁹⁵ El art. 56, en su primera parte, dispone que “Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio”.

⁹⁶ MENICOCCI, ob. cit., p. 313.

⁹⁷ URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, *La armonización del Derecho en los países del Mercosur (jurisdicción y reconocimiento de la eficacia de la sentencia extranjera)*, en L. L. Córdoba 1994-337.

⁹⁸ La disposición establece que “Se permite la prórroga territorial de la jurisdicción

Por su parte, el artículo 64 dispone reglas de competencia en acciones reales y mixtas estableciendo una especie de jurisdicción real basada en el lugar de situación de los bienes⁹⁹. Goldschmidt, sosteniendo la conveniencia de establecer el mayor número de jurisdicciones internacionales competentes, afirma la jurisdicción concurrente¹⁰⁰.

Respecto del aval se establece una sensible diferencia con respecto al Tratado de 1889, dado que este último establecía que se regía por la ley aplicable a la obligación garantida. Dicha regla no se reproduce en el Tratado de 1940. Cámara dice que la regla del artículo 23 se aplica a la forma del aval pero no a los efectos en el campo internacional, con lo cual se suscita el interrogante respecto a qué ley rige los citados efectos¹⁰¹. Aparicio sostiene que “pese a esta omisión, la solución no puede ser otra que la reafirmación del principio general de la autonomía del régimen de Derecho Internacional Privado de cada obligación cambiaria. Es la conclusión que mejor se condice con el carácter autónomo que ordinariamente se le reconoce a esta garantía cartular”¹⁰². Al respecto, Boggiano se inclina por aplicar la ley del lugar en que el aval fue otorgado. El autor expresa que “La primera, porque el Tratado de 1940 es la solución generalizada para las obligaciones cambiarias; y la segunda, de mayor gravedad que la anterior, porque es la solución de la Convención de Ginebra (art. 4, 2ª parte), que inspira el Tratado de 1940, y del Código Bustamante (art. 268). Este segundo fundamento es de mayor importancia, porque persigue la *armonización internacional de las decisiones*, al conducir a la elaboración de una norma de conflicto coincidente con las que rigen en

si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales.

”La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta”.

⁹⁹ El precepto dispone que “Las acciones reales y las denominadas mixtas, deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre que la acción recaiga.

”Si comprendieren cosas ubicadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los jueces del lugar de la situación de cada una de ellas”.

¹⁰⁰ GOLDSCHMIDT, *El Tratado...* cit., p. 494.

¹⁰¹ CÁMARA, *Letra...* cit., p. 571.

¹⁰² APARICIO, ob. cit., p. 1019.

los países ratificantes de estos convenios. Tiende a la unificación espontánea de las normas de conflicto”¹⁰³.

En cuanto a la prescripción no existe norma expresa que la regule en materia cambiaria. No obstante, se señala que es una cuestión muy debatida por vincularse al tema de las calificaciones¹⁰⁴. El debate gira en torno a si es una cuestión personal o procesal, tema de trascendental importancia porque de su elección surgirá la ley encargada de regularla. La tesis que considera que se trata de una cuestión procesal es la que impera en el sistema angloamericano y somete la prescripción a la *lex fori*. Ante la falta de una norma expresa rige el principio de autonomía cambiaria y, por lo tanto, la prescripción de la acción cambiaria se rige por la ley a que cada obligación está sujeta dado que la prescripción hace a su substancia y a sus efectos.

2. *Convención de Panamá sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas*

Esta Convención es producto de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, celebrada en Panamá en 1975 (CIDIP-I). Fue sancionada el 30 de enero de 1975 y nuestro país la ratificó a través de la ley 22.691. También fue ratificada por Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela¹⁰⁵.

Iñiguez indica que “es el tratado más moderno y el de mayor número de Estados Partes en que participa nuestro país en materia de títulos valores”¹⁰⁶.

El artículo primero trata de la ley aplicable para obligarse cambiariamente estableciendo en la primera parte que es la ley del lugar

¹⁰³ BOGGIANO, *Curso...* cit., p. 714.

En el mismo sentido: JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El aval*, en L. L. 2008-F-1302.

¹⁰⁴ BASZ y CAMPANELLA, ob. cit., p. 255.

¹⁰⁵ Información obtenida de la página del Departamento de Derecho Internacional, de la Organización de los Estados Americanos, <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-33.html> (fecha de consulta 18-9-2011).

¹⁰⁶ IÑIGUEZ, colaboración en GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado* cit., p. 674.

donde la obligación ha sido contraída. Esta solución se opone a la adoptada por la Convención de Ginebra de 1930 que establece que la capacidad para obligarse por letra de cambio y pagaré a la orden se regula por su ley nacional¹⁰⁷. Iñiguez señala que “esta solución difiere de la que contiene el Derecho Internacional Privado argentino donde la capacidad se regula por la ley domiciliaria tanto en lo que respecta a la capacidad e incapacidad de hecho como lo concerniente a la capacidad de derecho (art. 948, Cód. Civ.) o territorial en las prohibiciones o incapacidad de derecho (art. 949, Cód. Civ.)”¹⁰⁸. En tanto que en el segundo párrafo se agrega que “Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro Estado Parte en esta Convención cuya ley considerare válida la obligación”.

En cuanto a la forma se consagra la regla *locus regit actum*. En efecto, se establece en el artículo 2º que “La forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto de una letra de cambio se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice”.

En cuanto a la validez formal y sustancial de las obligaciones cambiarias se establece el principio *locus regit actum*. Al respecto, el artículo 3º reza que “Todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio, o pagaré se determinan por la ley del país en cuyo territorio se han puesto las firmas”. La aplicación de esta norma fue admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Jorcop SA c/Sames SA”. Este caso refería a la ejecución de unas letras de cambio en dólares libradas en el exterior y pagaderas en el país, con causa en una compraventa internacional de bananas. El deudor domiciliado en la Provincia de Mendoza solicitó la pesificación de la deuda en base a las normas de emergencia económica. La defensa del demandado fue rechazada tanto por el juez de primera instancia como por el tribunal de alzada. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza confirma la decisión de la Cámara y luego concede el recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo el dictamen del procurador general de la Nación, confirmó la sentencia re-

¹⁰⁷ ARAYA, ob. cit., p. 336.

¹⁰⁸ IÑIGUEZ, colaboración en GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado* cit., p. 674.

currida. El máximo tribunal de justicia expresó que “corresponde confirmar la sentencia que consideró excluidas de la pesificación a las obligaciones en dólares instrumentadas en letras de cambio libradas en el exterior y pagaderas en el país –en el caso, motivadas en una compraventa internacional–, pues, visto que el artículo 3º de la Convención de Panamá de 1975 establece que la obligación resultante de la letra se rige por la ley del país donde se contrajo, resulta aplicable al caso la excepción consignada en el artículo 1º, inciso e, del decreto 410/2002”¹⁰⁹. Asimismo, se agregó que “en virtud de lo establecido en el artículo 6º de la Convención de Panamá de 1975, la ley del país de cumplimiento sólo resulta aplicable para determinar el procedimiento, el plazo de aceptación, el pago y el protesto de la letra de cambio, pero no cuando la cuestión debatida se circunscribe a la moneda de pago, supuesto en el cual rige la ley del lugar donde aquélla fue suscripta”¹¹⁰.

El artículo 4º consagra la independencia de las obligaciones cambiarias al establecer que “Si una o más obligaciones contraídas en una letra de cambio fueren inválidas según la ley aplicable conforme a los artículos anteriores, dicha invalidez no afectará aquellas otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar donde hayan sido suscritas”.

El problema de la indeterminación del lugar en que hubiere sido contraída una obligación cambiaria es abordado por el artículo 5º que señala que, en el caso, ella se regirá por la ley del lugar donde la letra deba ser pagada y, en el supuesto de que éste no constare, por la del lugar de su emisión. Araya indica que “tal disposición no tiene equivalente en la Convención ginebrina”¹¹¹.

El artículo 7º se ocupa de la ley aplicable en los casos de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización del documento disponiendo que se deben aplicar las normas del lugar donde debiera haberse efectuado el pago.

El artículo 9º dispone la aplicación de los preceptos precedentes al pagaré.

¹⁰⁹ CSJN, 15-5-2007, “Jorcop SA c/Sames SA”, L. L. 2007-E-335.

¹¹⁰ Ídem nota anterior, p. 335.

¹¹¹ ARAYA, ob. cit., p. 338.

El artículo 11 establece la reserva de orden público. En lo atinente a la noción de orden público se señala en la doctrina que existen dificultades para conceptualizarlo dado que se trata de una noción confusa y variable en el tiempo y en el espacio¹¹² o que el concepto se presenta variable, relativo y cambiante en los diferentes Estados y en las distintas épocas¹¹³.

En primer término, cabe señalar que la referencia al orden público lo es en esta instancia al orden público internacional argentino. En consecuencia, se impone en primer lugar la distinción entre el orden público interno y el internacional¹¹⁴. El primero refiere a la existencia de reglas indisponibles, es decir, a la imposibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad. Por el contrario, en el ámbito internacional el orden público no se opone a la autonomía de la voluntad sino a la aplicación del Derecho extranjero. Es decir, en esta instancia hace referencia a los principios de orden público que controlan la aplicación

¹¹² SCOTTI, Luciana B., *Alcances del orden público internacional en materia de reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4736-AR/MJD 4736, del 2-6-2010.

¹¹³ BIOCCA, Stella Maris; CÁRDENAS, Sara L. F. y BASZ, Victoria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte general*, 2ª ed., Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 197.

¹¹⁴ La distinción se atribuye al autor francés Brocher, quien habría esbozado la diferenciación entre orden público interno e internacional en su libro *Cours de Droit International Privé suivant les principes consacrés par le Droit positif français*, Genève-Paris, 1882, citado por ALEGRIA, Héctor, *El orden público y los contratos internacionales*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2007-3, *Orden público y buenas costumbres*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 295.

Sin perjuicio de la distinción existe una controversia al respecto, dando lugar a dos tesis. Por un lado, la de la unidad de orden público que considera la existencia de un orden público único que al mismo tiempo impide el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluye la aplicación del Derecho extranjero. Por otro lado, la tesis prevaleciente es la de la pluralidad de orden público que distingue entre un orden público interno y otro internacional. El primero con un ámbito de aplicación más extenso y el segundo con un ámbito más limitado aunque más intenso porque tutela principios considerados de mayor importancia (véase respecto de las concepciones de la unidad y la pluralidad: BIOCCA, CÁRDENAS y BASZ, ob. cit., ps. 204 y 205; ZUCCHERINO, ob. cit., ps. 151 y 152; KLEIN VIEIRA, Luciane, *El orden público internacional: la defensa de la identidad del Estado y los procesos de integración*, en *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, Programa Integración Regional, en www.caei.com.ar, y SCOTTI, ob. cit.).

del Derecho extranjero indicado por la norma de conflicto. Funciona como un límite a la extraterritorialidad de la ley extranjera y como todos los mecanismos de excepción “deben ser evaluados con cuidado, pues debemos partir de la premisa, de que el Derecho declarado aplicable por nuestra norma de conflicto es el Derecho que mayor contacto guarda con el caso, aunque su contenido difiera del nuestro”¹¹⁵.

Soto señala que “el orden público internacional se configura normalmente con una serie de principios subyacentes a las disposiciones del Derecho del juez que no pueden ser dejados de lado por la aplicación del Derecho extranjero”¹¹⁶. Por su parte, Najurieta expresa que “el contenido del orden público consiste en el conjunto de principios –morales, culturales, jurídicos, religiosos– que inspiran una legislación y hallan determinación en una o varias normas”¹¹⁷. Asimismo, Roldán Pardo sostiene que “podría definirse como una excepción (cláusula de reserva) a la aplicación de la ley substancial designada por la ley de conflicto o al reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, por ir éstas en contravención a los principios sobre los cuales se edifica un Estado”¹¹⁸.

La aplicación del artículo 11 se planteó en la causa “Jorcop SA c/Sames SA”. En dicho caso el demandado alegó que las normas de pesificación tienen carácter de orden público, pues fueron dictadas para conjurar la crisis existente en nuestro país, surgiendo dicha calidad expresamente del texto de cada una de ellas, por lo que, la aplicación de los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º de la Convención afectaba el orden público del Estado argentino, al establecer una solución distinta a la dispuesta por las leyes de emergencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechaza esta argumentación expresando que “una interpretación razonable del texto transcripto, impone una aplicación res-

¹¹⁵ WEINBERG, I., *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 140.

¹¹⁶ SOTO, *Temas...* cit., p. 116.

¹¹⁷ NAJURIETA, María Susana, *Orden público internacional y derechos fundamentales del niño*, en L. L. 1997-B-1436.

¹¹⁸ ROLDÁN PARDO, Juan Felipe, *El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del Derecho Internacional Privado y el arbitraje internacional*, en *Revista de Derecho Privado*, N° 44, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Bogotá, jul.-dic. de 2010.

tringida de esta excepción, pues, si la propia normativa de emergencia excluye del ámbito de la pesificación a las obligaciones a las cuales cabe aplicar la ley extranjera, el argumento de la apelante significaría dejar vacío de contenido al artículo 1º, inciso e, del decreto 410/2002”¹¹⁹.

La jurisdicción internacional se encuentra establecida en el artículo 8º, que la atribuye al juez del Estado Parte donde las obligaciones deban cumplirse o al juez del Estado Parte donde el demandado se encuentre domiciliado. La opción se encuentra en cabeza del actor. Se señala que en estos casos no hay autonomía de la voluntad; hay opción a favor del actor pero no autonomía de la voluntad: opción y autonomía de la voluntad son dos cosas diferentes¹²⁰.

IV. Derecho Internacional Privado de fuente interna

1. *El régimen del Código de Comercio*

El Código de Comercio de la República Argentina reconoce su antecedente en el Código de Comercio que para el Estado de Buenos Aires –por entonces segregado de la Confederación– redactaron el jurista uruguayo asilado en el país Eduardo Acevedo y el entonces ministro de gobierno Dalmacio Vélez Sarsfield¹²¹. El mismo fue aprobado sin someterlo a discusión el 6 de octubre de 1859 y entró a regir a los seis meses desde su publicación de ley¹²². Posteriormente, cuando Buenos Aires se reincorpora a la República, el citado Código fue sancionado por ley 15 del 12 de septiembre de 1862 como Código de Comercio de la Nación.

En lo que refiere a la redacción de las normas pertenecientes al

¹¹⁹ CSJN, 15-5-2007, “Jorcop SA c/Sames SA”, L. L. 2007-E-335.

¹²⁰ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E., *Régimen de las letras, vales, pagarés y conformes en el Derecho Internacional Privado uruguayo*, en *Manual virtual de Derecho Comercial II*, en <http://www.derechocomercial.edu.uy/TVClase09.htm>.

¹²¹ Véase: HALPERIN, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, vol. I, p. 9.

¹²² El Código constaba de 1.748 artículos, divididos en cuatro libros: I. *Personas del Comercio*; II. *Contratos de comercio*; III. *Derechos y obligaciones que resultan de la navegación*; IV. *De la insolvencia de los comerciantes*. Además, contaba con siete artículos –arts. 1749 a 1755– que conformaban un título final con disposiciones transitorias.

Derecho Cambiario no existen dudas respecto a “la preponderante y decisiva participación de Vélez Sársfield”¹²³.

En lo que se refiere a la regulación de Derecho Internacional Privado de fuente interna se encontraba contenida en el artículo 738.

Se señala que “en ningún tema como éste resulta sumamente importante recordar cuál era el sistema establecido por el Código de Comercio sobre Derecho Internacional Privado en materia cambiaria”¹²⁴. La importancia se debe a que –como veremos– fue la última regulación de Derecho Internacional Privado de fuente interna en materia de papeles de comercio.

El artículo 738 disponía que “Las contestaciones judiciales que se refieren a los requisitos esenciales de las letras de cambio, su presentación, aceptación, pago, protesto y notificación, serán decididas según las leyes y usos comerciales de los lugares donde estos actos fuesen practicados.

”Sin embargo, si las enunciaciones hechas en la letra de cambio extranjera, son suficientes según las leyes de la República, la circunstancia de que sean defectuosas según las leyes extranjeras, no pueden dar lugar a excepciones contra los endosos, agregados ulteriormente en la República”.

La fuente de este texto –según Cámara– era el artículo 424 del Código de Comercio de Brasil de 1850¹²⁵.

¹²³ GÓMEZ LEO, *Manual...* cit., p. 7.

Cabe aclarar esta circunstancia dado que existe una intensa y conocida polémica sobre la redacción del Código de Comercio. El mecanismo en la redacción era que Acevedo proyectaba la primera redacción sobre la base de los códigos y las leyes extranjeras; por su parte, Vélez Sársfield examinaba los borradores, que podía modificarlos o no, realizando su análisis teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia (véase: ETCHEVERRY, *Derecho...* cit., p. 57). Todos los sábados se reunían en el estudio de Vélez Sársfield a analizar los borradores, quien formulaba observaciones, adiciones o modificaciones (véase: CÁMARA, Héctor, *Dalmacio Vélez Sársfield, coautor del Código de Comercio*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 63).

¹²⁴ LEGÓN, ob. cit., p. 348.

¹²⁵ CÁMARA, *Letra...* cit., p. 529.

La única diferencia estaba dada por el agregado de la expresión “los requisitos esenciales”.

La norma consagraba el principio de autonomía de los actos cambiarios¹²⁶, desvinculándose así del sistema de la unidad que era consagrado en el Código de Comercio francés de 1807, donde la letra de cambio se vinculaba al contrato de cambio¹²⁷.

Es decir, esto significaba que cada acto cambiario quedaba sometido a la ley del lugar de realización. En consecuencia, podía suceder que la cambial quedaba sujeta a diferentes leyes en razón de que los actos cambiarios eran otorgados en distintos lugares.

En su oportunidad, existió en torno a la disposición un interesante debate respecto a si la norma indirecta sólo refería a la forma de los actos cambiarios o también a su contenido y efectos. Goldschmidt se inclinó por esta última tesis expresando que “lo indican las palabras ‘requisitos esenciales’ así como el mismo principio de la autonomía, justificado a su vez por exigencias del tráfico jurídico”¹²⁸. En la misma línea se manifestó Lazcano señalando que “la esfera de aplicación del texto es grande y abarca todos los aspectos de las relaciones cambiarias en lo atinente a los elementos intrínsecos que constituyen el mismo Derecho Cambiario, la extensión de las obligaciones y de los derechos asumidos en cada caso, así como lo que se refiere a la forma o a los elementos extrínsecos”¹²⁹. La primera de la tesis también tuvo importantes adherentes¹³⁰.

La segunda parte del precepto adoptaba la regla del *favor negotii* para el supuesto de una letra de cambio defectuosa. Se señala que se “tendía a asegurar la validez del acto cambiario en defensa de los intereses de las personas domiciliadas en nuestro país”¹³¹. En conse-

¹²⁶ GOLDSCHMIDT, *Sistema...* cit., p. 510, y *Derecho...* cit., p. 673; ROMERO DEL PRADO, ob. cit., p. 85; CÁMARA, *Letra...* cit., p. 530; BASZ y CAMPANELLA, ob. cit., p. 251; GÓMEZ LEO, *Tratado...* cit., p. 989; RAMAYO, Raúl Alberto, *Los papeles de comercio y los hechos ilícitos internacionales*, en E. D. 205-960.

¹²⁷ LAZCANO, Carlos Alberto, *Régimen internacional del protesto de letras de cambio*, en L. L. 63-361.

¹²⁸ GOLDSCHMIDT, *Sistema...* cit., p. 510.

¹²⁹ LAZCANO, Carlos Alberto, *Letra de cambio y crédito documentado en el orden internacional*, en J. A. 1948-I-425.

¹³⁰ RIVAROLA, Mario, *Tratado de Derecho Comercial argentino*, Buenos Aires, 1940, t. IV, p. 655.

¹³¹ GÓMEZ LEO, *Tratado...* cit., p. 988.

cuencia, la disposición establecía que si las enunciaciones hechas en la letra de cambio extranjera son suficientes según las leyes del Estado, la circunstancia de que sean defectuosas según las leyes extranjeras no puede dar lugar a excepciones contra los endosos agregados ulteriormente en el Estado. La doctrina del *favor negotii* fue consagrada por la Corte de Casación francesa en el caso “Lizardi”, por el cual se validó la obligación otorgada por un incapaz según su propia legislación, siempre que la contraparte hubiese procedido sin negligencia y de buena fe¹³². Se trata de un principio interpretativo contenido en los códigos romanistas¹³³, que constituye una manifestación particular del más amplio principio de la conservación del acto jurídico¹³⁴. En materia cambiaria, el principio tuvo su origen en el Congreso de Leipzig, en donde se adoptó por diez contra nueve votos. Más tarde fue incluida bajo el N° 24 de las llamadas “reglas de Bremen” y en la Ordenanza alemana¹³⁵. Esta teoría es criticada por Zaefferer Silva, quien expresa que “carece de todo sentido de igualdad y es de carácter eminentemente preferencial y por ello es justamente combatida”¹³⁶.

2. Decreto-ley 5965/63

El decreto-ley 5965/63 contiene el “Régimen de la letra de cambio, de los vales y el pagaré”¹³⁷. Éste fue dictado el 19 de julio de 1963

¹³² LAZCANO, *Derecho Internacional Privado* cit., ps. 589 y 590.

En similar sentido, refiriéndose a la recepción de dicha regla en el Derecho venezolano: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho Internacional Privado*, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central*, N° 117, Caracas, 2000, p. 27.

¹³³ Véase, en especial: SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., *La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el Derecho Comparado*, en *Contratación y Arbitraje Internacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010, p. 131.

¹³⁴ Véase: LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, *La interpretación objetiva a propósito del artículo 5:106 de los principios del Derecho europeo de los contratos*, en *Revista de las Ciencias Jurídicas*, N° 112, Universidad de Costa Rica y Colegio de abogados de Costa Rica, San José de Costa Rica, enero-abril de 2007, en <http://www.latindex.ucr.ac.cr/jur002-02.php>.

¹³⁵ ZAEFFERER SILVA, ob. cit., p. 345.

¹³⁶ Ídem nota anterior, p. 345.

¹³⁷ La regulación de la letra de cambio se encuentra entre los arts. 1° a 100. El régimen del pagaré se regula entre los arts. 101 a 104.

y promulgado en el Boletín Oficial el 25 de julio de 1963. El mismo estuvo precedido de la labor desarrollada por la Comisión Asesora en materia de Legislación Mercantil designada por el decreto 671 del Poder Ejecutivo Nacional¹³⁸.

El decreto-ley 5965/63 derogó el régimen internacional previsto en el artículo 738 del Código de Comercio y no estableció ninguna previsión al respecto¹³⁹. Esta omisión resulta grave, principalmente en los tiempos actuales de mundialización de los negocios y de incremento de las operaciones comerciales internacionales.

Se señala que la omisión es sensible¹⁴⁰, injustificable¹⁴¹ o que constituye un lamentable olvido¹⁴², indicándose que se trata de un supuesto de carencia normativa que obedece a la impresión del legislador¹⁴³ y que constituye una laguna histórica¹⁴⁴. Asimismo, se indica que importó un retroceso desde el plano del Derecho Internacional Privado¹⁴⁵. En tal sentido, se expresa que el texto del Código de Comercio aunque no era muy completo, servía para resolver los conflictos de leyes que se suscitaban en la materia¹⁴⁶.

En referencia a la omisión, es menester tener en cuenta que el

¹³⁸ La Comisión Asesora estuvo integrada por los Dres. Eduardo A. Roca, Miguel Bomchill, Horacio Pedro Fargosi, Rodolfo O. Fontanarrosa y Waldemar Arecha.

¹³⁹ El decreto-ley 5965/63 derogó los Títulos X y XI, Libro II del Código de Comercio y estableció un nuevo régimen para la letra de cambio y los vales o pagarés, inspirado en la Ley Uniforme de Ginebra de 1930. Como consecuencia de esta reforma se deroga el art. 738 que contenía el régimen internacional.

En tal sentido, el art. 2º del decreto-ley 5965/63 dispuso que “Quedarán derogados a partir del 1º de octubre de 1963 los arts. 589 y 741 del Código de Comercio, en cuya fecha comenzarán a regir las disposiciones que la suplantán, que se incorporarán a dicho Código en la próxima edición oficial como Título X del Libro II y Capítulo I del Título XI del mismo libro”.

¹⁴⁰ BONFATI, Mario A. y GARRONE, José A., *De los títulos de crédito*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 875.

¹⁴¹ APARICIO, ob. cit., p. 1019.

¹⁴² RAMAYO, ob. cit., p. 960.

¹⁴³ BOGGIANO, Antonio, *El sistema normativo del Derecho Internacional Privado*, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* cit., p. 187.

¹⁴⁴ GOLDSCHMIDT, *Derecho...* cit., p. 673.

¹⁴⁵ APARICIO, ob. cit., p. 1019.

¹⁴⁶ CÁMARA, *Letra...* cit., p. 529.

decreto-ley 5965/63 siguió los lineamientos de la “Convención relativa a la ley uniforme sobre letras de cambio y pagaré a la orden”, pero no hizo lo propio con respecto a la “Convención destinada a reglar algunos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden”¹⁴⁷.

3. *Propuestas de autointegración*

La carencia normativa que exhibe la ley cambiaria vigente provoca la necesidad de buscar soluciones referidas a la ley aplicable y al juez competente para los casos jusprivatistas internacionales referidos a títulos de créditos.

La respuesta se busca apelando al recurso de la analogía. En tal sentido, es menester tener presente que el artículo 15 del Código Civil expresa que “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. A su vez, el artículo 16 del Código Civil agrega que “Si una cuestión civil 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”.

El primero de los preceptos citados impone al juez la obligación de fallar y el segundo suministra las herramientas para hacerlo. En tal sentido, la última disposición señala que si la cuestión no puede ser resuelta por las palabras ni por el espíritu de las leyes se debe recurrir a la analogía. Ésta “es la aplicación a un caso no previsto de la norma que se refiere a otro, que ofrece con el primero una semejanza que el intérprete considera suficiente para que la aplicación esté justificada, por concurrir en uno y otro la misma razón”¹⁴⁸. Debe tener en cuenta los valores, que es la razón última del Derecho y, por lo tanto, las razones del Derecho son análogas cuando implican la realización de un mismo contenido axiológico¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Véase especialmente: APARICIO, ob. cit., p. 1019.

¹⁴⁸ ALONSO, Juan Ignacio y RIZICMAN, Leandro, en *Código Civil comentado*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, comentario al art. 16, p. 72.

¹⁴⁹ Véase: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Nota para una comprensión trialista de la analogía*, en *Investigación y Docencia*, Revista del Centro de Investigaciones

En este sentido, en la doctrina se han esbozado diversas alternativas.

a) Una posición considera que deben aplicarse las disposiciones de Derecho Internacional Privado establecidas en el Código Civil. Esta tesis considera que en virtud de lo dispuesto por el artículo 207 del Código de Comercio, las reglas del Código Civil resultan subsidiariamente aplicables¹⁵⁰.

En esta posición se enroscan diversos autores¹⁵¹.

Al respecto, Carlos Lazcano sostiene que “ante la derogación del artículo 738 del Código de Comercio hay que acudir a los artículos 1209 y 1210 del Código Civil, los cuales disponen que la validez, naturaleza y obligaciones de los contratos se rigen por las leyes y usos del lugar de ejecución”¹⁵².

b) Otra postura entiende que deben aplicarse las normas de Derecho Internacional Privado de fuente convencional. Es decir, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre internacional de Montevideo de 1940 o la Convención de Panamá de 1975. En definitiva, las normas de Derecho Internacional Privado de fuente convencional que regulan el Derecho Cambiario.

Esta tesis recibe la adhesión de un importante sector de la doctrina¹⁵³.

de Filosofía Jurídica y Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1987, vol. 2, p. 41.

¹⁵⁰ El art. 207 del Código de Comercio dice “El Derecho Civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales”.

¹⁵¹ SMITH, Juan C., *El decreto-ley 5965/63 y el régimen internacional de la letra de cambio*, en L. L. 115-841; ALEGRIA, Héctor, *Las normas de Derecho Internacional y la acción ejecutiva de las letras de cambios*, ponencia presentada a las “Jornadas sobre letras de cambio, pagarés y cheques”, organizadas por la Cátedra de Derecho Comercial II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, mayo de 1965, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1967, p. 16; LAZCANO, *Derecho...* cit., ps. 588 y 589.

¹⁵² LAZCANO, *Derecho...* cit., p. 588.

¹⁵³ GOLDSCHMIDT, Werner, *El primer caso de calificaciones en la jurisprudencia argentina*, en E. D. 8-943, y *Derecho...* cit., p. 673; GUASTAVINO, Elías P., *Aspectos internacionales de las reformas al Código de Comercio argentino*, en J. A. 1966-V-17, sec. doctrina; KALLER DE ORCHANSKY, Berta, *La prescripción liberatoria del aval: ley que la rige*, en L. L. 132-569, y *Nuevo manual de Derecho Internacional Privado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1990, p. 398; APARICIO, ob. cit., p. 1019; CÁMARA, *Letra...* cit., p. 537; BONFATI y GARRONE, ob. cit., ps. 878 y ss.; BERGEL, Salvador D. y PAOLANTONIO, Martín E., *Acciones y excepciones*

En tal sentido, Kaller de Orchanschy expresa que “cuando se advierte una laguna en el Derecho interno debe acudir a las normas convencionales que son las que desempeñan la función de «leyes análogas»”¹⁵⁴.

c) La tercera posición es sostenida por Boggiano, quien sostiene que se debe distinguir según el caso jusprivatista internacional nos vincule o no con los países que adoptaron la Ley Modelo Uniforme de Ginebra. En el supuesto de que se trate de países adherentes a aquélla, deben aplicarse las disposiciones materiales de la Ley Cambiaria –adaptadas a la Convención– y, en subsidio, las normas de conflicto del Tratado de Montevideo de 1940. En caso de que se trate de países no adherentes al sistema de Ginebra, se deben aplicar las normas conflictuales que indica el Derecho materialmente aplicable¹⁵⁵.

Consideramos que la tesis más apropiada es la segunda. En consecuencia, la laguna debe ser integrada recurriendo a las normas de Derecho Internacional Privado de fuente convencional.

Las razones que nos llevan a argumentar a favor de esta tesis son las siguientes:

(i) La analogía es admitida en nuestro Derecho Privado. En efecto, el ya citado artículo 16 del Código Civil establece que cuando una cuestión no puede resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley se aplican los principios de las leyes análogas.

Si bien el artículo 16 refiere a una cuestión civil, existe consenso en que se trata de una norma general del campo jurídico¹⁵⁶.

En tal sentido, Goldschmidt expresa que “si un caso no está previsto

cambiarias, Depalma, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 348; PAOLANTONIO, Martín E., *Orden público, pesificación y letras de cambio internacionales*, en L. L. 2007-E-334; BASZ y CAMPANELLA, ob. cit., ps. 252 y 253; GÓMEZ LEO, *Tratado...* cit., p. 991; ZUCCHERINO, *Derecho...* cit., p. 478.

¹⁵⁴ KALLER DE ORCHANSKY, *La prescripción...* cit., p. 569.

¹⁵⁵ BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, t. II, ps. 798 y ss.; BOGGIANO, *Curso...* cit., ps. 703 a 706.

¹⁵⁶ CÁMARA, *Letra...* cit., p. 537; BONFATI y GARRONE, ob. cit., p. 879.

En relación con esta cuestión, cabe recordar las palabras de Fontanarrosa quien refiriéndose al Derecho Privado y su unidad expresó que “la autonomía no es independencia; y pretender conocer el Derecho mediante el análisis de una de sus ramas es como querer conocer el cuerpo humano mediante el examen de uno solo de sus órganos” (FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial argentino*, 4ª ed., Zavallía, t. 1, *Parte general*, 1994, p. 28).

en la fuente formal, pero la fuente formal aborda otro caso que ofrece las mismas características esenciales, la reglamentación del último debe darse igualmente al primero¹⁵⁷. La interpretación analógica es perfectamente legítima y su fundamento reside en que si el motivo de la ley es el mismo del caso no previsto debe darse a éste la misma solución¹⁵⁸. En definitiva, las notas distintivas de la aplicación analógica son la semejanza y la identidad de razón¹⁵⁹. Básicamente, para que la aplicación analógica de una norma sea lícita se requieren tres condiciones: a) que no exista disposición legal aplicable directamente ni por interpretación extensiva; b) que el caso resulte sustancialmente semejante a otro regulado por disposición legal; c) que la disciplina legal del caso previsto esté determinada por aquellos elementos a base de los cuáles se pueda afirmar que éste se asemeja sustancialmente al supuesto sometido a resolución¹⁶⁰.

Consideramos que los tipos legales contemplados en las normas del Derecho Internacional Privado convencional resultan idénticos a los casos jusprivatistas respecto a los cuales se ha omitido reglamentación en el ámbito interno. En consecuencia, las soluciones contenidas en el Derecho Internacional Privado de fuente convencional resultan aplicables analógicamente para el caso no previsto en el Derecho Internacional Privado de fuente interna.

(ii) La letra de cambio es una materia esencialmente mercantil dado que el artículo 8º, inciso 4º del Código de Comercio declara como actos de comercio a “toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable o al portador”¹⁶¹. Asimismo, el carácter comercial de la letra de cambio y del pagaré resulta de la incorporación del decreto 5965/63 al Código de Comercio.

¹⁵⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1996, ps. 294 y 295.

¹⁵⁸ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 8ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 233.

¹⁵⁹ ALONSO, Juan Ignacio y RIZICMAN, Leandro, en RIVERA, Julio César (dir.), *Código Civil comentado. Títulos preliminares. Personas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 72.

¹⁶⁰ FONTANARROSA, ob. cit., p. 90.

¹⁶¹ Se trata de actos objetivos de comercio por la forma. Son comerciales aunque sean realizados aisladamente por un no comerciante.

(iii) No corresponde acudir a la aplicación de normas contractuales dado que ya hace tiempo fueron superadas las teorías contractualistas sostenidas por los franceses¹⁶². Esta teorías en la actualidad “resultan inaceptables”¹⁶³, agregándose que “son además artificiosas y totalmente teóricas, en el sentido de que están realmente alejadas de las operativas de transmisión”¹⁶⁴. Las tesis contractualistas en la actualidad han sido superadas a través del aporte de Karl Einert en su célebre obra *El derecho de cambio en el siglo XIX*, que data de 1839. La elaboración de este jurista “constituyó un decisivo impulso para el progreso de la legislación cambiaria”¹⁶⁵, plasmándose en la Ordenanza alemana de 1849: “que constituye la piedra fundamental del moderno Derecho Cambiario”¹⁶⁶.

El Derecho Cambiario más moderno se edifica sobre la base del sistema alemán y centroeuropeo que fue el triunfante de la Conferencia de Ginebra de 1930.

Respaldao esta argumentación, Bonfati y Garrone expresan que “negamos que una posición contractualista en materia cambiaria, perimida en el Derecho positivo nacional, pueda ser exhumada como intento de fundamentación para aplicar una ley internacional, en igual materia”¹⁶⁷.

(iv) Consideramos que las disposiciones de la Convención de Panamá son normas específicas, propias de Derecho Internacional Privado Cambiario y, por lo tanto, con una mayor precisión técnica en la materia a reglamentar que las disposiciones del Código Civil.

Admitida la aplicación analógica del Derecho Internacional Privado de fuente convencional, creemos que entre el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1940 y la Convención de Pa-

¹⁶² Estas teorías sostenían que la obligación cambiaria derivaba de un acuerdo de voluntades —contrato de cambio— entre quienes intervinieron en la formación del título. En este contexto el título valor se presentaba como el instrumento para la ejecución del contrato y, a su vez, probaba la existencia del contrato.

¹⁶³ ARAYA, ob. cit., p. 20.

¹⁶⁴ Ídem nota anterior, p. 20.

¹⁶⁵ ESCUTI, ob. cit., p. 20.

¹⁶⁶ Ídem nota anterior, p. 6.

¹⁶⁷ BONFATI y GARRONE, ob. cit., p. 880.

namá de 1975, debe aplicarse esta última¹⁶⁸. Se trata de una cuestión que no ha sido demasiado abordada por nuestra doctrina que se limita a sostener la aplicación analógica de los tratados de Montevideo. Algunos autores, atento a que estudiaron el tema antes de 1983 –año en que fue ratificada la Convención de Panamá–, resulta lógico que no aborden esta cuestión, pero es llamativo que otros que escribieron sus trabajos después del citado año se limiten a postular la aplicación del Tratado de Montevideo sin ni siquiera mencionar la posibilidad de las reglas que emergen de la Convención de Panamá de 1975¹⁶⁹. Consideramos que deben aplicarse las disposiciones de la Convención de Panamá por las razones que a continuación exponemos: 1) Un número mayor de países intervinieron en la elaboración de la Convención de Panamá con respecto al Tratado de Montevideo. Esta circunstancia

¹⁶⁸ En este sentido: IÑIGUEZ, colaboración en GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado* cit., p. 674; BERGEL y PAOLANTONIO, ob. cit., ps. 350 a 352; PAOLANTONIO, *Orden público, pesificación y letras de cambio internacionales* cit.; NOOT TAQUELA, María Blanca, *Títulos valores* (cap. 29), en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavallia, Buenos Aires, 2003, p. 1198.

Asimismo, Schotz comentando un caso argentino-italiano fallado por la CSJN –en los autos “Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c/Provincia de San Luis”– sostuvo que ante ausencia de convención entre los citados países la norma más próxima que debe aplicarse es la Convención de Panamá de 1975 y así sostuvo que las cuestiones referentes a la capacidad para obligarse cambiariamente se regirán por la ley del lugar de suscripción de cada obligación. Es decir, este autor sin referirse al vacío del Derecho Internacional Privado de fuente interna y sin plantearse la elección analógica entre las reglas de Montevideo y de Panamá se inclina por la aplicación de estas últimas disposiciones (SCHOTZ, Gustavo J., *El “forfaiting”, la capacidad para otorgar aval y el seguro de crédito y la exportación*, en *Responsabilidad Civil y Seguros* 2002-326).

En la jurisprudencia, en este sentido: JNCom. N° 7, Sec. 14, 21-10-86, “Banco do Brasil c/Astilleros Corrientes”, en www.fallos.dipargentina.com; JNCom. N° 10, Sec. 19, 5/1994, “Hydrosa Trading Ltd. c/Pinal Pharma”, en www.fallos.dipargentina.com).

¹⁶⁹ Por una observación similar pueden verse: BERGEL y PAOLANTONIO, ob. cit., p. 351.

Por ejemplo, Basz y Campanella se inclinan por la aplicación del Tratado de Montevideo, pero no se plantean la posible analogía con la Convención de Panamá de 1975 (véase: BASZ y CAMPANELLA, ob. cit., ps. 251 a 253). En similar sentido puede verse: ZUCCHERINO, *Derecho...* cit., p. 478.

asegura una participación de representantes de diferentes sistemas jurídicos. 2) También es mayor el número de Estados ratificantes con respecto a la obra de Montevideo. 3) Las reglas de la Convención de Panamá son más nuevas que las de Montevideo y por lo tanto reflejan una voluntad más novel de nuestro Estado en materia de Derecho Cambiario¹⁷⁰.

V. Derecho argentino proyectado

En este capítulo debemos analizar el tratamiento que se le brinda a la letra de cambio y al pagaré en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003.

El proyecto fue presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003. Fue elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por la resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 191/2002 y por la resolución del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos 134/2002. La comisión estuvo integrada por los doctores Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manóvil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zannetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinoli e Inés M. Weinberg de Roca.

El Proyecto regla separadamente los problemas de la jurisdicción internacional y del Derecho aplicable a los títulos valores.

La regla de jurisdicción internacional se encuentra contenida en el Título II, *Jurisdicción internacional*, Capítulo II, *Jurisdicciones especiales*. En particular, en el artículo 29, donde expresa que “Para

¹⁷⁰ BERGEL y PAOLANTONIO, ob. cit., ps. 351 y 352.

En los autos “Banco do Brasil c/Astilleros Corrientes” se expresó que “a los fines de la aplicación analógica debe recurrirse siempre a la norma más reciente, que se supone expresa más adecuadamente la voluntad del legislador” (JNCom., N° 7, Sec. 14, 21-10-86, en www.fallos.dipargentina.com). En similar sentido se dijo que “por mayor proximidad analógica y por tratarse de la Convención más actual de la cual Argentina es parte en esta materia, recurrir a las normas indirectas contenidas en la CIDIP I de letra de cambio” (JNCom. N° 10, Sec. 19, 5/1994, “Hydrosa Trading Ltd. c/Pinal Pharma”, en www.fallos.dipargentina.com).

conocer de las acciones basadas en títulos valores tienen jurisdicción los tribunales del lugar de pago o los del domicilio del demandado”.

El Título III trata del *Derecho aplicable*, refiriéndose en el Capítulo VI a los títulos valores. En el artículo 81 se regla la capacidad para obligarse cambiariamente estableciendo que “se rige por el Derecho del lugar donde la obligación cartular fue suscripta”. El artículo 82 se ocupa de la ley aplicable a la forma, la validez intrínseca y los efectos de las obligaciones emergentes de los títulos, disponiendo que también se rigen por la ley del lugar de suscripción. En el segundo párrafo del citado precepto se establece que “Se consideran comprendidas en lo dispuesto en el párrafo anterior las cuestiones atinentes al pago y a la prescripción”. El artículo 83 establece dos reglas subsidiarias para el supuesto de que no constare en el título valor el lugar donde fue suscripto. En efecto, se establece que en dicho caso la obligación cartular se rige “por el Derecho del lugar en que deba ser cumplida y si éste tampoco constare, por la del lugar de suscripción del título”. El artículo 84 establece la autonomía de las obligaciones cartulares estableciendo que “La inexistencia o invalidez de una obligación cartular según el Derecho aplicable, no afecta a aquellas otras que sean válidas de acuerdo con el Derecho del lugar en que han sido suscriptas”. Por su parte, el artículo 85 reza que “Los procedimientos y plazos para la aceptación, la presentación al cobro, el pago, el protesto y otras diligencias necesarias para evitar la caducidad del derecho del portador del título, se rigen por el Derecho del lugar de pago y subsidiariamente, por el del lugar donde el acto deba realizarse”. Asimismo, el artículo 86 refiere al Derecho aplicable en caso de sustracción, pérdida o destrucción del título estableciendo que “el Derecho del país donde el título valor deba pagarse determina las medidas que han de tomarse en caso de hurto, robo, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del título”. El citado precepto en su segundo párrafo expresa que “sin perjuicio de ello, si se trata de títulos valores emitidos en serie y ofertados públicamente, el portador desposeído debe cumplir con las disposiciones del Derecho del domicilio del emisor”.

VI. Propuestas internacionales

El Derecho Cambiario constituye un campo fructífero para el desarrollo de la unificación internacional, donde desde fines del siglo pasado se han sucedido diversas iniciativas¹⁷¹.

La tarea de unificación mercantil en este ámbito reconoce dos métodos: el sustancial y el conflictual. El primero consiste en perseguir una uniformidad legislativa que ocurre cuando varios Estados adoptan un mismo ordenamiento. El segundo es a través de la armonía legislativa que “propone la coincidencia de las reglas de solución adoptadas por dos o más Estados para conflictos en casos iusprivatistas, admitiendo la diversidad de legislaciones”¹⁷².

Las proposiciones han sido variadas. Uno de los primeros antecedentes fue la iniciativa de la Asociación Nacional para el Progreso de las Ciencias Sociales que se abocó al problema de la unificación de la letra de cambio y los billetes a la orden en su Primer Congreso de Gante realizado en 1863. En dicha oportunidad, se “recibió una memoria preparada por Asser aconsejando la concreción de una legislación uniforme en la materia”¹⁷³. A través de esta iniciativa “se advirtió que era posible alcanzar soluciones concretas”¹⁷⁴, pero “quedando sólo en aspiraciones”¹⁷⁵.

El segundo antecedente lo encontramos a través de la labor del Instituto de Derecho Internacional fundado en París en 1873. Diversas reuniones de este instituto se abocaron al tema. En la reunión de Turín de 1882 se propugnó la unificación y se designó una comisión encar-

¹⁷¹ Respecto a las diversas iniciativas puede consultarse: ZUCCHERINO, *Derecho...* cit., ps. 471 a 476; ARAYA, ob. cit., ps. 268 a 278; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Teoría y praxis en la codificación del Derecho de los negocios internacionales*, en *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, 2002, Universidad del País Vasco, 2004, p. 81; CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor, *El Derecho Mercantil ante los retos de la globalización*, ponencia presentada al *Congreso Internacional de Derecho Mercantil. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 8 al 10-3-2006.

¹⁷² ZUCCHERINO, *Derecho...* cit., ps. 34 y 35.

¹⁷³ Ídem nota anterior, p. 471.

¹⁷⁴ ARAYA, ob. cit., p. 250.

¹⁷⁵ BASZ y CAMPANELLA, ob. cit., p. 250.

gada de la elaboración de un Anteproyecto, el que fuera presentado en la sesión de Bruselas de 1885. Más tarde encontramos las recomendaciones de los Congresos de Amberes de 1885 y de Bruselas de 1888 que propiciaron distintos intentos de legislación uniforme en materia cambiaria que no llegaron a concretarse. También el tema de la unificación cambiaria fue abordado por el Congreso Internacional del Comercio y la Industria reunido en París en 1889, el Congreso de Derecho Comparado de París de 1890, el Congreso Internacional de las Cámaras de Comercio en sus reuniones de Lieja de 1905, de Milán de 1906 y de Praga de 1908.

Asimismo, deben destacarse las iniciativas propiciadas en el ámbito de la Conferencia de La Haya. La primera conferencia fue inaugurada el 29 de junio de 1910 con la representación de treinta y dos Estados. En el marco de la misma se aprobó la relación final compilada por Lyon Caen y Simons que contenía un proyecto de ley uniforme compuesto por ochenta y tres artículos. La segunda conferencia fue inaugurada el 17 de junio de 1912. En la misma se aprobó un texto de convención de treinta artículos y un Reglamento Uniforme de ochenta artículos concernientes a la letra de cambio y al pagaré a la orden¹⁷⁶.

En el ámbito latinoamericano debe mencionarse el Congreso Jurídico de Lima de 1878, el cual reviste especial importancia dado que, como expresó el jurista uruguayo Gonzalo Ramírez —miembro informante de la Comisión de Derecho Comercial Internacional en el Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889—, fue tenido en cuenta juntamente con el informe del jurisconsulto peruano Antonio Arenas en la obra de Montevideo¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Araya indica que “el texto uniforme de La Haya presentaba innegablemente notables progresos que aspiraban también a conciliar el sistema germánico con el francés y el inglés exhibiendo especial coherencia con los principios que ya habían informado al Código de Comercio italiano de 1883” (ARAYA, ob. cit., p. 275). Asimismo, Fernández Rozas señala que “dicho instrumento ofrece gran importancia, no sólo por ser el inspirador directo de la Ley Uniforme de 1930, sino porque pasó a convertirse en Derecho positivo para varios Estados (Guatemala, Nicaragua, Venezuela, Paraguay, Polonia y Turquía)” (FERNÁNDEZ ROZAS, *Teoría...* cit., p. 81).

¹⁷⁷ ROMERO DEL PRADO, ob. cit., p. 107; BERGEL y PAOLANTONIO, ob. cit., p. 355.

El Congreso Jurídico de Lima fue convocado por la iniciativa del Gobierno de

1. *Código de Bustamante*

En la Sexta Conferencia Panamericana desarrollada en La Habana entre los días 16 de enero y 20 de febrero de 1928 se sancionó el Código de Derecho Internacional Privado conocido como “Código de Bustamante”. Dicho cuerpo normativo tiene la particularidad de reunir en un solo texto, de cuatrocientos treinta y siete artículos, las reglas generales de aplicación y las disposiciones relativas a todas las materias (civil, mercantil, penal y procesal). El mismo se encuentra vigente en numerosos países: Cuba, Costa Rica, Panamá, Perú, República Dominicana, Guatemala, Haití, Nicaragua, Honduras, El Salvador, Bolivia, Venezuela, Ecuador, Chile y Brasil. Este texto no fue ratificado por la República Argentina.

Garro sostiene que “es el esfuerzo unificador más comprensivo y de mayor alcance territorial en América Latina”¹⁷⁸. Pero, agrega que “la apariencia de uniformidad que transmite a primera vista su extenso articulado se desvanece cuando se repara en las concesiones excesivas al Derecho local y en la cantidad y amplitud de reservas de la que fue objeto”¹⁷⁹.

El artículo 263 establece que “La forma de giro, endoso, fianza, intervención, aceptación y protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice”. El artículo 265 dispone que la aceptación se rige por la ley del lugar en que ha sido efectuada la aceptación. En el artículo 266 señala que los efectos jurídicos del endoso entre endosante y endosatario dependen de la ley del lugar del endoso. El artículo 268 dispone que el aval se rige por la ley del lugar en que se presta.

Perú y asistieron representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Cuba, Ecuador y Perú. El Congreso fue dominado por la discusión entre domicilio y nacionalidad, siendo este último punto de conexión defendido por Arenas. El Congreso elaboró un tratado de sesenta artículos, que sólo Perú ratificó (véase: SIQUEIROS, ob. cit., p. 235).

¹⁷⁸ GARRO, Alejandro M., *Armonización y unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 22, México, 1993, p. 225.

¹⁷⁹ Ídem nota anterior, p. 225.

2. *Convención de Ginebra destinada a reglar algunos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden*

Esta Convención es producto de la Tercera Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Cambiario que se reunió en Ginebra el 13 de mayo de 1930 convocada por la Sociedad de las Naciones. Actuó bajo la presidencia del jurista holandés Lindburg y contó con la participación de representantes de treinta y un Estados y delegados de Estados Unidos de América, quienes intervinieron como observadores. Asimismo, asistieron con carácter consultivo la Cámara de Comercio Internacional y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. La Conferencia se desarrolló en treinta y cinco sesiones finalizando su labor el 7 de junio de 1930¹⁸⁰.

La Conferencia aprobó tres convenciones: (i) Convención relativa a la ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés a la orden; (ii) Convención a reglar algunos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden; (iii) Convención relativa al derecho de timbre en materia de letras de cambio y de pagarés a la orden.

La Conferencia de Ginebra tuvo vital trascendencia para el Derecho Cambiario del siglo XX, convirtiéndose “en un eslabón decisivo para la unificación cambiaria”¹⁸¹.

De las tres convenciones precedentemente citadas, la que nos interesa ocupar en este trabajo es la referida a los conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés a la orden. Esta Convención no fue ratificada por nuestro país y según Bergel y Paolantonio: “representa para el Derecho Internacional Privado Cambiario la culminación del proceso de unificación en la materia, al modo de la LUG respecto del Derecho material”¹⁸².

En relación con la capacidad para obligarse por letra de cambio y pagaré a la orden se determina por la ley nacional. Agregándose que si esta ley nacional declara aplicable la ley de otro Estado, se aplica esta última. Sin embargo, la persona incapaz queda obligada si firmó en el territorio del país cuya ley lo declara capaz (art. 2º). Con esto

¹⁸⁰ ARAYA, ob. cit., ps. 278 y 279.

¹⁸¹ ESCUTI, ob. cit., p. 25.

¹⁸² BERGEL y PAOLANTONIO, ob. cit., p. 363.

último se consagra la teoría del *favor negotii*, otorgándose validez a los actos celebrados en un lugar con la capacidad establecida por la ley del mismo, aun cuando no se tenga capacidad por la ley personal (nacionalidad o domicilio). Respecto a la forma se aplica la ley del lugar de la celebración (art. 3°).

En materia de aceptación, se diferencia de lo estatuido por el Tratado de Montevideo, donde aquélla se rige por la ley del lugar en que el acto ha sido efectuado. En la Convención de Ginebra se rige por la ley del lugar de pago de la obligación (art. 4°). Los plazos para el ejercicio de la acción de regreso se determinan por la ley del lugar de creación del título (art. 5°). También la ley del lugar de creación es la que determina si el portador adquiere el crédito (art. 6°). La ley del lugar de pago determina la posibilidad de efectuar un pago parcial (art. 7°). La ley del lugar en que el protesto se debe formalizar rige las formas y plazos de aquél (art. 8°). La pérdida o robo del título se rigen por la ley del lugar de pago (art. 9°).

3. *Convención sobre letras de cambio y pagarés internacionales de la CNUDMI*

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), conocida como Uncitral en su sigla en inglés, fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1966 a través de la resolución 2205. El objetivo de dicha comisión es fomentar la armonización y la unificación progresivas del Derecho Mercantil Internacional. La CNUDMI es el principal órgano jurídico del sistema de Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional¹⁸³.

¹⁸³ ESPLUGUES MOTA, Carlos, *Estructura institucional del comercio internacional*, en *Derecho del Comercio Internacional. Mercosur-Unión Europea*, coord. por Carlos Esplugues Mota y Daniel Hargain, Reus-B. de F., Madrid-Montevideo, 2005, p. 3; ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Uncitral hoy: la agenda de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2010-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 475; SCOTTI, Luciana B., *El rol de los organismos internacionales en la armonización del Derecho Internacional Privado*, en *Programa de Derecho Internacional. Centro Argentino de Estudios Internacionales*, en www.caei.com.ar; OVIEDO ALBÁN, Jorge, *Informe sobre la situación de los tratados y leyes modelos de la Comisión de Naciones*

La Comisión ha establecido seis grupos de trabajo que se encargan de la labor preparatoria sustantiva sobre los temas del programa de trabajo de la Comisión. Cada uno de los grupos está integrado por todos los Estados miembros de ésta.

En el ámbito de Uncitral se elaboró la Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales que fue aprobada por resolución de la Asamblea General del 9 de diciembre de 1988¹⁸⁴. Al respecto se indica que “es el primer documento de Derecho uniforme universal en la historia de la letra de cambio y del pagaré, elaborado por representantes de todos los sistemas jurídicos del globo”¹⁸⁵, agregándose que “es de hacerse notar que el proyecto logró conciliar las diferencias entre los países inspirados en el sistema cambiario germánico, originado en Europa Continental y que se suele designar como sistema de Ginebra y los países del *common law*”¹⁸⁶. En sentido similar, se expresa que “refleja la intención que se tuvo de apartarse lo menos posible de los dos principales regímenes jurídicos existentes y de mantener, en la medida de lo posible, las reglas en las que coinciden ambos regímenes”¹⁸⁷. Asimismo, se expresa que “se trata de un trabajo valioso y serio que concreta significativo avance”¹⁸⁸. En cuanto a su objeto se señala que reside en “eliminar las principales disparidades e incertidumbres que actualmente existen en relación con los títulos valores utilizados en los pagos internacionales”¹⁸⁹.

En la actualidad, la citada Convención no se encuentra en vigor

Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, N° 5, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 663.

¹⁸⁴ Para un detallado análisis de la misma puede verse: ARAYA, ob. cit., ps. 302 y ss.

¹⁸⁵ ABASCAL ZAMORA, José María, *Letra de cambio y pagaré internacionales. Por fin una reglamentación uniforme*, en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, p. 9.

¹⁸⁶ Ídem nota anterior, p. 9.

¹⁸⁷ LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, *La metamorfosis de la aceptación cambiaria desde el régimen estatutario hasta la reglamentación internacional uniforme*, en *Revista de Derecho Privado*, N° 18-20, Universidad Nacional Autónoma de México, México, septiembre de 2007, agosto de 2008, p. 13.

¹⁸⁸ ARAYA, ob. cit., p. 318.

¹⁸⁹ WEINBERG, *Derecho...*, cit., p. 301.

en razón de que no se han dado los depósitos de los diez instrumentos necesarios para que ello ocurra¹⁹⁰.

En este caso no se busca una solución al conflicto de leyes a través de normas indirectas sino que se procura brindar una respuesta a la internacionalidad de los títulos de créditos a través de la adopción de una normativa material¹⁹¹.

Entre sus disposiciones cabe indicar las siguientes. El artículo 1º señala que se aplica a la letra de cambio y al pagaré internacional, excluyéndose de manera expresa al cheque. En el artículo 3º se estatuye una regla general de interpretación indicándose que en la interpretación de la Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en las operaciones internacionales. Se consagra así una regla de interpretación clásica en los instrumentos de Derecho uniforme¹⁹². El artículo 5º contiene la calificación de diversos términos vinculados a los títulos de crédito, lo que implica un acercamiento al sistema anglosajón. Los artículos 10 y 11 tratan de la forma en que puede librarse la letra. El artículo 12 se refiere al modo de completar un título incompleto. En el artículo 14 se establece el lugar donde debe colocarse el endoso y sus clases. Asimismo, en el apartado 3 prescribe que “la sola firma de persona distinta del librado constituirá endoso sólo si se ha puesto en el reverso del título”. Esta última parte resuelve el problema de las denominadas firmas va-

¹⁹⁰ De la página oficial de la CNUDMI se extrae a la fecha la siguiente información: La misma fue firmada por Canadá -7-12-89-, Estados Unidos de América -29-6-90- y por la Federación Rusa -30-6-90-. Asimismo, fue ratificada por Gabón -15-12-2004-, Guinea -23-1-91-, Honduras -8-8-2001-, Liberia -16-9-2005- y México -11-9-92- (Consulta: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/payments/1988Convention_bills_status.html, 21-9-2011).

¹⁹¹ BERGEL y PAOLANTONIO, ob. cit., p. 371.

¹⁹² LEYVA SAAVEDRA, José, *El factoring internacional en la Convención de Unidroit*, en *Universitas*, N° 105, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, junio de 2003, p. 553.

La citada regla de interpretación la encontramos en los siguientes instrumentos: art. 4º de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 -CIDIP V-; art. 7.1 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980; art. 7.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional.

gantes¹⁹³ o extravagantes¹⁹⁴, al cual nos hemos referido en un trabajo anterior¹⁹⁵ y que al decir de Fargosi es una cuestión que tiene indudable trascendencia práctica¹⁹⁶. El artículo 42 trata del aval, estableciéndose que puede anotarse en el título o en un suplemento añadido. Esta solución difiere de la que se prescribe en el artículo 33 del decreto-ley 5965/63 que siguiendo al proyecto Yadarola admite el aval por documento separado a condición de que se indique el lugar en que ha sido otorgado. Araya sostiene que la solución de la Convención es la adecuada¹⁹⁷.

Una innovación trascendente que trae esta Convención es la utilización de nuevos títulos valores internacionales de uso facultativo para las partes en las operaciones de comercio internacional (los títulos negociables con tipos de interés variable; los títulos emitidos o pagaderos en unidades de cuenta)¹⁹⁸.

VII. Conclusiones

1. La globalización económica se presenta como un fenómeno de

¹⁹³ GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *El aval en el cheque y una firma "vagante"*, en L. L. 1982-B-291; RODRÍGUEZ, Leonardo G., *La firma vagante en el reverso de un papel de comercio*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 223, LexisNexis, Buenos Aires, marzo/abril de 2007, p. 593.

¹⁹⁴ FARGOSI, Horacio P., *Aval y firmas extravagantes*, en L. L. 136-1519.

¹⁹⁵ GERBAUDO, Germán Esteban, *El valor de la firma extravagante inserta en un papel de comercio*, en *Lex Fori*, julio de 2011, p. 1.

¹⁹⁶ FARGOSI, *Aval y firmas extravagantes* cit.

¹⁹⁷ ARAYA, ob. cit., p. 311.

Este tipo de aval era admitido por el art. 142 del Código de Comercio francés de 1807 y convalidado por la práctica y por la jurisprudencia de ese país (véase BONFATI y GARRONE, ob. cit., p. 413). Con esta solución el Código se apartó de la Ordenanza para el Comercio Terrestre de Luis XIV que establecía que el aval sólo podía otorgarse en el cuerpo de la letra. En nuestro país, la figura del aval en documento separado fue tomada del Código francés e incorporada al art. 680 del Cód. de Comercio de 1889 (véase, FARGOSI, Horacio, *Anotaciones sobre el aval por documento separado [art. 33, decreto ley 5965/63]*, en L. L. 127-1163). Es una figura muy cuestionada, aunque como se señala que al estar previsto expresamente en nuestra ley "cualquier discusión resulta estéril en este sentido" (JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El aval*, en L. L. 2008-F-1302).

¹⁹⁸ WEINBERG, *Derecho...* cit., p. 299; LABARIEGA VILLANUEVA, *La metamorfosis...* cit., p. 13.

innegable importancia en nuestro tiempo que provoca cambios en la vida cotidiana y, que a su vez, genera transformaciones en la forma de ejercer el comercio internacional.

Este proceso genera un debilitamiento de las fronteras de los Estados y lleva a incrementar el comercio internacional, tomando al mundo entero como un único mercado donde se comercian todos los bienes y servicios. En este escenario de mundialización de los negocios crece el predominio de las empresas y decrece el poder de los Estados.

Las mutaciones del escenario económico y de la forma de ejercerse el comercio en la aldea global reclaman transformaciones de los sistemas jurídicos. Es que es indudable que la globalización es el fenómeno que más ha influido en nuestros sistemas jurídicos.

En la actualidad, se observa un retorno a la *lex mercatoria* como una “consecuencia de un extraordinario incremento del comercio mundial”¹⁹⁹. La mundialización del comercio y la multiplicación de los negocios –ya que las naciones, para desarrollarse, saben bien ahora que deben “crecer hacia fuera”– traen como consecuencia el desarrollo de un nuevo Derecho Comercial²⁰⁰. En éste se produce un desplazamiento “desde la empresa a la idea más totalizadora del mercado como centro de constitución económica”²⁰¹.

La globalización de la economía hace necesaria la existencia de normas jurídicas que rijan las transacciones internacionales con independencia de la nacionalidad de las partes²⁰².

2. La letra de cambio nació como un producto de la actividad comercial y con vocación internacional. Cuando se originó en el Me-

¹⁹⁹ GRUN, Ernesto, *Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado*, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 4, 2000/2001, p. 1.

²⁰⁰ ETCHEVERRY, *El Derecho...* cit., p. 1132.

²⁰¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *Lección doctoral de Don Aurelio Menéndez Menéndez*, Doctor Honoris causa por la Universidad Pontificia Comillas y catedrático Emérito de Derecho Mercantil, en www.ipcomillas.es, página visitada el 7-5-2010.

²⁰² ADAME GODDARD, Jorge, *Hacia un concepto internacional de contrato (o la interpretación de la palabra “contrato” en los principios de Unidroit*, en *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Panamericana, México, 1998, p. 15.

dieveo italiano se presentaba como un instrumento creado por los comerciantes a fin de resolver sus necesidades²⁰³. La vocación internacional de la letra de cambio iba asociada a la satisfacción de las necesidades de los comerciantes, dado que la letra permitía superar las dificultades cambiarias que se le presentaban a los comerciantes que operaban en las ferias de la Baja Edad Media. En aquella época las transacciones se complicaban por las diferentes monedas que existían, en donde la moneda de una ciudad no tenía fácil curso en otra. Por otro lado, las dificultades también eran de tipo fáctico en razón de que la moneda metálica, por su peso y volumen, hacía complicado su transporte. Asimismo, el transporte de la moneda se dificultaba ante la inseguridad de los caminos.

La práctica de los comerciantes buscó las soluciones. Éstas se dieron a través de la aparición del cambista que era una persona que recibía en una ciudad una determinada cantidad de monedas y entregaba a cambio un documento que el acreedor llevaba a otra ciudad donde un mandatario o corresponsal de aquél le devolvía el dinero entregado²⁰⁴.

Por su parte, el pagaré constituye el primer documento cambiario, apareciendo aun antes que la letra de cambio, aunque existan diferentes opiniones sobre el lugar de origen como en cuanto a la época exacta de su aparición²⁰⁵. En sus inicios era un instrumento utilizado entre banqueros que con el tiempo se extendió a los comerciantes²⁰⁶.

²⁰³ En los pueblos antiguos como Babilonia, Rodas, Grecia, Fenicia existió un intenso y eficiente tráfico comercial, pero no hay noticias en estas sociedades de la utilización de los títulos de crédito.

²⁰⁴ La figura del cambista es un antecedente de los bancos. El cambista tenía su oficina en los puestos que se les asignaba en las ferias, siendo aquélla muy sencilla dado que consistía en un banco y un tablón que funcionaba como mesa de operaciones. Más tarde estos cambistas se convirtieron en banqueros cuando empezaron a guardar el dinero de otras personas y a otorgar préstamos.

La importancia del cambista para la sociedad de comerciantes del Medioevo italiano se vio reflejada en el famoso óleo del pintor flamenco Quentin Massys, fundador de la escuela de Amberes, conocido como *El cambista y su mujer* de 1514 y que hoy se conserva en el museo del Louvre en París.

²⁰⁵ Véase en especial: GÓMEZ LEO, *Tratado...* cit., p. 2.

²⁰⁶ Véase: GÓMEZ LEO, *Tratado...* cit., p. 3; PÉREZ ARDILA, Gabriel Antonio, *Títulos valores y liquidación de intereses*, Universidad de Medellín, Medellín, 2005, p. 34.

En la actualidad, estos instrumentos vuelven a ganar vocación internacional, estando al servicio de los comerciantes que operan en el mercado global. De esta manera, la utilidad se exhibe en que se presentan como instrumentos que se encuentran al servicio del tráfico comercial internacional permitiendo el cobro y el pago de las operaciones comerciales internacionales.

3. En lo atinente al Derecho Internacional Privado de fuente interna se observa una laguna, dado que al aprobarse el decreto-ley 5965/63 se derogó el artículo 783 del Código de Comercio que contenía el régimen internacional de los títulos de crédito, sin que se dictaran normas en su reemplazo.

Frente a dicha laguna debe recurrirse a la aplicación analógica del Derecho Internacional Privado de fuente convencional. Más precisamente, deben aplicarse las normas contenidas en la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas. En la aplicación analógica estas últimas desplazan a las reglas del Tratado de Montevideo dado que son más nuevas y por lo tanto reflejan una voluntad más novel de nuestro Estado en materia de Derecho Cambiario.

4. Sin perjuicio de la solución que hoy puede encontrarse recurriendo a la analogía, en una futura reforma legislativa, deben establecerse normas adecuadas que regulen los aspectos internacionales de la letra de cambio y del pagaré. En tal sentido, nos parece acertada la regulación que se postula a través del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003.

EL CONTRATO DE SERVICIOS EDUCATIVOS PRIVADOS EN CLAVE CONSTITUCIONAL

por CARLOS A. HERNÁNDEZ¹

SUMARIO: I. Tutela constitucional de los servicios educativos privados. II. El poder de policía estatal en orden a los servicios educativos privados. III. El contrato de servicios educativos privados. 1. Concepto y caracteres. 2. Sujetos de la relación contractual. 3. Modalidades de concertación del contrato. 4. El objeto del negocio. IV. Restricciones a la libertad de contratar de los establecimientos e instituciones educativas privadas. Sobre los denominados derechos de admisión y rematriculación. V. La protección de la confianza de los usuarios de servicios educativos privados. VI. Incumplimiento, información y seguridad en el contrato de prestación de servicios educativos privados. VII. Conclusión.

Resumen

A través del presente trabajo hemos procurado abordar de manera transversal, un eje temático de vital significación como lo constituyen los servicios educativos privados. Intentamos hacerlo desde la perspectiva del Derecho contractual, aunque señalando las interrelaciones con el Derecho Administrativo y Constitucional.

Abstract

Through this article, we intended to tackle in a transversal way, a central theme of significant importance as private educational services. We have tried to do so from the contract law's perspective, but pointing out the relationship with administrative and constitutional law.

¹ Profesor titular asociado de Derecho Civil III (Contratos) y profesor titular de Defensa del Consumidor, Facultad de Derecho (UNR). Asimismo, se desempeña en dicha unidad académica como vicedirector de la carrera de Especialización en Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción.

I. Tutela constitucional de los servicios educativos privados

El Derecho Privado contemporáneo se caracteriza por su estrecha vinculación con el plexo constitucional. Con acierto se ha dicho que el Derecho Privado actual adopta una permanente perspectiva constitucional², y que el Código Civil es sólo una parte del sistema de Derecho Privado que tiene su centro en la Constitución Nacional³.

La cuestión puede reconocerse desde la “teoría general del contrato”, como también desde los “contratos en particular”. Los “servicios educativos privados” constituyen un excelente ejemplo de esto último, en cuanto no es posible abordar su problemática sin considerar las normas constitucionales –incluidos los tratados que revisten esa jerarquía– que reconocen derechos y garantías a favor de los educandos y sus familias, de los educadores y de los establecimientos educativos.

Con el propósito de señalar las directrices constitucionales más relevantes sobre el tema, comenzamos recordando que el artículo 14 de la Constitución Nacional alude al “derecho de aprender”, que se enmarca en el más amplio “derecho a la educación”, al que refieren diferentes pactos internacionales incorporados a nuestra Constitución⁴. El “derecho a la educación” importa, como lo establece la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, favoreciendo la comprensión, la tolerancia, la amistad y la paz entre la Naciones y los diferentes grupos étnicos y religiosos.

El “derecho de enseñar” consagrado también por el artículo 14 de la Constitución Nacional⁵, abre el cauce a la “libertad de enseñanza”

² LORENZETTI, R. L., *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 202.

³ IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 98.

⁴ CIURO CALDANI, Miguel A., *Derecho de la educación*, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, ps. 135 y ss.

⁵ Si bien el artículo 14 de la Constitución Nacional garantiza el “derecho de enseñar”, los alcances de la “libertad de enseñanza” han suscitado encendidas discusiones que se desarrollaron desde finales del siglo XIX y que se plasmaron en diferentes cuerpos normativos. Una buena reseña del régimen jurídico educativo argentino anterior a la Reforma Constitucional de 1994, puede verse en MARTÍNEZ PAZ, F., *La edu-*

a través de la facultad de crear institutos, relativos o no a la “educación formal”. Es de destacar que el “derecho de enseñar” no sólo se pone en cabeza de los establecimientos educativos privados sino también sirve de soporte a la “libertad de cátedra” de los docentes⁶.

Por su parte, la reforma constitucional de 1994 en el artículo 75, inciso 19, afirmó la responsabilidad indelegable del Estado en materia educativa⁷, sin desconocer la iniciativa privada. De tal forma se consolidó el pluralismo educacional⁸, a través de la actuación del Estado y los particulares, lo que supuso: a) Asegurar el servicio en todos los niveles y modalidades, con independencia de la iniciativa privada; b) autorizar, regular, supervisar y controlar los servicios educativos privados⁹.

Del mismo modo, el artículo 42 de la Constitución reformada al consagrar el “principio de defensa de los consumidores y usuarios”, introduce una solución con profundas proyecciones sobre los “servicios educativos privados”. Aunque nos parece que la protección del edu-

cación argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1979. Destaca A. Piaggri que el ingreso de la enseñanza privada por la “puerta grande” se concretó en el Gobierno del Presidente Frondizi; ver *Qué pasó en la educación argentina. Breve historia desde la conquista hasta el presente*, Galerna, Buenos Aires, 2003, ps. 150 y ss.

⁶ SAGÜÉS, N. P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2001, t. 2, p. 518.

⁷ En sintonía con ello, la reciente Ley de Educación Nacional 26.206 afirma que “La educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, garantizados por el Estado” (art. 2°); que “El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias” (art. 4°), y que “El Estado nacional fija la política educativa y controla su cumplimiento con la finalidad de consolidar la unidad nacional, respetando las particularidades provinciales y locales”.

⁸ BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998, t. II, p. 39.

⁹ SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional* cit., p. 214. El artículo 75, inciso 19, al atribuir al Congreso de la Nación la facultad de sancionar leyes de organización de la educación, afirma “la participación de la familia”. En esta línea, el Pacto de San José de Costa Rica reconoce a los padres y tutores el derecho a que sus hijos reciban la educación que esté de acuerdo a sus propias convicciones.

cando desborda las fronteras del “Derecho del Consumidor”, no podemos dejar de admitir la significación de dicho régimen en la construcción de una tutela integral de aquél¹⁰.

Al referido marco constitucional se añade un conjunto de normas que articulan, desarrollan y reglamentan los derechos fundamentales de “enseñar” y “aprender”, entre las que se destacan la Ley de Educación Nacional¹¹ y la Ley de Educación Superior. Ambas disposiciones contienen normas especiales que conciernen a los establecimientos de gestión privada.

Por ello, el estudio de las cuestiones contractuales emergentes de la prestación de servicios educativos por particulares no puede prescindir de este contexto normativo, del que resultan los derechos fundamentales, los valores y los principios que han de respetarse. La autonomía de la voluntad, y por ende, la libertad de contratación encuentran así importantes límites que no pueden ser desconocidos ni desnaturalizados.

II. El poder de policía estatal en orden a los servicios educativos privados

En la economía contemporánea los servicios constituyen un sector dinámico y en expansión. Los servicios informáticos, turísticos, telefónicos, financieros, profesionales, de seguridad, de transporte, entre muchos otros, son muestras elocuentes del fenómeno.

Históricamente el tipo “locación de servicios” constituyó el molde

¹⁰ HERNÁNDEZ, Carlos A., *Reflexiones sobre el Derecho del Consumidor (A propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani)*, en ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (dirs.) y HERNÁNDEZ, Carlos A. (coord.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel A. Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 374.

¹¹ Según la Ley de Educación Nacional: “El Sistema Educativo Nacional es el conjunto organizado de servicios y acciones educativas reguladas por el Estado que posibilitan el ejercicio del derecho a la educación. Lo integran los servicios educativos de gestión estatal y privada, gestión cooperativa y gestión social, de todas las jurisdicciones del país, que abarcan los distintos niveles, ciclos y modalidades de la educación” (art. 14), agregando el artículo 17 que “La estructura del Sistema Educativo Nacional comprende cuatro (4) niveles: la Educación Inicial, la Educación Primaria, la Educación Secundaria y la Educación Superior...”

con el cual se pretendía resolver el universo de cuestiones derivadas de la prestación de actividades con fines de colaboración. Sin embargo, en la actualidad, se observa una marcada tendencia a considerar las peculiaridades de cada “servicio”, atendiendo: a) Al carácter autónomo, dependiente, o profesional del prestador; b) a los matices diferenciales de los destinatarios de los mismos, empresas, usuarios, o subconsumidores¹²; c) a la instantaneidad o duración de la actividad comprometida¹³.

