

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA EPOCA  
AÑO LV - NUMERO 48  
2010



**LA LEY**

BUENOS AIRES

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva  
responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la  
opinión de dicha publicación, ni de la Academia Nacional de  
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723  
Todos los derechos reservados  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 4812-9327 y 4815-6976  
(1014) Buenos Aires - Argentina

I.S.S.N. EN TRAMITE  
Registro Nacional de la Propiedad Intelectual EN TRAMITE

## **PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES**

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 – 7 de octubre - 2008*

### SERIE I – ANUARIOS

*Anales – Primera época, N° 1 ( 1915) – Segunda época, N° 1 a 48*

### SERIE II – OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.- *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer ( 2 tomos ).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho – 1925.*

- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.- *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

#### SERIE III – COMUNICACIONES

*Comunicaciones – N° 1.*

#### SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*

- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14- *Sociedad Conyugal.*
- 15- *Teoría y práctica de los contratos.*

#### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

##### SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

*Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio*

Vicepresidente

*Académico Dr. Gregorio Badeni*

Secretarios

*Académico Dr. Jorge H. Alterini*

*Académico Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia*

Tesorero

*Académico Dr. Roberto E. Luqui*

## COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

*Académico Dr. José Domingo Ray*

Vocales

*Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán*

*Académico Dr. Jaime Luis Anaya*



## ACADÉMICOS DE NÚMERO

*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 setiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Biliboni	22 mayo 2008

Dr. José W. Tobías  
Dr. Emilio P. Gnecco  
Dr. Rafael M. Manóvil

José N. Matienzo  
Mariano Moreno  
José María Moreno

25 setiembre 2008  
8 octubre 2009  
8 octubre 2009

## ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María Bidegain

10 setiembre 2009

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dr. Francesco Galgano	Italia	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Juan Agustín García
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan M. Garro
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Juan Álvarez	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dra. Margarita Argúas	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Juan A. Bibloni	Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Hilario Larguía
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Ricardo Levene
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Mario Justo López
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Francisco Canale	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. José N. Matienzo
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. José Luis Murature
Dr. Manuel María Diez	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Luis M. Drago	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Adolfo Orma
Dr. Guillermo Garbarini Islas	Dr. Alberto G. Padilla

Dr. Lino E. Palacio  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)  
Dr. Alejandro Ruzo

Dr. Diego L. Saavedra  
Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
Dr. Raymundo M. Salvat  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. José Manuel Saravia  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Juan B. Terán  
Dr. José A. Terry  
Dr. David de Tezanos Pinto  
Dr. Gastón Federico Tobal  
Dr. Ernesto J. Ure  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Antonio Vázquez Vialard  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Federico N. Videla Escalada  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos



I

INCORPORACIONES





# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (\*)

Asumir la presentación formal del Dr. Emilio P. Gnecco como miembro de nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires constituye para mí un honor y a la vez una explicable satisfacción. Significa para él un motivo de natural orgullo y para sus colegas la oportunidad de revalidar los legítimos títulos que lo ubicaron con justicia en su sitial.

En ocasiones como la que protagonizamos, suele a veces recordarse el origen de las Academias y las circunstancias que las rodean. Creo que es bueno reeditar aquí dicha costumbre, porque nos permitirá mostrar gradualmente algunos de los títulos y personales merecimientos que confluieron para traer junto a nosotros al novel académico.

Hay coincidencia en asociar a Platón con el origen de las Academias. El insigne pensador instaló un gimnasio cerca de la estatua del héroe griego Accademus, creando así una escuela de filosofía, en la que se discutiría con empeño el conocimiento a buscarse. Esos centros de cultura se prolongarían en Egipto con la famosa biblioteca de Alejandría y luego se esparcirían en Europa y, desde el Renacimiento, en la búsqueda de la verdad, el bien común y la belleza, como nos enseñaba en una inspirada exposición el ilustrado académico francés Gabriel de Broglie. (1)

El mismo de Broglie, al preguntarse sobre qué significa ser académico hoy, señala que no busca ganar dinero y agrega que por supuesto ser académico no representa lo mismo para todos: "Para los grandes universitarios es la prolongación de una carrera brillante y existe un parentesco particular y estrecho entre las dos instituciones intelectuales más venerables de cada país. Para los investigadores de cincuenta años se trata de una zambullida en un mundo solemne que no conocen y que están felices de descubrir. Para los artistas, al menos para los que han seguido el recorrido profesional, es

---

(\*) Discurso de recepción del Académico Emilio P. Gnecco, en la sesión pública del 13 de mayo de 2010.

(1) GABRIEL DE BROGLIE: ¿Qué es una academia en el siglo XXI?; Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1908.

una consagración, tal como la entrada en un club. Para los altos funcionarios es un suplemento de dignidad siempre perseguido”.

En este amplio panorama diseñado con la autoridad de un reconocido conecedor de la materia se muestran algunas de las condiciones que ostenta Emilio P. Gnecco para merecer la consagración que hoy celebramos. Pero ellas no se agotan solamente en una brillante carrera universitaria y judicial, prestigiada con profundidad y sostenida devoción por lo jurídico.

Retornando la mirada al curso de su vida, encontramos una vez más la justificación de la famosa afirmación orteguiana del hombre y sus circunstancias. Conociendo la estirpe espiritual de su hogar y de los ejemplos allí vividos, la Ciudad y Universidad que lo nutrieron y los maestros que frecuentó, no parece casual la tenacidad desplegada en el cumplimiento de una vocación que asomó con nitidez desde su iniciación intelectual. Todo ello, sin prisa pero sin pausa, fue conjugando una personalidad modelada en el trabajo, la responsabilidad y la preocupación por la excelencia en cuanto empresa intelectual le tocara intervenir.

Los Gnecco constituyen una de las familias asociadas a la fundación de La Plata y han contribuido a su exitoso devenir, consubstanciados con los motivos que presidieron su nacimiento. La división entre los argentinos, que ensangrentó las calles de Buenos Aires, originando la federalización de la Ciudad, exigía una reparación ante la Provincia privada de su histórica metrópoli. Había que reemplazarla con una Ciudad para la que se buscaron prestigiosos modelos físicos, con la traza de sus avenidas de corte parisino, sus importantes edificios públicos, su majestuosa Catedral, su afamado Teatro, bibliotecas, instituciones sociales y deportivas a tono con el progreso requerido. Y, desde luego, con la Universidad, primero Provincial y luego Nacional, surgida bajo la batuta de Joaquín V. González.

En su hogar recogió Emilio esas valiosas vivencias. Su padre: el Dr. Emilio Gnecco, que integra el Gabinete del Gobernador Rodolfo Moreno, luego Ministerio de Salud Pública, era un prestigioso Médico, con la estampa moral de los que conocimos en nuestra niñez, que integraban casi el círculo familia por la confianza que ganaban con su trato. Hubiera querido ver a su hijo continuando sus pasos profesionales, pero se abstuvo de insinuarlo. En Emilio vencieron los otros genes de la familia, ligados a lo jurídico. Su abuelo Emilio había sido Escribano Público y, también, diputado mitrista en la Legislatura provincial. Su tío abuelo, el Dr. Manuel Gnecco, fue Abogado y miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia; Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Provincial y, como Ministro de Gobierno de Marcelino Ugarte, firmó con otros colegas su traspaso a la Nación junto con Joaquín V. González.

Esos antecedentes familiares explican la sana pasión que ha puesto Emilio invariablemente en las labores intelectuales a las que se dedicó desde la iniciación de sus estudios. Los hizo en su ciudad natal, La Plata, en instituciones prestigiosas como su Colegio Nacional y luego en su afamada Facultad de Derecho, donde obtuvo su título de Abogado en 1963. Allí continuó cursando el Doctorado, recibéndose con la máxima calificación de “Sobresaliente” como Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales en 1966. La tesis sobre Derecho de Familia también fue distinguida como “Sobresaliente” por una Comisión de Profesores Titulares de Derecho Civil, integrada por los Doctores Santiago C. Fassi, Alberto D. Molinario, Alberto G. Spota y Félix Trigo Represas. Años después, sobre su base, Gnecco publicó el libro “El Gobierno de la familia y la igualdad jurídica del hombre y la mujer.”

Antes de reseñar su labor universitaria, debo resaltar dos circunstancias personales de Emilio P. Gnecco que demuestran su devoción por el estudio y la responsabilidad puesta en sus tareas. A los 19 años, siendo estudiante universitario, ingresó al Poder Judicial en la Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata y antes de recibirse de Abogado, en 1962, le encargaron que recopilara una “Reseña Jurisprudencial” que figuró en la Revista JUS (año 1963).

El otro antecedente de Emilio, antes de recibirse de Abogado, fue la fructuosa colaboración intelectual que en dicho tiempo mantuvo con su tío abuelo, el renombrado civilista Dr. Juan Carlos Rébora. Rébora, platense auténtico, gozaba en la ciudad, de justificado prestigio. Presidente de su Universidad, profesor universitario, hombre de la cultura, académico, diplomático y vastamente vinculado en ella, se había después trasladado a vivir Buenos Aires. En una de las visitas que el entonces todavía estudiante Gnecco le hizo a Rébora, éste le propuso “que colaborara con él en un trabajo de largo aliento que estaba realizando sobre el Código Civil Argentino”, relata aquél en su libro.

El joven aceptó la honrosa propuesta y trabajó en ella con la dedicación y responsabilidad requeridas, inclinándose desde entonces al estudio y a la investigación del Derecho. Y recuerda luego: “Durante mucho tiempo viajé con libros y apuntes de Buenos Aires a La Plata y viceversa. En La Plata, refugiado en el escritorio de mi casa, tenía desplegado todo el material de trabajo y los días que me quedaba estaba en contacto telefónico con Juan Carlos. A papá le hacía gracia escuchar con la familiaridad con la que llegábamos a tratarnos (el Profesor y maestro, formal y serio con su sobrino flamante abogado). Fue una tarea enorme, revisamos todo el Código Civil y un número increíble de decretos, leyes, resoluciones, etc. Los comentábamos, estudiábamos la inserción que debían tener en la estructura de

nuestro Código y redactábamos las correspondientes notas. Participé así de un verdadero re-estudio de todas las instituciones del Derecho Civil, deteniéndonos en las especiales consideraciones sobre distintos aspectos puntuales de las mismas”, recuerda Gnecco.

La relación intelectual entre Rébora, el maestro y Gnecco, el discípulo, fue más que la trabada, por ejemplo, entre Vélez Sarsfield y su aventajado amanuense, Victorino de la Plaza, el futuro Presidente de la Nación, quien no pasó de superar el rango de eficaz escribiente. Gnecco fue un verdadero y eficiente colaborador en la tarea intelectual. Así lo quiso dejar sentado Rébora en una carta dirigida a Emilio. Le informa también la entrega de los originales a la Editorial y le anuncia que le reconoce un cuarenta y cinco por ciento de lo que produzcan las ventas. Y le agrega: “Aprecio mucho la inteligencia y la actividad que has desplegado y espero que en análogas condiciones podamos editar o reeditar otras obras.”

Fue así justo que en la portada de tan importante obra sobre el Código Civil de la República Argentina figure como autor Juan Carlos Rébora y se haya agregado luego: “con la colaboración del abogado Emilio Pedro Gnecco”.

Aunque posteriormente, en el curso de su carrera universitaria, Gnecco recuerda con afecto a otros maestros, tengo para mí que la admiración y reconocimiento que guarda hacia Rébora acreditan a éste como, que mayor huella dejó en su espíritu. Los años de trabajo en común iniciaron a Gnecco en el estudio metódico y la investigación de lo jurídico, en el campo del derecho civil. Incluso practicó con Rébora el estudio de aspectos del Derecho Público. Recordemos en tal sentido el profundo análisis que hace Rébora sobre la Reforma Constitucional de 1860, que lo llevó a denominar como de tal año a nuestra Constitución Nacional. Esa afición extendida al Derecho Público se advierte asimismo en Gnecco, como lo veremos al comentar alguno de sus libros y como sucedió con artículos publicados por él en revistas especializadas, que no detallo por razones de tiempo, mostrando las necesarias conexiones entre el Código Civil y la Constitución Nacional.

Una nueva circunstancia entre Rébora y Gnecco debo destacar, enlazando a nuestro eminente maestro Linares Quintana. Rébora escribió sobre el estado de sitio y se lo envió a Linares Quintana, informándole también sobre la colaboración intelectual que le prestaba Gnecco en su estudio sobre el Código Civil, según cartas que he visto. Cuando el mismo fue publicado, Linares Quintana le acusó recibo a Gnecco con laudatorias palabras, invitándolo a que lo visitara en Buenos Aires para continuar la relación cálida que había tenido con Rébora. Esa demostración de estima

hacia Gnecco explica que, conociendo Linares Quintana su candidatura ingresar a nuestra Academia, hubiera tenido el gusto de encabezar con su firma el patrocinio de la misma.

Cuando Rébora falleció, pasó a Gnecco su importante biblioteca, compuesta de obras muy valiosas: desde Códigos Civiles de casi todo el mundo, ediciones oficiales del nuestro, manuscritos de Vélez Sarsfield, todas las obras de la doctrina francesa, obras jurídicas argentinas, ediciones únicas de literatura argentina, etc., nos cuenta Emilio. Este atesora dichos materiales en su biblioteca, dividida entre su domicilio en Buenos Aires y su quinta en Pilar, donde se recluye dos días entresemana para dedicarse al estudio.

Gnecco, juntamente con su actuación en la justicia, interviene en cursos de especialización con el Profesor Alberto D. Molinario, con el Profesor uruguayo G. Beiaut, así como con Profesores de la Universidad de Belgrano. Se vincula, casi al mismo tiempo en que se graduaba, con la actuación docente universitaria. Con esa finalidad, cursa y aprueba toda la Carrera Docente de Derecho Civil. 3 años en la Universidad Nacional de La Plata, presentando estudios anuales sobre distintos temas de Derecho Civil que debían ser examinados y aprobados. Queda Adscripto de esa materia en la cátedra de Derecho Civil V Curso de la Facultad de Derecho de esa Universidad Nacional.

Luego, el Profesor Titular Molinario lo propone y es designado Profesor Adjunto en esa misma Cátedra. También es designado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires como Profesor Adjunto en la cátedra del Profesor Molinario.

El Profesor Titular Alberto G. Spota lo propone y es designado Profesor Adjunto durante un curso anual en su cátedra de Derecho Civil III de la Universidad de Buenos Aires. En esa misma Facultad de Derecho, a propuesta del Profesor Roberto Martínez Ruiz integra la cátedra de éste (Derecho Civil I Curso) durante otro año lectivo, como Profesor Adjunto.