En este contexto, deben ser considerados los servicios educativos privados¹⁴, a los que inicialmente cabe diferenciar de los prestados por el Estado, especialmente en orden a su naturaleza y regulación. Así, la actividad educacional a cargo del Estado está principalmente sometida al régimen del Derecho Administrativo¹⁵, en tanto que los servicios ejecutados por particulares –más allá del poder de policía estatal– conciernen al Derecho Privado. Por ello, se explica que la Ley de Educación Nacional distinga entre “servicios educativos de

¹² La construcción de un régimen integral de los servicios prestados a consumidores es postulada por la prestigiosa jurista brasileña Lima Marques. Su planteo puede verse en: *La propuesta de una teoría general de los servicios con base en el Código de Defensa del Consumidor. La evolución de las obligaciones vinculadas a los servicios remunerados directa o indirectamente*, capítulo de la obra colectiva *Contratos de servicios a los consumidores*, de autoría conjunta con R. Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, ps. 131 y ss.

¹³ LORENZETTI, R. L., *La economía de servicios y los contratos*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 295.

¹⁴ LORENZETTI, R. L., *El objeto y las prestaciones en contratos de larga duración. A propósito de la medicina prepaga, servicios educativos, contratos de suministro y asistencia*, en L. L. 1997-E-1103; HERNÁNDEZ, C. A., *Régimen jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del Derecho contractual*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2005-1, *Contratos de servicios – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 291 y ss., y *El contrato de prestación de servicios educativos privados. Consideraciones sobre el derecho de admisión y las facultades de extinción a favor del establecimiento*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, setiembre de 2007, ps. 49 y ss.

¹⁵ F. A. Trigo Represas y M. López Mesa reconocen que a los fines de la responsabilidad civil consagrada en el nuevo artículo 1117 del Código Civil se abjuró de la distinción entre la docencia pública y privada (*Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. III, p. 264).

gestión estatal y privada” (art. 14), y que lo propio haga la Ley de Educación Superior 24.521, al tratar de forma especial a las “Instituciones Universitarias Privadas”.

La apertura a la enseñanza privada en la Ley de Educación Nacional no impide al legislador establecer que “Los servicios educativos de gestión privada estarán sujetos a la autorización, reconocimiento y supervisión de las autoridades educativas jurisdiccionales correspondientes” (art. 62). Creemos que de esta manera se reafirma el criterio de la mayoría de la doctrina especializada –expresado en el marco de la anterior Ley Federal de Educación– en cuanto consideraba que la actividad de los establecimientos de enseñanza privada no es de índole administrativa, más allá de encontrarse sometida al poder de policía estatal. En tal sentido, se había afirmado, que la categoría de “servicio público impropio” confunde el sometimiento de una actividad a normas de policía administrativa con el régimen de concesión, del cual se diferencia sustancialmente¹⁶.

Del mismo modo, la Ley de Educación Superior delega en el Ministerio de Educación la fiscalización del funcionamiento de las universidades privadas, en el contexto de la autonomía académica e institucional que se les reconoce¹⁷. Es de destacar que el trámite de autorización de quienes pretenden incorporarse al sistema se encuentra rigurosamente previsto.

De lo expuesto resulta que, atento al interés público y social comprometido en la prestación de estos servicios, existe una relación entre la Administración y la institución educativa frente a la cual el Estado

¹⁶ BARRA, R. C., *Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público*, en J. A. 2003-I-375. En el mismo sentido, pueden verse: DE ESTRADA, J. R., *Enseñanza privada y servicio público*, en E. D. 119-954; QUINTANA, E. M., *Educación privada, libertad de enseñanza y los fundamentos del decreto 365/93*, en E. D. 152-936 y ss. La tesis se ha desechado incluso para aquellos casos en los cuales los establecimientos educativos reciban subsidio estatal; al respecto puede verse NAVARRO FLORIA, J. G., *El derecho de admisión de los colegios privados*, en E. D., t. 890.

¹⁷ Si bien la Constitución Nacional sólo reconoce autonomía a las universidades nacionales (art. 75, inc. 19, párr. 3º, *in fine*), la Ley de Educación Superior la extiende a las universidades privadas. Sobre esta cuestión puede verse el interesante aporte de SAGÜÉS, N. P., *Las universidades privadas en la reforma constitucional nacional de 1994*, en L. L. 2000-E-1169.

ejerce su poder de policía dentro de los límites constitucionales¹⁸, la que no debe ser confundida con la vinculación entre los establecimientos educativos o instituciones universitarias, y los educandos y sus representantes, de naturaleza esencialmente privada, aunque sujeta –en mayor o en menor medida– al control estatal dado el carácter de “bien social” que reviste la educación¹⁹.

III. El contrato de servicios educativos privados

Nuestra doctrina y jurisprudencia ha dedicado muy escaso tratamiento al “contrato de prestación de servicios educativos privados” o “contrato de enseñanza”, y en general lo ha hecho sobre cuestiones puntuales de tensión o conflicto²⁰. En cambio, es posible encontrar mayores aportes en materia de responsabilidad civil de los establecimientos educativos²¹.

Es probable que el insuficiente tratamiento de los aspectos con-

¹⁸ Ese poder de policía actúa cuando el establecimiento educativo pretende o cuenta con autorización para funcionar y expedir títulos oficiales. Los establecimientos educativos no autorizados están fuera del marco de injerencia estatal, aunque va de suyo que deberán ser leales en la información que suministran sobre el particular. Ver SEDOFF, M. E., *Régimen jurídico de la educación privada*, Rosario, 1996, p. 57. En el ámbito universitario, la Ley de Educación Superior señala que “Los establecimientos privados cuya creación no hubiere sido autorizada conforme a las normas legales pertinentes no podrán usar denominaciones ni expedir diplomas, títulos o grados de carácter universitario” (art. 68).

¹⁹ Ver art. 2º de la ley 26.206, ya citado en la nota 6.

²⁰ LORENZETTI, *El objeto y las prestaciones en contratos de larga duración. A propósito de la medicina prepaga, servicios educativos, contratos de suministro y asistencia* cit., p. 1103; TARABORRELLI, J. N., *¿El contrato de enseñanza educativa privada constituye una estipulación a favor de tercero?*, en J. A. 2003-I-832, y HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del Derecho contractual* cit., ps. 291 y ss., y *El contrato de prestación de servicios educativos privados. Consideraciones sobre el derecho de admisión y las facultades de extinción a favor del establecimiento* cit., ps. 49 y ss.

²¹ LOIZAGA, E., *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; SAGARNA, F. A., *Responsabilidad civil de los docentes y de los institutos de enseñanza*, Depalma, Buenos Aires, 1994; SEDOFF, *Régimen jurídico de la educación privada* cit.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997*, en L. L. 1998-B-1047 y ss.

tractuales obedezca a las referencias marginales que se asignara al tema en el Código Civil. Recordando las normas de Vélez, nuestros autores citan los artículos 1624 y 4035, incisos 2º y 3º²², los cuales están lejos de alcanzar una cabal regulación.

Ello nos motiva a efectuar una nueva consideración del contrato²³, atendiendo al impacto de las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor y a la Ley de Educación Nacional, al igual que a los debates más recientes de nuestra jurisprudencia.

1. *Concepto y caracteres*

A fin de caracterizar adecuadamente este contrato, resulta indispensable tener en cuenta las particularidades bajo las cuales los servicios vinculados a la enseñanza se desarrollan en la vida cotidiana.

Así, creemos que cuando la doctrina y jurisprudencia refiere a este contrato, está aludiendo a una operación jurídica en la cual los servicios educativos son ofrecidos en un contexto de organización empresarial, lo que excluye de su ámbito a aquellos servicios prestados de manera individual por personas físicas capacitadas en un determinado saber, a las cuales el tipo genérico “locación de servicios” parece resultarles más adecuado²⁴. Es que el contrato que aquí consideramos presupone un contexto de complejidad prestacional, de estabilidad y duración, que difícilmente pueda reconocerse en situaciones como la descripta. La organización empresarial a la que aludimos no debe perseguir necesariamente fines lucrativos.

²² REZZÓNICO, L. M., *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, Buenos Aires, 1969, vol. 2, ps. 622 y ss. No se incluyen aquí las normas referidas al contrato de aprendizaje, del que luego lo diferenciaremos.

²³ Ver HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del Derecho contractual* cit., ps. 291 y ss., y *El contrato de prestación de servicios educativos privados. Consideraciones sobre el derecho de admisión y las facultades de extinción a favor del establecimiento* cit., ps. 49 y ss.

²⁴ En este punto, el artículo 2837 del *Esboço* de Freitas señalaba que “Cuando los maestros o maestras contrataren recibir en su casa discípulos o discípulas, obligándose, mediante un precio en dinero, a enseñarles alguna ciencia, arte u oficio, habrá locación de servicios inmateriales”. Ver *Código Civil*, trad. castellana de García Santos y Roldán, Buenos Aires, 1909, t. 2.

El propio Código Civil, en ocasión de regular la prescripción liberatoria, distingue el crédito a favor de un “establecimiento escolar” (colegio) de aquel que resulta de la prestación de servicios de “maestros de ciencias y artes” (art. 4035, incs. 2º y 3º). Dicha postura se ha cuestionado al entender que no existen razones suficientes para diferenciar la enseñanza impartida en un colegio o la brindada de modo particular²⁵. La crítica no nos parece razonable por cuanto ambos contratos presentan importantes diferencias, no sólo en su naturaleza sino también a la hora de juzgar la responsabilidad por los daños sufridos por los educandos.

No es indispensable que el “contrato de enseñanza” refiera a los ciclos y contenidos de la educación formal²⁶, bastando que revista las notas destacadas anteriormente. La propia Ley de Educación Nacional refiere a la educación no formal y al resguardo de los derechos de los usuarios de tales servicios. No desconocemos, sin embargo, que en la enseñanza formal el contrato evidencia rasgos de mayor complejidad.

El “contrato de prestación de servicios educativos privados” no puede confundirse con el “contrato de aprendizaje”, aun cuando debe reconocerse la relación existente entre ambos. Cabe tener presente que la segunda parte del artículo 1624 del Código Civil establece que “Serán también juzgadas por las disposiciones especiales, las relaciones entre los artesanos y los aprendices...” Esa especialidad hoy resulta atrapada por la normativa laboral.

En este marco, entendemos que el “contrato de prestación de servicios educativos privados” o “contrato de enseñanza” se configura cuando una parte denominada “establecimiento o institución no estatal” se obliga a desarrollar en un contexto de organización empresarial,

²⁵ BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1983, t. II, p. 403, nota Nº 1825.

²⁶ Es que con motivo de la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 1117 del Código Civil –reformado por la ley 24.830–, la doctrina discute si por establecimiento educativo sólo debe comprenderse a aquellos que imparten los ciclos educativos previstos en la Ley de Educación, o también a todos los que se brindan en un contexto de organización y control, dejándose claramente fuera de su alcance a los maestros particulares. Sobre la cuestión ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997* cit., ps. 1057 y ss.

procesos de enseñanza-aprendizaje, y la otra, individualizada como “educando” u “obligado”, a colaborar en su ejecución, asumiendo o no el pago de una suma de dinero por ellos²⁷.

A partir de la definición propuesta es posible reconocer los siguientes caracteres:

1) Será generalmente oneroso, ya que en la mayoría de los casos el establecimiento educativo percibe una retribución, aunque no puede desconocerse que en ocasiones el servicio es prestado gratuitamente. Una situación especial se presenta cuando se brinda un servicio gratuito por un establecimiento que recibe subsidio estatal. En tal caso la gratuidad no se ve afectada, toda vez que no se trata estrictamente de una retribución, la que por otra parte es prestada por un tercero ajeno a las partes.

2) En conexión con lo dicho, podrá ser unilateral o bilateral. Sin embargo, es necesario aclarar que aún siendo gratuito, el educando y/o sus representantes asumen deberes de colaboración indispensables para la adecuada ejecución de las prestaciones a cargo del establecimiento educativo²⁸.

3) Es no formal, sujeto por tanto al principio de libertad de formas (art. 973 del Cód. Civ.).

4) Es atípico, porque conforme lo hemos dicho, desborda las fronteras de la locación de servicios, no pudiendo ser encuadrado dentro de ninguna de las figuras tipificadas²⁹. No desconocemos que algunos autores se han expedido en sentido contrario, sea por considerarlo locación de servicios³⁰ o locación de obra³¹. Como luego veremos al

²⁷ HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del Derecho contractual* cit., ps. 300 y ss., y *El contrato de prestación de servicios educativos privados. Consideraciones sobre el derecho de admisión y las facultades de extinción a favor del establecimiento* cit., ps. 52 y ss.

²⁸ Fundamentos del proyecto del diputado Mathov para la reforma de los artículos 114 y 1117, Cód. Civ., en *Antecedentes Parlamentarios*, 1997-B-1643, nota N° 79.

²⁹ Así lo reconoce pacíficamente nuestra jurisprudencia. Entre muchos otros fallos puede verse la causa CCom. de Tucumán, sala 1, 12-9-2003, “Bestani, María c/ Colegio del Sagrado Corazón (Padres Lourdistas)”, inédito.

³⁰ SEDOFF, *Régimen jurídico de la educación privada* cit., p. 56.

³¹ LOIZAGA, *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos* cit., p. 35.

abordar el objeto, nos parece que el “contrato de servicios educativos privados” no se reduce a una mera prestación de actividad sino que compromete una prestación principal, aunque articulada con prestaciones accesorias y deberes anexos, definitorios a la hora de precisar la naturaleza del contrato. De cierta manera, la idea es coherente con la existencia de organización empresarial a la que aludimos en los párrafos precedentes.

Por lo dicho, no se trata de un contrato atípico puro sino de un contrato que presenta puntos en común con otras figuras típicas, lo que permite ubicarlo dentro del ámbito de los contratos atípicos mixtos³². De ese modo, las normas de la locación de servicios, de la locación de obra, del depósito, entre otros, pueden resultar de interés a fin de integrar lagunas normativas.

La atipicidad también se ve mitigada atento a la posibilidad de recurrir a las normas del “estatuto de defensa del consumidor”. El contrato de “prestaciones de servicios educativos privados” ingresa dentro de la categoría de los “contratos de consumo”³³, ya que en la mayoría de los casos se darán los presupuestos de subsunción previstos por la ley 24.240³⁴. Es que el establecimiento es un proveedor en los términos del artículo 2º de la Ley de Defensa del Consumidor, y el educando y sus representantes, usuarios y consumidores respectivamente. Decimos que el educando es “usuario”, ya que generalmente

³² TARABORRELLI, *¿El contrato de enseñanza educativa privada constituye una estipulación a favor de tercero?* cit., p. 836.

³³ En concordancia con esta afirmación, la autoridad nacional de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor ha dictado diferentes resoluciones sobre la materia. Por su parte, la ley 26.361 de reforma a la ley 24.240 reafirma tal interpretación toda vez que para que pueda aplicarse el estatuto de defensa del consumidor es necesario que exista una “relación de consumo”, la que es definida en el nuevo artículo 3º como “...el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”. Ver HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., *Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual*, en Supl. esp. de J. A. del 28-5-2008, *Régimen de defensa del consumidor. Análisis de su reforma*, p. 5.

³⁴ La gratuidad del servicio generalmente supondrá la exclusión del microsistema de defensa del consumidor. Sólo frente a una gratuidad “aparente” podrá aplicarse el citado estatuto.

recibirá los beneficios del contrato sin ser parte del mismo, en tanto que sus representantes revestirán la calidad de consumidores contratantes.

Como “usuario”, el educando es un sujeto particularmente débil, susceptible de ser considerado “subconsumidor”. Sobre el tema, recordamos la opinión de Lorenzetti, quien sostiene que el principio protectorio se acentúa en los casos que se presenta una vulnerabilidad más grave, como la de los menores, los ancianos y los analfabetos³⁵.

5) Es un contrato de ejecución continuada. La duración, sin embargo, presenta matices de conflicto, en particular con la llamada re-matriculación que consideraremos detenidamente más adelante.

6) Desde la perspectiva económico-social, el “contrato de prestación de servicios educativos privados” es un típico contrato de colaboración³⁶.

2. *Sujetos de la relación contractual*

Según el artículo 63 de la ley 26.206 tendrán derecho a prestar los servicios de gestión privada “...la Iglesia Católica, las confesiones religiosas inscriptas en el Registro Nacional de Cultos; las sociedades, cooperativas, organizaciones sociales, sindicatos, asociaciones, fundaciones y empresas con personería jurídica y las personas físicas”. La amplitud resulta manifiesta.

Por su parte, la consideración del tomador de los servicios educativos requiere de algunas diferenciaciones. Así, cuando el propio educando es quien perfecciona el contrato por ser mayor de edad, fenómeno usual en la enseñanza superior, sea o no universitaria, la situación no presenta mayores dificultades. En cambio, los contratos con fines de enseñanza que persiguen la formación de menores de edad suscitan algunos interrogantes sobre los que nuestra doctrina no es uniforme.

³⁵ LORENZETTI, R. L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 90. Ver también nuestro trabajo: HERNÁNDEZ, *Reflexiones sobre el Derecho del Consumidor (A propósito de algunos aportes del Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani)*, en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel A. Ciuro Caldani* cit., p. 374.

³⁶ LORENZETTI, R. L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 240.

Algunos autores entienden que el contrato de enseñanza es celebrado por los padres, por sí y en representación del menor³⁷. Otros distinguen de acuerdo al origen de los fondos con los cuales se celebra el contrato³⁸. Por último, hay quienes afirman –en criterio que compartimos– que en el ámbito de la contratación en interés del hijo menor es necesario distinguir: a) Los contratos en los cuales se actúa sobre bienes del menor (v. gr., compraventa, locación, etc.), en cuyo supuesto los padres obran como representantes; b) los contratos que los progenitores celebran en cumplimiento de las obligaciones legales emergentes de la patria potestad (v. gr., prestación de servicios educativos privados), en los cuales “...no puede sostenerse que los padres actúan como representantes, pues a través de esos negocios, están cumpliendo con deberes que les son propios”³⁹.

Desde esta última perspectiva la relación contractual puede explicarse como “estipulación a favor de tercero”, en la cual “estipulan” los progenitores o representantes, el “promitente” es el establecimiento educativo y el “beneficiario” es el educando⁴⁰. Este último será, por tanto, un tercero interesado a quien en tal condición le alcanzarán los efectos del contrato. La estipulación no adquiere carácter autónomo, sino que resulta del mismo negocio concertado y la “adhesión perfeccionante”⁴¹ surge implícitamente de la participación del progenitor-representante en dicho acto.

No puede pasarse por alto que con motivo del perfeccionamiento del “contrato de enseñanza” los padres o representantes no pueden desconocer la voluntad del menor en cuanto a la facultad de orientar

³⁷ LOIZAGA, *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos* cit., p. 43.

³⁸ TARABORRELLI, *¿El contrato de enseñanza educativa privada constituye una estipulación a favor de tercero?* cit., p. 838. En este contexto se afirma que cuando los padres contratan con dinero proveniente del patrimonio del hijo menor, el contrato sería celebrado en nombre y representación legal de aquél. No compartimos el criterio ya que si el menor cuenta con patrimonio, el mismo está gravado con un usufructo legal en beneficio de los padres (art. 287 del Cód. Civ.).

³⁹ BOSSERT, G., *Contratos en interés del hijo menor*, en L. L. 1991-B-774.

⁴⁰ Ídem nota anterior, p. 774. Asimismo, AGOGLIA, M. M.; BORAGINA, J. C. y MEZA, J. A., *Responsabilidad de los directores de colegio*, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 613.

⁴¹ LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general* cit., p. 502.

su formación, en particular, después de haber adquirido discernimiento en los términos del artículo 921 del Código Civil⁴². La conclusión puede inferirse de diferentes disposiciones legales y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

3. *Modalidades de concertación del contrato*

Resulta frecuente que en los contratos de prestación de servicios educativos privados se acceda al consentimiento sin negociación previa, mediante el esquema de predisposición-adhesión⁴³.

En ocasiones, aprovechando esta modalidad de concertación, los instrumentos de formalización reenvían a otros documentos, generalmente reglamentos, a los que el adherente no tiene acceso efectivo. Estas prácticas importan una violación al “deber de información”, que la “buena fe” y la Ley de Defensa del Consumidor imponen.

Además, la prerredacción facilita la incorporación de cláusulas abusivas⁴⁴, cuya eficacia se encuentra comprometida por las soluciones normativas antes citadas.

La limitación de libertades del adherente se acentúa cuando periódicamente se “renueva” una relación contractual iniciada en años anteriores. Constituye una “práctica” bastante extendida la renovación anual de los contratos, especialmente los relativos a los establecimientos de enseñanza de los ciclos iniciales de la educación formal, sustentada en cláusulas contractuales prerredactadas. En este contexto se va generando una situación de “cautividad” de la cual el adherente difícilmente puede sustraerse⁴⁵. Más allá de las valoraciones que oportuna-

⁴² D’ANTONIO, D. H., en D’ANTONIO, D. H.; MOSSET ITURRASPE, J. y NOVELLINO, N. J., *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 152.

⁴³ TARABORRELLI, *¿El contrato de enseñanza educativa privada constituye una estipulación a favor de tercero?* cit., p. 835.

⁴⁴ Un recorrido por algunos contratos nos permite citar como ejemplos las cláusulas que sujetan la interpretación del contrato al entendimiento que efectúe el establecimiento escolar; las que imponen la “abstención” de los padres de participar en forma personal o colegiada (asociaciones de padres) en los aspectos técnicos y administrativos de la escuela; las prórrogas de competencia, etc.

⁴⁵ LORENZETTI, R. L., *Contratos y deberes secundarios de conducta: La libre elección*, en L. L. 1998-B-1004 y ss.

mente haremos sobre esta supuesta “renovación”, conocida vulgarmente como “rematriculación”, pensamos que tal situación puede ser cuestionada en sede judicial, con fundamento en los principios generales y en las normas del estatuto de defensa del consumidor.

Otro supuesto conflictivo se verifica cuando se “reserva una vacante”. A esta modalidad se recurre habitualmente, cuando aún no ha habido pago de la matrícula de ingreso, cuando se registra una deuda anterior o media inexecución de la entrega de la documentación que acredita el cumplimiento de los recaudos formales de acceso. Sobre la misma se ha dicho que “...no es el principio de ejecución del contrato, como [sería] el pago de la matrícula, sino que es solamente una manifestación positiva del derecho de admisión”⁴⁶. En nuestra opinión, no es posible generalizar estos supuestos, afirmando que el contrato no se encuentra perfeccionado. Nos parece que la cuestión merece una consideración diferenciada; así: a) En los contratos que suponen una continuación de un vínculo precedente, el mecanismo de “rematriculación” resulta cuestionable desde que deberá partirse de la premisa opuesta, esto es la subsistencia del contrato. Remitimos al tratamiento especial que efectuaremos infra sobre el tema; b) en los contratos sin relación precedente, los supuestos de no integración de la documentación a aportar por el adherente o la falta de pago de la matrícula sólo podrán facultar al establecimiento a tener por no perfeccionado el contrato cuando resulte inequívoco que el mismo ha informado al adherente la necesidad de integrar los extremos citados, dentro de ciertos plazos. En cambio, pensamos que no podrá escudarse en la supuesta “provisoriedad” de la “reserva de vacante” cuando el establecimiento educativo efectuara la correspondiente inscripción, sin cumplir con el mencionado deber de información. Es que no es suficiente el empleo del término “reserva”, siendo necesaria la voluntad inequívoca y recíproca de condicionar la eficacia del negocio a esos extremos. Estamos convencidos de que la interpretación que proponemos –al priorizar el acceso– armoniza con un adecuado resguardo del “derecho a la educación”.

4. *El objeto del negocio*

Desde una perspectiva general se señala con acierto que el objeto

⁴⁶ SEDOFF, *Régimen jurídico de la educación privada* cit., p. 60.

del contrato “...es un conjunto de reglas convencionales específicas que las partes acuerdan para hacer una operación económica que describen normativamente (obligaciones nucleares, accesorias, deberes colaterales, garantías, cargas)”⁴⁷.

Aplicando el concepto a los contratos de servicios educativos privados vemos que las reglas acordadas por las partes conciernen a las siguientes obligaciones nucleares: brindar la enseñanza comprometida conforme al tipo de educación de que se trata y pagar una suma de dinero⁴⁸.

La primera de ellas suscita una cuestión adicional, en orden a saber si conforma una obligación de “medios” o de “resultado”. Díez-Picazo y Gullón consideran que para calificar a una obligación con uno u otro carácter hay que atender a la circunstancia de que el resultado esté o no al alcance de quien despliega la actividad⁴⁹. Desde esa perspectiva nos parece que el débito del establecimiento educativo en cuanto al efectivo desenvolvimiento del proceso de enseñanza-aprendizaje constituye, sin lugar a dudas, una “obligación de resultados”⁵⁰. Es que la institución educativa debe proveer las condicionales ambientales, curriculares y de personal imprescindibles para cumplir con su obligación. Dejamos fuera de su contenido al éxito del referido proceso de enseñanza-aprendizaje, toda vez que lo contrario importaría poner

⁴⁷ LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general* cit., p. 378.

⁴⁸ El artículo 63 de la Ley de Educación Nacional establece que “...Estos agentes tendrán los siguientes derechos y obligaciones: a) Derechos: crear, administrar y sostener establecimientos educativos; matricular, evaluar y emitir certificados y títulos con validez nacional; nombrar y promover a su personal directivo, docente, administrativo y auxiliar; formular planes y programas de estudio; aprobar el proyecto educativo institucional de acuerdo con su ideario y participar del planeamiento educativo; b) Obligaciones: Cumplir con la normativa y los lineamientos de la política educativa nacional y jurisdiccional; ofrecer servicios educativos que respondan a necesidades de la comunidad; brindar toda la información necesaria para la supervisión pedagógica y el control contable y laboral por parte del Estado”.

⁴⁹ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2001, vol. II, p. 135.

⁵⁰ Loizaga comienza calificando a la obligación como de “medios”, aunque luego señala que “...a los efectos de poder brindar educación el propietario debe cumplir con algunas obligaciones de resultado”, en *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos* cit., p. 87.

a cargo de la institución educativa condiciones que escapan a su dominio. Por el contrario, algún sector doctrinario ha querido ver también aquí una obligación de resultados. Se enfatiza para ello en la decisión del establecimiento de autorizar que el educando prosiga su educación ingresando al grado o año superior, lo que supondría “...asegurar que la obligación de enseñar se ha cumplido y que el alumno tiene los conocimientos correspondientes al nivel completado”⁵¹. Nos parece que en tal caso se confunde la obligación principal de proveer educación con la prestación accesoria de certificar la adquisición de conocimientos una vez cumplidas las instancias previstas para cada año o ciclo de enseñanza⁵².

Además, se destacan como obligaciones accesorias a cargo del establecimiento educativo –especialmente de los ciclos iniciales de la educación formal–, brindar alojamiento, alimentación y material didáctico –si así se hubiera convenido⁵³–; custodiar los bienes que se le hubieran confiado; disponer de asesoramiento profesional capacitado para contribuir en el proceso de enseñanza-aprendizaje del educando –v. gr., psicopedagogos–, entre muchas otras. Por su parte, dentro de los deberes de conducta resaltan los de “información” y “seguridad”. Ya hemos visto en los puntos anteriores la relevancia del deber de “información” en la etapa formativa del contrato, lo que podríamos extender a los demás tramos del íter contractual⁵⁴. En tal sentido, no puede desconocerse la necesidad de que los establecimientos educativos cuenten con adecuados mecanismos de comunicación acerca de la evolución y desempeño de los educandos, especialmente cuando se trata

⁵¹ Fundamentos del proyecto del diputado Mathov cit., p. 1643, nota N° 79.

⁵² No tener en cuenta la diferenciación trazada importaría admitir que el establecimiento educativo habría de ser responsable por cualquier fracaso del educando en su proceso de enseñanza-aprendizaje, lo que nos parece una generalización inaceptable.

⁵³ Esta modalidad, muy usual en décadas pasadas, hoy ha perdido difusión.

⁵⁴ No sólo el usuario del servicio educativo está interesado en recibir información. En ocasiones, los establecimientos educativos incorporados a la enseñanza oficial están obligados a informar anualmente al Estado sobre algunos aspectos esenciales de estos contratos, en particular, cantidad de cuotas, montos de las mismas, recargos por mora, etc. De tal modo, el Estado puede diseñar políticas públicas en resguardo de los derechos de los consumidores, que al contar con esta información, podrán comparar adecuadamente las diferentes alternativas. Al respecto puede verse la resolución 678/99 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería.

de menores de edad. Lo propio veremos que ocurre con la “seguridad”, que ha llevado a “objetivar” la responsabilidad civil. En cuanto al educando y sus representantes, el deber de “cooperación” resulta esencial; así veremos, en oportunidad de considerar los problemas vinculados a la rematriculación, cómo se ha invocado la falta de colaboración de los padres como justificación de la extinción del contrato.

La complejidad propia del objeto del “contrato de prestación de servicios educativos” nos ha llevado a calificarlo como “atípico”, evitando un encuadramiento lineal y simplista dentro del ámbito de la locación de servicios.

En la delimitación de las obligaciones, prestaciones y deberes a cargo de las partes no puede prescindirse de su condición de “contrato de larga duración”. Si bien, en principio, aquéllas deben mantenerse inalteradas durante la ejecución del contrato, es posible que requieran adecuación a las nuevas exigencias del vínculo, lo que será procedente en la medida que se preserve la equivalencia⁵⁵, y los cambios resulten en ese contexto “razonables”. Se pone de manifiesto, de tal modo, la “flexibilidad” ínsita en todo contrato de duración⁵⁶.

IV. Restricciones a la libertad de contratar de los establecimientos e instituciones educativas privadas. Sobre los denominados derechos de admisión y rematriculación

Aunque el tema de los servicios educativos privados ha sido escasamente abordado por nuestra doctrina, no ocurre lo mismo con el llamado “derecho de admisión”⁵⁷. La cuestión resulta particularmente

⁵⁵ LORENZETTI, *El objeto y las prestaciones en contratos de larga duración. A propósito de la medicina prepaga, servicios educativos, contratos de suministro y asistencia* cit., ps. 1103 y ss. Este autor ejemplifica diciendo que “El colegio no se obliga a mantener los mismos profesores, o el mismo programa, o el equipamiento de computadoras para los alumnos”.

⁵⁶ MACARIO, F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996, ps. 93 y ss.

⁵⁷ SEDOFF, *Régimen jurídico de la educación privada* cit.; BIANCHI, E. T., *El derecho de aprender y la no rematriculación de alumnos*, en E. D. del 2-3-94, ps. 1 y ss.; DE ESTRADA, *Enseñanza privada y servicio público* cit., p. 954; MARTÍNEZ VEGA, M. L., *El derecho de admisión en los colegios privados: ¿Una excepción a*

sensible en el ámbito social, en donde recurrentemente los medios de comunicación instalan el problema, en general, con motivo de algún caso concreto.

En nuestro parecer la cuestión suscita variadas aristas. Así, no puede negarse que el “derecho de admisión” guarda una estrecha vinculación con los derechos constitucionales de “enseñar” y “aprender”. Más aún, podríamos decir que generalmente se presenta una fuerte tensión entre ambos, toda vez que la prerrogativa del educando o su familia de hacer efectivo el derecho de aprender, colisiona con la pretensión del establecimiento o institución de elegir a quién enseñar. Si bien rechazamos la postura de quienes niegan enfáticamente la posibilidad de reconocer una obligación de enseñar, nos parece que su aceptación no puede ser genérica e indiferenciada de las particulares circunstancias del caso.

Es que no es posible confundir el supuesto de quien intenta matricularse por primera vez en un establecimiento educativo, de aquel otro que sólo pretende proseguir los estudios iniciados anteriormente. La primera situación gira en torno al “acceso” al contrato, en tanto que la segunda concierne a la continuidad del servicio educativo. Aunque en ambos casos la “libertad de contratación” está comprometida, la misma requiere consideraciones diferenciadas.

Por ello, resulta criticable que muchos de los planteos doctrinarios efectuados hasta la fecha hayan sustentado el “derecho de admisión” en una férrea concepción de la “autonomía de la voluntad” y sus libertades consiguientes. Nos parece que tal perspectiva no se compadece con los nuevos horizontes del Derecho contractual, que intentan construir respuestas de mayor justicia en clave constitucional.

Antes de tomar postura a partir de las líneas expuestas, nos parece de interés recordar algunos precedentes jurisprudenciales, no siempre concordantes.

Sobre el “derecho de admisión” propiamente dicho⁵⁸, esto es, el

la prohibición de la discriminación o el ejercicio de la libertad contractual?, en L. L. 2003-1461; NAVARRO FLORIA, *El derecho de admisión de los colegios privados* cit., p. 889; QUINTANA, *Educación privada, libertad de enseñanza y los fundamentos del decreto 365/93* cit., ps. 936 y ss.

⁵⁸ Tomamos la expresión de BIANCHI, *El derecho de aprender y la no rematriculación de alumnos* cit., ps. 6 y ss.

caso de quien intenta “acceder” a un establecimiento o institución educativa, el único precedente que hemos podido relevar lo constituye la causa “Eduardo Ricardo Saguier Elía c/Universidad del Salvador”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 14 de marzo de 1969⁵⁹. Se trataba de una acción de amparo que intentaba dejar sin efecto una resolución del rector de la Universidad demandada, quien ratificando la decisión de la Comisión de Admisiones, había denegado el ingreso del accionante con fundamento en expresiones agraviantes vertidas contra el Episcopado, que ya habían dado lugar a su expulsión de la Universidad Católica Argentina. En ese contexto la Corte sostuvo que la medida no carecía de “razonabilidad” desde que era consecuencia de la anterior expulsión. De ese modo, afirmó la procedencia del “derecho de admisión”, aunque al ingresar en la “razonabilidad” de la resolución, evitó reconocer carácter discrecional a la potestad de la institución de elegir educandos⁶⁰. Así, se apartó del criterio del procurador, quien entendía que el tema debía ser resuelto atendiendo a la preferencia –casi absoluta– del “derecho de enseñar” por sobre el “derecho de aprender”⁶¹.

En cambio, sobre el pretendido ejercicio del “derecho de admisión” en ocasión de la “rematriculación” existe un buen número de sentencias. Uno de los primeros precedentes sobre la materia es la causa “Fundación San Martín de Tours”⁶², en donde se señaló que, al ser el vínculo que une a las partes de Derecho Privado “...debe imperar, en principio, la libre elección de los contratantes”. Siguiendo esta postura, en autos “Echegaray Ferrer, Carlos J.”⁶³ se sostuvo que los establecimientos educativos no se comprometen “...a mantener la inscripción

⁵⁹ Fallos: 273:187 y ss.

⁶⁰ G. Bidart Campos, señala que “La selección de quienes aspiran a ingresar queda librada al establecimiento (salvo que la negativa pudiera acreditarse como arbitraria o discriminatoria)”, en *Manual de la Constitución reformada* cit., p. 42.

⁶¹ En uno de los pasajes de su dictamen, el procurador sostuvo que “...no existiendo norma que restrinja a aquellos institutos el derecho de admisión en sus aulas, tal derecho debía prevalecer sobre la libertad que puede asistir al accionante en orden a la elección de sus maestros”.

⁶² CNFed.CAdm., sala IV, 15-9-81, L. L. 1982-B-363 y ss.

⁶³ C3°CCom. de Córdoba, 16-8-83, E. D. 109-498 y ss. El fallo contiene una breve nota del maestro Bidart Campos.

de los alumnos –condicionada o no– durante toda la etapa de enseñanza primaria y secundaria, sin que ello pueda extraerse de haber sido admitidos con anterioridad y haber cursado normalmente otros grados”. Posteriormente, en la causa “Fidel, Luis Samuel y otro c/Instituto Sara Chamberlain de Eccleston” se dijo que “...el ejercicio de la facultad de no inscripción de un alumno no necesita estar fundamentado, pues de esta manera, permitiendo debatir las causas de la no inscripción, se podría llegar a imponer la obligación de enseñar aun cuando no fuese ése el deseo de la parte educadora”⁶⁴. Sin embargo, en otros fallos, se ha cuestionado que pueda reconocerse a la “rematriculación” como un verdadero “derecho de admisión”, considerando que sería más apropiado referir a la facultad de evaluar la permanencia⁶⁵, la que en todo caso debería ser ejercida de buena fe, evitando incurrir en conductas abusivas o antifuncionales⁶⁶.

Debemos destacar que en la causa “Alloi, José L. y otra”, la CSJN (19-12-2000) declaró inadmisibile un recurso extraordinario promovido por un establecimiento educativo que se había negado a rematricular

⁶⁴ CNCiv., sala G, 24-4-89. El caso fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al considerar que la inconstitucionalidad de la resolución 641/81 no había sido debidamente fundamentada. Ver E. D. del 2-3-94, ps. 1 y ss.

⁶⁵ CNCiv., sala C, 5-3-87, “Frigerio, Octavio O. y otros c/Instituto Escolar Goethe”, E. D. 123-102 y ss.

⁶⁶ Así en la causa “L. L. y O. c/Northlands Asoc. Civil de Beneficencia s/Amparo”, se afirmó que “Tratándose en el caso, más que de la admisión de una nueva alumna, de la continuidad de su estudio en el mismo colegio mediante la matriculación para el año siguiente, la facultad de no admisión debe ejercerse de modo que no sea arbitrario o irregular”, elDial – AA109E. Pensamos que en esta línea también puede inscribirse la causa “Romboli, Mónica G. y otro c/Colegio e Instituto San Buenaventura”, fallada el 10-10-2007 por la C3^aCCMPaz y Trib. de Mendoza, en la cual se afirmó que “Debe rechazarse la demanda de daños y perjuicios incoada por los progenitores de un menor que padece una perturbación psíquica, debido a que el establecimiento educativo al cual asistía no renovó el contrato para el ciclo lectivo siguiente, ya que la conducta asumida por el accionado no aparece discriminatoria, segregativa o abusiva, toda vez que han existido motivos serios para así actuar, pues los padres del menor ocultaron la enfermedad psiquiátrica que éste padecía al momento de inscribirlo, la cual exigía una contención y composición especial, y demostraron una total falta de colaboración ante la conducta preocupante del alumno –en el caso, falta de integración social, acoso a una compañera, amenazas de suicidio–, que violó las normas de convivencia del establecimiento”.

a una alumna embarazada, siendo obligado a hacerlo por imperio de una medida cautelar ordenada judicialmente. En su voto, el doctor Boggiano sostuvo con acierto que “...los planteos que formula la apelante con apoyo en la libertad de enseñar y la garantía de propiedad resultan ineficaces para habilitar la instancia de excepción en esta etapa del proceso, pues frente a la colisión de derechos no puede constituir un criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás, tarea ésta que no cabe efectuar en este estadio procesal”.

En un fallo más reciente, pronunciado por la Cámara Civil y Comercial de Junín, también se ponderó el ejercicio del derecho de admisión de un Colegio en ocasión de la rematriculación para el segundo año del ciclo de EGB⁶⁷. En tal caso, el establecimiento educativo se había negado a ello, alegando trastornos de conducta de parte del menor, que se habrían reflejado en dieciocho observaciones disciplinarias notificadas durante el año anterior, que a su criterio expresaban comportamientos inusuales que habían impedido la adecuada integración del educando a la institución. Además, esgrimía la debida antelación con la cual se había comunicado la decisión, que permitió a los padres obtener vacante en otro colegio. Aunque en abstracto pudiera admitirse que tales argumentos podrían justificar tal proceder, la Cámara, apreciando minuciosamente las circunstancias concretas de la causa⁶⁸ —mediante una decisión que hemos valorado como justa en un comentario efectuado sobre la misma—, resolvió lo contrario⁶⁹. Los fundamentos

⁶⁷ “L. M. I. y D. P. M. c/I. C. M”, fallada el 3-7-2007. Puede verse en *R. C. y S.*, set. de 2007, ps. 49 y ss.

⁶⁸ Nos complace observar la responsable labor de muchos de nuestros jueces, quienes con rigurosidad encaran las complejidades intrínsecas de cada caso, conocedores de que la ponderación exhaustiva de sus circunstancias resultan vitales a la hora de construir la solución de mayor justicia.

⁶⁹ HERNÁNDEZ, *El contrato de prestación de servicios educativos privados. Consideraciones sobre el derecho de admisión y las facultades de extinción a favor del establecimiento* cit., ps. 56 y ss. En sentido concordante se ubica el precedente “J. S. en nombre y representación de su hijo menor de edad R. de M.”, fallada el 9-3-2006, del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, en donde se dijo que “Co-

de la sentencia de la Alzada tuvieron en cuenta que: 1) El educando era un discapacitado auditivo, cuya realidad había sido conocida y valorada por el Colegio al admitirlo. 2) Ello implicaba extremar las diligencias del establecimiento a fin de “...desplegar los esfuerzos necesarios para lograr superar las barreras de comunicación”, de conformidad con el estándar suministrado por el artículo 902 del Código Civil. En tal sentido, no sólo quedó acreditado que el establecimiento no contaba con una estructura permanente que atendiera los especiales requerimientos del menor sino que tampoco adoptó medidas de inclusión concretadas en casos similares y a las que se había obligado, evidenciando con ello un proceder que no se encontraba a la altura del compromiso inicial contraído. 3) La ausencia de riesgos ciertos y mensurables para los demás educandos, toda vez que ninguna de las inconductas comunicadas por el Colegio importaron situaciones que demostraran afectación a la integridad física o psicológica de sus compañeros de curso.

Para tomar partido sobre este intenso debate del que da cuenta el derecho vivo, consideramos necesario comenzar precisando los conceptos.

Como ya lo adelantamos, nos parece impropio hablar genéricamente de un “derecho de admisión”, dado que sólo puede ejercerse esa facultad ante quien no se encuentra incorporado a la institución educativa. En ese entendimiento, la práctica de la contratación anual de los servicios, que se apoya en una cláusula que persigue la reserva del pretendido “derecho de admisión”, resulta abusiva por ser irrazonable⁷⁰, pues falsea

responde hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada en una acción de amparo por la madre de un menor, a quien no se lo autoriza a matricularse en el colegio en donde cursó el año anterior –en el caso, le impusieron amonestaciones, quedó como alumno libre y luego de haber rendido libre todas las materias, el colegio no le permitía su matriculación–, pues encontrándose prima facie comprometido el libre acceso a la educación de un menor de edad debe analizarse con un criterio amplio la medida, debiendo anteponerse el derecho legítimo de aprender, al de admisión del establecimiento educativo, máxime cuando este último es ejercido abusivamente invocando para ello cuestiones meramente formales o cuando no encubren un motivo justificado o contrarían actos propios”, L. L. B. A. 2006-1234.

⁷⁰ HERNÁNDEZ, Carlos A., *El principio de razonabilidad como manifestación del Derecho contractual de la postmodernidad*, en prensa, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (UCA)*.

la realidad a fin de “desnaturalizar el contrato”⁷¹. Adviértase que los padres que eligen un establecimiento escolar lo hacen con el convencimiento de que –salvo situaciones excepcionales– su hijo transitará allí todas las etapas de los ciclos educativos. Y lo mismo sucede con la institución, que proyecta en sus educandos su propia historia.

Lo expuesto no quiere decir que en tal caso el establecimiento no pueda extinguir el contrato, pero parece razonable que deba motivar su decisión. En ocasiones, la causa podrá ser invocada como pretensión resolutoria, tal como ocurriría si se fundara en falta de ejecución a las obligaciones del contrato (v. gr., falta de pago del arancel)⁷², o al deber de “colaboración” que pesa sobre los representantes⁷³ o el

⁷¹ No desconocemos que esa práctica ha intentado validarse mediante una antigua resolución del Ministerio de Educación (641/81), cuyo art. 137 dispone que “Los institutos se reservan el derecho de admisión. Este derecho sólo podrá ejercerse al comienzo de cada período lectivo y en referencia a la posible matriculación de alumnos”. Ciertamente que esa norma debe ser interpretada dentro del contexto normativo actualmente vigente, atendiendo a las reformas incorporadas a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 y al sentido de la reciente reforma a la Ley de Defensa del Consumidor (ley 26.361).

⁷² Una situación conexa se presenta cuando el establecimiento pretende retener a quien ha cumplido con las exigencias académicas los certificados o diplomas como consecuencia de la falta de pago de la matrícula, pretendiendo el ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual. En un interesante caso fallado por la Sala Octava de la Corte Constitucional de Colombia se sostuvo que la expedición de certificados escolares solicitados por la actora constituyen “...un deber del colegio, que no puede retener so pretexto de que no se le hayan cancelado las sumas correspondientes a la pensión, teniendo a su disposición las acciones judiciales de índole civil...” (“María Ismelda Ardila Cardona c/Colegio Panamericano Colombo-Sueco”, 12-12-95).

⁷³ Sobre la falta de colaboración o discrepancias de los padres con las autoridades del establecimiento educativo, pueden verse los criterios contrastantes de los fallos “Frigerio, Octavio O. y otros c/Instituto Escolar Goethe” y “L. L. y O. c/Northlands Asoc. Civil de Beneficencia s/Amparo” cit. Un argumento para entender que las desavenencias entre la institución y los padres autorizaría legítimamente a extinguir el contrato, lo es el hecho de que la vinculación contractual –al menos en los ciclos iniciales de la educación formal– es entre ellos. Por tanto, no habría una extinción operada por causas imputables a terceros, sino la quiebra de la relación entre las propias partes contratantes. Al respecto ver dictamen fiscal en autos “Toloza, Juan Carlos y otro c/Instituto Elisa Harilaos s/Amparo”, del 6-11-2001 (inédito). Una situación similar se daría ante el incumplimiento de los aranceles pactados.

propio educando⁷⁴. En otras, vendrá a legitimar la denuncia del contrato⁷⁵, dando cuenta de las razones por las cuales se entiende que la preservación del vínculo afectará a ambas partes (v. gr., la conducta grave del educando observada durante el desarrollo del ciclo anterior, su rendimiento académico, la inadecuada integración del menor a su grupo de estudio o de los padres a la propia comunidad educativa). En este último supuesto, se trata de aplicar los límites que nuestra doctrina y jurisprudencia ha impuesto a la “denuncia” en el ámbito de los contratos de duración⁷⁶, sustentados en la noción de “colaboración” recíproca y permanente⁷⁷.

Nuestra postura intenta conjugar con mayor corrección la realidad del negocio con los valores y principios comprometidos. Persigue también un grado de coherencia con las soluciones constitucionales que amparan el “derecho a la educación”, especialmente de los niños y adolescentes.

De este modo, el “derecho de admisión” queda circunscripto al supuesto en el cual el educando pretende ingresar a la institución educativa. La figura logra coherencia jurídica; también gramatical, ya

⁷⁴ La cuestión se vincula con el poder disciplinario, toda vez que el educando debe ajustarse al régimen jurídico interno del establecimiento educativo. La jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha reconocido las facultades disciplinarias de los establecimientos, dentro de los límites que imponen los principios de legalidad y razonabilidad. Al respecto ver “Eduardo Ricardo Saguier c/Pontificia Universidad Católica Argentina”, del 13-9-68.

⁷⁵ Es que bajo la práctica de renovación anual de estos contratos se esconde una facultad extintiva discrecional. Sobre el particular, no debe olvidarse que en el ámbito de los “contratos de duración” la extinción incausada no siempre resulta legítima. Así, en la contratación empresaria (v. gr., distribución) se ha juzgado que la buena fe impone preaviso y concesión de un plazo de amortización. Esta misma línea de razonamiento nos lleva a pensar que en los “contratos de prestación de servicios educativos privados”, la extinción deberá ser siempre causada, tempestiva, esto es, al inicio de cada ciclo lectivo, además de justificada en el interés recíproco de las partes. Para una consideración general del problema puede verse LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general* cit., p. 731.

⁷⁶ HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del Derecho contractual* cit., ps. 312 y ss.

⁷⁷ De este modo se distinguen las causales de resolución y rescisión, lo que no resulta una tarea sencilla en los contratos de duración; al respecto ver LORENZETTI, R. L., *Tratado de los contratos*, Rubinza-Cuzoni, Santa Fe, 1999, t. I., p. 540.

que “admitir” significa “permitir entrar”, esto es, ingresar a quien está fuera⁷⁸. Esta postura no nos impide discrepar con quienes entienden que tal derecho es absoluto⁷⁹. El encuadre constitucional que oportunamente describiéramos constituye una fuerte restricción para planteos de esa naturaleza⁸⁰.

Este criterio parece abrirse paso en la doctrina⁸¹.

También armoniza con la reciente Ley de Educación Nacional cuyo artículo 11 dispone que dentro de los fines y objetivos de la política educativa nacional está garantizar “...el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo” (inc. h).

En síntesis, pensamos que ambas facultades –la de extinción del vínculo vigente y la de admisión– están igualmente condicionadas en su ejercicio, cuya legitimidad deberá ser apreciada en cada caso a la luz de las normas fundamentales, los principios informadores del Derecho Privado y conforme a las circunstancias de cada caso.

V. La protección de la confianza de los usuarios de servicios educativos privados

Sabemos que el recurso a la publicidad constituye una eficaz e

⁷⁸ En la causa “L. M. I. y D. P. M. c/I. C. M”, citada en la nota 67, se siguió nuestra postura y se dijo que “...no es posible confundir el supuesto de quien intenta matricularse por primera vez en un establecimiento educativo, de aquel otro que sólo pretende proseguir los estudios iniciados anteriormente. La primera situación gira en torno al ‘acceso’ al contrato, en tanto que la segunda concierne a la continuidad del servicio educativo”.

⁷⁹ Por ejemplo, Navarro Floria señala que “Si se trata de la matriculación inicial en un ciclo lectivo, puede ejercerse con máxima discrecionalidad”, en *El derecho de admisión de los colegios privados* cit., p. 895.

⁸⁰ Incluso normas de jerarquía infraconstitucional parecen abonar nuestro planteo. Así el decreto del PEN 365/93, relativo a los aranceles de los institutos privados de enseñanza, refiere a la duración plurianual de los contratos, lo que se condice con la organización de la educación en “ciclos” según la ley 24.195.

⁸¹ Recuerda Martínez Vega en el trabajo antes citado que “El derecho de admisión no es el derecho a discriminar; la tesis de la igualdad de trato en igualdad de condiciones se complementa con la tesis de la razonabilidad en la selección de esas condiciones”, en ob. cit.

imprescindible herramienta a fin de ingresar con éxito a un determinado mercado⁸². La cada vez más creciente “comercialización” de la educación ha hecho que las instituciones educativas recurran con frecuencia a la publicidad, como forma de lograr presencia e inserción social y promoción de sus servicios⁸³.

Si bien todo mensaje publicitario debe estar desprovisto de ilicitud, evitando inducir a los destinatarios a engaños, errores o confusiones sobre las características y bondades de los productos y servicios comercializados –artículos 5º y 9º de la Ley de Lealtad Comercial–, en el ámbito educativo la eticidad de la publicidad debe extremarse. El bien jurídico comprometido así lo exige.

Por ello, no nos sorprende que muchos de los precedentes nacionales y comparados sobre la publicidad ilícita, en particular engañosa por omisión, refieran a contratos educativos. Así, se ha juzgado que es engañosa la publicidad realizada por una universidad privada en la que se ofrecía una reducción del 20% de los aranceles correspondientes a los turnos tarde y noche, sin precisar que dicha reducción alcanzaba únicamente a los alumnos que ingresaban al ciclo introductorio y no a los que debían rematricularse⁸⁴. También que debía repararse el daño causado a quienes habían sido víctimas de un engaño por haberse inscripto y cursado en un profesorado de educación preescolar que prometía la obtención de títulos oficiales pese a carecer de la habilitación para ello⁸⁵. Con criterio similar, una reciente sentencia española

⁸² WEINGARTEN, C., *La confianza en el sistema jurídico*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 2002, p. 78.

⁸³ De tal forma, la publicidad típica se amalgama a la institucional. Para una consideración del concepto de publicidad, ver el excelente trabajo de KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *Publicidad y consumidores*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 5, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 87.

⁸⁴ CNPEcon., sala 3ª, 19-12-90, “Fundación Universidad de Belgrano”, J. A. 1991-II-493.

⁸⁵ El juez de primera instancia, en criterio luego compartido por la Cámara, hizo lugar a la pretensión sosteniendo que “...La incorporación al acuerdo de las cualidades y efectos atribuidos por el empresario a bienes y servicios puestos en el comercio, emitidas por medio de mensajes publicitarios, se impone como una carga del deber de información según los postulados de la buena fe, de manera que no existe lugar para la reticencia u omisión que conspiran dolosamente contra los intereses del receptor (art. 933, Cód. Civ.), situación que en definitiva debe juzgarse de acuerdo con *standars*

condenó a un establecimiento educativo a resarcir el daño moral causado y devolver las matrículas percibidas en base a una publicidad que prometía un título europeo a nivel de ingeniería técnica, con homologación en España, cuando el Ministerio de Educación había notificado a dicha institución la imposibilidad de homologar dichos títulos⁸⁶.

VI. Incumplimiento, información y seguridad en el contrato de prestación de servicios educativos privados

La expansión social de los servicios educativos privados es proporcional al crecimiento de la responsabilidad que se refleja en dicho sector. Las situaciones o supuestos de hecho por los cuales se responde son de las más variadas y guardan relación con la pluralidad de obligaciones –principales y accesorias– y deberes comprometidos en el “contrato de enseñanza”. Por tanto, la determinación del régimen jurídico aplicable queda condicionada al reconocimiento de la infracción producida.

Así, si se trata del incumplimiento de la obligación de brindar enseñanza –o de alguna de sus obligaciones accesorias–, la calificación del contrato como de “consumo” supondrá emplazar la tutela del crédito del “educando” y sus representantes en el marco del artículo 10 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. De tal forma, el cumplimiento forzado, la resolución del contrato sin necesidad de conferir plazo suplementario o la sustitución de una prestación por otra –supuesto de interés en el contrato en estudio cuando media inejecución de una prestación accesoria–, podrán ser vías útiles a las que recurrir.

En cambio, la inejecución de los deberes de conducta vinculados a la obligación principal cuenta con regímenes autónomos. El deber de información, reconocido como derecho fundamental por el artícu-

de conducta que en el caso resultan” (CNCiv., sala G, 7-10-83, autos “Taranto, Gloria c/Berkowicz, Elda”, L. L. 1986-A-56 y ss.).

⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 27-6-2003, autos “Jorge c/Sociedad Francisco de Sales”.

lo 42 de la Constitución Nacional, dispone de una muy exigente protección en la ley 24.240. Lo propio puede decirse del deber de seguridad⁸⁷.

Esta última cuestión constituye un problema merecedor de consideraciones especiales. Con anterioridad a la reforma introducida al artículo 1117 del Código Civil por la ley 24.830, existía consenso en nuestra doctrina en cuanto a que la responsabilidad por los daños sufridos por los educandos –en su persona o bienes– en el marco de un “contrato de prestación de servicios educativos privados” debía fundarse en la violación del deber de seguridad, aunque existían dudas a la hora de precisar la naturaleza jurídica y los efectos de dicha obligación⁸⁸. Por esta razón, cuando se juzgó la conveniencia de reformar el artículo 1117 del Código Civil, se entendió que debía aprovecharse la ocasión para regular expresamente los daños sufridos por los alumnos en el marco del establecimiento educativo, de manera unificada a los daños causados por ellos. Como se ha dicho con acierto, la reforma pretendió: “...dar el mismo régimen a los daños que el alumno causa a otro (tercero ajeno o no al sistema educativo) y a los daños sufridos por el alumno”⁸⁹. En este sentido, la legislación nacional avanzó por sobre sus fuentes, especialmente la moderna legislación española sobre el tema⁹⁰.

⁸⁷ Una consideración integral de la tutela del crédito de los usuarios y consumidores puede verse en HERNÁNDEZ, C. y FRUSTAGLI, S., *Régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, agosto de 2004, ps. 1 y ss.

⁸⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997* cit., ps. 1054 y ss. Una rica consideración del deber de seguridad en el marco de las relaciones educativas privadas puede verse en SAUX, E., *El deber de seguridad en la responsabilidad contractual*, en J. A. del 8-9-2004, ps. 31 y ss.

⁸⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997* cit., ps. 1054 y ss.

⁹⁰ Sobre las limitaciones del régimen español recomendamos la lectura del excelente aporte de CARRERAS MARAÑA, J. M., *Responsabilidad civil del profesorado y del personal docente*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 7, 2003, ps. 607 y ss. En el mismo se recuerda que “...buena parte de los supuestos de responsabilidad de los centros docentes, derivan de daños sufridos por los alumnos a consecuencia de acciones, pero por sobre todo de omisiones, generadas por deficiencias de los

Aunque juzgamos plausible el propósito de nuestro legislador, pensamos que la aspiración no ha podido cumplirse plenamente. Aún hoy existe un buen número de supuestos de daños sufridos por los educandos respecto de los cuales se discute si están o no fuera del nuevo artículo 1117 del Código Civil⁹¹. Por de pronto, hay dudas sobre los establecimientos comprendidos, generadas a partir de la ambigüedad de la norma. Hay quienes prefieren limitarlo a la educación formal⁹², en tanto que otros lo extienden a todos los casos en los cuales la enseñanza se imparta a través de una organización de tipo empresarial⁹³, criterio que compartimos.

Además, el último párrafo del artículo citado excluye expresamente los daños sufridos en establecimientos educativos terciarios o universitarios. La exclusión –tomada de la legislación española– presenta una generalidad impropia con el propósito unificador del legislador argentino. En España la solución tiene sentido habida cuenta de que el régimen sólo se ocupa de los daños causados por sus educandos, de lo cual resulta justo que aquéllos no deban responder por el obrar de personas mayores de edad y dotadas de pleno discernimiento⁹⁴. En cambio, consideramos injusto que nuestro legislador, junto a ese su-

elementos e instalaciones del centro, por defecto de organización y gestión o por falta de diligencia y precaución en la actuación del profesor”, los cuales están fuera de la cobertura de la reforma al art. 1903, párr. 5º del Cód. Civ. (p. 673).

⁹¹ No ocurre lo mismo con relación al ámbito temporal, ya que nuestra doctrina es uniforme en considerar que no hay allí límites temporarios, de modo que la situación quedará librada a las circunstancias particulares de cada caso. Así, KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997* cit., ps. 1063 y ss.; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., p. 270 y el informe prestado por el Prof. Dr. A. A. Alterini ante las Comisiones de Educación, Legislación General y Familia, Mujer y Minoridad de la Cámara de Diputados, en *Antecedentes Parlamentarios* cit., p. 1693.

⁹² SAGARNA, F., *La ley 24.830: nuevo régimen de la responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos*, en J. A. 1997-III-939.

⁹³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997* cit., ps. 1058 y ss.

⁹⁴ GÓMEZ CALLE, E., *Responsabilidad civil de padres y centros docentes*, en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 284.

puesto, excluya los daños sufridos por educandos mayores de edad, víctimas de violaciones al deber de seguridad a cargo de los institutos terciarios o universidades en los cuales se forman. Distinguir, en este aspecto, entre establecimientos educativos privados de niveles iniciales o medios, por un lado, y terciarios y universitarios, por el otro, constituye un acto francamente irrazonable.

Pensamos, de todos modos, que el problema se limita en parte, habida cuenta de la aplicación para los supuestos excluidos del régimen de defensa del consumidor. El artículo 5° de la ley 24.240⁹⁵ brinda un marco similar al del artículo 1117, especialmente en lo que concierne a la consagración de una responsabilidad objetiva⁹⁶. Sin embargo, no podemos soslayar que existen algunas diferencias que deben ser señaladas. Como supuestos indubitables, marcamos que en el estatuto de defensa del consumidor no hay obligación de asegurar, el régimen de la prescripción es autónomo al del Código Civil. Por lo demás, podría pensarse que en orden a las eximentes de responsabilidad, también existen matices. Si bien en ambos casos, el legislador sólo alude al “caso fortuito” o a la “causa ajena”, en la interpretación del artículo 1117 del Código Civil ha primado el criterio de reconocer la culpa de la víctima en los casos de educandos de cierta edad, lo que sería dudoso en el contexto de la Ley de Defensa del Consumidor, donde impera el postulado protectorio, especialmente de los subconsumidores, categoría a la que pertenecen –conforme hemos afirmado anteriormente– los menores de edad.

Más allá de lo dicho, no puede omitirse que después de la reciente reforma introducida a la ley 24.240, las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo deben ser interpretadas en el sentido más favorable al consumidor o usuario, conforme lo dispuesto en el nuevo artículo 3°.

⁹⁵ HERNÁNDEZ y FRUSTAGLI, *Régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor* cit., ps. 16 y ss.

⁹⁶ La reciente reforma a la Ley de Defensa del Consumidor mediante la ley 26.361 ha venido a ratificar el criterio de considerar que el deber de seguridad se debe en el marco de la relación de consumo. Ver HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A., *Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo*, en L. L. Supl. especial, *Obligación de seguridad*, set. de 2005, ps. 21 y ss.

VII. Conclusión

A través del presente trabajo hemos procurado abordar de manera transversal, un eje temático de vital significación como lo constituyen los servicios educativos privados. Intentamos hacerlo desde la perspectiva del Derecho contractual, aunque señalando las interrelaciones con el Derecho Administrativo y Constitucional, evitando de ese modo perspectivas incompletas o sesgadas⁹⁷. Hemos procurado que las respuestas jurídicas atiendan a los intereses de todos los implicados, sin desconocer la especial “debilidad” en la cual se encuentra el “educando”⁹⁸⁻⁹⁹.

⁹⁷ Afirma el maestro M. A. Ciuro Caldani la necesidad “...de enfoques ‘transversales’, que rescaten la plenitud del tratamiento de despliegues muy significativos de la vida hoy sometidos a tratamientos fracturados, como la salud, el arte, la ciencia y la técnica y la educación, desarrollando el Derecho de la Salud, el Derecho del Arte, el Derecho de la Ciencia y la Técnica y el Derecho de la Educación”, en ob. cit.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ La tutela de “educando” y de la “educación” deben ser valores entendidos en el plano social y jurídico. Es que como lo recuerda G. Jaim Etcheverry citando a la Prof. mexicana E. Gordillo: “La educación es la base mínima, el punto de partida para cualquier proyecto de nación. En cualquier terreno y frente a cualquier contingencia o crisis, es la apuesta más segura, la política más eficaz para el desarrollo y la movilidad social, punto de encuentro para compartir conocimientos, experiencias y valores, así como la mejor inversión en el mercado global”, en *La tragedia educativa*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, p. 211.

PROBLEMÁTICAS DEL CONTRATO DE CESIÓN DE HERENCIA

por MARIANA IGLESIAS*

SUMARIO: I. Introducción. II. El alea en el contrato de cesión de herencia. 1. Carácter aleatorio del contrato de cesión. 2. Alea. Garantía de evicción: generalidades. Régimen de nuestro Código. 3. Venta de la cuota hereditaria y derecho de acrecer. 4. Posibilidad de la invocación de la lesión en el contrato de cesión de herencia. III. La problemática del heredero cedente aparente. 1. Cedente heredero aparente. IV. La problemática de la cesión total o parcial. 1. Extensión del objeto de la cesión de herencia: cesión total o parcial. V. La problemática de la ley aplicable y el juez competente. VI. Palabras finales.

Resumen

En este trabajo se analizan algunos problemas que surgen de la implementación del contrato de cesión de herencia, desde una óptica de interrelación con el Derecho Sucesorio.

Abstract

In this article, we analyze some issues arising from the implementation of the assignment of hereditary rights contracts, from a succession law perspective.

I. Introducción

A partir de la aceptación de la herencia hasta la partición¹ —es decir

* Vicedirectora de la Carrera de Especialización en Derecho Sucesorio, Facultad de Derecho de la UNR.

¹ ROCA SASTRE en KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, trad. de Helmut Coing, Bosch, Barcelona, 1976, t. V, vol. II, p. 229; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1975, t. V, vol. I, p. 386.

durante la comunidad hereditaria–, cada heredero es titular de una cuota o parte alícuota de la herencia aun cuando tenga llamamiento o vocación potencial al todo, y esta cuota no es ni más ni menos que la medida aritmética del derecho que recae sobre la universalidad sin consideración a su contenido particular, y como tal tiene un contenido económico referido al *quantum* de los bienes hereditarios que si bien no se ejerce sobre cada uno de ellos a título singular, atribuye expectativas para recibir, por partición de la herencia, los valores que satisfagan esa cuota, ya que ésta –como todo derecho de contenido patrimonial– es susceptible de cesión².

En síntesis, la cuota que por virtud de la aceptación de la herencia corresponde a cada coheredero ingresa inmediatamente a su patrimonio como un valor autónomo e independiente que sólo a él pertenece, y del que, por tanto, puede disponer con entera libertad³, tanto inter vivos como mortis causa, y lo mismo a título gratuito que a título oneroso, lo que damos en llamar cesión de derechos hereditarios⁴.

Así las cosas, la transmisión de la cuota hereditaria al cesionario no implica desprenderse de su título hereditario, sino solamente le permite entrar en la comunidad hereditaria, quedando obligado a pagar a los acreedores de la masa exclusivamente con lo recibido y respondiendo además inmediatamente ante aquéllos; con todo tampoco en este caso queda libre el cedente de la responsabilidad con respecto a tales acreedores. El adquirente de la cuota tiene todos los derechos que resultan para él de la comunidad hereditaria, pero estrictamente patrimoniales y procesales excluyendo aquellos personalísimos que sólo le caben al heredero o legatario por su calidad de tal, que, reiteramos, no pueden cederse⁵.

² ZANNONI, E., *Derecho de las sucesiones*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 569, punto 542.

³ FERRANDIS VILELLA, J., *La comunidad hereditaria*, Bosch, Barcelona, 1954, p. 187, punto 9.c.

⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, 8ª ed., Reus, Madrid, t. VI, vol. 1, p. 305.

⁵ BINDER, J., *Derecho de Sucesiones*, trad. de José Luis Lacruz Berdejo, Labor, Barcelona, 1953, ps. 285-286, punto 31.1.

Este contrato cuya particularidad –entendemos– radica en su objeto, es decir la universalidad, presenta en la práctica algunas dificultades propias que vamos a abordar.

Para este trabajo hemos elegido tratar cuatro temas, que si bien son autónomos, se encuentran íntimamente relacionados entre sí: el alea; la situación del cedente heredero aparente; cesión total y parcial, y ley aplicable y juez competente, que presentan problemáticas propias que aquí estudiaremos.

II. El alea en el contrato de cesión de herencia

1. Carácter aleatorio del contrato de cesión

La clasificación de los contratos en conmutativos y aleatorios no está consagrada en el Título I, Sección 3ª, Libro II del Código Civil, donde el Codificador los dividió en las siguientes categorías, a saber: unilaterales y bilaterales; onerosos y gratuitos; consensuales y reales, y nominados e innominados (arts. 1138 a 1143).

La distinción de los contratos en conmutativos y aleatorios se construye con otros preceptos, en especial, los artículos 1173, 1404, 1405, 1332, 1406, 1407, 1446 y los artículos 2051 a 2088.

En efecto, la mayoría de las convenciones, hasta las más típicamente conmutativas, encierran riesgos económicos en sus efectos sobre el patrimonio de las partes. No es tal alea la que sirve para caracterizar a la especie de los denominados contratos aleatorios. En éstos, el alea, o la suerte, reside en el desconocimiento –al tiempo del perfeccionamiento del contrato– de la magnitud de las prestaciones y no en la repercusión ventajosa o perjudicial de las convenciones una vez cumplidas las prestaciones.

Puede afirmarse así que el contrato aleatorio no requiere inexorablemente la final equivalencia de las prestaciones, sino el sometimiento de las partes, al tiempo de perfeccionarse el mismo, a una alea que puede conducir, ya sea a la equivalencia o a la inequivalencia de las prestaciones. En contratos aleatorios no cabe presumir que las partes quisieron una equivalencia de sus prestaciones, pero tampoco

que hayan querido una inequivalencia. Han aceptado el riesgo, la eventualidad o contingencia⁶.

Es más, en una misma convención ciertas cláusulas pueden ser aleatorias y otras conmutativas, y sobre todo dentro de las contrataciones y cláusulas aleatorias debe precisarse cuál es el límite o el alcance del alea sobre el que ambas partes han expresado su consentimiento, o sea cuál es el alea aceptada, para distinguirla de otras circunstancias aleatorias sobre las que no ha habido consentimiento y respecto de las cuales no puede invocarse el carácter aleatorio de la convención⁷.

El carácter aleatorio de la cesión de herencia es generalmente admitido en doctrina, pero no con unanimidad. Y así nos encontramos con quienes se limitan a calificar como aleatoria la cesión de herencia⁸, otros que parecieran constreñir el carácter de aleatorio sólo al supuesto en que transmitan pretensiones dudosas o litigiosas a una herencia⁹, y finalmente con López de Zavalía¹⁰, quien sostiene que su carácter de aleatorio debe ser tomado con ciertas reservas, ya que interpreta

⁶ GUASTAVINO, E. P., *Límites a la invocabilidad del alea en la cesión de herencia*, p. 332. En igual sentido, MAFFÍA, J. O., *Tratado de las sucesiones*, Depalma, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 611. Messineo sostiene que *la causa del contrato aleatorio consiste en el hecho de que para cada una de las partes, es incierto –en el acto de formación– si derivará en una ventaja, o una ventaja que sea proporcionada al sacrificio a soportar. En el contrato aleatorio es en principio indiferente la desproporción entre las prestaciones, por grave que pueda ser* (MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1955, t. IV, p. 478).

⁷ GUASTAVINO, *Límites...* cit., p. 333.

⁸ FORNIELES, S., *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Tea, Buenos Aires, 1958, t. II, p. 349; BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil argentino. Sucesiones*, 3ª ed. act., Perrot, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 525; SALAS, A. E., *Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios*, en J. A. 65-441, punto 6; LOYARTE, D., *Cesión de derechos hereditarios*, en *Revista Notarial*, N° 901, año 94, La Plata, 1988, p. 1435.

⁹ SALVAT, R. y ACUÑA ANZORENA, A., *Derecho Civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Tea, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 472, punto 718; SPOTA, A. G., *Contratos*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 165, punto 118 bis, ap. c; SO-MARRIVA UNDURRAGA, M., *Indivisión y partición*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 95, punto 119.

¹⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., *Teoría de los contratos. Parte especial*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 646.

que cuando la cesión es gratuita, sería inútil preguntarse por su carácter aleatorio, que sólo se predica de los contratos onerosos.

Nosotros coincidimos con Guastavino¹¹ cuando expresa que la cesión de herencia tiene un carácter aleatorio por la naturaleza del contrato cuyo objeto es una universalidad jurídica.

2. *Alea. Garantía de evicción: generalidades.*

Régimen de nuestro Código

La cesión de derechos hereditarios es un contrato aleatorio, y como tal la aparición de bienes no conocidos o de deudas ignoradas –por más importantes que sean– no da lugar a rescisión ni al reajuste del precio¹².

Pero, como explica Natale¹³, es necesario saber cuáles son los límites del alea relatada.

Por supuesto que si ellos han sido pactados por las partes al celebrar el contrato, a dicho acuerdo habrá que atenerse.

Pero si ello no ha ocurrido, que en la práctica es la regla, como pauta muy general y de carácter supletorio, sólo puede afirmarse que, en principio, las partes de la cesión de herencia aceptan el alea que recae sobre el contenido concreto del activo y pasivo correspondiente al cedente, y que, por el contrario, salvo indicaciones claras en tal sentido, no han consentido en aceptar el alea referente a hechos susceptibles de modificar la cuota proporcional del cedente en la sucesión.

¹¹ GUASTAVINO, *Límites...* cit., p. 334.

¹² FORNIELES, ob. cit., t. II, p. 349, punto 444; NATALE, R. M., *Consideraciones sobre la cesión de herencia en el proyecto de Código Civil de 1998*, en Edición Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2001, p. 339, cit., p. 342; BORDA, ob. cit., t. I, p. 525, punto 758, ap. d; PÉREZ LASALA, J. L., *Derecho de Sucesiones*, Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I, p. 765, punto 645; MAFFÍA, ob. cit., t. I, p. 591, punto 460; ZANNONI, ob. cit., t. I, p. 572, punto 545; LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., ps. 646-647, punto 3. No estamos de acuerdo con la postura de Zinny en cuanto a la posibilidad de reducir el alea determinando los bienes y deudas respecto de los cuales ella no juega y manteniéndola en los restantes, puesto que atenta contra la naturaleza de su objeto que es precisamente una universalidad (ZINNY, M., *Cesión de herencia*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 11, ap. a).

¹³ NATALE, *Consideraciones...* cit., p. 342.

Es decir, por lo general, será alea aceptada la mayor o menor envergadura del activo y pasivo de la herencia, y será alea no aceptada la calidad hereditaria misma del cedente, en cuyo caso habrá responsabilidad de éste por evicción¹⁴.

De manera entonces que –continúa Natale¹⁵– salvo voluntad expresa o tácita en contrario, será alea aceptada o asumida, y que por tanto debe soportarse, la circunstancia de que las partes hayan contratado pensando que al cedente le iba a corresponder en la partición un activo compuesto por tres inmuebles y un pasivo de mil pesos y resulta que finalmente se le otorgan cuatro –o dos– bienes raíces y responde por quinientos –o dos mil– pesos por deudas y cargas. Por el contrario, será alea no aceptada o no asumida –que dará entonces lugar a pedir la resolución del contrato o eventualmente un reajuste equitativo del precio pagado–, que el cedente sea excluido de su calidad de heredero –por la aparición de un testamento desconocido al tiempo de la cesión que lo deshereda o si se resuelve su vocación hereditaria por indignidad–, o que se altere su alícuota en la sucesión –por ejemplo, le corresponde una cuota proporcional mayor porque un coheredero renuncia y no tiene quien lo represente, o, por el contrario, una menor porque un testamento inicialmente desconocido mejora con la porción disponible a otro coheredero–.