Es asimismo designado Profesor Adjunto de Derecho Civil V Curso en la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador. En esta Universidad, habiendo tomado licencia el Profesor Titular Alberto D. Molinario, es designado Profesor Asociado de Derecho Civil (V Curso), a cargo de la Cátedra, cuando se aleja de la docencia Molinario, éste lo propone y es designado Profesor Titular.

Fue asimismo designado Profesor Titular de Derecho Civil V Curso de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata y Profesor Titular de Derecho Civil I Curso en la UCA, Universidad Católica Argentina.

Llega así Gnecco a las más altas jerarquías de la cátedra universitaria. Muestra dedicación y lo hace también exhibiendo una voluntad y consagración ejemplares. En su libro "HASTA AHORA" recuerda los horarios que cumple rigurosamente, entre las cátedras y la justicia, honrando a ambas actividades. Lo vemos a veces levantarse a las cinco de la mañana para estar a las 8 en La Plata y otras a las 22 en Buenos Aires, el mismo día. Ejemplo de vocación universitaria mantenido en el curso de los años.

La vinculación de Gnecco con el Derecho fue también destacable por su actuación en la justicia, a la que ya vimos ingresó a los 19 años, como empleado en la Cámara de Apelaciones en lo Penal de La Plata. Luego fue Secretario de la Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro (1965) y al mismo tiempo, durante dos años, "ad honorem", Secretario también de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de ese mismo Departamento Judicial. Después, con 29 años de edad, fue designado Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de San Isidro (1968). En ese tiempo le tocó poner en práctica las nuevas normas procesales aprobadas en 1968 y sus colegas le encargaron estudiara la interpretación y aplicación del artículo 482 del Código Civil (reformado por la ley 17.711), trabajo que fue aprobado en el Congreso de Derecho Procesal Civil de 1970.

Al finalizar sus funciones recibió el reconocimiento del Colegio de Abogados de San Isidro. Pasó entonces a desempeñarse como Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento de Oeste (Morón) de la Provincia de Buenos Aires, de la que fue designado Presidente. Luego fue Camarista de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en la que también se lo designó Vicepresidente.

Con posterioridad, y como hecho sin duda destacable y singular, se desempeñó como Ministro de tres Supremas Cortes del país. Fue Ministro de la Corte (Superior Tribunal) de la Provincia de Tierra del Fuego (Atlántida e Islas del Atlántico Sur), siendo su primer Presidente. Fue Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Corte de la que había formado parte en los primeros años del siglo pasado su tío abuelo Dr. Manuel Gnecco. Y fue Ministro también de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Durante toda su trayectoria Gnecco fue un Juez consagrado, austero, de reconocida laboriosidad, que mereció el respeto de litigantes y colegas. Tres destacados miembros de nuestra corporación, que fueron sus colegas, los académicos Anaya, Alterini y Santos Cifuentes, pueden dar su calificado testimonio al respecto.

Además de esta importante labor universitaria y judicial reseñada, el Dr. Gnecco es autor de valiosas publicaciones. Ya hemos referido sus anteriores libros y artículos, pero cabe recordar otros posteriores.

Debo citar en primer término a una obra publicada en 2008, titulada “Estudios de Derecho Privado,” Se trata de un denso volumen de casi 700 páginas, que ha merecido elogiosas críticas. Así lo hace “EL DERECHO” en su sección de Fichas Bibliográficas, en artículo del Dr. Juan Carlos Hariri, quien después de desmenuzar su contenido y desarrollo, expresa: “Nos encontramos ante una obra de singular trascendencia donde el autor volcó su experiencia judicial y docente para transmitirla a estudiosos del derecho, dotada de método, sencillez, claridad y profundidad.” Coincide con esta valoración nuestro admirado colega, el académico Félix A. Trigo Represas, quien prologa el libro. Luego de recordar justicieramente las condiciones personales del autor, señala que no obstante denominarse a los temas retratados como de derecho privado, asoma la indudable preferencia del autor por el derecho civil. Y luego de un autorizado examen de los contenidos, concluye con la autoridad que le es habitual: “En suma, la obra que prologamos constituye un aporte doctrinario de indiscutible valía, en la cual el autor ha desarrollado con acierto, metódica y cabalmente, todas las distintas problemáticas encaradas; volcando en sus páginas todo su vasto conocimiento, su experiencia y dominio del derecho privado, como fiel reflejo de sí mismo y de su innata condición de jurista cabal.”

Un año antes del libro que recordamos, Emilio Gnecco había editado otro, titulado “Renovación de las ideas y algunos otros artículos,” el que tuve el honor de prologar. Se trata, dice el autor, de una recopilación de artículos de años anteriores, publicados en la prensa y en revistas jurídicas, además de otros. Dije entonces y lo repito ahora: “Pienso que al autor lo impulsa el íntimo deseo que siente de rendir cuentas y defender principios que han guiado su vida con inalterable consecuencia. Lo hace recordando sin duda a sus padres y a los maestros que lo formaron; a sus hijos y discípulos y como campana de solidaridad también para los ciudadanos que junto a él, en la actividad política o fuera de ella, participan de su preocupación por el bien común, al cual Gnecco invoca como estrella polar de sus conciencias.” Cuidando ahora de no extenderme en el comentario, debo recordar sus oportunas y justicieras reflexiones sobre el rol de la justicia como poder del Estado y su inspirado artículo titulado “INVERTIR EN LAS PERSONAS,” donde afirma: “la inversión en la calidad de la población determina de manera fundamental las perspectivas futuras de las naciones. Dicha calidad se refiere a la salud, educación, al conocimiento en sí, a la información, que junto con la administración de justicia, constituyen los “servicios” irrenunciables que todo Estado debe asumir y garantizar.” No menos interesantes resultan también sus agudas reflexiones sobre “La convivencia responsable” y la solidaridad social, así como su análisis sobre aspectos de circunstancias de política internacional, que reflejan una elogiada preocupación por temas de nuestro tiempo.

No podemos dejar de recordar a su libro, publicado en 2005, titulado "Hasta ahora", antes citado parcialmente. En más de 400 páginas, con abundante aporte gráfico, desfila la vida del autor. Su hogar, sus maestros, sus amigos desde la niñez, sus ilusiones y, recurrentemente, su querida ciudad de La Plata, a la que exhibe con justicia como foro de cultura, de sanas pasiones e ideales, de matriz espiritual que ha proyectado a la esfera nacional y fuera de ella a personalidades eminentes, que justifican el orgullo de sus hijos.

A esa honrosa legión pertenece Gnecco, quien prepara desde hace tiempo con pasión de estudioso, una obra de aliento sobre Derecho Civil. Está recorriendo el camino que honraron otros coterráneos suyos, integrantes ilustres de nuestra corporación. Dos de ellos, nuestro eminente y venerado maestro Segundo V. Linares Quintana y el respetado académico Félix A. Trigo Represas, respaldaron con su firma su ingreso a ella. No dudo que también los acompañaron con su espíritu otros platenses siempre recordados, como Juan Carlos Rébora, quien habrá previsto el hecho y Augusto Mario Morello, el cual había anunciado con entusiasmo su voluntad en tal sentido.

En esta hora de júbilo, es de estricta justicia asociar al éxito de Emilio a su distinguida esposa, doña María Elena Windmuller de Gnecco. Como ha ocurrido habitualmente con las esposas de los académicos, con amor y comprensión absorbió con entereza las inevitables ausencias que a Emilio le imponía su traslado y permanencia a La Plata, San Isidro y Moron, su concurrencia sarmientina a las aulas y los enclaustramientos en su gabinete de estudio. Conocía la auténtica vocación que inspiraba a Emilio y supo acompañarlo. Por ello es justo que también hoy comparta junto a sus hijos la alegría y los honores que él recibe.

Al finalizar esta presentación, creo oportuno destacar una condición académica a la que no se ha referido Gabriel de Broglie, antes citado. Pero sí lo ha hecho nuestro querido colega y amigo, el ex Presidente de nuestra corporación, Dr. José Domingo Ray, durante una disertación pronunciada en Madrid, referida a la "Misión de las Academias". Con acierto, Ray alude a lo que llama "amistad académica", afirmando: "Puede hablarse así de la amistad académica y en la corporación debe existir un sentimiento de colaboración, de brindarse a sus pares para el estudio y para la labor compartida. Así se enfrentarán las circunstancias disvaliosas que pueden imperar en la sociedad". (2)

---

(2) JOSE DOMINGO RAY: "Misión de las academias"; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Epoca, Año XVI, N° 234, 196.



---

Conociendo las condiciones humanas del académico que hoy recibimos, no dudo que está suficientemente dotado para responder a la requisitoria formulada. Quien fuera un exitoso deportista, que cumple con la máxima de Juvenal “mens sana in corpore sano”, no sólo ha sabido ganar amigos con su honesta y franca personalidad sino que se apresta a ingresar a nuestra corporación con las otras virtudes ya señaladas, impulsado por un plausible entusiasmo que permite augurarle una brillante trayectoria académica.

Le espera un ambiente de amistad con los hombres y con los libros, de respeto a la libertad de pensamiento y a las normas de nuestra Constitución Nacional. Conociendo los valores en los que se formó, estoy seguro que se sentirá en esta casa como propia. Nosotros, que lo recibimos con profunda satisfacción, podemos hoy decirle: Académico Emilio P. Gnecco: sois bienvenido, es vuestra la tribuna.

---

# LA LEGISLACIÓN CIVIL

POR EMILIO P. GNECCO (\*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales  
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio.

Señores académicos

Señoras y señores

1. No es fácil expresar el verdadero y profundo reconocimiento que siento por estar en esta ceremonia, reconocimiento que se une al mismo tiempo con sentimientos de respeto, sentimientos de admiración y también sentimientos de afecto.

Si bien lo jurídico indudablemente nos seguirá ocupando durante toda la vida, después de haber estado integrando y ofreciendo un modesto aporte en Tribunales importantes del país y en cátedras de la Universidad, creí a esta altura, que por lo menos la vinculación, diríamos institucional con el derecho podía considerarla concluida. Sin embargo, hondamente conmovido, me encuentro ante el prestigioso grupo de juristas que integran la Academia, quienes en una demostración de magnanimidad me han distinguido y convocado para formar parte de esta Corporación. Dios lo ha permitido y para quien ha estado siempre interesado por las cuestiones del derecho, no puede pedirse más. Por eso no me queda sino reconocerlo enormemente, sabiendo que el exceso solo es justificable en el terreno del agradecimiento, pues como lo decía Francisco de Quevedo, es una condición principal del hombre de bien que todos debemos tratar de ser.

En primer lugar, tengo que agradecer las afectuosas palabras de bienvenida del señor Presidente, que al par de gran jurista lo destacan, sobre todo, como un gran señor.

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de mayo de 2010.

Y qué decir de quien me ha presentado, Juan R. Aguirre Lanari, uno de los notables miembros de esta Academia, que más allá de su reconocido valor como hombre del derecho argentino, es una persona ejemplar e íntegra, merecedora del profundo respeto y afecto que todos sentimos por él. Es por ello y porque sabemos de esas altas condiciones que adornan su personalidad, que ha podido exagerar tanto mis sencillos antecedentes y abrumarme y emocionarme con sus manifestaciones. Muchas gracias.

Me he sentido muy honrado al mismo tiempo, por los académicos que dieron mi nombre para ocupar este sitio. Encabeza la nota el maestro Segundo V. Linares Quintana, que, lo destaco especialmente, fue quien hizo publicar uno de mis primeros artículos jurídicos, hace más de 45 años. La suscribe asimismo el destacado civilista Félix Alberto Trigo Represas, a quien conozco, lo mismo que a su distinguida familia, desde hace muchos años. La presentación además está firmada, por los juristas Horacio García Belsunce, y Alberto Rodríguez Galán, que se han permitido generosamente, acompañar la propuesta, distinguiéndome inmerecidamente. A estos académicos particularmente y a los demás miembros de la Academia que reunidos y de manera unánime aceptaron mi designación, mi más profundo agradecimiento. Me han creado una ilusión (sin duda injustificada como muchas de las ilusiones) de que algo, por minúsculo que haya sido, habremos hecho o vivido en relación con lo jurídico, lo cual al propio tiempo nos crea el compromiso de poner el mejor esfuerzo en seguir colaborando con un humilde aporte desde este lugar, para el afianzamiento de los valores superiores del derecho, la justicia y el bien común que ha sostenido desde siempre la Academia.

En esta oportunidad, no puedo dejar además de mencionar con un recuerdo de gran cariño, a dos juristas argentinos que gravitaron en mi formación: Juan Carlos Rébora, que nos impulsó desde los primeros pasos en el mundo del derecho y nos hizo compartir estudios y trabajos; y Alberto D. Molinario, que nos distinguió de manera reiterada y nos vinculó inicialmente a las cátedras universitarias.

Por último, tengo hoy muy presente a mis padres, ejemplos que nunca olvidaré y que desde lo alto siento que me siguen iluminando y a mi querida familia, que está aquí, como siempre, acompañándome.

Muchas gracias también a todos ustedes que han venido a estar con nosotros en este acto.

2. Antes de entrar al tema sobre el cual hablaré, y cumpliendo con una respetada tradición, debo hacer dos referencias.

Relacionado con la primera, la conmemoración en el mes en que estamos de la gesta patriótica de 1810, me lleva a destacar que en aquellos tiempos, hace entonces 200 años, el inquieto y agitado espíritu renovador de los habitantes de la patria, imbuido sin duda de las ideas libertarias de las revoluciones del norte y de la nación gala, fue encarnado quizá como ninguno por el joven abogado Mariano Moreno.

Inteligente y de innata seriedad en sus escritos y actuación, revelador de un rigor de pensamiento y espíritu, Moreno representaba esos ideales hacia la nueva nacionalidad, que surgiría desde lo que él llamó "*la sociedad en formación*" en esa etapa revolucionaria que vivió y en la que participó. Entendió su vocación como lo señalaba Ricardo Levene: "la nobleza de la profesión de abogado derivaba del ministerio de sostener auténticamente los reclamos de justicia". (1) Luchaba por el derecho y el imperio de la ley, y decía con sencilla pero notable síntesis: "*que los hombres obedezcan respetuosamente a los magistrados y que los magistrados obedezcan a la ley*". (2)

Su corta pero tenaz y vigorosa actuación, dirigida a batallar, no sólo para lograr la libertad de las tierras sino las libertades fundamentales del hombre y el sistema democrático de gobierno (representatividad, republicanismo y federalismo), lo proyectaron y ligaron para siempre a Mariano Moreno con el nacimiento de la Argentina y con los mejores ideales que forjaron su destino. (3) Fue señalado así con razón, como el "*numen de mayo*", como "el soñador de una patria grande, libre, abierta a todos los hombres y a todas las ideas del mundo". (4) Nos dejaba la permanente preocupación por lograr la organización de una verdadera república y sobre todo, nos transmitía la idea de libertad que aparecía estampada al frente de las hojas de su "Gaceta de Buenos Aires" con estas significativas palabras: "*Tiempos de rara felicidad en los cuales era lícito sentir lo que se quiere y decir lo que se siente*".

---

(1) Ricardo Levene "Las ideas políticas y sociales de Mariano Moreno", EMECE, p. 15.

(2) Ricardo Levene "Las ideas..." citado, p. 15.

(3) Era el "autor de la doctrina constitucional de Mayo" como lo afirmaba Segundo V. Linares Quintana en "Mariano Moreno y la doctrina constitucional de Mayo", Ac. Nac. de Derecho y Ciencias Sociales, disertación del 28/09/78. Concepto también tomado por Juan R. Aguirre Lanari en "Reflexiones sobre la Constitución, las leyes y la realidad argentina" en Anales de la Ac. Nac. de Derecho y C. Sociales, Seg. Época, Año XLVI, Nro.39, 2001, p. 457.

(4) Armando Alonso Piñeiro, Arturo Capdevila, Carlos María Gelly y Obes y otros, "Vidas de grandes argentinos", Madrid, t. II p. 269 y ss.

Rendimos así homenaje a uno de los más insignes patriotas argentinos, bajo cuyo ilustre patrocinio se encuentra el sitial que respetuosamente venimos a ocupar.

A su vez, y en cuanto a la segunda de las referencias, debo decir que este lugar tiene además para mí una especial y sentida significación por la persona del académico que resulta mi inmediato antecesor. Se trató de Augusto Mario Morello fallecido en abril del año pasado, a quien conocí de cerca desde nuestra ciudad de La Plata, a la que por su parte adoptó y también quiso entrañablemente. Tuve con él un especial acercamiento en oportunidad de participar en la elaboración de proyectos de normas procesales civiles, habiéndose bridado con su enorme capacidad y su proverbial sencillez y trato amistoso, junto a un grupo de prestigiosos procesalistas entre los cuales, para hacer solo una mención, destaco al profesor uruguayo Adolfo Gelsi Bidart, exquisita persona que nos honró también en ese momento con su inestimable aporte.

Sin duda debe tenerse a Morello, por su permanente vigencia que ha mantenido con la ciudad, como perteneciente, entonces, con plena justicia, a una pléyade de juristas platenses que se destacaron en el país, a muchos de los cuales he tenido el privilegio de llegar a conocer y tratar (sin perjuicio de una relación de vieja amistad familiar con varios de los mismos): desde ya los más que admirados académicos, Segundo V. Linares Quintana y Félix Alberto Trigo Represas, pero también aquellos que fueron: Carlos (nuestro Carloncho) Sánchez Viamonte, David Lascano, César Díaz Cisneros, Enrique V. Galli, Francisco Orione, Amilcar Mercader, Luis María Boffi Boggero, Héctor P. Lanfranco, Julio C. Cueto Rúa, Carlos Alconada Aramburú.

Augusto Mario Morello, prestigioso procesalista civil, también se destacó de la misma brillante manera en otras áreas del derecho. Fue profesor de gran jerarquía en diversas Universidades, muchas de las cuales lo distinguieron como “profesor honorario” o “emérito”, fue magistrado que supo iluminar como pocos la excelsa función del juez, fue un maestro en la mejor expresión de la palabra, cuyas obras, desde aquel “*Juicios sumarios*” hasta sus notables libros de Derecho Procesal Civil, se siguieron multiplicando y sería aquí muy largo de enumerar.

Su permanente entusiasmo e inquietud por los destinos de la patria, lo llevaron a abrirse e incursionar también con autoridad en el campo del derecho público, inclinación acentuada manifiestamente en los últimos tiempos, y que ponían en evidencia su pasión ciudadana. Con justificada razón transmitía la preocupación por el desapego que advertía cada vez mas manifiesto hacia las normas constitucionales. Criticó “*la congénita debilidad de nuestro federalismo*” con graves incumplimientos de previ-

siones contenidas en la Constitución, (5) y con ajustadas palabras que no podemos sino compartir plenamente, señalaba Morello en una de sus últimas publicaciones en el año 2008, que la hora actual “*exige volver al cauce constitucional*” que “*es el punto de partida en la empresa de reconquistar y preservar las instituciones y de vivir en el Estado de Derecho*”. (6)

De labor infatigable hasta sus últimos momentos, intelectual honesto, amigo cabal que se daba con generosidad hacia los demás, lleno de optimismo por el futuro del país, lo recordaremos siempre con verdadera admiración.

3. Al decidir por nuestra parte el tema sobre el que hablaríamos en esta oportunidad, quizá pensando en esa apertura del académico a quien sucedemos, expondremos algunas reflexiones vinculadas con la legislación civil, que servirán para destacar contenidos o para poner en evidencia preocupaciones que el tiempo ha acentuado.

La legislación civil está compuesta como decía Elías P. Guastavino, “por las leyes sancionadas por el Congreso con arreglo a las previsiones del art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional (hoy inc. 12 del art. 75), incluyendo los Códigos allí mencionados que legislan de manera general y estable con relación a todo el territorio de la República y las leyes que se declaran incorporadas a esos Códigos, así como las que no mediando tal declaración los integran, modifican o amplían”. (7)

¿Cómo ha seguido hasta nuestros días esa legislación civil, sin que pueda reconocerse una preocupación mayor por su coexistencia dentro de un ordenamiento uniforme, y coordinado? Mientras tal coherencia, respeto y coordinación no se dé, mientras en todo caso en esa dirección, los proyectos de código producto del esfuerzo de destacados juristas no llegara a tener eficaz aplicación y pleno acatamiento, podemos aventurarnos a decir que el “*laberinto*” de la legislación civil continuará y con una peligrosa incidencia sobre el principio de la *seguridad jurídica*. Si tales extremos no son cuidados celosamente los riesgos subsistirán aun después de lograr nuevos ordenamientos.

---

(5) “Un vivificante aire federalista —decía— produciría el cambio más significativo en la empresa de preservar y asegurar la vigencia de la Constitución Nacional”: Augusto M. Morello, “Desafíos del federalismo y la coparticipación”, en *El Día*, del 05/02/2008, p. 8.

(6) Augusto M. Morello, “Un vivificante...” citado, p. 8.

(7) Elías Pablo S. Guastavino, “Derecho común y derecho federal”, *Anticipo Anales Ac. Nac. de Der. y C. Sociales de Buenos Aires*, Año XV, Seg., Epoca, Nro. 18 p. 19.

4. En los inicios del Instituto de Altos Estudios Jurídicos de la Universidad Nacional de La Plata, hace bastantes años, su fundador Juan Carlos Rébora hizo dedicar el primer trabajo académico de ese Instituto bajo su dirección y con la colaboración de los profesores Arturo Barcia López, César Díaz Cisneros, Enrique V. Galli, Francisco Orione, Isidoro Ruiz Moreno y Carlos M. Vico, (8) al estudio, análisis y comentario crítico de la dispersa *legislación civil* existente, lo que condensó luego en dos importantes volúmenes, el primero denominado “*Metodización y consolidación de leyes*” que mereciera elogiosos comentarios en ese entonces, del profesor Rubbero Luzzatto de la Universidad de Génova y del profesor de la Universidad de París René Demogue. Este último, luego de destacar la feliz iniciativa del Instituto, señalaba la importancia, la *necesidad* y la *utilidad* que significaba la “consolidación” de leyes existentes para lograr el “*mantenimiento del ordenamiento de la legislación civil en un estado que respete y asegure el derecho*”. (9)

Esos trabajos del Instituto de Rébora, hoy se siguen traduciendo en relación particular con el derecho civil, en innegables y permanentes necesidades de ordenar, regularizar, clarificar y simplificar la legislación. Decía Francisco Clemente De Diego en publicación en la Revista de derecho privado de Madrid: “*sólo poner en orden las leyes y dar claridad a sus preceptos requiere mucho adelanto en la ciencia del derecho*”. (10) Merece destacarse, como lo hace notar Julio César Rivera en su ilustrativo trabajo sobre “La recodificación...”, el caso singular de la legislación civil francesa, donde el reconocimiento de la enorme autoridad de su histórico Código Civil, no ha impedido el dictado de leyes que con la intención de mantenerlo actualizado han producido un “reemplazo permanente de preceptos a través de la llamada “codificación a derecho constante”, pero que al mismo tiempo, como lo dice Rivera, se ha reconocido que se pueda por medio de “ordenanzas”, que no tendrían nunca el alcance para modificar las normas de derecho, “precisar los términos de la ley, descartar disposiciones implícitamente derogadas, armonizar el estado de derecho ...”, ordenanzas que anota el mismo

---

(8) “Metodización y consolidación de leyes”, Univ. Nac. de La Plata, Intervinieron también colaborando los abogados Amalia Martínez, Horacio Morixe, Ergasto Martínez, Julio M. Laffitte, Luis A. Morzone y Jorge Romano Yalour. Public., de la Univ. Nac. de La Plata, Año MCMXXX.

(9) “Metodización...” citado, Apéndice.

(10) Francisco Clemente de Diego, “Técnica legislativa codificadora”, Rev. de Der. Privado, Madrid, año XXI, nro. 246 p. 70 y ss.

autor citado, fueron declaradas constitucionales por el Consejo de Estado y apreciada su elevada finalidad de contribuir a través de ellas a la seguridad jurídica. (11)

5. El derecho civil, es el derecho que *“continuará gobernando los elementos de la relación jurídica que es el centro de todos los derechos y deberes”*, como lo decía otro gran jusprivatista como lo fue Roberto Martínez Ruiz (a quien tuve el honor de acompañar un tiempo en su cátedra de la Facultad), *“con un contenido permanente que se ocupará entonces del concepto de los sujetos de derecho; del comienzo y fin de su existencia; de sus atributos; de los lineamientos sobre los distintos objetos de tal relación (derechos reales, personales o intelectuales); sobre la transmisión de esos derechos y sobre los derechos sucesorios; sobre las causas de las relaciones jurídicas (hechos y actos jurídicos); y sobre la responsabilidad por los actos (ilícitos); sobre los vicios de tales actos jurídicos”*. (12)

Pero algo tiene en nuestros días que destacarse sin embargo, respecto de la legislación que le confiere normatividad a ese derecho civil, y es que esencialmente debe ella reflejar hoy más que nunca, la verdadera defensa y protección de los *derechos de la persona humana como tal*. (13) La época moderna ha puesto en contraposición lo colectivo con lo individual y si bien resulta evidente que no es posible volver a conceptos propios del rígido individualismo de otras épocas, sí se impone rescatar revalorizando la idea de la *“persona”* en la concepción que exponía Maritain. La esfera de la plena libertad del individuo que en el campo del derecho podíamos ver reflejada en el contrato, la propiedad y la responsabilidad, debe responder hoy a una idea moral que rodea al concepto trascendente de persona. Nuestro querido y respetado Monseñor Ponferrada, académico de Ciencias Morales y Políticas, estudioso del pensamiento de Maritain, nos recordaba la distinción que sostenía este insigne filósofo y aun antes que él el padre alemán Schwalm (tema atrayente que daría en otra ocasión para mayores comentarios): *“cada hombre —anotaba con esas referencias Ponferrada— es a la vez individuo y persona: como individuo es parte de la especie y de la sociedad, pero como persona es un todo existencial.*

---

(11) Julio César Rivera “La recodificación. Un estudio de Derecho Comparado”, en “Estudios de derecho privado”, 2006, p. 291.

(12) Roberto Martínez Ruiz “Lo permanente y lo nuevo en el derecho civil”, Anales Ac. Nac. Derecho y C. Sociales de Bs. As., Seg. Epoca, Años XXII y XXIII, Nro. 16, Primera Parte, p. 487.

(13) José W. Tobías “La enseñanza del derecho civil y la actualización de sus contenidos y orientación” en DJ. 1996-2, II, p. 1.



La raíz de la individualidad es la materia determinada por la cantidad; la raíz de la personalidad es la subsistencia del alma espiritual". (14)

Decimos entonces en nuestra preocupación legislativa: una organización social en que fundamentalmente sean respetados el hombre como persona, su familia, su trabajo y sus derechos y agregándole también ahora, al mismo tiempo, la imprescindible defensa del *ambiente* que lo circunda y que puede afectarlo y condicionarlo. (15)

6. El derecho civil está primordialmente, por cierto, en el *Código Civil*, cuya necesidad de ser dictado como legislación uniforme para toda la Nación se halla prevista de manera terminante y expresa por la propia Constitución.

Y se encuentra el derecho civil, además, y al mismo tiempo, en la *legislación "complementaria", "paralela" o "satélite"*, como se ha dicho, que toca numerosos aspectos de ese derecho dando lugar muchas veces a verdaderos "*microsistemas*" como también algunos los han llamado. (16)

Pero asimismo el derecho civil ha estado y está en la *Constitución Nacional*, cuyos preceptos, que constituyen una indudable fuente normativa, como lo recuerda Félix A. Trigo Represas, han sido tradicionalmente muy poco utilizados por el Derecho Privado y por los autores civilistas a quienes les "bastaba" con tener por referencia al Código Civil... tendencia que, lo pone de relieve Ricardo L. Lorenzetti, cambió avanzado ya el siglo XX "en que —según lo dice— se comenzó a tratar de vincular las reglas del derecho privado con la Constitución Nacional. (17)

---

(14) M. Dr. Gustavo Eloy Ponferrada "A treinta años de la desaparición de Jacques Maritain", 2004, A. N. C. Morales y Políticas, p. 397. Asimismo Alberto Rodríguez Varela "La persona humana al finalizar el segundo milenio cristiano", 2002, en "Scientia, Fides & Sapientia", UCALP, p. 505 y ss.

(15) En el mes de Diciembre de 2009 se reunió en Copenhague, Dinamarca, la Cumbre de la ONU sobre los peligros de los cambios ambientales (climáticos), con los más altos representantes de 192 países, remarcando la enorme preocupación que el tema del medio ambiente suscita en el mundo y la responsabilidad que les cabe a cada país para contribuir a impedir su degradación.