Una hipótesis particular en que estarían afectados los bienes que componen la alícuota del cedente es la que se ha ideado cuando un heredero forzoso, cedente de su alícuota hereditaria, ve afectada su porción legítima en razón de liberalidades inoficiosas, o sea sujetas a

¹⁴ NATALE, *Consideraciones...* cit., p. 342; GUASTAVINO, *Límites...* cit., punto II. Es de recordar que el Anteproyecto Bibiloni estableció que “las ventajas que resultan de la desaparición de un legado o una carga, o causadas por la colación de los coherederos, pertenecen al cesionario. La parte de herencia deferida al cedente, después de la cesión, por sustitución o falta de un coheredero, así como lo obtenido por una cláusula de mejora, o de dispensa de la colación, deben considerarse, en caso de duda, como no comprendidos en la cesión. Tampoco comprende los papeles, retratos y recuerdos de familia” (BIBILONI, J. A., *Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1932, t. VI, ps. 68-69, art. 33). Reglas similares contienen el Proyecto de 1936 (art. 963) y el Anteproyecto de 1954 (art. 1145).

¹⁵ NATALE, *Consideraciones...* cit., p. 342; ZANNONI, ob. cit., t. I, p. 603, punto 575, ap. c.

la acción de reducción (arts. 3600 y 3601, Cód. Civ.). Tal como lo sostuviéramos, se ha reconocido al cesionario la posibilidad de ejercer dicha acción para reducir aquéllas como titular de la acción subrogatoria (art. 1196, Cód. Civ.), dejando así incólume la cuantía y extensión de los derechos que, en este caso, comprenden la adquisición en razón de la porción legítima del heredero cedente¹⁶.

De allí entonces que “En la cesión de herencia el cedente sólo responde por la evicción que excluyó su calidad de heredero, y no por la de los bienes de que la herencia se componía...” (art. 2160, Cód. Civ.). Y atento a que la parte final de la norma preceptúa que la responsabilidad del cedente “será juzgada como la del vendedor”, ella alcanzará al precio percibido, los gastos del contrato y los de la defensa en juicio¹⁷.

Basándose en la voluntad de las partes, seguidamente el Código Civil exime al cedente de responder por evicción si los derechos hereditarios los ha cedido como dudosos o litigiosos (art. 2161), como ocurriría en el caso en que el demandado por indignidad cede sus derechos hereditarios. Pero a continuación se deja a salvo el supuesto en que el cedente “sabía positivamente que la herencia no le pertenecía, aunque la cesión de sus derechos fuere como inciertos o dudosos”, en cuyo caso “la exclusión de su calidad de heredero le obliga a devolver al cesionario lo que de él hubiese recibido, y a indemnizarlo de todos los gastos y perjuicios que se le hayan ocasionado” (art. 2162, Cód. Civ.). De manera entonces que “probada la mala fe del cedente, quedará sin efecto la restricción contractual de su responsabilidad y estará sometido a la obligación de responder por dolo (arts. 521 y 2123, Cód. Civ.)”¹⁸.

¹⁶ NATALE, *Consideraciones...* cit., p. 343;

¹⁷ Conf. MAFFÍA, ob. cit., t. I, p. 609, punto 469. Cabe agregar que el artículo está previendo el caso de la cesión onerosa, pues si fuese gratuita deberán aplicarse las disposiciones que regulan la evicción entre donante y donatario (arts. 1437, 2145 y ss., Cód. Civ.) (ZANNONI, ob. cit., p. 599, punto 573; MAFFÍA, ob. cit., t. I, p. 609, punto 469).

¹⁸ MAFFÍA, ob. cit., t. I, p. 610, punto 469; DE GÁSPERI, L., *Tratado de Derecho Hereditario*, Tea, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 148, punto 213; ZANNONI, ob. cit., t. I, p. 600, punto 573, ap. a. Véase la hipótesis que tratáramos sobre cedente heredero aparente y cedente legatario aparente, a efectos de completar el tema.

Por último, cuando la garantía de evicción se hubiese excluido expresamente entre cedente y cesionario, éste sólo tiene derecho a repetir lo que pagó al cedente y aquél queda exonerado de pagar daños y perjuicios (art. 2163, Cód. Civ.). Esta norma se aplica solamente cuando la cesión no se haga de derechos litigiosos o dudosos, pues en tal caso rige el artículo 2161, con la salvedad del artículo 2162, ambos del Código Civil. Es decir, que el artículo 2163 juega cuando la cesión se ha hecho con la cláusula “sin garantía”, ignorando cedente y cesionario el peligro que se cierne sobre sus derechos; no se trataría de la venta de derechos en calidad de dudosos o litigiosos, sino de una cláusula a pedido del cedente por simple precaución y para evitar toda contingencia futura. Si por el contrario, conociendo el riesgo, la venta se hizo con cláusula de no garantía, o se expresó que los derechos se cedían como dudosos o litigiosos, el cedente carece de toda responsabilidad, aun por la restitución del precio (arg. art. 2101, inc. 3º, Cód. Civ.)¹⁹. Queda entendido que la exclusión de la garantía operará siempre que el cedente no haya obrado de mala fe (arg. art. 2099, Cód. Civ.)²⁰.

3. *Venta de la cuota hereditaria y derecho de acrecer*

Supongamos que un coheredero vende su cuota hereditaria, y después renuncia otro coheredero, o el heredero forzoso cedente resulta beneficiario de una mejora²¹; o por ejemplo, un colateral cede sus derechos pensando que comparte la herencia de su tío con sus dos hermanos y luego ocurre que es heredero testamentario y se queda con toda la herencia: ¿a quién aprovechan dichos aumentos o acrecimientos?, ¿al cesionario, en el sentido de incrementar la cuota hereditaria comprada, o al coheredero cedente, en cuanto puede hacer suya la parte de incremento?

Explica Roca Sastre²² que la cuestión ha sido debatidísima desde

¹⁹ NATALE, *Consideraciones...* cit., p. 343; conf. BORDA, ob. cit., t. I, ps. 537-538, punto 779; MAFFÍA, ob. cit., t. I, ps. 610-611, punto 469.

²⁰ ZANNONI, ob. cit., t. I, p. 600, punto 573, ap. b.

²¹ Adviértase que esta situación es diferente a la que trabajáramos en contenido refiriéndonos a los prelegados, puesto que a la mejora se accede por el mismo título hereditario.

²² ROCA SASTRE, *XVI Problemas de la venta de herencia*, Conferencia pro-

largo tiempo y se pueden marcar dos posturas, ya sea que el acrecimiento redunde en utilidad del cesionario, tal es el caso del Derecho Romano, o bien que beneficie al cedente, tal es el caso de las doctrinas francesa, italiana y alemana.

Los que sostienen la primera postura la fundamentan en que el acrecimiento forma parte integrante de la cuota hereditaria vendida, es decir, que aprovecha sólo al cesionario, apoyándose para ello en que el derecho de acrecer no implica titularidad aislada de la cuota sino que va ínsito o incrustado en ella, formando parte de su propia esencia y siguiéndola en su trayectoria y vicisitudes²³; en que por virtud del llamado derecho de acrecer no se produce una nueva delación hereditaria que atribuya un derecho subjetivo²⁴ de adquirir una cuota vacante, sino que origina un simple ensanchamiento de la cuota hereditaria por la cuota de un partícipe. Por ende, no es una adquisición nueva sino un incremento de lo ya adquirido, esto es, que el acrecimiento sigue a la cuota y no a la persona, y en que con la cesión de la herencia el heredero cedente se desentiende de ella, o sea que se desprende o abandona totalmente en el orden económico patrimonial todo lo referente a ella, y, por tanto implícitamente abandona todo incremento, aumento o engrosamiento de la cuota enajenada, de modo que aun prescindiendo del carácter aleatorio que reúne la venta de herencia, es de la naturaleza de ésta que el cesionario recoja todo cuanto hubiérale a aquél correspondido en la herencia de no haberla vendido²⁵.

Quienes sostienen que el beneficio funciona a favor del heredero cedente lo cimientan en que los incrementos derivados del derecho de

nunciada en la semana notarial de Santander en septiembre de 1950 y publicada en *Anales de la Academia Madrilense del Notariado*, 1953, VII, p. 18.

²³ Véase ROCA SASTRE, *Estudios sobre sucesiones*, Instituto de España, Madrid, 1981, t. II, p. 233.

²⁴ FERRANDIS VILELLA, ob. cit., p. 114.

²⁵ En este sentido ROCA SASTRE, *Estudios...* cit., ps. 217 y 233; MONTES, A. C., *La venta de la herencia*, Universidad Central de Venezuela-Facultad de Derecho, Caracas, 1968, p. 117; Ulpiano, D. 18, 4, 2º párr., GULLÓN BALLESTEROS, citado por MONTES, ob. cit., p. 118, *La venta de la herencia*, en *Revista general de legislación y jurisprudencia (separata)*, 1959, p. 32; SOMARRIVA UNDURRAGA, *Indivisión...* cit., p. 110.

acrecer están unidos a la condición de heredero (que conserva el coheredero vendedor) y no a la propiedad de la cuota hereditaria, en que el derecho de acrecer actúa mediante una nueva delación hereditaria respecto a una cuota hereditaria que queda vacante, y la delación hereditaria se dirige al heredero y no a un tercero, y en que el derecho de acrecer en sí no es un derecho perteneciente al difunto y que se transmite vía hereditaria al heredero. No obstante admiten siempre voluntad en contrario de las partes²⁶.

Más allá de estas dos posturas, un sector considerable se apoya fundamentalmente en los términos utilizados por las partes contratantes, correspondiendo el acrecimiento a uno u otro, según los términos del contrato²⁷.

Nosotros estamos de acuerdo con que el acrecimiento beneficie al cedente por las razones apuntadas²⁸ y además porque las partes contratan en base a la situación existente al tiempo del negocio, sobre la

²⁶ En este sentido, Manresa interpreta que si bien tiene cabida todo lo que a la herencia pertenece, no cabe, sin embargo, lo que es personal del heredero, por lo que hay que entender que el derecho de acrecer nacido con posterioridad al hecho de la venta no debe estimarse incluido en la transmisión, salvo pacto en contrario. Es decir, que en cuanto la condición de heredero se mantiene en la persona del vendedor y los incrementos derivados del derecho de acrecer están ligados a tal condición y no a la pertenencia de la cuota, el acrecimiento no puede funcionar en provecho del comprador (citado por MONTES, ob. cit., p. 113). Kipp, dentro de la misma posición, sostiene que la venta de la herencia sólo comprende la parte ya deferida al vendedor en el momento de concluirse el contrato y no se extiende a la porción deferida posteriormente por el acrecimiento (ob. cit., p. 220). Messineo cree que no puede enajenarse el *ius adcrendi* por ser un derecho personal del heredero (ob. cit., t. VII, p. 255). Finalmente, Enrietti ha dicho que puede el incremento redundar en beneficio del comprador cuando en el momento de la venta no existía expectativa alguna de que el coheredero vendedor llegase a percibir la porción en cuestión (citado por MONTES, ob. cit., p. 114).

²⁷ AUBRY y RAU, M. M., *Cours de Droit Civil français*, Marchal et Billard, Paris, 1907, t. V, p. 240; SANOJO y DEGNI, citados por MONTES, ob. cit., p. 114; LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 654. De todas maneras, este autor cree que cuando no se ha explicitado debe entenderse que las partes contratan en base a la situación existente al tiempo del negocio sobre la cual pueden verificar sus cálculos, lo que se vende es una *universitas* existente cuya consistencia se ignorará, pero no así su extensión, y no la posibilidad más o menos remota de acrecentar esa *universitas*.

²⁸ Vale la pena aclarar que para el caso del legatario de cuota cedente el tema del acrecimiento va a jugar siempre y cuando el testador se lo haya establecido expresa o implícitamente, y por supuesto que el mismo nunca podrá acceder a la totalidad de la herencia puesto que dejaría de ser legatario de cuota para convertirse en heredero.

cual pueden verificar sus cálculos. Obvio es que se enajena lo que se conoce y no la posibilidad más o menos remota de acrecentar la cuota²⁹; es evidente que las partes no estipularían sobre una cosa que ignoraban hubiese de tener lugar.

Todo lo dicho, por supuesto, es aplicable salvo pacto contrario.

4. *Posibilidad de la invocación de la lesión en el contrato de cesión de herencia*

Buena parte de la doctrina no admite la invocación de la lesión para anular o modificar contratos aleatorios³⁰.

Otros, en cambio, no excluyen la invocación del vicio de lesión en contratos aleatorios, aunque tomen en consideración las especiales características del alea para juzgar el caso³¹.

Explica Guastavino³² que nuestro Código no se pronuncia explícitamente respecto a la lesión en los contratos aleatorios. Sin embargo, el artículo 1198 que concierne a la figura análoga de la imprevisión o lesión sobreviniente, permite expresamente invocar tal instituto en contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Si a ello se une que la lesión ha sido consagrada en el artículo 954 respecto a actos jurídicos en general, puede afirmarse que es admisible su alegación en contratos aleatorios cuando las particularidades del caso conformen sus requisitos.

Como la lesión era admitida antes de la ley 17.711, es interesante recordar que en casos especiales fue aceptada su invocación respecto a contratos aleatorios³³.

²⁹ LÓPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., t. I, p. 655.

³⁰ REZZÓNICO, L. M., *Frustración de los actos de lesión enorme por imperio de la regla moral*, en J. A. 1965-III-346, p. 360; AUBRY y RAU, ob. cit., t. IV, punto 359 ter, N° 7, distinguen entre si la cesión de herencia es o no entre coherederos y si pone fin a la indivisión hereditaria.

³¹ MESSINEO, ob. cit., t. VII, ps. 406-407, punto 14; JOSSERAND, L., *Derecho Civil. Revisado y completado por André Brun*, trad. de S. Cunchillos y Manterola, Bosch, Buenos Aires, 1951, t. II, vol. II, punto 1052.

³² GUASTAVINO, *Límites...* cit., p. 335.

³³ CCiv. 2ª Cap., 13-4-46, L. L. 43-263; CCiv. Cap., sala A, 18-12-64, J. A. 1965-III-347; ídem, 12-7-62, J. A. 1962-V-365.

En su opinión –continúa Guastavino– para decidir respecto a la lesión en este tipo de contratos será necesario considerar si ésta se produce por causas inherentes o extrañas al riesgo propio del contrato y para ello corresponderá establecer cuál fue el alea aceptada y consentida por las partes. El carácter aleatorio del contrato no obsta por sí solo a la impugnación por lesión, pero tal característica aleatoria debe apreciarse en toda su importancia, y en la práctica desde dos puntos de vista sucesivos. En primer lugar, examinar si el alea fue real o ficticia, y luego determinar si considerando el alea real y aceptada se configura una inequitativa explotación de la diferencia notable de las prestaciones³⁴.

Nosotros adherimos a esta opinión.

III. La problemática del heredero cedente aparente

1. *Cedente heredero aparente*

Hemos dicho que dentro de lo que denominamos alea asumida está incluida la calidad de heredero. En este sentido, entonces, quedamos obligados a trabajar el tema que nos ocupa. Así es que comenzaremos por abordar el concepto de heredero aparente.

Según Carnelutti³⁵ estamos frente a un heredero aparente cuando nos encontramos ante una situación de hecho que tiene apariencia de una situación de derecho.

Al hablar de heredero aparente no sólo debemos referirnos al pariente del difunto de grado sucesible que tomó la herencia por inacción o ausencia de los parientes más próximos, sino también al usurpador de la herencia, a aquel que incurrió en falsedad para obtener una declaratoria nula, también a aquel que obtuvo un auto aprobatorio de un testamento ineficaz (por revocación, nulidad u otra causa) o que entrañe una falsedad instrumental, etcétera³⁶.

³⁴ En igual sentido que Guastavino, MAFFÍA, *Cesión de derechos hereditarios*, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XVIII, N° 37-39, Lucania, Buenos Aires, 1978, p. 92, punto 16.

³⁵ CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, trad. de F. J. Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 232.

³⁶ SPOTA, A., *Sobre las reformas al Código Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 102.

Es decir que no solamente se da el caso de heredero aparente cuando se trata de parientes que por ausencia o inacción de otros de grados más próximos toman posesión de la herencia, sino también de todas las situaciones de apariencia derivadas de la posesión “pública y pacífica de la herencia” frente a terceros³⁷.

Ahora bien, los actos de disposición de bienes inmuebles que realice el aparente, a título oneroso, con terceros de buena fe y teniendo declaratoria de herederos en su favor, son válidos, independientemente de la buena o mala fe del heredero aparente (arg. art. 3430).

Por ende, la pregunta obligada es: cuando hablamos de bienes inmuebles, ¿podemos incluir allí a la universalidad, para brindarle entonces protección al cesionario que luego de la cesión se encuentra que el cedente ha sido vencido en una acción de petición de herencia por un sucesor con mejor derecho, convirtiéndose en un cedente heredero aparente?

Borda –parafraseando a Josserand– sostiene que aunque el Código no lo dice debe tratarse de una enajenación de cosas determinadas. Si por el contrario se tratara de una cesión de herencia, no se puede pretender conservarla amparados en el artículo 3430. No militan aquí las razones de seguridad de los negocios, de estabilidad y saneamiento de los títulos de propiedad inmobiliaria que imponen la convalidación de las enajenaciones singulares. Y aunque es respetable el derecho del cesionario de buena fe, más lo es el del propietario verdadero³⁸.

Es que la facultad que el artículo le concede al comprador de inmuebles es excepcional y no se debe extender sino al caso expresamente concedido, y si en cambio se han cedido los derechos hereditarios,

³⁷ Fallo del Dr. Repetto, citado por HALPERIN, I., *Personas que deben ser comprendidas en la calificación de herederos aparentes*, en L. L. 1-796.

³⁸ JOSSERAND, *Derecho...* cit., t. III, vol. II, p. 252, punto 1027, ap. 4º; BORDA, *Tratado...*, cit., t. I, p. 356, punto 496. Mazeaud agrega que la cesión de derechos hereditarios no pone en riesgo el crédito, por ser operaciones excepcionales, además es un contrato generalmente especulativo (MAZEAUD, H. L. y J., *Lecciones de Derecho Civil. La transmisión del patrimonio familiar*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1965, t. III, p. 200, punto 1261). Además de los citados véase MACHADO, J. O., *Exposición y Comentario del Código Civil argentino*, Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1922, t. VIII, p. 672. En igual sentido, arts. 2030 del Código alemán y 2076 del Código portugués.

esos no son los inmuebles de que habla el artículo y no puede encontrarse protegido por esa disposición: el traspaso de una universalidad de derecho que no es un inmueble³⁹.

Por lo tanto –sostienen Ripert y Boulanger– cuando ha habido cesión de herencia por parte del heredero aparente: el cesionario no puede escapar a la acción del verdadero heredero⁴⁰.

Consecuentemente el comprador tendrá acción personal contra el vendedor para pedir la resolución de la venta o la acción de reembolso en caso de quedar privado de todos o algunos de los bienes de la herencia. Pero aparte del derecho que en este caso corresponde al comprador frente al vendedor, cabe también que el comprador pueda mantener la adquisición de bienes determinados contra el heredero real, fundándose en el régimen de la usucapión⁴¹.

Ahora bien, qué ocurriría si el cesionario de buena fe hubiera enajenado a terceros algunos de los inmuebles, ¿quedaría válida esa enajenación? En la opinión de Machado no, porque al ser nulo el acto de cesión no ha producido efecto alguno y lo que no le es permitido a su cedente obrando personalmente, no puede ejecutarlo el cesionario, pues no ha podido adquirir esos derechos⁴².

Pero el desarrollo expuesto no es el único, ya que existen autores tanto nacionales como extranjeros que sostienen lo contrario, es decir, que el cesionario que hubiera adquirido el todo o parte de la universalidad a título oneroso y de buena fe está protegido con relación al heredero real.

³⁹ MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 672. Véase FERNÁNDEZ ARROYO, M., *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Bosch, Barcelona, 1992, ps. 444 y ss.

⁴⁰ RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol*, trad. de Delia Garcia Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1965, t. X, vol. 2, p. 72, punto 2315. En igual sentido, RÉBORA, J. C. y GRÜNBERG, C. M., *Cinco estudios de Derecho Sucesorio*, La Facultad, Buenos Aires, 1930, p. 67, punto e, última parte.

⁴¹ LALAGUNA, E., *La venta de herencia en el Código Civil*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año L, sep.-oct. de 1974, N° 504, Imprenta San José, Madrid, p. 1055, punto VI, ap. 1 (estudio realizado para el Libro-Homenaje al Prof. Dr. Santa Cruz Teijeiro), p. 1062, punto 5; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho...* cit., t. VI, vol. I, p. 202.

⁴² MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 672.

Al respecto Abel Fleitas Ortiz de Rozas⁴³ menciona que en realidad ambas posiciones entran en un marco interpretativo, aunque probablemente sea más convincente y cómoda en su aplicación la primera que devuelve al heredero el conjunto del acervo sucesorio y deja que se arreglen entre ellos cedente y cesionario.

De todas maneras explica que a favor del cesionario puede decirse algo, y en este sentido comienza por criticar a Borda sosteniendo que no es muy coherente propiciar el concepto de sucesión en los bienes, que la petición de herencia es una simple acción real y que la cesión hereditaria es un contrato a título singular, y por otro lado, frente al problema del cesionario del heredero aparente, ya no ve su adquisición como un conjunto de cosas concretas, sino como algo difusamente global o universal. Partiendo del enfoque “real” de la herencia y de las acciones o contratos a ella vinculados, resulta lógico distinguir, dentro de la masa cedida, los bienes inmuebles y aplicarles el artículo 3430. Además, es muy frecuente que el único o los únicos bienes de interés en la sucesión sean inmuebles, con lo que no hay gran diferencia práctica entre su transmisión individual o como cesión de herencia. Y este contrato, siendo oneroso, se rige por las reglas de la compraventa, lo cual puede ser un motivo más para considerarlo dentro del ámbito del artículo 3430.

Domenico Barbero explica que si el cesionario prueba que ha negociado en buena fe (esto es ignorando, sin culpa grave, que la persona del vendedor, a despecho de la apariencia, no tenía la cualidad real del heredero), su adquisición está a salvo y puede resistir victoriosamente a la reivindicación del verdadero heredero, y concluye que la adquisición de la herencia a título oneroso al heredero aparente, una vez que se hayan cumplido las condiciones de buena fe y las necesarias transcripciones, opera la transferencia y la adquisición de lo que se ha negociado, independientemente de la posesión (salvo los supuestos de usucapión o prescripción). Nos hallamos pues en presencia, de una hipótesis singular: adquisición *a non domino*, pero con título derivativo, que para que no sea un contrasentido tiene que traducirse en adquisición a título derivativo negociada con un *non dominus*, en

⁴³ FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, A., *Heredero aparente: el problema y la ley*, en L. L. 137-DOC-873.

la que la situación particular de apariencia suple, objetivamente, al defecto subjetivo de legitimación para disponer⁴⁴.

Desde nuestra perspectiva, entendemos que la cesión de la herencia no puede quedar amparada por el artículo 3430 puesto que la característica de este contrato es precisamente que su objeto sea la universalidad.

Por ello, retomamos las palabras de Machado, quien explica que cuando el artículo 3430 habla de inmuebles no puede involucrarse dentro de su significado a la universalidad.

De sostenerse lo contrario se estaría perjudicando al heredero real —verdadero propietario de la herencia—.

Es que, en definitiva, ante un caso así, fuere cual fuere la solución adoptada, siempre existirán los perjudicados, porque lamentablemente esta discusión se circunscribe a la elección de quienes lo serán: ¿el heredero real?, ¿el cesionario?

Por lo tanto nosotros no tenemos dudas de que debe serlo el cesionario y eventualmente el tercer adquirente de bienes al cesionario.

Por supuesto que tanto el cesionario como el tercer adquirente de éste tendrán las respectivas acciones de rescisión contractual, daños y eventualmente prescripción adquisitiva.

IV. La problemática de la cesión total o parcial

1. Extensión del objeto de la cesión de herencia: cesión total o parcial

Puede ocurrir que estemos ante una cesión total o parcial. Se daría la primera hipótesis cuando el heredero cede la totalidad de su parte y la segunda cuando la cesión se limita a una parte de la cuota del heredero, es decir, el contrato versa sobre una fracción de la cuota ideal que pertenece al vendedor por su llamado a la herencia.

⁴⁴ BARBERO, D., *Sistema del Derecho Privado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, t. IV, *Contratos*, ps. 40 a 42. En igual sentido, POLACCO, V., *De las sucesiones*, trad. por Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1950, t. II, 2, ps. 146 y ss.

Muchos autores interpretan que esta última hipótesis crea situaciones dificultosas, de las cuales la peor sería la intervención del cesionario en el juicio sucesorio.

En ese sentido Fornieles⁴⁵ sostiene que, si bien a primera vista no existiría ninguna dificultad para admitir una cesión parcial, la realidad es otra. Y entonces menciona como ejemplo que así como es muy raro que alguien adquiera un derecho de condominio sobre una determinada propiedad, es más raro todavía que adquiera la fracción de una herencia, sobre todo si esa fracción es ya parte de otra en el acervo hereditario. Lo que las partes se proponen –continúa el jurista– es celebrar un contrato de préstamo garantido con la parte de herencia que corresponde al prestatario. El acreedor supone que, como cesionario de los derechos de su deudor, tiene asegurado el pago de lo que le es debido, invocando un derecho de propiedad que no es sino una forma indirecta de garantía.

Por lo tanto, si el cesionario parcial es dueño de una parte de la herencia estaría facultado para intervenir en el juicio sucesorio junto con el cedente, y si el heredero hubiera hecho varias cesiones escalonadas, todos intervendrían desquiciando el procedimiento.

Como no era posible admitir semejante intromisión, muchos jueces resolvieron –y con acierto según la posición adoptada por Fornieles– que el cesionario parcial no es parte en el juicio sucesorio y lo equipararon a un acreedor, pero al mismo tiempo concediéndole un derecho de preferencia para cobrarse antes que los demás sobre los bienes parcialmente cedidos⁴⁶.

⁴⁵ FORNIELES, *Tratado...* cit., t. II, p. 365.

⁴⁶ Muchos jueces creían verse ante un problema práctico –en nuestra opinión inexistente– que radicaba en la siguiente cuestión: si el cesionario parcial es dueño de una parte de la herencia puede participar en el juicio sucesorio, pero si el heredero hubiera realizado varias cesiones parciales generaría un entorpecimiento del proceso, por lo tanto creían solucionar el problema equiparándolo con un acreedor, dándole únicamente el derecho que asiste a todo acreedor para activar los trámites cuando haya notoria negligencia del heredero (en este sentido J. A. 45-578; J. A. 58-129; J. A. 1942-III-223, y J. A. 1953-II-365), pero al mismo tiempo le concedían al cesionario parcial –tratado como acreedor– un derecho de preferencia para cobrarse antes que los demás sobre los bienes parcialmente cedidos, a la manera de un acreedor de dominio, como surge del fallo cit. en J. A. 62-668.

En igual sentido que lo anteriormente expuesto se puede citar a Fenochietto, Arazi y Alsina, quienes sostienen que únicamente tiene personería para iniciar la sucesión el cesionario total de los derechos de un heredero, porque ocupa el lugar de éste en la partición de los bienes; pero no la tiene el cesionario parcial, a menos que la acción haya sido hecha en garantía de un crédito⁴⁷.

Fassi agrega a esto que entiende que el cesionario parcial está equiparado a los acreedores del heredero y debe como ellos intimar a éste para que acepte o repudie la herencia y en el primer caso promueva el juicio sucesorio, bajo apercibimiento de actuar el cesionario. Si media repudio podría actuar por subrogación⁴⁸.

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente el derecho del cesionario total de derechos hereditarios, para intervenir en el juicio sucesorio, participar de los inventarios, tasaciones, ventas y divisiones de la herencia, solución lógica pues el cesionario en tal caso es un sucesor a título singular del heredero –según la jurisprudencia citada, no siendo nuestra postura– y pone en ejercicio todos los derechos que éste le ha transferido por cesión⁴⁹, pero tratándose de cesionarios parciales su intervención en el juicio sucesorio sólo es admitida con restricciones, es decir, limitadamente: en caso de inacción del heredero, para activar el procedimiento, después de pedir al juez que formule intimaciones y apercibimientos previos, antes de permitirle al cesionario parcial sustituir procesalmente al cedente. Entre la jurisprudencia que niega⁵⁰ a los cesionarios parciales de derechos hereditarios el poder

⁴⁷ ALSINA, H., *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943, t. III, p. 695, punto f; FENOCHIETTO, C. E. y ARAZI, R., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 3, p. 398, punto d. Véase MEDINA, G., *Proceso sucesorio*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, t. I, p. 108. En idéntico sentido, RÉBORA, J. C., *Derecho de las Sucesiones*, La Facultad, Buenos Aires, 1932, t. I, p. 226 y nota al pie N° 7.

⁴⁸ FASSI, S. C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Astrea, Buenos Aires, 1973, t. III, p. 310, punto 2807.

⁴⁹ J. A. 1953-III-215; J. A. 1953-II-366.

⁵⁰ A modo de ejemplo citaremos algunas de ellas: “La intervención en el procedimiento acordada al cesionario parcial en virtud de la inacción o negligencia del heredero, debe cesar tan pronto como desaparezca esa inactividad, en el caso de haberse presentado a autos el síndico del concurso civil del cedente” (CNCiv. 1º,

de intervenir en el juicio sucesorio, alguna también se funda en una aplicación analógica de los artículos 1670 a 1674 del Código Civil, según los cuales el cesionario de los derechos sociales de un socio no tiene la calidad de socio ni puede tomar intervención directa en la gestión de los negocios sociales⁵¹, mientras que en otros casos –que se ha admitido la intervención del cesionario parcial– se ha basado –como ya anticipáramos– en la inacción del heredero cedente o también cuando al efectuarse la cesión el cedente confiere al cesionario un poder irrevocable a tal fin, con exclusión completa de todo tipo de accionar por parte del cedente, cláusula que se ha juzgado válida⁵².

Entre los que sostienen lo contrario, es decir que le dan al cesionario parcial, el derecho de intervenir en el juicio sucesorio, se encuentra la doctora Méndez Costa⁵³, quien sostiene que tanto el cesionario parcial como el total están facultados para promover el proceso sucesorio.

También Salvat⁵⁴, quien manifiesta que esta doctrina es contraria al efecto fundamental de la cesión de derechos hereditarios, consistente, como hemos visto, en la transmisión al cesionario de la propiedad de la herencia: ¿cómo es posible sin violar el derecho de propiedad, desconocerle la facultad de intervenir en el juicio donde los derechos cedidos se tramitan y liquidan? Y en cuanto a la pretendida similitud

J. A. 45-579). “La intervención del cesionario parcial de derechos en el juicio sucesorio es la de un simple acreedor, con facultades para requerir medidas de vigilancia y suplir la omisión o negligencia de los herederos, y está autorizado para hacer intimar a éstos que urjan el procedimiento, pero no está facultado para proponer peritos para el inventario y avalúo de los bienes” (J. A. 28-850, 29-413, 17-484). “Las facultades del cesionario parcial de derechos hereditarios para intervenir en el juicio sucesorio, deben ser ejercitadas mediante las intimaciones previas y los apercibimientos a que su incumplimiento diere lugar contra los herederos, pero sin sustituirse a éstos ni asumir el carácter de parte” (J. A. 28-850). “El heredero que cede parcialmente sus derechos hereditarios conserva su carácter de parte en el juicio sucesorio, sin perjuicio del derecho de vigilancia que corresponda acordar al cesionario” (L. L. 26-346, 17-91; 6-526).

⁵¹ J. A. 17-484, 28-850, 43-547; L. L. 3-559, 6-192.

⁵² J. A. 59-477.

⁵³ MÉNDEZ COSTA, M. J., *El cesionario y la titularidad de las acciones del heredero*, en J. A. 2001-IV-945, p. 951, punto III, ap. a, *Promoción del juicio sucesorio*.

⁵⁴ SALVAT y ACUÑA ANZORENA, *Tratado... Fuentes de las obligaciones...* cit., t. I, p. 474, punto 721.

con las normas societarias, la situación de los socios es distinta, porque el elemento *affectio societatis* se opone a que el carácter o la calidad de socio pueda ser libremente transmitida a un tercero; esta razón no existe en el caso de los herederos, y en consecuencia, la aplicación por analogía de las disposiciones del contrato de sociedad carece de fundamento.

En concreto el autor entiende que ambos están facultados para intervenir en el juicio sucesorio⁵⁵.

Lafaille⁵⁶ reflexiona sobre las cesiones parciales o por sumas determinadas, concluyendo que ante la posibilidad de multiplicarse hasta el infinito su número se perturbaría el orden del procedimiento, razón que de por sí justificaría lo resuelto por los tribunales al negarle a dichos adquirentes la calidad de parte. No obstante sería erróneo considerar a los cesionarios por sumas determinadas como simples acreedores, ya que la intención de los contratantes ha sido conferir una seguridad, y para salvar una dificultad técnica ella se suple mediante un traspaso limitado hasta la medida que el título consigna. Sería una manera lícita de sustituir la prenda que entre nosotros no puede tener por objeto sino las cosas muebles o los créditos.

Spota interpreta que es más acorde con la esencia jurídica de la cesión parcial estimar que el cesionario asume, en esa parte, la posición jurídica del cedente, y en el juicio sucesorio debe estimarse que reviste la calidad de litisconsorte de tal cedente⁵⁷.

Finalmente, el jurista santafesino Jorge Peyrano⁵⁸, analizando el Código de Procedimientos de la Provincia de Santa Fe, en un artículo sobre la intervención de terceros en el juicio civil lo incluye dentro de la categoría “intervención voluntaria coadyuvante autónoma” (art. 302, CPCCSF), concretamente en la última parte de la norma que textualmente reza “...Igual intervención le corresponderá cuando su derecho

⁵⁵ En igual sentido, PÉREZ LASALA, *Derecho...* cit., vol. I, p. 770, punto 650; MAFFÍA, *Cesión de derechos...* cit., ps. 94-95.

⁵⁶ LAFAILLE, H., *Derecho Civil (Sucesiones)*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932, t. I, ps. 262-263, punto 388.

⁵⁷ SPOTA, *Contratos...* cit., vol. IV, p. 357.

⁵⁸ PEYRANO, J. W., *Esquema descriptivo de la intervención de terceros en el proceso civil*, en *Zeus* 14-D-27, p. 34, punto 2.3.2.

sea conexo con el deducido en el proceso por la parte que coadyuve”. Este presupuesto está contemplado por el artículo 28 del CPCCSF, donde el derecho del cesionario es conexo con el del cedente (si éste resulta perdidoso en el proceso en trámite, se desvanecerán las expectativas de aquél).

Desde nuestro punto de vista, y luego de analizar las distintas posturas de maestros del Derecho como los citados, llegamos a la conclusión de que el cesionario parcial de derechos hereditarios debe tener una participación total e ilimitada en el juicio sucesorio a efectos de proteger sus intereses.

En primer lugar, porque se estaría limitando el derecho de propiedad del cesionario parcial y –lo que es peor– de manera antojadiza, ya que no asiste razón válida que pueda explicar la discusión que venimos estudiando, es decir: ¿por qué tiene legitimación procesal el cesionario total y no así el parcial?

No creemos tampoco estar ante ningún acreedor, ya que –dentro de la forma contractual que hemos ideado– el cesionario ingresa a la sucesión por medio de un contrato celebrado dentro del expediente sucesorio⁵⁹ y además formando parte inmediatamente de la comunidad hereditaria⁶⁰.

Nos resta aclarar que advertimos un gran esfuerzo por parte de los autores que sustentan la postura contraria de problematizar esta cuestión –la que en rigor de verdad entendemos que no es tal– por la sola circunstancia de evitar que ingresen numerosos extraños a la sucesión –fruto de cesiones parciales– y que, en palabras de Fornieles “desquicien el proceso”, sin siquiera advertir que la contrapartida de tal posición es ni más ni menos que lesionar el derecho de propiedad, del debido proceso y el derecho de defensa⁶¹.

⁵⁹ Véase nuestra postura con relación a la forma.

⁶⁰ Véase nuestra postura con relación a la comunidad hereditaria que se forma con el ingreso del cesionario a la sucesión bajo el título de sujetos.

⁶¹ Al respecto Cifuentes expresa que “A los herederos no se les retacea su intervención, pese a que sean varios, con disímiles pretensiones. Y ellos pueden ser muchos o bien haber numerosos legatarios de cuota. De igual modo los cesionarios parciales, de cantidad o de partes alícuotas, deben poder tomar medidas amplias y no sólo las que se han contemplado como excepcionales: impulsar un proceso detenido

Idean que la cesión de herencia podría simular préstamos de dinero o garantías. Es más, se llega a tal extremo para sostener la inadecuada tipificación con la que se califica al cesionario parcial de acreedores, que en la postura de Fassi obligan a éste a que intime al heredero cedente sobre si acepta o renuncia a la herencia. Se olvida con esta interpretación que esta intimación resulta innecesaria ya que la cesión de derechos hereditarios importa un acto de aceptación tácita de la herencia (arg. art. 3322, Cód. Civ.).

No hay duda. Creemos que estamos ante un contrato que precisamente cede el aspecto patrimonial de la herencia, y por ende asiste derecho, ya sea al cesionario parcial o total, de controlar inventarios, avalúos, particiones, etcétera, independientemente de la cantidad de herederos y de otros eventuales cesionarios, como tampoco de la causa del contrato, extremos que no hacen a la cuestión.

En síntesis, creemos que el motivo por el que se le tiende a quitar legitimación procesal al cesionario parcial se reduce al prejuicioso temor del posible entorpecimiento procesal que genera la subdivisión –a su vez– de las cuota-partes que cada heredero pudiera realizar como consecuencia de cesiones parciales. Y al respecto diremos que hay diversas cuestiones que problematizan la sucesión y no solamente las cesiones parciales. Es más, muchas veces son los propios herederos los que “desquician” el procedimiento sin necesidad de la existencia de cesionarios.

Lo expuesto debe extenderse al legatario de parte alícuota que también puede ceder total o parcialmente sus derechos sucesorios⁶².

por negligencia de los herederos, pedir la partición o impugnarla, iniciar la sucesión frente a la omisión de los herederos”. Continúa el autor diciendo que “Me preocupa la distinción de los principios por razones pseudoprácticas, cuando hay otras maneras de impedir la traba de conflictos entrecruzados y numerosos. Es más fácil negar facultades sin mayor peso de razones, que asumir judicialmente una complejidad y encaminarla. Sea total o parcial, si se conviene que en la medida del contrato se ha desplazado el derecho al cedente, no es posible sin contradicciones impedir que el titular del patrimonio adquirido, pueda tener participación activa y vigilante en el juicio, como cualquier legítimo interesado en su desarrollo total” (CIFUENTES, S., *Cuestiones referidas a la cesión de derechos hereditarios*, en L. L. 1996-D-559, p. 565).

⁶² Véase CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho...* cit., p. 204 y nota N° 2.

Por ende, si estamos ante un contrato por el que se transmite una cuota de universalidad, el que la adquiere debe tener todos los derechos sobre ella que tenía aquél, independientemente –repetimos– de que su adquisición sea total o parcial.

V. La problemática de la ley aplicable y el juez competente

Finalmente abordaremos el último problema que elegimos que tiene que ver con la ley aplicable y el juez competente en el contrato de cesión.

Para comenzar nos gustaría volver sobre la pregunta que se planteara el autor español Roca Sastre –y que nosotros transcribimos cuando desarrollamos la metodología del Código Civil–: ¿cuál es la ley aplicable a la cesión de herencia?, trayendo entonces a estudio otro aspecto del tema que nos ocupa.

No podemos dejar de reconocer que esta pregunta nos ha hecho pensar mucho, y nos ha parecido pertinente valernos de diferentes ejemplos prácticos para abordar la temática. Y así nos imaginamos una persona que teniendo un hijo instituye además a un extraño como heredero, violando por supuesto la legítima hereditaria. Una vez fallecido en nuestro país, y dejando todos sus bienes también aquí, el heredero extraño instituido inmediatamente cede los derechos hereditarios celebrando dicho contrato en el extranjero –supongamos en un país anglosajón que desconoce la legítima hereditaria–, es evidente que en este caso, estando de por medio la legítima hereditaria, no puede ser otra la ley aplicable que la del último domicilio del causante. Ello importará que esa preterición del heredero forzoso traerá como consecuencia que habrá que salvarle la legítima y recién el resto se entregará al heredero instituido (art. 3715), hecho que repercutirá en la cesión de derechos.

No dudamos de que el derecho sucesorio se interpone en la cesión realizada, pero no solamente por lo anteriormente referido, podemos agregar más. Tiene relación en cuanto al alea⁶³, ya que está en juego

⁶³ Que entre en juego la calidad de heredero del cedente, o su alícuota varíe en más o en menos, para todo ello rige la ley argentina, dado que en el ejemplo citado el causante moría en la Argentina.

la calidad de heredero, con la acción de reducción contra el cedente; podría también relacionarse con supuestas causales de indignidad o desheredación en cabeza de ambos herederos y un sinnúmero de cuestiones que sería imposible ponderar.

Y si agregamos a ello que como la organización de la herencia forzosa es de orden público, la legítima no puede ser afectada por la aplicación de la ley extranjera, rigiéndose en consecuencia la ley nacional⁶⁴.

Por lo tanto entendemos que es de aplicación el artículo 3283 que dispone que el derecho sucesorio al patrimonio del difunto es regido por el Derecho local del domicilio que el mismo tenía a su muerte⁶⁵, comprendiéndose por *derecho a la sucesión* al patrimonio todo lo relativo a la devolución hereditaria y al traspaso de los bienes dejados por el difunto⁶⁶.

Ahora bien, se nos dirá que podría ocurrir que se trate de una sucesión en donde no esté en juego el orden público, por ejemplo en el caso de que no existan legitimarios, por lo que entonces se podría decir que nuestra argumentación se desmoronó. Pero no es así. Igualmente sostenemos que la ley aplicable es la argentina.

Demostraremos nuestra postura. Creemos que el quid de la cuestión está en el objeto del contrato.

Vamos al caso en que consideremos que el objeto de la cesión de derechos hereditarios es una universalidad de derecho, esto implica pensar que el cesionario es un sucesor universal del cedente, por lo tanto se aplicarán con relación a los objetos particulares las mismas reglas que la de los sucesores universales.

Consecuentemente en esta hipótesis la ley aplicable surgiría del propio artículo 3283 del último domicilio del causante, artículo que por cierto se refiere a la transmisión de universalidades⁶⁷.

Si nos ubicamos en la creencia de que el objeto del contrato de

⁶⁴ BORDA, *Tratado...*, cit., p. 48, t. 1.

⁶⁵ E. D. 95-185, sum. 11, 12 y 14.

⁶⁶ FORNIELES, *Tratado de ...* cit., t. I, p. 83, punto 36; BORDA, *Tratado de Derecho...* cit., p. 44, punto 45.

⁶⁷ LLAMBÍAS, J. J., *Código Civil anotado. Personas. Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 32, punto 1.

cesión es una universalidad de hecho, es decir, transfiere derechos y obligaciones unidos por el lazo común de haberlos recibido en esa sucesión, pero no como universalidad⁶⁸, o sea que se reduce la cesión a una suma de negocios referidos a cada objeto particular comprendido dentro de la herencia convirtiéndose en una mera acumulación de multiplicidad de negocios⁶⁹, y en consecuencia considerar al cesionario como un sucesor a título particular del cedente, también la ley aplicable sería la argentina. Ello en virtud de los artículos 10 y 11 del Código Civil (según el caso). El artículo 10 dispone que los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país en cuanto “a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar a esos actos”, interpretándose por dicha frase el sistema de transmisión de la propiedad raíz, que para que tenga validez son necesarios estos requisitos: escritura pública, tradición, protocolización⁷⁰.

En síntesis, los bienes raíces son exclusivamente regidos por las leyes del país respecto a su calidad de tales y respecto al derecho de las partes y sólo pueden ser adquiridos, transferidos o perdidos de conformidad con la ley argentina, aplicándose esto tanto para el artículo 10 como para el artículo 11⁷¹.

Por lo tanto en uno u otro caso la ley aplicable es la argentina.

Hasta aquí planteábamos un causante muerto en la Argentina –bienes aquí–, con contrato celebrado en el extranjero y estando de por medio el orden público: se aplica el artículo 3283.

No estando de por medio el orden público, en cualquiera de las dos posturas que se adopten también se aplica la ley argentina en virtud del artículo 3283, se interprete la transmisión de una universalidad, o según los artículos 10 y 11, en el caso contrario.

Vayamos al caso –ahora– de un contrato de cesión celebrado en el extranjero, con un causante muerto en el extranjero que ha dejado bienes en la república: también se aplica la ley argentina –con respecto

⁶⁸ BORDA, *Tratado...* cit., p. 524, punto 756.

⁶⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., t. I, p. 642, punto 2.

⁷⁰ ROMERO DEL PRADO, V. N., *Manual de Derecho Internacional Privado*, La Ley, Buenos Aires, 1944, t. II, ps. 173 y ss.; BORDA, *Tratado...* cit., p. 45.

⁷¹ ROMERO DEL PRADO, ob. cit., p. 176.

a los bienes que aquí han dejado— en virtud de la excepción al principio de la unidad de sucesiones sostenido prácticamente de manera unánime por los civilistas.

Entre paréntesis, nos pareció interesante el comentario de Lazcano que sostiene que el artículo 3283 al regir la sucesión por el Derecho local del último domicilio del causante elimina el reenvío, pues si dijera sólo el derecho podría entenderse que el mismo comprende las disposiciones sobre conflictos de leyes aplicables a la devolución sucesoria, que son de Derecho Internacional Privado, las cuales podrían a su vez remitir a una ley extranjera. La expresión del mencionado artículo no deja lugar a dudas de que se trata del Derecho interno, que regula por sí mismo la ley de fondo de la sucesión, vigente en el último domicilio⁷².

Además, en todos los casos es de aplicación el artículo 1209 del Código Civil que reza que “Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

No tenemos la menor duda de que un contrato de derechos hereditarios debe ser ejecutado donde se abra la sucesión, ya que es allí donde el cesionario va a ejercer los derechos y obligaciones que surgen del contrato firmado.

Y por último, para el caso de un contrato de cesión celebrado en la República cuyo causante y/o bienes estuvieran en el extranjero se aplicará el artículo 1210.

En cuanto al juez competente, se ha dicho que corresponderá el juez de la sucesión para entender en el juicio por cumplimiento de un contrato de cesión de derechos y acciones hereditarios, y aun en la hipótesis de que su demandante tenga domicilio en otra jurisdicción⁷³. Igualmente ocurre con la acción de nulidad y simulación del contrato

⁷² LAZCANO, C. A., *Derecho Internacional Privado*, Platense, La Plata, 1965, p. 353, punto 170.

⁷³ CNCiv., sala A, 8-7-60, L. L. 101-987; CCCom. de Bell Ville, 19-11-85, L. L. C. 1986-678.

de cesión de herencia que es atraído porque, en definitiva, se refiere a los bienes de la herencia y podría incidir en la división de ella⁷⁴.

Por lo tanto, conforme al artículo 3284, todo juicio concerniente a los bienes hereditarios y a los títulos que se invocan dentro del sucesorio, son de competencia del juez que en él entiende. En esta postura la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el juicio sucesorio atrae todas las cuestiones sobre el derecho a los bienes que constituyen el acervo hereditario y el título con que son reclamados⁷⁵.

VI. Palabras finales

Hemos elegido problemas que surgen de la implementación del contrato de cesión de herencia, estudiando al mismo desde una óptica de interrelación con el Derecho Sucesorio.

⁷⁴ NATALE, R., en FERRER, F. y MEDINA, G., *Código Civil comentado. Sucesiones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 111, punto 18; CCCom. de Bell Ville, 19-11-85, L. L. C. 1986-678; en igual sentido, CNCiv. Trib. de Superint., 21-2-2001, “Bernat c/Ferreira s/Nulidad de acto jurídico s/Competencia”, magistrados: Bueres, Dupuis, Posse y Saguier, en *Informática Jurídica*, doc. N° 10.8550, quienes sostuvieron: “Resulta conveniente que el juez del sucesorio conozca en el proceso en el cual se pretende la nulidad de la cesión de derechos hereditarios”; MAFFÍA, *Tratado...* cit., ps. 124-125; SALAS, A. E. y TRIGO REPRESAS, F., *Código Civil anotado*, Depalma, Buenos Aires, 1977, t. III, p. 17, punto 7, ap. e, y nota al pie 1°; BORDA, *Tratado...*, cit., p. 58, punto 58.

⁷⁵ L. L. 56-176.

LA PROTECCIÓN DE LA DEBILIDAD JURÍDICA EN EL MARCO DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ENTRE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y AUTONOMÍA PROGRESIVA

por ADRIANA N. KRASNOW*

...Las oportunidades de refundación democrática de nuestra sociedad, están en larga medida en la capacidad de introducir en el proceso de refundación este principio constituyente de la niñez como ciudadanía. No se trata, sin embargo, de emancipar solamente a los niños. Se trata sobre todo, de modificar esencialmente el pacto social, rescatando, nosotros los adultos, a través del respeto hacia los niños nuestra niñez reprimida, nuestra vinculación cortada con el tiempo de la cultura, nuestra memoria histórica para poder ser más capaces de futuro. Para que el futuro, en lo posible, se convierta en más real que el presente...

ALESSANDRO BARATTA¹

SUMARIO: 1. Encuadre. 2. Punto de partida. 3. Responsabilidad parental y autonomía progresiva. 4. La representación legal. Un cambio necesario. 5. El derecho a la salud y al cuidado de su propio cuerpo. 6. Derecho de identidad. 7. Cierre.

* Investigadora adjunta del Conicet. Doctora en Derecho. Profesora adjunta de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

¹ BARATTA, Alessandro, *La niñez como arqueología del futuro*, en BIANCHI, María del Carmen (comp.), *El Derecho y los chicos*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 1995, p. 21.

Abstract

The proposed theme is part of the Research Program “Development of instruments iusprivatistas legal guardians of the weak” based in the Research Center of Civil Law at the Faculty of Law, National University of Rosario.

The legal guardianship of the weakness is a new concept that overcomes the traditional protection of the person. In civil law, the centrality of the person, is a constant concern, not only because the highest value required of the law is justice, understood as the way to give people the greatest area of freedom for the development as such, but because it is the legal branch is particularly concerned with it.

In the context of parental responsibility are seen situations where the horizontal that should exist between parents and children has unevenness.

This deviation that denotes the legal weakness which may include children, has its origin in the prevalence of parental authority, in the character of holders of parental responsibility, the right of children in decision making that are linked to their rights (autonomy progressive). In particular, the approach is derived from the analysis of the impact that progressive autonomy in the field of personal rights of the child, child/adolescent. From failure analysis examines the right to the care of the body and right to compile id.

1. Encuadre

El tema propuesto forma parte del Programa de Investigación radicado en el Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario².

El Programa que denominamos *Desarrollo de instrumentos iusprivatistas tutelares de la debilidad jurídica* se integra con un conjunto de proyectos, entre los cuales se encuentra el que nos convoca³.

² Este trabajo es el resultado de la conferencia dictada en el marco de VI Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana, Cuba, 5 al 8-4-2011.

³ El Programa se inserta en el Programa de Incentivos de la Secretaría de Ciencia y Tecnología, Ministerio de Educación, República Argentina. Directora del Programa: Dra. Noemí L. Nicolau. Directores de los Proyectos que son parte del Programa: Carlos A. Hernández, Sandra A. Frustagli y Adriana N. Krasnow.

Las hipótesis de trabajo que se plantean están orientadas a demostrar que el Derecho Civil Constitucional, posee aptitud estructural para reconocer y proteger la debilidad jurídica de las personas, superándose los límites tradicionales impuestos por los principios de autonomía privada y propiedad privada. Se intenta acreditar que los múltiples desarrollos del Derecho Civil clásico en pos de proteger a la persona, no son suficientes ni eficientes para tutelar a los débiles jurídicos frente a los nuevos problemas que se suscitan en la sociedad actual y que es posible reformar los instrumentos existentes e implementar otros, a fin de tutelar a los débiles jurídicos frente a sus propias limitaciones, frente a los demás y a lo demás.

La tutela de la debilidad jurídica es un concepto nuevo y superador de la tradicional protección de la persona. En el Derecho Civil, la centralidad de la persona es una preocupación constante, no sólo porque el valor más alto que debe realizar el Derecho es la justicia, entendida como el modo de brindar a las personas el mayor espacio de libertad para que se desarrolle como tal, sino porque es la rama jurídica que se ocupa particularmente de ella.

En la actualidad es una exigencia ampliar los contornos de la centralidad de la persona a la centralidad de los débiles jurídicos cuando su debilidad es manifiesta. Según el *Diccionario* de la Real Academia, “débil” es quien carece de energías o vigor en las cualidades o resoluciones del ánimo. Es el opuesto al fuerte, vigor, potencia, capacidad, es decir, que posee autoridad y poder de decisión.

En toda relación intersubjetiva pueden existir débiles y fuertes: entre los miembros de una pareja casada o conviviente; entre padres e hijos; entre jóvenes y ancianos; entre el Estado y el ciudadano; entre profesor y estudiante; entre los económicamente fuertes y los económicamente débiles; entre proveedor y consumidor; entre otros supuestos. También entre grupos sociales pueden existir débiles y fuertes, por ejemplo, entre países desarrollados y países pobres; entre mayorías raciales y minorías étnicas.

Respecto de las relaciones de familia, si bien en el presente nos encontramos con vínculos horizontales respetuosos de la autonomía e igualdad de cada integrante, se observa en el marco de la responsabilidad parental situaciones donde la horizontalidad que debe reinar

entre padres e hijos presenta desniveles. Este desvío que denota la debilidad jurídica en que pueden encontrarse los hijos tiene su origen en el predominio de la autoridad de los padres, en el carácter de titulares de la responsabilidad parental, por sobre el derecho que tienen los hijos en la toma de decisiones que se vinculen con sus derechos (autonomía progresiva). En particular, se deriva el abordaje al análisis del impacto que produce la autonomía progresiva en el ámbito de los derechos personalísimos de la niña, niño y/o adolescente.

En este rumbo, dejamos atrás las nociones rígidas de capacidad-incapacidad de nuestro Código Civil para avanzar en una construcción que permita superar la debilidad jurídica en que pueden encontrarse los hijos ante la falta de reconocimiento de sus competencias para el ejercicio de sus derechos personalísimos.

Esta construcción encuentra respaldo en la Convención de los Derechos del Niño –en adelante, CDN–, la cual deja atrás la doctrina de la “situación irregular” por un nuevo modelo que cambia la situación de la niña, niño y/o adolescente en el Derecho. Nos estamos refiriendo a la doctrina de la “protección integral”, cuyo eje es la consideración de todo niño como sujeto titular de los mismos derechos que tienen los adultos, “...más un ‘plus’ de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo...”⁴

2. Punto de partida

Como el objeto de estudio propuesto se vincula de manera directa con los derechos humanos personalísimos de niñas, niños y adolescentes, resulta necesario acompañar una breve reseña del nuevo modelo que se introduce con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Este cambio de paradigma se ubica en la segunda mitad del siglo XX, cuando frente a las atrocidades sufridas por la humanidad como consecuencia de las dos guerras mundiales, la comunidad internacional impulsó una transformación orientada a la protección de la persona.

⁴ FAMÁ, María Victoria, *El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo en el marco de la responsabilidad parental*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) y HERRERA, Marisa (coord.), *La familia en el nuevo Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. II, p. 344.

Este movimiento de cambio, que dio lugar a lo que se definió como el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tuvo el firme propósito de poner fin a los sistemas totalitarios que, bajo el lema de la “paz social”, vulneraban los derechos fundamentales del individuo. Así, se ingresa en un período en el cual el objetivo está puesto en la defensa de los derechos humanos, surgiendo como pauta orientadora el principio *pro homine*. Conforme este principio, corresponde buscar la solución y/o aplicar la norma que resulte más favorable para la persona y sus derechos.

La consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos derivó en la formulación de instrumentos internacionales, suscriptos e incorporados al Derecho interno de los Estados Partes. Con este proceso, los Estados asumen el compromiso de adecuar sus legislaciones al contenido de los mismos, lográndose internamente un marco de reconocimiento y protección de los derechos humanos con un alcance universal.

En el Derecho interno, este propósito termina de cerrarse con la reforma constitucional del año 1994, mediante la cual se introduce una modificación en el sistema de fuentes que se corresponde con el nuevo modelo⁵. En el primer párrafo del inciso 22 del artículo 75, referido a las atribuciones del Congreso de la Nación, se confirma lo dispuesto por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”, al establecer que los tratados internacionales y los concordatos con la Santa Sede “tienen jerarquía superior a las leyes”⁶. A continuación, en el párrafo siguiente, se enu-

⁵ Sobre el tema ver, entre otros: MANILI, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003; EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997; BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho Constitucional y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995; PIZZOLO, Calogero, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El bloque de constitucionalidad federal*, en L. L. 2006-D-1023.

⁶ CSJN, 7-7-92, “Ekmekdjian, Miguel c/Sofovich, Gerardo”, L. L. 1992-C-543: “La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”, y “Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –aprobada por ley 19.865,

meran los Tratados, Convenciones y Pactos a los que expresamente se les otorga jerarquía constitucional: *la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.*

De esta forma, en la pirámide jurídica de nuestro Derecho interno se visualiza la concurrencia de dos clases de tratados internacionales que ocupan distinto nivel:

- a) Tratados con rango constitucional: comprende los enunciados expresamente en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y aquellos que con posterioridad a la reforma sean aprobados por el Congreso.
- b) Tratados con rango supralegal: aquellos que se ubican en la pirámide jurídica en un nivel inferior a los tratados con rango constitucional, pero en un nivel superior respecto a las normas de fondo.

De lo expuesto se desprende que, con la reforma del año 1994, cambia la estructura y forma de la pirámide jurídica: su cúspide se convierte en aplanada al ser compartida por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales del mismo rango. Este compartir el nivel superior del sistema de fuentes dio origen a lo que se denominó

ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al Derecho Internacional convencional sobre el Derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del Derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del Derecho Internacional por el propio Derecho interno”.

el Bloque de Constitucionalidad, definido por Bidart Campos como: “...un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios, o valores materialmente constitucionales, que no forman parte del texto de la constitución, sino que permanecen fuera de él compartiendo con aquél su misma supremacía y erigiéndose en parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales...”⁷

En este contexto, el Derecho de Familia adquiere otra dimensión, y en sintonía con el Derecho Internacional de Derechos Humanos, pasa a regular sus institutos en función de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares. Este nuevo enfoque, que asocia el Derecho de Familia con el Derecho Constitucional, deriva en un cambio terminológico que responde a su dimensión actual: el Derecho Constitucional de Familia.

Esta protección que se brinda a las personas y no a los institutos es el canal que permite avanzar en el diseño de un Derecho de Familia más humano y como tal respetuoso de la tolerancia, la igualdad y la participación. Desde esta dimensión, el contenido y ámbito de actuación se amplían, al comprender y proteger a la persona como miembro de una de las formas de familia que coexisten en la sociedad.

Desde este lugar, la Constitución Nacional reafirma este propósito, cuando en el inciso 23 del artículo 75 dispone entre los deberes del Congreso de la Nación: “...legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. De este enunciado, surge el deber del Estado de asumir un papel activo tendiente a lograr la efectividad de los derechos humanos personalísimos de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad o debilidad jurídica: niñas, niños y adolescentes, ancianos, mujeres y personas con discapacidad.

En este marco, y atendiendo a un Derecho de Familia respetuoso de la unicidad y autonomía de cada integrante de la familia, nos ocu-

⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1999-2000, t. I-A, p. 415.

pamos de cómo pueden superarse las limitaciones que les toca atravesar a los hijos respecto al ejercicio de sus derechos en el ámbito de las relaciones parentales.

3. Responsabilidad parental y autonomía progresiva

El término autonomía progresiva surge de los artículos 5° y 12 de la CDN, como así también, del artículo 3° de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes 26.061, al referir a las aptitudes que todo/a niño/a adquiere durante su crecimiento y desarrollo. Este reconocimiento de autonomía en el universo infancia exige adaptar el sistema de capacidad jurídica de los menores de edad tal como está regulado en el Código Civil argentino.

Este nuevo enfoque se vincula con las competencias de todo niño. La competencia es un concepto flexible que no se ajusta a un momento determinado, sino que se forma en función del desarrollo y madurez. En cambio, la capacidad jurídica responde a términos dispuestos en la norma.

En este sentido, resulta oportuno acompañar una breve referencia sobre un trabajo de Unicef, el cual al referir al equilibrio entre los derechos del niño y la familia fija tres reglas: 1) los niños son sujetos de derecho y los padres como titulares de la responsabilidad parental tienen un conjunto de deberes y derechos que apuntan a la efectividad de los derechos de los primeros; 2) a medida que evolucionan las facultades del niño, gradualmente los derechos de los padres pasan al niño y éste puede ejercerlos por sí mismo; 3) como los derechos pertenecen al niño, deben cumplirse donde él se encuentre o actúe. También se establecen criterios a tener en cuenta a la hora de definir la competencia del niño: a) habilidad de comprender y comunicar información relevante; b) habilidad de reflexionar y elegir con cierto grado de independencia; c) habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños; d) construcción de una escala de valores relativamente estable⁸.

Con este encuadre y vinculando la responsabilidad parental con la

⁸ LANSDOWN, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, en Innocenti Insight Unicef, Italia, 2005, p. 21.

autonomía progresiva, surge que los padres en el ejercicio del conjunto de deberes-derechos que les concede la norma, tienen que considerar el sentir del niño cuando se tomen decisiones vinculadas a su persona, dependiendo el grado de participación de la madurez y comprensión de la situación.

Los primeros avances en el desarrollo de un rol activo de las niñas, niños y adolescentes, se observa en el derecho de participación en el proceso de familia, exteriorizado en el contacto directo con el juez y en la posibilidad de contar con el respaldo de su propio patrocinio letrado⁹. En este sentido la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto: “El aplicador del

⁹ Sobre el derecho de participación de los NNA en el proceso, ver entre otros: CULACIATI, Martín M., *El derecho de los niños y adolescentes a ser oídos en el proceso de familia*, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2, N° 5, La Ley, Buenos Aires, 2010, ps. 26 y ss.; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina*, en KIELMANOVICH, Jorge y BENAVIDES, Diego (comps.), *Derecho Procesal de Familia*, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2008, ps. 179 y ss.; MORENO, Gustavo D., *La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño*, en *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 35, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 55 y ss.; MORELLO DE RAMÍREZ, María Silvia, *El derecho del menor a ser oído y la garantía del debido proceso legal*, en *Revista Derecho de Familia*, N° 35 cit., ps. 47 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El derecho constitucional del menor a ser oído*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 157 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., *La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061*, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), *Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Editores del Puerto-Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, ps. 82 y ss., y *Los derechos del niño y la ley 26.061*, en L. L. 2006-A-858; KIELMANOVICH, Jorge, *Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)*, en L. L. 2005-F-987; GOZAÍNI, Osvaldo A., *La representación procesal de los menores*, en L. L. 2009-B-709; LUDUEÑA, Liliana G., *El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional de su interés superior*, en *Revista Derecho de Familia*, N° 28, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 97 y ss.; PELLEGRINI, María Victoria, *Derecho constitucional del menor a ser oído*, en L. L. 1998-B-1336; CARRANZA CASARES, Carlos A., *La participación de los niños en los procesos de familia*, en L. L. 1997-C-1384; GUAHNON, Silvia V., *El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en el proceso de familia*, en L. L. 2004-I-826.

derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”. En la misma línea, la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño del año 2009 que refiere al “derecho a ser oído”, en la primera parte del párrafo segundo establece: “El derecho de todo niño a ser escuchado y tomado en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha identificado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, siendo los otros el derecho a la no discriminación, derecho a la vida y el desarrollo, y el principal la consideración del interés superior del niño, que pone de relieve el hecho de que este artículo establece no sólo un derecho en sí, sino que también deben ser considerados en la interpretación y aplicación de todos los demás derechos”.

Particular importancia reviste la opinión del hijo en las decisiones que refieren a derechos personalísimos de su titularidad¹⁰. En este ámbito, surgen preguntas cuyas respuestas se darán durante el desarrollo, como: los padres como representantes legales, ¿deciden respecto a derechos personalísimos de sus hijos?; estos derechos, ¿forman parte del conjunto de deberes y derechos comprendidos en el instituto de la responsabilidad parental?; estos derechos, ¿forman parte de la esfera de intimidad del hijo?

¹⁰ Sobre el tema, ver entre otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Dignidad y autonomía progresiva de los niños*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2010-3, *Derechos del paciente*, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, ps. 123 y ss.; MINYERSKY, Nelly, *Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo*, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, N° 43, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 131 y ss.; MINYERSKY, Nelly y HERRERA, Marisa, *Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061*, en GARCÍA MÉNDEZ (comp.), *Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Análisis de la ley 26.061* cit., ps. 43 a 70; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 520 y ss., y *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Comentada, anotada, concordada*, Ediar, Buenos Aires, 2007, ps. 281-325.

Destacamos que esta vinculación entre derechos personalísimos y el principio de autonomía progresiva encuentra su origen en el desarrollo del concepto de competencia en el campo de la Bioética, cuando se lo vincula con el derecho a la salud y al cuidado del propio cuerpo. Como antecedente se destaca el caso “Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority”, resuelto por la Cámara de los Lores en el año 1986. Frente a la oposición de una madre a que se les suministre métodos anticonceptivos a sus hijas menores de dieciséis años, la Corte resolvió: “...los derechos de los padres existen sólo para beneficio de los hijos y para permitirles cumplir sus deberes [...] el derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta...”

Este caso es un buen ejemplo para comprender la disociación entre capacidad civil, competencia y autonomía progresiva. Retomando lo expuesto al inicio de este punto, mientras que la capacidad es un término rígido que se ajusta a edades predeterminadas en la norma, la competencia es un concepto flexible que varía según el grado de madurez y desarrollo. Esta disociación es la que nos permite afirmar que el hijo puede ser un incapaz de hecho, pero competente para participar en toda situación que lo comprenda. Las competencias que el hijo incorpore contribuirán con el fortalecimiento progresivo de su autonomía (principio de autonomía progresiva). Esta autonomía merece y tiene que ser considerada en el ámbito de las relaciones parentales.

Como señalan Lloveras y Salomón: “...La autonomía progresiva configura, entonces, la faz dinámica en la capacidad del sujeto que facultaría a los mismos a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo; asimismo, significa también que esa voluntad o participación sea tenida en cuenta e, incluso, en ciertas oportunidades resolver conforme a dicha voluntad [...] responsabilidad parental y capacidad progresiva van de la mano, y son los pilares de la formación y maduración de los NNA, que transitan el adiestramiento en el ejercicio de los derechos de que son titulares...”¹¹

¹¹ LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009, ps. 418 y 419.

Como podemos apreciar, hoy nos encontramos dentro de un sistema de pesos y contrapesos: cuando por la madurez del niño su ámbito de autodeterminación se extienda, serán menores las facultades de los padres de intervenir en el ejercicio de estos derechos. Esta vinculación no busca consagrar una independencia total del hijo, sino que los padres ejerzan sus deberes-derechos respetando y acompañando a éste en la incorporación de competencias propias de las distintas etapas de desarrollo.

Podemos vincular este protagonismo del hijo en la toma de decisiones vinculadas a su vida con la modificación del régimen de mayoría de edad. El cambio que introduce la ley 26.579¹² responde a la CDN y a la ley 26.061 en cuanto ambas establecen que su contenido está destinado al sector de personas comprendidas hasta los dieciocho años de edad (art. 1º, CDN y art 2º, ley 26.061). La uniformidad que se concreta con este avance legislativo permite superar el blanco que se presentó al incorporarse al Derecho interno la CDN respecto a las personas comprendidas entre los dieciocho a veintiún años: dejaban de ser niños pero seguía la incapacidad respecto de ellos si nos ajustábamos a la letra de la ley.

4. La representación legal. Un cambio necesario

Como señalamos en el párrafo precedente, la ley 26.579 significó un avance importante en la adaptación de las normas de fondo con el principio de autonomía progresiva. Sin embargo, seguimos con un sistema de representación legal para los incapaces que no se corresponde con el lugar que hoy tienen las niñas, niños y adolescentes en el Derecho.

Esto se vincula con las preguntas que formulamos y que reiteramos: los padres como representantes legales, ¿deciden respecto a derechos humanos personalísimos de sus hijos?; estos derechos, ¿forman parte

¹² Modifica al Código Civil y al Código de Comercio. Fue sancionada el 2-12-2009, promulgada el 21-12-2009 y publicada el 22-12-2009. Destacamos que la armonía que se logra en lo que refiere a la edad no se extiende a la terminología que se emplea. La ley conserva la distinción entre “menores” y “mayores” en lugar del término “niño” o “niñas, niños y/o adolescentes”.

del conjunto de deberes y derechos comprendidos en el instituto de la responsabilidad parental?; estos derechos, ¿forman parte de la esfera de intimidad del hijo?

Partiendo de la noción de derecho personalísimo, podemos afirmar con total seguridad que los mismos pertenecen a la esfera de intimidad de las niñas, niños y adolescentes y no forman parte del conjunto de deberes y derechos que hacen al contenido del instituto de la responsabilidad parental. En efecto, Cifuentes nos enseña que los derechos personalísimos son aquellos: “derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical”¹³.

Respetando el lugar de las niñas, niños y adolescentes respecto a esta clase de derechos, el Código Civil español en su artículo 162 dispone que quedan exceptuados de la representación legal: “...a) los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...” En estos casos, la norma indica que los padres brindarán “asistencia” y “colaboración” a sus hijos, limitando su función a un acompañamiento.

Como puede observarse, limitar las facultades de los padres no implica dejar a los hijos en soledad, sino valorizar a estos últimos como sujetos libres y autónomos. Este reconocimiento de parte de los padres no importa un renunciamento, sino comprender y ejercer la función desde un lugar de cuidado, protección, sostén y formación.

En suma, entendemos que el lugar de las niñas, niños y adolescentes en el Derecho hoy exige reemplazar el sistema de representación por un régimen donde los padres brinden asistencia y cooperación a sus hijos.

Con este marco, podemos avanzar en algunas consideraciones sobre dos derechos humanos personalísimos que hemos seleccionado para el análisis. El recorte responde al interés de trasladar a ustedes pre-

¹³ CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 200.

cedentes jurisprudenciales y avances legislativos en Argentina que ponen en evidencia un cambio de rumbo.

5. El derecho a la salud y al cuidado de su propio cuerpo

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a intervenir en la toma de decisiones que se vinculen con su salud es una manifestación del derecho personalísimo a la libertad.

El derecho de autodeterminación se exterioriza a través del consentimiento informado, el cual deriva del principio bioético de autonomía. Este principio se asocia con la relación médico-paciente, que responde hoy a un vínculo horizontal donde el médico debe informar con un lenguaje comprensible al paciente y éste será libre al momento de decidir someterse o no al tratamiento, siendo el consentimiento informado el acto a través del cual se exterioriza su voluntad (derecho a la autodeterminación).

Siguiendo a Tobías, el consentimiento informado es “una manifestación del derecho a la libertad”: el paciente, al dar su conformidad con el tratamiento, “ejercita” ese derecho, haciendo uso de la facultad de decidir libremente lo que concierne a su propia persona¹⁴. Tratándose de un acto que pone en ejercicio derechos personalísimos, como sería el caso del derecho al cuidado del propio cuerpo, trasciende la esfera civil e ingresa en la esfera constitucional¹⁵. Como afirman Gorvein y Polakiewicz: “...El consentimiento del paciente transcurre en la esfera de los derechos humanos personalísimos; es, por tanto, de carácter no negocial...”¹⁶

Cuando se trata del derecho al cuidado del propio cuerpo de niñas,

¹⁴ TOBIAS, José W., *El consentimiento del paciente en el acto médico*, en E. D. 93-803.

¹⁵ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales (Su tratamiento en el ordenamiento jurídico español)*, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, Año 5, N° 2, La Ley, Buenos Aires, marzo-abril de 2003, ps. 1 y ss.

¹⁶ GORVEIN, Nilda Susana y POLAKIEWICZ, Marta, *El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo*, en GROSMAN, Cecilia (dir.), *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 136.

niños y adolescentes sujetos a responsabilidad parental, observamos la existencia de voluntades concurrentes: hijo y padres.

En el ámbito médico, y especialmente en pediatría, se parte de una ecuación que se corresponde con el principio de autonomía progresiva: consentimiento informado = permiso de los padres + conformidad del hijo.

La Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud 26.529¹⁷, cuando refiere al principio de autonomía en vinculación con niñas, niños y adolescentes, tiene en consideración el principio de autonomía progresiva en su artículo 2º: "...e) 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. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud..." Asimismo, el artículo 3º, al referirse al derecho de información tiene en consideración la competencia del paciente cuando establece que "A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre..."

Este avance de la ley resulta opacado por el texto de algunos de sus enunciados que conservan los términos que observamos a lo largo del trabajo, como representación y capacidad (arts. 4º, 5º, 8º, 10, 19, 20, ley 26.529)¹⁸.

Otra norma de alcance local que reconoce el principio de "autonomía progresiva" es el decreto 2316/2003 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reglamentario del artículo 4º de la Ley Básica de Salud 153. En su artículo 3º dispone: "Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado

¹⁷ Sancionada el 21-10-2009, promulgada el 19-11-2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20-11-2009.

¹⁸ Sobre el particular, ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Dignidad y autonomía progresiva de los niños* cit., ps. 136-137.

para la realización de estudios y tratamientos. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y maduración para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos...”

Ahora bien, cuando los padres no están de acuerdo con el acto médico que asiente el hijo, nos encontramos frente a un conflicto de intereses que tendrá que ser resuelto en función de un principio rector: el interés superior del niño.

Un antecedente con las características precedentes y que dio origen al reconocimiento de la “mayoría anticipada para el acto médico” fue el caso “Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority”. Con el tiempo se impuso este criterio en el Derecho Comparado.

En nuestro país, responden a esta línea las leyes sobre salud sexual y procreación responsable que se han dictado con alcance nacional y regional. Entre los precedentes registrados cabe citar un caso que puso fin a las discusiones existentes con relación al ejercicio del derecho a la salud y a la procreación responsable por parte de niñas, niños y adolescentes. El planteo vino de la Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y la Asociación Pro Familia y tenía por objeto la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 5^o¹⁹ y 7^o²⁰ de la Ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por considerar

¹⁹ Artículo 5º: “Destinatarias/os. Son destinatarias/os de las acciones de la presente Ley la población en general, especialmente las personas en edad fértil”.