(16) Juan Carlos Rébora, "Derecho civil y Código civil", Eudeba, p. 189 y ss.

(17) Ricardo L. Lorenzetti, "Fundamento constitucional de la reparación de los daños" en el Nro. Especial del Supl., Der. Constitucional, 2003/04/24, p. 106, sobre "Aniversario de la Constitución Nacional", nro. II, y cita de Félix A. Trigo Represas en "Los derechos personalísimos en la Constitución Nacional y el Derecho civil" Anales de la Ac. Nac. Derecho y C. Sociales, Segunda época, Año XLVIII, nro. 41, 2003, p. 27.

7. *El derecho civil en la Constitución.* La sabia Constitución argentina de 1853/60 adoptaba para el gobierno de la Nación la forma representativa, republicana federal. Pero junto a esta concepción de raíz anglosajona, donde coexisten distintos derechos estaduales legislando sobre materias del derecho de fondo, consignó en el inciso 11 de su artículo 67 (mantenido en similares términos luego de la reforma de 1994 como inciso 12 del artículo 75), con claro propósito de establecer una *legislación uniforme*, que el Congreso de la Nación “dictaría” para todo el país un Código Civil y los demás códigos de fondo (“sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales”). (18) En este caso la inspiración provenía del derecho europeo, romano germánico y la tarea legislativa uniforme sobre el derecho privado a emprenderse entonces, tendría sin duda el aliento del intento de la unificación legislativa de las distintas regiones procurado por el Código Civil francés de principios de ese siglo XIX. (19) El compadecimiento de esos dos principios, de *reconocimiento federal* por un lado y de intención de unidad por otro, dio lugar en aquellos iniciales momentos a expresiones agudas y encontradas entre Alberdi y Vélez Sarsfield, (20) pero lo real fue que tal Constitución y tal Código Civil que comenzó a regir en 1871, quiérase o no, presidieron un período de indudable y notable progreso y avance de la Argentina, que lo fue por más de 60 años. El Código Civil ha continuado hasta nuestros días, aunque debiendo acusar las significativas incidencias y profundas reformas que fue en el tiempo sufriendo.

Modernamente se habla de la *constitucionalización del derecho civil*. Dos palabras al respecto. Nuestra histórica Constitución de 110 artículos, cuyo respeto y observancia en distintas épocas ha dejado mucho que

---

(18) Luis María Boffi Boggero, citado por Joaquín G. Martínez en “La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina”, Bibl. Acad. Nac. de Derecho y C. Sociales de Bs. Aires, Serie II, Obras, Nro. 12, p. 35, señalaba que el Código Civil “contribuyó a cimentar la organización del país facilitando en grado sumo la unidad en una nación federal”.

(19) Es de hacer notar que no obstante lo dispuesto por el mencionado inciso 11 del art. 67 de la Constitución de 1853, la Provincia de Buenos Aires dictó su Código de Comercio en 1859, luego adoptado uniformemente para toda la Nación en 1862 y que lo mismo ocurrió con el Código Penal que esa misma provincia sancionó en 1877 y que se tomó uniforme para toda la Nación en 1886.

(20) Dalmacio Vélez Sarsfield fue integrante de la Convención de Buenos Aires de 1860. Puede consultarse el trabajo de Jorge A. Aja Espil, “Vélez Sarsfield y el derecho público (su Prólogo al tratado de G. T. Curtis)” en Anales de la A. N. de Derecho y C. Sociales, (Segunda época,) Año XLV, nro. 38 de 2000, p. 198 y ss. y de Enrique Stein, “La polémica de Alberdi con Vélez Sarsfield sobre el proyecto de Código Civil” en “Estudios de derecho privado moderno” Homenaje al Dr. Angel B. Chavarri”, Director Roberto H. Brebbia, 1998, p. 33.

desear, (21) a consecuencia de las más recientes modificaciones ha dado en conformar la Constitución que nos rige que aparte de sus 129 artículos (con mas 17 normas transitorias), ha dejado planteado el arduo problema jurídico de contemplar fuera de ella, pero junto a ella, el juego, por ahora, de alrededor de 409 artículos más (en conjunto, entonces, más de 530 normas) provenientes de Tratados, Pactos y Convenciones que la reforma del 94 en el inciso 22 del artículo 75 enumera y declara que tienen “jerarquía constitucional” y que por las materias que contemplan cobran indudable relevancia en relación a la legislación civil. Entre tanto fue evidente la necesidad de ajustar la correcta interpretación de las normas de la ley suprema. La jurisprudencia del órgano último de control jurisdiccional (la Corte Suprema de la Nación) algunas veces vacilante, (22) pero sobre todo la autorizada opinión de prestigiosos constitucionalistas, han puesto en cauce la apreciación de tal articulado, resguardando y preservando las líneas esenciales y sustanciales de la Constitución y reafirmando su indiscutida supremacía (artículo 31 de la CN). (23) Siendo por lo demás que esta Academia por su parte, consolidó esa debida interpretación en el dictamen que emitiera el 25 de agosto de 2005.

Pero aunque hoy se hable cada vez más del sustento constitucional del derecho privado, no puede desconocerse que la Constitución de 1853-60, ya contenía disposiciones concernientes a materias del derecho civil, reconociendo derechos fundamentales: *el derecho a trabajar, ejercer industria lícita, navegar y comerciar, peticionar a las autoridades, circular por el territorio, publicar las ideas por la prensa sin censura previa, usar y disponer de su propiedad, asociarse con fines útiles, profesar libremente el*

---

(21) V. Segundo V. Linares Quintana, “El incumplimiento de la ley y la revolución empírica”, Anticipo de Anales, Año LII, Segunda época, nro. 45, 2008, p. 9 y ss., en especial núms. IV “El incumplimiento de la ley”, y VIII. “Desconstitucionalización y perversión constitucional”, donde cita a Loewenstein que se ocupaba de “la inobservancia consciente de la Constitución...”

(22) V. Horacio García Belsunce, “Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional” en Anales de la Ac. Nac. de Derecho y C. Sociales, Segunda Epoca, año LI, nro. 44, 2006, p. 480 y ss. donde analiza particular y críticamente los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la cuestión.

(23) Gregorio Badeni, “Instituciones de derecho constitucional” t. I, p. 199 donde señala que “los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de tener jerarquía constitucional, están subordinados a una Constitución que no pueden modificar porque ello se lo impiden los artículos 27 y 30 de la ley fundamental” y en “El caso Simón y la supremacía constitucional” en La Ley, Suplemento penal del 29/07/2005 p. 11. V. asimismo Jorge Aja Espil “La supremacía constitucional luego de la reforma de 1994”, Anticipo de Anales Año XL, Seg. Epoca, nro. 33.

*culto, enseñar y aprender (art. 14); el principio de la igualdad ante la ley de todas las personas (arts. 15 y 16); la inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17); del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados; el derecho a la privacidad en las acciones de las personas (art. 19); la extensión de los derechos civiles a los extranjeros (art. 20), (24) Todo esto estaba ya en la Constitución y la reforma de 1957 (art. 14 bis) acentuó el resguardo del derecho del trabajo, contemplando las condiciones de su ejercicio y, de forma trascendente, señalando el propósito de la protección integral de la familia. Con la trujinada reforma de 1994, a los fines de “resguardar los derechos y garantías que la Constitución reconoce”, se incorpora en su articulado una institución elaborada inicialmente por fallos judiciales y luego tratada en leyes y Códigos procesales, como era la *acción de amparo* (art. 43) y con la finalidad de que toda persona pueda acceder a datos a ella referidos, el *habeas data* (art. 43); y en defensa de la libertad física de las personas el *habeas corpus* (también ya objeto de normas legales) (art. 43); ocupándose asimismo de la protección del *medio ambiente*, y del “*daño ambiental*” (art. 41); de los derechos de los niños, mujeres y ancianos en particular (inc. 23, art. 75) y de la protección de los *derechos del consumidor* (art. 42), (a los que ya aludían leyes dictadas); y reconociendo en relación al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, como así a los derechos de incidencia colectiva en general, la protección de los llamados *intereses difusos y colectivos* (arts. 42 y 43), lo que ha tenido gran relevancia en la práctica judicial, justificando y legitimando la acción de personas y de grupos directa o indirectamente ligados al tema trascendente que se estuviera debatiendo. Debe reconocerse que aun antes de ocuparse la legislación y la reforma constitucional del 94 de los derechos del consumidor (tema tan de nuestros días), ya también había sido la jurisprudencia de los tribunales la que había adelantado una clara interpretación a su favor, en una doctrina generalizada y reiterada al enfrentarse con los contenidos de los contratos de “adhesión”.*

Al reconocimiento constitucional de esos fundamentales derechos en el más alto nivel normativo, naturalmente les debe asistir como les asiste, una idea de mantenimiento y continuidad, fuera del alcance de modificaciones o alteraciones como las que comúnmente puede ocurrir con las leyes ordinarias del país. (25)

---

(24) Félix A. Trigo Represas, “Los derechos personalísimos en la Constitución nacional y en el derecho civil”. *Anales*, Segunda Epoca, XLVIII nro. 41, 2003, ps. 27 y 30 y ss.

(25) Refirmando y respetando tal sentido, la ley 24.309 (Adla, LIV-A, 89) sobre la necesidad de la Reforma constitucional de 1994 limitó la competencia de la convención a reunirse, manteniendo fuera de ella lo prescripto respecto de las declaraciones, derechos y garantías del Capítulo Unico de la Primer Parte de la Constitución Nacional de 1853-1860.

8. *El derecho civil en los tratados.* A su turno, de los Tratados y Convenciones Internacionales (de “jerarquía constitucional” según nuestra ley suprema), se derivaba en el ámbito del derecho civil el reconocimiento de derechos trascendentes, como son la *vida, la libertad, la seguridad y la igualdad ante la ley de todas las personas; los derechos personalísimos; el reconocimiento y protección asimismo de la familia* (a la que se considera en esos cuerpos de normas internacionales: elemento natural y fundamental de la sociedad); *de la propiedad; del derecho de opinión; del derecho al trabajo.* (26) También se han ocupado estos tratados particularmente de la protección y resguardo del *derecho de los niños y aun de los adolescentes; de la eliminación de toda discriminación racial y toda discriminación a la mujer* (a la que enfáticamente se declara con idénticos derechos que los del hombre). (27) Pero no nos equivocariamos si admitiéramos que en nuestra histórica Constitución Nacional podía entenderse que en general ya encontraban acogida la mayoría de estos derechos como en alguna medida lo adelantamos.

Si bien los derechos civiles de la Constitución y los contemplados en los documentos internacionales puede entenderse que son directamente “operativos”, sin idea de desvirtuación o alteración que convertiría en inconstitucional el intento, están sujetos en general a las regulaciones de la legislación civil que se ocupe de ellos (regulaciones que no son propias de los articulados constitucionales). El art. 28 de la Constitución Nacional alude de tal manera “a las leyes que reglamenten” (sin que puedan “ser alterados”), el ejercicio de los principios, garantías y derechos reconocidos en su Primera Parte.

Desde luego que esto debe ser así: los derechos civiles fijados en los documentos internacionales, deben ser tratados sin contradicción por las legislaciones regulatorias de los países, pero sin que ello pueda impedir, al mismo tiempo, una apreciación con agudeza y profundidad para compadecerlos debidamente y no provocar vulneraciones de principios e idiosincrasias que han dado fundamento a las propias cartas constitucionales de esas naciones. El reconocimiento de tal forma del *derecho a*

---

(26) Se encuentran estos derechos acompañados y sostenidos en esos instrumentos con un detallado articulado, desde la “Declaración americana de los derechos del hombre” y la “Declaración universal de los derechos humanos” las dos de 1948, con ratificación y ampliación después en otros instrumentos internacionales aceptados también en nuestra Constitución como el “Pacto de San José de Costa Rica” “Convención americana sobre derechos humanos”, de 1969, etc.

(27) “Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales” de 1966; “Convención internacional sobre eliminación de discriminación racial” de 1967 y sobre discriminaciones a la mujer de 1979; “Convención sobre los derechos del niño” de 1989.

*la vida*, para no tomar sino el más trascendente, no podría nunca ser en nuestra legislación, un reconocimiento, en cualquier terreno que sea y hacia cualquier dirección, que no parta del entendimiento que la persona es tal, y por ello objeto de tutela jurídica, desde el mismo momento que ha sido concebida (incluida, por cierto, la fecundación posible ahora fuera del seno materno), desde la concepción entonces, según nuestra legislación civil uniforme, o sea, según originarios y claros artículos 63 y 70 del Código Civil (concordante ahora con el artículo 4º, redacción particular, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, Pacto de San José de Costa Rica, y la conveniente declaración que efectuara la República Argentina (ley 23.849 de 1990 (Adla, L-D, 3693)), sobre la Convención de Derechos del Niño de 1989). De la misma manera, y también de singular importancia, el *reconocimiento y resguardo de la familia*, seguiremos pensando que debe estar referido claramente, según los antecedentes del derecho argentino y la letra y el espíritu de nuestra legislación civil, y aun el que se desprende de artículos como el 17 y siguientes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la familia asentada en el matrimonio, que es la institución establecida desde las más antiguas compilaciones jurídicas, para la unión entre el hombre y la mujer (28) (sin perjuicio, desde ya, de aceptar los efectos que se atribuyen a las uniones de hecho de hombres con mujeres; (artículos 159, 172, 210, 223, 3573 y concordantes del Código Civil); y aun el estudio y regulación que se pueda considerar respecto de otro tipo de uniones).

Rafael Bielsa señalaba que “*los derechos y garantías individuales se establecen y reconocen en la Constitución y se instituyen y reglan en las leyes que se sancionan en virtud de la Constitución*”. (29) Desde el punto de vista constitucional por eso, el dueño puede usar y gozar de su propiedad amparado en lo que disponen los artículos 14 y 17 de la Constitución, pero por su parte, la legislación civil uniforme al ocuparse de tal derecho, regulará las restricciones y los límites a que tal propiedad estará sometida (Título VI del Libro III del Código Civil, artículos 2611 y siguientes). El derecho de propiedad contenido en los textos constitucionales “exige una correlación indispensable con las normas comunes del derecho privado” expresaba Díaz de Guijarro. (30) A su vez, en otro terreno por ejemplo, respecto del principio “*alterum non laedere*” contenido en el artículo 19 de la Constitu-

---

(28) El art. 17 de la Convención citada dice reconocer “al hombre y mujer” el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, aludiendo en artículos siguientes a los hijos nacidos del matrimonio.

(29) Rafael Bielsa, “Derecho constitucional”, p. 28.

(30) Enrique Díaz de Guijarro, “Transformaciones modernas del derecho civil”, p. 17.

ción Nacional (las acciones de los hombres estarán fuera de la autoridad de los magistrados en tanto “no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”), en igual interpretación, constituye éste un “*principio general*” que por su parte recepcionan y consagran las normas de la legislación civil uniforme que regulan la obligación de reparar ante el daño, esto es, los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. (31) Así con los demás derechos civiles reconocidos constitucionalmente y regulados por la legislación común (del trabajo, del medio ambiente, etc.).

9. *En el Código y en la legislación paralela.* Ligeramente reseñado lo que antecede sobre la Constitución y los Tratados, digamos ahora que la gran obra de Vélez Sársfield, el Código Civil, sufrió entre tanto, casi desde su primer momento, diversas incidencias directas o indirectas que se fueron en el tiempo acentuando con cada vez mayor desenfreno, que alteraban cuando no las normas directamente, cuando no las reglas de encadenamiento jurídico técnicamente ordenado y elaborado por el codificador, contraviniendo al mismo tiempo ideas propias que deben asistir a todo cuerpo de esa naturaleza, como las de simplificación, las de regularidad, las de método, las de necesarias concordancias.

Las incidencias fueron asimilables en unos casos, pero no dejaban de producir desarticulaciones en otros. Este proceso que se vino produciendo en relación al Código y a la legislación civil en general lo ponemos de relieve ahora desde dos lugares: Desde uno, que no puede sino reconocer las evidentes necesidades que los cambios de toda clase experimentados en las épocas modernas en las sociedades, con el avance de la tecnología abarcando o influyendo en campos íntegros de actividades del hombre, presionan reclamando su atención. Un gran profesor cordobés José Manuel Saravia, lo resaltaba con elocuencia en lo que llamó “*el derecho ante la aceleración de la historia*”, y recordando afirmaciones de René Savatier,

---

(31) CSJN el 05/08/1986 “Gunther c/Gobierno Nacional” en ED. 120 p. 524, citado, junto a otros fallos posteriores, por Félix A. Trigo Represas en “Los derechos personalísimos en la Constitución Nacional y el Derecho civil”, Anales de la Ac. Nac. de Derecho y C. Sociales, Seg. Epoca, Año XLVIII, núm. 41, 2003, p. 31. Agrega en la cita vinculada por lo tanto al derecho de reparar por la acción que ha provocado daño a un tercero, que “la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regla cualquier disciplina jurídica”. Los ejemplos de principios generales aplicables podrían multiplicarse (caso: aplicación del principio general del reconocimiento tácito de una obligación (arts. 720 y conc. del Código) al asegurador: ver Daniel Bautista Guffante, “La aceptación por el silencio del asegurador como el reconocimiento de ‘obligación anterior’ del Código Civil”, en ED, 234, Año XLVII, nro. 12383, del 21/10/2009, p. 1).

añadía “...el hombre pareciera que ha quebrado la valla de lo imposible y desdibujado los contornos que separan la fantasía de la realidad,...las invenciones tecnológicas y científicas han puesto en sus manos una fuerza capaz de modificar los elementos cósmicos y biológicos...” (32)

Pero al mismo tiempo, desde otro lugar, añadimos que el derecho que atiende las relaciones entre los hombres teniendo en vista lograr el bien común con el máximo de justicia, es cierto que no puede permanecer impasible ante estos acontecimientos. Debe efectivamente ocuparse de ellos, pero no con descontrolado apasionamiento, porque La ley no deja de servir por la antigüedad de su sanción, sino en tanto ella no siga respondiendo de manera adecuada al interés superior de justicia y bien común. La ley no debe ser derogada o cambiada sólo por su vejez, o por condicionamientos pasajeros o por impulsos de modernidad mal entendidos de quienes deben legislar, sino cuando lo aconseja una consideración jurídica que es la que sabrá valorar la nueva realidad sobre la que debe proyectarse. El apasionamiento del hombre de derecho sólo puede entenderse hacia la búsqueda de la justicia y el bien común. Entre tanto, la continuidad de una ley en el tiempo, en principio no hace sino contribuir a asegurar la estabilidad de las relaciones de derecho y por ello la seguridad jurídica.

El significativo riesgo para cualquier tipo de legislación civil ordenada existente o que se pueda dictar, sobreviene por la incontrolable catarata de leyes que desde distintos ángulos (con intenciones muchas veces loables), tienden a querer regular aspectos del derecho civil. Esta Academia ha dicho acerca de la legislación de fondo, que “*la unidad, la sistematización y la técnica legislativa son tres principios que se complementan recíprocamente y que sustentan en el país el funcionamiento de un régimen jurídico seguro, uniforme y estable*.” (33)

10. *Las leyes civiles fijadoras de principios comunes.* Desde ya que los ordenamientos sistemáticos y uniformes de la legislación civil, como creemos haberlo dicho, no puede pensarse que sean intocables (pétreos). El propio Vélez señalaba que “un Código nunca es la última palabra de la perfección legislativa ni el término de un progreso.” (34) Pero ha de entenderse que ellos

---

(32) José Manuel Saravia, “El derecho ante la aceleración de a historia”, Anales Ac. Nac. Der. y C. Sociales. Buenos Aires, Seg. Epoca, Año V, nro. 5.

(33) Acad. Nac. de Derecho y C. Sociales de Buenos Aires, del 28/11/1961.

(34) Dalmasio Vélez Sársfield nota al Ministerio de Justicia, en Jorge Cabral Texo “Historia del Código Civil Argentino”, citado por Joaquín G. Martínez en “Influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina”, Bibl. Ac. Nac. Der. y C. Soc. de Buenos Aires, Serie II, Obras, Núm. 12, p. 33.



no pueden dejar también de concebirse con cierta idea de permanencia en el tiempo, cierta idea de perdurabilidad. (35) Y esto tiene que ser bien comprendido, pues la legislación es al mismo tiempo fijadora de principios y orientaciones que deben ser defendidas, porque hacen muchas veces a concepciones que definen la sociedad para la que tal legislación ha sido concebida.

Fuera de las leyes aisladas que se dicten, estos ordenamientos legislativos referidos al “derecho común” no constituyen “leyes ordinarias”, la Constitución Nacional los ha previsto en un grado inmediatamente inferior a las normas constitucionales dirigidos, como lo hemos recordado, a proyectarse de manera general para toda la Nación.

Si bien hay quienes afirman la existencia de un proceso de “descodificación”, con la incursión de leyes en mayor o menor medida sobre materias reguladas en los códigos, la verdad es que la codificación no ha desaparecido, como lo comprueba el dictado de distintos Códigos modernos de mediados y fines del siglo XX. (36) “Lo que en definitiva demuestra —dice Julio César Rivera— que el núcleo del derecho privado se encuentra en los Códigos aun cuando aparezcan “satélites” como se lo ha denominado con agudeza”. (37)

Pero el contenido de esta legislación civil complementaria o paralela, pensando en el “orden” de nuestras leyes, para no contribuir a acentuar una

---

(35) En tanto se mantengan las “esenciales” circunstancias que se han tenido en vista al aprehender la realidad por el legislador.

(36) El Código Civil Italiano de 1942 (con reformas de 2002), el Código Civil Portugués de 1966, el Código Civil Peruano de 1984, el Código Civil Paraguayo de 1986, el Código Civil de Quebec de 1994; el Código Civil Holandés de 1992, el Código Civil de Rusia (Federación) de 1994, etc. Ver sobre el “vasto movimiento codificador en los últimos sesenta años” Julio César Rivera “Estudios de Derecho Privado”, 2006, p. 198 y ss.

(37) Julio César Rivera, “Estudios...” citado p. 199. Citando a Angelo Falzea, Rivera señala que “parece asistir razón a este autor cuando afirma que los Códigos son el producto más evolucionado que la cultura humana ha podido crear en el sistema cultural del Derecho ofreciendo a los ciudadanos irremplazables instrumentos de conocimiento de las reglas que regulan su acción”: Falzea: Coloqui sobre “Formalismo e attività giuridica”, Camerino, 26 y 27-9-89. Agrega Rivera “que no puede ponerse en duda que el método de la codificación sigue vigente” y toma una afirmación de José Luis De los Mozos donde éste sostiene que la “era de la descodificación está por ahora afortunadamente superada”: De los Mozos: “Un intento de unificación del Derecho privado...” Re. Gral. de Legisl. y Jurisprud., mayo-junio 1999, nro. 3, p. 264.

situación de caos y de “laberinto”, sólo debería tener aceptación en tanto esas normas legales guarden compadecimiento entre sí y esencialmente con el ordenamiento común que se encuentre vigente, porque esa legislación civil uniforme y ordenada, regula “no sólo situaciones específicas, sino que —como con razón lo dice Horacio Rosatti— establece principios generales susceptibles de ser aplicados a un conjunto de situaciones no contempladas en ese cuerpo”, (38) será así, “el reservorio de los conceptos generales” —como también lo apunta con acierto Rivera— (la persona, la obligación, el contrato, la responsabilidad civil, el derecho real, el modo de transmisión de las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos, etc.), por lo que constituyen —dice este autor citando a Giorgio Cian— “el telón de fondo de toda legislación especial y es a la vez el tejido conectivo que vincula a todas las leyes especiales y las torna inteligibles”. (39)

11. *Las incidencias.* Algo todavía para completar lo que venimos describiendo. A poco de sancionado el Código Civil de Vélez, en el año 1888, la ley de matrimonio 2393 pretendió sustituir un espacio de 81 artículos con 116, lo cual habría significado una alteración de la numeración de todo el articulado. Nunca se efectuó, así, la nueva edición “oficial” del Código que la ley anunciaba y que hubiera sido la tercera. (40)

Pero muy pronto y luego de aquella ley, se fueron sucediendo otras más que tuvieron la finalidad de modificar artículos de la ley sustantiva. (41) Tales reformas, profundas a veces, han podido en muchos casos ser

---

(38) Horacio Rosatti “Código civil comentado. El Código civil desde el derecho público”, 2007, p. 82. Da ejemplo de la prescripción de obligaciones civiles que surgen de los contratos, de consecuencia de lo cual toda obligación o contrato civil regulado eventualmente por una norma distinta al Civil (ej: ley 25.248 (Adla, LX-C, 2815) sobre contrato de leasing) se rige —cuando menos ante el silencio— por los plazos de prescripción contemplados en el Código.

(39) Julio César Rivera “La recodificación. Un estudio de derecho comparado”, citado, ps. 283/284.

(40) La primera fue la aludida por la ley 527 del 16/08/1872 y referida al libro editado en talleres gráficos norteamericanos y que en sus tapas exhibía el enunciado de “Edición Oficial”; y la segunda fue la dispuesta por la ley 1196 del 9/09/1882 y la vigilancia de su impresión estuvo a cargo de una Comisión designada especialmente: El Decreto del PE j. del 04/12/1883 la declaró “oficial y auténtica con exclusión de toda otra y para todos los efectos legales en el territorio de la Nación”. La Segunda Edición es la que aún nos rige, con las reformas y modificaciones diversas que se fueron produciendo.

(41) Sólo menciono algún antecedente: la ley 10.903 (Adla, 1889-1919, 1094) de patronato de menores proyectada en patria potestad y tutela; la 11.156 (Adla, 1920-

tomadas de manera adecuada a los efectos de incorporarse a la estructura de un cuerpo de legislación uniforme como el exigido por la Constitución Nacional (inciso 12 del art. 75). No obstante que todo ello estaba presentando desde entonces, la impostergable necesidad de encarar un orden en la legislación civil y el dictado de una nueva edición del Código o la de trabajar en la elaboración de lo que podría señalarse como una nueva sistematización uniforme con un nuevo proyecto. (42)

Pero en lo que interesa a lo que estamos diciendo ahora, es que en el transcurso de estos largos años las demás leyes que se fueron sancionando sobre materias del derecho civil, comenzaron a desentenderse y desvincularse de los preceptos contenidos en la legislación común, que era el Código, incidiendo —como lo han puesto de relieve— *“de manera caótica, sin ninguna directiva precisa, a medida que iban surgiendo las necesidades, todo lo cual daba un panorama anárquico de nuestro derecho privado”*, (43) conformando, como ya lo dijimos por nuestra parte, un verdadero laberinto de la legislación civil.

---

1940, 75) que reformó varios artículos sobre locación; la 11.725 que lo hizo respecto de otros relativos a divisibilidad de bienes hipotecados; la 14.024 con un agregado al artículo 3582; la 16.504 que reformó el artículo 2; y luego leyes de variadas modificaciones (reformas parciales del Código) como fueron la 17.711 de 1968, la 23.264 (Adla, XLV-D, 3581) (de 1985) que reformó de manera amplia un título en lo referente a acciones de estado, filiación, patria potestad, tutela, sucesiones de descendientes y al mismo tiempo derogando o reformando otras leyes anteriores; la ley 23.515 (1985) modificando las normas del Título sobre matrimonio; la ley 24.779 (Adla, LVII-B, 1334) introduciendo las nuevas normas sobre adopción o la ley 26.449 que hace muy poco equiparó en 18 años la edad núbil para el hombre y la mujer, etc.

(42) Enorme tarea esta última que en definitiva cargaron sobre sus hombros un destacado grupo de juristas que concluyó con el Proyecto elevado en 1998 por los integrantes de la Comisión Dres. Héctor Alegria, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. Podría recordarse como precedentes de intentos de reformas integrales del Código: Anteproyecto de Bibiloni Juan AS., según Decreto del PE 12.542 y 13.156 de 1926; Proyecto de reformas de 1936 (sobre la base del Anteproyecto de Bibiloni); Anteproyecto de 1954 por el Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia cuya Dirección ejercía el Dr. Jorge J. Llambías; y en todo caso, la reforma global dispuesta en el año 1968 por la Ley 17.711 en la que intervino una serie de destacados juristas y en la que tuvo una principal y activa participación el Dr. Guillermo A. Borda.

(43) Julio César Rivera “La recodificación. Un estudio de derecho comparado”, citado, p. 329.