²⁰ Artículo 7º: “Acciones. Se garantiza la implementación de las siguientes acciones: a. Información completa y adecuada y asesoramiento personalizado sobre métodos anticonceptivos, su efectividad y contraindicaciones, así como su correcta utilización para cada caso particular; b. Todos los estudios necesarios previos a la prescripción del método anticonceptivo elegido y los controles de seguimiento que requiera dicho método; c. Prescripción de los siguientes métodos anticonceptivos, que en todos los casos serán de carácter reversible, transitorio, no abortivos, aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación; elegidos voluntariamente por las/los beneficiarias/os luego de recibir información completa y adecuada por parte del profesional interviniente: de abstinencia periódica; de barrera que comprende preservativo masculino y femenino y diafragma; químicos que comprende: cremas, jaleas, espumas, tabletas, óvulos vaginales y esponjas; hormonales; dispositivos intrauterinos”.

que estos enunciados legales vulneraban los deberes-derechos que integran la responsabilidad parental. El 14 de octubre de 2003, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rechaza el pedido de inconstitucionalidad²¹. La doctora Conde en su voto sostuvo: “Las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad [...] Si bien el proceso hacia la autonomía personal de los niños requiere en forma relevante de la función socializadora de los padres, ello no obsta a que el Estado colabore con aquéllos y establezca ciertos objetivos básicos en relación con sus políticas en materia de salud y educación –en el caso, se cuestiona la constitucionalidad de los artículos 5º y 7º de la ley 418 de la Ciudad de Buenos Aires, de salud reproductiva y procreación responsable–, llevando a cabo las acciones tendientes a que se concreten estos fines...” Por su parte, el doctor Maier en su voto expresó: “La limitación de la autoridad de los padres, correlativa a la concesión de un derecho a los niños y adolescentes en edad fértil a recibir información y asistencia en materia de salud reproductiva, constituye un sacrificio razonable en aras de la consecución de los legítimos fines de la Ley 418 de la Ciudad de Buenos Aires –reducción de la morbilidad materna e infantil, prevención de embarazos no deseados y de abortos, prevención del sida y promoción de la responsabilidad y autonomía de las personas en edad fértil–; por ello, quienes impugnan la constitucionalidad de la norma deben demostrar que los medios escogidos son irracionales con respecto a los fines permisibles y permitidos establecidos, pues no basta con señalar que podría haber otros medios a disposición de los poderes públicos...”

Otra situación particular que puede presentarse es cuando, por la corta edad o la condición de personas por nacer, la ejecución del acto médico depende exclusivamente de la conformidad de los padres, pero

²¹ TSJ de la CABA, 14-10-2003, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, L. L. 2004-B-413.

éstos se oponen. Muchas veces la negativa proviene de creencias religiosas o prácticas culturales muy arraigadas en la persona de los padres que se contraponen con la práctica médica que corresponde llevar adelante. Si los médicos entienden que la negativa pone en riesgo la vida o salud del hijo, pueden recurrir a la justicia para que autorice la práctica o tratamiento médico.

En un caso que se registra en el año 2008, el padre de un niño de nueve días de vida se negaba a prestar autorización para una necesaria transfusión de sangre, fundando su renuencia en su pertenencia a la religión Testigos de Jehová. La jueza del Tribunal de Familia de Quilmes, en defensa del derecho a la vida del niño autorizó a los médicos a continuar con el tratamiento necesario para salvar la vida del paciente: “...Más allá de la urgencia del caso, cabe estar a lo preceptuado por los artículos 3º, 12 y concordantes de la CDN y 75, inciso 11 y concordantes, de la Constitución Nacional, en tanto que el niño por su corta edad, nueve días a la fecha del presente, no se encuentra en situación de tomar decisión alguna respecto de su propia salud (esto es, tener capacidad para saber, entender y decidir al respecto) por cuanto estamos ante un niño de muy corta edad sin capacidad jurídica para otorgar actos personalísimos –como son las decisiones acerca de la salud propia–”²².

Cabe hacer referencia a un caso reciente que trascendió a través de los medios masivos de comunicación. Una pareja se opuso a que su hijo recién nacido recibiera las vacunas comprendidas en el plan de vacunación obligatorio. Esta conducta responde a que ambos adhieren a la medicina homeopática, en particular, a la práctica ayurveda. La titular de la Asesoría de Incapaces N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata promovió una medida de protección de los derechos del niño, solicitando su internación en un nosocomio público a fin de que le sea administrada la vacunación conforme al protocolo oficial de vacunación y la dosis de vitamina K aconsejada, con el auxilio de la fuerza pública. La jueza de familia resuelve: 1) rechazar el pedido de internación; 2) garantizar el acceso del niño al derecho a la salud,

²² Trib.Fam. de San Isidro, 12-12-2008, *Actualidad en Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, N° 12, dic. de 2008, ps. 1401 y ss.

instando a sus progenitores para que le suministren las vacunas y medicación que a criterio médico corresponda de conformidad con el plan obligatorio de vacunación estatal. Contra esta decisión, la asesora de incapaces interpone recurso de reconsideración ante el Tribunal de Familia, que resuelve: 1) se desestima el recurso interpuesto; 2) se intima a los padres del niño a que procedan a la realización de entrevistas con un médico pediatra y un inmunólogo a fin de conocer acabadamente el riesgo que supone no vacunar al niño; 3) se le hace saber a los mismos que deberán adjuntar un plan de cuidado de salud del niño que asegure la protección del mismo en un porcentaje equivalente al que supone el suministro de vacunas, firmado por un profesional especializado en medicina alternativa; 4) corresponde a la actora el control de cumplimiento de lo ordenado, y 5) se deja expresamente establecido que con lo ordenado se concluye el objeto del expediente. Contra esta decisión, la asesora recurre ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Este máximo tribunal de la provincia, revoca la sentencia del Tribunal de Familia y se ordena que la causa vuelva al órgano competente para dar cumplimiento a lo ordenado en el punto IV del voto del juez que abre el acuerdo: "...a) Intimar a J. L. D. I. y K. U. progenitores del menor NN (o V) a que en el plazo perentorio de 2 (dos) días acrediten en autos el cumplimiento del Plan de Vacunación Oficial [...] b) La manda judicial referida precedentemente se hará bajo el apercibimiento de procederse a la vacunación en forma compulsiva [...] c) En el íter de cumplimiento de la orden judicial, deberá brindarse a los progenitores la información sanitaria pertinente, a fin de dar satisfacción con lo establecido en el inciso f, del artículo 2º la ley 26.529, debiéndose garantizar en todo momento que la presente no lesione el derecho a obtener un trato digno y respetuoso por parte del menor y su círculo familiar (inc. b, art. 2º, ley 26.529)..."²³

²³ SCJBA, 6-10-2010, "N. N. o U., V. Protección y guarda de personas", en L. L. Online, con nota de: RIVERA, Julio C., *Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales*, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2, Nº 10, La Ley, Buenos Aires, nov. de 2010, ps. 249 y ss.; CIANCARDI, Juan, *El derecho a la salud de los menores y la patria potestad. El caso*

Como podemos apreciar, en el caso nos encontramos con un niño que por su condición de bebé se encuentra en una situación de debilidad jurídica mayor a la de otros niños que por su grado de competencia pueden ser parte en la toma de decisiones. Esta realidad justifica un mayor protagonismo del Estado a través de medidas que garanticen la efectividad de los derechos comprometidos. Aclaramos que esta intromisión es justa y responde a lo dispuesto en la Convención: el Estado, la familia y la comunidad deben contribuir en el desarrollo y protección de los niños.

En situaciones como las descriptas, corresponde tener presente lo que la CDN dispone respecto al cuidado de la vida y la salud de los niños. En este sentido, el artículo 6º refiere al reconocimiento de los Estados Partes del derecho intrínseco de los niños a la vida, y el artículo 24 dispone que “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud [...] 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: [...] c) combatir enfermedades [...] f) desarrollar la atención sanitaria preventiva...” En función de estos enunciados a los que se suma la directiva general contenida en el artículo 18.1 de la Convención, los padres tienen el deber de tomar todas aquellas medidas tendientes a prevenir enfermedades, siendo el medio más apto la vacunación para aquellas patologías que pueden evitarse con este recurso.

De la reseña de estos casos surge que el legislador, en su función de legislar, y el juez, en su función de administrar justicia, están asumiendo el compromiso de abrir su pensamiento y amoldarse a un Derecho Constitucional de Familia, respetuoso de la igualdad y autonomía de la persona.

6. Derecho de identidad

En este ámbito, seleccionamos del conjunto dos fallos recientes

de vacunación obligatoria, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Año 3, Nº 1, La Ley, Buenos Aires, enero-febrero de 2011, ps. 247 y ss.; BIGLIARDI, Karina A. y ROCCA, María del Rosario, *La vacunación obligatoria y la elección de la medicina alternativa de los padres*, en L. L. B. A. 2010-1107.

para analizar, donde la justicia, asumiendo un rol activo, se ocupó de superar la debilidad jurídica del/la hijo/a frente a decisiones o conductas de uno o ambos padres lesivas del derecho de identidad²⁴. Si bien refieren a distintos elementos de este derecho humano personalísimo,

²⁴ Sobre identidad, ver entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes. Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2007; HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Universidad, Buenos Aires, 2008; GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia* cit., t. II; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13-2-2003, en el caso "Odievre c/France"*, en *Revista Derecho de Familia*, N° 26, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 77 y ss.; DUTTO, Ricardo, *El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2002-2, *Derecho Procesal de Familia – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 143 y ss.; CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo, *Prueba del ADN*, Astrea, Buenos Aires, 2001, ps. 183 y ss.; ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 325; BELFORTE, Eduardo y ZENERE, Gisela, *Derecho a la identidad*, en J. A. 1997-I-843; D'ANTONIO, Daniel H., *El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor*, en E. D. 165-1297; LLOVERAS, Nora, *La identidad personal: lo dinámico y estático en los derechos del niño*, en *Revista Derecho de Familia*, N° 13, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 71 y ss.; OTEIZA, Eduardo, *La doctrina de la Corte Suprema sobre el derecho del niño a conocer su identidad, la adopción y las facultades instructorias de los jueces penales*, en L. L. del 3-10-91; MENDOZA, Elena, *El derecho a la identidad, artículo 8º de la CDN*, en *Revista Derecho de Familia*, N° 10, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 59 y ss.; CIFUENTES, Santos, *El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido*, en L. L. 2001-C-759; LÓPEZ FAURA, Norma, *El derecho a la identidad y sus implicancias en la adopción*, en GROSMAN, *Los derechos del niño en la familia* cit., ps. 151 y ss.; OPPENHEIM, Ricardo E., *¿De qué hablamos cuando nos referimos al derecho de identidad en los casos de fecundación humana asistida?*, en E. D. 163-989; LEVY, Lea e IÑIGO, Delia, *Identidad, filiación y reproducción humana asistida*, en MINYERSKY, Nelly y BERGEL, Salvador (coords.), *Bioética y Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 259 y ss.; ZANNONI, Eduardo, *Adopción plena y derecho a la identidad personal*, en L. L. 1998-C-1179; GUTIÉRREZ, Delia, *Derecho a la identidad versus derecho a la intimidad*, en L. L. 1996-C-1376; GROSMAN, Cecilia P., *El derecho infraconstitucional y los derechos del niño*, en Libro de Ponencias del Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho en el Fin de Siglo, Santa Fe, 1996, ps. 240 y ss.; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

el encuentro se visualiza en el reconocimiento del derecho de participación del niño en el proceso, con el objeto de que su opinión sea considerada al momento de tomar una decisión que se vincule con su persona y sus derechos (arts. 3º y 12, CDN; arts. 3º, inc. b, 24 y 27, ley 26.061).

En uno de ellos, la cuestión a resolver refería a un aspecto de la identidad, como el nombre, contemplado en el artículo 8º de la CDN y en el artículo 11 de la ley 26.061. La causa se radicó ante el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de la ciudad de Rosario, donde la madre en representación de su hijo de 8 años solicitó una rectificación de la partida, con el fin de que se reemplace el apellido paterno por el materno, dejando aclarado que su pedido se limita al nombre y no se extiende al emplazamiento filial²⁵. De los hechos se desprende que, en otra causa, el padre había sido privado de la responsabilidad parental, por tratarse de una persona violenta y ausente que se abstuvo de cumplir sus funciones paternas. La carencia de vínculo paterno fortaleció los lazos con los miembros de la familia materna, como la madre, abuelos y tíos. El niño desde pequeño mostró su interés por el judaísmo, religión de la familia materna, asistiendo desde pequeño a una escuela confesional de la comunidad. La identificación con su estructura familiar monoparental hizo que el niño fuera conocido tanto en su ámbito social como escolar con el apellido materno. De su testimonio prestado ante el juez, surge que él pidió en la escuela y en su círculo social que lo nombren con el apellido materno e inclusive firma con el mismo. En atención a los hechos y en aras de proteger el derecho humano personalísimo comprometido, el juez ordena la supresión del apellido paterno y la inscripción del niño con el apellido materno. Entre los argumentos volcados en la sentencia se destacan: "...Junto con el concepto de seguridad, muy necesaria para la estabilidad emocional del niño, debe procurarse respetar en él la formación de un concepto de pertenencia, concepto que implica la posibilidad de enmarcar la vida del niño en ciertos ámbitos culturales, sociales y familiares estables, creando a través de identificaciones una identidad que debe ser respetada y alimentada. La pertenencia abarca a la familia, aún más allá del

²⁵ Trib.Coleg. Inst. Única de Fam. de la 5ª Nom., 25-2-2011, "K., S. y otro s/Modificación uso nombre", Rubinzal Online, RC J 3133/11.

grupo primario, el colegio, la ciudad, en el caso la religión hebrea practicada activamente por la familia materna, el barrio, el club, el grupo social [...] Bajo esta perspectiva este niño no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece –artículo 12, CDN– mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerársele como protagonista de su propia vida y no como un mero espectador, debiéndose tomar especialmente en cuenta esa opinión –ley 26.061–...”

Rescatamos como valiosa la decisión del juez, al encuadrar la situación de hecho descripta como un “justo motivo” que habilita apartarse del principio de inmutabilidad consagrado en la ley del nombre²⁶.

El otro caso refiere a un divorcio, en cuyo marco el marido en su condición de demandado reconvino por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves. Como prueba del adulterio, solicita la pericial biológica tendiente a demostrar que la hija habida durante el matrimonio –de 14 años de edad– es fruto de la relación extramatrimonial de la madre con un tercero durante el matrimonio. La madre de la niña y la defensora se opusieron a la medida, sin perjuicio de lo cual la Cámara confirmó la decisión del juez de primera instancia que había ordenado su producción, con fundamento en el principio de amplitud probatoria que rige para el divorcio y el derecho personalísimo de la niña de acceder a su verdadera identidad en referencia a la realidad biológica. La parte vencida recurre ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y este máximo tribunal revoca la sentencia apelada. Acompañamos una breve reseña de los argumentos de mayor relevancia²⁷: “...Debe revocarse la sentencia que, con fundamento en el principio de amplitud probatoria y el derecho personalísimo de conocer la verdadera identidad, ordenó

²⁶ En cambio, se registra otro antecedente jurisprudencial que con hechos similares no hizo lugar a la supresión del apellido paterno: CNCiv., sala G, 4-3-2008, “N. A., F. y otro c/V., S. R. s/Privación de la patria potestad”, en RDF 2008-III-20, con nota que desaprueba el fallo de BONAPARTE, Carolina A., *La identidad vs. el nombre. ¿Qué protegemos? ¿“Derechos” o a los titulares de esos derechos?*, ps. 27 y ss.

²⁷ CSJN, 10-8-2010, “P. de la S., L. del C. c/P., G. E.”, L. L. 2010-E-426, con notas de: ARAZI, Roland, *La regla de amplitud probatoria vs. los derechos del niño*, en L. L. 2011-A-475; BIGLIARDI, Karina A., *El interés superior y el derecho a ser oído del niño*, en L. L. del 29-9-2010.

la realización de la prueba de ADN respecto de una niña, pues [...] se trata de un dato asociado a la identidad personal de ella y por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona –tanto positivas como negativas–, el a quo omitió efectuar el examen que la hermenéutica constitucional le exigía en punto a los efectos que podía traer aparejada para la menor la producción de esa prueba, y no requirió la opinión de la niña, pese a que los artículos 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 27 de la ley 26.061, garantizan el derecho de los menores a ser oídos [...] Ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmático o remisiones a fórmulas pre-establecidas...”

Traer a comentario estos dos casos tiene como propósito poner en evidencia que frente a conflictos entre derechos humanos personalísimos que tienen igual jerarquía y son de alcance relativo, corresponde hacer un juicio de ponderación para definir qué derecho debe elevarse en función de las circunstancias de hecho que lo exigen. Tratándose de situaciones donde se encuentran comprometidos derechos de las niñas, niños y adolescentes, quien dirima el conflicto deberá seguir la guía marcada por el principio de interés superior del niño (art. 3º, CDN y ley 26.061) y tras la determinación del derecho de mayor “peso”, construirá una solución que permita superar la situación de debilidad jurídica en que pueda encontrarse el hijo como sujeto de la relación parental.

Como señalan Gil Domínguez, Famá y Herrera, “...el punto neurálgico de la labor judicial –que, recordemos, tendrá la última palabra en el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en un Estado Constitucional de Derecho– residirá en la ponderación o evaluación del ‘peso’ de los derechos fundamentales que entran en colisión en un caso concreto de acuerdo con las condiciones fácticas que lo definen...”²⁸

²⁸ GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia* cit., t. I, p. 526.

7. Cierre

A modo de cierre, enunciamos como conclusiones y/o propuestas:

- a) Hoy nos encontramos con un Derecho de Familia respetuoso de la tolerancia, igualdad, autonomía y participación.
- b) Los derechos personalísimos pertenecen a la esfera de intimidad de las niñas, niños y adolescentes y no forman parte del conjunto de deberes y derechos que hacen al contenido del instituto de la responsabilidad parental.
- c) La ubicación que las niñas, niños y adolescentes tienen hoy en el Derecho exige reemplazar el sistema de representación legal por un régimen donde los padres brinden asistencia y cooperación a sus hijos.
- d) La adecuación de los alcances de la función parental permitirá diseñar un sistema de complementariedad entre el instituto de la responsabilidad parental y el principio de autonomía progresiva.
- e) El legislador, en su función de legislar, y el juez, en su función de administrar justicia, deben asumir el compromiso de abrir su pensamiento para actuar conforme los valores y principios que iluminan el Derecho Constitucional de Familia.

LA ARMONIZACIÓN TRIBUTARIA EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN. EL CASO DEL MERCOSUR

**BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO
Y PERSPECTIVAS**

por **SERGIO HERNÁN MÁS VARELA**

SUMARIO: *Capítulo 1. La armonización tributaria en los procesos de integración.* 1. Características de la armonización tributaria en los procesos de integración. 2. Mecanismos de armonización. *Capítulo 2. La armonización tributaria en el Mercosur. Marco normativo y conceptual.* 1. El Mercosur. Caracteres. 2. La armonización tributaria. 2.1. Mecanismos de armonización tributaria. 2.2. Principios jurisdiccionales. 2.3. Los criterios de armonización para los impuestos internos. Primera aproximación. *Capítulo 3. Sistemas tributarios del Mercosur. Asimetrías y distorsiones.* 1. Análisis preliminar. 2. Análisis por tipo de impuesto. 2.1. Impuestos generales al consumo. 2.2. Impuestos selectivos al consumo. 2.3. Impuestos sobre las rentas. 2.4. Impuestos al patrimonio. 3. La incorporación de Venezuela. 4. Consideraciones. *Capítulo 4. Conclusión final.*

Resumen

A partir del marco normativo del Tratado de Asunción, la diversidad y complejidad de las estructuras tributarias de los países miembros del Mercosur no debe resultar obstáculo para cumplir con el objetivo de su armonización, a través de la implementación de mecanismos de coordinación que tengan por objetivo la neutralidad tributaria y evitar tratos discriminatorios. La coordinación de tributos a la circulación de la riqueza se presenta como prioritaria, pero no por ello menos problemática, atento a la existencia de impuestos subnacionales en Argentina y Brasil de difícil armonización. En materia de impuestos directos, debería coordinarse el principio jurisdiccional a adoptar y ge-

neralizar el impuesto a las rentas en Paraguay. Todo ello sin perjuicio de coordinar también otros aspectos de la actividad financiera de los países miembros, como ser el gasto, el endeudamiento y la política monetaria.

Abstract

Taking the Asuncion Treaty as a starting point, the diversity and complexity of the tax structures in member countries of the Mercosur should not be an obstacle to fulfill the harmonization plan, though the implementation of coordination mechanisms that are aimed to be neutral and to avoid discriminatory treatment regarding taxes. The coordination of taxes regarding wealth distribution is a priority, but it is not less problematic, given the existence of sub-national taxes in Argentina and Brazil that are difficult to reconcile. As regards direct taxes, the jurisdictional principle to adopt and generalize the rent taxes in Paraguay should be coordinated. In addition to this, other aspects of the financial activity of the member countries, such as expenditures, indebtedness and monetary policy should also be coordinated.

Capítulo 1 – La armonización tributaria en los procesos de integración

1. Características de la armonización tributaria en los procesos de integración

La coordinación de los sistemas tributarios de los Estados que forman parte de un proceso de integración dirigido hacia la unión económica, se convierte en un aspecto que presenta cada vez mayor relevancia a medida que se avanza en el desarrollo de las sucesivas instancias propias de aquel proceso.

Como se ha afirmado, “la armonización fiscal no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento para evitar las disparidades en la carga fiscal de los Estados Miembros”¹.

¹ *XXII Jornadas Tributarias* celebradas en la Ciudad de Mar del Plata los días 12, 13 y 14 de noviembre de 1992, bajo la organización del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Capital Federal.

Los obstáculos, restricciones o barreras que se presentan en este aspecto pueden ser tanto arancelarias (por los llamados impuestos “externos”) y para-arancelarias como fiscales o tributarias. Atento a que las primeras representan una problemática de resolución urgente en un proceso de integración, la llamada armonización tributaria suele incluirse en la agenda de negociaciones una vez que se han superado instancias fundamentales en materia arancelaria, pero no por ello resulta menos importante considerando que su éxito será sustento del proceso de integración.

Es que las falencias en la armonización de estructuras tributarias en un proceso de integración afectan tanto la competencia entre los actores económicos de los distintos países como la localización de inversiones económicas directas, lo que conspira contra el proceso de asignación óptima de los recursos productivos, alterando el flujo de capitales o el grado de sustitución de los factores de producción.

Por lo tanto, el objetivo de la armonización tributaria será lograr que los impuestos sean neutrales, de tal forma que no provoquen distorsiones en las decisiones de los agentes económicos.

Dicha tarea no resulta sencilla, atento a que los sistemas tributarios responden a políticas insertas en las políticas globales de gobierno, en las que priman objetivos tanto fiscales como extrafiscales y que se encuentran condicionadas por exigencias muchas veces coyunturales.

No obstante, siguiendo a González Cano², existen distintos mecanismos de armonización de la legislación tributaria interna, tendientes a homogeneizar las diferencias fiscales.

2. Mecanismos de armonización

Para comenzar, el mecanismo relacionado con un grado de máxima armonización es la *uniformación* o igualación de los tributos de los distintos estados, con el objeto de “uniformar las cargas impositivas que recaen sobre la misma materia imponible en identidad de circunstancias”, de tal manera que se verifique entre los regímenes tributarios la identidad de sujetos pasivos, de hechos imponibles y de alícuotas.

² GONZÁLEZ CANO, Hugo, *La armonización tributaria y la integración económica*, Ediciones Interoceánicas, Buenos Aires, 1994.

Dada la consecuente rigidez de este mecanismo, así como de la necesaria abdicación de soberanía y necesidad de organismos supranacionales para llevarlo a la práctica, puede decirse que ni siquiera la Unión Europea, paradigma de la integración, ha podido todavía alcanzar acabadamente esta instancia.

A modo de alternativa, la *compatibilización* aparece como un mecanismo más cercano a la realidad de los procesos de integración. Mediante ella se procura adecuar “la estructura de los gravámenes para que puedan aplicarse mecanismos compensatorios que permitan neutralizar o anular los efectos distorsionantes de la disparidad de cargas tributarias sobre el proceso de integración”³, pero sin llegar a la uniformidad de estructuras tributarias.

A fin de lograr la igualdad en el tratamiento impositivo entre el bien local y el importado, existen distintos *principios jurisdiccionales*, tanto en la imposición a las rentas (criterios de fuente o residencia), como para los impuestos al consumo (origen o destino). En estos últimos, se pretende que la imposición sea exclusiva en el país de destino o en el de origen de las mercaderías.

Cualquiera sea el finalmente adoptado, los Estados integrantes de un grupo económico deben aplicar un mismo criterio. Así, a modo de ejemplo, para el Mercosur, el Tratado de Asunción en su artículo 7º establece: “que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado parte gozarán en los otros Estados partes del mismo tratamiento que se aplica al producto nacional, por consiguiente *se sigue el principio de imposición del país de destino*”. De esta manera, se gravan las importaciones y no las exportaciones de bienes y servicios. Para el país exportador, se exime la operación y se reconocen créditos por insumos gravados, mientras que el importador le aplicará al bien importado una tasa similar al bien de origen nacional, de manera tal de impedir cualquier clase de medidas proteccionistas discriminatorias a favor de los productos locales. De este modo, mediante ajustes en frontera, se mantiene la autonomía fiscal, se evita la doble imposición, se logra neutralidad fiscal en las transacciones comerciales, la recaudación del tributo se

³ GONZÁLEZ CANO, ob. cit.

realiza en el país donde los bienes son consumidos y se permite conocer con certeza la carga tributaria de los bienes y servicios exportados⁴.

De adoptarse el principio de origen se gravará exclusivamente en el país de donde proviene la mercadería o servicio. Para posibilitar la implementación de esta modalidad, que conlleva la resignación de potestad tributaria de los Estados partícipes, será necesario:

- “a) generar un sistema de compensaciones de impuestos entre los Estados Partes tal que se eliminen los efectos fiscales de los desbalances en el comercio entre ellos;
- ”b) igualar o tender a la igualación de los impuestos, en especial en lo que se refiere a alícuotas y exenciones;
- ”c) lograr un alto grado de eficiencia en las administraciones tributarias, intentando que logren entre ellas similares metas en la lucha contra la evasión;
- ”d) alcanzar un avanzado proceso de integración entre los países miembros”⁵.

Es dable destacar que en la Directiva 6 de la Unión Europea, a pesar del importante grado de avance en el proceso de integración, se ha adoptado el régimen de destino para el impuesto generalizado a los consumos, atento a la diversidad de alícuotas entre los países integrantes.

Capítulo 2 – La armonización tributaria en el Mercosur. Marco normativo y conceptual

1. El Mercosur. Caracteres

El Tratado de Asunción suscripto en 1991 por los mandatarios de la República Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay aspira a conformar un espacio de integración como Mercado Común, en el que se pretende la eliminación de fronteras económicas promoviendo la libre circulación de personas, mercaderías, servicios y capitales, como así también el establecimiento de políticas sociales y culturales comunes y la ela-

⁴ Cfr. AMERISO, Claudia C., en *Del Mercosur*, coord. por Miguel A. Ciuro Caldani, Ciudad Argentina, Buenos Aires.

⁵ *XXII Jornadas Tributarias* cit.

boración de un conjunto de reglas comunitarias dictadas por órganos a los cuales los Estados les delegarían facultades legislativas y jurisdiccionales.

Este objetivo, fijado inicialmente para ser cumplido en etapas, se ha logrado sólo parcialmente, dejando apenas atrás la instancia de Zona de Libre Comercio, para conformar actualmente una Unión Aduanera, definida en el artículo XXIV, 8ª del GATT como la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio, aunque en este caso de tipo “imperfecta”. Así, quedan eliminados los derechos aduaneros dentro de los territorios que conforman la unión aduanera y cada uno de esos Estados en sus relaciones con terceros países aplicará un único e idéntico arancel aduanero (arancel externo común), existiendo además una política comercial exterior también común.

Lejos está entonces el Mercosur de alcanzar lo que constituye la siguiente instancia de todo proceso de integración, esto es un Mercado Común, la que, en el caso de la Unión Europea (el gran paradigma de la integración) ya ha sido, a su vez, superada, al lograr un sistema político, jurídico-económico y social diferenciado de los diversos Estados miembros que la conforman.

Entre los obstáculos que el Mercosur ha encontrado en su camino hacia la integración se halla el aspecto fiscal, y específicamente el tributario. Las falencias en la armonización de estructuras tributarias en un proceso de integración afectan tanto la competencia entre los actores económicos de los distintos países como la localización de inversiones económicas directas, lo que conspira contra el proceso de asignación óptima de los recursos productivos, alterando el flujo de capitales o el grado de sustitución de los factores de producción y, por ende, contra el futuro del propio proceso de integración.

Además, como se ha manifestado desde el propio Poder Ejecutivo de la República Argentina: “La armonización tributaria no sólo tendría una función instrumental en lo económico sino también en lo político (González-Páramo, 2000). En lo económico su función se centra en crear las condiciones para alcanzar un mercado único. Desde lo político, la armonización resulta deseable para los procesos de integración en la medida que confiere consenso acerca de las reglas de juego a nivel fiscal, asegurando un reparto equitativo de las ganancias del mercado

interior a través de un reparto de los ingresos y una suavización de los incentivos al arbitraje fiscal. En una federación existen instituciones (Constitución, Parlamento, Acuerdos) que limitan el accionar de los niveles subfederales. En un proceso de integración, aun cuando existan instituciones supranacionales, se conserva un mayor grado de autonomía; quizás en ese factor se justifique la necesidad de un mayor grado de homogeneización fiscal”⁶.

Otra cuestión a considerar es que en el Mercosur los dos países más significativos que lo integran (Argentina y Brasil) presentan un esquema de gobierno federal, con la consecuente potestad de aplicar impuestos por parte de los niveles subnacionales (provincias, estados o municipios, según el caso).

Esta descentralización fiscal, que según la doctrina (Buchanan, Oates, etc.) y de la mano del principio de correspondencia, es requerida para lograr un nivel óptimo de prestación de bienes públicos y de eficiencia en la recaudación, exhibe el inconveniente de la posibilidad de favorecer las “guerras fiscales” que, de concretarse, suboptimizarían aquellos objetivos, ocasionando un *race to the bottom* recaudatorio, con un seguro resultado de déficit presupuestario.

Por su parte la centralización, propia de los otros países miembros (Paraguay y Uruguay), no permite la necesaria correspondencia entre impuestos y gastos, lo que induciría a producir un incremento en estos últimos.

Como puede apreciarse, estas asimetrías en la propia organización estatal de los miembros del Mercosur podrían constituir un obstáculo a la hora de coordinar las estructuras fiscales de los mismos.

Es que la competencia fiscal, deseable en tanto optimice estas estructuras, puede ir en detrimento del proceso de integración y aun de los propios fiscos nacionales.

No obstante ello, y como se ha dicho: “La existencia de problemas internos no debería ser una limitación para la coordinación a nivel regional; tal vez todo lo contrario: la buena experiencia en lo comercial es una apropiada medida para intentar algo similar en lo tributario.

⁶ Centro de Economía Internacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, en Estudios del CEI N° 10: *Armonización Fiscal en el Mercosur: Aspectos tributarios e incentivos*, agosto de 2005, p. 19.

Realizada en forma correcta, el Mercosur podría ser una tecnología de compromiso apta para avanzar en una coordinación que permita incluso contener las disputas entre provincias y entre éstas y el Estado federal”⁷, a partir de lo cual se colige la necesidad de la armonización tributaria a modo de instancia necesaria en un proceso de integración como el Mercosur.

2. La armonización tributaria

La armonización tributaria consiste en “acordar políticamente reglas sobre los tipos de gravamen, definición de bases imponibles y otros aspectos determinantes de los impuestos”⁸, o también se la ha definido como “un proceso de selección de las medidas necesarias para su adopción en los países involucrados en el proceso de integración económica, a fin de que la tributación no cree obstáculos ni distorsiones al desarrollo del mercado común y, de ser posible, para que la tributación contribuya al logro de los objetivos del propio proceso de integración”⁹.

En la Asamblea General del CIAT, llevada a cabo en Buenos Aires en 1997, la Secretaría de Ingresos Federales de Brasil entendió que a través de la armonización tributaria se busca minimizar los efectos de la tributación sobre las decisiones de consumo y producción¹⁰.

La por entonces Comunidad Económica Europea, a través de su comité fiscal, entendió que “armonización fiscal” son “las condiciones de tributación y de gasto público similares al de una economía unificada”, en un concepto más amplio que los anteriores, al incluir las distorsiones generadas, por ejemplo, por el gasto social.

En específica relación con las distorsiones, y siguiendo a Macón¹¹,

⁷ Centro de Economía Internacional, ob. cit., p. 19.

⁸ Centro de Economía Internacional, ob. cit., p. 25.

⁹ FAGET, Alberto, *Armonización tributaria en los países miembros del Mercosur*, en *Mercosur. Consideraciones básicas para la armonización tributaria*, coord. por Raúl E. Roa, AMFEDGI, 1993, p. 238.

¹⁰ LAMAGRANDE, Alfredo, *Perspectivas de la armonización fiscal interna en el Mercosur*, en *1^{er} Congreso del Mercosur de contabilidad, auditoría y tributación*, t. III, p. 339.

¹¹ MACÓN, Jorge, *Armonización fiscal en el Cono Sur*, Consejo Federal de Inversiones, 1998, p. 21.

puede afirmarse que, si bien todos los sistemas tributarios ejercen una presión sobre los contribuyentes, incitándolos a una acción o una abstención, al referirnos al concepto de distorsión, en realidad estamos aludiendo al de “neutralidad”, en virtud del cual un impuesto no debe causar costos económicos superiores a la recaudación misma (“carga excedente”). En otras palabras, a la pérdida económica causada por el pago del tributo se le adiciona un cambio de los hábitos de consumo o de insumo de unos productos hacia otros que provocan una menor satisfacción o rentabilidad.

Esta búsqueda de la neutralidad fiscal a través de la armonización a nivel regional presenta una serie de ventajas, a saber:

“Genera consensos contra los lobbies nacionales o subfederales, para los que compromisos internacionales resultan ser más difíciles de vulnerar, como se ha probado en la experiencia del Mercosur.

”Proteger de comportamientos oportunistas que buscan ganar inversiones del socio manipulando la política tributaria.

”Limitar la posibilidad de crisis fiscales asegurando la sanidad de las cuentas públicas en los acuerdos de armonización.

”Reducir la vulnerabilidad externa estableciendo regulaciones impositivas a los flujos de capitales de corto plazo.

”Potenciar la capacidad de atraer inversiones al grupo de países a partir de una política de incentivos adecuada que optimice la relación incentivo-monto invertido”¹².

El Tratado de Asunción, si bien “...parece ocuparse más de los aspectos arancelarios y aduaneros que de los impuestos interiores de los países miembros”¹³, contempla esta problemática en su artículo 1º al prescribir que el mercado común implica:

- a) La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercancías “y de cualquier otro medio equivalente”;
- b) La coordinación de la política fiscal, entre otras, y

¹² Centro de Economía Internacional, ob. cit., p. 26.

¹³ AMIGO, *Los impuestos indirectos y los procesos de integración económica*, en *Mercosur. Consideraciones básicas para la armonización tributaria* cit., p. 217.

- c) El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el proceso de integración.

Además, su artículo 7º establece que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un Estado Parte gozarán en otros Estados Partes del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional.

Esta manifestación del principio de no discriminación, en este caso como “trato nacional”, presenta una característica diferenciadora de su cláusula equivalente en los tratados del GATT, ALALC o ALADI. Es que estos tratados “no hablan de mismo tratamiento, sino que establecen que tendrán un tratamiento no menos favorable o impuestos superiores a los aplicados a los productos nacionales similares [...] (esto) [...] implica que, mientras en el GATT, ALALC y la ALADI permitían y permiten a los países miembros darle un mejor tratamiento al producto importado que al nacional, el Mercosur no lo permite; sólo podrá darle el mismo tratamiento, pero no mejor, que al producto nacional”¹⁴.

Puede apreciarse, entonces, que si bien el Tratado no establece un verdadero “derecho tributario de la integración”, *el concepto de armonización*, en particular en lo referente al aspecto fiscal y con específica mención a lo impositivo, *integra de manera explícita el contenido de voluntad manifestado por los representantes de los países miembros del Mercosur en este Tratado*, con el objetivo de lograr la libre circulación de productos (bienes y servicios) y factores productivos, sin distorsiones fiscales, de manera escalonada a partir de un mercado común ampliado y a llevarse a cabo por etapas, en un marco de amplia libertad para cada país en la decisión de establecer otros cursos a la política fiscal¹⁵.

Seguidamente efectuaremos un breve repaso de los distintos me-

¹⁴ LIPOVETZKY, J. C. *et al.*, *Mercosur: estrategias para la integración*, Editora LTr., San Pablo, 1994, p. 138, citado por BASALDÚA, Xavier, en *Mercosur y Derecho de la integración*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 540.

¹⁵ Cfr. BRODSKY, Mario, *Las dificultades para implementar un sistema de impuestos en el Mercosur*, en *Revista de Derecho del Mercosur*, N° 1, febrero de 1999.

canismos y principios susceptibles de ser aplicados a la hora de definir el modelo de armonización a seguir.

2.1. *Mecanismos de armonización tributaria*

Como hemos referido¹⁶, a fin de desandar este proceso, existen distintos mecanismos de armonización de la legislación tributaria interna, tendientes a homogeneizar sus diferencias entre los distintos países miembros de un proceso de integración, tal como son la *uniformación*, la *compatibilización* y la combinación de los anteriores, llamado “método de la diferencialidad”, consistente en pergeñar “sistemas de tributación diferentes, preferenciales para aquellas regiones que requieren especial tratamiento como estímulo ya sea a la realización de inversiones o el desarrollo de determinadas actividades”¹⁷.

Es la *compatibilización* el camino a seguir para procurar la armonización tributaria entre los países del Mercosur, considerando el actual grado de avance de dicho proceso de integración y las dificultades que el mismo presenta a la hora de procurar su profundización.

En todo caso: “el desafío de la armonización está en buscar un razonable equilibrio entre soberanía y subordinación”¹⁸, siempre teniendo en miras los objetivos del mercado común a fin de adecuar las pautas a aplicar.

2.2. *Principios jurisdiccionales*

A su vez, y a fin de lograr la igualdad en el tratamiento impositivo entre el bien local y el importado, existen distintos *principios jurisdiccionales*, tanto en la imposición a las rentas (criterios de fuente o residencia), como para los impuestos al consumo (origen o destino). En estos últimos, se pretende que la imposición sea exclusiva en el país de destino o en el de origen de las mercaderías.

Cualquiera sea el finalmente adoptado, los Estados integrantes de un grupo económico deben aplicar un mismo criterio.

¹⁶ Ver características de los sistemas en Capítulo 1.

¹⁷ FAGET, ob. cit., p. 329.

¹⁸ REZENDE, Fernando, en *2º Seminario Mercosur, perspectivas y problemas*, Centro de Economía Internacional, p. 51.

De adoptarse el *principio de origen* se gravaría exclusivamente en el país de donde proviene la mercadería o servicio, e implicaría la retención de potestades tributarias interiores por parte de los países vendedores y la consecuente resignación de potestad tributaria del país comprador, pasando los mercados internacionales a ser mercados interiores¹⁹. Las características de este principio han sido referidas en el Capítulo 3, al que nos remitimos.

No es el principio de origen el criterio adoptado para el Mercosur, y probablemente tampoco lo será hasta tanto no logre alcanzar un estadio más avanzado en su proceso de integración.

Así, el Tratado de Asunción en su artículo 7º establece: “que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán en los otros Estados Partes del mismo tratamiento que se aplica al producto nacional, por consiguiente se sigue el *principio de imposición del país de destino*”.

El resultado es la imposición sobre las importaciones y no sobre las exportaciones de bienes y servicios. En este último caso, el país exportador exime la operación y reconoce créditos por insumos gravados. Por el lado de la importación se evita la discriminación entre bienes locales y extranjeros al aplicarse a estas últimas una tasa similar a los de origen nacional. De este modo, mediante ajustes en frontera se mantiene la autonomía fiscal, se evita la doble imposición, se logra neutralidad fiscal en las transacciones comerciales, la recaudación del tributo se realiza en el país donde los bienes son consumidos y se permite conocer con certeza la carga tributaria de los bienes y servicios exportados²⁰.

Este mecanismo no necesita la asimilación intensa de las respectivas estructuras tributarias, ligadas estrechamente a aspectos históricos, sociales, económicos e institucionales y por ende resistentes al cambio, pero sí mantiene vigentes las fronteras fiscales, lo que a su vez, conspira a corto plazo con la consecución del objetivo de integración.

¹⁹ Cfr. SOSA JOVELLANOS, Carlos, *Los impuestos en el Mercosur*, en *Realidades y perspectivas del Mercosur*, Universidad Católica Argentina, 1992, p. 311.

²⁰ Cfr. AMERISO, ob. cit.

2.3. *Los criterios de armonización para los impuestos internos. Primera aproximación*

La armonización de los impuestos internos de un proceso de integración como el Mercosur tiene por objeto procurar corregir distorsiones que se producen en las condiciones de competencia de los productos intercambiados entre los distintos países miembros, al afectar su estructura de costos y de precios (principalmente a partir de la aplicación de impuestos generales o selectivos al consumo de bienes y servicios), así como también las distorsiones en la rentabilidad de los proyectos de inversión, al afectar la movilidad de los factores de producción (principalmente por la aplicación de impuestos directos sobre empresas y personas físicas)²¹.

En el caso de los impuestos generales y específicos al consumo, el Tratado de Asunción expresa claramente la voluntad de evitar que un bien que se vende en un país miembro sufra una carga impositiva diferente por el hecho de ser originario de otro país miembro, para lo que adopta el principio jurisdiccional de destino (art. 7°).

En tanto, para el caso de los impuestos que gravan la renta o el patrimonio, su armonización resulta menos acuciante mientras no se profundice el proceso de integración. No obstante, atento a que el mecanismo a utilizar para los mismos sería el de uniformación o igualación, sería conveniente iniciar el proceso de armonización en relación con los impuestos que gravan a las empresas, debiendo atender en primer lugar qué principio jurisdiccional se coordinará aplicar en común: el de la fuente (territorial) o el de residencia (renta mundial o *world wide tax*), que pueden afectar de manera más inmediata las decisiones de localización de inversiones productivas.

Capítulo 3 – Sistemas tributarios del Mercosur. Asimetrías y distorsiones

1. Análisis preliminar

Como hemos visto, el instrumento fundacional del Mercosur prevé en su artículo 7° la armonización tributaria como objetivo a ser al-

²¹ GONZÁLEZ CANO, ob. cit., p. 60.

canzado, la cual “busca ‘nivelar el campo de juego’ para todos los países miembros en la aplicación de los impuestos, eliminando gradualmente las distorsiones que podrían existir en los cuatro países miembros”²².

La estructura federal de Argentina y Brasil, distinta de la unitaria de Paraguay y Uruguay, de por sí constituye un problema a resolver para lograr el cometido del Tratado de Asunción. Esta situación es proclive a la competencia fiscal, atento a que las decisiones de política tributaria que toman los Estados subnacionales de aquellos países en el afán de atraer inversiones pueden generar efectos en otros de la región. A mayor grado de autonomía subnacional, mayor posibilidad de producirse estas situaciones.

Pero no sólo el motivo “inversiones” puede generar distorsiones. También a nivel nacional la solución de situaciones de coyuntura económica a través de políticas tributarias puede provocar coletazos en las economías vecinas mediante la creación de impuestos distorsivos pero de fácil recaudación, como es el caso del impuesto a los débitos y créditos en la Argentina.

Por otra parte existen situaciones de larga data entre las que se encuentra el impuesto sobre los ingresos brutos provincial de la Argentina, plurifásico, con efecto cascada, piramidal y distorsivo, el cual debería haber comenzado a desaparecer a partir de la firma de los Pactos Fiscales de los '90, pero que aún goza de buena salud y constituye la principal fuente de recursos propios de las provincias argentinas. Este cuadro de situación se ha profundizado en las provincias argentinas en los períodos posteriores a la crisis 2001/2002. Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba son muestra de ello. Pretender eliminar hoy el impuesto sobre los ingresos brutos de los ordenamientos provinciales sin una o varias herramientas tributarias de recaudación equivalente implicaría una carta de defunción para los presupuestos provinciales.

Por último, otros inconvenientes presentan también a su vez los impuestos estatales brasileños, como veremos más adelante.

²² GONZÁLEZ CANO, H., *Estudio y sugerencias de armonización tributaria en el Mercosur desde la situación y perspectivas de Argentina*, Parte II, AAEEF.

2. Análisis por tipo de impuesto

2.1. Impuestos generales al consumo

2.1.1. Impuesto al valor agregado

Son los impuestos de mayor recaudación en los cuatro países. A nivel nacional existe un impuesto al valor agregado en Argentina, Paraguay y Uruguay. Paraguay fue el último país en incorporarlo, recién en 1992, con relativo éxito. Son impuestos de base amplia, plurifásicos, no acumulativos, implementados con la técnica “impuesto contra impuesto” y que permiten la deducción de créditos por compra o construcción de bienes de capital (IVA tipo consumo), por lo que prácticamente no generan efecto de acumulación, salvo en algunos casos a raíz de exenciones.

Se ha adoptado en cada caso, además, el principio de destino, lo que permite su armonización. Sin embargo, el principio jurisdiccional de destino se aplica homogéneamente sólo para la transferencia de bienes, no así para los servicios, ya que en Paraguay y Uruguay predomina el criterio de origen, mientras que en Argentina se mantiene el de destino también para los servicios al gravar su importación cuando los prestatarios o beneficiarios son sujetos del IVA como responsables inscriptos, a la par de no gravar la exportación.

Existirían entonces las condiciones básicas para que la armonización del IVA en el Mercosur se lleve a cabo a partir del principio de destino, debiendo sólo corregirse algunas situaciones puntuales.

Por su parte, Brasil también posee un impuesto general al consumo tipo IVA, esto es, el denominado ICMS (Impuesto a la Circulación de Mercaderías y prestaciones de Servicios).

En relación con el mismo puede decirse que, a diferencia de los IVA antes referidos, si bien grava el consumo general de mercancías, sólo hace lo propio con los servicios de transporte interestadual o intermunicipal y las comunicaciones, lo cual constituye una primera diferencia con aquéllos.

A ello debe agregársele que el resto de los servicios no se encuentra gravado en idéntico nivel estadual, sino que resulta potestad municipal,

a través del ISS, un impuesto monofásico y que produce efecto de acumulación en su interacción con el ICMS.

Por otra parte, si bien presenta la forma de IVA tipo consumo, las distorsiones se manifiestan a través de los incentivos otorgados por los distintos Estados a la producción local en el afán de atraer inversiones (“guerras fiscales”), lo que ha originado en algunos casos normas discriminatorias en perjuicio de la importación de bienes desde otros países miembros del Mercosur²³. Además, debido a que las exportaciones están exentas y la compra de insumos genera créditos, la dificultad aparece cuando empresas netamente exportadoras compran insumos en otra jurisdicción y el Estado en que se produce el bien debe hacerse cargo de la devolución del crédito generado por la compra de insumos al momento de exportar el bien. Con relación a ello se ha dicho que “el ICMS es un impuesto IVA Subnacional híbrido origen-destino que ofrece enormes dificultades para evitar distorsiones y fraudes consiguientes en las transacciones domésticas, e inclusive, derivado de ello, inconvenientes para aplicar estrictamente el criterio de destino en las ventas que cruzan las fronteras del Brasil”²⁴.

Es que, como se ha dicho, la multiplicidad de niveles de gobierno potencia estas situaciones, con el agravante de que en este caso las potestades tributarias han sido explícitamente reconocidas por la Constitución federal brasileña.

2.1.2. *Impuesto sobre los ingresos brutos*

Por su parte, la Argentina presenta el problema ya descrito del impuesto sobre los ingresos brutos, el cual genera distorsiones en las exportaciones a raíz del efecto acumulación producido por el impuesto incluido en etapas anteriores, el cual no es devuelto al exportador y termina encareciendo el producto a exportar. Si bien el compromiso asumido por las provincias no fue cumplido en cuanto a su eliminación, se eximió en muchos casos a la producción primaria y la industrial,

²³ Cfr. GONZÁLEZ CANO, Hugo, *Informe sobre la situación actual de la tributación en los países miembros del Mercosur*, Primera Parte, en Boletín N° 53 (12/2001), AFIP.

²⁴ PIFFANO, H. L. P. (2005b): *Coordinando el IVA Federal con el IVM Provincial*, *Anales de la XL. Reunión Anual de la AAEP*, UNLP, La Plata.

por lo que esos efectos de acumulación se vieron atenuados, situación que ha comenzado a revertirse recientemente en algunas provincias (v. gr., Córdoba y Buenos Aires).

Las alternativas estudiadas por la doctrina²⁵ en cuanto a la implementación de un IVA provincial o un IVA “mochila”, compartido con la Nación, no han sido puestas aún en práctica. Así, se ha sostenido que “en el caso de Argentina, el desafío permanente ha sido y es aún hoy, el Impuesto Provincial a los Ingresos Brutos, no así el IVA Nacional. Los intentos de sustituir ese impuesto provincial por otro que posibilite aplicar el criterio de destino han fracasado hasta el presente. Nuestra posición al respecto es conocida, en el sentido de que en nuestro país están dadas las condiciones tecnológicas e institucionales para avanzar decididamente en una combinación y coordinación del IVA Nacional con el IVM Provincial”²⁶.

Por ello, la armonización interna del impuesto sobre los ingresos brutos y el IVA nacional es una cuenta pendiente no sólo para cumplir con el objetivo interno de armonización, sino porque también constituye un imperativo ineludible en el proceso de integración del Mercosur.

Tal cometido no resultará fácil atento a que los niveles de recaudación del ISIB impiden actualmente su eliminación, requiriéndose además para ello arreglos complejos que van desde acuerdos políticos y la modificación de costumbres de administración tributaria hasta la modificación de leyes “constitucionales” como la de coparticipación.

2.2. *Impuestos selectivos al consumo*

Tanto los impuestos internos de Argentina como los impuestos selectivos de Paraguay y Uruguay son monofásicos, con marcada diversidad en las respectivas alícuotas efectivas. No obstante ello, deben aplicarse los mismos conceptos vertidos en relación con el impuesto general al consumo. Es decir, hacer prevalecer el principio de destino, gravando las importaciones sin normas ni alícuotas discriminatorias contra el producto extranjero, y desgravar las exportaciones y devolver el impuesto pagado en etapas anteriores.

²⁵ Cfr. SIMÓN, Jorge, *Sustitución del impuesto sobre los ingresos brutos*, UNR Editora, 2001.

²⁶ PIFFANO, ob. cit.

El IPI brasileño presenta similares características, pese a ser plurifásico no acumulativo y gravar la producción de ciertos bienes industriales y la importación, al mantener el principio de destino por eximir a las exportaciones y gravar las importaciones. Su armonización no ofrecería grandes dificultades.

2.3. Impuestos sobre las rentas

Los cuatro países del Mercosur presentan un impuesto a la renta sobre las personas jurídicas (IRPJ), pero históricamente sólo Argentina y Brasil han aplicado un impuesto a la renta de las personas físicas (IRPF). Resulta importante destacar la reforma tributaria de Uruguay, en vigencia a partir de 2007, que introduce esta última modalidad del impuesto a las rentas, por lo que puede decirse que se han registrado avances en la materia, aunque, es verdad, no necesariamente a partir de políticas conjuntas de armonización, sino más bien por decisiones intranacionales de política fiscal.

El IRPF en Argentina y Brasil prevé alícuotas progresivas, deducciones personales y mínimos no imponibles. En Argentina la escala es del 9 al 35%, mientras en Brasil la alícuota fluctúa del 7,5 al 27.5%.

A partir de la reforma tributaria en Uruguay, las alícuotas para rentas de personas físicas será: del 12% para las rentas de capital provenientes de regalías arrendamientos, intereses, ganancias de capital y similares; del 5% para intereses de depósitos a menos de un año en moneda nacional sin reajuste; del 3% para intereses de depósitos a más de un año y emisiones privadas a más de tres años; y del 7% a dividendos distribuidos. Por su parte, para las rentas del trabajo se prevé una escala del 10% al 25%, con mínimos no imponibles.

En Paraguay, la implementación del impuesto a las rentas de servicios personales fue aplazada hasta el 1° de enero de 2013, mientras que desde el año 2007 existe un impuesto a la renta del pequeño contribuyente que grava las actividades comerciales, industriales o de servicio que no sean de carácter personal, con una alícuota del 10% sobre base real o 30% sobre base presunta, la menor.

A su vez, los principios jurisdiccionales aplicados en los países

del Mercosur no resultan homogéneos, considerando que Argentina y Brasil aplican renta mundial y Paraguay y Uruguay el principio territorial.

En el IRPJ, todos los países consideran gravados todos los ingresos que recibe la empresa, provengan o no de sus actividades principales, por lo que se incluye a las rentas de capital como gravadas.

Las alícuotas son dispersas, siendo la de Argentina la más alta (35%) y la de Paraguay (10%) la más baja, aunque en el caso de Brasil, al 15% de la alícuota debe adicionársele un 10% en el caso de rentas que superen cierto monto y un 12% como impuesto para la seguridad social, por lo que resulta con ciertas características de progresividad. Uruguay grava las rentas empresariales con una tasa del 25%.

En cuanto al arrastre de quebrantos en ejercicios futuros, los plazos varían levemente en torno a los cinco años.

La armonización de los impuestos a la renta parece encaminada, principalmente a partir de la reciente reforma tributaria uruguaya, que simplifica los impuestos para las personas jurídicas y elimina la tradicional distorsión de no poseer un impuesto a la renta para personas físicas, además de eliminar también gradualmente las sociedades *off-shore* y el impuesto que las grava. En el caso de Paraguay, todavía existen resistencias a la aplicación de un impuesto a las personas físicas similar al de sus socios del Mercosur.

2.4. *Impuestos al patrimonio*

2.4.1. *Impuestos globales*

Sólo existen en Argentina (bienes personales, ganancia mínima presunta) y en Uruguay (impuesto al patrimonio). En el caso de GMP, se permite considerarlo como pago a cuenta del impuesto a las ganancias. Su armonización no es cuestión prioritaria en el Mercosur.

2.4.2. *Impuestos parciales*

Los impuestos inmobiliario y a la patente automotor, si bien difieren en cuanto a nivel estatal competente, así como alícuotas y exenciones, no presentan potenciales efectos distorsivos.

Distinto es el caso del impuesto a los débitos y créditos en transacciones financieras vigente en la Argentina y del CPMF brasileños, los cuales son distorsivos pero administrativamente de fácil recaudación y originan importantes ingresos en la arcas de los respectivos gobiernos nacionales.

3. La incorporación de Venezuela

La incorporación de la República Bolivariana de Venezuela merece algunos comentarios adicionales en relación con la armonización de su sistema tributario con el de los originales países miembros del Mercosur.

Así, es necesario tener en cuenta que Venezuela presenta una estructura tributaria similar a la de los países originarios del Mercosur en cuanto a que su recaudación de impuestos al consumo duplica la de los impuestos a la renta, aunque la alícuota general del IVA (12%) es menor que la de la Argentina. Sobre los impuestos a la renta, es dable destacar que si bien la alícuota final (34%) es similar a la argentina, presenta menor cantidad de escalas en el caso de las rentas empresariales, lo que lo hace menos progresivo.

4. Consideraciones

La diversidad y complejidad de las estructuras tributarias de los países miembros del Mercosur no debe resultar obstáculo para cumplir con el objetivo de su armonización, la cual se traduce, como se ha dicho²⁷, en “la urgente necesidad de eliminar estas asimetrías que son fuente de distorsiones en la localización de las inversiones y que son un estímulo para interminables esquemas de compensaciones y regímenes de promoción. Estos últimos representan un desvío respecto del objetivo deseable en materia de política tributaria e introducen nuevas distorsiones, acercando peligrosamente la posibilidad de ‘guerras de subsidios’ entre los países analizados”.

Con relación al mecanismo de armonización a utilizar en el Mer-

²⁷ *Incidencia impositiva e inversiones en el Mercosur*, IDIED, Universidad Austral, abril de 1998.

cosur, el de *uniformación* no resulta posible en esta etapa del proceso de integración, por lo que la *coordinación* de los sistemas tributarios con su neutralidad como objetivo para evitar distorsiones debe ser el criterio a seguir, en la búsqueda de criterios comunes de tributación, evitando tratos discriminatorios que afecten a los incentivos diferenciales para invertir.

A ello debe adicionársele una necesaria simplificación tributaria, no sólo en los países de organización federal, sino también en Uruguay (con su reforma actualmente en proceso) y en Paraguay, en menor medida.

Elegida la vía de la coordinación, será necesario tener en cuenta entonces que la armonización de impuestos directos no resulta tan acuciosa como sí lo es la de los impuestos indirectos, generales en primer lugar y selectivos en segundo, dadas sus potenciales capacidades de distorsión, especialmente antes de perfeccionarse el Mercosur como unión aduanera.

En relación con el IVA, la existencia de un impuesto general al consumo de origen estadual, tal el caso de Brasil, resulta una asimetría importante en relación al IVA nacional vigente en los otros tres países del Mercosur. Su armonización en este sentido resulta de difícil concreción, atento a la organización federal brasileña y las atribuciones tributarias otorgadas por su Constitución. Otro aspecto en el que debería avanzarse es en la armonización del principio jurisdiccional a ser aplicado sobre los servicios, ya que en Argentina y Brasil se aplica el principio de destino.

En el caso de los impuestos directos, resulta de importancia que los países integrantes de un bloque económico utilicen idéntico criterio jurisdiccional de imposición, ya sea territorial o de renta mundial, y evitar la dispersión de tasas. Hacia allí deberían dirigirse los intentos de armonización en estos aspectos, aunque ello es poco probable en el corto o mediano plazo.

Por último, debemos considerar siempre que la armonización tributaria resulta condición necesaria pero no suficiente para eliminar las distorsiones mencionadas, atento a que las políticas del lado del gasto también condicionan y distorsionan la toma de decisiones.

Dichas reservas a políticas de armonización que apunten exclusivamente al aspecto tributario han sido formuladas por parte de la doctrina, al considerar que el argumento de la necesidad de la armonización tributaria, a partir del análisis exclusivo de las implicancias tributarias de las externalidades entre gobiernos, no considera el hecho de que las distorsiones pueden ser producidas por políticas fiscales a través del lado del gasto público y otras medidas cuasifiscales²⁸.

Capítulo 4 – Conclusión final

Las experiencias de otros bloques en los procesos de armonización no siempre son comparables. No obstante ello, resulta útil considerar que tanto en el caso de la Unión Europea, referencia obligada (con sus aciertos y errores) si de proceso de integración se habla, como en el de la Comunidad Andina se ha dado origen a instituciones con capacidad de resolver controversias y dictar normas, de lo cual carece, por ahora, nuestro Mercosur.

Será necesario desandar todavía un camino de neto corte institucional para así contar con ámbitos de discusión y organismos de decisión necesarios, a fin de posibilitar la puesta en común de objetivos, la fijación de metas, la conformación de equipos de estudio, la sensibilización de los gobernantes, legisladores y aun de la propia población, todo ello destinado a confluir en el objetivo de conformar una región homogénea en lo institucional, en lo normativo y, en particular, en lo financiero, sin perjuicio de mantener las características económicas y culturales que le son propias a cada país.

²⁸ Cfr. PIFFANO, H. L. P. y PORTO, A. (1994), *La armonización fiscal entre países y la necesidad de considerar ingresos y gastos públicos*, en *Revista de Hacienda Pública Española*, N° 131, 4/1994, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

ARGUMENTACIÓN Y CONSTATACIÓN DE HECHOS EN LA DECISIÓN JUDICIAL

por ANDREA A. MEROI* y MARIO E. CHAUMET**

¿Qué cosa es un “hecho”? En una época tan acosada por ásperas disputas en torno de la realidad, el término “hecho” y su pariente cercano, “verdad”, se ven envueltos en tales discusiones. “Dejen que los hechos hablen por sí mismos”, gustan decir los historiadores, los políticos y los columnistas. Pero los hechos no hablan: deben ser interpretados y expresados. Además, conforme al principio de incertidumbre de Heisenberg, la presencia del observador altera lo observado. Los hechos varían según quién los interprete.

SALMAN RUSHDIE, *No se puede encarcelar la realidad*, en *La Nación*, 24 de junio de 2005

SUMARIO: 1. Introducción: el lugar de los hechos en la teoría jurídica. 2. Los hechos. 3. Los argumentos. 4. La verdad acerca de los enunciados sobre hechos. 5. La verdad *procesal* acerca de los enunciados sobre hechos. 6. La motivación de la constatación de hechos. 7. Conclusiones. Bibliografía.

* Magíster en Derecho Procesal (UNR) y Especialista en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante). Profesora Titular de Derecho Procesal I (UNR) y de Argumentación Jurídica (Maestría en Derecho Procesal, en Derecho Privado y Carrera de Especialización en Magistratura, UNR).

** Codirector de la Carrera de Especialización en Magistratura (UNR). Especialista en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante). Profesor Titular de Introducción al Derecho (UNR) y de Argumentación Jurídica (Maestría en Derecho Procesal, en Derecho Privado y Carrera de Especialización en Magistratura, UNR).

Resumen

Uno de los temas más relevantes en la toma de decisión judicial es el juicio de constatación de hechos. Sin perjuicio del insuficiente interés procesal y judicial sobre esta cuestión, urge pensar en los métodos para justificar la “premisa fáctica”. La epistemología y diversas perspectivas de la argumentación jurídica nos brindan aportes significativos.

Abstract

One of the most important issues in the judicial decision is fact determination. Despite the insufficient procedural and judicial interest on this matter, it is imperative to think over the “factual premise”. Epistemology and different perspectives on legal argumentation bring significant contribution.

1. Introducción: el lugar de los hechos en la teoría jurídica

Hace ya un tiempo, la teoría jurídica comenzó a exhibir una fuerte preocupación por los *hechos* en el Derecho, por los *hechos* en el momento jurídico estelar del *proceso* y, consecuentemente, por la *prueba de los hechos*. Las obras señeras de Twining¹, Damaška², Ferrajoli³, Taruffo⁴, en lengua extranjera, y de Andrés Ibáñez⁵, Gascón Abellán⁶,

¹ TWINING, William, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Northwestern University Press, Evanston, 1994.

² DAMAŠKA, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, New Heaven-London, 1997; *Rational and Irrational Proof Revisited*, 5 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 25, Spring, 1997; *Truth in Adjudication*, 49 *Hastings Law Journal* 289, University of California, January, 1998.

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 1998.

⁴ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002; *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008; *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en *Doxa* 12 (1992), ps. 257-299; *De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza*, en *Jueces para la Democracia*, Nº 22, Madrid, 2/1994, ps. 87-92; *La “cara oculta” de las garantías procesales*, en AA. VV., *Garantismo y crisis de la justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 161-180.

⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

González Lagier⁷, Ferrer Beltrán⁸, en lengua castellana, dan buena cuenta de ello.

Este artículo –deudor irrecusable de las clases de Daniel González Lagier y de Perfecto Andrés Ibáñez– pretende dar noticia de esos esfuerzos doctrinarios y, a partir de ello, plantear interrogantes y abrir nuevas líneas de investigación en torno a este importante tema.

1.1. Tradicionalmente, los estudios jurídicos se han concentrado en los problemas normativos. La prédica de los autores antes señalados no dudó en calificar esta actitud como *falacia normativista*: pensar que al Derecho sólo le interesan las normas y que los problemas fácticos “no son derecho” y, por tanto, “pertenecen a otras ciencias” o, peor aún, pensar que “los hechos son lo que son” y no plantean problema alguno⁹.

¿Interesa hablar de los *hechos*? ¿Se está dispuesto a *no hablar* de los hechos?

La teoría jurídica ha dado diversas respuestas a estos interrogantes, desde posiciones *reduccionistas* a posiciones *amplias* o *integrativistas* de los hechos al Derecho¹⁰.

⁷ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*, en *Analisi e Diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2000; *Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (I y II)*, en *Jueces para la Democracia*, N° 46 y 47, 2003, ps. 17 y ss. y ps. 35 y ss., respectivamente; “*Quæstio facti*”. *Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005.

⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2005.

⁹ V., con provecho, GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*”... cit., ps. 11 y ss.

¹⁰ Muchos son los pensadores que en las últimas décadas destacan la consideración de más de un aspecto (hecho, norma y valor) en cada fenómeno jurídico. Así, por ejemplo, Norberto Bobbio propiciaba que cualquier respuesta jurídica debe superar los *reduccionismos* que llevan a eliminar o confundir los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica: ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar y acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones (BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, F. Torres, Valencia, 1980, ps. 35 y ss.; sobre la crítica a la utilización de la voz “reduccionismo”, se puede v. GUIBOURG, Ricardo A., *La teoría del Derecho en calesita*, en L. L. del 30-9-2010, p. 1). En la entrevista que le realizara Atienza para la revista *Doxa*, Robert Alexy contesta que “[a] la primera pregunta, esto es, a la de qué es Derecho, he dado una repuesta que es compleja, porque según

Entre julio y agosto de 1944, Carlos Cossio dictó una serie de conferencias a jueces que fueron el origen de su obra *El Derecho en el Derecho judicial*. Allí les preguntaba a los jueces argentinos: ¿cuál es la relación que existe entre normas y conductas?; ¿cómo ve el jurista racionalista el contacto del mundo normativo con la experiencia jurídica?; ¿qué imagen nos da él de cómo él mismo entra en contacto con la experiencia jurídica? Con énfasis señalaba que la Ciencia del Derecho es una ciencia de realidades: “incluso el racionalista más recalcitrante tiene que convenir en ello cuando escribe para jueces, abogados y súbditos”¹¹.

Las normas no son por sí solas el Derecho, en igual medida en que tampoco lo son los hechos o los valores. Para comprender un problema jurídico o una decisión judicial, hay que analizar la interferencia que hay entre los hechos, las normas y los valores. El jurista que interviene en la aplicación del Derecho inquiere siempre el sentido de las normas con vistas a los hechos: “Éstos son algo más que el ‘caso’ o el campo de proyección de los preceptos. Aunque pertenecen, ciertamente, al mundo de lo empírico, suministran criterios explicativos, actúan como estímulos sensibilizadores de los conceptos y revelan facetas que en la expresión abstracta de los preceptos pueden pasar desapercibidas”¹². Por eso se destaca que la implicación entre Derecho

ella el Derecho consiste en tres elementos: (1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento; (2) la eficacia social, y (3) la corrección en cuanto al contenido. El primer elemento representa la institucionalidad del Derecho, el segundo la facticidad y el tercero su moralidad. La gracia de este concepto trilateral de derecho está en que los tres elementos no están relacionados simplemente de cualquier manera” (En *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, p. 684). Estamos convencidos de que la teoría trilateral del mundo jurídico –que pone el acento en considerar en cada fenómeno jurídico los hechos, las normas y los valores en juego– responde satisfactoriamente al gran desafío del pensamiento actual que significa la referencia a la complejidad (En relación con el tema pueden especialmente v. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y Política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, FIJ, Rosario, 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, FIJ, Rosario, 2000).

¹¹ *El Derecho en el Derecho judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 190.

¹² HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1971, vol. II, ps. 116 y ss.

y sociedad es recíproca y que la presencia de la sociedad se opone al decisionismo arbitrario.

No obstante los diversos desarrollos teóricos que muestran el significado de los hechos en el Derecho, todavía hoy se oyen voces que califican como puro pragmatismo, realismo jurídico decisionista o sociologismo, a cualquier decisión judicial que asume los elementos fácticos del conflicto.

Asumir la complejidad de un caso implica necesariamente asumir el análisis de su dimensión sociológica. Es más: queremos destacar que ello no importa una operación complementaria del resto de las dimensiones de lo jurídico, sino que para poder entender con plenitud los aspectos normológicos y axiológicos de una decisión judicial no se puede marginar su dimensión sociológica. “En la operatividad práctica y especialmente en la aplicación judicial, el sentido de las normas no es desligable por entero de su incidencia en los hechos”¹³.

Hoy más que nunca, especialmente desde los parámetros del Estado constitucional de Derecho, cabe advertir que “el juez no decide al margen del contexto social, no decide impunemente. Su actuación se inserta en un debate que es exterior a él, que es público”. La conciencia del juez se convierte en conciencia pública¹⁴. En síntesis, para tomarse *los derechos en serio*¹⁵, es imprescindible también tomar *los hechos en serio*¹⁶.

¹³ RUIZ PÉREZ, Joaquín S., *Juez y sociedad*, Temis, Bogotá, 1987, p. 136.

¹⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces*, en *LexisNexis*, número especial *Razonamiento judicial*, del 31-3-2004, ps. 30 y ss.

¹⁵ DWORKIN, Roland, *Los derechos en serio*, Planeta Agostini, Madrid, 1993.

¹⁶ Seguramente alguien impugnará este juego conceptual de utilizar el paradigmático título del pensador norteamericano, expresando que precisamente él lo propiciaba contra posturas realistas que a su entender no asumían que existen derechos que ningún gobierno ni una mayoría pueden negar sobre la base de beneficios o perjuicios generales. No hay contradicción. Precisamente pretendemos destacar que para reconocer los alcances de tales derechos es necesario comprender su dimensión sociológica (Es posible v. CHAUMET, Mario E., *Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja*, en *LexisNexis*, número especial *Razonamiento judicial*, del 31-3-2004, ps. 38 y ss.). También, e irrefutablemente, TWINING, ob. cit., Cap. 2: *Taking Facts Seriously*. V., asimismo, del autor: *De nuevo, los hechos en serio*, en *Doxa* 32 (2009), ps. 317-339.

1.2. “¿Qué pasó en el lugar de los hechos?” Desde nuestra perspectiva, hablar de *hechos* no significa hacer sociología. Mucho menos, cuando el objeto de análisis es la *decisión judicial*, en la que cabe distinguir entre la decisión judicial como hecho y los hechos de la decisión judicial.

Aun en el marco del segundo aspecto –los hechos relevantes de la decisión judicial– existen numerosos problemas a tener en cuenta. Nuestro trabajo se limitará a uno realmente trascendente a la hora de tomar decisiones: *la constatación de los hechos*.

Si realizáramos una encuesta inquirendo a un grupo de jueces penales por las mayores dificultades de su tarea: “si la hermenéutica de la norma que tipifica el homicidio o si la aceptación del hecho «Juan mató a Pedro»”, muy probablemente se decanten por este último, por la *quæstio facti*. No en vano afirma Atienza que “argumentar en Derecho Penal es, más que otra cosa, una argumentación sobre los hechos, aunque ciertamente se trate de hechos cualificados por (o vistos a través de) normas”¹⁷. Lo propio ocurriría en un vastísimo número de causas civiles.

Cierto es que uno de los ámbitos donde más arbitrio –y, en consecuencia, mayor posibilidad de arbitrariedad– tienen los jueces es el de la argumentación sobre los hechos. Se trata del momento de ejercicio del Poder Judicial por antonomasia, puesto que en la reconstrucción de los hechos es donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, “puede ser –como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo– más arbitrario”¹⁸.

Autores como los mencionados inicialmente comenzaron a preguntarse por el modo de operar, por el modelo de argumentación, por el

¹⁷ ATIENZA, Manuel, *Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, en *Jueces para la Democracia*, Nº 22, Madrid, 2/1994, p. 82. En idéntico sentido, COMANDUCCI, Paolo, *La motivazione in fatto*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 221: dicha actividad no se trata de un simple divertimento intelectual, cabe reconocer que en ella suelen realizarse indagaciones de tipo descriptivo.

¹⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en *Doxa* 12, 1992, p. 261. Asimismo, Luis Prieto Sanchís, para quien el margen de apreciación del juez es mayor a mayor proximidad procesal a la *quæstio facti* (*Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, ps. 88 y ss.).

rigor científico y epistemológico que tenemos los operadores del Derecho cuando justificamos los enunciados que afirman o niegan la producción de un hecho. Preguntas todas ellas que van más allá (y, obviamente, no desconocen) de la existencia de reglas procesales e institucionales para la tarea de fijación judicial de los hechos.

Normalmente, la pregunta “¿qué pasó en el lugar de los hechos?” genera una respuesta banal, simple, por parte de los operadores jurídicos, a la que uno se puede aproximar de cualquier manera y como si no fuera problemática. Es la vertiente del razonamiento judicial particularmente descuidada por la mayoría de las teorías jurídicas que limitan el funcionamiento normativo a la interpretación de la norma.

Perfecto Andrés Ibáñez describe con toda razón que el tratamiento judicial que habitualmente reciben los hechos refleja una consideración de ellos como entidades naturales, previas y definitivamente constituidas desde el momento de su producción, “esos datos fríos de la realidad”. Los datos como “lo ya dado”, que permite al juez un modo de operar con ellos de manera espontánea, sin mediaciones, “los juicios de hecho entendidos como simples constataciones del «dato en bruto»”¹⁹.

Así las cosas, hay todavía una cultura de la motivación insuficientemente asumida, que parte de la idea según la cual las cuestiones de hecho no son especialmente problemáticas, que basta aproximarse a ellas con “buenos ojos”, con la mejor intención, y que son cuestiones incontrovertibles²⁰. En pocas palabras, “los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados”²¹.

1.3. Es así que tratándose de una cuestión tan significativa a la hora de justificar una decisión judicial, la *quæstio facti* debe asumirse con el mismo rigor de racionalidad que debe tener cualquier profesional que opere con la afirmación de un enunciado de hechos como punto de partida en su razonamiento. Y la conformación o no de una proposición empírica, no obstante la simplificación con que muchas veces se la trata en el proceso judicial, tiene muchísimas dificultades que *cualquier teoría de la ciencia* en la actualidad reflejaría.