Omitimos para no abusar, la mención detallada de esas numerosas normas dictadas, tanto modificatorias como incidentales o paralelas, pero que alcanzaron casi todos los campos: *familia, menores, matrimonio, filiación, obligaciones, contratos, derechos reales, sucesiones*, etc. Limi-tándonos, sólo resumimos muy ligeras ideas: disposiciones que incidían sobre el principio angular de la autonomía de la voluntad; modificaciones sobrevenidas primero por el reconocimiento de los derechos civiles de la mujer y luego por la afirmación de la igualdad de derechos con el hombre; regulación de la adopción; normas que extendían la responsabilidad civil (la responsabilidad objetiva); normas que regulaban nuevos contratos o alteraban las líneas de los ya existentes (compraventa, locación, maquila, explotación tampera, leasing, etc.); preceptos que proyectaban el principio de “buena fe” en distintos ámbitos (derechos reales, compraventa, matrimonio, etc.); normas sobre el derecho de dominio y el registro de la propiedad inmueble; normas sobre el dominio del automotor y su registro; creación de peculiares derechos, como el de superficie forestal; normas, en fin, sobre fundaciones, trasplantes de órganos, propiedad intelectual, ADN, medio ambiente, propiedad de equinos, y ganado, consumidor, sangre, intimidad, nombre, propiedad horizontal, prehorizontalidad, firma digital, internaciones de personas enfermas y adictas y muchas más que como dijimos no es la intención pormenorizar (como en alguna medida lo hacemos en la nota respectiva). (44) Todo ello sin

---

(44) Ver nota 41. Agregamos ahora, para seguir dando sólo una cierta noción, que podría desarrollarse “in extenso”, que la autonomía de la voluntad y el capo contractual delineado en el Código sufrió sensibles alteraciones, solo pensemos en los contratos de “adhesión” celebrados con formular preestablecidas aun para los servicios esenciales agua, gas, electricidad, y en el campo laboral tomaban posiciones numerosas leyes reglamentarias de circunstancias que no podrían en adelante desconocerse al concurrir a formar los respectivos contratos (trabajo de mujeres y menores, protección del matrimonio y la maternidad, comodidades e higiene, etc.). Entre tanto, sobre las clásicas líneas del contrato de compraventa se fue abriendo paso a una intervención que se vino acentuando cada vez más hacia diversos campos (regulación del comercio en general y de la producción y al comercio de granos (leyes como la 11.236 (Adla, LVI-E, 7062)); respecto del derecho de dominio sobre el cual el Código de Vélez legislaría con claras normas de reconocimiento y defensa, han sido desde luego puestas en su quicio por la reforma que la ley 17.711 dispuso, por ejemplo, sobre el texto del art. 2513 a través del cual Vélez había expuesto un concepto del derecho de propiedad de carácter bastante absoluto pues facultaba al propietario a servirse y disponer de la cosa según “la voluntad del propietario” que puede desnaturalizarla y hasta destruirla. Ahora la norma quedaba corregida al consignarse que la propiedad debía usarse y gozarse “conforme a un ejercicio regular”. No obstante para valorar adecuadamente el pensamiento de Vélez no puede dejar de mencionarse la visión que transmitía a través de lo que consignaba en el final de la nota al art. 2508 en donde decía “Cuando

perjuicio de las materias de derecho civil contenidas al mismo tiempo en tratados y convenciones internacionales.

12. *La legislación civil y la seguridad jurídica.* El cuadro extendido que hasta aquí hemos tratado de delinear respecto de la legislación civil debe por último, terminarse con una obligada consideración sobre la seguridad jurídica que se encuentra en la base de la preocupación que sobre tal legislación anunciamos inicialmente.

Un panorama legislativo desorbitado crea una gran intranquilidad acerca de lo que constituye, en las sociedades organizadas en base al respeto por

---

establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existe con este carácter sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual". El art. 21 del Código no dejaba de todas maneras de significar un límite que el codificador imponía al señalar en su texto que ninguna convención entre particulares podía dejar sin efecto leyes en que estuviera interesado el orden público y las buenas costumbres. Pero de cualquier forma antes y después de esta reforma de 1968 el derecho de propiedad legislado en el Código sufría los embates provenientes de leyes que podrían estar orientadas en ciertos momentos a la policía sanitaria animal o vegetal (solo para ejemplos, ley 2384 que permitió a los efectos de evitar la propagación de la filoxera la destrucción sin indemnización de cepas atacadas; o ley 3959 que para proteger a la industria ganadera de enfermedades permitía en ciertas circunstancias la destrucción de animales y de cosas que pudieran ser elementos de contagio). El campo abarcado por el art. 2518 que comienza sentando que "la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares..." fue puesto en cuestión desde que, en cuanto al suelo, y a la unidad entre éste y el subsuelo sólo en principio se ha mantenido atento las disposiciones derivadas del Código de Minería (el que atribuye en algunos casos al Estado la propiedad según las categorías de las sustancias minerales y de otras derivadas de leyes sobre hidrocarburos (leyes 14.773 y 17.319 (Adla, XXVII-B, 1486), y Dec. 24.477/56) que los declara bienes "exclusivos, imprescriptibles e inalienables del Estado nacional. Y en cuanto al espacio aéreo desde luego incidirá lo que dispuso en su momento la ley de propiedad horizontal (ley 13.512 (Adla, VIII-254) y modificatorias) y lo que el desarrollo de la aeronavegación de hecho ha ido estableciendo (Código Aeronáutico). Y aunque como lo dijimos al principio de esta nota, podríamos continuar desarrollando las múltiples incidencias recaídas sobre disposiciones del Código Civil, nos limitamos ahora sólo a enunciar algunas más, como las que en su momento se fueron derivando por ejemplo, de leyes como la 14.005 (venta de inmuebles a plazo y posteriores 23.073 y otras),incidiendo sobre la venta de inmuebles; la 14.394 (Adla, XIV-A, 237) que comprendió muy diversas modificaciones y cuyas disposiciones fueron luego derogadas o reformadas por otras leyes (leyes 17.711, 22.278, 23.515, etc.); las leyes 12.331 (Adla, 1920-1940, 703) y 16.668 sobre exigencias sanitarias para contraer matrimonio; la

el derecho y al respeto por las normas, el valor de la seguridad jurídica. Agudas observaciones expusieron en este terreno Aquiles Guaglianone y Marco Aurelio Risolía. El estado de multiplicación dispersa de normas, con una confluencia incesante de preceptos de todo tipo y nivel, en el amplio ámbito que abarca nuestra legislación civil, como quizá se ha podido ver, (caos y laberinto), es opuesto a la seguridad jurídica, y hace a la “permanente” discontinuidad de las líneas fijadas por un agrupamiento normativo que, lo venimos repitiendo, debe ser general para toda la Nación. Morello sintetizaba su pensamiento en este terreno expresando el siguiente concepto: “las sorpresivas alteraciones de las reglas de juego, la compilación y superposición de leyes y reglamentos, crean en los espíritus una dolorosa sensación de indefensión”. (45) Desde la antigua Roma aquel insigne orador de las catilinas, en uno de sus célebres discursos ya decía, que “*una República en la cual las leyes fueran excesivamente numerosas y frecuentemente modificadas, es una República injusta por definición*” (Marco Tulio Cicerón) (46).

En las sociedades de nuestros días compuestas por masas de individuos, los sistemas de publicidad de las leyes no cumplan, ni lejos, con el objetivo que buenamente se les confiara. La realidad es muy otra como lo hemos dicho en otra oportunidad. Hoy, al número de leyes que va cada vez más en aumento apresurado en el campo del derecho privado, se suma la continua reforma y ampliación de otras existentes, a lo que cabría agregar todavía que la conducta a observar por una persona no sólo puede estar

---

ley 17.801 (Adla, XXVIII-B, 1929) (20.089 y otras) de Registro de la Propiedad Inmueble, cuyas normas se declararon “complementarias del Código Civil”; la ley 18.248 (Adla, XXIX-B, 1420) sobre el nombre de las personas (con modificaciones de leyes como la 23.264 (Adla, XLV-D, 3581), etc.); la ley 19.552 (Adla, XXXII-B, 1922) incidiendo sobre el derecho de dominio, por reconocimiento de la “servidumbre de electroducto”; la ley 20.378 sobre equinos de sangre pura de carrera, afectando disposiciones sobre venta con pacto comisorio; la ley 21.309 (Adla, XXXVI-B, 1093) de hipotecas y prendas, disposiciones que se declaran “aclaratorias y complementarias” del Código civil; la ley 22.939 (Adla, XLIII-D, 3897) sobre propiedad del ganado, incidiendo sobre la propiedad de las cosas; las leyes de locaciones urbanas que rigieron en su momento y que alteraron la regulación de este contrato en el Código; en fin, y lejos de ser completo el cuadro descripto, mencionamos incidencias derivadas de la ley de patentes de invención, de la ley de propiedad intelectual y propiedad científica, de la ley sobre medio ambiente y de protección al consumidor, etc., etc.

(45) Augusto M. Morello, “El principio de la seguridad jurídica”, Ac. Nacional de Derecho y C. Sociales, Año XXXVII. Nro. 30 p. 237.

(46) Marco Tulio Cicerón, “Sobre la República. Sobre las leyes”. Ed. Tecnos, 1986, p. 134. V. también “Tratado de la República”, Ed. Porrúa, 1997.

sujeta a lo que las normas de las leyes civiles propiamente establezcan, sino también, si se quiere, por reglas de otro nivel que muchas veces lleguen a incursionar en aspectos de materias propias de la legislación civil, excediendo por cierto la competencia del órgano que las emite, como lo advertía el recordado maestro Marco A. Risolía, (47) lo que lleva a sostener que la *persona continuamente está en una evidente imposibilidad material de conocer debidamente la norma jurídica*. A su vez, ese gran profesor que fue Aquiles H. Guaglianone se mostraba preocupado también por el desborde de las leyes vinculadas con el derecho civil, decía refiriéndose a ese conglomerado de la legislación, “que se había concebido “un monstruo, que crece y crece y que al obscurecer el panorama jurídico de la Nación, pone en peligro la seguridad de los derechos y pone en desequilibrio a la sociedad por la falta de permanencia de las normas que la regulan” y agregaba “se quiere confeccionar las leyes como artículos de consumo en una fábrica, cada vez con mayor ritmo, como si la cifra de normas creadas estuviese en relación directa con la eficacia del funcionario. (48)

13. Esa “seguridad”, general para todo el derecho y que por lo tanto debe acompañar a la legislación civil, se implica naturalmente en el concepto de la “estabilidad del orden jurídico”: “orden jurídico eficiente y justo” a que alude tan apropiadamente Julio H. G. Olivera. (49) Si ese orden no es reconocido se vuelve así en “inseguridad jurídica” que incide grandemente, en el caso de la legislación civil, sobre los derechos que hemos visto se ligan con la propia persona humana y con la multiplicidad de sus actividades. (50)

---

(47) V. Marco Aurelio Risolía, “Publicidad de los actos de gobierno: Ignorancia de las leyes, leyes secretas” en ED. 68 p.976 y ss.; V. asimismo Néstor P. Sagüés, “Las leyes secretas”.

(48) Aquiles Guaglianone, “Sobre la abundancia de las leyes”, p. 3. V. además J. H. Meehan, “Teoría y técnica legislativa” Depalma, p. 61 con prólogo de Jorge R. Vanossi.

(49) Julio H. G. Olivera, “Crecimiento económico y seguridad jurídica” Ac. Nac. Der. y C. Sociales de Buenos Aires, 23/07/1965; “Globalización, crecimiento económico y bienes públicos”, Anales Ac. Nac. Der. y C. Sociales de Buenos Aires, Seg. Epoca, Año XLIX, núm. 42, p. 307 y “Derecho económico y análisis económico del derecho”, en la Ac. Nac. de Der. y C. Sociales de Buenos Aires el 26/11/2009.

(50) El tema requiere sin duda una muy especial apreciación a la luz de la debida interpretación que corresponde efectuar sobre las convenciones internacionales y el contenido de nuestra Constitución, según lo que en alguna medida hemos adelantado en el punto 7 y notas, a donde remitimos. V. algunas consideraciones generales efectuadas desde su particular posición, por Gustavo A. Gallo, en “La inseguridad judicial” en DJ, Año XXV, Núm. 43, del 28/10/2009, p. 3025.

Además, para la aplicación eficaz de nuestras leyes civiles, lo que está permitido hacer y lo que está prohibido en el ámbito del derecho debe operar sobre la idea de la *previsibilidad*: “... *certeza, permanencia y aplicación de las normas que regulan nuestras conductas y los hechos y los actos que resultan de nuestras relaciones*”, como lo afirmaba Horacio García Belsunce, (51) consecuentemente, como lo destaca Jorge R. Vanossi, poder “*conocer anticipadamente las consecuencias de los actos jurídicos*”. (52)

La legislación civil se asienta entonces fundamentalmente, en la idea de la *previsibilidad e irretroactividad* (53) y asimismo en el respeto por la *cosa juzgada* (resguardo vital proveniente de la esencia misma del constitucionalismo) y por el instituto esencial de la *prescripción*, principios éstos que no es posible considerar que puedan ser alterados o modificados. Por el contrario, deben ser continuamente apuntalados en medio del vasto y riesgoso cuadro legislativo que hemos visto. (54)

Por lo tanto, dentro del incontrolable número de normas que se integran componiendo nuestra legislación civil, la desorbitada tendencia en nuestros días a seguir dictando nuevas leyes, muchas veces sin las precauciones para apreciar las consecuencias que tales nuevas leyes producirán sobre las ya existentes y en especial, en relación al ordenamiento sistemático común de

---

(51) Horacio García Belsunce, “La inseguridad jurídica”, Rev. Col. de Abog. de Buenos Aires, t. 62, nro. 2, Dic./2002. p.17 y ss.

(52) Jorge R. Vanossi, “La “seguridad jurídica” y el “Estado de derecho” en una democracia constitucional: las “condiciones” y los “condicionamientos”. El autor cita a Max Weber que aludía a la necesidad de crear suficiente seguridad jurídica “especialmente en la nota de previsibilidad”. V. asimismo Aída Kemelmajer de Carlucci, “Seguridad jurídica”, Rev. de Der. Comercial, 1998, Depalma, p. 203.

(53) Ideas básicas de que además de haber presunción del conocimiento de la ley, no hay contradicción entre las distintas leyes, de que el principio de que tal ley resulta irretroactiva, significa que no podrá haber modificaciones o alteraciones de ese complejo ordenado y sistematizado del derecho civil sino por las vías previamente establecidas por el ordenamiento jurídico.

(54) Respecto de esa seguridad jurídica decía Roberto Martínez Ruiz que “hay coincidencia dada por la pacífica aceptación de muchos siglos, en que instituciones como la prescripción y la autoridad de la cosa juzgada resultan esenciales para el logro de la paz social, que al fin es una faceta de la justicia, iluminada en el caso por el afán humano de seguridad”: “Seguridad jurídica y derecho civil”, Anales Ac. Nac. Derecho y C. Sociales de Buenos Aires, Seg. Epoca, Año XXXVII, Núm. 30 p. 304.



nuestra legislación civil, hará que estas normas estén destinadas a provocar trastocamientos que serán al mismo tiempo decididos atentados al principio de la seguridad jurídica. (55)

La seguridad jurídica, es un principio que tiene una decisiva significación para adoptar una *“postura general frente al derecho”*, tal seguridad *“requiere un marco confiable, de precisiones claras, de normas, estándares, pautas y criterios usables en continuidad, que pongan a las partes a cubierto de sorpresas, cambios y giros impredecibles”* señalaba Morello y agregaba: *“se hace en verdad impensable entrelazar relaciones, proyectar, acordar, desarrollar lo que se estudia y, previa evaluación, decidir, de no contarse con la seguridad de que esas reglas de juego serán acompañantes insustituibles de su trayectoria...”*. (56)

En consecuencia algo elemental: una relación jurídica celebrada según las normas establecidas por el cuerpo de legislación civil que la rija, no podría ser modificada por norma alguna que se dictara con posterioridad: lo ya ocurrido debe ser inalterable (aparte desde luego, las consecuencias de esas relaciones que no se hubieran todavía producido: art. 3° del Cód. Civil). Aun en el supuesto de disponerse lo contrario en la misma ley, en ningún caso, —lo dice la norma del Código reformada por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810)— podrán esas nuevas leyes, aunque invocaran el orden público, afectar derechos y garantías constitucionales, lo cual ha sido convenientemente establecido desde la reforma de 1968, que al mismo tiempo derogó el

---

(55) Atilio Cadorin, “Inseguridad jurídica: inseguridad sanitaria” en La Nación, citado por Augusto M. Morello en “El principio de la seguridad jurídica”, Anales Ac. Nac. Derecho y C. Sociales, Seg. Epoca, Año XXXVII, nro. 30, pp. 236/237.

(56) Augusto Mario Morello, ob. cit. p. 235. Se cita la 61 Asamblea del Episcopado Argentino que declaró “...una nación corre también gran riesgo de perderse a sí misma cuando su sistema jurídico se vuelve insuficiente a inestable”. A su turno, Francesco Carnelutti, exponía la trascendencia de la cuestión con estas palabras citadas por Roberto E. Luqui: “Toda mutación de la ley representa una turbación de equilibrio, un trastorno de previsiones, una rémora de iniciativas”. Peor aún, todo cambio que no se produzca en los límites normales de la mutabilidad, hace perder la confianza en la estabilidad de la ley, que es el estado de ánimo indispensable para la prosperidad social”: “El orden y la seguridad como valores del derecho”, Ac. N. Der. y Cs, 08/05/2008. En visita efectuada en el mes de Julio de 2009 a Buenos Aires, la Comisaría de Relaciones Exteriores de la Unión Europea, Benita Ferrero Waldner, afirmaba “...nuestras empresas necesitan seguridad jurídica. Si tienen opciones irán a los países con seguridad jurídica. Eso es lo que siempre mencionamos...”, La Nación, del 21/07/2009.

originario art. 5° del Código Civil bajo cuyo precepto la jurisprudencia había podido llegar a admitir retroactividades de normas legales. La seguridad jurídica en el campo del derecho civil tiene pues en preceptos como el citado un sólido respaldo, (57) como lo ha tenido, por cierto, para el resguardo de los derechos de las personas, con la firme incorporación a textos del Código del abuso del derecho, la teoría de la imprevisión y la lesión subjetiva.

14. Para no extendernos concluimos ahora diciendo, que el amplio y complejo panorama de la legislación civil que en alguna medida creemos haber exhibido, motivaron nuestros comentarios dirigidos *todos* a tratar de preservar la *eficiencia de esa legislación*; refirmando en tal sentido y en primer término, la necesidad de atender las normas fundamentales de la Constitución Nacional. De allí, y sin poder en nuestros días desconocer un sentimiento lamentablemente cada vez más generalizado de descreimiento y desconfianza hacia la ley y el derecho, dijimos también que el afianzamiento de conceptos y principios esenciales —algunos de los cuales alcanzamos a esbozar— ligados necesariamente a la estabilidad de los mismos derechos; y el reconocimiento en el campo de las normas, de una coherencia y coordinación en su dictado, permitiría contribuir a sostener una *legislación civil común* que debe ser, tanto en Códigos como en leyes, uniforme, ordenada y sistemática, para poder

---

(57) También podría decirse por ejemplo, que respecto de los actos jurídicos en general aporta sin duda a la seguridad jurídica, la premisa de la “buena fe”. Para un caso concreto, el resguardo de los derechos de los terceros de “buena fe”, como significó en su momento la modificación en el texto del art. 1051 del Código Civil. Frente a la transmisión de derechos sobre un inmueble por persona que lo había adquirido en virtud de un acto anulado, los terceros estaban sin ningún resguardo, aunque hubieran sido de buena fe. La reforma, aportando decididamente al principio de la seguridad jurídica, hizo por consiguiente que los derechos de estos terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso quedaran a salvo (haya sido el acto nulo o anulable), y también en el campo de los derechos reales, la buena fe legitimaba la adquisición de la posesión de inmuebles cuando se contaba con boleto (art. 2355 agregado final, reforma de 1968). Y ya que la estamos invocando en relación al afianzamiento de la seguridad en los derechos, el concepto de “buena fe” de tanto significado en distintos campos de la legislación civil (como tan apropiadamente lo ha puesto de manifiesto en reiteradas oportunidades Jorge H. Alterini), también está presente en la contratación con personas alterada en sus facultades, acto que no estaría afectado de nulidad cuando se hubiera obrado con esa buena fe y la demencia no fuera notoria en ese momento (art. 473 del Civil); y también sobre la base de la “buena fe”, en las normas sobre matrimonio, y en cuanto a los efectos de su nulidad, está presente en el caso de los matrimonios putativos (arts. 221 y ss.).

---

*garantizar: una natural comprensión de los derechos que consagra y regula y una clara seguridad jurídica en su justa aplicación. (58)*

---

(58) Luis Recaséns Siches, expresaba: “Debe pensarse siempre a la certeza y a la seguridad no siempre desde un punto de vista formalista indiferente, sino, por el contrario, como medios garantizantes de la justicia...” y agregaba: “Cuando los intereses que se hallen en juego estén directa e inmediatamente relacionados con los supremos valores tales como la dignidad y libertad de la persona (individual), los de los derechos fundamentales del hombre, los de las más elementales exigencias de la justicia social, entonces parece que sin duda en el caso concreto debe darse primacía a la justicia sobre la certeza y seguridad formales. En cambio, cuando los intereses en juego están fundados en valores relativamente secundarios, es decir de rango inferior a los que tienen los antes mencionados, entonces la corrección de una minúscula injusticia tal vez no amerite quebrantar el mínimo de certeza y seguridad jurídica convenientes para el buen funcionamiento del orden social”: “Nueva filosofía de la interpretación del derecho”, citado por Martínez Ruiz “Seguridad jurídica..., cit.”, p. 306. Respecto de nuestra legislación civil uniforme y la necesidad de su ordenamiento, José Domingo Ray en disertación que efectuara a fines de 1999, luego de pronunciarse a favor de la unificación del derecho privado, y de que sería la mejor solución el mantener el Código de Vélez “y modificar e incorporar todas las normas que se estime necesario”, concluía haciendo “... votos porque la futura reforma esté a la altura de la obra que en el siglo pasado realizó Vélez y que rindió tan buenos frutos en el siglo que concluye”: “Regulación del derecho privado en la Argentina: Vélez Sarsfield y el Código de Comercio”, Anales A. Nac. Der. y C. Sociales, Seg. Epoca, Año XLIV, número 37, ps. 390/391.

---



# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR HÉCTOR ALEGRIA (\*)

Presentar a un nuevo académico es todo un desafío y sin duda un compromiso.

Me explico. Un desafío porque resumir en pocas palabras los antecedentes del presentado, que han llevado a la Academia a decidir su integración al cuerpo, es prácticamente imposible en los pocos minutos que razonablemente preceden a lo que es de vuestro mayor interés, la comunicación de incorporación del Dr. Manóvil.

También es un compromiso, pero no en el sentido que ordinariamente podría interpretarse, pues es para mí un gusto y un honor que se me confiara esta presentación. Es un compromiso recíproco del incorporado con la Academia de mantener incólumes, y en su caso aumentar, su prestigio y reputación, sobre la base de un riquísimo intercambio de sus miembros, asentado sobre fundamentos de elevado nivel ético, respeto de los principios constitucionales, cooperación en el desarrollo social y cultural de la comunidad y, entre muchos otros valores, el de la consideración de la dignidad de la persona y la realización plena de la justicia.

El Dr. Manóvil es abogado y doctor de la Universidad de Buenos Aires, habiendo obtenido además los títulos de Traductor Público de alemán y Abogado especializado en Asesoría de Empresas. Cursó estudios sobre International Law en el University College de Londres y otros para graduados en nuestro país. Recibió una beca para investigación en el Max-Planck-Institut de Hamburgo (1986).

---

(\*) Discurso de recepción del Académico Rafael Mariano Manóvil, en la sesión pública del 10 de junio de 2010.

En la docencia ha desempeñado una proficua tarea, siendo actualmente profesor titular de Derecho Comercial en la Universidad de Buenos Aires, donde también enseña en cursos de posgrado y es Director del programa de Actualización en Derecho Societario.

Desde 1991 es profesor en el Master y Post Master de Derecho Empresario en la Universidad Austral. En la Universidad Di Tella, dicta Derecho Societario en el Postgrado de Derecho y Economía; habiendo sido Profesor Visitante en la Bucerius Law School de Hamburgo, además de otros relevantes cargos docentes.

Es autor de más de setenta y cinco publicaciones y trabajos en medios del país y del exterior, incluso en idiomas alemán e inglés. En este campo todos recordamos su participación con el profesor Enrique Zaldívar y otros distinguidos autores en la famosa y siempre citada obra "Cuadernos de Derecho Societario" en cuatro tomos, que lleva varias reimpressiones; y también su importante Libro "Grupo de Sociedades en el Derecho Comparado", que en 1280 páginas expone exhaustivamente el tema, de forma de consagrarlo como la más relevante producción en esa materia, tanto en nuestro país como en el exterior, de lo que son prueba los múltiples comentarios que recibió. La ponderación de sus méritos no queda allí sino que motivó que la obra recibiera el "Premio Facultad" de la Universidad de Buenos Aires por ser la mejor tesis del año, y el premio "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", otorgado por nuestra Corporación en marzo del año 2000.

Dictó 150 conferencias en el país y en el exterior y participó de cerca de ochenta jornadas y congresos en todo el mundo. De éstos debemos destacar algunos de particular interés en esta oportunidad. Ya en 1979 fue designado secretario de la Sesión V en la Nuclear Inter Iura 79, IV Congreso Internacional de Derecho Nuclear, casualmente sobre el tema de la responsabilidad civil por daños nucleares y seguros, habiendo participado posteriormente en otras ocasiones en tales eventos (Nuclear Inter Iura) con distintas responsabilidades, en Palma de Mallorca, San Francisco, Constanza (Alemania), Amberes, Tokio, Bath (Inglaterra), Helsinski, Tours (Francia), Washington, Budapest, Cape Town, Bruselas y Toronto, así como en el Congreso Organizado por la OCDE en Budapest sobre "Nuevos Desarrollos sobre Responsabilidad Civil Nuclear". Desde 1985 es miembro del Board of Directors de la Asociación Internacional de Derecho Nuclear con sede en Bruselas, Bélgica. Seguramente los oyentes encuentren aquí la mejor explicación del tema elegido por el nuevo Académico para su incorporación, en un campo poco frecuentado en los estudios locales de derecho.

Además de su importante participación en jornadas y congresos nacionales y en los internacionales ya indicados, intervino en un Simposio

---

sobre Responsabilidad Civil Nuclear y el Seguro organizado por OCDE y la Agencia Internacional de la Energía Nuclear en Munich (Alemania) y en el Düsseldorf Tagung, en Dusseldorf (Alemania) entre otros.

Como co-fundador y presidente la Asociación Jurídica Argentino Germana organizó distintos eventos en el país y en el exterior. También participó en simposios sobre derecho mercantil en Ottawa; en el Max-Planck-Institut de Hamburgo; en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial en Bogotá; en la reunión sobre Gobierno Corporativo en países en Desarrollo organizado por la OCDE y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo en París; en la Jornada de Homenaje al Profesor Karsten Schmidt en la Universidad de Bonn; en las Jornadas sobre Grupo de Sociedades organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y en el I Congreso Temático de la Academia Nacional de Derecho Comparado en México, entre muchos otros.

Es miembro de distintas entidades científicas del país y del exterior, entre las que se destaca, además de la ya citada Asociación Internacional de Derecho Nuclear, la Academia Internacional de Derecho Comparado y nuestro Instituto de Derecho Empresarial, al que pertenece desde el 2001.

El Dr. Manóvil se expresa fluidamente en alemán, inglés y francés, además del castellano.

Dejo aquí la enunciación parcial e incompleta de antecedentes para dar paso a las palabras del nuevo Académico, a quien recibo en nombre de la Corporación anticipando el mejor de sus desempeños en esta nueva posición que, como dijimos, importa para él un nuevo compromiso, que estamos seguros ha de afrontar con la capacidad y el empuje que son sus características y de los que esta Academia espera lo mejor de sus frutos.

---

# RESPONSABILIDAD CIVIL NUCLEAR

POR RAFAEL M. MANÓVIL (\*)

I. Introducción. II. Estructura y principios de la responsabilidad civil nuclear. III. Noticia sobre las Convenciones Internacionales. IV. Breves comentarios acerca de diez aspectos particulares. V. Balance y conclusión.

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Eduardo Aguirre Obarrio,

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Dr. Juan Carlos Palmero,

Señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Dr. Jorge Reynaldo Vanossi,

Señor ex Presidente Constitucional de la Nación, Dr. Fernando de la Rúa,

Señora Decana de la Facultad de Derecho de la UBA, Dra. Mónica Pinto,

Señores Académicos,

Señoras y Señores,

Debo comenzar por agradecer desde lo más profundo de mi ser la extraordinaria distinción de que me ha hecho objeto esta ilustre y centenaria Academia al designarme y recibirme hoy públicamente como miembro de número. Mucho más que como un premio por una carrera académica a lo sumo empeñosa, siento el honor que se me ha dispensado como la imposición, y aceptación, de la carga de emprender, a partir de ahora, y más que nunca antes, una tarea de reflexión y producción jurídica madura, como para justificar así esta designación.