¹⁹ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca...* cit., p. 263.

²⁰ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Conferencia sobre la motivación de los hechos en la sentencia*, Universidad de Alicante, junio de 2004, desgrabación de los autores.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 7.

Para mostrar el grado de complejidad que encierra este problema, Andrés Ibáñez comentaba el famoso caso del “atizador de Wittgenstein”. Se trata de una anécdota desencadenada en Cambridge, en 1946, que ha dado lugar a ensayos, libros, novelas, todos ellos de los más variados. Una asociación de filósofos que funciona en esa universidad, en el Cambridge Moral Science Club, invita a Karl Popper a dar una conferencia en un acto en el que va a estar presente Ludwig Wittgenstein. Naturalmente, la velada promete ser de lo más entretenida. Y allí hay personas, ante Popper y Wittgenstein, realmente importantes. Hay personas como Bertrand Russell, como Stephen Toulmin.

Según pudo reconstruirse, luego de que Popper dictara su conferencia *¿Existen realmente los problemas filosóficos?*, se generó la vehemente y esperada reacción de Wittgenstein. Frente a la discusión, todos los presentes permanecían sumamente expectantes. Wittgenstein estaba donde la chimenea y manejaba el atizador. Pues bien, el problema era saber qué hacía Wittgenstein con el atizador. Unos dijeron que el atizador estaba al rojo. Otros no lo habían visto así. Hay quien dijo que lo manejaba como una batuta subrayando las expresiones más enfáticas de la conversación; hay quien dijo que no, que lo blandía como si fuera quién sabe qué; hay quien dijo que hubo un momento en que Wittgenstein salió de la sala dando un portazo... en una palabra, hay toda una serie de versiones sobre lo que ocurrió.

Como lo destaca nuestro relator, de esta parte de la historia el tema central es saber qué pasó con el atizador: “Si hubo teóricos de la ciencia, profesionales de la observación, gente acostumbrada a ver todo críticamente, a partir un pelo en tres, bueno, si esta gente, experta en todas esas cosas, ve una escena de una elementalidad como la que yo he descrito de mala manera, y al final no se pone de acuerdo y todavía no es posible saber qué es lo que pasó con el atizador, a mí es que esto me parece lo bastante significativo y, sobre todo, es algo que extrapolado al campo que nos ocupa, debería poner en guardia a cualquiera que se enfrente con la *quæstio facti* en un proceso penal, pero no ya de cierta complejidad sino de los más elementales. ¿Qué pasó en el lugar de los hechos?”²²

²² ANDRÉS IBÁÑEZ, *Conferencia...* cit.

1.4. Para este incansable juez de la Sala Penal del Tribunal Supremo de España, la historia del proceso (particularmente, el penal) es una historia de distintos intentos de racionalización, aunque sea en “clave tan pintoresca como las ordalías”, en intentos de racionalización según la cultura dominante, a veces “con el barroquismo propio de la prueba legal”. Observa que Calamandrei ponía de manifiesto algo por lo menos sugestivo cuando recordaba que, en algunos fueros medievales, sugerían a los jueces que “pusieran las sentencias en ayunas para ni siquiera estar sometidos a las influencias de los humores gástricos”. Evoca también a Muratori, quien sostenía que el juez tiene que estar perplejo, que tiene que situarse en un estado de perplejidad para aproximarse a los hechos con rigor, o cuando en esos mismos fueros medievales italianos salen a buscar extranjeros para resolver, para decidir, es decir, gente que no esté implicada en los problemas de la comunidad. Es evidente que con todo ello estaban poniendo de manifiesto que la prueba de los hechos plantea problemas.

Sin embargo, Andrés Ibáñez advierte que a partir de la introducción del principio de libre convicción en el ámbito de la cultura jurídica de los tribunales profesionales, este tema “es como si se desvaneciera, y los tribunales profesionales se aferran a la libre convicción como una tabla que viene a facilitarles extraordinariamente el trabajo, porque al final lo que acota es un espacio en el que son rigurosamente soberanos”. Estima que existe una tendencia a considerar que los hechos ingresan en el proceso “en toda su objetividad”, y el juez que no ha visto –“pues no ha visto”– y que tampoco puede constatar lo sucedido precisamente por eso, sin embargo, puede manejar hechos de una cierta objetividad. No hay por tanto esa conciencia del significado de ese acceso a los hechos. Es decir, es algo que en esa concepción universalmente admitida de la libre convicción, esa conciencia no existe como tal. De tal manera que el juez piensa que el contacto con los hechos es algo que realmente se da; no es consciente de que existe una importante mediación, de que está siempre la mediación de terceros y que, además, incluso a través de esa mediación de tercero (ni siquiera el testigo llamado directo, la prueba directa por antonomasia, ni siquiera en ese caso), el contacto con los hechos o con la información fáctica podría considerarse.

En síntesis, aun sin hacerse cargo en cada momento de la totalidad de los debates epistemológicos sobre el conocimiento de hechos, para su fijación judicial los operadores del Derecho (en especial, los jueces) deben asumir un punto de partida que no esté dominado por la mera emotividad, la intuición, la experiencia irracional. En suma, es posible desarrollar una actividad racional, aunque se trate de una racionalidad incapaz de ofrecer certezas absolutas o convicciones matemáticas²³.

1.5. Si se concede esta importancia, entonces, nuevos y más importantes interrogantes entran en escena:

- ¿Qué clases de hechos son relevantes para el proceso?
- ¿Qué es la relevancia?
- ¿Cómo podemos conocer los hechos?
- ¿Cómo se relacionan los hechos con las normas?
- ¿Cómo se relacionan los hechos con las reglas sobre la prueba?
- ¿Cómo podemos determinar la relación de causalidad entre dos sucesos?
- Los hechos, ¿son objetivos o están “cargados de teoría”, de “derecho”, de “valor”?
- ¿Qué consecuencia tiene esto para la teoría de la prueba?
- Los juicios de valor, ¿intervienen en la prueba de los hechos y en su calificación?
- ¿Existe una separación tajante entre *quæstio facti* y *quæstio iuris*?
- ¿Cómo se debe argumentar en materia de hechos?
- ¿Cuándo está suficientemente probado un hecho?
- ¿Qué es un estándar de prueba?
- ¿En qué consiste motivar un hecho?

La lista podría continuar, seguramente alimentada por quienes cotidianamente se enfrentan a las dificultades propias de operar con *hechos* (particularmente, abogados y jueces).

Muchos son, asimismo, los temas que se podrían tratar. Las limitaciones del presente trabajo nos llevan a exponer una breve introducción acerca de la argumentación vinculada a una de las inferencias que se utilizan a la hora de justificar una decisión judicial, la relativa a

²³ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 49.

la constatación de hechos, que concluye con una proposición del tipo: “Juan ha causado la muerte de Pedro”²⁴ o “Juan ha vendido simuladamente un inmueble a Pedro”, de indudable trascendencia para la aceptabilidad de esa decisión.

2. Los hechos

Para la Real Academia (del part. irreg. de *hacer*, lat. *factus*), la voz “hecho” designa una acción u obra, una cosa que sucede, o el asunto o materia de que se trata.

Desde la epistemología, *hecho* es un evento, “*aquello* que hace verdaderas o falsas nuestras proposiciones o creencias”²⁵.

Si pensamos ahora en los *hechos que interesan al Derecho*, la respuesta obvia es “todo aquello que puede formar parte de la premisa fáctica del silogismo judicial”, pero, también, “todo aquello que las partes pueden tener interés en probar para tratar de suscitar una creencia en el juez”²⁶.

Los hechos pueden clasificarse de muy diversas maneras: a) *genéricos*, o “clases de hechos”, como terremotos, descarrilamientos de trenes, batallas, y b) *individuales*, o el hecho particular que ocurrió en un espacio y tiempo determinados, como el terremoto de Concepción, Chile, en marzo de 2010²⁷.

En el ámbito jurídico suele destacarse la clasificación entre he-

²⁴ Ferrajoli señala tres inferencias al representar el razonamiento del juez: una inductiva que concluye con una proposición como la mencionada (Juan causó la muerte de Pedro), otra deductiva (cuya conclusión sería Juan cometió un delito de homicidio) y un silogismo práctico (cuya conclusión sería Juan debe ser condenado a tal pena). La primera de ellas se presenta como una inferencia probatoria cuyo control de racionalidad es preferentemente epistémico. El modelo es criticado por Atienza, quien sostiene que es razonable pensar que la toma de la decisión judicial implica bastante más que esas tres operaciones (ATIENZA, Manuel, *Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, en *Jueces para la Democracia*, N° 22, Madrid, 2/1994, ps. 83 y ss.).

²⁵ RUSSELL, Bertrand, *La filosofía del atomismo lógico*, en J. Muguerza (selección), *La concepción analítica de la filosofía*, Alianza Universidad, Madrid, 1981, p. 144, cit. por GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*”... cit., p. 20.

²⁶ GONZÁLEZ LAGIER, *Hechos y argumentos*... cit., p. 18.

²⁷ Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, *Los hechos bajo sospecha*... cit., p. 70.

chos: a) *físicos* o *externos*, estados de cosas, sucesos, acciones positivas, omisiones, etcétera; b) *psicológicos* o *internos*, estados mentales deseos, intenciones, creencias, emociones, etcétera; c) *relaciones de causalidad*²⁸.

Tenemos también otros modos de clasificar: hechos físicos, psíquicos, sociales, históricos, etcétera; hechos naturales y hechos culturales; hechos naturales y hechos históricos; hechos fenomenológicos, hechos dados en la concepción natural del mundo y hechos tratados por las ciencias (Max Scheler); hechos brutos y hechos institucionales (John R. Searle). Esta última clasificación resulta singularmente importante para el Derecho, pues el *hecho institucional* presupone “la existencia de una serie de institucionales humanas”, de reglas y convenciones, entre ellas las jurídicas (“Juan se casó con María”)²⁹.

¿Es posible conocer estos hechos? La respuesta varía conforme al *objetivismo*, al *escepticismo* y al *cognoscitivismo crítico*.

2.1. Para la *tesis objetivista* los hechos son plenamente objetivos y los conocemos porque impactan en nuestra conciencia.

Esta visión responde, a su turno, a dos tesis³⁰:

- a) La *tesis de la objetividad ontológica*, que afirma que el mundo es independiente de sus observadores. Además, “las cosas son como son”, con independencia de cómo las vemos;
- b) La *tesis de la objetividad epistemológica*, que afirma que por medio de nuestros sentidos normalmente tenemos un acceso fiel a esa realidad.

¿Es realmente así?

2.2. La primera objeción que presenta la *tesis objetivista* es la am-

²⁸ V., con mucho mayor detalle, GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*”... cit., ps. 22-24.

²⁹ Cfr. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, nueva edición revisada, aumentada y actualizada por Josep-María Terricabras, Ariel, Barcelona, 2004, t. II (E-J), ps. 1572-1575; respecto de la última cita, corresponde a SEARLE, John R., *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, 1969, 2.7., ps. 50-53.

³⁰ Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, *Hechos y argumentos*... cit., p. 19, con cita de John R. Searle para la distinción entre los sentidos ontológico y epistemológico de objetivo/subjetivo (*La construcción de la realidad social*, trad. de Antoni Doménech, Paidós, Buenos Aires-Barcelona, 1997, p. 27).

bigüedad de la palabra hecho, que impone una precisión más refinada. A qué dudar, hay “una ambigüedad perturbadora en la palabra ‘hecho’”. Los hechos son ambas cosas: «subjetivos» y «objetivos»³¹.

Para una mejor comprensión de este tema, es menester tomar conciencia de las diferencias entre “*hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado* (o, si se quiere, entre ‘hecho’, ‘la percepción sensorial de un hecho’ y la ‘interpretación de un hecho’)”³² para, luego, reflexionar acerca de los problemas de *percepción* y de *interpretación* que pueden plantearse en el tránsito de uno a otro.

Hecho externo es el acaecimiento empírico, realmente ocurrido, “algo que ocurre en una realidad externa a nosotros y cuya existencia es independiente de nuestra percepción y comprensión, así como de la descripción que hagamos de él”³³.

Hecho percibido es el conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos, “la ‘imagen’ o la información que nuestros sentidos nos proporcionan de un hecho externo”³⁴.

Hecho interpretado es la descripción que hacemos de tales datos sensoriales, clasificándolos en algún género de hechos, “el resultado de subsumir el hecho percibido en una clase de hechos”³⁵.

Es muy claro que entre los tres “tipos de hechos” pueden establecerse una serie de nexos: “El hecho externo es totalmente independiente del observador. El hecho percibido es sólo parcialmente independiente del observador, porque, por un lado, está causado por el hecho externo, pero, por otro lado, está condicionado por los órganos sensoriales del observador y las circunstancias en que tiene lugar la percepción (y, además, por el componente pre-interpretativo de la percepción, como veremos). El hecho interpretado es una construcción (o reconstrucción) que realiza el observador a partir de la información percibida y de un trasfondo de conceptos y recuerdos de experiencias previas”³⁶.

³¹ FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, trad. de C. M. Bidegain, al cuidado de G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 69.

³² GONZÁLEZ LAGIER, *Los hechos bajo sospecha...* cit., p. 72.

³³ *Ibídem.*

³⁴ *Ídem*, p. 73.

³⁵ *Ibídem.*

³⁶ *Ibídem.*

No obstante, se trata de una relación no exenta de problemas. En efecto:

2.2.1. Entre el *hecho externo* y el *hecho percibido* pueden suscitarse *problemas de percepción*: ¿son fiables nuestras percepciones?

En primer lugar, existe la relatividad general de todos los órganos sensoriales. Concretamente, hay personas con mejor o peor visión, con mejor o peor audición. Tener o no tener anteojos puede hacer la diferencia entre percibir o no percibir un hecho, entre percibirlo de esta o de otra manera.

Por lo demás, no pueden descartarse las *ilusiones* (como la del manido ejemplo del lápiz quebrado en el vaso de agua) y las *alucinaciones* (producto de ingerir sustancias psicotrópicas, por caso).

Finalmente, existe una interrelación entre percepción e interpretación: el *trasfondo*³⁷ (los antecedentes, la biografía de cada persona)³⁸ dirige las percepciones y actúa como *criterio de selección* de lo que se percibe y de lo que no se percibe. Es ejemplificativo pensar en una pareja que concurre a un casamiento y al día siguiente sus hijos preguntan qué tal estuvo el evento requiriendo detalles. Seguramente alguno de los integrantes habrá “visto” algo que el otro no “vio”, no obstante estar juntos y presentes ante los mismos acontecimientos.

2.2.2. Entre el *hecho percibido* y el *hecho interpretado*, ahora, pueden suscitarse problemas de *interpretación*: ¿cómo captamos la información significativa? ¿cómo subsumimos esa información para dotarla de sentido?

³⁷ “La interpretación es, por tanto, una especie de subsunción, que requiere de categorías, creencias, experiencias previas, presuposiciones, etc., adquiridas a lo largo de nuestro desarrollo dentro de una cultura, que constituyen lo que, usando libremente un término de Searle, podríamos llamar el Tránsito” (GONZÁLEZ LAGIER, *Los hechos bajo sospecha...* cit., p. 76, con cita de SEARLE, John R., *La construcción de la realidad social*, trad. de Antoni Doménech, Paidós, Barcelona, 1997, ps. 140 y ss.).

³⁸ Twining lo llama *stock of knowledge* y expresa: “A ‘stock of knowledge’ does not consist of individually, empirically tested and readily articulated propositions; rather both individually and collectively we have ill-defined agglomerations of beliefs which typically consist of a complex soup of well-grounded information, sophisticated models, anecdotal memories, impressions, stories, myths, wishes, stereotypes, speculations, and prejudices” (TWINING, William, *Civilians Don’t Try: A Comment on Mirjan Damaška’s “Rational and Irrational Proof Revisited”*, 5 *Cardozo J. of International and Comparative Law* 69 at fn 6, 1997).

Aquí, la relatividad de las interpretaciones se da con relación al *trasfondo*, antes mencionado, que incide en la calificación que hacemos de esas percepciones. Las declaraciones del presidente de la república que todos escuchamos son interpretadas como un acto de valentía por sus partidarios o como una bravuconada por sus detractores.

Adicionalmente, el contexto de las percepciones unido a ese trasfondo suele diversificar aún más la interpretación. Una mano levantada que todos perciben de manera más o menos análoga puede ser interpretada como un saludo, una advertencia, una amenaza o una paliza abortada.

En ello también incide, seguramente, la ausencia o vaguedad de los criterios de interpretación aun en contextos de trasfondos compartidos³⁹, o el caso de interpretaciones intrínsecamente difíciles (v. gr., “acciones dolosas”)⁴⁰.

Especial atención merecen, además, los criterios *jurídicos* de interpretación: y es que “del mismo modo que se ha dicho que los enunciados observacionales están cargados de teoría, en el área de nuestro interés tendría que decirse que los enunciados fácticos corren, además, el riesgo de estar *cargados de derecho*. Lo que constituye otra particularidad del proceso de conocimiento de los hechos a tener en cuenta, a la vez que apunta a otro riesgo de contaminación del mismo que no puede ser desatendido por el juez”⁴¹.

2.2.3. Para complicar sensiblemente la cuestión, debe memorarse que en el plano del proceso esos problemas de percepción y de interpretación se dan en dos momentos: a) de la realidad al medio probatorio; b) del medio probatorio al juez.

No en vano se destaca que, “en el caso del juez, esa mediación discursiva se da no como mera *descripción* aséptica de lo que ya *existe* al margen de la actividad del operador, sino como proceso de *cons-*

³⁹ GONZÁLEZ LAGIER, *Los hechos bajo sospecha...* cit., p. 77.

⁴⁰ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca...* cit., ps. 266 y ss. V., asimismo, Damaška: “...the separation of the empirical from the evaluative and the juridical becomes more difficult when subjective ‘states of mind’ must be ascertained, such as intent, absence of consent, and the like. Whatever difficulties we confront in this regard are compounded when fact-finding necessitates complex, inter-subjective evaluations, or when the course of future events must be predicted as increasingly happens in contemporary litigation” (DAMAŠKA, *Rational...* cit., p. 27).

⁴¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca...* cit., ps. 265-266.

trucción del supuesto de hecho, construcción a la que el juez contribuye activamente, *desde dentro*. Y en ella está presente toda la carga de subjetivismo que acompaña a cualquier actividad interpretativa”⁴².

2.3. De cara a todas estas dificultades, se postula la *tesis del escepticismo* que descree de la posibilidad de conocer el mundo.

La versión más radicalizada afirma que el mundo no es en absoluto independiente de quien lo observa (*tesis del escepticismo ontológico*).

La versión más moderada sostiene que –aun siendo independiente– el mundo resulta por completo inaccesible a nuestro conocimiento (*tesis del escepticismo gnoseológico o epistemológico*).

2.4. Como bien destaca González Lagier, ambas posiciones extremas (objetivismo y escepticismo) se reflejan en la concepción procesal de la prueba:

Así, pueden rastrearse *rasgos objetivistas* (o, al menos, *objetivistas ingenuos*) en posiciones que confían –*tout-court*– en la *inmediación* del juez a partir del contacto con las partes y el material probatorio. En igual sentido, las dificultades en o la falta de prueba son consideradas como problemas de falta de información.

Por otro lado, muestran *rasgos escépticos* las posturas procesales para las cuales la finalidad de la prueba es el convencimiento, con total prescindencia de la verdad (inalcanzable) de los hechos afirmados o, meramente, la verdad formal o procesal (la verdad material es inalcanzable)⁴³.

2.5. Sin embargo, los teóricos jurídicos (no los procesalistas, salvo rarísimas excepciones)⁴⁴ advirtieron la necesidad de restablecer la conexión “afirmaciones-hechos”. En otras palabras, buscaron *anclar* las proposiciones sobre hechos a los hechos mismos, al menos en la extensión en que ello resulta posible.

Por tanto –y sin perjuicio de lo que precisaremos *infra*–, decir que una afirmación ha quedado *probada* es decir que el juez ha quedado convencido de que los hechos descritos en ella realmente sucedieron. Por supuesto, ello no obsta a que el juez se haya equivocado o a que la afirmación sea falsa.

⁴² ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca...* cit., p. 265.

⁴³ GONZÁLEZ LAGIER, *Hechos y argumentos...* cit., p. 19.

⁴⁴ Claramente, Michele Taruffo.

2.6. Este grupo de pensadores, entonces, adhiere a la *tesis del cognoscitivismo crítico* (o del *escepticismo moderado*, según desde qué lugar se parta)⁴⁵. Esta tesis presupone:

- a) La intuición de que conocemos parte de la realidad por nuestros sentidos. Si así no fuera, no podríamos explicar un sinnúmero de aspectos de nuestra vida cotidiana; si no establecemos algún contacto entre nuestras proposiciones sobre el mundo y el propio mundo, no tiene sentido hablar –tan siquiera– de *prueba*;
- b) la conciencia de las dificultades de ese conocimiento, a partir de las constataciones que resultan de distinguir el *hecho externo* del *hecho percibido* y del *hecho interpretado*⁴⁶;
- c) en función de todo ello, el mantenimiento y el refuerzo de la distinción anterior: *hechos externos*, *hechos percibidos* y *hechos interpretados*, a fin de maximizar el control de la posible incidencia de la inevitable subjetividad en la proposición fáctica.

De tal suerte, los *hechos percibidos* serán siempre epistemológicamente subjetivos, por relativos a una determinada capacidad sensorial, al igual que los *hechos interpretados*, por relativos al trasfondo, que varía de cultura en cultura y de individuo a individuo⁴⁷.

Si esto es así, si las proposiciones acerca de la percepción y de la interpretación de los hechos son inevitablemente subjetivas, es menester reforzar la *intersubjetividad*: cuantos más seamos quienes afirmemos haber percibido de esa manera tal hecho, mientras más seamos quienes interpretemos de determinada manera ese otro hecho, mientras podamos refutar exitosamente la versión que de un hecho da cierta persona, mientras podamos dar una versión coherente y fundada en las percepciones e interpretaciones de varios otros acerca de un hecho, más cerca estaremos de poder afirmar la verdad acerca de ese hecho.

⁴⁵ FERRAJOLI, ob. cit., ps. 47 y ss.; TARUFFO, *La prueba...* cit., ps. 57 y ss.; TWINING, *Rethinking...* cit., ps. 340 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., ps. 42 y ss.; GONZÁLEZ LAGIER, *Los hechos bajo sospecha...* cit., ps. 71 y ss.

⁴⁶ “As in Kant’s critique, the first task of reason is to recognize its own limitations and draw the boundaries within which it can operate” (ELSTER, Jon, *Solomonic Judgments: Studies in the Limitations of Rationality*, 1989, cit. por DAMAŠKA, *Rational...* cit., p. 39, nota al pie N° 15).

⁴⁷ Puede ampliarse en GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*”... cit., ps. 39-40.

¿Y cómo reforzamos la *intersubjetividad*? A partir de los postulados de la *argumentación* (y *motivación*) de la decisión sobre hechos.

3. Los argumentos

¿Cómo justificamos la prueba de los hechos? ¿Cómo argumentamos acerca de los hechos?

Los estudios de los autores que seguimos concluyen con diversas propuestas, todas relacionadas con aspectos del proceso inferencial que el juez realiza para llegar a la conclusión “tengo por verdadero x” o “tengo por probado x”⁴⁸.

La *inferencia* se da, precisamente, desde unos *hechos probatorios* hacia otros *hechos a probar*, con lo que claramente podemos compartir con González Lagier la necesidad de diferenciar ambas fases: a) establecer una información básica (“hechos probatorios” y “hechos a probar”); b) enlazar una cadena de inferencias⁴⁹.

Por su parte, Taruffo da cuenta de cuatro niveles de enunciados que conforman la narración que hará el juez acerca de los hechos del caso⁵⁰:

- a) Un primer nivel constituido por los enunciados que describen *hechos principales*, esto es, cada una de las circunstancias cuya combinación constituye la narración del hecho principal;
- b) un segundo nivel (no siempre presente) constituido por los enunciados que describen *hechos secundarios*, es decir, indicios o hechos base de presunciones de los que se puedan extraer inferencias relativas a la verdad o falsedad de enunciados sobre hechos principales;
- c) un tercer nivel constituido por los enunciados que resultan de las *pruebas* practicadas en el juicio;
- d) un cuarto nivel (tampoco siempre presente) constituido por las circunstancias de las que se pueden extraer inferencias relativas a la credibilidad o fiabilidad de los enunciados que están en el tercer nivel.

⁴⁸ Más adelante se advertirá la importancia de distinguir “verdadero x” de “tener por verdadero x”, tomada de Ferrer Beltrán.

⁴⁹ “*Quæstio facti*”... cit., ps. 53/54.

⁵⁰ Cfr. TARUFFO, *Simplemente*... cit., ps. 232 y ss.

El autor sostiene que esos niveles están interrelacionados a partir de inferencias probatorias, que pueden organizarse del siguiente modo: “a) los enunciados del segundo nivel representan las premisas de inferencias probatorias que permiten arribar a conclusiones relativas a enunciados del primer nivel. En efecto, los hechos secundarios se toman en consideración en la medida que resulten lógicamente relevantes como fuentes de prueba indirecta de un hecho principal; en caso contrario, ellos no se incluyen en la narración de los hechos; b) los enunciados del tercer nivel representan informaciones útiles para la determinación de los hechos descritos en el primer nivel (es el caso de la prueba directa de un hecho principal), o bien informaciones útiles para la determinación de hechos descritos en el segundo nivel (es el caso de la prueba de un hecho secundario, es decir, de la prueba indirecta de un hecho principal), y c) por último, los enunciados del cuarto nivel representan informaciones útiles para controlar la fiabilidad de los enunciados probatorios que se ubican en el tercer nivel, y eventualmente permiten fundar inferencias dirigidas a controlar el valor de esas informaciones”⁵¹.

3.1. Buena parte de estos autores, también, propone utilizar el modelo general de argumentación de Toulmin, “recientemente [...] retomado y analizado por Susan Haack”⁵² y “aplicado directamente a las inferencias probatorias, en particular por Daniel González Lagier”⁵³.

Stephen Toulmin fue un epistemólogo inglés que residió y enseñó en los Estados Unidos, lugar en donde murió en el año 2009. Su obra más famosa, *The Uses of Argument*, data de 1958⁵⁴. Toulmin afirmaba entonces que la lógica formal no aportaba nada al razonamiento práctico, a la explicación de la vida cotidiana, a la toma de decisiones. En cambio, proponía un “razonamiento hacia atrás”, a partir de una

⁵¹ Ídem, p. 234.

⁵² TARUFFO, *Simplemente...* cit., p. 234, con cita de HAACK, Susan, *Evidence and Inquiry. Towards Reconstruction in Epistemology*, Wiley-Blackwell, Oxford, 1993; *Defending Science. Within Reason. Between Scientism and Cynicism*, Prometheus Books, Amherst-New York, 2007; *Putting Philosophy to Work. Inquiry and its Place in Culture*, Prometheus Books, Amherst-New York, 2008.

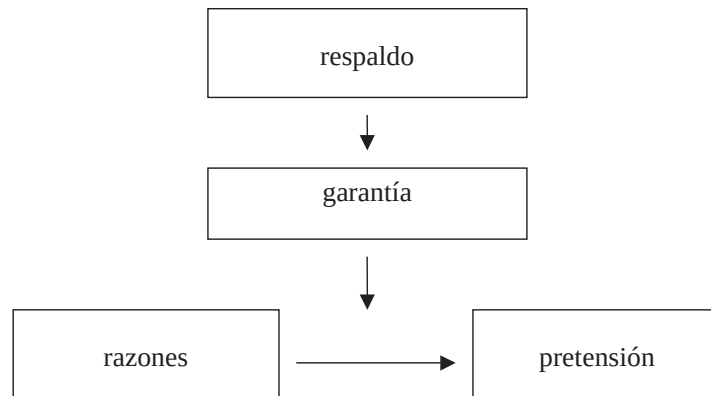
⁵³ TARUFFO, *Simplemente...* cit., p. 235.

⁵⁴ TOULMIN, Stephen, *The Uses of Argument*, updated edition, Cambridge University Press, 2003.

proposición que se avanza, en búsqueda de su explicación y justificación. Quizá sea esta característica (“razonar hacia atrás”, “retrodecir”) la causa de su profunda influencia en el razonamiento jurídico.

El hoy famosísimo “esquema de Toulmin” hace girar el modelo argumentativo alrededor de la idea de *warrant* que algunos traducen literalmente como “garantía”⁵⁵ y otros proponen –para el ámbito jurídico de la prueba de los hechos– como “confirmación”⁵⁶.

Para el autor, toda argumentación parte de una *pretensión* (*claim*) que, si es puesta en duda, exige la explicitación de *razones* (*grounds*) que den cuenta de la corrección de aquélla. La pregunta por el nexo entre esas *razones* y la *pretensión* nos conduce a la *garantía* (*warrant*), esto es, a una regularidad que vincula ambos elementos. Por último, la *garantía* puede ser apoyada por un *respaldo* (*backing*) que sostiene la validez o vigencia de esa regularidad⁵⁷.

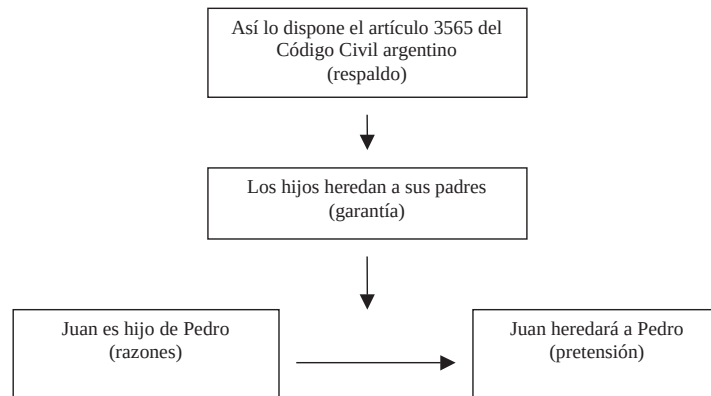


⁵⁵ V. gr., GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*”... cit., p. 56.

⁵⁶ V. gr., TARUFFO, *Simplymente*... cit., p. 235.

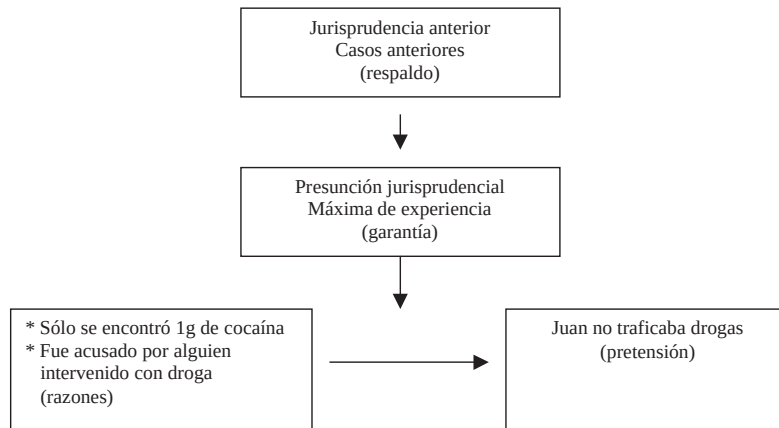
⁵⁷ TOULMIN, ob. cit., ps. 89 y ss.

Toulmin pensaba en un esquema argumentativo aplicable a todo tipo de razonamiento (científico, ético, jurídico, de la vida cotidiana). Reubicado en el Derecho, el esquema podría plantearse así:

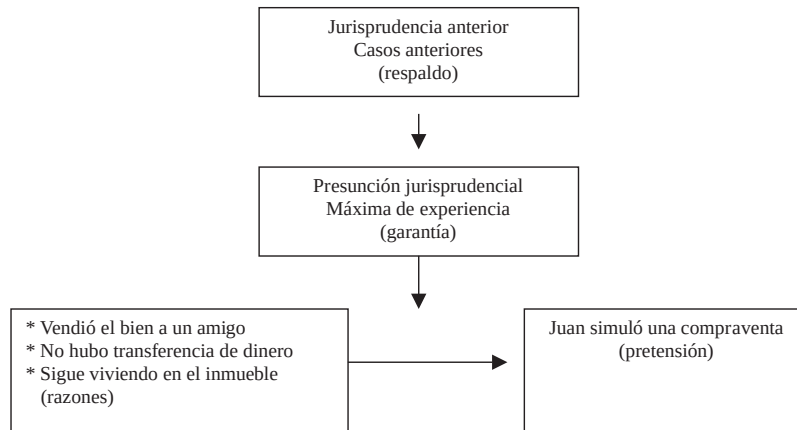


Para González Lagier este esquema puede trasladarse fácilmente al razonamiento judicial en materia de hechos: “los hechos probatorios constituirían las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión; y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía”⁵⁸. El propio autor esquematiza con este ejemplo:

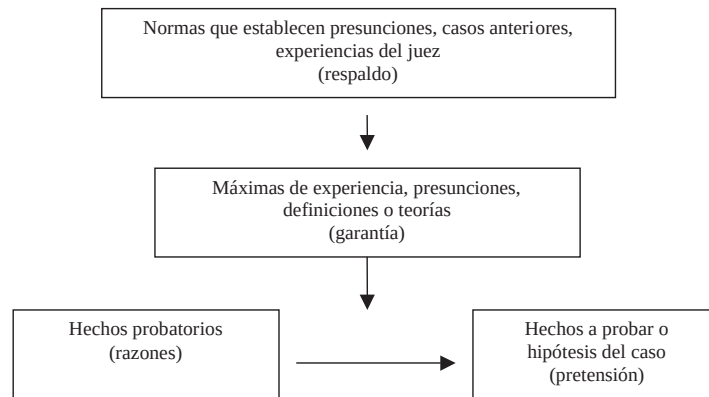
⁵⁸ GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*”... cit., p. 57. V., asimismo, ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 3ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2007, ps. 95 y ss.



Por nuestra parte, proponemos este otro ejemplo del Derecho Privado:



En general, González Lagier propone el siguiente esquema para reconstruir la “inferencia probatoria”⁵⁹:



3.2. Los esquemas que anteceden exhiben gráficamente la centralidad de la idea de *garantía* y su habitual concreción, las *máximas de experiencia*.

Entiende Taruffo que “el concepto de *warrant* es particularmente útil en el presente contexto, ya que permite hacer referencia, en el análisis del razonamiento del juez, a reglas y principios epistemológicos de carácter general que han sido objeto de una amplia elaboración teórica. Sin embargo, cabe recordar que un concepto útil de confirmación se puede obtener también a través de la aplicación al razonamiento del juez del concepto de probabilidad lógica, que –justamente– designa el grado de confirmación que las pruebas pueden atribuir a los enunciados relativos a los hechos del caso [...] es fácil constatar que el concepto de confirmación lógica de la hipótesis sobre la base de las informaciones disponibles refleja fielmente la situación en que se encuentra el juez: las hipótesis que se trata de confirmar son los

⁵⁹ “*Quæstio facti*”... cit., p. 59.

enunciados relativos a los hechos principales que constituyen el primer nivel de la narración del juez; las pruebas dan lugar a los enunciados que componen el tercer nivel de la narración, y que confirman directamente los enunciados del primer nivel, así como los enunciados relativos a los hechos secundarios que están en el segundo nivel; estos últimos, a su vez, atribuyen confirmación inferencial a los enunciados sobre los hechos principales. Por último, los enunciados que aparecen en el cuarto nivel tienen la función de atribuir confirmación, en términos de fiabilidad a los enunciados que expresan los resultados reducidos por las pruebas”⁶⁰.

Toulmin mostró una fuerte preocupación por el *respaldo* de las garantías, esto es, por el fundamento epistemológico a partir del cual la inferencia puede considerarse fundada e idónea para atribuir un grado considerable de fiabilidad y plausibilidad a la respectiva conclusión⁶¹.

Las *máximas de experiencia* pueden enunciarse como “si *x*, entonces probable *y*”. El paso de *x* a *y*, la “inferencia probatoria”, es el resultado de inducciones generalizadoras que pueden tener: a) carácter científico o especializado (por ejemplo, las que brindan los peritos); b) carácter jurídico (por ejemplo, las que provienen de la experiencia profesional del juez); c) carácter privado (por ejemplo, las experiencias corrientes, que el juez tiene independientemente de su profesión y por el solo hecho de vivir en sociedad).

3.2.1. Como bien dice Andrés Ibáñez, las máximas de experiencia son muy usadas, pero poco estudiadas y potencialmente problemáticas, porque así como las hay que tienen un valor de leyes generales (o casi), las hay que no tienen valor alguno⁶². Taruffo lo ejemplifica en estos términos: “...si con respecto a una hipótesis constituida por un enunciado de hecho se dispone de una sola prueba, pero el *warrant* que conecta esa prueba con el hecho descrito por el enunciado es una regla universal o cuasi general, el grado de confirmación que el enunciado recibe a través de la inferencia es particularmente elevado. Por el contrario, si se trata de una prueba que puede ser conectada con el

⁶⁰ TARUFFO, *Simplymente...* cit., ps. 236-237.

⁶¹ Cfr. TOULMIN ob. cit., ps. 95 y ss.

⁶² Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca...* cit., p. 287.

hecho en cuestión sólo por medio de una regla que corresponde a una baja frecuencia estadística, o que posee en todo caso un valor cognoscitivo bajo, es evidente que el enunciado recibe de esta prueba un grado de confirmación muy poco elevado, o incluso nulo en el caso de que la regla de inferencia sea una generalización radicalmente espuria, y como tal carente de cualquier valor cognoscitivo”⁶³.

Algunos autores avanzan en este sentido, dando cuenta de ciertas “dimensiones” de las generalizaciones: 1) son parte necesaria del proceso inferencial; 2) son difusas, ambiguas; 3) frecuentemente no están articuladas unas con otras; 4) dependen de creencias de sentido común acerca de cómo se comportan las personas; 5) su probabilidad es y debe ser revisada a la luz de otra información; 6) pueden tener un efecto discriminatorio cuando se basan en estereotipos acerca de atributos tales como raza, género, preferencia sexual, origen étnico o edad⁶⁴.

Frecuentemente asombra la liviandad con que se manejan las inferencias probatorias mediadas por *garantías*. Diversos autores ejemplifican con los dictámenes psicológicos en los casos de abuso sexual de menores. Andrés Ibáñez comenta un fallo de un tribunal de Málaga sosteniendo que faltaron indicaciones de método: “Hay técnicas de entrevistas que están protocolizadas; y no se puede hacer una entrevista profesional sin que se otorgue el correspondiente protocolo. No se puede montar una entrevista sobre preguntas directas, sin dar lugar a una descripción libre como punto de arranque. No se puede emitir conclusiones sin previamente desmenuzar con rigor todo el material empírico. No se puede, al indagar las incoherencias, las discontinuidades, las rupturas, los cambios. No se puede, cuando las niñas tienen lenguaje de mayores no indagar a qué se debe, y en el lenguaje de estas niñas hay expresiones de mayores”⁶⁵.

Por su parte, comentando un fallo absolutorio de un tribunal de Córdoba (Argentina), Carlos I. Ríos expresa que –mediante pericias

⁶³ TARUFFO, *Simplemente...* cit., p. 239.

⁶⁴ MACCRIMMON, Marilyn, *Fact Determination: Common Sense Knowledge, Judicial Notice and Social Science Evidence*, en *International Commentary on Evidence*, vol. 1, Iss. 1, Article 2; disponible en <http://www.bepress.com/ice/vol1/iss1/art2>.

⁶⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, *Conferencia...* cit.

que suelen establecer por “intuición o adivinación” la veracidad de la versión acusatoria y sin que los jueces se cuestionen la carga subjetiva de los dictámenes, o la imposibilidad de verificar científicamente los enunciados y conclusiones del acto pericial– se construye una red que reproduce y multiplica arbitrariamente lo denunciado, cuando en realidad ello debería ser objeto de comprobación. Admite que un novelista podría reconstruir la trama de la siguiente manera: “la niña dice, que la madre dice que la niña dijo, el médico dice que la madre dijo, la psicóloga dice que la madre y la niña dicen, las peritos dicen que la psicóloga dijo que la niña dijo, el fiscal dice que la psicóloga dijo, el juez dice que todos dijeron”⁶⁶.

3.2.2. En consecuencia, el *quid* de las máximas de experiencia radica en su *universalización* (fundada, infundada, razonada, precipitada, etc.), en su fundamento epistemológico y en la conciencia de los pasos de la inferencia.

En particular, los jueces deben cuidarse de *normativizar* los elementos probatorios y, consecuentemente, *mistificarlos*. Y es que, a diferencia de las presunciones legales, las máximas de experiencia (o *presunciones “hominis”*) no están “revestidas de autoridad”⁶⁷. La tranquilidad del juez frente al razonamiento deductivo puede inclinarlo a operar con las máximas de experiencia cual si fueran normas.

3.2.3. Finalmente, y como lo recuerda González Lagier, “la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza lógica (es decir, siempre será probable, en el sentido de grado de credibilidad), por alguna o algunas de las siguientes razones: (1) Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inferencia deductiva, dado que no podemos estar absolutamente seguros de que las premisas sean verdaderas, tampoco podemos asegurar que lo sea la conclusión, en el sentido de correspondiente con la realidad. (2) Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inducción (en sentido amplio), además, el paso de las premisas a la conclusión no es necesario”⁶⁸.

Coherentemente, la conclusión *nunca* es necesariamente verdadera

⁶⁶ RÍOS, Carlos I., *La prueba del abuso sexual de un menor*, en L. L. Córdoba, 2007 (junio), ps. 482 y ss.

⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*”... cit., p. 62.

⁶⁸ Ídem, ps. 71/72.

sino *probablemente* verdadera y, a su turno, la probabilidad es *gradable* (muy probable, poco probable, casi seguro). Por ello, “la afirmación de que la verdad procesal es una verdad probable es bastante común entre quienes se han ocupado de este asunto de una perspectiva filosófica. Recorre todos los trabajos sobre los hechos en el Derecho de autores como Perfecto Andrés Ibáñez, Luigi Ferrajoli, Marina Gascón, Paolo Comanducci, Michele Taruffo, etcétera”⁶⁹.

3.3. Partiendo de esa idea de *solidez* (en lugar de *validez* o *corrección*), de modo *gradual* (y no de *todo* o *nada*) de la inferencia probatoria, González Lagier se pregunta por aquellos criterios a partir de los cuales poder valorarla. Algo así como una *Checkliste*, que se hace cargo de pautas de racionalidad epistemológica para fundar las inducciones científicas y que, además, replica el esquema de la inferencia probatoria: *hechos probatorios* (razones de la inferencia), *garantía* (máximas de experiencia y presunciones) y *hechos a probar* (pretensión o hipótesis)⁷⁰:

A) *Criterios acerca de los hechos probatorios*:

- 1) ¿Son fiables?
- 2) ¿Son suficientes?
- 3) ¿Son variados?
- 4) ¿Son pertinentes?

B) *Criterios acerca del enlace*:

- 5) ¿Está bien fundado?
- 6) ¿Establece un suficiente grado de probabilidad?

C) *Criterios acerca de la hipótesis*:

- 7) ¿Ha sido refutada?
- 8) ¿Ha sido confirmada la hipótesis secundaria?
- 9) ¿Han sido eliminadas las hipótesis alternativas?
- 10) ¿Es la hipótesis más coherente y la más simple?

Una vez más, corresponde resaltar que no hay criterios matemáticos ni apodícticos para garantizar la corrección de una inferencia probatoria. Antes bien, la guía que antecede persigue examinar y valorar

⁶⁹ Ídem, p. 73, nota N° 17.

⁷⁰ V. *in extenso*, GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*”... cit., ps. 81 y ss.; análogamente, GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., ps. 179-187 y 218-223.

los argumentos sobre hechos a fin de: a) validar (uno mismo) las hipótesis, y b) justificar las hipótesis⁷¹.

Entre otras cosas, ello es posible a partir de la sustitución de la idea de *subjetividad* por la de *intersubjetividad*, explícita o implícita en los procedimientos argumentativos de proposición y refutación.

4. La verdad acerca de los enunciados sobre hechos

Ya hemos dicho que la verdad no se predica de los hechos, sino de las creencias y de los enunciados descriptivos respecto de ellos. También recordábamos que “averiguar la verdad” no significa encontrar una verdad absoluta, sino una verdad con un grado de probabilidad suficientemente razonable. ¿En qué sentido, entonces, podemos hablar de *verdad*?

En este punto es menester recordar las *teorías* que intentan explicar qué es la *verdad*. La mayoría de los autores citados (Ferrajoli, Taruffo, Gascón, González Lagier, etc.) realizan una exhaustiva exposición de esas tesis, que resumimos así:

4.1. Teoría de la verdad como correspondencia.

Las primeras manifestaciones de esta teoría se remontan a Aristóteles: “decir que lo que es no es o lo que no es es, es erróneo; pero decir que lo que es es y que lo que no es no es, es verdadero”⁷².

En pocas palabras, la teoría de la correspondencia propone que es verdadero aquel enunciado que está de acuerdo (se corresponde) con la realidad. Luego de importantes desarrollos en el siglo XX⁷³, algunas versiones de esta tesis sufrieron críticas que la calificaban de ingenua al considerar los enunciados como “reflejos”, “imágenes” o “proyecciones” del mundo⁷⁴.

Sin embargo –y más allá de las corrientes ingenuas o vinculadas con un realismo ontológico que cree en realidades absolutas y en la

⁷¹ Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*”... cit., p. 107.

⁷² *Metafísica*, Gredos, Madrid, 1994, Libro IV, VII, p. 198.

⁷³ A través de las teorías de Russell y Wittgenstein.

⁷⁴ Cfr. GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 42, con cita de Haack, *Filosofía delle logiche*.

posibilidad de su conocimiento absoluto— hay versiones “correspondentistas” que rescatan una “suposición pragmático-formal del mundo”⁷⁵, la intuición de que “el mundo externo, yo y los otros existen”, la necesidad y la posibilidad de actuar en el mundo, una “concesión al realismo”⁷⁶.

Entre los exponentes más relevantes de esta doctrina, se destaca la figura de Alfred Tarski (1902-1983), lógico, matemático y filósofo polaco, radicado en los Estados Unidos.

Tarski propuso una teoría *semántica* de la verdad⁷⁷, esto es, en función de las relaciones entre los signos y los significados, entre las expresiones de un lenguaje y los objetos (o estados de cosas) a que refieren esas expresiones.

Retomando la tradición aristotélica, afirmó que “El enunciado ‘la nieve es blanca’ es verdadero si, y sólo si, la nieve es blanca”⁷⁸. Su aporte reside en haber distinguido entre un lenguaje-objeto (el lenguaje acerca del cual se habla, aquel del que se predica la verdad o falsedad, entrecomillado en la expresión tarskiana) y un metalenguaje (lenguaje con el que hablamos acerca del lenguaje-objeto, que contiene a éste como parte)⁷⁹.

Se ha destacado que “la formulación de Tarski brinda una *definición* del concepto de verdad que se limita a indicar las condiciones de uso del término ‘verdadero’, con la ventaja de que nada dice de los *criterios* de verdad, es decir, de las condiciones de aceptación de la aserción como verdadera”⁸⁰.

⁷⁵ Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*, Paidós, Buenos Aires, 2003, ps. 24 y ss.

⁷⁶ “Esta concesión al realismo está presente en muchos planteamientos contemporáneos que estiman que si ha de explicarse la objetividad de nuestro conocimiento, es decir, si ha de tener sentido afirmar que conocemos la verdad, no podemos mantener la extravagante hipótesis de la creación del objeto al conocerlo” (GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 26).

⁷⁷ TARSKI, Alfred, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1972.

⁷⁸ Ídem, ps. 13-14.

⁷⁹ Ídem, ps. 26-27.

⁸⁰ GUZMÁN, ob. cit., ps. 53-54, con cita del propio Tarski, de Ferrajoli y de Quine.

4.2. *Teoría de la verdad como coherencia.*

Esta tesis hace descansar la *verdad* en una relación tal entre elementos de un conjunto de enunciados en que unos se derivan de otros y no se contradicen⁸¹. De tal suerte, la *inferencia* y la *no contradicción* aseguran el resultado *coherencia*.

Evidentemente, la sola coherencia no conlleva la verdad: “...esta tesis, que asume la configuración de la verdad como coherencia de una aserción dentro de un contexto narrativo, no resiste la objeción de que bien pueden existir narraciones coherentes que al mismo tiempo sean falsas o que no tengan ninguna intención de ser ‘verdaderas’ (como ocurre, por ejemplo, con las ficciones literarias). La coherencia puede cumplir un rol importante, y de hecho lo hace, cuando ésta asume la forma de criterio de aceptabilidad de la verdad, pero pareciera no tener mayor relevancia cuando a través de ella se pretende brindar una definición del término «verdad»”⁸². Además, esta teoría tiene el problema de ser un criterio limitado (pueden existir “conjuntos” –bien que coherentes en sí mismos– contradictorios entre sí)⁸³.

No obstante, ha tenido especial predicamento en el ámbito del Derecho, no sólo por los notables desarrollos de Neil MacCormick⁸⁴, sino por la influencia en los estudios en derredor del concepto de “coherencia narrativa”⁸⁵ y de una cierta concepción de la prueba: “la teoría coherentista de la verdad se puede vincular con la concepción ‘retórica’ de los elementos de prueba. Tal concepción considera los elementos de prueba no como un recurso ‘heurístico’ que supuestamente usa el juzgador con el fin de establecer la verdad de los hechos litigiosos, sino como un recurso ‘persuasivo’ cuyo objetivo es simplemente crear, en la mente del juez o del jurado, una creencia acerca de la credibilidad de uno de los ‘relatos’ contados en el curso del litigio. Desde esta perspectiva, la coherencia del ‘relato’ desempeña

⁸¹ “...defendidas, entre otros, por Bradley, Neurath, Rescher o Dauer” (GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 55).

⁸² GUZMÁN, ob. cit., p. 44.

⁸³ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 56.

⁸⁴ V. sus citas en TARUFFO, *La prueba* cit., p. 27 y en GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., ps. 58-59.

⁸⁵ V. GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., ps. 57 y ss., en especial la referencia a dos formas de entender el “narrativismo” en la teoría jurídica.

un importante papel persuasivo, y los medios de prueba suelen tener por objeto constituirse en un apoyo para un ‘relato’ convincente”⁸⁶.

Para Calvo González, por ejemplo, “la prueba [...] no atestigua ni asegura la verdad de los enunciados fácticos; únicamente aporta razones para aceptar tales enunciados como verdaderos. Cualquier otra aspiración se alimenta de una confusión entre prueba y verdad”⁸⁷.

4.3. *Teoría pragmática de la verdad.*

Las tesis de los pragmatistas afirman que es “verdadero” aquello que sirve para algún fin. De acuerdo con Peirce, James, Schiller y Dewey, entre otros, “si cuando al perseguir un objetivo se mantiene una creencia que es relevante para la consecución de aquél, entonces la creencia es verdadera si favorece su realización y falsa si no la favorece [...] Se trata, en síntesis, de la doctrina de la ‘voluntad de creer’, mediante la cual la cuestión relativa a la verdad de una creencia queda reducida a la de su *utilidad* (vital, psicológica) para el individuo: una creencia será verdadera en tanto en cuanto ella sea útil”⁸⁸.

Como bien recuerda Gascón Abellán, no se trata de que cualquier idea que “funcione” sea aceptada como “verdadera”, sino que es menester “...tener también en cuenta la experiencia pasada y, sobre todo, su ‘verificabilidad’. De ahí la idea de Peirce de que la verdad es el final de la investigación, aquello en lo que concordarán, o concordarían quienes usan el método científico si persistiesen el tiempo suficiente, y el objeto representado por esa opinión es lo real”⁸⁹.

El pragmatismo ha colaborado con la ciencia en la explicación del mundo y en la predicción de fenómenos, pero ciertamente puede no existir relación alguna entre utilidad y verdad: “...en la medida en que asimilan la verdad a los métodos de obtención de la misma parecen abocadas a abrazar un cierto ‘relativismo ontológico’, pues la realidad

⁸⁶ TARUFFO, *La prueba* cit., p. 27.

⁸⁷ CALVO GONZÁLEZ, José, *La controversia fáctica. Contribución al estudio de la “quæstio facti” desde un enfoque narrativista del Derecho*, ponencia presentada a las XXI Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 4 al 6 de octubre de 2007, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina).

⁸⁸ GUZMÁN, ob. cit., p. 46, con profusas citas de James.

⁸⁹ GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 60.

no sería ya algo dado, sino dependiente de nuestros valores o teorías, de nuestros esquemas de conocimiento o verificación; con las consecuencias que ello puede acarrear en todo caso, pero particularmente en el plano judicial: puede haber creencias ‘útiles’ o ‘satisfactorias’, y que por ello se considere justificado aceptarlas, pero falsas”⁹⁰.

4.4. *Teoría de la verdad como consenso.*

El escepticismo respecto de la correspondencia llevó, finalmente, a buscar la verdad en el *consenso*: es verdadero aquello que es aceptado por la mayoría o por unanimidad.

El principal exponente de esta teoría es Jürgen Habermas (1929), integrante de la Escuela Crítica de Frankfurt y discípulo de Adorno.

La *teoría consensual de la verdad* de Habermas descansa en el potencial asentimiento de los participantes del discurso: todo consenso descansa en un reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica⁹¹.

La teoría de la argumentación aporta las condiciones o reglas ideales con que puede medirse la racionalidad de una práctica discursiva real. Las reglas de la argumentación y la situación ideal de habla no ofrecen lo que propiamente sería un criterio (material) de verdad, sino sólo un *procedimiento* que sirve para acordar racionalmente en cada momento acerca de lo que en ese momento puede ser tenido como verdadero. Para Habermas esta racionalidad no es sinónimo de racionalidad material sino de imparcialidad.

Muchos han criticado esta tesis que, no obstante, goza de gran crédito en la comunidad científica. Así, no es sencillo determinar la “comunidad de hablantes” que generará el consenso, ni identificar fácilmente las condiciones que fundamentan su racionalidad⁹² ni qué lo genera cuando se aducen razones distintas.

4.5. *Significado de verdad y criterios de verdad.*

Es así, entonces, cómo los autores reseñados coinciden en adscribir a una epistemología *cognoscitivista crítica*, que adhiere al *significado*

⁹⁰ Ídem, p. 61.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2001, ps. 78 y ss.

⁹² Cfr. TARUFFO, *La prueba...* cit., ps. 177-178, esp. notas N° 28 y 29. V., asimismo, PEÑA, Carlos, *Habermas y el problema de la verdad*, en *Doxa* 32 (2009), ps. 585-591.

de verdad como correspondencia y se vale de las otras teorías sobre la verdad como *criterios* para establecer si un enunciado es verdadero o falso.

Recordando, por ejemplo, a Ferrajoli, es menester distinguir el *significado* de verdad de los *criterios de verdad*: “...la verdad como correspondencia [...] una definición semántica, que se limita a elucidar el *significado* del término ‘verdadero’ como predicado metalingüístico de una tesis empírica, sin decir nada acerca de los *criterios* –los de la coherencia sintáctica y de la justificación pragmática– en base a los cuales dicha tesis puede ser aceptada como verdadera y que, a su vez, nada dicen en torno al significado del término ‘verdadero’. Cuando un juez pide a un testigo que diga la verdad, escribió Karl Popper, no le pide que sea coherente o persuasivo o que diga lo que considera útil para sí o para otros. Simplemente le pide que diga lo que ha visto o escuchado. Luego, la plausibilidad (o la no plausibilidad) y la coherencia (o la incoherencia) del testimonio con el conjunto de las otras pruebas recogidas serán los criterios epistémicos sobre cuya base el juez valorará tanto su credibilidad a los fines de su aceptación –o no– como verdadero, así como su consiguiente idoneidad para sostener o desmentir una determinada hipótesis acusatoria”⁹³.

5. La verdad procesal acerca de los enunciados sobre hechos

En el Derecho Procesal suelen manejarse equivocadamente las relaciones entre *prueba* y *verdad*.

En algunas ocasiones, los malentendidos se originan en la falta de una adecuada distinción entre *reglas epistemológicas* (aquellas dirigidas a descubrir y determinar eficazmente la verdad de los enunciados sobre hechos) y *reglas institucionales* de la prueba (las normas que regulan la prueba en el proceso, incluido el procedimiento probatorio).

Este trabajo tiene por objeto concentrarnos en las *reglas epistemológicas* acerca de la prueba, sin ignorar los condicionamientos que le imponen las *reglas institucionales*.

5.1. Pues bien, ¿qué dicen los procesalistas con relación a las *reglas*

⁹³ FERRAJOLI, Luigi, *Prólogo* a la ob. cit. de GUZMÁN, p. III.

epistemológicas? Aquí pueden advertirse dos modelos idealmente extremos a los que se aproximan diversas posturas procesales:

- a) Una actitud extrema consiste en afirmar el total desinterés del Derecho Procesal por la búsqueda de la verdad. Con matices, se trata de posiciones que defienden la finalidad del proceso de (meramente) “solucionar un conflicto” y, así, “lograr la paz social”, descartando o minimizando el papel de la verdad de los hechos que originaron el conflicto⁹⁴;
- b) otra actitud extrema consiste en buscar la verdad (a veces identificada con una “verdad absoluta”, “con mayúscula”) a cualquier costo o pagando altos costos⁹⁵, como condición ineludible de la decisión justa.

Esas posiciones suelen trasladarse a la disputa *garantismo-activismo* (o *decisionismo*), pero, desde nuestra perspectiva, ello no es plausible.

5.1.1. Concretamente, cabe que nos preguntemos: ¿es compatible la preocupación por la verdad en el proceso con el garantismo? ¿debe el garantismo preocuparse por –y ocuparse de– las reglas epistemológicas sobre la prueba?

A nuestro modo de ver, la respuesta es afirmativa.

⁹⁴ Esta postura es más próxima a la de Alvarado Velloso, quien recuerda que “...el juez sólo debe buscar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más, lo que ellos mismos admiten acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. II, p. 19). Quizá desde otro marco teórico, puede v. TRIONFETTI, Víctor, *La construcción de los hechos en el proceso*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2005-1, *Prueba – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 105 y ss.: “Afirmando que ‘los hechos’ del proceso no se descubren ni se encuentran. Se construyen. Sostengo que en el proceso no hay ‘hechos’, sino versiones o relatos. Estimo que el proceso civil no busca la ‘verdad’ sino la seguridad jurídica, y que la eventual coincidencia de determinados eventos históricos con lo expresado en la sentencia es una probabilidad, no una necesidad, para que el proceso sea dirimido” (p. 105).

⁹⁵ Así, por ejemplo, Arazi: “Digámoslo de una vez: aun mediando negligencia de las partes el juez tiene el deber de suplir esa omisión y antes de fallar tiene que esclarecer los hechos ordenando la producción de prueba que considere decisiva” (ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica*, La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 43). En sentido análogo, MORELLO, Augusto M., *La prueba. Tendencias modernas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

En primer lugar, por las razones expuestas por el más caracterizado jurista del *garantismo*, Luigi Ferrajoli, de quien aquí reseñamos sólo algunos de sus postulados: a) la jurisdicción es una actividad normativa que “se distingue de cualquier otra –no sólo de la legislación, sino también de la administración y de la actividad negocial– en cuanto que está motivada por aserciones supuestas verdaderas y no sólo por prescripciones, de modo que no es meramente potestativa y ni siquiera discrecional, sino que está vinculada a la aplicación de la ley a los hechos juzgados mediante reconocimiento de la primera y *conocimiento* de los segundos”⁹⁶; b) “el modelo ilustrado de la perfecta ‘correspondencia’ entre previsiones legales y hechos concretos y del juicio como aplicación mecánica de la ley es una ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico. Sin embargo, se puede salvaguardar su valor teórico y político si –y sólo si– se redefine como *modelo límite* nunca plenamente conseguible sino sólo aproximable y, sobre todo, se aclaran las condiciones en presencia de las cuales puede ser *más o menos* satisfecho”⁹⁷; c) “el concepto de verdad procesal es, en suma, fundamental además de para la elaboración de una teoría del proceso, también por los usos que de él se hacen en la práctica judicial. Y no se puede prescindir de él [...] sino a costa de una profunda incompreensión de la actividad jurisdiccional y de la renuncia a su forma principal de control racional”⁹⁸; d) el modelo *cognoscitivista* es el modelo normativamente exigido por el garantismo, “que se orienta a la averiguación de una verdad procesal empíricamente controlable y controlada, aunque necesariamente reducida y relativa”⁹⁹.

En segundo lugar, por elementales conclusiones que arroja la regulación procesal de la prueba. Concretamente, así como hay normas procesales que consagran valores que rivalizan con (la posibilidad de conseguir) la verdad¹⁰⁰, hay otras que ciertamente se hacen cargo de esta perspectiva: el principio de necesidad de prueba (y su preferencia frente a normas institucionales de “cierre del sistema” como el de la carga de la prueba); el propio discurso procesal sobre la prueba

⁹⁶ FERRAJOLI, ob. cit., p. 37; el destacado es nuestro.

⁹⁷ Ídem, p. 46.

⁹⁸ Ídem, p. 47.

⁹⁹ Ídem, p. 540.

¹⁰⁰ Típicamente, por ejemplo, los plazos procesales de ofrecimiento, admisión y clausura de la prueba.

(v. gr., cuando se pregunta al testigo “qué vio” o “qué escuchó” y no “cuál es su opinión”); el distinto valor probatorio de ciertos medios de prueba (documental *versus* testimonial; prueba de ADN *versus* presunciones *hominis*, etc.); el careo de los testigos; el sistema de valoración de la prueba conforme a “las reglas de la lógica y de la experiencia” o al estándar de la “sana crítica”; el recurso de revisión de la sentencia penal; la nulidad de cosa juzgada írrita, etcétera.

En tercer lugar, y no menos importante, por la aspiración garantista de reducción de los espacios de discrecionalidad judicial. Ya hemos dicho que el ámbito de la “fijación judicial de los hechos” es, probablemente, el de mayor poder de los jueces. Y si una justicia completamente “con verdad” constituye una utopía, una justicia penal completamente “sin verdad” equivale a un sistema de arbitrariedad¹⁰¹. La idea es, entonces, concebir la fijación judicial de los hechos como una *actividad racional*, fuente de un conocimiento *probable*, “aunque se trate de una racionalidad incapaz de ofrecer certezas matemáticas”¹⁰².

5.1.2. ¿Cuáles serían esas reglas epistemológicas? Gascón Abellán propone las siguientes:

- i) En la formulación legal del supuesto de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados de los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante contrastación empírica (directa o indirectamente)¹⁰³;
- ii) para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta;
- iii) cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse;
- iv) se proscribe el esquema de valoración tasada y se impone el de libre valoración, interpretado como un principio metodológico (negativo) que permite al juzgador no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente probados;
- v) no existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria y, por tanto, debería ser admitida;

¹⁰¹ Cfr. FERRAJOLI, ob. cit., p. 45.

¹⁰² GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 49.

¹⁰³ GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 82.

- vi) es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad);
- vii) si, a la vista de nuevas pruebas, pudiera revisarse la verdad de un enunciado declarado falso o la falsedad de un enunciado declarado verdadero, debe hacerse¹⁰⁴.

Como la propia autora reconoce, la más superficial lectura de las reglas que anteceden nos evoca la multiplicidad de *reglas institucionales* de la prueba que las excepcionan.

Para cualquier procesalista, por ejemplo, es elemental que *no puede* usarse *cualquier* elemento que permita obtener información relevante (regla iii).

5.1.3. Por ello, una primera cuestión se suscita cuando se defiende que debe perseguirse una “verdad jurídica objetiva”¹⁰⁵. Se trata, cual destaca Trionfetti, de un verdadero *cliché* que plantea variados y numerosos interrogantes¹⁰⁶ y choca contra una serie de limitaciones al conocimiento del juez, entre las que señala¹⁰⁷:

¹⁰⁴ Ídem, p. 115.

¹⁰⁵ La fórmula fue introducida por la CSJN en el famoso caso “Colalillo” (*Fallos*: 238:550).

¹⁰⁶ “...sólo constituye un tropos que reemplaza una oquedad con otra. El resultado es el vacío. En la aspiración a una verdad omnicomprendiva se cuela con facilidad el quiebre de reglas y principios básicos del Derecho Procesal y Constitucional y la actividad judicial se transforma en la búsqueda de un horizonte que, por ser tan ‘noble’, como fugaz e incontrolable, crea inseguridad y atropella garantías. ¿De qué concepción de verdad hablamos? ¿No resulta contradictorio hablar de verdad jurídica que, además, se postula sea objetiva? ¿Es una teoría de verdad pragmática la que se postula? ¿Se pretende abordar la verdad como verdad correspondencia? Y si así es, ¿se trata de una teoría semántica o no semántica? ¿La frase concuerda con las corrientes fenomenológicas? O, en todo caso, ¿estamos ante una teoría hermenéutica de la verdad? Y podría seguirse. Por otro lado, la verdad es una pretensión de validez que involucra dispositivos de poder vinculados al sostenimiento de determinadas matrices ideológicas que operan a través de prácticas discursivas y desde el imaginario social. Toda esta complejidad, al menos debería prevenirnos de no repetir el latiguillo de que en el proceso se busca la verdad jurídica objetiva, sin antes realizar un análisis más profundo” (TRIONFETTI, Víctor Rodolfo, *Conclusión de la causa para definitiva. Análisis de la reforma introducida por la ley 25.488 a los artículos 481, 482 y 484 del CPCCN*, en *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, coord. por Enrique M. Falcón, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 193, nota N° 7).

¹⁰⁷ Ídem, ps. 194 y ss.

- a) La iniciación del proceso a cargo de las partes (*principio de rogación*);
- b) La carga de alegación de hechos por las partes (el juez no incorpora hechos al debate)¹⁰⁸;
- c) La disponibilidad del Derecho material, respecto de variadas materias en las que no está involucrado el orden público;
- d) La disponibilidad de institutos procesales (perención de instancia, excepciones, admisión de hechos, consentimiento de resoluciones, etc.);
- e) El impulso procesal, generalmente a cargo de las partes en un sistema dispositivo;
- f) El establecimiento de presunciones legales;
- g) La carga de la prueba;
- h) La limitación impuesta por los conceptos de *fuentes y medios* de prueba;
- i) La regla de congruencia;
- j) Los límites temporales a la actividad procesal.

Como bien lo resume Gascón Abellán, la verdad “procesal” se diferencia de la verdad histórica o científica en que está sujeta a las denominadas “reglas institucionales del procedimiento probatorio”, que persiguen: a) asegurar una respuesta más o menos rápida que en algún momento ponga fin al conflicto (plazos procesales, preclusión, caducidad, negligencia probatoria, cosa juzgada, etc.); b) garantizar otros valores que se consideran dignos de protección (proscripción de la tortura, de las pruebas ilícitas, etc.)¹⁰⁹.

Y aun para Taruffo, enrolado en la defensa a ultranza de la verdad en el proceso, la búsqueda no es “a como dé lugar”: “...el descubrimiento de la verdad es un fin esencial del proceso y una condición necesaria de la justicia de la decisión, pero no es el único fin que el proceso persigue [...] la función epistémica que el proceso puede cum-

¹⁰⁸ Al respecto, puede v. MEROI, Andrea, *La introducción del material fáctico en el proceso. Delimitación y forma de las alegaciones de las partes en el ordenamiento jurídico argentino*, en *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Thomson Reuters Puntotext, Santiago, 2010.

¹⁰⁹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 121.

plir es muy importante, pero no es la única. El proceso es, en realidad, también un ‘lugar’ en que se aplican normas, se realizan valores, se aseguran garantías, se reconocen derechos, se tutelan intereses, se efectúan elecciones económicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las personas, se tutela la libertad de los individuos, se manifiesta la autoridad del Estado [...] y se resuelven controversias por medio de decisiones deseablemente justas”¹¹⁰.

Cuánto de reglas epistemológicas y cuánto de reglas institucionales escapa al objeto de este trabajo y será motivo de futuros análisis. Lo que sí reafirmamos es nuestra opinión, según la cual el garantismo reclama la observancia de *reglas epistemológicas* de la prueba.

5.1.4. Las dificultades antes reseñadas llevaron a no pocos procesalistas a distinguir entre *verdad material* y *verdad formal*¹¹¹, rechazada finalmente a principios del siglo XX, pero de frecuente referencia en doctrina y jurisprudencia¹¹².

En este sentido, resulta un clásico citar a Carnelutti, para quien “...basta un *límite mínimo* a la libertad de búsqueda del juez para que el proceso de búsqueda de la verdad degenera en un proceso formal de fijación; en otros términos, la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso. La verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede ser *conocida en todo caso y mediante cualquier medio*, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: *no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos*”¹¹³.

La eliminación de la distinción, no obstante, no soluciona el dilema que plantea la relación conceptual entre *prueba* y *verdad*: “o bien se

¹¹⁰ TARUFFO, *Simplymente...* cit., p. 156.

¹¹¹ V. la referencia de FERRER BELTRÁN, *Prueba...* cit., ps. 68-69.

¹¹² Ídem, p. 71. En la Argentina, así lo demuestra el citado precedente “Colalillo” y toda la doctrina procesal que generó (v. gr., BERTOLINO, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva*, Depalma, Buenos Aires, 1990).

¹¹³ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, 2ª ed., Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1947, ps. 33-34; traducción castellana, *La prueba civil*, de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Acayú, Buenos Aires, 1955, p. 25.

abandona la relación conceptual entre prueba y verdad, esto es, no se define la prueba en términos de verdad de los enunciados, o bien se sostiene que es imposible conceptualmente probar un enunciado falso. En este último caso, cuando se declara probado un enunciado de ese tipo, habrá que decir necesariamente que se ha cometido un error y que el enunciado no está realmente probado”¹¹⁴.

Indagando en estas cuestiones, Ferrer Beltrán da cuenta (y critica) las alternativas propuestas por la doctrina procesal para solucionar tal dilema: la prueba como “fijación de los hechos”, la prueba como “convicción del juez acerca de los hechos” y la prueba como “certeza del juez acerca de los hechos”¹¹⁵, para finalmente avanzar su propia propuesta de superación: la noción de *aceptación*.

Previamente, el autor había destacado la necesidad de discernir entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero”, para luego sostener que “la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera”¹¹⁶.

En su opinión, “la distinción entre ‘ser verdadero’ y ‘ser tenido por verdadero’ o ‘ser aceptado como verdadero’, permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que ‘existan’ distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso el juez, respecto de la verdad de la proposición”¹¹⁷.

Por su parte, González Lagier propone la siguiente definición de

¹¹⁴ FERRER BELTRÁN, *Prueba...* cit., p. 72.

¹¹⁵ V., en extenso, FERRER BELTRÁN, *Prueba...* cit., ps. 72 y ss.

¹¹⁶ Ídem, p. 84.

¹¹⁷ Ídem, p. 85.

“verdad procesal”: “Un enunciado X es una verdad procesal cuando, a través de los medios procesales previstos en el Derecho, con sus exigencias y limitaciones, un órgano judicial ha llegado al convencimiento de que es altamente probable que ese enunciado describa un hecho realmente ocurrido”¹¹⁸.

5.1.5. Según puede apreciarse, en todos estos autores subyace el anclaje con la concepción semántica de la verdad como correspondencia, según la visión de Tarski. En efecto, tanto para Ferrajoli cuanto para Taruffo, Ubertis, Gascón Abellán, Ferrer Beltrán, González Lagier, etcétera, es menester restablecer el contacto entre los enunciados del proceso y la correspondencia con los hechos a los que refieren, *aspirando a la mayor aproximación posible a la verdad*.

Ello así, sin perjuicio de que –en definitiva– los enunciados puedan ser falsos o que, quizá peor aún, nunca lo sepamos concluyentemente. Ni en el proceso civil ni en el proceso penal llegaremos a comprobar verdades absolutas, pero ello no ocurre sólo en el ámbito judicial, sino en cualquier otro.

Como dirían Alchourrón y Bulygin, la verdad procesal “es el final, en el sentido de que pone fin a la controversia (¡pero poner fin a la discusión sobre la verdad no hace verdadero el enunciado!)”¹¹⁹.

6. La motivación de la constatación de hechos

El casi unánime rechazo al razonamiento judicial “mecánico” o logicista ha conducido a una –también casi unánime– aceptación de “la necesidad de acreditar la *racionalidad* de las decisiones; de acreditar, en fin, que el ejercicio más o menos discrecional de poder que representa la sentencia no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario”¹²⁰.

Para ello, es menester *motivar* los hechos o, en otras palabras, *justificarlos*, exponiendo las razones tenidas en cuenta para “tenerlos por probados” y, así, “tenerlos por verdaderos”¹²¹.

¹¹⁸ GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*”... cit., ps. 104-105.

¹¹⁹ ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 311.

¹²⁰ GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 191.

¹²¹ Cfr. FERRER BELTRÁN, *Prueba*... cit., ps. 108 y ss.

Históricamente reciente¹²², el deber judicial de *motivación* constituye “el signo más importante y típico de ‘racionalización’ de la función judicial”¹²³. Ferrajoli reivindica un estatuto *cognoscitivo* para la actividad de motivación, de modo de apuntalar la legitimidad política y la validez epistemológica y jurídica de la decisión judicial¹²⁴.

6.1. *Descubrir y justificar.*

Desde hace ya bastante tiempo, se distingue entre el *contexto de descubrimiento* y el *contexto de justificación* en la toma de decisión judicial, distinción originariamente desarrollada en el ámbito de las ciencias empíricas.

Esta distinción –con el tiempo, “un lugar común” de la metodología positivista– no sólo fue sostenida de manera absoluta, sino que llevó a sacar consecuencias tales como que sólo el contexto de justificación puede ser objeto de la metodología. Sin embargo, en el ámbito de la teoría de la ciencia son muchos quienes piensan que el *descubrimiento* es también un asunto que pertenece de manera legítima a la epistemología y a la metodología (Hanson, Piaget, Bourdieu, Chamboredon, Passeron, Toulmin, entre otros)¹²⁵.

Desde hace tiempo la teoría jurídica viene también trabajando sobre la distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación* en la implementación de la decisión judicial¹²⁶. El primero se entiende como la actividad y procedimiento mental que conduce al juez a tomar la decisión, y el segundo, como el conjunto de enunciados del discurso judicial por el que se aportan las razones¹²⁷.

¹²² V. una buena reseña en ORTELLS RAMOS, Manuel, *Origen histórico del deber de motivar las sentencias*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1977, ps. 899 y ss.

¹²³ CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, trad. de H. Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 115.

¹²⁴ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho...* cit., p. 640.

¹²⁵ SAMAJA, Juan, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, Eudeba, Buenos Aires, 2004, ps. 36 y ss.

¹²⁶ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzi, *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1992.

¹²⁷ La cuestión es una de las más complejas para la epistemología (cfr. KLIMOVSKY, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico*, 5ª ed., A-Z, Buenos Aires, 2001, ps. 29 y ss.). Recordaba Samaja que hay una compleja dialéctica entre

Profusas discusiones se han entablado en torno a las relaciones entre estos dos contextos¹²⁸. Por un lado, se postula una separación tajante entre un contexto y otro (los motivos del juez para tomar la decisión no son racionales o son de una racionalidad distinta; la justificación es una ficción o racionalización *a posteriori*); por otro lado, se afirma que la justificación debe ser el fiel reflejo del proceso decisorio (el *iter* mental del juez se debe explicitar). La primera postura se critica como “hipocresía formal”, que conduce a un irracionalismo extremo; la segunda, como “falacia descriptivista”.

Por nuestra parte, si bien aceptamos que en el contexto de descubrimiento se presentan elementos no estrictamente racionales (v. gr., causas psicológicas, inconscientes, etc.), también afirmamos que la búsqueda de la solución no es una actividad puramente irracional, en la medida en que en ella se encuentran también presentes estándares de justificación¹²⁹.

Cierto es que las técnicas para establecer los hechos deben ser evaluadas en cuanto a su eficacia. Una cosa es efectuar la observación

los procedimientos de descubrimiento y los de validación: “los procedimientos de descubrimiento y los de validación se desarrollan en la historia y se transforman unos en otros. Los procedimientos de validación pueden volverse (y de hecho ocurre así) en contra de nuevos procedimientos de descubrimiento, y a la inversa; ciertos descubrimientos pueden lesionar gravemente a ciertos criterios de validación imperantes e impulsar su cambio o abandono”. Por eso afirma que la desautorización que la metodología hace de ciertos medios de investigación puede limitar de hecho el descubrimiento de nuevas verdades (ob. cit., p. 40).

¹²⁸ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., ps. 206 y ss.

¹²⁹ Cfr. ATIENZA, Manuel, *¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?*, en *La teoría jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho*, Cuadernos y estudios de Derecho judicial, del Consejo General del Poder Judicial de España, 1995. El autor sostiene que “...la importancia y la necesidad de llevar a cabo esa distinción no debe suponer tampoco prescindir del contexto de descubrimiento, esto es, del plano de la explicación, como en general ha hecho la teoría de la argumentación jurídica. Justificar y explicar son conceptos ‘operaciones’ distintos, pero conjugados: del mismo modo que las cuestiones de justificación juegan un papel en la explicación (en muchos casos, lo que explica que un juez haya tomado una determinada decisión es ‘al menos hasta cierto punto’ que él la considera justificada), la explicación de las decisiones facilita también la tarea de la justificación (es decir, las posibles razones justificativas aparecen así en forma más explícita)”. V. también AGUILÓ REGLA, Josep, *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*, en *Isonomía*, N° 6, abril de 1997.

y otra cosa es “otorgarle realidad”, juzgarla como verdadera. Esto último implica escoger entre criterios o procedimientos de validación.

Ahora bien, si la finalidad de la motivación es controlar los espacios de *arbitrio* del juez para evitar la *arbitrariedad*¹³⁰; si implica, en palabras de Atienza, remarcar que sus razones están dirigidas a lograr que la decisión resulte “aceptable”, para señalar cómo alguien debe comportarse; si todo esto es así, entonces –y sobremanera en la motivación de la constatación de hechos– importa que, como lo expresa Comanducci, no se niegue la existencia de la motivación-actividad¹³¹. Sólo de tal manera podrán los destinatarios de estas decisiones evaluar las razones tenidas en mira para su adopción.

Una vez más resulta importante la conciencia de los *pasos* de la inferencia probatoria y el control de su *solidez*. No en vano se ha afirmado que “los criterios de solidez de la inferencia probatoria tienen una doble utilidad: una vez tomada la decisión, sirven para justificarla de cara a terceros; pero antes de tomada la decisión, sirven también como una guía en el razonamiento dirigido a averiguar la verdad. El juez debe examinar cada uno de estos requisitos y tratar de comprobar si está presente, antes de adoptar la hipótesis como definitiva. Es decir, estos criterios sirven tanto de validación de la decisión frente a uno mismo como de justificación o motivación frente a terceros”¹³².

6.2. *Justificación interna y justificación externa.*

Al describir el recorrido (*iter*) de su pensamiento, el juez va encadenando una serie de inferencias probatorias entre los *hechos a probar* y los *medios probatorios* que tiene ante sí.

La justificación de la decisión sobre los hechos puede ser analizada desde dos perspectivas¹³³:

- a) La *justificación interna*, o validez de las conclusiones probato-

¹³⁰ Cfr. NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

¹³¹ Ob. y loc. cit.

¹³² GONZÁLEZ LAGIER, “*Quæstio facti*” ... cit., p. 107. V., asimismo, RAMÍREZ CARVAJAL, Diana, *Elementos para el juicio probatorio*, en *La prueba y la decisión judicial*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 84 y ss.

¹³³ Sobre la distinción entre *justificación interna* y *justificación externa*, v. la clásica referencia a WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, *Rechtsteorie* 5 (1974), ps. 39 y ss.; asimismo, *The Judicial...* cit.

rias conforme a las reglas de la lógica inferencial aplicable (generalmente, inducciones generalizadoras). Desde esta perspectiva, la decisión está justificada (“tengo por probado *p*”) si se infiere de sus premisas;

- b) la *justificación externa*, o correcta utilización de los elementos probatorios obrantes en la causa en función de su fiabilidad o valor confirmatorio. Desde esta otra perspectiva, la decisión está justificada (“tengo por probado *p*”) si las premisas son calificadas como correctas o buenas según los estándares utilizados por el juzgador.

Huelga aclarar que ambas justificaciones son condición necesaria para que la motivación tenga el valor de garantía de cierre del sistema procesal.

6.3. Importancia de la motivación.

Suele decirse que la motivación tiene una doble función: a) *endoprocésal*, “o técnico-jurídica o burocrática”¹³⁴, dirigida a las partes de un proceso y a sus abogados, quienes de tal manera pueden comprender las razones que llevaron al juez a decidir en el sentido elegido y, eventualmente, impugnarlas, y b) *extraprocésal*, “o político-jurídica o democrática”¹³⁵, dirigida al pueblo (en función del sentido democrático de control de la actividad estatal), en general, y a la comunidad jurídica (interesada en el control y crítica de las decisiones judiciales de aplicación de la ley a los casos concretos), en particular¹³⁶.

En cualquier caso, la motivación cumple también una función *ex ante*, en algún sentido “preventiva”, dirigida al propio juez. En ese sentido, la *conciencia* del deber judicial de *motivar* sus decisiones:

- a) Previene al juez de elementos irracionales que no podrán contar como prueba;
- b) cuestiona las iniciales convicciones del juez;

¹³⁴ GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 200.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Acerca de la función *endoprocésal* y *extraprocésal* y motivación *ex ante* y *ex post*, v. asimismo TARUFFO, Michele, *La fisionomia della sentenza in Italia*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Penale*, 1986, p. 443; *La prueba...* cit., ps. 435 y ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca...* cit., p. 261.

- c) discrimina las conclusiones que provienen del contexto de descubrimiento de las del contexto de justificación;
- d) alienta y predispone el “itinerario de la duda”, etcétera.

6.4. *Estilos de la motivación sobre hechos.*

Una vez colectado el material probatorio, es menester que el juez lo *valore*. El deber judicial de *motivación* se extiende a todas las pruebas, una verdad de Perogrullo que “cobra pleno sentido a la vista de una opinión doctrinal y de una práctica forense que rebaja con demasiada frecuencia las exigencias de motivación, y no siempre por fundados motivos”¹³⁷.

Así, es un lugar común en los precedentes jurisprudenciales sobre el tema leer que “los jueces no están obligados a valorar toda la prueba ofrecida” y que “sólo deben hacer mérito de la prueba conducente...”

En realidad, podría darse la situación en la que hubiera múltiples pruebas coincidentes en su resultado y de análoga confiabilidad, en ese caso puede ser cierto que el juez no deba hacerse cargo de todas ellas. En este sentido, resulta sumamente útil el “método de las variaciones”: si el juez hubiera considerado esta prueba, ¿habría llegado a la misma decisión o habría alterado su sentido? En otras palabras, ¿tiene la prueba omitida la virtualidad de cambiar el sentido de la decisión? Si la respuesta es afirmativa, el juez debe hacer mérito de esa prueba neutralizándola, relativizándola o haciéndola valer en toda su extensión; en todos los casos, con fundadas razones que sostengan su opción.

Estrechamente vinculado a este tema, se encuentra el de los *estilos* de la motivación sobre hechos que, con matices, se distinguen en: a) una técnica *analítica*, y b) una técnica *holista*.

La *técnica analítica* “entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión”¹³⁸.

La *técnica holista* “consiste, *grosso modo*, en una exposición conjunta de los hechos, un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa”¹³⁹.

¹³⁷ GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., p. 203.

¹³⁸ Ídem, p. 224.

¹³⁹ Ibídem.

La técnica holista –con absoluto predominio en la práctica forense– tiene los potenciales defectos de *confundir* y *ocultar*. Detrás del “relato” que funde coherencia y persuasión narrativas frecuentemente se esconden insuficiencias probatorias en la decisión judicial.

Por tanto, “la motivación ha de consistir ‘en dejar constancia de los *actos de prueba* producidos, de los *criterios de valoración* utilizados y del *resultado* de esa valoración. Todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto’. Éste es el único estilo de la motivación que permitiría –o al menos el que mejor permitiría–: a) controlar exhaustivamente la entrada en la sentencia de elementos probatorios inaceptables o insuficientemente justificados; b) controlar todas las inferencias que componen la cadena de justificación”¹⁴⁰.

7. Conclusiones

Este trabajo tiene como centro de atención uno de los temas que creemos más relevantes a la hora de justificar una decisión judicial: el de la *constatación de los hechos*.

No obstante esta destacada importancia, se advierte la escasa relevancia que se ha dado al tema en el ámbito procesal y en el judicial. Como ya se ha dicho, en los operadores jurídicos se evidencia no sólo un desinterés hacia la cuestión, sino la creencia implícita según la cual para aproximarse a los hechos no hace falta tener ningún método y, antes bien, es posible operar con ellos de manera espontánea.

Hemos pretendido destacar cómo el desinterés desdeña la justificación y, consecuentemente, la convierte en mero títere de los deseos que viene a justificar.

En suma y reiteradamente: si aspiramos a tomarnos los derechos en serio (si pretendemos que el Derecho no sea simplemente el juego de los jueces)¹⁴¹, debemos también tomarnos los hechos en serio.

¹⁴⁰ Ídem, p. 226, con cita de ANDRÉS IBÁÑEZ, *De nuevo...* cit., p. 87.

¹⁴¹ Al respecto puede v. CHAUMET, Mario y MEROI, Andrea, *¿Es el Derecho un juego de los jueces?*, en L. L. 2008-D-717.

Bibliografía

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*, en *Isonomía* Nº 6, abril de 1997.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. II.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en *Doxa* 12 (1992), ps. 257-299.
- *Carpintería de la sentencia penal (en materia de “hechos”)*, en *Revista del Poder Judicial*, Nº 49, 1998.
- *De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza*, en *Jueces para la Democracia*, Nº 22, Madrid, 2/1994, ps. 87-92.
- *La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia*, en AA.VV., *Lenguaje forense*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, ps. 9 y ss.
- *La “cara oculta” de las garantías procesales*, en AA. VV., *Garantismo y crisis de la justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 161-180.
- *¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo*, en *Doxa* 15-16 (1994), ps. 861 y ss.
- *Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción*, en *Revista del Poder Judicial*, Nº 57, 2000, ps. 179 y ss.
- ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica*, La Rocca, Buenos Aires, 1998.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 3ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2007.
- *¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?*, en *La teoría jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho*, Cuadernos y estudios de Derecho judicial, del Consejo General del Poder Judicial de España, 1995.
- *Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, en *Jueces para la Democracia*, Nº 22, Madrid, 2/1994.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, F. Torres, Valencia, 1980.

- CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, trad. de H. Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960.
- CALVO GONZÁLEZ, José, *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.
- *El discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *La controversia fáctica. Contribución al estudio de la “quæstio facti” desde un enfoque narrativista del Derecho*, ponencia presentada a las XXI Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 4 al 6 de octubre de 2007, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina).
- CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, 2ª ed., Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1947, trad. castellana, *La prueba civil*, de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Acayú, Buenos Aires, 1955.
- CHAUMET, Mario E., en coautoría con MEROI, Andrea, *¿Es el Derecho un juego de los jueces?*, en L. L. 2008-D-717.
- *Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja*, en *LexisNexis*, número especial *Razonamiento judicial*, del 31-3-2004, ps. 38 y ss.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y Política*, Depalma, Buenos Aires, 1976.
- *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, FIJ, Rosario, 1982/4.
- *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, FIJ, Rosario, 2000.
- *Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces*, en *LexisNexis*, número especial *Razonamiento judicial*, del 31-3-2004, ps. 30 y ss.
- COMANDUCCI, Paolo, *La motivazione in fatto*, en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- DAMAŠKA, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, New Heaven-London, 1997.
- *Rational and Irrational Proof Revisited*, 5 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 25, Spring, 1997.
- *Truth in Adjudication*, 49 *Hastings Law Journal* 289, University of California, January, 1998.
- DE ASIS ROIG, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

- DE ASIS ROIG, Rafael, *Jueces y normas (La decisión judicial desde el ordenamiento jurídico)*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- *Sobre la motivación de los hechos*, en *ADF*, 2001, t. XVIII, ps. 35 y ss.
- DWORKIN, Roland, *Los derechos en serio*, Planeta Agostini, Madrid, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 1998.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, nueva edición revisada, aumentada y actualizada por Josep-María Terricabras, Ariel, Barcelona, 2004.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, en *Jueces para la Democracia*, N° 47, 2003, ps. 27 y ss.
- *El contexto de la decisión sobre hechos probados*, en *Racionalidad y Derecho*, CEPyC, Madrid, 2006, ps. 159 y ss.
- *Está probado que p*, en TRIOLO, Lucia (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giapichelli, Torino, 2001, ps. 73-96.
- *La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*, en *La prueba y la decisión judicial*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 11-30.
- *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.
- *Prueba y verdad en el Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Barcelona, 2005.
- FRANK, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, trad. de C. M. Bidegain, al cuidado de G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Concepciones de la prueba. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, de Michele Taruffo, en *Prueba, conocimiento, verdad*, *Discusiones*, III, 3, 2003, ps. 43 y ss.
- *La racionalidad en la prueba*, en *El razonamiento jurídico*, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 2000, ps. 605 y ss.
- *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1987.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (I y II)*, en *Jueces para la Democracia*, N° 46 y 47, 2003, ps. 17 y ss., y ps. 35 y ss., respectivamente.

- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*, en *Analisi e Diritto*, G. Giappiche-lli, Torino, 2000.
- “*Quaestio Facti*”. *Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005.
- GUIBOURG, Ricardo A., *La teoría del Derecho en calesita*, en L. L. del 30-9-2010, p. 1.
- GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*, Paidós, Buenos Aires, 2003.
- *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2001, ps. 78 y ss.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1971.
- JACKSON, John D., *Questions of Fact and Questions of Law*, en TWI-NING, William (ed.), *Facts in Law*, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, 1983, ps. 85-100.
- MACCRIMMON, Marilyn, *Fact Determination: Common Sense Knowledge, Judicial Notice and Social Science Evidence*, en *International Commentary on Evidence*, vol. 1, Iss. 1, Article 2; disponible en <http://www.be-press.com/ice/vol1/iss1/art2>.
- MEROI, Andrea, en coautoría con CHAUMET, Mario, *¿Es el Derecho un juego de los jueces?*, en L. L. 2008-D-717.
- *La introducción del material fáctico en el proceso. Delimitación y forma de las alegaciones de las partes en el ordenamiento jurídico argentino*, en *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Thomson Reuters Puntotext, Santiago, 2010.
- MIRAUT MARTÍN, Laura, *La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos*, en *ADF*, XVIII, 2001, ps. 49 y ss.
- MORELLO, Augusto M., *La prueba. Tendencias modernas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Origen histórico del deber de motivar las senten-cias*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1977, ps. 899 y ss.
- PEÑA, Carlos, *Habermas y el problema de la verdad*, en *Doxa* 32 (2009), ps. 585-591.

- PERELMAN, Chaïm, *La distinction du fait et du droit*, en PERELMAN, Chaïm (ed.), *Le fait et le droit*, Vruylant, Bruxelles, 1961, ps. 268-278.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
- RAMÍREZ CARVAJAL, Diana, *Elementos para el juicio probatorio*, en *La prueba y la decisión judicial*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 71-95.
- RUIZ PÉREZ, Joaquín S., *Juez y sociedad*, Temis, Bogotá, 1987.
- SAMAJA, Juan, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, Eudeba, Buenos Aires, 2004.
- TARSKI, Alfred, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1972.
- TARUFFO, Michele, *La fisionomia della sentenza in Italia*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Penale*, 1986.
- *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002.
- *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- TOULMIN, Stephen, *The Uses of Argument*, updated edition, Cambridge University Press, 2003.
- TRIONFETTI, Víctor Rodolfo, *Conclusión de la causa para definitiva. Análisis de la reforma introducida por la ley 25.488 a los artículos 481, 482 y 484 del CPCCN*, en FALCÓN, Enrique M. (coord.), *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- *La construcción de los hechos en el proceso*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2005-1, *Prueba – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 105 y ss.
- TWINING, William, *Civilians Don't Try: A Comment on Mirjan Damaška's "Rational and Irrational Proof Revisited"*, 5 *Cardozo J. of International and Comparative Law* 69 at fn 6, 1997.
- *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Northwestern University Press, Evanston, 1994.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, *Rechtstheorie* 5 (1974), ps. 39 y ss.
- *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1992.

ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DE LOS CARACTERES DE LA HIPOTECA. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD

por GUSTAVO NADALINI

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 2. Breve reseña de antecedentes históricos. 3. Caracteres esenciales y no esenciales de la hipoteca. 4. Convencionalidad. 5. Accesoriedad. 6. Especialidad. 7. Publicidad. 8. Indivisibilidad. 9. A modo de conclusión. Bibliografía.

Resumen

El derecho real de hipoteca es una de las instituciones jurídicas de mayor arraigo en nuestra cultura latina. Sus antecedentes son remotos, y forma parte de toda la tradición de garantías reales de Occidente. En nuestro Derecho moderno, se la define como un derecho accesorio de una obligación principal, de garantía, sobre inmuebles, sin desplazamiento, y que otorga a su titular un privilegio especial. Reúne caracteres esenciales que hacen a su existencia y validez, y caracteres naturales o no esenciales que resultan negociables. Entre estos últimos destacamos el principio de indivisibilidad, objeto principal de este artículo. Los caracteres esenciales son la convencionalidad, la accesoriedad, la especialidad y la publicidad. Con respecto a la indivisibilidad, el ordenamiento jurídico argentino ha realizado algunas modificaciones que le permitieron, a nuestro criterio, dinamizar y readecuar la vigencia del instituto. La indivisibilidad de la hipoteca nos permite evaluar el tránsito de un derecho objetivo rígido, donde prevalecen normas de orden público, hacia formas más flexibles de funcionamiento, en virtud de hallar respuestas más justas para cada caso concreto.

Abstract

The real property of mortgages is one of the most deeply-rooted judicial institutions in the Latin American culture. Its background is remote and is part of a tradition of warranties in the western civilization. In our modern law, it is defined as a complementary right of a main obligation, a warranty over a real estate, without relocation, that gives to its owner a special privilege. It gathers together essential characteristics for its validity and existence, and natural characteristics that are negotiable. The latter emphasizes the principle of non division, which is the main objective of this article. The main characteristics are the conventionality, the incidental nature, the specialty and advertising. Regarding non division, the Argentine legal system made a few changes that allow, in our opinion, to make the institution more updated. The non division principle of the mortgages allows us to evaluate the path from a rigid law, where laws of public order prevail, towards more flexible forms of work, to find fairer answers for each case.

1. Consideraciones generales

El derecho real de hipoteca es una de las instituciones de mayor raigambre en el sistema jurídico occidental continental. Constituye una de las garantías especiales que nutren prácticamente todos los ordenamientos positivos vigentes y que ha obtenido un altísimo grado de adhesión en la práctica de los negocios patrimoniales. La certidumbre que ofrece al imaginario colectivo de la sociedad latina el objeto sobre el que recae el gravamen, el inmueble, probablemente sea una de las razones de mayor peso para entender el éxito de la figura. En la búsqueda permanente de crédito externo los deudores deben presentarse confiables, y los acreedores ponderan la solvencia de aquéllos a la hora de aventurarse en la concreción de vínculos obligacionales que impliquen comprometer sus inversiones. En tal sentido es indudable que la garantía hipotecaria cumple un notable rol en la dinámica del crédito, de las transacciones patrimoniales, de las inversiones en general, tanto para beneficio de los deudores, que de otro modo verían comprometida su capacidad para obtener recursos, como para los acreedores, que serían reticentes a ofrecerlos. Sabemos que la hipoteca es

un derecho accesorio, de garantía, que acompaña a una obligación principal fortaleciendo la seguridad de su cumplimiento. De hecho, el deber del deudor de honrar sus compromisos existe desde la asunción misma de la obligación, y por ellos responde con todo su patrimonio, con lo que pudiera pensarse que tal deber y responsabilidad basta para asegurar el normal desarrollo de las relaciones crediticias. Sin embargo, y ya tempranamente en el escenario del Derecho, las garantías se han presentado como un soporte o reaseguro de indudable peso, indispensables en muchos casos, para permitir la constitución y el desarrollo de las obligaciones. Y entre ellas se destacan muy especialmente las garantías reales, es decir, las que comprometen particularmente objetos determinados del patrimonio del deudor o de quien los ofrezca por él. La cosa material sobre la que recae la garantía parece presentar un mayor atractivo para la inquietud del acreedor. Así, la hipoteca, que compromete inmuebles, bienes que por su propia naturaleza presumen de una mayor estabilidad jurídica, goza de un alto consenso y masiva adhesión entre los actores de una relación jurídica obligacional.

La particularidad del objeto hipotecado, que inevitablemente debe ser inmueble, a excepción de los supuestos especialísimos de navíos y aeronaves en el marco de sus respectivas legislaciones y que exceden el alcance de este trabajo, ha dado lugar a un riguroso control formal en la constitución de la garantía. Y la ausencia de tradición a favor del titular de la hipoteca, el acreedor, a la sazón sujeto activo del derecho, ha exigido rodear a la figura de una serie de consideraciones y previsiones legales muy estrictas. Así, en la línea de la constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles en general, la ley exige la escritura pública como instrumento indispensable para obtener título suficiente, y que quien otorgue la hipoteca sea efectivamente el titular dominial del bien al momento de la constitución, a tenor del artículo 3119 de nuestro Código Civil, evitando la posibilidad de aplicar en este instituto el recurso de la convalidación del artículo 2504 del mismo cuerpo, que permite confirmar con efecto retroactivo la constitución de los demás derechos reales cuando no existiera en origen en cabeza del constituyente la posibilidad de otorgarlo. Tratándose de un acto de disposición sobre inmuebles, va de suyo además que corresponde analizar todos los recaudos referidos a la capacidad de los

otorgantes que rigen en estos extremos. Con respecto a la tradición, modo necesario para el nacimiento de todos los derechos reales según reza la norma del artículo 577 del texto civil, la hipoteca vuelve a presentar una peculiaridad, ya que el inmueble se mantiene en poder del constituyente evitando el traslado de la posesión del mismo al acreedor. Este rasgo contribuyó incluso durante muchos años al debate doctrinario acerca del carácter real o no de la figura, planteo que ha sido ya superado, por carecer el titular del derecho de un vínculo o relación material directa e inmediata con la cosa. En virtud de ello Vélez Sársfield, reacio al fenómeno de la publicidad registral, determinó para el caso de la hipoteca la necesidad de contar con registros provinciales que pudieran dar cuenta de la existencia de estos gravámenes y así proteger la buena fe y el interés de los terceros que pudieran relacionarse con el deudor (arts. 3134 y ss.). Se proveyó también al acreedor hipotecario de la potestad de perseguir la cosa hipotecada en manos de quien se encuentre para poder hacer efectivo su derecho de garantía, y de una serie de herramientas jurídicas para evitar que el propietario del bien realice actos que disminuyan el valor del mismo, o para componer el equilibrio en los supuestos de que la disminución ya se hubiese concretado (arts. 3157, ss. y concs. del Cód. Civ.). Es un control necesario que el acreedor puede realizar tanto si el inmueble se hallare en poder del deudor o del tercero que hubiere ofrecido la garantía por él o si hubiese adquirido el bien a posteriori de la constitución del gravamen. Esto último es posible ya que el titular dominial del inmueble hipotecado conserva su calidad de tal y, por ende, puede disponer del mismo en el ejercicio del *ius abutendi*, sólo que debe hacerlo con los límites que la garantía le impone, ya que el adquirente no puede incorporar un mejor derecho que el que tenía el transmitente (art. 3270).

Finalmente, en esta breve introducción al instituto que nos convoca diremos que en función de todo lo expuesto, nuestro régimen legal imprime a la hipoteca una serie de condiciones o caracteres que resultan necesarios para la efectiva constitución y funcionamiento del mismo. Se identifica al derecho real de hipoteca por su convencionalidad, su accesoriedad, su especialidad, su publicidad y su indivisibilidad, requisitos que trataremos en apartados posteriores con especial énfasis

en el último de ellos, que motiva este aporte. La rigurosidad en la exigencia de la observancia de estas condiciones es alta, mas dependerá en gran medida de si se trata de elementos esenciales o no esenciales a la figura para determinar el margen de flexibilidad que los mismos pueden brindar. Indudablemente los caracteres esenciales resultan imprescindibles para la validez de la hipoteca y expresan con mayor fervor el principio neurálgico del número *clausus* del artículo 2502 de nuestro texto civil, en función del cual las partes no pueden modificar las normas que rigen los derechos reales típicos, atento a que las mismas son sustancialmente de orden público. Los rasgos o caracteres que se presentan como no esenciales, o naturales, permiten en principio cierto margen de determinación o negociación privada, recuperando así una cuota de autonomía de la voluntad para las partes. Nuestro principio en estudio, el de la indivisibilidad, forma parte de este último grupo de condiciones.

2. Breve reseña de antecedentes históricos

Si bien los antecedentes sistémicos de nuestro Derecho Privado se hallan en la construcción y dinámica del Derecho Romano, debemos decir que la hipoteca no fue un instituto de éxito en esa cultura jurídica. Sus antecedentes griegos incluso ofrecen un panorama más alentador, probablemente derivado de la aficción por la escritura de aquel derecho y por su inclinación a los recursos publicitarios. Los antecedentes helenos de la hipoteca se remontan al menos al inicio de su período arcaico. Se hallan en los textos aristotélicos numerosas referencias a la enorme cantidad de tierras comprometidas, señaladas con los *oroi*, que eran trozos de piedra donde constaban los datos del deudor, el monto de la deuda, el plazo, etcétera, que se colocaban en los terrenos gravados como una especie de publicidad. También resulta una referencia de su existencia y desarrollo, el texto de una de las reformas políticas y socioeconómicas más importantes de la Grecia antigua, que fue la reforma de Solón. Allí, entre las diversas previsiones, el legislador impulsa la condonación de las deudas, rescatando los esclavos por deudas y liberando a las tierras de las hipotecas que las gravaban. En Roma, en cambio, la hipoteca es una institución de aparición tardía.

Tal vez la importancia de la parcela o *heredium* en el contexto socio-familiar y económico de esta cultura justifique tal resistencia. En cualquier caso finalmente los romanos la conocieron, y más allá de sus limitaciones y marcadas diferencias con los elementos y características actuales de la garantía, muchos de los rasgos presentes derivan de aquel momento histórico. Así, el carácter de garantía, accesorio, de una obligación principal, la inexistencia de desplazamiento de la cosa gravada, ciertos privilegios entre pares para los acreedores hipotecarios, entre otros. Amén de ello, grandes fueron las diferencias de aquel sistema hipotecario y el nuestro, ya que allí se aceptaban las hipotecas tácitas y generales, como, por ejemplo, aquellas que se consideraban sobre el patrimonio del tutor a favor del incapaz, o pupilo, o sobre el patrimonio del marido a favor de la mujer. Por otro lado, en Roma la hipoteca podía resultar también sobre lo que hoy consideramos cosas muebles e inmuebles, y no existía un mecanismo de inscripción o publicidad registral, lo que dificultaba mucho la situación de los acreedores. El privilegio, además, sólo radicaba a favor de la hipoteca más antigua, extremo que debía acreditarse, pero no protegía al acreedor sobre todo otro tipo de créditos aun posteriores. De todas maneras, hay que advertir que el proceso de gestación y fortalecimiento del Derecho Romano ha sido muy extenso y, por ende, sumamente dinámico, marcándose etapas de sucesiva evolución en todas sus instituciones, lo que incluye también a la hipoteca.

Más tardíamente, ya en época colonial, cuando en estas tierras regía fundamentalmente el Derecho de la corona española, se puede observar que nuestra garantía fue regulada juntamente con la prenda bajo el título de peño, distanciándose del antiguo término hipoteca. Al igual que en Roma, la legislación castellana admitía las hipotecas (peño) voluntarias, legales y judiciales, tanto especiales como generales. Sin embargo, una diferencia no menor con la legislación romana fue su marcada preocupación por brindar a la hipoteca un adecuado marco de publicidad. Esta legislación en sus diversas variantes, las Leyes de Partidas, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas de Castilla, la Novísima Recopilación, las Ordenanzas Reales, la Real Cédula, entre otras, fue la que rigió en nuestro país hasta la sanción del Código Civil de Vélez Sársfield.

3. Caracteres esenciales y no esenciales de la hipoteca

Lo primero que advertiremos en este punto es el desacuerdo doctrinario acerca de cuál ha de ser el término más adecuado para identificar y nominar estos rasgos de la hipoteca que la definen con tal. Hay quienes sostienen que debe considerárselos requisitos, ya que hacen a la existencia misma de la institución, y no caracteres como adoptan la mayoría de nuestros autores. Hemos decidido adherir a la postura mayoritaria y considerarlos caracteres, ya que es el término que ha ganado mayor prensa y creemos que es importante mantener unidad de vocablos cuando un término se instala de modo tal que constituye un acuerdo implícito sobre su sentido y contenido, y además porque entendemos que el término requisitos puede ser aplicable a los caracteres que se denominan esenciales, atento a que hacen a la existencia de la hipoteca, pero no a los no esenciales, ya que éstos no serían recaudos de su constitución, sino rasgos de su existencia.

En este sentido, se adjetivan como esenciales los caracteres de convencionalidad, accesoriedad, especialidad y publicidad, y se asume como no esencial o natural el carácter de la indivisibilidad de la hipoteca. Los analizaremos a continuación.

4. Convencionalidad

El artículo 3115 del Código Civil argentino establece rotundamente que la hipoteca sólo se constituye por contrato o convención. Aleja así el Codificador cualquier posibilidad de admitir otras fuentes generadoras de esta garantía, como la legal o la judicial, previstas en otros ordenamientos extranjeros y vigentes en nuestra tierra durante períodos anteriores a la codificación. Esta decisión legislativa implica otorgar al propietario del inmueble, deudor o no, la exclusiva potestad de decidir si ofrece su bien en garantía hipotecaria. Entendemos que de este modo, el legislador ha querido preservar la regla central de nuestro sistema, que pregonaba que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores y que frente a ellos responde, en principio, en paridad de condiciones. Y que cuando quiera destacar o distinguir a alguno de ellos ofreciéndole una situación de privilegio o preferencia, debe establecerlo expresamente. Tratándose de un contrato sobre in-

muebles que implica un acto de disposición de la propiedad, en tanto gravamen que compromete al bien, se exige en el constituyente la propiedad del mismo y la capacidad plena para poder disponer sobre ese tipo de cosas. Y esto es así sea que la hipoteca la constituya el deudor o una persona distinta, según el texto del artículo 3121. Tercero que puede asumir o no la deuda, dando lugar a lo que en doctrina se ha denominado tercero poseedor, cuando no asumiendo la deuda sólo responde con la cosa hipotecada; o tercero adquirente, cuando asumiendo la deuda responde especialmente con la cosa hipotecada, pero también como deudor quirografario con el resto de su patrimonio. A su vez, el tercero que asume el status de adquirente puede resultar el único deudor desplazando al originario o compartir categoría con aquél, según lo que se haya pactado entre todos los involucrados, deudor originario, tercero adquirente y acreedor hipotecario.

El contrato constitutivo de hipoteca debe instrumentarse en escritura pública, siendo ésta una exigencia solemne, atento lo estipulado en el artículo 3128; agregando el artículo 3130 que la hipoteca debe ser aceptada por el acreedor sea en el mismo acto de su otorgamiento o en un momento posterior con efecto retroactivo a aquél. El contenido del instrumento escritural es establecido en la norma del artículo 3131 de nuestro Código, al señalar que debe contar con los datos de identificación de las partes, del contrato al que la hipoteca accede, identificación del objeto del gravamen y monto por que la hipoteca se constituye. Pero amén de lo aquí establecido, y que refiere a un contenido mínimo e indispensable sin el cual el título no puede considerarse adecuado, debemos recordar que se trata de un contrato, de un verdadero acuerdo de partes, y como tal es posible que los constituyentes establezcan otras previsiones a las que sujetan la vida y suerte de la garantía. Entendemos que el único límite que se impone a los actores del vínculo es el que deriva de la naturaleza misma de los derechos reales, el de ser figuras típicas y cerradas, donde impera el orden público y resta escaso margen para los consensos particulares. En buen romance, si se nos permite la expresión, el límite ha de ser no alterar o modificar con previsiones privadas, reglas establecidas en miras al interés general en juego, pero en lo demás las partes son libres de prever normas propias. Así, es habitual que los contratos hipotecarios se expidan sobre

prohibiciones de locar o sobre sus alcances, sobre la persona del martillero público, sobre la obligación de asegurar el inmueble, sobre los gastos de inscripción, cancelación y renovación, sobre el pago de tasas, impuestos y contribuciones, sobre la subordinación de la hipoteca a plazos o condiciones, sobre la posibilidad de someterse a la ejecución extrajudicial de acuerdo al régimen de la ley 24.441, entre tantos otros posibles.

La hipoteca puede ser constituida también por los condóminos del inmueble, en cuyo caso si entre todos acuerdan ofrecer el bien en garantía, no hay situación a diferenciar con respecto al titular dominial exclusivo, pero cuando el que hipoteca es uno solo de ellos la cuestión es distinta. En este supuesto debemos saber que el condómino sólo puede comprometer su parte indivisa de acuerdo y con los alcances de los artículos 2678, 2682, 2683, 3123 y 3124.

Con lo dicho queda expuesto, entonces, que la hipoteca sólo puede nacer por contrato en nuestro sistema jurídico, y que el mismo debe ser otorgado por el titular dominial del inmueble que se grava. Todo convenio hipotecario realizado por quien no resulta titular del inmueble deviene nulo, y no podrá salvarse por acto posterior, ya que la convalidación prevista para los derechos reales en el artículo 2504 no es admisible en el supuesto hipotecario por imperio de la norma específica del artículo 3126, sea que trate de un acto de adquisición entre vivos o mortis causa.

5. Accesoriedad

La hipoteca no es un derecho principal o autónomo, sino que es un derecho real accesorio, en el sentido de que depende de un vínculo personal u obligacional para existir. Aquí radica uno de los caracteres fundamentales de esta figura, su dependencia vital de otro instituto al que se anexa. Es de la esencia de su naturaleza de derecho de garantía, acompañar a una obligación principal reasegurando su cumplimiento. Puede tratarse de todo tipo de obligación, sea de dar, de hacer o de no hacer, a término, condicionales, eventuales, puras o simples, naturales, según los artículos 3109, 3153 y concordantes. La lectura que impone el artículo 3108 al determinar que se aseguran créditos en

dinero es la de que se exige establecer en el título constitutivo el monto de la deuda por la que la hipoteca responde. Y reiteremos que se trata de un derecho accesorio y no de una obligación accesorio, como advierte el artículo 524 del Código Civil. Esa calidad de derecho accesorio justifica que por interpretación de los artículos 2317 y 2319 de nuestro Código el instrumento hipotecario es cosa mueble por carácter representativo (al igual que el título de la anticresis) y no inmueble por igual carácter como los demás títulos de derechos reales sobre inmuebles.

Ya en el inciso 2º del artículo 3131 se dispone la necesidad de establecer en el acto constitutivo de la hipoteca la fecha y naturaleza del contrato al que accede, fijando la exigencia de determinar claramente cuál es la obligación a la que la hipoteca viene a garantizar. Sin obligación principal la hipoteca no puede existir. Tanto es así que se extingue con ella cualquiera sea la razón por la que la principal se agote, a la luz del artículo 3187 del Código Civil, que dispone que la hipoteca se extingue por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones, remitiendo entonces a los artículos 724 y concordantes.

Otra mención expresa al carácter de la accesoriedad en nuestro texto legal es el artículo 3128 *in fine* al requerir la exigencia de la escritura pública, ya que menciona que puede ser uno solo el título de la obligación y de la hipoteca. En este caso, queda claro que la formalidad solemne de la hipoteca, escritura pública, condiciona y, por ende, arrastra la formalidad del derecho personal. Es decir, si se trata de un único instrumento, indefectiblemente debe ser la escritura pública, ya que no se admitiría una hipoteca por instrumento privado. Podríamos decir que en este supuesto el accesorio impone la suerte al principal. Y en verdad es una práctica habitual, que los dos actos jurídicos se constituyan en un mismo instrumento público. Si se instrumentaran en títulos separados, nada obsta a que la obligación principal se materialice en un instrumento privado según los recaudos y previsiones propios (arts. 2246 y concs.).

El carácter de la accesoriedad, en fin, de la hipoteca expresa con toda entereza la regla del derecho que nos informa que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Así, la hipoteca sigue la condición

jurídica de la obligación a la que se anexa; se extingue por vía de consecuencia si se extingue el crédito, pero puede darse el supuesto de extinguirse la hipoteca y continuar vigente el crédito ya que la regla no se invierte, la hipoteca por ser accesorio se transmite con el crédito que garantiza.

6. Especialidad

Este carácter esencial de la hipoteca se bifurca en su presentación y análisis porque da sentido a dos exigencias diferentes e igualmente necesarias, pero que en una de sus manifestaciones ha alcanzado cierto nivel de flexibilidad. Así, es necesario hablar de la especialidad en cuanto al objeto u objetiva y de la especialidad en cuanto al crédito o crediticia. Uno hace referencia al inmueble, a la cosa comprometida, el otro a la deuda, al monto por el que la hipoteca responde. Ambos están explicitados en el artículo 3131, entre otras normas, en sus incisos 3º y 4º.

La especialidad en cuanto al objeto es un rasgo común de todos los derechos reales, ya que un derecho real es siempre una relación jurídica de un sujeto con una cosa cierta y determinada, pero en la hipoteca cobra particular relevancia. Es así, a nuestro entender, por varios motivos. Por un lado, la necesidad de determinar el objeto con total certidumbre fortalece la idea de que en nuestro sistema no se aceptan las hipotecas generales, tácitas o legales, sino que las mismas sólo pueden ser las que expresamente convienen las partes y sobre objetos especialmente identificados del patrimonio del deudor. Por otro lado, esa condición impone que tanto el deudor como el acreedor, como los eventuales terceros interesados, tengan certeza de cuál es el objeto del patrimonio del deudor que se halla gravado de tal forma a favor de un acreedor privilegiado. Ratifica lo exigido por el artículo 3131 lo dispuesto por los artículos 3109 y 3132. Esta manifestación de la especialidad es la que consideramos ofrece mayor marco para una sana y más flexible interpretación en atención a la vocación de mantener vivos los actos jurídicos, que manifiesta nuestro sistema, cuando ello pueda proceder sin un grave atentado al orden legal. Por ello, a pesar de la rigurosidad de los caracteres esenciales que hemos

puesto en valor párrafos anteriores, es bienvenida la norma del artículo 3133, que permite establecer que no se anulará la hipoteca aunque falten algunos datos del inmueble comprometido si del resto de los elementos y previsiones del título constitutivo puede obtenerse información suficiente para su identificación indubitable. Creemos que ésta es la más saludable interpretación que ha de darse a recaudos que de no alumbrarse con criterios más razonables pueden llevar a concluir en consecuencias indeseadas y en nulidades innecesarias. En cualquier caso, pero siempre que los datos del resto del instrumento constitutivo permitan integrar la información, sin necesidad de recurrir a textos externos al título de la garantía.

La especialidad crediticia o en cuanto al crédito informa sobre la deuda o el monto de la obligación principal. A ello refieren no sólo el artículo 3131, inciso 4º, sino también los artículos 3108, 3109. Entendemos que este extremo se cubre con la explicitación en el título constitutivo del cuántum hipotecario, es decir, del monto por el que la hipoteca responde. Es una situación más sencilla si se trata de obligaciones dinerarias, pero si se garantiza otro tipo de obligación, el requisito impone establecer un monto, cuantificar, fijar el importe por el que el inmueble responde. Es una condición de evidente necesidad, ya que sólo así el deudor tendrá certeza de hasta qué extremos responde con esta garantía sobre su inmueble; el acreedor tendrá certeza del alcance de su privilegio, y los terceros que eventualmente se relacionen con ese deudor estarán en condiciones de advertir qué tanto de su patrimonio se halla comprometido y en qué calidad lo está. Puede advertirse que este carácter de la especialidad en cuanto al crédito se asimila mucho al carácter de la accesoriedad, en tanto ambos refieren a la obligación principal a la que la hipoteca accede, pero nuestro elemento en análisis no implica directamente referir a la obligación principal, sino establecer el monto de la garantía, a nuestro entender. En cambio, la exigencia de la accesoriedad apela a la identificación de la obligación principal en tanto causa vital del accesorio que es la hipoteca. Es indudable el vínculo estrecho entre ambos asuntos, y diremos que la distinción es más de corte académico que práctico, ya que ambas exigencias esenciales deben cubrirse y es inevitable su relación intrínseca. Extremos ambos que deben asegurarse en su obser-

vancia, entre otras cosas, para evitar caer en el terreno fangoso de las llamadas hipotecas abiertas, que exceden en abundancia el sentido de este artículo y que resultan, a nuestro criterio, de dudosa viabilidad en el marco de nuestro actual régimen normativo. Creemos que de concluir que las hipotecas abiertas han de admitirse en nuestro Derecho, como las que puedan referir a garantizar todas las obligaciones presentes y futuras de una persona, sería necesaria una reforma legislativa que así expresamente lo admita, ya que a la luz de nuestros textos legales actuales entendemos que tales instituciones violentarían el principio asentado en el artículo 2502, que establece el *numerus clausus* tanto para la creación de figuras reales en nuestro país como para la modificación de las existentes.

7. Publicidad

Todos los derechos reales resultan por definición absolutos, y tal característica responde a su capacidad de oponibilidad *erga omnes*, es decir, frente a todos. Éste es un rasgo de enorme fortaleza para estas instituciones jurídicas que las blindan frente a los terceros proveyéndolas de protección *per se*. Pero tal exigencia de abstención para el resto de la sociedad, de no realizar ningún acto que atente o perjudique los derechos reales de un sujeto, debe descansar en la posibilidad de que la comunidad conozca la existencia de tal derecho y de su titular. Por ello, en el régimen originario de nuestro Código Civil, en pluma de Vélez Sársfield, la tradición se convirtió en el acto constitutivo y publicitario de los derechos reales en general. Ese acto jurídico bilateral, en virtud del cual un sujeto voluntariamente entrega una cosa a otro que también de manera voluntaria la recibe, da el marco adecuado para imponer a los terceros de una transmisión de objetos que conlleva derechos. Éste es el marco de la publicidad posesoria o traditiva, aún vigente. Pero los años y la creciente complejidad de las relaciones sociales hicieron necesario pensar en mecanismos más asertivos de publicidad, a través de los cuales los terceros estuviesen en mejores condiciones de conocer la existencia de esos derechos reales que deben respetar. Así, la reforma impulsada por la ley 17.711, del año 1968, modificó el texto del artículo 2505 de nuestro Código Civil, exigiendo

la inscripción registral de todos los derechos reales sobre inmuebles para su oponibilidad ante terceros. Sin embargo, la hipoteca siguió un derrotero diferente.

Nuestra garantía en estudio, desde su origen en nuestro Derecho moderno, colocó al legislador frente a la disyuntiva de la forma de su publicidad, atento a que una de las características fundamentales de ese derecho es la ausencia de tradición, ya que el inmueble se conserva en poder del constituyente y no se traslada al acreedor hipotecario. Ante ello, un legislador renuente a admitir la necesidad de registros de inscripción de derechos inmobiliarios debió claudicar en mérito a salvaguardar la seguridad jurídica y dispuso en los artículos 3134, 3135, 3136 y concordantes de nuestro texto legal que para las hipotecas debían crearse registros especiales en cada provincia para su asiento. Y estableció que la hipoteca no perjudicaba a terceros mientras tal inscripción no operase. Sin embargo, deja claro que las partes del acto, sus herederos, el escribano, los testigos, no pueden ampararse en la falta de inscripción para alegar que a ellos la hipoteca no les es oponible. Y, en igual sentido, priva de los beneficios del principio de prioridad registral al acreedor que conociendo la existencia de una anterior hipoteca aún no asentada hace inscribir primero la suya y pretende prevalecerse de tal acto administrativo para alegar que la primera no lo afecta. En todos estos supuestos el legislador evita premiar la mala fe amparada en un defecto de inscripción.

La modificación del artículo 2505 del Código Civil instó a la creación de una ley nacional de registración inmobiliaria vigente, la ley 17.801, regulatoria de la materia. Entre ella y las previsiones históricas y actuales del Código se estableció un régimen de convivencia entre la publicidad posesoria y registral en materia inmobiliaria. Así, los títulos se pueden inscribir en cualquier tiempo, pero si lo hacen dentro de los cuarenta y cinco días de otorgados los efectos de la inscripción, serán retroactivos a la fecha de la constitución. De inscribirse después de ese plazo, los efectos de la oponibilidad registral surgirán desde la fecha de la inscripción. Queda claro que la inscripción registral en materia de derechos reales sobre inmuebles es declarativa, efectuada a efectos publicitarios y de oponibilidad absoluta, pero en ningún modo resulta constitutiva de derechos.

Finalmente, diremos que la inscripción registral de la hipoteca puede solicitarla el acreedor hipotecario, el deudor, sus representantes, por el que tenga interés en asegurar el derecho hipotecario, según el texto del artículo 3140, y que los efectos de la inscripción registral perduran por un máximo de veinte años si antes no se renovare, a tenor del artículo 3151 del texto civil.

8. Indivisibilidad

Lo primero que diremos al respecto de este carácter es que no hay que confundir el carácter indivisible de la hipoteca con el carácter divisible de la obligación principal a la que accede.

En segundo término, advertiremos que éste es el único carácter de la hipoteca, o requisito según la postura autoral que se asuma, que es calificado por toda la doctrina como natural, es decir, no esencial. Ya hemos dicho que tal consideración implica admitir la posibilidad de que las partes modifiquen sus efectos o negocien sobre sus extremos sin el riesgo de provocar la nulidad de la hipoteca. Cuando un elemento es natural respecto de una institución jurídica significa que corresponde considerar a la figura como portadora de los rasgos que el carácter le insufla, como una consecuencia natural de la misma, pero que al no hacer a la esencia de su existencia, resulta plausible de modificación. Podríamos concluir diciendo que la indivisibilidad hace a la naturaleza de la hipoteca y no su esencia, y que, por ende, resulta transable. Más adelante haremos algunas reflexiones sobre el valor de los pactos sobre indivisibilidad que las partes lleven adelante. Esta posibilidad que hoy se brinda de poder establecer criterios propios con respecto a la indivisibilidad de la hipoteca, o de permitir al juez llevar a cabo una interpretación más flexible y adaptable del principio, no siempre ha sido así.

La indivisibilidad de la hipoteca era entendida en el texto originario de nuestro Código Civil de un modo mucho más severo. El mismo en el artículo 3112 histórico rezaba que la hipoteca es indivisible y que cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella. De esta manera, en un análisis estricto del texto legal se debía concluir

que un inmueble respondía íntegramente por la deuda garantizada aun cuando ella hubiese sido saldada en parte, sin importar qué tanto, y aunque el inmueble admitiese ser dividido. Era una conclusión válida desde la exégesis del articulado que respondía a las fuentes históricas del tema y que ponían el acento en la prioridad del acreedor hipotecario de hacer efectivo su derecho en cualquier término y forma. Decíamos que este rasgo de indivisibilidad de la garantía no se veía afectado por el carácter naturalmente divisible de la deuda u obligación principal, ya que la exigencia de establecer un monto dinerario para cumplir con el requisito de la especialidad en cuanto al crédito admite siempre pensar en una obligación divisible; ni tampoco por el carácter eventualmente divisible del inmueble comprometido, o cuando se hubiesen dado en garantía dos o más inmuebles. En cualquier caso, la indivisibilidad rígida de la hipoteca que pregonaba sin atenuantes el artículo de referencia obligaba a una interpretación estrecha de su texto.

Este principio rector que define al instituto de la indivisibilidad apareja una serie de consecuencias. Entre ellas, que el artículo 3188 del Código Civil establezca que aquel codeudor que hubiese pagado su parte no puede exigir la cancelación parcial de la hipoteca si la deuda no está toda paga, y el coacreedor a quien se le hizo el pago de su parte no puede cancelar toda la hipoteca hasta que se vean satisfechos los demás coacreedores. Todo con la excepción de las cancelaciones parciales a las que ahora habilita el artículo 3112 y que posteriormente analizaremos. Además, si hay varios deudores, el que tenga la cosa puede ser demandado por el todo, y si se hubiesen hipotecado más de un inmueble a favor de la misma obligación, el acreedor puede optar por perseguir uno de ellos por el todo, hoy con los límites del artículo 3113. Además, implica asumir que agotada la garantía por ejecución el saldo puede ser reclamado a cada deudor sólo por su parte, como así también que si existen varios acreedores, cada uno sólo puede perseguir al deudor por la parte del crédito que le corresponde aunque esto implique el remate de toda la cosa.

Muchas fueron las voces, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, que se oyeron durante años postulando la necesidad de repensar el régimen de la indivisibilidad de la hipoteca en función de las situaciones injustas e inequitativas a las que una interpretación y aplicación lineal

y literal del articulado podía provocar. Era la previsión en esta materia una flagrante evidencia de cómo la interpretación y el respeto estricto que todo texto legal merece podía promover situaciones de inaceptable desenlace. En el extremo, un deudor que había ofrecido una garantía hipotecaria sobre un campo de tamaño considerable podía perderlo en una ejecución frente a una sola de las cuotas adeudadas.

Así, luego de años de debates y fallos contrapuestos, se dicta la ley 11.725, que modifica los artículos 3112 y concordantes del Código Civil en el sentido que a continuación analizaremos. Y un poco más tarde, la reforma integral de la ley 17.711 modifica el texto del artículo 3113, otorgándole mayor coherencia y fortaleza al nuevo régimen de la indivisibilidad en materia hipotecaria.

Debemos decir que el texto originario del artículo 3112 se mantiene como primera frase del nuevo texto, con lo que se ratifica la regla natural de la indivisibilidad de la hipoteca. La novedad llega por vía de incorporación, en las nuevas líneas del texto. A tenor de ellas, ahora se agrega que cuando sean varios los inmuebles hipotecados o cuando se trate de un único inmueble cuya división sea posible, los jueces de la ejecución podrán ordenar la venta en lotes y la consiguiente cancelación parcial de la hipoteca, siempre que no se perjudique al acreedor. Son varias las cuestiones que prevé el nuevo texto, y entendemos que deben ser interpretadas colectivamente, para no desvirtuar el alcance y sentido de la norma, y no cometer el mismo error, ahora hacia el otro extremo, de desequilibrar el tema sólo analizando el eventual beneficio para el deudor. El texto otorga una potestad al juez, no una orden imperativa, para decidir la venta en partes o lotes. Sin dudas que debemos admitir que tal solución puede peticionarla el deudor, y en la mayoría de los casos será el más interesado en hacerlo, ya que podría salvaguardar parte de la integridad de su patrimonio, solicitando el loteo y venta parcial del inmueble comprometido o la venta de uno de ellos si son varios. La doctrina debate si tal petición puede formularla el acreedor, y creemos que nada lo impide, de hecho el artículo siguiente, 3113, le permite cuando sean varios los inmuebles hipotecados elegir cuál perseguir primero y en qué orden, pero creemos que los mismos límites que aquí se le presentan, en el sentido de que tal selección puede ser desvirtuada por el juez que fundadamente puede

establecer un orden distinto de ejecución, deben atenderse en el caso del artículo 3112 cuando sea el acreedor el que solicite el loteo o la venta de uno de los inmuebles hipotecados. Entendemos que es así, porque la norma y el juez al interpretarla deben hallar un equilibrio entre los intereses en pugna de deudor y acreedor. Tan injusto resultaría que el acreedor pueda pretender sin atenuantes un orden de ejecución en evidente perjuicio para el deudor, como que éste en notorio perjuicio para el acreedor pretenda otro. Si, en cambio, las partes al constituir la hipoteca han pactado sobre estos extremos, creemos que ha de estarse a lo allí establecido como resultado del convenio y de la autonomía de los actores, y, en todo caso, para atenuar los rigores de un extremo puede acudir a la teoría del abuso del derecho. Además del deudor y el acreedor hipotecario, podríamos preguntarnos si la petición puede formularla otro acreedor, sea otro acreedor hipotecario o un acreedor quirografario. De nuevo consideramos que la respuesta es afirmativa, ya sea porque el texto legal no lo impide, como porque de esta manera se permitirá un análisis más integrado de la situación que puede redundar en beneficios múltiples. Creemos que éstos funcionan como verdaderos terceros interesados a quienes las decisiones acerca de las ejecuciones pueden resultarles no indiferentes. No será lo mismo para un acreedor hipotecario de grado inferior o para los acreedores quirografarios que cobrarán de lo que reste del patrimonio de su deudor, que la ejecución implique la totalidad del inmueble cuando éste pueda dividirse, por ejemplo, o la ejecución de uno u otro o varios de los inmuebles hipotecados cuando una venta sucesiva sea posible y satisfaga las acreencias con privilegio antes de la necesidad de la ejecución de la totalidad de los bienes inicialmente comprometidos. En igual sentido, corresponde interrogarse acerca de si el juez puede apelar a estas decisiones sin petición de parte. Creemos que la respuesta afirmativa es de dudosa aplicación, ya que si se ha llegado al extremo de la ejecución es porque el acreedor ha iniciado las acciones correspondientes, y si allí no hay una expresa mención o pedido de una orden o forma de ejecución, sea de su parte o del deudor, procedería acudir a la respuesta que opera como regla, que es la de la indivisibilidad.

El mismo artículo que ofrece este nuevo marco de solución que

celebramos propone que la venta en lotes o en un orden sucesivo de inmuebles se decreta cuando sea posible y sin lesionar al acreedor. Entendemos que el artículo refiere tanto a la posibilidad material, de corte objetivo, de partir la cosa inmueble hipotecada, es decir, si por su naturaleza o condición el inmueble resulta materialmente divisible, como a la posibilidad jurídica y económica de acuerdo a las normas nacionales y locales que rijan la materia. Y que corresponde atender y oír al acreedor para evitar su perjuicio. La norma expresamente ordena evitar lesionar los intereses del acreedor hipotecario. Por ello, creemos que el acreedor debe contar con todo tipo de defensas que le permitan acreditar el eventual perjuicio que alegue temer. Debe ponderarse si las condiciones de la ejecución peticionada por el deudor pueden perjudicarlo, sea por el tipo de loteo previsto, por la ubicación del inmueble con el que se pretende inaugurar el proceso de ejecuciones, sea por las condiciones jurídicas o litigiosas del bien, por su situación impositiva, entre muchos extremos a ponderar a la hora de tomar la decisión más adecuada. Creemos que debe ser así, porque en verdad se enfrentan dos verdaderos derechos de propiedad de similar jerarquía jurídica y el desafío del juez será hallar una solución razonable, justa y saludable para todos los involucrados en el límite del caso. Creemos que tanto la situación del deudor como la del acreedor merecen consideraciones similares, sin que el juicio del tribunal se vea perturbado por inclinaciones que descansen en posturas parciales de la realidad, pero sin desatender las características coyunturales de cada caso y de las lecturas que la economía de la comunidad impongan como telón de fondo.

Arduos debates y posiciones muy diversas ofrece el interrogante acerca de cuál es la oportunidad procesal hasta la cual puede realizarse la petición de subastar en loteo por orden inmuebles en el caso de ser varios. La doctrina reseña varios, como el de imponer como límite la notificación de la citación de remate hasta el extremo de permitirlo aun cuando haya fracasado el primer remate y antes del segundo. La mayoría de los fallos en la materia consideran que la ocasión debe extenderse hasta que quede consentido el decisorio de rematar en bloque, opinión que compartimos.

Se ha dicho también, y acompañamos, que la división en lotes

puede redundar en el sometimiento del inmueble hipotecado al régimen de la propiedad horizontal, en el supuesto de reunirse los requisitos que imponen la ley 13.512 y el decreto reglamentario 18.739/49. Puede ser ésta una solución adecuada para conservar parte del inmueble en dominio del deudor y someter a ejecución otra, atendiendo a que el sistema de la propiedad horizontal se sostiene al menos sobre dos o más unidades independientes y funcionales.

La reforma de la ley 17.711 modificó el contenido del artículo 3113. Originariamente, el texto de la norma mencionaba que cuando se hubiesen hipotecado a favor de una misma deuda dos o más inmuebles, el acreedor podía elegir cuál perseguir para cobrarse aunque sobre ese inmueble elegido existiesen otras hipotecas de fecha posterior. El nuevo contenido contempla que en la misma situación de pluralidad de inmuebles hipotecados en miras de una misma obligación, el acreedor puede perseguirlos a todos en forma simultánea o puede decidir a cuál de ellos ejecutar, aun cuando los inmuebles hubiesen pasado a manos de terceros o cuando existieren otras hipotecas. Hasta aquí podemos observar que el artículo contempla exclusivamente al acreedor y su derecho, y que con respecto al texto inicial agrega la posibilidad del remate colectivo, aunque antes también era posible por el texto original del artículo 3112; y que tal derecho de opción del acreedor opera aun cuando los inmuebles hayan sido transferidos a terceros, entendemos que resulta indiferente si en calidad de poseedores o adquirentes, o cuando existieran otras hipotecas. Debemos tener presente que en el supuesto de inmuebles en manos de terceros, la previsión de esta norma debe articularse con el texto del artículo 3171, que permite al tercero poseedor citar a los titulares de otros inmuebles comprometidos por la misma deuda. Hasta aquí, y amén de las incorporaciones y modificaciones que el texto ha sufrido, podemos decir que se ratifica la vigencia del principio de indivisibilidad, fundamentalmente en protección del acreedor. Sin embargo, y aun sin desconocer la vigencia de dicho principio, la última parte de la norma atenúa las potestades del acreedor, colocando al juez en situación de poder decidir un orden de ejecución diferente al propuesto por aquél. Es una justa y adecuada previsión, que además compensa las similares potestades que entendemos tiene el acreedor de oponerse a las peticiones del deudor am-

parándose en el artículo 3112. En la norma en estudio, es el acreedor el que debe tolerar que el juez revise su petición, y, por causa fundada dice el texto, desestimarla fijando un orden diferente. Se advierte que la condición objetiva de este artículo, a diferencia del anterior, es la existencia indispensable de dos o más inmuebles gravados en función de una misma obligación. Pero nada impide la integración de ambas normas, como si uno de los inmuebles comprometidos a los que alude al artículo 3113 pudiera dividirse en lotes como sugiere el artículo 3112; o si fuese el deudor el que, oponiéndose al orden de remate por que optó el acreedor en base a las facultades que le confiere el artículo 3113, peticionase al juez uno diferente fundándose en lo que le permite el artículo 3112. Así las cosas, entendemos que ha de permitirse también, aun a la luz del artículo 3113, la participación de los terceros a los que en el análisis de la norma anterior definimos como interesados, es decir, otros acreedores hipotecarios o acreedores quirografarios.

Luego de las sucesivas reformas de las leyes 11.725 y 17.711 en materia de indivisibilidad hipotecaria, resulta absolutamente innecesaria la norma que se ha preservado del artículo 3114, ya que su contenido fue absorbido por el texto actual del artículo 3113. Hoy es letra que abunda, no daña, pero no modifica el esquema que hemos traducido e interpretado. Tal vez se trató de una omisión de la reforma obviar su derogación.

9. A modo de conclusión

El análisis que hemos compartido en este artículo nos permite asumir que aun en un área jurídica disciplinar cerrada y ortodoxa como la de los derechos reales, la natural dinámica y evolución del Derecho logra hallar senderos por donde transitar procesos de cambio. Nos permite también comprobar cómo es posible la convivencia de instituciones férreamente instaladas en la cultura jurídica de la comunidad con propuestas innovadoras que sin desnaturalizarlas ni pretender suplantearlas las armonizan y articulan con las demandas y reivindicaciones de los nuevos tiempos. Es posible advertir, además, la labor insustituible de juristas que con su tarea científica cotidiana proveen a la sociedad de nuevas herramientas; y la de los jueces, convocados

siempre a interpretar en un sentido de justicia cada norma en cada caso, ponderando además de la ley la realidad social y el complejo entramado de valores que conviven en las normas, en las situaciones y casuística a resolver, y en la comunidad toda.

La hipoteca es una figura paradigmática de nuestra cultura jurídica latina, porque expresa paradojas y contradicciones de nuestra identidad. Confluyen en ella el compromiso de honrar la palabra, el esfuerzo del trabajo y el valor íntimo y colectivo que se le atribuye a la propiedad inmobiliaria. La tierra, la casa, forman parte de nuestra constitución cultural, de allí que su empeño, como decían los textos españoles, conlleve una cantidad de simbolismos que seguramente no se agotan en el riesgo económico asumido.

En los últimos años, el país vivió experiencias de macro y micro-economía que intervinieron directamente en diversos institutos del Derecho, entre ellos, la hipoteca, provocando modificaciones más o menos profundas de las reglas conocidas y asumidas al momento de haberse constituido una enorme cantidad de garantías hipotecarias. Las respuestas que se brindaron desde el Estado intentaron ofrecer marcos adecuados de solución a una realidad que puso en crisis a la institución, al punto de poner en debate el derecho de propiedad de los acreedores. Una vez más, allí, la tarea de la justicia resultó fundamental para enhebrar los hilos dispersos de un conjunto de relaciones que no atisbaban a hallar respuestas homogéneas válidas para todos y con los mismos alcances. Fue necesario arriesgar creativamente respuestas que respetaran el orden jurídico y propusieran escenarios de solución a conflictos que excedían el marco estricto del Derecho.

Creemos que la indivisibilidad de la hipoteca y su recorrido en nuestra historia del Derecho, que aquí hemos trabajado especialmente, se presenta como una buena experiencia que señala que las sociedades deben resolver si se ajustan tensamente a los textos de sus normas, sin más consideraciones que el alcance semántico y sintáctico de sus palabras, o si es posible pensar y proyectar hacia otras dimensiones más abarcativas. Dimensiones que junto a la normativa permitan hallar voces más inclusivas y más justas a las demandas cada vez más complejas y crecientes de una comunidad que sigue considerando al Derecho como un fenómeno capaz de responderle. Cuando a la sociedad

se le desnuda como injusta la ejecución de la totalidad de un inmueble para saldar una deuda que podría justificarse con mucho menos y sólo en atención de dar cumplimiento a un antiguo texto normativo, se le presenta la ocasión de decidir entre la observancia llana de su letra o la creación de una respuesta en justicia. El Derecho es un fenómeno vivo, que muta permanentemente, negarlo sería negar su propia condición de tal. Hace a la naturaleza del Derecho su vocación de metamorfosis. Pero apelamos siempre a que todo ese flujo de acción se desarrolle dentro del ordenamiento jurídico que cada sociedad defina. Éste provee de numerosas y ricas alternativas. El desafío de cada generación y de sus actores radica en hallarlas sin sacrificar la norma, y alentando el crecimiento de una sociedad más justa.

Bibliografía

- AMBROSIONI, Carlos y TABAK, Héctor, *Lecciones de Derecho Romano*, Ábaco, Buenos Aires, 1981.
- AREÁN DE DÍAZ DE VIVAR, Beatriz, *Curso de Derechos Reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- DELLA COSTA, Héctor, *Breviario de los Derechos Reales romanos*, Cathedra, Buenos Aires, 1970.
- LAQUIS, Manuel, *Derechos Reales*, Depalma, Buenos Aires, 1975.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, 3 tomos, Zavalía, Buenos Aires, 2006.
- PAPAHÑO, Ricardo; KIPER, Claudio; DILLON, Gregorio y CAUSE, Jorge, *Derechos Reales*, 2 tomos, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos Reales*, Tea, Buenos Aires, 1960, t. IV.

NUEVOS CONTEXTOS FAMILIARES

por MARTA PILNICK*

Resumen

La familia no atraviesa una crisis, ha cambiado de estructura. La nueva organización incluye elementos novedosos. Se agrega el matrimonio igualitario legislado recientemente. Cuando decimos familia incluimos a los hijos: un matrimonio de dos hombres adopta un niño para criarlo en el seno de ese hogar; una pareja de mujeres a través de la donación de semen gesta un bebé por inseminación artificial, el niño por nacer da por constituida la nueva familia.

Abstract

The family institution is not going under a crisis; it has changes its structure. The new organization includes new elements. We now have equal marriages, recently legislated. When we talk about family, we include children, a two men marriage that adopt a child to raise him at home, a two women couple that have a child using a sperm donor. The child to be born creates a new family.

El siguiente artículo lo confeccioné para el suplemento *Mujer* del diario *La Capital* de la ciudad de Rosario, a partir de la Ley de Matrimonio Igualitario, y de los talleres realizados en Los Altos de la Librería Ross, de nuestra ciudad, donde la presencia de público general era relevante para el desarrollo del trabajo. Participaron en la coordinación dichos talleres los abogados Nélida Verdejo y Rodolfo Ramos.

* Psicóloga; Máster en Familia, Educación, Salud y Justicia; docente del posgrado de Derecho de Familia de la UNR.

¿Qué pasó con los tallarines que la abuela amasaba los domingos para toda la familia: hijos, nietos?, ¿y con el asadito de papá?

En la generación anterior era un ritual sin discusión, natural como los lunes laborables, o la asistencia escolar; no se discutía, se iba, y para que no haya interferencias era intermitente una vez con los padres de mamá y la siguiente con la familia de papá; así ocurría el desarrollo familiar.

Todo era armoniosamente estructurado, los abuelos participaban, decidiendo con padres y nietos temas fundamentales de la vida cotidiana.

Actualmente la vertiginosidad que le imprimimos a nuestras vidas, la presión ejercida por lo económico, la competitividad de nuestra sociedad no nos permiten aflojar para tomar energía y poder seguir plácidamente. El compañero cercano, a veces el amigo, podría ocupar nuestro lugar, así, hay que cuidar sigilosamente nuestro puesto de trabajo; no hay espacio para retozar.

La jornada laboral llega a ser de 12, 10, excepcionalmente de 8 horas. No deja espacio para mucho; los hijos, la pareja pasan a segundo plano.

Los abuelos molestan quedando confinados generalmente en la triste soledad de un geriátrico, perdemos así la riqueza y sabiduría de nuestros mayores, pues la exclusión y el abandono borran todo el esfuerzo que con tesón y amor nos cuidaron.

Si hoy tomamos una foto de nuestra familia actual, nada tiene que ver con la familia de nuestros abuelos, en la mayoría inmigrantes.

Tomaré también la riqueza de la familia de hoy, la mayor autonomía de nuestros jóvenes, la creatividad que le imprimen a sus vidas, la transparencia de sus actos, la libertad como construyen sus vidas, la amplitud del diálogo, la naturalidad como afrontan la sexualidad.

Nuestros jóvenes crecieron con la existencia del divorcio, en el seno de una familia ensamblada, con los hijos del marido de la mamá, con los hijos de la mujer del papá, con cuatro abuelas: las biológicas, las heredadas del nuevo matrimonio de los padres; así se ampliaron las fronteras de la familia nuclear, dando lugar a la creación de una nueva familia.

En realidad el divorcio se instaló en nuestras familias con naturalidad, no era así veinte años atrás, fuimos uno de los últimos países en legislarlo.

Hoy nos sorprende ser uno de los países pioneros en América, en la Ley del Matrimonio Igualitario; se abre un nuevo camino, se amplía el espectro de la familia.

Nuevamente la claridad de los vínculos deja atrás los silencios oscuros de los secretos familiares, se legitima sólo lo que está vigente en nuestra sociedad a través de la ley.

La funcionalidad le gana a la disfuncionalidad. ¿Qué es lo que enferma? ¿Cómo surgen los síntomas? Cuando se cristalizan los vínculos, no permitiendo la plasticidad necesaria para adaptarse a las situaciones nuevas; cuando se cierran las fronteras del sistema familiar, no entra ni sale nadie; cuando la escalada simétrica, la complementariedad rígida le gana a los acuerdos donde siempre hay que ceder, aceptando el lugar del otro.

Nuestra cultura es excluyente y discriminadora, todo lo diferente es expulsado, lo nuevo es resistido. La familia no escapa de esto pues está inmersa, y sufre las mismas vicisitudes que la sociedad; necesitaremos flexibilizar nuestros pensamientos, ampliar nuestras fronteras mentales.

La familia no atraviesa una crisis, ha cambiado de estructura. La nueva organización incluye elementos novedosos. Se agrega el matrimonio igualitario legislado recientemente. Cuando decimos familia incluimos a los hijos: un matrimonio de dos hombres adopta un niño para criarlo en el seno de ese hogar; una pareja de mujeres a través de la donación de semen gesta un bebé por inseminación artificial, el niño por nacer da por constituida la nueva familia.

El interrogante que surge es: ¿qué pasará con esos niños que viven con padres del matrimonio igualitario?

Mi respuesta es que los hijos que viven con padres en vínculos disfuncionales, ya sea heterosexuales o del mismo sexo, serán niños sintomáticos, los que viven con padres en vínculos funcionales serán saludables. Lo que enferma es la escalada simétrica o la complementariedad rígida en los vínculos de los padres. Así como los secretos

familiares o la imposibilidad de la familia de lograr alternativas nuevas en las conductas construyendo patrones rígidos que obstruyen el desarrollo del ciclo vital familiar. Los sistemas cerrados herméticamente que no permiten la entrada o la salida de nuevos miembros. Lo que enferma es la negación o el desplazamiento del conflicto.

Los hijos necesitan de la flexibilidad y la firmeza de los vínculos; son necesarios los límites entre los subsistemas familiares que deben ser claros. Las jerarquías deben establecerse con nitidez.

La confusión en los roles y funciones es lo que trae patologías.

DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. PRINCIPIOS

por ADRIANA TALLER¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios a aplicarse en el Derecho Administrativo Global. 1. Participación procesal y transparencia. 2. Transparencia y acceso a la información. 3. Decisiones razonadas. Decisiones motivadas o debidamente fundadas. 4. Proporcionalidad. 5. Revisión. Control judicial suficiente. III. Como corolario.

Resumen

El tema en tratamiento refiere a una aproximación de algunos principios a respetar y observar por el incipiente y rudimentario Derecho Administrativo Global. Como consecuencia de la globalización –proceso económico, social, cultural, tecnológico y jurídico que facilita la comunicación e interdependencia entre los distintos países, la unificación de los mercados y las culturas, con carácter integral– se produjo un ensanchamiento más allá de lo nacional de las instituciones jurídicas y un crecimiento de regímenes administrativos internacionales. Este nuevo panorama originó el nacimiento de una administración internacional –redes transnacionales/acuerdos de coordinación–, y el reconocimiento de sujetos que actúan en esa globalidad, la creación de un paulatino ordenamiento administrativo propio para los organismos internacionales, y la conformación de marcos regulatorios internacionales

¹ Abogada. Magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas. Abogada Especializada en la Magistratura. Profesora titular por concurso de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

con componentes y asignación de funciones administrativas, con regímenes propios, distintos a los de las legislaciones domésticas; con la constitución en algunos casos de tribunales administrativos internacionales para resolver los conflictos de intereses entre los sujetos de la administración global: Estados, individuos, empresas, organizaciones no gubernamentales, etcétera. Frente a ello y al carácter multifacético de las materias objeto del relacionamiento –salud, economía, educación, cultura, medio ambiente, industria, comercio, tecnología, comunicación, etcétera– resulta conveniente dotar a esas organizaciones internacionales, no sólo, de un ordenamiento jurídico propio, que regule el modo de funcionamiento de sus diversos órganos, estableciendo sus competencias, sino también de un sistema de control, de obligaciones y derechos del personal, agentes internacionales que responden a esas organizaciones y no a sus Estados de origen. Todo ello, con el objetivo de darle seguridad jurídica a los sujetos que interactúan en el espacio global y generalizar e igualar el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales. A esta nueva regulación se la ha denominado Derecho Administrativo Global, el cual tiene como objetivo mejorar las instituciones actuales de la gobernanza global, hacerlas fiscalizables, con fundamento en que si este Derecho integra el ordenamiento jurídico global, es evidente que no puede apartarse del conjunto de principios generales que informan a todo ordenamiento jurídico –local o global– para garantía de los sujetos sometidos a su regulación. Estos principios se fundan en el respeto a la persona humana y su función creativa, interpretativa e integradora, permiten adoptar decisiones que dan seguridad jurídica a las relaciones que se entablan entre los sujetos de la administración global y permiten generalizar y extender el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales. El pensar, entonces, en un Derecho Administrativo Global, lleva a sistematizar un conjunto de normas –sustantivas y procedimentales– y principios que deben tener como objeto fundamentar las decisiones tomadas, asegurando que las mismas cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación procesal –debido proceso adjetivo: derecho a ser oído, ofrecer y producir prueba y obtener una decisión fundada–, de razonabilidad –proporcionalidad entre los medios adoptados y los fines perseguidos–, de legalidad, de impugnabilidad –derecho a solicitar la

revisión de lo decidido a un órgano, imparcial e independiente– haciendo posible dirimir las contiendas que surjan entre los sujetos de la administración global con equidad.

Abstract

“The Global Administrative Law”

The issue discussed in this article is related to some principles that should be obeyed and observed by the newly developing global administrative law. As a consequence of globalization –an economic, social, cultural, technological and legal process which helps the communication and interdependence among different countries, the markets and cultures merge, in a thorough way– it took place both an enhancement of law institutions beyond national borders and an increase of international administrative regimes. This new approach caused the breakthrough of an international administration –transnational nets/coordination agreements– and the acknowledgement of subjects that deal in that global atmosphere, the slow creation of an administrative order for the international offices, and the formation of international legal regulatory patterns which have administrative functions, their own regimes, different from local rules, and in some cases which form international administrative courts in order to solve conflicts of interest among the global administrative subjects: States, individuals, companies, non governmental organizations, etcetera. Because of all this and the many-sided aspects of the issues in relation –health, economy, education, culture, environment, industry, commerce, technology, communication, etcetera– it would be convenient for these international organizations not only to have their own legal patterns in order to rule the specific function of their different offices, determining their functions, but also to create a system in charge of controlling the rights and duties of their personnel, international agents who report to those organizations and not to their States of origin. The purpose of all this is to give legal certainty to the subjects who interact in the global world, and to generalize and make the principal rights equal. This new regulation has been called global administrative law, whose aim is to improve the current institutions of global governance, and to supervise them grounded on the fact that if this Law is included

in the global legal regulatory patterns, it has to follow and respect its general principles –local or global– to guarantee individuals subject to this regulation. These principles are based on the respect towards human beings. Their creative, interpretative and integrated function enable to make decisions possible, offering legal certainty to the relations between subjects of the global administration, and allow the fundamental human rights to become acknowledgeable. Thus to think about a global administrative law, makes us systematize a group of rules –substantive and procedural– along with principles whose main aim is to justify the decisions made. This must accomplish with the appropriate standards of transparency, procedural participation –due process of law: the right to be heard, to offer and produce evidence, and to obtain a justified, reasonable decision, to keep proportion between the adopted means and the objectives sought, to be legal, to have the opportunity to appeal– the right to ask for revision by a superior office which is both impartial and independent, making it possible to solve disputes between the subjects of the global administration according to equity.

I. Introducción

El tema que me he propuesto esbozar y que será línea de futuras investigaciones es la enumeración, a manera de aproximación, de algunos principios a respetar y observar cuando hablamos de la existencia de un Derecho Administrativo Global.

A modo de introducción, he de señalar que los avances científicos y tecnológicos, que impactaron en el desarrollo de la comunicación y el transporte, posibilitaron a partir del siglo XIX que las relaciones entre los diferentes países se hicieran más cercanas y fluidas. Esta nueva situación dio nacimiento a un proceso de vinculación intercontinental o transnacional, al que se le dio el nombre de globalización o mundialización.

La globalización es un proceso económico, social, cultural, tecnológico y jurídico que facilita la comunicación e interdependencia entre los distintos países, la unificación de los mercados y las culturas, con carácter integral.

Este proceso originado en Occidente impacta en los países a los que alcanza, en distintos órdenes:

- 1) *En el orden económico.* Las economías locales se integran a una economía de mercado internacional donde los modos de producción y los movimientos de capital se configuran a escala mundial, donde cobran importancia las empresas multinacionales, la libre circulación de capitales y bienes, implementándose a consecuencia de ello una sociedad de consumo globalizada.
- 2) *En el orden cultural.* Las sociedades y las culturas locales se interrelacionan en una cultura global o mundializada, dando nacimiento a la llamada aldea global.
- 3) *En el orden tecnológico.* La conectividad humana aumenta a través de telecomunicaciones más fluidas y transporte más integrador, facilitando la libre circulación de personas y bienes.
- 4) *En el orden político.* Como consecuencia de comunicación en tiempo real, las cuestiones político-sociales son de conocimiento inmediato, lo que facilita la conformación de las redes sociales. La sociedad actúa en red, dando nacimiento al activismo de las redes sociales.
- 5) *En el orden jurídico,* y éste ha de ser el que nos interese por su ligazón con el tema a abordar. Como consecuencia del impacto de la globalización en los órdenes antes señalados surge la necesidad de uniformar y simplificar procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar las condiciones de competitividad entre los actores públicos y privados involucrados en el fenómeno global y seguridad jurídica a las relaciones que se entablan entre los mismos, con el objetivo primordial de generalizar y extender el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales.

En suma, la globalización es un proceso histórico, producto de la innovación humana y el progreso tecnológico, que refiere concretamente a la prolongación más allá de las fronteras nacionales, a la creciente interdependencia entre los países, a la creciente integración de las economías de todo el mundo fundamentalmente a través del

comercio y los flujos financieros, abarcando como expresé aspectos culturales, políticos, sociales, económicos y jurídicos más amplios.

Ante este ensanchamiento más allá de lo nacional ha habido un crecimiento de regímenes administrativos internacionales, originando el nacimiento de una administración internacional –redes transnacionales/acuerdos de coordinación–, reconocimiento de sujetos que actúan en esa administración global, con la creación de un paulatino ordenamiento administrativo² propio para los organismos internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Organización Mundial de Comercio, el Comité Olímpico, el Fondo Monetario Internacional, y la conformación de marcos regulatorios internacionales con componentes y asignación de funciones administrativas, conformando regímenes propios de contratación de personal, distinto al de las legislaciones domésticas, con la conformación en algunos casos de tribunales administrativos internacionales para resolver los conflictos de intereses suscitados entre los sujetos de la administración global: Estados, individuos, empresas, organizaciones no gubernamentales, etcétera.

La existencia de esta comunidad internacional con cada vez mayor interrelación entre los Estados y las personas incrementó la regulación internacional para atender a los problemas de carácter global, requiriendo para ello de nuevas instituciones y procedimientos administrativos.

Frente a ello y el carácter multifacético de las materias objeto del relacionamiento resulta conveniente dotar a esas organizaciones internacionales, no sólo, de un ordenamiento jurídico, que regule el modo de funcionamiento de sus diversos órganos, estableciendo sus competencias, sino también de un sistema de control, de obligaciones y derechos del personal, agentes internacionales que responden a esas organizaciones y no a sus Estados de origen.

² Este fenómeno globalizador dio origen a un creciente desarrollo de normas internacionales de carácter administrativo, tanto en material ambiental, a cargo de sujetos de la administración global: Banco Mundial, OCDE, OMC, Mecanismos de desarrollo limpio del Protocolo de Kyoto, como en materia financiera: FMI, Comité de Basilea, entre otros, de energía nuclear: AIEA, Convención sobre Armas Químicas, de comunicaciones, de transporte, de salud, la Organización Mundial de la Salud, etc.

Resulta además necesario crear un orden jurídico que regule su organización y funcionamiento –léase competencias– y las relaciones de esas organizaciones de administración o gobernanza³ global⁴ con los otros sujetos de la comunidad internacional. Ese régimen jurídico nacerá de los tratados y de la costumbre internacional –reglas no codificadas, conducta mantenida por los Estados por largo tiempo y aceptadas como obligatorias–.

Estas relaciones transnacionales o globales, la presencia de órganos administrativos transnacionales, marcan evidentemente la existencia de un espacio administrativo global, integrado no sólo por los Estados, sino también por personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, por organizaciones no gubernamentales y por otras colectividades con incidencia internacional, y que desplaza las decisiones de nivel nacional o local al nivel global.

Esta nueva realidad requiere de un régimen administrativo global que tenga como objetivo, y de ahí su fenómeno globalizador, lograr ciertos cambios en la conducta de los sujetos que integran el citado espacio global, imponiendo obligaciones regulatorias y supervisando la manera como los Estados regulan la actividad de los actores privados sujetos a su jurisdicción y sobre los que impactan sus decisiones⁵.

³ El término gobernanza es utilizado para designar a la eficacia, calidad y buena orientación de la intervención, como sinónimo de buena administración o buena forma de gobernar, en globalización. Luego de 1989, y como consecuencia de la caída del Muro de Berlín, su utilización se ha mundializado. Muy empleada en términos económicos, pero también sociales o de funcionamiento institucional, esencialmente en la interacción entre distintos niveles, sobre todo cuando se producen grandes cesiones competenciales hacia arriba, como, por ejemplo, en oportunidad de conformar la Unión Europea, o hacia abajo, como consecuencias del fenómeno de la descentralización territorial. También, el término se utiliza muy especialmente para individualizar la forma de interacción de las administraciones públicas con el mercado y las organizaciones privadas o de la denominada sociedad civil (empresas, sindicatos, corporaciones, ONG, y otras), donde no prima la subordinación jerárquica, sino la integración en red, en lo que se ha denominado, en Europa, “redes de interacción público-privado-civil a lo largo del eje local/global”.

⁴ En oposición con el significado precedente, se ha usado el término “gobernanza” para referenciar la regulación de las relaciones de los distintos sujetos del espacio internacional ante la ausencia de una autoridad política global. Ejemplo de ello es el sistema internacional, o sea, las relaciones entre Estados independientes.

⁵ A modo de ejemplo, baste mencionar las medidas dispuestas en la Convención

Podemos decir que, ante este reciente panorama mundial, que muestra de hecho la existencia de una “gobernanza⁶ global”, emergen un conjunto de normas jurídicas y de procedimientos, de usos y prácticas administrativas que regulan la organización y funcionamiento de los órganos administrativos transnacionales o globales administrativos y las relaciones de aquéllos entre sí, y con gobiernos nacionales, organizaciones intergubernamentales, órganos privados, organizaciones no gubernamentales, dando nacimiento a un Derecho Administrativo Global.

Conforme lo expresan Kingsbury, Krisch y Stewart⁷, en su trabajo *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*, este derecho es más amplio que la apreciación hecha por Paul Negulesco, en 1935, quien percibía la existencia de un Derecho Administrativo Internacional, concebido como una “rama del Derecho Público que, al examinar los fenómenos legales que constituyen la administración internacional, busca descubrir, especificar y sistematizar las normas que gobiernan esta administración”.

El pensar en este posible Derecho Administrativo Global, como señalan los autores citados, lleva a sistematizar un conjunto de normas –sustantivas y procedimentales– y principios que deben tener como objeto fundamentar las decisiones tomadas y reglas adoptadas dentro de los regímenes intergubernamentales, asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación procesal, toma de decisiones razonadas, legalidad, y revisión, haciendo posible dirimir las contiendas que puedan surgir entre los sujetos de la administración global.

Internacional de Especies en Peligro de Extinción, en el Protocolo de Montreal relativo a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, en la Convención de Basilea para el Control Transfronterizo de Residuos Peligrosos, entre otros.

⁶ “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”. Diccionario de la Real Academia Española, www.rae.es.

⁷ Tomado de la traducción al castellano del texto en inglés realizada por Gisela París y Luciana Ricart, LL-M, International Legal Studies, Facultad de Derecho de New York University. Ver KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico and STEWART, Richard B., *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 and Contemporary Problems, 15 (Summer/Autumn, 2005).

Todo ello, con el objetivo de darle seguridad jurídica a los sujetos que interactúan en el espacio global y generalizar e igualar el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales.

Ese Derecho Administrativo Global debe tener como objetivo mejorar las instituciones actuales de la gobernanza global, hacerlas fiscalizables –control amplio de las decisiones que se adoptan en la jurisdicción global– con fundamento en que si este Derecho integra el ordenamiento jurídico global, es evidente que no debe apartarse del conjunto de principios generales que deben informar a todo ordenamiento jurídico para garantía de los sujetos sometidos a su regulación.

Por lo demás, el Derecho Administrativo Global no puede tener una existencia aislada e independiente del resto del ordenamiento jurídico internacional, del cual ha de constituir una porción, manteniendo con el mismo relaciones de subordinación o de coordinación o interferencia, ante la existencia de tratados internacionales que consagran la plena vigencia de los derechos humanos.

Estos principios que deben ser incorporados al Derecho Administrativo Global se fundan en el respeto de la persona humana.

Ahora bien, frente a la carencia de normas orgánicamente codificadas, mientras se va conformando este nuevo sistema jurídico global, los principios del Derecho Administrativo nacional o doméstico deben resultar de aplicación en el ámbito internacional para las decisiones que adopte la administración global⁸.

II. Principios⁹ a aplicarse en el Derecho Administrativo Global

En el lenguaje jurídico, a veces de manera desordenada, por deri-

⁸ Según Jan Aart Scholte se produce un círculo vicioso entre desarrollo y legitimidad de las instituciones internacionales y de la gobernanza mundial. Este autor afirma que “(la) gobernanza mundial sigue siendo débil en su conjunto en comparación con las necesidades de la política pública mundial. Las lagunas en temas de moralidad, de fundamentos jurídicos, de suministros materiales, de reconocimiento democrático y de líderes carismáticos han creado un déficit de legitimidad de los regímenes existentes”. SCHOLTE, Jan Aart, *Civil Society and the Legitimation of Global Governance*, CSGR Working Paper N° 223/2007, marzo de 2007.

⁹ Los principios son enunciados normativos que expresan una reflexión deontológica acerca de la conducta a seguir en cierta situación o sobre otras normas del

vación de las concepciones normativistas del Derecho que simplifica el fenómeno jurídico reduciendo el marco de las fuentes del Derecho a la ley positiva, suelen confundirse los principios con las normas¹⁰.

Para sortear esta galimatía, Ronald Dworkin distingue los principios y directrices de las normas, expresando que si bien usa el término “principio” en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los estándares que no son normas, en ocasiones es más exacto y distingue entre principios y directrices políticas, y enuncia que “llamo ‘directrices’ o ‘directriz política’, al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rango económico, político o social de la comunidad. Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”¹¹.

Las decisiones a adoptar por los sujetos de la gobernanza global referentes a las obligaciones jurídicas de los sujetos que integran el espacio global muchas veces deberán estar orientadas por los principios, porque, en ocasiones, las cuestiones sometidas a su consideración no estarán dadas en la norma que integra el Derecho Administrativo Global, en cuyo caso, la solución está reglada en el ordenamiento jurídico aplicable.

Por otra parte, un Derecho Administrativo Global en constante proceso de adaptación a las cuestiones novas que se suscitan en el espacio global y los problemas que se plantean como consecuencia de las relaciones jurídicas entre los sujetos de la administración global requiere de soluciones que no estando previstas legalmente deberán abordarse a través de la aplicación de principios jurídicos que lleven a la solución más equitativa posible.

En esta materia, al distinguir principios que derivan del Derecho

ordenamiento jurídico. Los principios son criterios que expresan un deber de conducta para los sujetos de una relación jurídica de individuos.

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 25.

¹¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, p. 72, citado por CASSAGNE, ob. cit., nota 9.

natural¹² de aquellos incorporados al ordenamiento jurídico positivo, nos lleva a expresar que como el Derecho Administrativo Global abarca algunos principios y requisitos legales básicos de carácter tanto procesal como sustantivo, debido a la fragmentación de la práctica administrativa global, habrá de nutrirse de ambos.

Preliminarmente, se identifica la presencia de algunos principios en la normativa que lo integra, pero aún su alcance es limitado, de ahí que, como señalan los profesores estadounidenses, será una tarea central para investigaciones futuras demostrar el grado al cual estos principios se ven reflejados en la práctica administrativa global, su grado de aplicación y adaptación a las áreas de regulación internacional o transnacional, en las cuales el Derecho Administrativo es actualmente rudimentario o inexistente.

Existen no obstante ello axiomas mínimos que deben verse reflejados en la práctica administrativa global y que cumplen una función creativa, interpretativa e integradora, en la actividad de regulación internacional o transnacional, donde como he señalado el Derecho Administrativo es embrionario.

Las funciones indicadas precedentemente no actúan independientemente, sino que en la aplicación de la norma jurídica se utilizan unas en auxilio de otras, de allí que al interpretar la norma para emplearla al caso concreto puede surgir una nueva creación. Los principios resultan útiles para cubrir una laguna legal.

¹² Las teorías sobre el Derecho natural tienen una vertiente ética que parte de la premisa de que el hombre es un fin en sí mismo, los humanos desean vivir y vivir lo mejor posible. De ahí, el teórico del Derecho natural llega a la conclusión de que hay que vivir de acuerdo con cómo somos, de acuerdo con nuestra naturaleza y que los seres humanos compartimos unas características comunes, una naturaleza o esencia: unas características físicas y químicas, biológicas, psicológicas, sociales y culturales, etc. Eso hace que las formas de vida que podemos vivir satisfactoriamente no sean ilimitadas debido a nuestras necesidades. La teoría del Derecho natural ha contribuido a dar a luz a las teorías de los derechos y a una forma, entre otras, de dar razones para justificar los derechos humanos fundamentales. Otra vertiente se desarrolla sobre la legitimidad de las leyes. Desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, el iusnaturalismo sostiene que la legitimidad de las leyes del Derecho positivo, esto es, el conjunto de leyes efectivamente vigentes en un Estado, depende del Derecho natural. Desde este punto de vista, el que una ley haya sido promulgada por la autoridad competente cumpliendo los requisitos formales exigibles no es suficiente para que sea legítima.

La primera de las funciones enunciadas, la creativa, lleva a que antes de elaborarse la norma jurídica, el legislador conozca los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos.

La función interpretativa, por su parte, implica que al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principios, para garantizar una cabal interpretación. En este sentido los sujetos de la gobernanza global, ante un Derecho Administrativo Global elemental deben recurrir a estos principios para que las decisiones a adoptar no vulneren los derechos de los sujetos involucrados.

Por último, la función integradora permite que quien tenga que solucionar un caso no contenido en la norma, por un vacío legal, se inspire en los principios para que el Derecho se convierta en un sistema hermético.

Frente a los riesgos de la globalización, entre los que se enuncian la desaparición del Estado de bienestar, la aplicación de los principios del Derecho positivizados, muchos de ellos, en las legislaciones internas, garantizaría que el Derecho Administrativo Global se esfuerce al igual que el Derecho Administrativo local por el equilibrio entre la autoridad y la libertad y la salvaguarda de la dignidad de la persona humana y del bien común.

La idea de que el Derecho Administrativo Global sea un conjunto, no sólo de normas, sino de principios, radica en que dentro de la gobernanza global es un protagonista calificado que suministra los esquemas organizativos y funcionales adecuados a los sujetos de la administración global y, por ende, debe ser la herramienta jurídica que evite que las decisiones del mercado tengan mayor preponderancia o rol que los Estados y permita que a la globalización se la tilde de deshumanizante.

Luego, si la dignidad humana debe ser objeto básico de la administración local en un Estado de Derecho y el Derecho Administrativo es el Derecho que regula la organización y funcionamiento de la administración¹³, aquél debe asumir un rol de tutela a los derechos hu-

¹³ Debemos señalar que frente a ese compromiso, la acción de la administración no debe ceñirse a un simple papel regulador, debe, por respeto a la vida humana, tener un rol activo y comprometido frente a los bolsones de miseria, por ejemplo, debe satisfacer las necesidades de la población.

manos fundamentales, ergo, si el Derecho Administrativo Global regula la organización y funcionamiento de los sujetos que integran la administración global, debe compartir el mismo objeto.

No puede entonces el Derecho Administrativo Global desconocer la existencia de una serie de principios generales de derecho que ponen freno a los privilegios o prerrogativas de los que suelen influirse los sujetos de la administración global.

Por lo demás al ser este Derecho el producto del consenso de las Naciones debe garantizar el respeto irrestricto a los derechos humanos, consagrado en los pactos y convenciones internacionales de los que muchos Estados forman parte o han suscripto¹⁴.

Aparecen de manera atenuada en el Derecho Administrativo Global algunos principios como: participación procesal y transparencia; decisiones razonadas; revisión; proporcionalidad¹⁵.

¹⁴ Basta para ejemplificar lo dicho darle una lectura al art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución Nacional, que reza: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

¹⁵ Estos principios son enunciados por Kingsbury, Krisch y Stewart, en el trabajo investigativo referenciado en notas anteriores, y muchos de los ejemplos del Derecho Administrativo Global citados en el presente se encuentran también mencionados en dicho trabajo. Véase para completar *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, en *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 2009, y <http://www.respublicaargentina.com>.

Repasando nuestro Derecho Administrativo local advertimos que estos principios bajo otra terminología o denominación se encuentran presentes, y son defendidos por la doctrina y aplicados por la jurisprudencia.

1. *Participación procesal y transparencia*

En el ámbito nacional, las personas afectadas en sus derechos subjetivos e intereses legítimos tienen derecho a que sus opiniones e informaciones relevantes sean consideradas antes de emitir la decisión final, esto es, el dictado de un acto administrativo que resuelva sobre su pretensión.

Toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un procedimiento que le permita tener la oportunidad de ser oído y de hacer valer sus pretensiones legítimas ante el órgano administrativo nacional o internacional que va a decidir.

En nuestro Derecho nacional, la ley 19.549¹⁶ consagra el principio del debido proceso adjetivo, que comprende el derecho de los interesados a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión fundada, que haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso (art. 1º, inc. f, aps. 1, 2, y 3). Así, la jurisprudencia, a modo de ejemplo, ha sostenido que la garantía del debido proceso legal abarca cuestiones suscitadas en causas de todos los órdenes, como las que se desarrollan en materia civil, comercial, penal, aduanera, administrativa, o de cualquier otro carácter, si bien es cierto que se ha desarrollado más enfáticamente en el ámbito penal, incluye a todos los procesos que se dan en el campo del Derecho¹⁷; afirmando también que configura violación del debido proceso adjetivo en términos que resultan incompatibles con la garantía constitucional de la defensa en juicio el ejercicio de la potestad sancionatoria del Tribunal de Disciplina del Colegio Médico de Veterinarios de Córdoba, que resolvió aplicar una sanción

¹⁶ Publicada en el Boletín Oficial del 27-4-72, N° 22.411, p. 3.

¹⁷ CApel. del Noreste del Chubut, sala B, 22-5-2006, “Saldanha de Queiroz, Wilma c/Fiorasi Hnos. Imp. y Exp. S. C. C.”, L. L. Patagonia 2007 (abril), 941.

de multa de quinientos (500) galenos –en el caso, por la omisión del colegiado de sufragar en el acto eleccionario por adeudar la cuota anual de la matrícula–, sin otorgarle el derecho a ejercer defensa alguna en forma previa a la imposición de la misma¹⁸.

En el Derecho interno argentino, el debido proceso adjetivo es corrolario del derecho de defensa¹⁹, consagrado bajo el carácter de la inviolabilidad en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Tiene plena vigencia y es la base esencial del goce de los restantes derechos individuales.

Con algunas adaptaciones, este principio es cada vez más aplicado en las decisiones que adoptan los sujetos que tienen a su cargo la gobernanza global.

En este sentido, el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio²⁰, al resolver el caso 58 (y 61), “Camarones-Tortugas”,

¹⁸ TSJ de Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, 14-8-2001, “C., P. y otra c/Colegio Médico Veterinario de la Provincia de Córdoba”, L. L. Córdoba 2002-197, AR/JUR/348/2001.

¹⁹ La CSJN resolvió que una cláusula de una resolución del Comité Federal de Radiodifusión, por la cual se aprobaban los pliegos de un concurso público para la adjudicación de estaciones de radiodifusión sonora, era violatoria del artículo 18 de la Constitución Nacional, de las Declaraciones, Americana y Universal, de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto de San José de Costa Rica, caso: “Astorga Bracht”, *Fallos*: 327:4185 (2004).

²⁰ La Organización Mundial del Comercio es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos o congresos. Su objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, a los exportadores y a los importadores a llevar adelante sus actividades. Es esencialmente un lugar al que acuden los gobiernos miembros para tratar de arreglar los problemas comerciales que tienen entre sí. Su núcleo está constituido por los Acuerdos de la OMC, negociados y firmados por la mayoría de los países que participan en el comercio mundial. Estos documentos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son esencialmente contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos. El propósito primordial del sistema es ayudar a que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible –siempre que no se produzcan efectos secundarios desfavorables–, porque esto es importante para el desarrollo económico y el bienestar. Esto significa en parte la eliminación de obstáculos. También significa asegurar que los particulares, las empresas y los gobiernos conozcan cuáles son las

en fecha 6 de noviembre de 1998, reprochó a los Estados Unidos por no haber proporcionado a India, Pakistán y Tailandia, entre otros países asiáticos, cuyas exportaciones de productos de camarón a aquel Estado del norte habían sido acotadas por regulaciones administrativas internas del mismo, “la oportunidad formal de ser oído, o responder a cualquier argumento que se pueda hacer en su contra”, y requirió que aquel Estado proporcionara los mecanismos para la participación procesal.

Cuando se habla de participación procesal, se entiende garantizar al particular afectado poder exponer las razones de sus pretensiones y sus defensas antes de la toma de una decisión que pueda afectarlo en sus derechos subjetivos o intereses legítimos; interponer recursos o reclamos; ofrecer pruebas y que aquéllas se produzcan; alegar sobre esa prueba; tener un leal conocimiento de las actuaciones administrativas (vistas de las actuaciones); obtener al concluirse el procedimiento administrativo una resolución fundada.

En el Derecho doméstico esta decisión fundada se concreta en el deber genérico que tienen los órganos administrativos de motivar los actos administrativos. La fundamentación exigida en el orden nacional (art. 7º, inc. e, ley 19.549) es una garantía para los administrados y es de la esencia del régimen republicano de gobierno.

En relación con los derechos de los particulares o personas físicas que se puedan ver afectados por decisiones tomadas en el orden internacional, el derecho a ser oído fue enfatizado en el Código Anti-Doping del Comité Olímpico Internacional²¹, el cual consagra ese derecho como condición previa a la toma de una decisión administrativa sancionatoria.

normas que rigen el comercio en todo el mundo, dándoles la seguridad de que las políticas no sufrirán cambios abruptos. En otras palabras, las normas tienen que ser “transparentes” y previsibles. Ayudar también a resolver diferencias. Las relaciones comerciales llevan a menudo aparejados intereses contrapuestos. Los acuerdos, inclusive los negociados con esmero en el sistema de la OMC, necesitan muchas veces ser interpretados. La manera más armoniosa de resolver estas diferencias es mediante un procedimiento imparcial, basado en un fundamento jurídico convenido. Éste es el propósito que inspira el proceso de solución de diferencias establecido en los Acuerdos de la OMC.

²¹ El Comité Olímpico Internacional coordina las actividades del Movimiento Olímpico. Además está encargado de supervisar y administrar todo lo concerniente

En el orden global la participación en procedimientos administrativos globales no está confinada a los individuos o a los Estados afectados por las resoluciones administrativas de los organismos internacionales que integran la gobernanza global, también en algunas situaciones se ha incluido a las organizaciones no gubernamentales que representan los intereses sociales o económicos afectados. Así, la Comisión del Codex Alimentarius ha admitido a las organizaciones de la sociedad civil vinculadas con el tema.

Fuera de estas situaciones puntuales descriptas, el reconocimiento del derecho a la participación aún es escaso.

2. *Transparencia y acceso a la información*

Estos dos principios resultan de necesaria aplicación para un respeto pleno al derecho de participación y para hacer efectiva también la fiscalización y revisión de las decisiones administrativas adoptadas por los órganos de la administración global.

Como reacción a las críticas del secreto en la toma de decisiones, los organismos internacionales van paulatinamente proporcionando el acceso o toma de conocimiento de sus decisiones. Algunos de ellos han desarrollado sitios web con la información y las consideraciones en las cuales se basan sus resoluciones. Así, el Organismo Internacional de Comisiones de Valores (*International Organization of Securities Commissions*, IOSCO)²² publica abundante material sobre las cuestiones que trata y debate.

a los Juegos Olímpicos. Controla los derechos de transmisión de los juegos, la publicidad y demás actividades de acuerdo a la Carta Olímpica. Además es el organismo internacional encargado de organizar y seleccionar las ciudades que serán sede de los Juegos Olímpicos cada 4 años. El Protocolo Olímpico se refiere a todos los procedimientos que deben cumplirse antes, durante y después de los Juegos Olímpicos y regula los derechos y obligaciones que le asisten a los competidores, consagrando los principios que regulan las intervenciones de los mismos en las actuaciones que tienen por finalidad la aplicación de sanciones disciplinarias, con motivo de la transgresión de las normas que rigen la competencia olímpica.

²² El Organismo Internacional de Comisiones de Valores (*International Organization of Securities Commissions*, IOSCO) fue creado en 1983. Su antecesor fue la Asociación Interamericana de Comisiones de Valores (*Interamerican Association of Securities Commissions*). Actualmente es el principal foro mundial en materia de

Resulta también destacable el acceso público a la información sobre las disposiciones de medio ambiente previstas en la Convención sobre el Acceso a la Información, Participación Pública en la Toma de Decisiones y Acceso en Asuntos Ambientales –en vigencia desde el 30 de octubre de 2001– de aplicación tanto a las organizaciones internacionales como a los Estados que son parte.

Hemos de precisar sobre este tema que la transparencia es un principio jurídico que posibilita ejercer el derecho fundamental de acceder a la información pública. En el Estado de Derecho, la aplicación del principio de transparencia y garantía del derecho de acceso a la información pública hace a la existencia de aquél; todas las personas deben tener la posibilidad cierta de participar activamente en los asuntos que las afecten, y una Administración Pública comprometida con el bienestar general debe facilitar dicha participación.

En nuestro Derecho interno, el derecho de acceso a la información pública está reconocido en nuestra Constitución Nacional, a partir de la adopción para nuestra Nación de la forma representativa, republicana y federal de gobierno, consagrada en el artículo 1º de la mencionada Carta Magna, y es corolario del derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa (art. 14 de la Const. Nac.).

Luego, a partir de la reforma constitucional de 1994 el derecho de acceso a la información pública quedó incorporado al regular la existencia de los partidos políticos (art. 38), consagrar el derecho a un ambiente sano y equilibrado (art. 41), sancionar a favor de los consumidores y usuarios dicho derecho (art. 42) y establecer la garantía del hábeas data (art. 43, ley 25.326)²³.

cooperación de los organismos reguladores de los mercados de valores. Sus objetivos son los siguientes: desarrollar y promover unos modelos normativos de alta calidad con el fin de mantener unos mercados justos, eficaces y sólidos; permitir a los organismos reguladores miembros un mejor intercambio de información sobre sus experiencias respectivas con el fin de promover el desarrollo de los mercados nacionales; proporcionar asistencia a los organismos reguladores miembros en relación con la supervisión coordinada y eficaz de las operaciones internacionales de valores; promover la integridad de los mercados mediante una aplicación rigurosa de las normativas internacionales y mediante su ejecución eficaz para hacer frente a los delitos.

²³ Sancionada el 4-10-2000 y publicada en el Boletín Oficial del 2-11-2000, N° 209.517.

El derecho de acceso a la información pública también se encuentra reconocido en los tratados y declaraciones de derechos humanos que en nuestro país cuentan con jerarquía constitucional, a partir de su incorporación expresa al texto de la Carta Fundamental (art. 75, inc. 22), como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

3. *Decisiones razonadas. Decisiones motivadas o debidamente fundadas*

El recaudo de suministrar de razones suficientes a las decisiones administrativas, incluyendo las repuestas a los principales argumentos de la parte interesada, se ha extendido del ámbito local al ámbito de la administración global. La jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio es prueba de ello.

De igual manera el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas requiere que antes de que se incluya a un individuo en las listas de personas cuyos activos deban ser congelados, se justifique de algún modo la medida.

También el Código Anti-Doping del Comité Olímpico Internacional dispone que las medidas que se toman contra un atleta en particular deben estar comprendidas en una decisión escrita y razonada.

El dar razones debe ser tomado como práctica.

En nuestro orden interno la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Nº 19.549), ya citada, exige como requisito esencial de validez del acto administrativo la debida fundamentación, al expresar que debe ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando además los antecedentes de hecho que le sirven de causa y el derecho aplicable al mismo (art. 7º, inc. e).

La motivación o el dar las razones de la decisión adoptada es la concreción del principio de legalidad en la actuación de los órganos tanto estatales como internacionales. La sujeción de la administración local y global a la ley constituye uno de los cimientos del Estado democrático de Derecho y, por ende, de la gobernanza democrática.

Esta sujeción de la administración “estaba circunscripta en sus co-

mienzos a la ley formal –la emanada del Parlamento–, actualmente se ha operado la extensión a todo el ordenamiento jurídico formal o ‘bloque de legalidad’ –leyes, reglamentos, principios generales, etcétera–. Coincidentemente con ello se ha abandonado también el concepto de que la ley era el límite del obrar administrativo, para concluir que constituye el presupuesto mismo de esa actividad (Diez); se logra así el moderno principio de la *positive bindung* o vinculación de la Administración a la ley, defendido por gran parte de la doctrina actual, que sostiene que la certeza de la validez de cualquier accionar administrativo es postulable en la medida en que pueda referírsela a un precepto jurídico, o que, partiendo de un principio jurídico, se derive de él –como cobertura legal– la actuación administrativa (CNFed.CAdm., sala IV, 13-6-1895, causa ‘Peso’, E. D. 114-236)”²⁴.

La validez de la decisión a adoptar no sólo se consagra con la debida fundamentación de la misma, sino que debe decidir todas las peticiones formuladas, pudiendo involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que con ello no se afecten derechos adquiridos.

Este requisito esencial consagrado en el Derecho nacional en el artículo 7º, inciso c, de la ley 19.549, ya en comentario, conforma el objeto del acto administrativo.

Esto es lo que el acto decide, valora, certifica, registra u opina a través de declaración de voluntad que se expresa.

El contenido del acto administrativo debe ser cierto, lícito –debe ser permitido por el ordenamiento jurídico vigente–, posible, tanto física como jurídicamente; la falta de certeza, oscuridad, imprecisión en lo que se resuelve, la indeterminación o imprecisión del objeto del acto lo torna nulo, de nulidad absoluta e insanable. Igual solución ante un acto de objeto imposible. La imposibilidad puede ser consecuencia de la falta de sustrato personal como de la ausencia de sustrato material o falta de sustrato jurídico. Así, el nombramiento de una persona fallecida; la cosa a que se refiere el acto no existe; aplicación de una sanción disciplinaria a quien ya no es alumno universitario.

²⁴ HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Revisado y comentado*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 26 y 27.

4. *Proporcionalidad*

Las medidas que las decisiones administrativas adopten tanto en la administración doméstica como en la global deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida.

El principio de la proporcionalidad tiene su base legal en el artículo 7º, inciso f, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Nº 19.549) y funciona como un elemento esencial del acto administrativo.

La proporcionalidad o razonabilidad de las decisiones administrativas está consagrada como un estándar sustantivo, e interpretado como la racionalidad de medios y fines, e implica la evasión de medios restrictivos innecesarios.

En materia de derechos humanos la proporcionalidad es un tema central en la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

La razonabilidad es una exigencia a satisfacer por el Derecho Administrativo y es trascendente en la etapa de fiscalización o control de la actuación de la administración. El marco conceptual que la caracteriza es ajeno a la discrecional, sin embargo, aun en el ámbito del quehacer discrecional la exigencia de la razonabilidad constituye un presupuesto que habilita el examen jurisdiccional: la apreciación de la oportunidad y conveniencia del obrar administrativo debe reconocerse en la conducta cierta de actuación ajustada y de razonable adecuación de la misma al fundamento o motivo y fin del obrar de los órganos administrativos, tendientes a lograr el bien común.

Sobre el particular nuestro máximo tribunal ha expresado que “La circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cum-

plimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional”²⁵.

Así se le exige a la administración la sujeción al principio de legalidad: base en la exigencia de que la actuación administrativa se realice conforme al ordenamiento jurídico vigente y al principio de razonabilidad: o justicia, por el cual los derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio.

En el orden de la realidad administrativa significa que las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a su finalidad, donde hay proporcionalidad, no hay irrazonabilidad.

Por ello, la razonabilidad de la actuación en el obrar administrativo exige que las decisiones que se adopten tengan un contenido justo, razonable y valioso. Además la motivación, como elemento esencial del acto administrativo, es la concreción reglada de la razonabilidad.

En cuanto al alcance de este principio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “el alcance de la razonabilidad admitida por la jurisprudencia de la Corte debe entenderse como adecuación de las normas reglamentarias al fin que requiere su establecimiento y a la ausencia de iniquidad manifiesta”²⁶.

²⁵ CSJN, *in re* “Roberto Sola y otros c/Poder Ejecutivo Nacional”, *Fallos*: 320:2519. *Hechos*: en el caso los actores, fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, promovieron demanda ordinaria de nulidad del decreto 290/1991, que dispuso sus cesantías, la reincorporación en los cargos, el cómputo a efectos jubilatorios del período de tramitación del juicio y una indemnización por daño moral. Aquéllos se encontraban bajo un sumario administrativo que concluyó, como consecuencia de un informe de la Procuración del Tesoro de la Nación, en que los hechos imputados a los mismos no constituían irregularidad alguna que pudiera dar lugar a la formulación de reproche disciplinario. Sin embargo, al tiempo que el Ministerio de Educación y Justicia eximió de responsabilidad a los sumariados, el Poder Ejecutivo con refrendo de ese funcionario dispuso la cesantía en atención a la “situación de conflicto” producida en la Fiscalía Nacional con fundamento en las facultades discrecionales que le confería el entonces art. 86, inc. 1º y 10 de la Constitución Nacional (actuales arts. 99, incs. 1º y 7º y 2º de la ley 21.383), no obstante que la ley 21.383, que regula la actividad de los fiscales, supedita la remoción a la acreditación de “mala conducta” en el desempeño de sus funciones, circunstancia ésta que no fue acreditada.

²⁶ CSJN, *in re*: “Banco Central de la República Argentina s/Medidas precautorias”, *Fallos*: 256:241.

Por su parte, al referirse a la razonabilidad de la ley que reglamenta un derecho, nuestro máximo tribunal se expresó en el sentido de que “los intereses sociales comprometidos en la institución matrimonial –que no implica solamente un vínculo contractual– justificaron que el legislador haya establecido para regularla normas de orden público, que limitan la autonomía individual. No obstante éstos, las reglamentaciones legales de las disposiciones constitucionales –en el caso, el derecho a casarse conforme a las leyes (art. 20, Ley Fundamental)– deben ser razonables, esto es, justificadas por los hechos y las circunstancias que les han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionadas a los fines que procura alcanzar, de modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con los de la sociedad. La norma legal impugnada, al imponer como principio de orden público la revocabilidad del pacto matrimonial, conculca el derecho de asumir compromisos irrevocables con protección y tutela del ordenamiento jurídico y deviene irrazonable, pues resulta poco menos que absurdo admitir, desde el punto de vista del orden jurídico, la adopción irrevocable y prohibir nada menos que el matrimonio irrevocable”²⁷.

Por último, y en relación con el poder de policía, la Corte expresó que “interpretando la Constitución de manera que sus limitaciones no lleguen a destruir ni a trabar el eficaz ejercicio de los poderes atribuidos al Estado a efecto del cumplimiento de sus elevados fines del modo más beneficioso para la comunidad ha reconocido de antiguo la facultad de aquél para intervenir por vía reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlo o encauzarlo en la medida que lo exijan la defensa y afianzamiento de la salud, la moral y el orden público (Fallos [...] ubicación de ferias y mercados [...] traslado de saladeros [...] acerca de operaciones de préstamos [...] en cuanto al ejercicio de la abogacía...) y aun los intereses económicos

²⁷ CSJN, 5-2-98, *in re* “S., V. E. y F., M. I.”, L. L. 1998-C-669. La Corte se expide en relación con la nulidad de toda renuncia de cualesquiera de los cónyuges a pedir el divorcio vincular, argumentando sobre la razonabilidad de la ley que reglamenta un derecho. En el caso los recurrentes habían planteado la inconstitucionalidad del art. 230 del Código Civil –reformado– porque los privaba de la posibilidad de asumir un vínculo matrimonial irrevocable con reconocimiento legal y solicitan que su renuncia a la facultad de solicitar el divorcio sea convalidada judicialmente.

de la colectividad (Fallos: referente a la ley de alquileres [...] en cuanto a moratoria hipotecaria”); y agrega que “con respecto a ese poder reglamentario, dentro del cual tienen fácil cabida todas las restricciones y disposiciones impuestas por los intereses generales y permanentes de la colectividad, sin otra valla que la del artículo 28 de la Constitución Nacional (*Fallos*: 142:62), esta Corte Suprema después de referirse a los dos criterios, amplio y restringido [...] ha dicho que acepta el más amplio porque está más de acuerdo con nuestra Constitución, que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus atribuciones legislativas (arts. 14 y 28 de la Constitución) lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general; cumpliendo así, por medio de la legislación, los levados propósitos expresados en el Preámbulo (*Fallos*: 172:21)” y concluye argumentando que “la reglamentación legislativa no debe ser, desde luego, infundada o arbitraria sino razonable, es decir, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar con ella (*Fallos*: 117:432 y otros)”. “La libertad según la Constitución está pues, necesariamente sujeta a las restricciones del debido procedimiento y a una regulación que sea razonable en relación con su objeto y se adopte en el interés de la comunidad, equivale a dicho debido procedimiento”. “La libertad implica ausencia de restricciones arbitrarias, no inmunidad de regulaciones y prohibiciones razonables, impuestas en el interés de la comunidad”. Y cierra su razonamiento en torno a la razonabilidad del contenido de las normas cuestionadas expresando que “el análisis de la eficacia de los medios probatorios para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse esos u otros procedimientos, son ajenos a la competencia y jurisdicción de esta Corte Suprema, a la que sólo le incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso: es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados”. “Pues como dijo en el caso *Fallos*: 171:349, el tribunal nunca

ha entendido que pueda substituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al Congreso de la Nación para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes, sea de las que regulen trabajos, comercio o industrias con fines de policía, sea de las que establecen tasas o impuestos (*Fallos*: 98:20; 147:402 y otros) debe radicar su examen y pronunciamiento en la conformidad que sea de acuerdo con los artículos 28 y 31 de la Constitución Nacional deben guardar con las leyes de la Nación”²⁸.

Si bien en el ámbito de la gobernanza global, la aplicación del principio de la razonabilidad no es de uso frecuente al tiempo de disponer la regulación global ni al momento de su fiscalización o control, en materia de libre comercio y bajo el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio –GATT– se ha dispuesto que las restricciones

²⁸ CSJN, septiembre de 1944, “Pedro Inchauspe Hnos. c/Junta Nacional de Carnes”, *Fallos*: 199:484. En esta causa los actores solicitaban la declaración de inconstitucionalidad de la ley 11.747, llamada Ley de las Carnes, por considerar que la misma vulneraba las garantías consagradas en la Carta Fundamental, en los artículos 14, 17, 67 (4) (hoy art. 75) y 16, por cuanto los obligaba a asociarse y contribuir a la Junta Nacional de Carnes con un aporte. El propósito de la ley 11.747 era salvaguardar la industria ganadera, gravemente afectada por la situación en que se desenvolvía el comercio de las carnes –mensaje del Poder Ejecutivo al elevar la ley–, industria que constituía una de las fuentes más importantes de la riqueza nacional, de cuyo progreso y desenvolvimiento se halla sin duda interesado el país entero. Con la sanción de esta ley el Congreso se propuso impedir el monopolio, maniobras y procedimientos arbitrarios por parte de las empresas industrializadoras en la adquisición de hacienda, lograr mayor consumo interno y externo, crear un instrumento de lucha contra la organización que domina el mercado de las carnes, etc., fundamentaba el Poder Ejecutivo nacional en el mensaje de elevación. Las medidas cuya razonabilidad analizó el máximo tribunal de justicia consistieron en: intervención directa de los productores en la fiscalización del comercio de carnes, por medio de una Junta que creó como autónoma, agremiación de todos los productores, aportes de éstos de fondos necesarios para abordar las actividades de índole industrial y comercial. Referido también al ejercicio del poder de policía, como actividad del Congreso de la Nación limitativa o restrictiva, a través de la reglamentación, de los derechos de los particulares, la Corte Suprema de la Nación ha sostenido que “El poder de policía se define como la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo, la que para asumir validez constitucional debe reconocer un principio de razonabilidad que disipe toda iniquidad y que relacione los medios elegidos con los propósitos perseguidos” (*in re* “Irizar, José Manuel c/Provincia de Misiones”, *Fallos*: 319:1934).

que están en conflicto con las reglas generales de libre comercio sólo son permitidas si cumplen ciertos requisitos diseñados para asegurar un ajuste racional entre medios y fines, y si emplean medios que no son más comercialmente restrictivos que los razonablemente necesarios para lograr el objetivo regulatorio relevante que persiguen.

5. Revisión. Control judicial suficiente

En el Derecho Administrativo doméstico la circunstancia de que la revisión final de una decisión administrativa quede en manos de un tribunal judicial independiente no admite oposición alguna, y, en el caso de Argentina, es jurisprudencia pacífica a partir del caso “Fernández Arias, Elena c/Poggio, José s/Sucesión”²⁹.

Con el fallo en comentario la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la actuación de “cuerpos administrativos” con “facultades jurisdiccionales”, pero poniendo el acento en el hecho de que la validez de los procedimientos de dichos órganos se halla supeditada al requisito de que las leyes de su creación dejen expedita la instancia judicial posterior, soslayándose así la objeción que podía surgir al tiempo del dictado de la sentencia de lo normado por el entonces artículo 95 de la Constitución Nacional (hoy art. 109 de la Constitución actual)³⁰.

Sin embargo, la aceptación de la importancia de la revisión, traducida en el control judicial posterior suficiente que es dogma en el ámbito doméstico, no se refleja aún con el mismo énfasis en el ámbito global.

El derecho de revisión lo encontramos en el derecho de apelación ante la Corte de Arbitraje para el Deporte por decisiones en materia de doping y en algunos instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos que tratan el acceso ante una Corte para impugnar decisiones que afecten derechos humanos fundamentales.

Así, por ejemplo, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 14 que todas las personas son iguales

²⁹ CSJN, 19-9-60, *Fallos*: 247:646.

³⁰ “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas” (art. 109 de la Const. Nac.).

ante los tribunales y Cortes de justicia y tendrán derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellas o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Igual derecho a un proceso equitativo y ante un tribunal independiente e imparcial, para decidir los litigios sobre los derechos y obligaciones de las personas de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella, consagra en su artículo 6º la Convención Europea de Derechos Humanos³¹, y en su artículo 13 expresa que toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de funciones oficiales.

Mas el derecho de revisión o la impugnación de las decisiones adoptadas por los sujetos de la gobernanza global que afectan los derechos subjetivos o los intereses legítimos de otros sujetos del mismo espacio global no está aún debidamente legitimado.

Es necesario, por cuanto hace a la generalidad y extensión del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, como consecuencia de la globalización en el orden jurídico, aceptar el derecho de los individuos a obtener la revisión –fiscalización e impugnación– de las decisiones de los organismos internacionales que integran la administración global por ante Cortes o tribunales imparciales e independientes.

³¹ El nombre oficial de la Convención es Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y permite un control judicial del respeto de dichos derechos individuales. El Convenio se divide en cinco títulos fundamentales que recogen aspectos relacionados con la Declaración de los Derechos Humanos y las características que deben adoptar los diferentes gobiernos europeos. A efectos de habilitar el control del respeto efectivo de los derechos humanos, la Convención instituyó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o Corte Europea de Derechos Humanos), efectivo en 1954.

III. Como corolario

El orden económico mundial, con la integración de naciones en bloque, celebrando tratados de libre comercio para defender sus intereses comunes, con el crecimiento de nuevas modalidades de relacionamiento comercial entre los Estados, contenidas en los cada vez más comunes acuerdos bilaterales o multilaterales, urge a una transformación y modernización de la ciencia administrativa y de la legislación administrativa tanto sustantiva como procedimental: éste es un reto para las personas e instituciones cuya razón de ser es la supremacía del derecho, la confianza de la ley y el respeto a los principios jurídicos, que siguen siendo la norma de convivencia y regulación de la relación entre los seres humanos.

EL DERECHO URBANO DEBE AFIANZAR EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA CIUDAD

por ADRIANA TALLER* y ANALÍA ANTIK**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve diagnóstico del caso Rosario. 3. Otros antecedentes. 4. Visión problemática de lo urbanístico. 5. Base constitucional de la regulación urbanística en Argentina. Distribución federal de competencias. 6. Conclusión.

Resumen

Resulta obvio que para permitir el pleno ejercicio del derecho a la ciudad, fundamentalmente de los sectores más vulnerables, se requiere de una normativa nacional y provincial que habilite nuevas formas de intervención urbanística y estrategias de gestión que permita pasar a un urbanismo centrado en la cohesión social y fuertemente operativo que requiere de nuevos instrumentos y recursos. Son muchos los desafíos para el Derecho Urbano a efectos de lograr el acceso al suelo y consagrar la plena vigencia del derecho a la ciudad, resultando fun-

* Abogada-Magíster; Profesora Titular Ordinaria de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; Directora del Centro de Investigaciones de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, y Miembro Pleno Fundador del Centro de Estudios de Administración Local de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

** Profesora Adjunta Ordinaria de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; Secretaria Académica del Centro de Investigaciones de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, y Miembro Pleno Fundador del Centro de Estudios de Administración Local de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, e integrante de su Comité Asesor.

damental establecer principios generales y lineamientos que respondan a la necesidad de instaurar parámetros básicos para garantizar un desarrollo equitativo de la ciudad, así como promover medidas tendientes a garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a los beneficios del proceso de urbanización, ejercer una justa distribución de las responsabilidades y responder centralmente a la necesidad de contar con políticas regidas por principios sociales de igualdad y equidad social.

Abstract

It is obvious that to allow the full exercise of the right to the city, mainly the most vulnerable, requires national and provincial legislation to enable new forms of urban intervention and management strategies that will allow planning to move to a focus on cohesion operating and strongly social that requires new tools and resources. There are many challenges for urban law for the purpose of achieving access to land and devote the full force of law to the city, it is essential to establish general principles and guidelines that respond to the need to establish basic parameters to ensure an equitable development of the city and to promote measures to ensure equal opportunities for access to the benefits of urbanization, exercising a fair distribution of responsibilities and centrally answer the need for policies governed by social principles of equality and social equity.

1. Introducción

El nuevo siglo se inicia con la mitad de la población viviendo en ciudades¹. Argentina es un país con una muy alta tasa de urbanización, la que se ha manifestado desde la época de la colonia. En la década del '30 era considerado un país urbano, y ya para los años '50, el 65% de la población total vivía en centros urbanos. Hoy el 89,3% de su población vive en ciudades. Todas estas ciudades muestran diversidad económica, ambiental, política, cultural y social, y su crecimiento urbano se ha caracterizado mayoritariamente por la concentración de la renta y por procesos acelerados de urbanización con exclusión y

¹ Preámbulo de la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad, Revisión previa a Barcelona, septiembre de 2005.

segregación social, acentuándose en las zonas periféricas, con la presencia de asentamientos desprovistos de suelo servido.

Estas inequidades urbanas lejos de disminuir en general han aumentado, no por falta de planeamiento urbano, sino por la implementación de políticas que no contemplan la subordinación al interés público, a la función social de propiedad², al derecho a la ciudad sin exclusión y a la gestión democrática del ordenamiento de la ciudad.

Frente a esta situación el Derecho Urbano, que nació para darle tratamiento jurídico administrativo al urbanismo, y solución a los problemas jurídicos derivados de la planificación y la gestión del suelo urbano, debe contener no sólo normas de organización para el desarrollo físico y ordenado de la ciudad, sino que debe estructurarse sobre dos pilares básicos y fundamentales: los derechos humanos y el derecho al medio ambiente³, demostrando así tener vocación para colaborar en la consagración del derecho a la ciudad y habilitar su pleno ejercicio.

2. Breve diagnóstico del caso Rosario

Las ciudades de América Latina han sido graficadas como espacios de segregación, marginación, exclusión y hasta criminalización de los

² Principio constitucional que autoriza a la ley a establecer límites al derecho de propiedad privada y a la herencia, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social y previa la correspondiente indemnización (*Diccionario Jurídico Básico*, 2ª ed., Colex, España, 2006, ps. 187 y ss.).

³ Hoy el crecimiento y desarrollo de las ciudades debe encararse desde construcciones que tiendan a aprovechar y no dañar el medio ambiente: construcciones sustentables, sostenibles, arquitectura verde, ecoarquitectura o arquitectura ambientalmente consciente. Éste es un modo de concebir el diseño de las ciudades buscando aprovechar los recursos naturales existentes en la misma o en sus proximidades, de modo tal que se minimice el impacto ambiental de los edificios sobre el medio ambiente y sus habitantes. Entre los principios que demarcan esta corriente y en los que se está basando la construcción de los nuevos inmuebles locales, está la consideración de las condiciones climáticas, la hidrografía y los ecosistemas del entorno para alcanzar el máximo rendimiento con el menor impacto. También se realiza un proceso selectivo de materiales, en el que se eligen los que tengan bajo contenido energético; se diseña también teniendo en cuenta el menor uso de energía para calefacción, refrigeración e iluminación, y también deben cumplir con requisitos de confort estándar.

pobres, a quienes no se los reconoce como protagonistas de la producción y gestión social de su hábitat.

En muchas de ellas, la planificación⁴ urbana como responsabilidad del Estado se muestra aplazada en la agenda pública, y su ejecución se desarrolla de manera tecnocrática y demorada, con escasa o superficial participación efectiva de la sociedad civil o de sus organizaciones intermedias en el debate y definición del futuro de las ciudades.

Por otro lado, las necesidades y los derechos de los colectivos más vulnerables (mujeres, población indígena, menores, jóvenes, ancianos, personas con capacidades diferentes) no son debidamente atendidos.

En la mayor parte de los países de la región no hay una coordinación de actuación entre los organismos públicos con competencia en el Derecho Urbano, tales como los sectores de urbanismo, vivienda y medio ambiente.

En estas ciudades, el acceso al suelo urbanizado y a la vivienda es difícil para gran parte de la población, especialmente la empobrecida, llevándola a asentarse en zonas no aptas para ser habitables o de alto riesgo, aumentando su vulnerabilidad física, espiritual y social.

Faltan, entonces, políticas públicas, mecanismos e instrumentos para intervenir en el mercado del suelo y favorecer la utilización de tierras e inmuebles vacantes con finalidad social; de subsidios para la construcción o financiación de viviendas para la población empobrecida o de bajos recursos, a quien se debería llegar, a fin de evitar la segregación socio-espacial y la falta de condiciones de habitabilidad.

Al mismo tiempo se implementan políticas urbanas de renovación de la ciudad que expulsan a los pobres de los centros urbanos, arrinconándolos en las zonas periféricas, sin la dotación de equipamientos e infraestructura que la vida comunitaria requiere, produciendo un alto costo social, y donde gran parte de la población de bajos ingresos no accede a los servicios públicos esenciales.

Este somero análisis muestra una ausencia de políticas proactivas por parte de las autoridades públicas, pero también de una legislación

⁴ La planificación se lleva a cabo a través de la realización de un conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo, que se expresan a través de los planes.

urbana de las ciudades adecuada a las pautas o directrices internacionales en materia de desarrollo urbano, vulnerando, así, la dignidad humana y aumentando la desprotección y empobrecimiento de los miembros más vulnerables de su población.

Tomando en consideración distintos análisis realizados en el marco del Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) y otras organizaciones multilaterales, se advierte que ha crecido la demanda de vivienda y que este problema requiere respuestas integrales que van más allá de las preocupaciones y dispositivos de algún sector en particular. Esto es de aplicación a tres de las tendencias albergadas principalmente en esta época: frente a la inferioridad de condiciones de vida y calidad de las viviendas pobres de toda la región, se debe eliminar la categoría de los barrios marginales y prevenir su aparición futura; fomentar el desarrollo de enfoques de mercado, para la creación de oportunidades económicas, y para la consecución de viviendas de calidad. Estas tendencias deben servir para la provisión de viviendas para todos los ciudadanos, incluso para lograr la asequibilidad y la accesibilidad para hogares de bajos ingresos⁵.

Puntualmente, y para examinar un caso concreto, Rosario se encuentra urbanizada en el 70% de su superficie. Su población ha crecido en la última década alrededor del 8,5%. Dispone de un Plan de Ordenamiento Territorial diseñado por la Secretaría de Planeamiento Urbano (PUR 2007/2017), que aún no logró estatus de ordenanza en su totalidad. Se sirve de convenios para permitir usos, volúmenes y alturas, obligando al desarrollador a la construcción de vivienda social, infraestructura y equipamiento. Por su parte, el Servicio Público de la Vivienda ejecuta estrategias para la urbanización de asentamientos como el Programa Rosario Hábitat y otros complementarios que desarrolla junto a la provincia y la Nación.

Asimismo, viene experimentando un crecimiento impactante de su superficie construida, ganando terrenos en las zonas ribereñas y aldeñas, observándose un aumento considerable de edificaciones en propiedad horizontal para sectores medios altos y altos. El acceso a la vivienda o a una parcela resulta difícil para los sectores bajos y medios

⁵ ACIOLY, Claudio Jr., *El desafío de la formación de asentamientos informales en los países en vías de desarrollo*, en *Land Lines*, April 2007, Volume 19, Number 2.

bajos, que requieren de políticas públicas específicas. No hay opciones generalizadas de créditos para estas familias.

A una familia ubicada en el cuartil de ingresos inferior le es muy difícil acceder al suelo servido. Puede lograrlo sólo a través de las políticas que implementan la municipalidad, la provincia y la Nación, a través del Programa Rosario Hábitat (PRH), Banco de Tierras o Plan Federal de Viviendas. En pocos casos lo consigue a través de la compra directa y, en general, no hay microcréditos, pero sí el acceso a través de la urbanización de asentamientos informales.

Por lo general, el único mecanismo por el cual pueden acceder los más carenciados al mercado de tierra es la ocupación directa. Hay una clara conexión entre la exclusión de los sectores de bajos ingresos al acceso a la vivienda y la informalidad. Los valores del suelo imposibilitan la compra de vivienda por parte de la población vulnerable, la que se encuentra alejada del mercado de suelo. El salario mínimo –para quienes lo perciben– asciende a US\$ 435 por persona, y el metro cuadrado entre US\$ 50 a 400, en barrios con escasa o nula infraestructura.

En Rosario, el déficit habitacional asciende aproximadamente a 25.000 viviendas para los sectores de bajos recursos⁶. En general, los programas tienden a asegurar la edificación de la vivienda y la titulación, con construcción o mejoramiento de infraestructura, como es el caso del Programa Rosario Hábitat, el que además de constituirse en una herramienta para el acceso a la vivienda y su titulación, tiende a la inclusión social de sus beneficiarios a través del trabajo y de la educación, con la participación de cooperativas de vivienda, vecinales y fuerzas vivas del barrio, pero el problema es que cada vez hay más pobres y las soluciones no alcanzan a todos.

En nuestro país no existe una ley nacional de ordenamiento y uso del suelo. Si bien la Constitución Nacional en el artículo 14 bis dispone el derecho al acceso a la vivienda digna, la ausencia de normas que regulen el uso del suelo deja desprotegido dicho derecho. En Rosario, existe un marco legal mínimo dentro del cual podemos citar a la Ordenanza 7283/2002, que declara de interés municipal y aprueba el

⁶ Declaración del intendente municipal en un acto en el HCM, en el acto de apertura de sesiones, año 2010.

Programa Rosario Hábitat (PRH), y las Resoluciones Servicio Público de la Vivienda N° 172, por la que se implementa el Registro de Oferta de Venta de Tierras en el marco del PRH, y N° 173, que aprueba el Reglamento Operativo del PRH. Toda esta normativa se ha integrado al Código Urbano. Además, si bien hoy no se utiliza, se encuentra vigente la Ordenanza N° 6493, que crea el Fondo Municipal de Tierras.

3. Otros antecedentes

En oportunidad de celebrarse el V Foro Urbano Mundial en el año 2010⁷, el Movimiento de la Reforma Urbana de Argentina destacó que la gestión de las ciudades en dicho país ha venido mejorando desde los '90, como consecuencia de la implementación de planes estratégicos que tuvieron un diseño participativo, aunque aún no se abordan cuestiones estructurales y señalan, en su documento, como impedimento del desarrollo de estas ciudades los precios exorbitantes del suelo urbano y sus correspondientes prácticas especulativas, mayormente en municipios de las Provincias de Santa Fe, Córdoba, Entre Ríos y Buenos Aires.

A criterio de este Movimiento, el problema radica en los gobiernos locales, que no disponen aún de marcos jurídicos dados por leyes provinciales de uso del suelo y ordenamiento urbano. Una ley de esas características tiene la Provincia de Buenos Aires. Por su parte, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con un Plan Urbano Ambiental, y la Provincia de Mendoza sancionó una Ley de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo, en mayo de 2009, la cual no incluye el derecho a la ciudad. El resto de las provincias carecen de normativa específica.

A primera vista, parece que el fenómeno de la urbanización informal supera la capacidad de los gobiernos municipales de responder a la presión demográfica y a la creciente demanda de vivienda, suelo e

⁷ El V Foro Mundial de Río, 2010, UN/Habitat, expresó que la ciudad es un producto socio-territorial y acordó seis ejes de diálogo para lograr mayor equidad en las mismas: 1. Avanzar con el derecho a la ciudad; 2. Unir lo dividido: ciudades inclusivas; 3. Igualdad de acceso al techo y a los servicios urbanos básicos; 4. Diversidad cultural en la ciudad; 5. Gobernanza y participación, y 6. Urbanización sustentable.

infraestructura. Si nos fijamos bien se descubre entre otras cosas que los barrios pobres y superpoblados y los asentamientos informales son un síntoma de un sector de la vivienda que no funciona bien, marcado por una relación elevada entre precios de vivienda e ingresos, escasez de suelo servido, y mercados de suelo, vivienda y bienes raíces distorsionados y poco transparentes. La incapacidad de los gobiernos municipales para anticipar, articular y ejecutar políticas de suelo y vivienda bien diseñadas forma también parte del problema. Muchos gestores de política no han entendido completamente la complejidad de la urbanización informal y el nexo entre los mercados de suelo, vivienda y desarrollo de asentamientos informales en sus ciudades y, por lo tanto, sus políticas mal concebidas siguen estimulando la urbanización informal en vez de frenarla⁸.

Si no se modifica el paradigma actual, la población de los asentamientos informales puede llegar a ser de mil quinientos a dos mil millones de habitantes en 2020⁹. Esto pone a las claras la importancia que conlleva el fortalecer y garantizar el derecho a la ciudad para proteger a los sectores más desvalidos.

Vale la pena traer a colación las experiencias habidas en Brasil –país en el que el 82% de sus habitantes vive en ciudades–, gestadas a través de instrumentos que proporciona el Estatuto de la Ciudad¹⁰.

En lo que respecta a la relevancia de los instrumentos jurídicos y urbanísticos creados y/o reglamentados por la Ley Federal, la principal importancia del Estatuto de la Ciudad se debe principalmente al marco conceptual consolidado, tendiente a separar el tratamiento jurídico del derecho de propiedad inmobiliaria del ámbito individualista del Derecho Civil, para ponerlo en el ámbito social del Derecho Urbanístico –separado ya del Derecho Administrativo– de tal forma que el derecho colectivo para la planificación de las ciudades creado por la Constitución Federal de 1988 sea materializado¹¹.

⁸ ACIOLY, ob. cit.

⁹ ONU-Hábitat 2003/2006 y PNUD 2005.

¹⁰ Aprobado por Ley Federal 10.257 del 10-7-2001, que regula los arts. 182 y 183 de la Constitución Federal de 1988.

¹¹ FERNÁNDES, Edésio, *Del Código Civil al Estatuto de la Ciudad: Algunas notas sobre la trayectoria del Derecho Urbanístico en Brasil*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXXVII, N° 109, enero-abril de 2004, ps. 41 y ss.

En este marco, muchas ciudades de Brasil han hecho uso del instrumento ZEIS (Zonas Especiales de Interés Social) y la legislación nacional innovadora plasmada en el Estatuto de la ciudad, para traducir el principio de la función social del derecho de propiedad¹² en instrumentos legales y de planificación que deben ser aplicados por gobiernos locales en la regularización de asentamientos informales, como el instrumento de posesión adversa (usucapión o prescripción adquisitiva), que en ciertas condiciones reconoce los derechos de los individuos a usar parcelas de menos de 250 metros cuadrados que han ocupado sin oposición durante cinco años o más, incluso si no eran dueños de la tierra. Los objetivos del ZEIS¹³ son brindar la oportunidad de crear más áreas de viviendas precarias en el proceso de propiedad del suelo, permitir la participación en la toma de decisiones para el análisis y aprobación de las nuevas áreas, así como la elaboración de planes y proyectos para mejorar la calidad de vida en ellos y establecer las prioridades en esas áreas.

Deviene importante analizar la posibilidad de una recepción responsable de estos instrumentos en nuestro país para solucionar los acuciantes problemas de vivienda entre nuestros pobladores de bajos ingresos.

4. Visión problemática de lo urbanístico

Por falta de un posicionamiento firme de su carácter público, la

¹² La propiedad privada tiene una función social cuando está sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. En este sentido incumbe a los órganos del Estado fiscalizar la distribución y la utilización del suelo tanto urbano como rural, y utilizar la figura jurídica de las limitaciones o restricciones al dominio o, en su caso, a la figura jurídica de la expropiación, sólo por causa de utilidad pública o interés general, calificada por ley y previa indemnización, cuando el propietario del suelo no respete las condiciones dispuestas para que la propiedad cumpla con la función social dispuesta por la ley. Y ello, porque debemos admitir que la función social de la propiedad tiene un carácter automático, adjunto a la función individual, y un carácter voluntario, que se manifiesta en la intervención consciente del propietario en virtud de un imperativo moral, un acto racional con la intención de beneficiar con sus riquezas en forma directa a los demás y a la sociedad; la propiedad debe proveer al propietario y su familia los medios para su desarrollo físico y moral, pero al mismo tiempo debe servir a toda la humanidad.

¹³ Se crea en 1983, los PREZEIS en 1988, hasta llegar al Estatuto de la Ciudad en 2001.

problemática de la ciudad se ha resuelto a espaldas del Derecho Urbanístico y con la mirada puesta en el Derecho Privado, en razón de que muchas de sus regulaciones se encuentran vinculadas a éste, como consecuencia de la afectación a través de normas urbanísticas, del derecho de propiedad. En otras ocasiones y por encontrarse ligado al desarrollo de las áreas urbanas¹⁴, ha sido tratado desde la economía, como consecuencia de la dinámica y evolución de las ciudades operada desde la fuerza del mercado, sin, por ello, dejar de tratarlo, en otras oportunidades, como un capítulo dentro del estudio de los asentamientos humanos, e íntimamente ligado al desarrollo económico y social de las ciudades o regiones, quedando rezagado su rol de regulador legal de la dinámica de la ciudad y de los fenómenos metropolitanos. Este error de enfoque debe ser superado, ya que no caben dudas de que las disposiciones que integran esta rama del Derecho son derivación del ejercicio del poder de policía del Estado, ejercicio no negociable, que se traduce en restricciones al derecho de propiedad de los particulares, y que, por ende, sólo puede ser abordado desde el Derecho Público. El Derecho Urbanístico busca tener vida propia como disciplina jurídica, argumentando a su favor que nació como consecuencia de la necesidad de normativizar el espacio físico de las ciudades y el uso de la propiedad, en miras a compatibilizar el interés privado del particular con el interés público¹⁵ de la comunidad. La falta de desa-

¹⁴ El término “área urbana” se usa comúnmente como un sinónimo de “ciudad”. Debemos aclarar que no tienen el mismo alcance y significado. Todas las ciudades son áreas urbanas, pero no todas las áreas urbanas son ciudades. Lo “urbano” es un concepto estático definido por la administración pública de un país. Una ciudad, por el otro lado, es más que sólo un gran número de personas viviendo en un espacio próximo entre sí; es una entidad compleja política, económica y socialmente. Cada ciudad en el mundo simboliza su identidad nacional y su fortaleza política. Las ciudades también son los centros de la producción económica, de la religión, del aprendizaje y de la cultura.

¹⁵ La normatización del espacio físico de la ciudad no es en principio una cuestión netamente jurídica, sino que obedece a un pensamiento político, que compete a las autoridades públicas, como intérpretes y representantes de la comunidad. Ahora bien, encontrar las soluciones técnicas que alcancen a concretar el equilibrio entre los intereses privados y públicos es tarea más de los juristas y para ello deberán elaborar un nuevo Derecho –en el caso, el Derecho Urbanístico– que como orden jurídico resulte útil para llegar a ese resultado. Siguiendo el razonamiento de Escola, en torno

rollo de esta disciplina y la ausencia de una regulación legal sobre la materia o la tardía aparición de normas ordenadoras en la misma han generado y siguen generando el crecimiento de ciudades con una concentración inequitativa del ingreso y del bienestar, sin materializarse el alcance dado a la propiedad por el artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe¹⁶. En los hechos, la propiedad y el suelo urbano han estado sujetos al régimen clásico del derecho de propiedad

a la finalidad del Derecho Administrativo, se puede decir que el Derecho Urbanístico ha de lograr de manera concreta los objetivos que le han sido fijados, satisfaciendo las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran, oponiendo vallas eficaces a un intervencionismo estatal, si se reconoce necesario, para limitar nuestras libertades y derechos, sólo en miras de lograr el bienestar general. Como señala el citado autor, “la noción de bienestar general, no sólo declarada en el preámbulo, sino efectivizada a través de todo lo largo de nuestra Constitución Nacional, encuentra su correlato jurídico en la idea de ‘interés público’, la cual puede ser concretada, por ahora, sobre la base de que existe el interés público, cuando en él, una mayoría de individuos y en definitiva cada uno, puede reconocer y escindir del mismo su interés individual (Gordillo), personal, directo y actual o potencial. El interés público, así entendido, es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y director. Esa idea de ‘interés público’, es pues, la que verdaderamente sustenta y fundamenta todo el derecho administrativo” (ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 31 y ss.). Esa idea de interés público es, por ende, la que debe inspirar a las normas que integran el Derecho Urbanístico, porque si este Derecho limita y constriñe los derechos de los particulares sobre el uso del suelo o de su propiedad, lo hace para posibilitar y asegurar el interés propio de cada particular. La concepción descripta por Escola desplaza del ordenamiento jurídico posiciones privatistas que no condicen con esta disciplina, la cual, ya sea vista de manera autónoma o como un capítulo dentro del Derecho Administrativo, busca con las limitaciones o restricciones impuestas a la propiedad privada en beneficio del interés público alcanzar la armónica convivencia dentro de la ciudad, sin perjudicar el ejercicio efectivo de los derechos y libertades de cada uno de sus miembros.

¹⁶ Const. de la Prov. de Santa Fe, artículo 15: “La propiedad privada es inviolable y solamente puede ser limitada con el fin que cumpla una función social. El Estado puede expropiar bienes, previa indemnización, por motivos de interés general calificado por ley. *La iniciativa económica de los individuos es libre. Sin embargo, no puede desarrollarse en pugna con la utilidad social o con mengua de la seguridad, libertad o dignidad humana.* En este sentido, la ley puede limitarla, con medidas que encuadren en la potestad del gobierno local. Ninguna prestación patrimonial puede ser impuesta sino conforme a la ley” (la cursiva nos pertenece).

que ha impedido su uso social. Son escasos los ejemplos en que la dinámica de las ciudades ha sido guiada por planes de desarrollo orientados con criterios de ordenación y racionalización del uso del suelo, incluso, pese a la existencia de los Planes Reguladores y/o Directores, los mismos han sido dejados de lado a veces por las mismas autoridades o por los agentes u operadores inmobiliarios, de modo que la ciudad se expandió desordenadamente. Sin embargo, no podemos negar la existencia de una normativa que regula el ordenamiento, desarrollo y dinámica de la ciudad, que determina qué es lo permitido y lo prohibido a los vecinos, en relación con el uso del suelo y su aprovechamiento e implementa a través de la actividad administrativa de policía los controles necesarios para comprobar el cumplimiento de las reglamentaciones urbanísticas en materia de permisos de edificación, ampliaciones, reformas, etcétera, y aplicar las sanciones que pudieran corresponder en caso de inobservancias, tales como multas, clausuras, demoliciones, etcétera. En nuestro país, aunque demoradamente en relación con otros, se observa un avance en esta materia, que, aunque en algunos espacios jurisdiccionales se presenta asistemático, la lectura integradora y complementaria de las normas jurídicas urbanísticas existentes va mostrando el perfil de ciudad que se pretende regular, en distintos ámbitos geográficos del país¹⁷.

Sobre la base de este paradigma, debe sustanciarse y fortalecerse el derecho a la ciudad.

El Derecho Urbano, a través del ordenamiento territorial, persigue obtener un desarrollo metódico y solidario de la ciudad preservando el justo equilibrio entre las cargas y beneficios, como consecuencia del principio constitucional de la igualdad y sobre la base de que toda planificación urbana redistribuye riqueza¹⁸.

El Estado, al regular el uso del suelo, debe contemplar que dicha

¹⁷ TALLER, Adriana y ANTIK, Analía, *Curso de Derecho Urbanístico*, Prólogo. del Dr. Tomás Hutchinson, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, ps. 28 y ss.

¹⁸ Los planes de desarrollo territorial, regional o urbanos constituyen instrumentos de gran valor a los efectos de la redistribución de la riqueza, toda vez que el cambio de condición del suelo, de rural a urbano, o la modificación de los índices de edificabilidad que aumentan la capacidad constructiva, etc., modifican el valor de la propiedad inmobiliaria.

ordenación no confiera a los propietarios¹⁹ de los terrenos más derechos que los derivados del propio uso de aquél, y que los beneficios derivados de las actuaciones urbanísticas no se generen única y exclusivamente para los propietarios de los terrenos; debe procurar repartir los beneficios entre los propietarios y la comunidad.

Este deber del Estado, de repartir los beneficios generados como consecuencia de decisiones administrativas que implican un esfuerzo de la comunidad y que incrementan el patrimonio de los propietarios del suelo que no añaden esfuerzo alguno para apoderárselo, encuentra su fundamento en el “enriquecimiento sin causa” (principio general del Derecho que expresa que existe enriquecimiento ilegítimo cuando un patrimonio recibe aumentos a expensas de otro, sin una causa que lo justifique) en detrimento del patrimonio del Estado (es decir, de la comunidad) y que debe ser recuperado en pro de la equidad y la justicia social.

Podemos preguntarnos entonces si puede nacer a favor de la comunidad un derecho a participar en las plusvalías²⁰ (incrementos del valor de los terrenos) resultantes de decisiones o actuaciones administrativas, que adoptadas como consecuencia del ordenamiento territorial que regula el uso del suelo posibilitan al clasificar el suelo de manera concreta para que la ciudad se desarrolle en función del interés general que el propietario de los mismos, sin haber hecho nada para merecerlo, reciba una ganancia derivada de la esa regulación legal²¹.

¹⁹ La regulación sobre el uso del suelo implica limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su clasificación urbanística y que no confiere derechos indemnizatorios a los titulares de la propiedad inmobiliaria, salvo en los supuestos que la legislación lo determine.

²⁰ Plusvalía: recuperación de los mayores valores inmobiliarios producidos en el proceso de desarrollo territorial y generados como consecuencia de la inversión pública, las directrices de planificación y las determinaciones del ordenamiento del territorio.

²¹ En este sentido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, citado por PARADA, Ramón, ob. cit., ps. 377 y ss., señala que “el propietario del suelo urbano obtiene por el solo hecho de serlo, sin añadir actividad ni soportar riesgo alguno, un beneficio importantísimo consistente en el aumento de valor que el suelo experimenta al incorporarse a la ciudad a consecuencia de las decisiones que sobre el futuro de ésta adopta la comunidad que la habita. Ese aumento de valor, no ganado realmente por el propietario del suelo, que nada ha hecho por obtenerlo y que, en rigor, se debe única y exclu-

Resultaría posible, por aplicación conjunta de los derechos de igualdad y de equitativo reparto de las cargas y beneficios²², esa captación de ganancia en beneficio de la comunidad, máxime cuando el ordenamiento urbano es en concreto una regulación del derecho de propiedad inmobiliaria²³.

A partir de lo dicho podemos definir al Derecho Urbanístico como el conjunto de principios y normas jurídicas –de contenido político, administrativo, financiero, económico, social o técnico–, de Derecho Público interno, reguladoras de los procesos de ordenación del territorio y su transformación física y de las relaciones jurídicas entre la Administración y los propietarios del suelo; identificando como objeto de regulación de aquél al ordenamiento territorial. Si bien no es fácil formular una definición de ordenamiento territorial en función de los preceptos constitucionales y de los presupuestos económicos, sociales y culturales, lo entendemos como *la expresión normativa, que regula*

sivamente a la comunidad, debe volver a ésta en estricta justicia. Pues, asegurar el retorno a la comunidad de los aumentos de valor que ella misma genera es, en realidad, lo que se pretende cuando se habla de nacionalización del suelo, y eso es algo que puede lograrse por vías muy diferentes que nada tienen que ver con la grosera imagen de la confiscación pura y simple del suelo, como interesadamente quieren hacer creer los defensores de la especulación, de la destrucción del paisaje, de la liquidación del patrimonio monumental y cultural que la ciudad, como obra humana, incorpora”.

²² La ciudad es un espacio que nace y se desarrolla física y socialmente como consecuencia del esfuerzo colectivo. Esta circunstancia habilita al Estado a que responsablemente distribuya equitativamente los costos y beneficios derivados de ese proceso urbanizador entre los actores públicos y privados.

²³ La regulación de los derechos constitucionales, entre ellos, el de propiedad, describe una facultad de esencia legislativa que implica la posibilidad de reglamentar y, por ende, limitar derechos (confr. Dictámenes 159:600 y 132:93 de la Procuración del Tesoro de la Nación), individualizada como el poder de policía del Estado realizador del interés público, el que, como consecuencia de esa finalidad, puede limitar los derechos de los habitantes dentro, claro está, de un margen restrictivo razonable que no importe desnaturalizarlos o alterarlos en su espíritu y sustancia. El poder de policía entendido genéricamente –en su acepción más evolucionada– es “...la potestad jurídica en virtud de la cual el Estado, con el fin de asegurar la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, la moralidad, la salud y el bienestar de la población, impone por medio de la ley limitaciones razonables al ejercicio de los derechos individuales, a los que no puede alterar” (confr. FRÍAS, Pedro y otros, cit. en el Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 21/94, del 3-2-94, publicado *in extenso*, en revista *Impuestos*, 1995, t. LIII A, ps. 308 y ss.).

el destino, uso, transformación y aprovechamiento del suelo y sus recursos, tendiente a lograr el desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio.

Como consecuencia de ello, el ordenamiento territorial es la proyección en el espacio de la política global de la autoridad pública, en función de esos presupuestos constitucionales, socioeconómicos y culturales antes señalados.

El objetivo del ordenamiento es lograr una ocupación racional del territorio, mediante la aplicación de una normativa que permita o prohíba determinados usos del suelo; cuando este ordenamiento está orientado a las áreas urbanizadas o en proceso de urbanización, se lo suele denominar ordenamiento urbano.

El ordenamiento del territorio de la ciudad, en miras a la realización del derecho a la misma, debe promover un proceso de reforma urbana que garantice ciudades más equitativas y en las que se materialicen los derechos de las personas consagrados en los tratados internacionales que forman parte de nuestra Constitución Nacional. Este proceso debe ir acompañado de la transformación de la actividad de planeamiento urbano, para pasar a un nuevo paradigma que supere el modelo tecnocrático que ha predominado en el país, permitiendo, a partir del reconocimiento de la existencia del conflicto en la discusión urbana, hacer frente a los problemas actuales de este campo.

Desde el Derecho Urbanístico se lo aborda como un instrumento que forma parte de la política de Estado sobre el desarrollo sustentable²⁴, que involucra decisiones que son producto de un proceso técnico administrativo orientado a la regulación y promoción de la localización y desarrollo de los asentamientos humanos, de las actividades económicas, sociales y del desarrollo físico espacial, sobre la base de criterios ambientales, económicos, socioculturales, institucionales y geopolíticos, a fin de hacer posible el desarrollo integral de la persona como garantía para una adecuada calidad de vida.

²⁴ Entendemos el desarrollo sustentable como el desarrollo económico-social y el aprovechamiento de los recursos naturales para actividades productivas, a través de un manejo apropiado de aquéllos, satisfaciendo las necesidades actuales de los habitantes del país, una región o ciudad, sin comprometer las de las generaciones futuras.

En síntesis, el ordenamiento territorial permite conocer las características del territorio valorando los recursos naturales con el fin de orientar sus posibles usos, estableciendo áreas de oferta y prioridades, de modo que el uso del territorio sea el más adecuado a sus características, permitiendo la conservación de los recursos y una mejor calidad de vida para la población en forma sostenible. Sus objetivos son: la mejora de la calidad de vida, la utilización racional del territorio, el desarrollo socioeconómico equilibrado de las regiones, la gestión responsable para lograr una distribución equitativa de cargas y beneficios derivados del ordenamiento territorial²⁵.

5. Base constitucional de la regulación urbanística en Argentina. Distribución federal de competencias²⁶

La Constitución Nacional de 1853-1860, al enumerar en el artículo 14 los derechos de los que gozan los habitantes, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, incluye el “derecho de usar y disponer de su propiedad”, a la cual al calificarla de inviolable, previene que ningún habitante de la Nación pueda ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley o mediante el instituto de la expropiación por causa de utilidad pública, calificada por ley y previa indemnización, conforme lo dispone expresamente el artículo 17 de la Carta Magna.

Ninguna otra mención expresa hallamos en el referido texto constitucional, con relación al uso de la propiedad con respecto al espacio físico, su uso o limitaciones, no obstante ello la competencia para su regulación se encontraba incluida entre las facultades del Congreso de la Nación, consagrada en la “cláusula de progreso” del artículo 67, inciso 16, en el Preámbulo y en la potestad de reglamentar el ejercicio de los derechos, consagrada en el artículo 14, lo que habilitaba a limitar el uso y disposición del derecho de propiedad. Ahora bien, desde que las provincias tienen la titularidad o dominio originario de los recursos

²⁵ TALLER, Adriana y ANTIK, Analía, *El Derecho Urbano como instrumento de inclusión social*, en Zeus N° 11.205, del 1-2-2010.

²⁶ TALLER, Adriana y ANTIK, Analía, *Urbanismo, calidad de vida y Derecho*, en Zeus N° 11.116, del 21-12-2009.

naturales existentes en su territorio (art. 124, último párrafo, de la Const. Nac.), conservan la competencia para regular sobre el uso del suelo. Mas esta competencia debe interpretarse armónicamente con las otras facultades constitucionales, es decir, teniendo en consideración la existencia de: a) las facultades concurrentes de la Nación y de las provincias respecto de la cláusula del progreso, como es proveer lo conducente a la prosperidad del país, el fomento de nuevas industrias, la colonización, el desarrollo humano, el poblamiento del territorio (arts. 75, incs. 18 y 19, y 125 de la Const. Nac.); b) las facultades especiales en materia de protección ambiental, por las que el Congreso nacional dicta los presupuestos mínimos y las provincias establecen normas y se plantean objetivos ambientales adecuados a sus realidades socio-económicas-ambientales; c) las facultades reservadas por las provincias, en ejercicio de las cuales han dictado numerosas disposiciones vinculadas al Derecho Urbanístico, tales como régimen del uso del suelo y códigos técnicos sobre edificación; d) el ejercicio del poder de policía²⁷ que corresponde a las provincias, salvo cuando está afectado el comercio interprovincial, las relaciones y el comercio internacional o se trata de establecimientos de utilidad nacional, conforme al cual las provincias conservan la potestad de reglamentar en su ámbito jurisdiccional todo lo referido a la protección de los distintos recursos naturales, ergo todo lo referido al suelo y al ordenamiento territorial, pudiendo adherir a las normas nacionales. Conforme las competencias explicitadas precedentemente, ante el escaso desarrollo del Derecho Urbanístico en nuestro país y la ausencia de una ley nacional sobre la materia, la regulación que ordena el uso del suelo y el desarrollo de los tejidos urbanos ha sido consecuencia de la competencia de las provincias, conforme el principio rector consagrado en la propia Constitución Nacional y enunciado párrafos arriba, en el sentido de que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

Consecuente con ello, la Provincia de Santa Fe tiene por imperio de una interpretación armónica de sus artículos 15, 16 y 28 la com-

²⁷ Potestad del Estado de reglamentar por ley los derechos constitucionalmente reconocidos en función del interés general (art. 14 de la Const. Nac.).

petencia constitucional²⁸ para establecer por vía legislativa dentro de su territorio las normas que hacen al ordenamiento del espacio físico y al uso del suelo, fijando a su vez pautas reglamentarias a los municipios con relación a las restricciones administrativas a la propiedad privada. En este sentido, se dictó oportunamente el decreto 7317/67, que divide el territorio provincial en áreas urbanas, suburbanas y rurales, asignándoles a cada una funciones específicas y regulando sobre normas mínimas para el desarrollo urbano, de aplicación también en aquellos municipios carentes de legislación al respecto. La provincia cuenta también en su ordenamiento jurídico vigente con la ley 10.552, de conservación y manejo del suelo, que declara de orden público en todo el territorio provincial: a) El control y prevención de todo proceso

²⁸ Const. de la Prov. de Santa Fe, art. 15, referido en cita 16. Art. 16: “El individuo tiene deberes hacia la comunidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades puede quedar sometido a las limitaciones, establecidas por la ley exclusivamente, necesarias para asegurar el respeto de los derechos y libertades ajenas y satisfacer las justas exigencias de la moral y el orden público y del bienestar general”. Art. 28: “La Provincia promueve la racional explotación de la tierra por la colonización de las de su propiedad y de los predios no explotados o cuya explotación no se realice conforme a la función social de la propiedad y adquiera por compra o expropiación. Propende a la formación, desarrollo y estabilidad de la población rural por el estímulo y protección del trabajo del campo y de sus productos y el mejoramiento del nivel de vida de sus pobladores. Facilita la formulación y ejecución de planes de transformación agraria para convertir a arrendatarios y aparceros en propietarios y radicar a los productores que carezcan de la posibilidad de lograr por sí mismos el acceso a la propiedad de la tierra. Favorece mediante el asesoramiento y la provisión de los elementos necesarios el adelanto tecnológico de la actividad agropecuaria a fin de obtener una racional explotación del suelo y el incremento y diversificación de la producción. Estimula la industrialización y comercialización de sus productos por organismos cooperativos radicados en las zonas de producción que faciliten su acceso directo a los mercados de consumo, tanto internos como externos, y mediante una adecuada política de promoción, crediticia y tributaria, que aliente la actividad privada realizada con sentido de solidaridad social. Promueve la creación de entes cooperativos que, conjuntamente con otros organismos, al realizar el proceso industrial y comercial, defiendan el valor de la producción del agro de la disparidad de los precios agropecuarios y de los no agropecuarios. Protege el suelo de la degradación y erosión, conserva y restaura la capacidad productiva de las tierras y estimula el perfeccionamiento de las bases técnicas de su laboreo [protege también las áreas urbanas]. Resguarda la flora y la fauna autóctonas y proyecta, ejecuta y fiscaliza planes orgánicos y racionales de forestación y reforestación”.

de degradación de los suelos; b) la recuperación, habilitación y mejoramiento de las tierras para la producción, y c) la promoción de la educación conservacionista.

Estas normas de regulación del uso del suelo en la provincia no sólo son insuficientes, sino que carecen de principios rectores que promuevan el desarrollo equilibrado y armónico de las distintas realidades regionales, tornándose imperiosa su adaptación, máxime ante el avance de los criterios científicos en materia de planeamiento urbano y ordenamiento territorial. Con la sanción de la Ley de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable 11.717, se produce un importante avance en la materia al disponerse que la preservación, conservación, mejoramiento y recuperación del medio ambiente comprende, en carácter no taxativo, el ordenamiento territorial y la planificación de los procesos de urbanización e industrialización, desconcentración económica y poblamiento, en función del desarrollo sustentable del ambiente y la utilización racional del suelo, subsuelo, agua, atmósfera, fauna, paisaje, flora, fuentes energéticas y demás recursos naturales, en función del desarrollo sustentable (art. 2º, incs. a, y b). Resta, entonces, incorporar en el texto constitucional de la Provincia de Santa Fe los principios rectores que deben guiar el accionar de las autoridades provinciales, municipales y comunales en el ordenamiento territorial y en la planificación de los procesos de urbanización y lograr la sanción de una ley nacional de ordenamiento y gestión del territorio que a la manera del artículo 41 de la Constitución Nacional fije los presupuestos mínimos a seguir por cada provincia, en miras a concretar la función social de la propiedad y facilitar el acceso al suelo servido.

6. Conclusión

Como corolario de lo expresado precedentemente, resulta obvio que para permitir el pleno ejercicio del derecho a la ciudad, se requiere de una normativa nacional y provincial que habilite nuevas formas de intervención urbanística y estrategias de gestión que permitan pasar a un urbanismo centrado en la cohesión social y fuertemente operativo que requiera de nuevos instrumentos y recursos. Como ha sostenido Jacqueline Morand-Deviller, profesora agregada de Derecho de la Uni-

versidad de París I, “Hoy el derecho del urbanismo dejó de ser un monstruo frío, funcional y tecnocrático para ser un urbanismo de rostro humano, que debe responder a las aspiraciones ciudadanas de diversidad, equidad, dignidad, seguridad, desarrollo sostenible y calidad de vida, y responder a la protección ambiental y a la solidaridad social”²⁹.

Frente a estas apreciaciones podemos colegir que son muchos los desafíos para el Derecho Urbano a efectos de lograr el acceso al suelo y consagrar la plena vigencia del derecho a la ciudad, resultando fundamental establecer principios generales y lineamientos que respondan a la necesidad de instaurar parámetros básicos para garantizar un desarrollo equitativo de la ciudad, así como promover medidas tendientes a garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a los beneficios del proceso de urbanización, ejercer una justa distribución de las responsabilidades y responder centralmente a la necesidad de contar con políticas regidas por principios sociales de igualdad y equidad social.

²⁹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Actualidad del Derecho Urbanístico en Francia: Las finalidades medioambientales y sociales*, en *Revista Catalana de Derecho Público*, N° 38, 2009.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LAS EMERGENCIAS ECONÓMICAS. EL RETORNO A LA IRRESPONSABILIDAD

por MAXIMILIANO TORICELLI

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes comparados. 3. La evolución de la responsabilidad estatal en nuestro país. 4. Las emergencias económicas 5. Consideraciones finales.

Resumen

Las antiguas monarquías no admitían la posibilidad de que el rey pudiera ser demandado, dado que la justicia se ejercía en su nombre y se lo consideraba totalmente irresponsable. El advenimiento de la República, por el contrario, va a sustentar no sólo la división de poderes, sino también el sometimiento de toda la actividad estatal al Derecho.

No todos los regímenes republicanos partieron de la misma premisa, dado que el Derecho continental europeo entendió esta separación de manera diferente, y precisamente en su entendimiento no le permitía al Poder Judicial juzgar los actos de la administración pública. Distinta fue la suerte del sistema anglosajón.

Nuestra República se inspiró en un sistema continental copiado del modelo anglosajón, pero un Derecho infraconstitucional, particularmente el administrativo, basado en el modelo continental europeo.

Aun así, la experiencia comparada demuestra que los países provenientes de ambos regímenes fueron reacios a admitir la responsabilidad del Estado; pero una vez admitida su avance fue lineal.

Por el contrario, nuestra República mostró movimientos pendulares.

Pasó así de la irresponsabilidad a la responsabilidad, pero luego fue negando la posibilidad de hacerla efectiva, con lo que volvió a la primera de las etapas mencionadas.

El retroceso se produjo mediante la invocación de emergencias, utilizadas por los distintos gobiernos para el dictado de normas que han avasallado los derechos individuales. En nuestro país este instituto fue utilizado para referir a situaciones donde la inoperancia de los gobernantes creaba un peligro general que requería el sacrificio de ciertos sectores o de la sociedad toda, admitiéndose que el propio Estado (sea nacional o en algunos casos también provincial) invoque su torpeza, se coloque por impericia o intencionalidad en esa situación y consecuencia de ello se restrinjan los derechos individuales.

Lo más grave de la situación descripta es precisamente que la judicatura no le haya puesto límites a dichas afectaciones.

Esta ausencia de límites se tradujo en el dictado de una legislación cada vez más restrictiva de los derechos patrimoniales. Así, mientras la ley 23.696, del 18 de agosto de 1989, de reforma del Estado, suspendió por dos años la ejecución de las sentencias dictadas contra el Estado nacional; la ley 23.982, del 22 de agosto de 1991, consolidó las obligaciones que consistieran en el pago de sumas de dinero por parte del Estado nacional, vencidas o de causa o título anterior al 1º de abril de 1991, dándole a las sentencias un carácter meramente declarativo donde el acreedor no tenía certeza alguna de cuándo podía cobrar su crédito, contando con la posibilidad de suscribir bonos de consolidación, emitidos a un plazo de 16 años, luego de un complejo trámite administrativo. Ello se extendió aún más en el tiempo con el dictado de la ley 25.344, que consolidó, con el alcance descrito, las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 y anteriores al 1º de enero de 2000.

Si bien en la actualidad para obligaciones posteriores al año 2000 no se aplica este sistema (que paradójicamente se sigue aplicando en deudas de aquellas épocas), es necesario esperar un largo proceso antes de poder hacer efectiva la acreencia reconocida judicialmente.

Estos “privilegios” con que cuenta el Estado desbordan los límites de la República deseada.

Abstract

Ancient monarchy did not admit the possibility that the king could be sued, due to the fact that justice was exercised on his behalf and that he was considered totally irresponsible. The advent of the republic, on the contrary, is going to support not only the division of powers but also the submission of all state activities to the law.

Not all republican regimes started from the same premises, given that continental European law understood this separation in a different way and, precisely in its understanding, it did not allow the judicial power to judge the acts of public administration

The Anglo-Saxon system was different.

Our republic was inspired by a continental system copied from the Anglo-Saxon model, but an infraconstitutional law, particularly the administrative law, based on the European mainland model.

Even so, comparative experiences show that countries developing from both regimes were reluctant to admit the responsibility of the state but, once admitted, their progress was lineal.

By contrast, our republic showed swings. It went from irresponsibility to responsibility, but afterwards it denied the opportunity to make it effective, which made it go back to the first stages mentioned before.

The decline occurred by invoking emergencies, which were used by various governments to dictate laws that have overwhelmed individual rights.

In our country, this institution was used to refer to situations where the failure of those who rule the country, created a general danger requiring the sacrifice of certain sectors or society as a whole, admitting that the State itself (whether national or in some cases provincial) invoked its own clumsiness, put themselves by lack of skills or intentionally in this situation and as a result individual rights are restricted.

The most serious aspect of the situation described is precisely that the judiciary did not set boundaries to those affectations.

This lack of boundaries resulted in the issuance of an increasingly restrictive legislation of the economic rights. Thus, while the 23.696 law, form August 18th 1989, state reform, suspended for two years the enforcement of judgments rendered against the national state; the

23.982 law of August 22nd 1991 consolidated the obligations that consisted in the payment of sums of money by the national state, expired or caused or issued prior to April 1st 1991, giving the sentences a merely declarative character were the creditor had no certainty of when he could cash his credit, counting on the possibility of signing bonuses of consolidation, issued for a term of 16 years, after a complex administrative procedure.

This was further extended in time with the enactment of the 25.344 law that consolidated, with its content, expired obligations or caused or title after March 31st 1991 and before January 1st 2000.

While at present, for obligations after the year 2000, this system does not apply (that paradoxically is still applied to debts of those times) it is necessary to wait a long process before being able to make effective the debt legally recognized.

These “privileges” that are available to the state, go beyond the boundaries of the republic we intend to have.

1. Introducción

Entre nuestro Derecho Constitucional y nuestro Derecho Administrativo han existido importantes controversias, por haber sido tomados de fuentes diferentes.

Mientras la Constitución argentina estuvo inspirada en el modelo de separación de poderes diseñado por los Estados Unidos, donde existió una marcada influencia de Montesquieu, así como en el modelo anglosajón que tuvo ese país por base, consecuencia de ser una colonia inglesa, a nivel infraconstitucional estábamos fuertemente influidos por un Derecho Administrativo continental europeo, impuesto por el gobierno español y basado en el régimen francés.

Estas diferencias se han traducido tanto en la distinta concepción sobre la relación del Estado con respecto a los particulares como en cuanto a la separación de las funciones estatales, especialmente en lo que refiere al enjuiciamiento de sus actos.

El modelo continental europeo nació con el concepto de que administración y justicia son dos emanaciones del mismo sujeto, el monarca.

El régimen absolutista no concebía el enjuiciamiento de la admi-

nistración por parte del órgano judicial, la administración *regia* no podía estar sometida a los tribunales *regios*¹.

La Revolución Francesa lejos de atenuar estos criterios los incrementó, al establecer una división de poderes que impide precisamente al Judicial, controlar los actos de la administración.

Para asegurar el principio de legalidad que postulaba, Francia crea el Consejo de Estado, órgano administrativo encargado de decidir las impugnaciones que presenten los particulares. Nace así el contencioso administrativo, donde el ciudadano intenta defenderse de la administración pública (que puede ejecutar por sí misma sus propios actos)², mediante un procedimiento de revisión que se realiza ante el propio poder administrador³.

Este sistema es trasladado a nuestro Derecho Administrativo en la época colonial, pero choca con el concepto de unidad de jurisdicción (que implica que la administración de justicia se encuentra, en forma exclusiva, a cargo del Poder Judicial)⁴ plasmado en el artículo 109 de la Constitución, que expresa que “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

Aun cuando la Constitución intenta desterrar por medio de una prohibición expresa la existencia de tribunales administrativos, las prácticas a nivel infraconstitucional continúan y la Corte, estableciendo ciertas restricciones, admite esa posibilidad⁵.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª ed. argentina, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 501.

² Los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad (se presume que son conforme a derecho, aunque sean arbitrarios a simple vista) y ejecutoriedad (la administración puede hacerlos valer por sí misma, sin necesidad de recurrir al Poder Judicial para exigir su aplicación). Por el contrario, el Derecho anglosajón parte de un principio opuesto, donde la administración, si quiere hacer valer un acto contra un particular que se niega a cumplirlo voluntariamente, debe recurrir a un tribunal de justicia solicitando la ejecución que sólo ese poder puede brindarle.

³ Aun cuando sea un sujeto distinto el que resuelve, se encuentra en la órbita del mismo poder.

⁴ BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2005, t. II-B, p. 423.

⁵ Para una ampliación del tema ver nuestro trabajo *Organización constitucional del poder*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 2, ps. 142 y ss.

Sin embargo, en lo que a irresponsabilidad del Estado refiere, el Derecho continental europeo y el Derecho anglosajón no tienen diferencias tan marcadas.

También en Estados Unidos y en Inglaterra, como ocurrió en Francia y España, la responsabilidad del Estado fue el fruto de una evolución de varios años, como se analizará seguidamente⁶, sólo que allí, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, la evolución fue lineal.

2. Antecedentes comparados

a) *Francia*: En su organización republicana Francia partió de la irresponsabilidad del Estado, así como de sus funcionarios, que solamente podían ser enjuiciados en la medida que el Consejo de Estado autorizara esa posibilidad.

La evolución del sistema fue gradual. Primero, en cuanto a la responsabilidad del funcionario, donde se dividió entre la falta de servicio, de juzgamiento administrativa, y la falta personal o acto personal del funcionario, que podía ser llevado a los tribunales judiciales por regirse por el Derecho común.

Posteriormente, se admitió la responsabilidad del Estado no sólo por falta de servicio del funcionario, sino incluso por faltas personales.

En la actualidad, el particular afectado por una falta de servicio puede demandar a la administración; si se encuentra afectado por falta personal del funcionario, puede ir contra la administración y contra el funcionario.

En cuanto a la responsabilidad de la administración, puede darse por falta de servicio (exige un obrar ilícito) o por su actividad lícita.

Aunque con restricciones, la responsabilidad también se extiende a la actividad legislativa y a la judicial.

b) *España*: También España fue reacia a reconocer la responsabilidad estatal. Hasta 1931 no admitía la responsabilidad por el hecho de sus funcionarios, salvo cuando se trataba de agentes a los que le hubieran encomendado una misión especial fuera de su competencia o se hubiese otorgado un mandato especial a un particular.

⁶ Para un análisis más exhaustivo ver BIANCHI, Alberto, *Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado*, en L. L. 1996-A-922.

Por distintas leyes se fue reconociendo la responsabilidad del Estado con la característica de ser considerada directa (no un sistema de cobertura de los daños ocasionados por los funcionarios) y objetiva (prescindiendo de la culpa de los funcionarios); funciona en tanto exista daño (y no como castigo de obrar ilícito).

En cuanto a los daños por actos judiciales, éstos se encuentran expresamente previstos en el artículo 121 de la Constitución española que los admite por error judicial o funcionamiento anormal de la administración de justicia.

c) *Inglterra*: Hasta 1947, año en que se dictó la Ley de Procedimientos de la Corona, sólo respondía el funcionario, sin que se pudiera extender esa responsabilidad al Estado, quien a su vez sólo podía ser enjuiciado contractualmente, previa autorización.

Si bien sólo el funcionario era responsable por el actuar ilícito, en la práctica el Estado cubría la defensa del funcionario y si resultaba condenado, se hacía cargo del pago de las indemnizaciones.

La responsabilidad extracontractual por acto ilícito no es autónoma, se debe demandar también al funcionario que debe resultar responsable para extender la reparación a la Corona.

La responsabilidad judicial sólo se aplica a los jueces inferiores y en estos casos no responde el Estado.

d) *Estados Unidos*: Pese a tratarse del país con menor apego a las instituciones monárquicas, ha sido quien más ha resistido un amplio reconocimiento de su responsabilidad.

Aunque constitucionalmente se admite, como sucede en nuestro país, la posibilidad de que el Estado se encuentre sometido a los tribunales, la jurisprudencia del país del norte ha sostenido, sin mayores fundamentos, el principio de inmunidad soberana.

Así, por vía de principio, todo juicio contra Estados Unidos requiere la renuncia previa a la inmunidad soberana, que sólo puede ser ejercida por acto legislativo. Esa autorización legislativa se otorga actualmente en forma general, a través de diversas leyes.

La responsabilidad de los funcionarios es admitida, pero el Departamento de Justicia provee no sólo la asistencia legal, sino que incluso compensa los montos que pueda tener que abonar.

Si bien varias leyes han ampliado el campo de la responsabilidad, su desarrollo actual es totalmente insuficiente.

3. La evolución de la responsabilidad estatal en nuestro país

Hoy en día resulta inadmisibles en un Estado de Derecho sostener su irresponsabilidad.

Ella era propia de las monarquías absolutistas, donde el rey estaba fuera de la ley, y por tanto no debía responder ante los tribunales, que se ejercían en su nombre⁷.

Sin embargo, en un Estado de Derecho, no puede precisamente el propio Estado encontrarse excluido.

Desde nuestra organización constitucional fue reconocido el principio de que el Estado argentino puede ser sometido a los tribunales federales. Así lo disponen, en texto inalterado, los actuales artículos 116 y 117 de nuestra Constitución.

Pero ello no siempre ha tenido acogida a nivel infraconstitucional.

Desde sus comienzos la Corte rechazó la responsabilidad del Estado, especialmente en el campo extracontractual, pese a que en 1859, el Congreso nacional, que funcionaba en Paraná, sancionó la ley 224 (de la anterior numeración), en la cual reconoce la indemnización “por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país”.

Si bien el objetivo de esta ley era desestimar los reclamos provenientes de las guerras de independencia, era indudable que los legisladores de aquel entonces (algunos de los cuales habían sido convencionales constituyentes en 1853) entendían que el Estado era totalmente responsable por los actos de sus funcionarios, tanto lícitos como ilícitos⁸.

También el Código Civil, en el artículo 1112, reconoce la respon-

⁷ MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, expresa en tal sentido que “de las acciones de los hombres, y más aún de los príncipes, que no pueden someterse a reclamación judicial, se debe juzgar por los resultados” (Cap. XIII, *De qué modo deben los príncipes cumplir sus promesas*).

⁸ MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, p. 62.

sabilidad individual del funcionario, por hechos u omisiones en el cumplimiento irregular de sus obligaciones.

En los precedentes “Seste y Seguich”⁹ y “Gómez”¹⁰ la Corte sentó el principio de inmunidad soberana del Estado, aplicado por los tribunales norteamericanos, aunque con ciertas aclaraciones, basándose en el antiguo artículo 67, inciso 6º (hoy art. 75, inc. 7º), en cuanto le otorga al Congreso la facultad de “arreglar” el pago de la deuda interior y exterior de la Nación.

En el primer caso los actores solicitaban una indemnización por el mayor tiempo que habían estado en la guardia nacional, dado que habían firmado un contrato que establecía que prestarían servicios hasta la finalización de la batalla de Pavón (1861), pero fueron retenidos en el servicio militar hasta 1863.

La Corte entendió que el “Poder Ejecutivo no puede ser demandado sin su consentimiento, ante los tribunales nacionales, pues es uno de los atributos de la soberanía, que el que la inviste no puede ser arrastrado ante los tribunales sin su expreso consentimiento, por los particulares, a responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales, y tiene por garantía su buena fe (art. 86, Const. Nac.)”.

En “Gómez”, agregó que la “interpretación de la Constitución, en el sentido de que la justicia federal sólo puede conocer en la causa en que la Nación sea parte demandante, no significa que los acreedores de la Nación no tengan medios de hacer cumplir sus derechos, porque pueden ocurrir al Congreso, el cual está facultado, por el inciso 6º del artículo 67 de la Constitución, para arreglar el pago de la deuda pública y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia, hallarán sus legítimos intereses, la misma protección y garantía que en los tribunales de la Nación”.

En consecuencia, antes de demandar al Estado, el damnificado debía solicitar la venia legislativa.

En ese contexto, la ley 3952, de octubre de 1900, fue indudablemente un avance, aun cuando su mantenimiento al día de hoy representa

⁹ CS, 29-9-1864, “Seste, Vicente y Seguich, Antonio c/Gobierno nacional”, *Fallos*: 1:317.

¹⁰ CS, 1-6-1865, “Gómez c/Nación”, *Fallos*: 2:36.

una clara afectación a derechos constitucionales como el de legalidad, propiedad y división de poderes.

Esta ley, aun cuando no se encuentra expresamente derogada, fue inaplicada por la jurisprudencia durante muchos años y ha sufrido transformaciones, no sólo por leyes permanentes, sino también a través de leyes transitorias, como la Ley 24.624 de Presupuesto del año 1996.

Según el artículo 1º de la ley 3952, “Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste”, estableciendo, en los artículos siguientes, un plazo de seis meses para que la administración se pronuncie, pudiendo recién entonces interponer un pronto despacho que habilite la instancia judicial tres meses después¹¹.

En este aspecto, la norma se encuentra superada por la ley de procedimientos administrativos, que en su artículo 30 establece la exigencia del reclamo administrativo previo, exceptuando, según el artículo 32, en su inciso b, el reclamo de “daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual”.

Pero más allá de admitir, aun con la exigencia de reclamo administrativo previo –hoy superado en la responsabilidad extracontractual–, las demandas contra el Estado sin la venia legislativa previa, la norma fijó el carácter declarativo de los pronunciamientos judiciales.

El artículo 7º dispone que “Las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda”.

Esta cláusula recibió una aguda crítica doctrinaria.

Bianchi entendió que si bien pudo nacer constitucional por ser superadora de la venia legislativa, se había tornado inválida, dado que la actividad del Estado era muy distinta en 1900 que a partir de me-

¹¹ Artículo 2º. El artículo 4º fija los plazos para la contestación de demanda y excepciones dilatorias.

diados del siglo pasado, donde comenzó a tener un rol más activo y un desarrollo cuantitativamente mayor¹².

Según este destacado iuspublicista, la inconstitucionalidad se basa fundamentalmente en el desequilibrio que genera en la división de poderes, al permitir que la administración se sustraiga de las órdenes emitidas por la judicatura; y en la afectación del derecho de propiedad del particular alcanzado por la actividad estatal¹³.

Durante el transcurso de los años, la jurisprudencia de los tribunales va a efectuar verdaderos avances en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad estatal, admitiéndola no sólo en el campo contractual, sino también en el ámbito extracontractual, por actividad lícita como por actividad ilícita, y no sólo por actos u omisiones de la administración, sino incluso por actos legislativos y judiciales.

Esta evolución fue originalmente acompañada en la faz de ejecución de sentencias.

En la causa “Pietranera”¹⁴ la Corte dijo que “la regla del artículo 7º de la ley 3952 ha de entenderse en su significado cabal. Su propósito no es otro que evitar que la Administración Pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración Pública. Desde ese punto de vista la norma aludida es razonable. Pero en modo alguna significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. Ello importaría tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por su respeto. Por ello ha dicho este tribunal que el artículo 7º de la ley 3952 no descarta la pertinencia de una intervención judicial tendiente al adecuado acatamiento del fallo, en el supuesto de una irrazonable dilación en su cumplimiento por la Administración Pública”.

¹² Es indudable que el aparato burocrático del Estado liberal del siglo XIX es considerablemente menor que el del Estado de bienestar que comienza a desarrollarse a partir de mediados del siglo XX.

¹³ BIANCHI, Alberto, *Inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 7º de la ley de demandas contra la Nación*, en E. D. 118-827.

¹⁴ CS, 7-9-66, “Pietranera, Josefa y otros c/Nación”, *Fallos*: 265:291.

Consecuencia de ello confirmó la decisión del *a quo* que había intimado al Estado a que fijara el plazo en el que cumpliría la manda judicial, agregando que en caso de que no lo hiciera, sería fijado judicialmente.

Sin embargo, todos esos avances fueron contrarrestados con el dictado de normas de emergencia que permiten al Estado postergar, de una manera irrazonable, el cumplimiento de sus obligaciones, y quitan a las decisiones judiciales toda imperatividad. Lo grave es que estas inconstitucionalidades fueron avaladas por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

4. Las emergencias económicas

Antes de analizar de qué manera el Estado ha postergado el cumplimiento de sus obligaciones es importante tratar de precisar en qué consiste la emergencia, dado que se trata de un concepto poco claro, que relacionado con el estado de necesidad, se ha delineado no en cuanto a sus características, sino en cuanto a los requisitos que deben cumplirse para que las medidas que se adopten en su consecuencia sean viables.

En Argentina, el estado de necesidad –con la consiguiente legislación de emergencia– ha sido constantemente invocado por los distintos gobiernos para el dictado de normas que han avasallado los derechos individuales (a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde los casos de necesidad sólo se aceptan cuando “causas físicas” –como terremotos u otros desastres naturales– provocan una situación excepcional).

En nuestro país este instituto fue utilizado para referir a situaciones donde la inoperancia de los gobernantes creaba un peligro general que requería el sacrificio de ciertos sectores o de la sociedad toda.

Se acepta que el propio Estado (sea nacional o en algunos casos también provincial) invoque su torpeza, se coloque por impericia o intencionalidad en esa situación y consecuencia de ello se restrinjan los derechos individuales.

Aunque se han puesto ciertos límites a estas invocaciones, ellos han sido totalmente insuficientes y no fue analizada con precisión la verdadera situación de emergencia.

Precisamente Sagiés alerta que el mayor peligro de estas invocaciones es que sean espurias¹⁵.

En tal sentido la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de tributos cuando ha considerado que tal invocación era inexistente¹⁶.

Además exigió, en abstracto, que se cumplan ciertos requisitos cuando se trata de restricción al ejercicio normal de derechos patrimoniales tutelados por la Constitución, tales como la razonabilidad, la limitación en el tiempo, que consista en un remedio a la grave situación excepcional y que no provoque la mutación en la sustancia o esencia del derecho reconocido¹⁷.

Como veremos al analizar las distintas leyes de consolidación, estas pautas no están presentes en su regulación.

En efecto, el principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar la validez y la vigencia del producto normativo, lo que exige que el “medio” escogido para alcanzar un fin válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin; o que haya una “razón” valedera para fundar el acto de poder en cuestión.

La ley 23.696, del 18 de agosto de 1989, de reforma del Estado, suspendió por dos años la ejecución de las sentencias dictadas contra el Estado nacional, entidades descentralizadas y autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado o con participación estatal mayoritaria y demás entes mencionados en su artículo 1º, que implicaran condenas de dar sumas de dinero¹⁸.

¹⁵ SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 228.

¹⁶ Doctrina de la causa “Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía”, del 6-6-95, *Fallos*: 318:1154.

¹⁷ CS, 17-3-98, “Lavandera de Rizzi, Silvina c/Instituto Provincial de la Vivienda”, *Fallos*: 321:441; 13-8-98, “Gutiérrez, Alberto c/Ferrocarriles Argentinos s/Daños y perjuicios”, *Fallos*: 321:1984.

¹⁸ El artículo 50 dice: “Suspéndese la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales que condenen el pago de una suma de dinero dictadas contra el Estado Nacional y los demás entes descriptos en el artículo 1º de la presente ley por el plazo de dos (2) años a partir de la fecha de vigencia de la presente ley. Quedan comprendidas en el régimen establecido en el presente Capítulo tanto las sentencias condenatorias dictadas contra el Estado Nacional y los entes mencionados en la primera parte de este artículo, en causas promovidas por las provincias y/o municipalidades, como aquellas sentencias pronunciadas en juicios que hubiera deducido el Estado Nacional

El 22 de agosto de 1991 se dictó la ley 23.982, que consolidó las obligaciones del Estado nacional, vencidas o de causa o título anterior al 1º de abril de 1991, que consistieran en el pago de sumas de dinero, si éstas provienen, entre otras, de créditos surgidos consecuencia de pronunciamientos judiciales¹⁹, los que pasaban a tener carácter meramente declarativo²⁰, tanto respecto al Estado central como de entidades descentralizadas, entidades autárquicas, empresas del Estado, e, incluso, la Municipalidad de Buenos Aires²¹.

Se creó un complejo sistema para la percepción de las acreencias, que debía ser completado por la regulación administrativa.

El Congreso fijaba anualmente los créditos que serían asignados para el pago de las obligaciones. Establecía un orden de prelación, primero sobre la calidad de los créditos (deudas previsionales, otras obligaciones alimentarias, los créditos por daños a la vida o a la salud –todos ellos hasta los límites fijados en la ley–, saldos indemnizatorios controvertidos por causa de expropiación, repetición de impuestos, etc.), y luego sobre el tiempo en que hubiesen quedado firme.

El acreedor no tenía entonces certeza alguna de cuándo podía cobrar su crédito, pero contaba con la posibilidad de suscribir bonos de consolidación, emitidos a un plazo de 16 años²².

contra las Provincias y/o Municipalidades. Este Capítulo será aplicable en jurisdicción provincial en aquellos casos en que se produzca la adhesión prevista en el artículo 68 de la presente ley. Quedan comprendidas en el régimen del presente Capítulo, las ejecuciones que pudieran promoverse por cobro de honorarios y gastos contra cualquiera de las partes en los juicios contemplados en el presente artículo”. Por su parte, el artículo 52 establecía forma de cumplimiento pasados esos dos años, al prescribir: “Vencido el plazo del artículo 50 de esta ley, el juez de la causa fijará el término de cumplimiento de las sentencias o laudo arbitral, previa vista al organismo demandado, para que indique el plazo de cumplimiento. En ningún caso ese organismo podrá fijar un plazo mayor al de seis (6) meses. Si dicho organismo no contestare la vista o indicare un plazo irrazonable conforme con las circunstancias de la causa el término para el cumplimiento lo fijará el juez”. Esta norma no llegó a aplicarse por el dictado de la Ley de Consolidación 23.982.

¹⁹ Art. 1º, inc. c.

²⁰ Art. 3º.

²¹ Art. 2º.

²² Estos bonos requerían todo un procedimiento administrativo, que, además de ser complejo, la administración no finalizaba nunca, por lo que debía ser, en muchos

Para las obligaciones de causa o título posterior, el artículo 22 expresaba que “A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Poder Ejecutivo nacional deberá comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes de obligaciones de causa o título posterior al 1º de abril de 1991 que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento. El acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo”.

Sin embargo, la Ley 24.624 de Presupuesto para el ejercicio de 1996 en su artículo 19 declaró inembargables los fondos del Estado nacional, de cualquier naturaleza. Consecuencia de ello, quien obtiene sentencia firme, si no existe crédito presupuestario asignado para atender el reclamo (lo que, de más está decir, nunca existe), debe efectuar las previsiones necesarias para su inclusión en el ejercicio siguiente.

Esa previsión se realiza siempre que el crédito se encuentre firme (lo que implica planilla aprobada) antes del 31 de agosto de cada año.

Si no alcanzan los fondos presupuestados, el pago puede ser diferido un año más²³.

Debe remarcarse que estas normas se encuentran plasmadas en una ley de presupuesto.

Uno de los aspectos que mayor controversia provoca es la redacción de normas extrañas a la materia presupuestaria (como lo que aquí ocurre, donde se incluyen leyes de procedimiento y ejecución de sentencias).

Cabe preguntarse si estas cláusulas, totalmente extrañas al presupuesto, tienen algún valor.

La doctrina mayoritaria les niega validez.

Bidart Campos entendía que “la ley de presupuesto no puede alterar ni modificar el derecho vigente, ni hacia atrás (para no afectar derechos

casos, conminada mediante la aplicación de astreintes a fin de que cumpliera con la entrega de bonos, lo que muchas veces ocurría después de varios años. Ver al respecto ABREBAYA, Alejandra Débora, *Responsabilidad civil del Estado*, Abeledo-Perrot LexisNexis, Buenos Aires, 2003, ps. 380 y ss.

²³ Art. 20.

adquiridos) ni hacia delante (porque al regular materia que no puede regular traspasa el principio constitucional de legalidad) [...] su carácter anual implica impedir que se le incorporen disposiciones que recaigan en normas vigentes o que revistan carácter permanente; la materia propia del presupuesto también impide que, aun para el ejercicio anual presupuestario, se incluyan normas que regulen materias ajenas a lo que es la previsión de recursos o ingresos, y de gastos o egresos, lo que claramente significa vedar que, aun para el año en curso, puedan crearse o modificarse tributos o cualquier otro tipo de ingresos al tesoro”²⁴. Por su parte, Mertehikian afirma que incorporar normas permanentes en leyes de presupuestos “no sólo no es de correcta técnica legislativa, sino que –y más gravemente aún– dada su escasa difusión y el interés que despierta por el contenido usual de sus normas, se cumple de un modo extremadamente ficto con el requisito de la debida publicidad de los actos de gobierno, como postulado esencial del Estado de Derecho”²⁵.

Diversas constituciones provinciales prohíben el dictado de cláusulas extrañas en la ley de presupuesto. Tales son los casos de Catamarca²⁶, Salta²⁷, San Juan²⁸, San Luis²⁹ y la Ciudad de Buenos Aires³⁰. En el caso de Santa Cruz, se efectúa una limitación parcial³¹.

²⁴ BIDART CAMPOS, G. J., *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 372.

²⁵ MERTEHIKIAN, Eduardo, *Las leyes de presupuesto del Estado y la modificación del orden jurídico en un auspicioso fallo*, en L. L. 1997-B-361.

²⁶ Art. 110, inc. 1º: “Fijar anualmente el presupuesto de gastos y cálculo de recursos. La Ley respectiva no podrá contener, bajo pena de nulidad, disposición ajena a la materia”.

²⁷ Art. 68, 3º párr.: “El presupuesto no contiene disposiciones creadoras, derogatorias o modificatorias de otras normas”.

²⁸ Art. 110: “La administración económica y financiera del Estado provincial se rige por el presupuesto que aprueba la Cámara de Diputados. En dicha ley no pueden constar disposiciones ajenas a la materia presupuestaria ni a su aplicación”.

²⁹ Art. 92: “...La ley de presupuesto no puede contener disposiciones por las cuales se modifiquen, sustituyan o deroguen leyes, o normas de éstas”.

³⁰ Art. 53, 4º párr.: “La ley de presupuesto no puede contener disposiciones de carácter permanente, ni reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros recursos”.

³¹ Art. 42: “La Cámara sancionará un código fiscal comprensivo de todas las leyes tributarias. Las leyes anuales de presupuesto no contendrán disposiciones que modifiquen la legislación fiscal”.

A su turno, la Ley 24.156 de Administración Financiera establece en su artículo 20 que “Las disposiciones generales constituyen las normas complementarias a la presente ley que regirán para cada ejercicio financiero. Contendrá normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto del que forman parte. En consecuencia, no podrán contener disposiciones de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos”. Claro que esta norma es una autolimitación impuesta por el Congreso que puede ser dejada sin efecto en la redacción de cláusulas insertas en el mismo presupuesto.

En “Zofracor” la Corte dijo que esta autolimitación, “aprobada por la doctrina administrativa, no justifica constitucionalmente la descalificación de la expresión legislativa dirigida a modificar, derogar o aprobar normas que, por lo demás, se relacionan de alguna manera con impuestos, tasas y materias afines a las rentas públicas [...] este tribunal ha rechazado la existencia de violación constitucional en la práctica de incluir en la ley de presupuesto la regulación de cuestiones atinentes a la organización de los partidos políticos (*Fallos*: 318:567, consid. 12), si bien ha destacado las objeciones que tal práctica merece desde el punto de vista de la técnica legislativa”³².

A nuestro modo de ver, a nivel nacional, nada impide que se introduzcan normas de diversa índole en la ley de presupuesto, aun cuando este “contrabando” sea merecedor de grandes reproches, no sólo por la deficiente técnica legislativa utilizada, que dificulta el conocimiento de las cláusulas modificadas, sino incluso porque busca esconder, bajo una ley ómnibus, modificaciones que de realizarse mediante la legislación común no serían habitualmente aprobadas o implicarían un gran costo político para sus promotores.

Sin embargo, aun cuando tales modificaciones puedan ser válidas, no debe olvidarse que la ley de presupuesto es una ley de duración anual. Finalizado el año pierden vigencia sus disposiciones. Esa misma suerte corren las cláusulas extrañas incorporadas en el presupuesto, a menos que contemplen expresamente una duración diferente³³.

³² *Fallos*: 325:2394, consid. 10.

³³ Ver *Organización constitucional del poder* cit., t. 1, ps. 491 y ss.

Así lo entendió la Corte Suprema en diversos precedentes³⁴.

Pese a ello, en el caso que nos ocupa, este sistema de cumplimiento de las decisiones judiciales por parte del Estado se sigue aplicando, aun cuando la ley de presupuesto referida perdió virtualidad en el año 1997.

Incluso el Congreso, por ley 25.973, declaró “aplicable en beneficio de las provincias, los municipios y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en relación a los fondos públicos que le pertenecen, el régimen de inembargabilidad establecido por los artículos 19 y 20 de la ley 24.624 y sus normas complementarias, o las que en el futuro las sustituyan”, norma a la cual diversas provincias han adherido³⁵.

Todo este sistema restrictivo se agravó más aún cuando el 14 de noviembre de 2000 se declaró nuevamente en emergencia la situación económica financiera del Estado nacional, por medio de la ley 25.344.

En lo que a juicios refería, se suspendían todos los plazos hasta que fuera notificada la Procuración del Tesoro Nacional de la existencia de los juicios en los que el Estado ya estaba participando³⁶.

Esta ley consolidaba, con el mismo alcance descrito en la ley 23.982, las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31 de marzo de 1991 y anteriores al 1º de enero de 2000.

Pese a que habían pasado más de 9 años de la ley 23.982, reconocía que aún se encontraban pendiente de entrega los bonos de consolidación de aquella normativa³⁷.

³⁴ En la causa “Ojeda”, en 1941, entendió que “por regla general y salvo categórica manifestación contraria, debe entenderse que una ley anual, como es la de presupuesto, sólo modifica a una ley orgánica y permanente, como la ley 4707, durante el término de vigencia de aquella” (“Ojeda, Raúl c/Nación”, *Fallos*: 190:291). El mismo criterio, 10 años después, fue expresado en “Espil” al decir que “en principio, debe entenderse que una ley anual en el caso, la de presupuesto del año 1911, sólo modifica a una ley orgánica y permanente como lo es la 4707, durante el término de vigencia de aquella” (“Espil, Alcides Bernardo c/Nación”, *Fallos*: 224:452).

³⁵ La Provincia de Santa Fe lo hizo por medio de la ley 12.036.

³⁶ Art. 6º.

³⁷ El artículo 13, en su cuarto párrafo, dice: “Quedan excluidas de la presente ley las deudas previsionales consolidadas por la ley 23.982 que aún no hubieran recibido los Bonos de Consolidación ordenados en dicha ley. Dichas deudas al término de su proceso administrativo o judicial serán pagadas con los Bonos establecidos en la ley 23.982”.

El cumplimiento de las obligaciones se difería “en un plazo máximo de dieciséis (16) años para las obligaciones generales y de diez (10) años para las obligaciones previsionales originadas en el régimen general”³⁸.

La norma ampliaba el margen de discreción del Poder Ejecutivo al permitirle reglamentar el límite mínimo de edad para quedar excluido de la consolidación o disponer esa excepción “cuando mediaren circunstancias excepcionales vinculadas a situaciones de desamparo e indigencia en los casos en que la obligación tuviere carácter alimentario”³⁹.

Es indudable que este régimen lejos se encuentra de ser razonable.

Postergar el cobro de una acreencia por más de 16 años, no ya desde que se encuentra la sentencia firme, sino incluso mucho después, una vez que las partes han cumplido con una serie de requisitos administrativos engorrosos y que dejan en mano de burócratas la determinación de las condiciones exigidas para la entrega de los bonos, desnaturaliza la sustancia del derecho de propiedad.

Así, quien inicia una demanda judicial contra el Estado tiene que transitar un proceso judicial que difícilmente le lleve menos de 5 años (tiempo en el cual la administración puede prever perfectamente el modo de cumplir esa obligación), luego iniciar un farragoso procedimiento administrativo para obtener el reconocimiento de su acreencia (de varios años por delante), para finalmente recibir bonos que cancelarán su deuda en un plazo de 16 años.

Todo ello porque diferentes gobiernos no han administrado adecuadamente los recursos del país, a veces por impericia, y otras porque se han beneficiado precisamente con esa “mala” administración.

En definitiva, quien sufre un perjuicio en manos del Estado es probable que deba esperar más de 25 años para ver parcialmente reparado su derecho.

Lo más grave es que nuestro máximo tribunal ha convalidado estas situaciones.

En efecto, en diversos precedentes admitió la constitucionalidad

³⁸ Art. 14.

³⁹ Art. 18.

de las leyes de emergencias que postergaban en el tiempo, y de manera discrecional, el cumplimiento de las obligaciones, interpretando incluso, de manera amplia, situaciones que tendrían que tener una consideración especial.

En “Videla Cuello”, con motivo de la ejecución de honorarios contra la Provincia de La Rioja, la cual había adherido a la ley 23.696 de reforma del Estado, la Corte rechazó el carácter alimentario de los honorarios profesionales, considerando que siguen la misma suerte que el crédito principal, y tuvo por válida la postergación en el tiempo de la ejecución.

Entendió que cuando se invoca un estado de emergencia, la suspensión dispuesta en el artículo 50 de la ley 23.696 “es uno de los recursos válidos que aquel poder comprende: el plazo de dos años que el precepto prevé no ha sido tachado de irrazonable y no hay circunstancia alguna de la que quepa inferir que es desmesurado y no se ajusta a las exigencias de la política trazada y al logro de los objetivos del legislador, los cuales, por lo demás, son esencialmente públicos y guardan relación inmediata con la preservación del interés nacional”⁴⁰.

En “Hulytego”⁴¹, también ante la declaración de inaplicabilidad de la ley 25.344 a los honorarios profesionales, la Corte remitió al dictamen del procurador, que se limitó a admitir la validez del régimen simplemente porque se invocó la emergencia económica, sin analizar su razonabilidad en la situación concreta. En el caso, los honorarios habían sido depositados por el Estado nacional, según el procedimiento establecido en el artículo 22 de la ley 23.982, pero el juzgado todavía no había librado la orden de pago respectiva, por lo que se privó al abogado del cobro de su acreencia, que pasó al régimen de consolidación.

Posteriormente, en “Lapadu”, la Corte reafirma la validez de la normativa de emergencia contenida en las leyes 23.982 y 25.344, dejando sin efecto una decisión de los tribunales inferiores que había

⁴⁰ CS, 27-12-90, “Videla Cuello, Marcelo (sucesión) c/Provincia de La Rioja s/Daños y perjuicios”, *Fallos*: 313:1638.

⁴¹ CS, 16-11-2004, “Hulytego SA c/Fisco Nacional. Dirección General Impositiva”, *Fallos*: 327:5029.

declarado la inconstitucionalidad de oficio de la ley 25.344 y el decreto reglamentario 1116/2000. En este precedente el crédito del actor, que había sido alcanzado por la ley 23.982, se encontraba previsionado para el ejercicio del año 2000, pero al momento de tener que percibirlo fue nuevamente consolidado por la ley 25.344.

El tribunal cimero, si bien reafirmó la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las normas de oficio, dijo que “la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y en caso de duda debe estarse por su constitucionalidad. Sólo debe acudir a aquélla cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable. Es por ello que los tribunales de justicia deben imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes”⁴².

Más cercano en el tiempo, en la causa “Navarta”⁴³, la Corte remite nuevamente al dictamen de la procuración y deja sin efecto la decisión de los tribunales inferiores que rechazaban las impugnaciones a la planilla por la forma de calcular los intereses, validando nuevamente el sistema de consolidación de la ley 23.982.

5. Consideraciones finales

Si tenemos que resumir el procedimiento de ejecución de sentencias contra el Estado nacional, vemos que si ésta es de causa o título anterior al año 2000, no puede ser ejecutada. Es necesario que el damnificado, luego de ganar su juicio, inicie los trámites administrativos, que le demandarán varios meses, incluso años, para la obtención de bonos que cancelarán su deuda en un plazo de 16 años.

Si se trata de deudas posteriores, deberá ir al presupuesto del año siguiente, siempre que pueda tener su planilla aprobada antes del 31

⁴² CS, 23-12-2004, “Lapadu, Oscar Eduardo c/Estado Nacional (Dirección Nacional de Gendarmería) s/Daños y perjuicios”, *Fallos*: 327:5723.

⁴³ CS, 5-5-2009, “Navarta, José Américo c/Banco Central de la República Argentina”, *Fallos*: 332:979.

de agosto. Y en ese tiempo debe encomendarse a la Gracia Divina a fin de que no le dicten una nueva ley de consolidación y lo posterguen de 15 a 20 años más.

Semejantes procedimientos son totalmente disparatados porque desnaturalizan los derechos en juego.

Tratar al Estado en juicio de manera diferente a los particulares no necesariamente es inconstitucional, porque el Estado tiene sus diferencias con las demás personas.

En ese contexto, las diferencias tienen que ser razonables y no deben apoyarse en inadmisibles privilegios para quien dicta el derecho, que debe precisamente ser el primero en someterse a las reglas de juego que fija.

Admitir que un crédito reconocido por sentencia firme pueda ser postergado al próximo ejercicio fiscal, a fin de permitir una mayor ordenación de las cuentas públicas, no necesariamente es inválido. Pero ello sí, como toda restricción ventajosa para una de las partes, debe ser adecuadamente limitada.

Así, si la sentencia adquiere firmeza antes de la aprobación del presupuesto por parte del Congreso, no puede admitirse la dilación a años posteriores porque la planilla no ha sido definitivamente aprobada, cuando nada quita la posibilidad de prever la partida adecuada para atender esa situación.

A su vez, incorporada la partida al presupuesto, es inconcebible que los pagos se realicen varios meses entrado el año, cuando se pueden cumplir las obligaciones dentro del primer trimestre.

En todos los supuestos es necesario que se prevea una adecuada compensación por intereses y actualización, máxime en una economía inflacionaria como la existente.

Fundamentalmente, es imprescindible la existencia de reglas claras, que no posterguen indefinidamente en el tiempo el cobro de las acreencias, y que no dejen un importante grado de discrecionalidad al funcionario encargado de cumplir las órdenes judiciales, dado que ello permite un sistema clientelístico y corrupto que no sólo atenta contra los intereses del particular afectado, sino contra la Nación toda y nuestro objetivo de consolidar una verdadera República.

LA POSIBILIDAD DE DISCUTIR CUESTIONES CAUSALES EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS

por MARCELO EDUARDO VEDROVNIK

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los antecedentes del caso resuelto. 3. La cuestión procesal y cambiaria.

Resumen

En el presente artículo, intentamos debatir ideas que refieren a la posibilidad de discutir algunas cuestiones que exceden la formalidad de un título valor, aun en el acotado marco cognoscitivo del juicio ejecutivo. Ello analizando una resolución judicial, que ponderó cuestiones “causales” reseñadas por el actor de dicho juicio y posibilitó adentrarse en esa temática.

Abstract

In this paper, we intend to discuss ideas that refer to the possibility to discuss some aspects that go beyond the formalities of a credit claim, even in the limited framework of the executive judgment. We do this by analyzing a judicial resolution, which highlighted issues as “causal” by the plaintiff and allowed him to study this field thoroughly.

1 Introducción

La cuestión que analizamos, y que se encuentra abordada en el

fallo que seguidamente citaremos, nos permite reflexionar sobre una cuestión que, no por reiterada, ha perdido vigencia, y mucho menos por ello debemos suponer es susceptible de una solución única, estricta e inamovible.

En efecto, el fallo dictado en autos “Ferrari, Ariel Horacio c/Trapanotto, Antonio Felipe s/Ejecutivo” (expte. 58.710/2008) por la Sala C de la Cámara Nacional de Comercio el 7 de diciembre de 2010, nos permite analizar si es posible, en el marco de un juicio ejecutivo, discutir cuestiones que exceden al título cuya ejecución se pretende, y que, como contrapartida, han pactado las partes al momento de celebrar el contrato que las unió y que ahora, incumplido, motiva la presente ejecución.

Debemos reseñar que la sentencia dictada en primera instancia en la cuestión que nos ocupa había rechazado las excepciones opuestas por el demandado –tesis que podríamos denominar “restrictiva u ortodoxa”– y, en consecuencia, había mandado seguir adelante la ejecución contra el accionado, desestimando, lo reiteramos, las excepciones de incompetencia y de inhabilidad de título propuestas por la demandada.

La Cámara con el voto de sus tres integrantes revoca el fallo haciendo lugar a la excepción de incompetencia planteada por el accionado –tesis que podríamos llamar “amplia”– que coincide, teniendo en consideración la base fáctica, con nuestra opinión.

2. Los antecedentes del caso resuelto

Del análisis del fallo que glosamos se desprende que los pagarés, cuya ejecución pretendió el actor en el juicio ejecutivo que iniciara, habían sido librados a fin de garantizar el cumplimiento de un contrato de mutuo celebrado entre las mismas partes.

En efecto, como muchas veces suele ocurrir, verbigracia en la operatoria de las entidades financieras, el actor sin perjuicio de celebrar el contrato real de mutuo con su deudor, simultáneamente le hace suscribir títulos de crédito –en nuestro caso, pagarés– a fin de dejar documentada la deuda y para el supuesto de incumplimiento, poder

acceder a la vía ejecutiva, ventaja procesal que no tendría en el caso de contar sólo con el contrato de mutuo.

Así, las cuotas que debe pagar el deudor y que surgen del referido acuerdo contractual dan lugar a la emisión de tantos pagarés como cuotas haya, con sus vencimientos respectivos y por el importe de cada una de ellas.

Más aún, en la actividad bancaria es frecuente observar que de modo más gravoso para el deudor se crea un único pagaré, con vencimiento a la vista, por el total de la deuda, facultando al acreedor frente al incumplimiento de una cuota, a demandar el total adeudado por la vía ejecutiva.

Sin adentrarnos en el análisis de si esto está bien o no, si resulta abusivo o no, si existe un fraude procesal o legal, nos limitamos a reconocer que esta práctica acontece con mucha más frecuencia que la imaginada.

Es evidente que el acreedor se beneficia con esta práctica pues no sólo obtiene un título ejecutivo para documentar una acreencia que *ab origine* no tenía tal virtualidad, sino que también obtiene como ventaja que al ser el vencimiento de la cambial a la vista, puede exigir contra la presentación del pagaré el pago del total adeudado, sin respetar los vencimientos (cuotas) pactados originariamente.

Sí debemos tener presente que en nuestro Derecho, como en muchas otras legislaciones, la creación de un título cambiario no modifica la relación subyacente, ni causa novación en ella según lo dispone el artículo 813 del Código Civil¹.

También en tren de hipótesis podemos agregar –si bien excede la tarea que nos convoca– que en muchas ocasiones esos pagarés, librados a los efectos que comentamos, pueden circular y llegar a manos de terceros poseedores de buena fe que en la mayoría de los casos ignorarán las causas de su emisión.

Pero en el que nos ocupa y pretendemos analizar, ello no aconteció, lo que no constituye un tema menor.

Las partes del litigio son el acreedor (mutuante, beneficiario del

¹ DASSEN, J., *Efectos de la emisión de un título cambiario sobre la relación jurídica originaria*, en *Estudios de Derecho Privado y Procesal Civil*, ps. 233 y ss.

pagaré) y el deudor (mutuario, suscriptor del cartular), no hay terceros de buena fe que hayan recibido por endoso el título que nos ocupa.

Debemos recordar que según nos enseña el maestro Vivante, el título de crédito es el “documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo”².

Con esta célebre definición, el autor pone de resalto caracteres fundamentales del título de crédito, entre los que se destacan: la necesidad, la literalidad y la autonomía.

Éstos son caracteres aplicables a todos los títulos de créditos, y como el lector no desconocerá, existen otros que se aplican sólo a algunos de ellos, verbigracia, la abstracción.

La abstracción cambiaria está regulada en el Derecho común y a ella hace alusión el artículo 212 del Código de Comercio³.

En efecto, la abstracción cambiaria sólo se considera en cuanto el título entra en circulación, es decir, cuando coloca en vinculación a dos personas no alcanzadas por la relación subyacente o fundamental, que no han contratado entre ellas, encontrándose una frente a otra por la sola virtud del título⁴.

Ahora bien y adentrándonos en la temática que nos ocupa, el demandado fundamentó la excepción de incompetencia planteada en lo dispuesto en la cláusula sexta del ya referido contrato de mutuo que celebraran las partes y que textualmente rezaba: “Las partes acuerdan que ante toda controversia, discrepancia, desavenencia, reclamo, por cualquier cuestión, sea cual fuere su índole o naturaleza relativa a la interpretación, validez, invalidez, calificación, aplicación y/o alcance acerca del cumplimiento, incumplimiento, ejecución total o parcial, en cualquiera de sus aspectos; o con motivo o en ocasión de rescisión, resolución, conclusión o cualquier otra contingencia que se relacione directa o indirectamente con el presente contrato, sus anexos, y/o complementos, como así también la indemnización por daños y perjuicios resultantes de los mismos se comprometen a concurrir al Centro de

² VIVANTE, Cesare, *Trattato de Diritto Commerciale*.

³ Ver en ese sentido, YADAROLA, M., *Títulos de crédito*, Tea, Buenos Aires, 1961, p. 185.

⁴ Arg. art. 212 del Cód. de Com.; GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, t. 2, ps. 251/252.

Mediación del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que las asista en un proceso de negociación que se realizará en base a las normas del Reglamento del Centro que las partes aceptan”.

En concreto, el demandado pretendió la aplicación de esta pauta contractual, que en el acuerdo negocial que las partes celebraron oportunamente, y que no resultó novado ni extinguido con la emisión de los pagarés base de la ejecución, determinó qué requisitos se debían cumplir frente a la existencia de algún conflicto entre ambas.

Así las partes habían convenido, frente al incumplimiento o a alguno de los supuestos que supra enumeramos, que previamente debían acudir a un proceso de mediación ante el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, y no acudir derechamente como lo hizo la actora a los tribunales de justicia.

La pregunta fundamental que debemos formularnos es si considerando que se están ejecutando títulos de créditos, a los que se les aplican los principios que ya hemos mencionado, y en el caso particular, pagarés que ostentan además la ya referida característica de su abstracción cambiaria, puede discutirse en el acotado marco cognoscitivo que caracteriza a un juicio ejecutivo, una cuestión que podríamos denominar “causal” que surge no de los pagarés sino del contrato de mutuo, referida a la competencia para la ejecución de los mismos.

Pero ese interrogante, y es aquí donde debemos elogiar la doctrina emanada del fallo que nos ocupa, no lo podemos responder sin considerar las características del caso en el cual el mismo se dictó, pues de lo contrario, haríamos una interpretación mecánica, ortodoxa y acrítica de leyes y principios que sin lugar a dudas, nos llevaría a una incorrecta aplicación del Derecho vigente.

3. La cuestión procesal y cambiaria

Para poder intentar dar adecuada respuesta al interrogante que formulamos, debemos determinar si la imposibilidad de debatir cuestiones causales en el marco de una ejecución de pagarés es un impedimento derivado de la naturaleza cambiaria de la obligación asumida por el

firmante, o una cuestión estrictamente procesal, vinculada a las características del trámite del juicio ejecutivo.

Ello entre otras cuestiones, porque sabido es que la acción cambiaria puede hacerse valer en el marco de un juicio ordinario, si tal fue la opción escogida por el actor, que siempre puede optar por la vía más amplia de conocimiento.

Entonces, por ejemplo, si entendemos que la imposibilidad de discutir cuestiones causales viene impuesta por la naturaleza cambiaria de la relación existente entre partes, concluiremos que, sea que la cuestión se debata en el trámite de un juicio ordinario o ejecutivo, las mencionadas defensas no serán procedentes.

Por otro lado, si afirmamos que tal imposibilidad se fundamenta exclusivamente en una cuestión procedimental, la respuesta será obviamente diferente.

Nosotros afirmamos sin hesitación alguna, que existe imposibilidad de discutir cuestiones causales en la ejecución de títulos de crédito, tanto en juicio ejecutivo como ordinario, cuando quienes estén enfrentados sean obligados mediatos, por ejemplo, el librador del pagaré con un endosatario de buena fe.

La circulación de los títulos valores –no por casualidad autores como Celestino Araya los denomina títulos circulatorios– impone tal solución, pues si afirmamos que estos títulos se encuentran destinados a circular, de manera rápida, segura y eficaz, debemos proteger al tercero de buena fe y no someterlo a las vicisitudes de cuestiones causales en las cuales no tuvo intervención.

Así se ha dicho: “El endoso se comporta como negocio abstracto, al igual que la aceptación, pues se halla jurídicamente desvinculado de la causa o relación fundamental por la cual se extendió. Es decir que sus efectos cambiarios se determinan prescindiendo de las relaciones económicas extracambiarias que quien firma y entrega el título –el endosante– y quien recibe el título endosado a su favor –el endosatario– pudieran tener establecidas”⁵.

Y también: “El endoso se vincula a un negocio o relación fundamental –relación de valuta o moneda– que puede ser una relación

⁵ GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Instituciones de Derecho Cambiario*, t. II-A, p. 431.

cualquiera de deuda, del endosante frente al endosatario. Dicho negocio o relación, mientras es decisiva tratándose de la acción de regreso que el endosatario ejerce contra (su) endosante, no es invocable en las relaciones entre sujetos que no sean partes directas en la circulación de la letra, en tales relaciones se manifiesta el carácter (o comportamiento) abstracto del endoso”⁶.

Ahora bien, cuando quienes se enfrenten sean obligados cambiarios inmediatos, verbigracia, librador-beneficiario, endosante-endosatario, etcétera, sin lugar a dudas que la cuestión causal en lo estrictamente vinculado a la relación cambiaria podrá emerger entre esas partes, pues ellos no pueden negar ni desconocer la causa que los vincula y no se trata aquí de proteger a la circulación –que no existió– ni al tercero de buena fe, como premisa fundamental que caracteriza la creación de estos títulos.

Y en ese contexto nos interrogamos: ¿Por qué no podrá discutir el librador del cheque con el beneficiario de ese título una cuestión que hace al contrato de permuta que motivó la creación del título?

¿Por qué no podrá hacerlo el endosante cuando opine que el endosatario incumplió el contrato de compraventa que las partes celebraron previamente, siendo que el pago del precio quedó documentado en el pagaré que ahora pretende ejecutarse?

Y respondemos que no existe una razón derivada del Derecho Cambiario que impida tales discusiones; sólo se trata de una cuestión procesal, pues en el ámbito del Código de rito nacional dicha prohibición surge del artículo 544 y en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de nuestra Provincia de Santa Fe, dicha veda surge de lo dispuesto en el artículo 475 de ese ordenamiento.

Y nos interrogamos: ¿Es esa prohibición absoluta y sin ningún tipo de consideración a los hechos del caso?

Pues en el fallo que glosamos surge con claridad que el actor en oportunidad de promover su demanda refirió a la existencia del mutuo originalmente celebrado entre las partes, y respecto del cual, para garantizar el pago de las cuotas acordadas, se libraron los pagarés que ahora se ejecutan.

⁶ MESSINEO, Francesco, *I titoli di credito*, t. VI, p. 335.

De modo tal que según la propia descripción del actor, éste pudo haber optado por ejecutar el contrato de mutuo incumplido –seguramente por vía ordinaria– o los pagarés librados a efectos de documentar el pago de las cuotas acordadas mediante el ejercicio de la acción cambiaria, en este último caso, por la vía ordinaria o ejecutiva. Optó por esto último, pero refiriendo a la existencia del contrato de mutuo celebrado entre las partes, en donde, entre otras cosas, se pactó la competencia del centro de mediación para resolver cuestiones controvertidas que pudieran existir entre las partes.

Así planteada la cuestión, resaltando una vez más que fue el propio actor quien voluntariamente anotició al tribunal sobre la existencia y contenido del referido contrato de mutuo, ¿podemos sostener que el juzgador debe hacer caso omiso a tal referencia?

¿Sería lógico que el tribunal se desentienda del acuerdo celebrado por las partes en el sentido de que si surgieran cuestiones controvertidas las mismas deben ser llevadas a conocimiento del Centro de Mediación del Consejo Profesional de Ciencias Económicas y siga adelante con la ejecución, so pretexto de que en los juicios ejecutivos no se pueden discutir cuestiones causales, cuando fue el propio actor quien llevó a conocimiento del juzgador la existencia de dicho acuerdo contractual y la pauta de competencia convenida?

¿Tendría algún sentido dicho proceder del tribunal, a sabiendas de que en el juicio declarativo posterior al que puede recurrir el demandado podría hacer valer tal defensa y tendría posibilidades ciertas de obtener un resultado positivo en su planteo?

Entendemos que no, no sólo por una cuestión vinculada al principio de economía procesal, sino más bien porque entendemos que el juez Civil y Comercial, como director del proceso –y no mero espectador– no puede permanecer incólume frente a afirmaciones que realizan las partes procesales –en el caso que nos ocupa, el propio actor denunció la existencia del contrato– para dictar fallos que luego podrían ser fácilmente revocables.

Nuestro más alto tribunal de justicia nacional ha dicho que: “...el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos capri-

chosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte...”⁷

Pretendemos, como en el caso que nos ocupa, una actuación mucho más comprometida con el proceso por parte de nuestros tribunales, y es por ello que celebramos la existencia de resoluciones judiciales como la que acabamos de reseñar.

Sabemos que nuestra opinión seguramente generará más críticas que adhesiones; si al menos ella ha contribuido a reflexionar sobre la temática que abordamos, nuestro objetivo estará ampliamente realizado.

⁷ Fallos: 306:738; 308:533; 722:932; 311:2193; 314:629; 315:1186; 315:1203 y 320:730, entre otros.

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 27 DE AGOSTO DE 2012 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