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 10 de junio de 2010.



Me debo, en este sentido, al ejemplo del patrono del sitial que me fue asignado, José María Moreno, y al de mi antecesor inmediato, el señor académico emérito, Dr. Carlos María Bidegain, a quien he tenido el raro privilegio, la dicha y el honor de visitar luego de haber sido llamado a ocupar su lugar.

José María Moreno, sobrino del secretario de la Primera Junta, Mariano Moreno, fue un hombre notable, que en su corta vida —nació el 17 de septiembre de 1835 y murió el 22 de marzo de 1883— sumó, alternándolas, tres condiciones: la de político, la de militar, y la de jurista. En todas ellas se distinguió por su dedicación, por su esfuerzo, por la claridad de su pensamiento y por la transparencia de su actuación.

Su vocación genuina fue el derecho. La Universidad de Buenos Aires, fundada en 1821 por decreto de Martín Rodríguez, privada en 1838 del sustento oficial, lo recibió como alumno en 1851. Aunque concluyó sus estudios rápidamente y se doctoró en jurisprudencia el 8 de julio de 1861, debió completar la obligatoria práctica en la Academia teórico-práctica de jurisprudencia, dependiente del Tribunal Superior de Justicia, antes de rendir un examen general ante este mismo para ser admitido como abogado el 5 de mayo de 1865, a la edad de 29 años. Si se repara en los tramos de la historia nacional que se sucedieron en esos años, y en la actividad que le cupo como político y como militar (en el arma de artillería, la intelectualmente más exigente), y se tiene presente la hoy abolida distinción entre los estudios universitarios y la habilitación profesional, resulta claro que esos años no fueron dedicados al ocio, sino todo lo contrario.

Por otra parte, ya antes de *tomar posesión de sus estrados*, como solía decirse, por decreto del 25 de junio de 1864, José María Moreno fue nombrado catedrático de derecho civil en reemplazo del Pablo Cárdenas, que dejó el cargo para asumir como ministro de Gobierno del gobernador Mariano Saavedra. En la Universidad de Buenos Aires fue el primer comentador del Código Civil. Pero Moreno no se dedicó sólo a la cátedra, ni sólo a la profesión de abogado. Ya en marzo de 1868 fue nombrado fiscal general del gobierno provincial por el gobernador Adolfo Alsina, y continuó en el cargo hasta 1872, al comienzo del gobierno de Mariano Acosta. Desde 1872 hasta 1876 fue diputado nacional; fue miembro de la Convención Constituyente provincial en 1873; entre 1876 y 1878 actuó como asesor letrado de la municipalidad de Buenos Aires; en 1878 fue elegido vicegobernador de la Provincia, pero durante su mandato, que duraba hasta 1881, el 1º de julio de 1880, tuvo que asumir como gobernador por los sucesos del mes de junio que provocaron la renuncia de Carlos Tejedor. Renunció en ese momento a la cátedra y, dos meses más tarde, al sentir fracasada la tarea

pacificadora que se había impuesto, también renunció a la gobernación. Empero, por su salud quebrantada, ya no volvió a las aulas.

Todo ello superpuesto, en el plano académico, con su actuación, desde 1866, como censor 2º de la ya citada Academia, de la que fue vicepresidente en 1871. Fue vicerrector de la Universidad en 1867. En 1869, junto con Ceferino Araujo, Juan José Montes de Oca y Antonio Malaver, fundó la *Revista de legislación y jurisprudencia*, de la que se publicaron once tomos hasta su temprana muerte. No puede olvidarse que, gracias a su iniciativa, la constitución provincial de 1873 incluyó disposiciones relativas a la educación universitaria, entre ellas, la separación de los distintos tipos de estudios en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires. Ello llevó a la creación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales por decreto del 26 de marzo de 1874. El día 31, José María Moreno fue nombrado miembro académico de ella, cargo honorario en el que permaneció hasta su muerte.

Cuando se repasa la obra escrita por José María Moreno, catedrático de derecho civil, no se olvide, no puede menos que asombrar la diversidad temática, la ilustración, y la profundidad con que se ha internado en los temas más diversos. Si puede no sorprender que haya escrito sobre derecho de familia, como sus trabajos intitulados *La prueba de la filiación natural*, *Patria potestad sobre los hijos naturales*, *Testamento recíproco*, *Formalidades del testamento público*, o sobre otros temas de derecho civil, sean de la parte general (*Documentos habilitantes*), de contratos (*Derechos del locatario*) o de derechos reales (*Juicio de mensura*), llama la atención saber que a temprana edad, ya en 1864, escribió una profunda y detallada disertación para ser leída en la Academia teórico-práctica de jurisprudencia, cuyo título es *Estudio sobre las quiebras*. Se trata de un extenso y documentado análisis de casi 270 compactas páginas, donde recorre con meridiana claridad todos los aspectos del derecho concursal de la época, flamantemente reglado en el Código de Comercio. Más tarde también escribió sobre *Prórroga de Moratorias*, sobre *Calificación de las quiebras*, en particular sobre la intervención que podían tener los acreedores en esta incidencia, sobre *Reivindicación en caso de quiebra*, y un *Comentario crítico al artículo 1542 del Código de Comercio*, referido al protesto ficto en caso de cesación de pagos. Produjo también dos excelentes trabajos de derecho societario, uno bajo el título de *Contratos de Sociedad*, en el que analiza el alcance de la inexigibilidad de los derechos entre los socios de una sociedad no constituida regularmente, el otro como dictamen fiscal (que no fue compartido) en el caso de *Tramways de Buenos Aires*, sobre la actuación en el país de sociedades constituidas en el extranjero y, si bien se lee, también sobre sociedades de tipo desconocido en el país. Propugnó allí la doctrina más liberal, la del recono-

cimiento de la personalidad conforme a la ley del lugar de origen de la sociedad extranjera. En otros aspectos del derecho mercantil, también es valioso su escrito sobre *Fianza por aval en los pagarés* a la orden y sobre *Formalidades del protesto*. También incurrió en diversas cuestiones de derecho procesal y de derecho administrativo, de notable interés no sólo jurídico, sino también político, demasiado largos de referenciar. He dejado para el final la cita de su *Estudio sobre el curso forzoso*, verdadera joya de doctrina que, en rigor, fue un escrito judicial presentado para defender la posición de que la moneda de curso legal, es decir, la moneda papel inconvertible establecida por la legislación de 1876, no debía ser impuesta por su valor escrito, sino por el valor de mercado que tuviera en la fecha del pago. Lo que impresiona no es, por cierto, la tesis que sostiene (controvertida por Amancio Alcorta, su oponente), sino la erudición con que aborda, no ya sólo los aspectos jurídicos de la milenaria e inagotada cuestión del valor de la moneda, sino la teoría de la Economía Política, ciencia novísima por aquel tiempo. Ocupa este trabajo 170 páginas de sus *Obras jurídicas*, publicadas después de su muerte por Antonio Malaver y Juan José Montes de Oca. Entre otros pasajes de interés, puede señalarse su profunda y erudita crítica a teorías, como la de Ricardo, que vinculan el valor de la cosa con el trabajo incorporado a ella, o sea, la teoría del valor intrínseco de la cosa, para sostener que el *valor* es una relación de cambio, esencialmente variable.

Si rico y ejemplar es el legado que ha dejado el patrono del sitial, no lo es menos el del académico emérito, Prof. Carlos María Bidegain, a quien me ha tocado en suerte suceder en este sitial tan iluminado por grandes figuras del derecho público. El maestro Bidegain fue designado el 8 de abril de 1999 y la ceremonia de su incorporación se realizó el 26 de agosto del mismo año. Su elevación al rango de Académico Emérito se produjo el 10 de septiembre de 2009 luego de una fecunda presencia en esta corporación, no sólo por sus comunicaciones, sino también por su participación en la elaboración de diversos dictámenes.

De ascendencia francesa e italiana, el Dr. Bidegain nace en esta ciudad el 11 de febrero de 1916. Su paso por el prestigioso Colegio Nacional Mariano Moreno es el preludio de sus exitosos estudios de derecho en la Universidad de Buenos Aires, que culmina en 1938 como abogado, doctorándose en 1950 con su sobresaliente tesis *El Congreso de los EE.UU. de América*. Recomendada al Premio Facultad y laureada con el Premio Montes de Oca, fue publicada con prólogo de nuestro académico decano, Dr. Segundo V. Linares Quintana. Para escribir esta tesis estudió en Washington y en la Columbia University de New York, becado por el Institute of International Education. Con un nuevo estipendio de esta misma entidad, más tarde realizó estudios en el Law Institute of the Americas de la Southern

Methodist University, en Dallas, que culminó en 1955 con un diploma *Magna cum laude* como Master of Laws in Comparative Laws. También recibió otras distinciones relevantes: “Maestro de la Libertad, la Justicia y el Derecho”, otorgado el 27 de agosto de 1997 por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y, en el año 2006, el Premio Konex, Diploma al Mérito en Derecho Constitucional.

Su obra escrita es abundante e imprescindible para cualquier interesado en el derecho público. Además de múltiples artículos, recensiones, comentarios, prólogos, semblanzas y hasta la traducción del libro de Jerome Frank, *Short of sickness and death: a study of moral responsibility in legal criticism*, (apareció en español con el título de *Derecho e incertidumbre*), son especialmente relevantes su *Curso de Derecho Constitucional* en cinco tomos, los *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, y su ya mencionada tesis, obra insuperada que ha sido desde hace seis décadas, y sigue siendo hasta nuestros días, libro de consulta permanente en el parlamento argentino, de lo que dan testimonio varios parlamentarios y ex parlamentarios consultados.

En la docencia brilló, junto a mis maestros del Colegio Nacional de Buenos Aires, Florentino Sanguinetti y Agustín de Vedia, como Profesor Asociado de Instituciones de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA (1957-1963). En la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina fue Profesor Titular de Derecho Constitucional desde 1964, Consulto en 1984 y Emérito en 1997.

Es Académico Emérito también de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, a la que ingresó en 1986 y de la que fue Secretario desde 1987 hasta 1991. Es, además, Miembro Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España.

Su actividad pública es bien conocida. Funcionario de la Cámara de Diputados de la Nación durante 22 difíciles años (1938-1960), entre 1956 y 1957 Secretario de la Comisión de Estudios Constitucionales integrada por los ilustres Sebastián Soler, Juan Antonio González Calderón y Carlos Sánchez Viamonte, se desempeña como Prosecretario de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional de 1957. Procurador del Tesoro de la Nación entre 1960 y 1962, Síndico del Banco Central en 1963, Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre 1977 y 1979. Fue también Vicepresidente y luego Presidente del Tribunal de Ética Forense de la Capital Federal entre 1981 y 1984, Presidente de la Asociación Argentina de Ciencia Política (1987/8). Tuvo destacada actuación en la Federación Argentina de Colegios de Abogados y en el Consejo Consultivo de la Asociación de Derecho Constitucional.

Señoras y señores: hechas estas breves semblanzas, me abocaré a la exposición del árido tema elegido para esta ocasión, la responsabilidad civil nuclear.

## I. Introducción

Es un lugar común señalar la profundidad de las transformaciones en la ciencia, en la tecnología, en los modos de producción, en la organización política y económica, así como en los códigos de convivencia social, que, con potenciación geométrica, se fueron sucediendo en los últimos dos siglos. Algunas de sus consecuencias inmediatas son el crecimiento de la población mundial y el de la cantidad y calidad de sus necesidades. El gasto y consumo de los recursos de la tierra, los efectos sobre el ecosistema y sobre el clima, nunca, desde que el hombre es hombre, alcanzaron la velocidad ni la magnitud de lo que acontece hoy día.

En el último medio siglo, por lo menos, la humanidad ha presenciado un esfuerzo creciente por encontrar tecnologías que permitan producir energía, elemento devenido esencial para la civilización, a partir de fuentes que no sean contaminantes del *habitat* y que, precisamente, no produzcan indeseados efectos sobre la estabilidad del ambiente terráqueo. El aprovechamiento de las energías solar y eólica constituye una esperanza, pero todavía no son suficientes para abastecer una parte relevante de las necesidades del planeta. Por ello, ha tomado nuevo impulso el uso de la energía nuclear para fines pacíficos.

El comienzo de este uso se ubica en el célebre discurso *Atomos para la paz* del presidente Dwight Eisenhower el 8 de diciembre de 1953 ante las Naciones Unidas. La decisión de poner al servicio de la civilidad este recurso militar creado para la destrucción masiva, de inmediato trajo consigo cuestiones de seguridad, de protección física y prevención, de regulación del comercio de materiales y conocimientos sensibles, de intervención de los Estados, de internacionalización de la información, de transporte nacional e internacional terrestre, marítimo y aéreo, de manejo, almacenamiento y disposición final de desechos radiactivos y de material contaminado, de administración de nuevos riesgos y, estrechamente vinculado con esto último, de responsabilidad civil y asegurabilidad de esta nueva clase de riesgos. Una parte de este último aspecto, el de las reglas especiales sobre la responsabilidad civil nuclear, será la materia a tratar esta tarde.

El atractivo del ejemplo de las reglas de responsabilidad civil nuclear radica en que puede servir para reflexionar acerca de la necesidad de introducir o reconsiderar algunos elementos de ponderación en los futu-

ros desarrollos del derecho de daños en general. Aún sin profundizar ni emitir opinión en esta cuestión, debe partirse del dato de que hoy día se hallan substancialmente alterados los principios y hasta la finalidad del enfoque clásico en la materia. No está demás recordar, ante todo, la regla básica, a menudo olvidada, *casum sentit dominus o res perit suo domino* que, para ser alterada y producir la imputación o la imputabilidad del daño a otro sujeto que el que lo sufrió, necesariamente requiere de una causa jurídica que, justificadamente, así lo determine.

En el centro de la escena se halla hoy la víctima de cualquier clase de daño. A la víctima se le reconoce el derecho a obtener una reparación integral. Las normas y construcciones jurídicas autorales y jurisprudenciales modernas procuran satisfacer esa meta tratando de ampliar el elenco de los sujetos responsables por un mismo daño, desarrollando nuevos conceptos indemnizables y dando más vigor a los tradicionales. Disminuye la relevancia del factor de atribución subjetivo mediante la creación de nuevas categorías de responsabilidad sin culpa, en función del riesgo creado, (1) del aprovechamiento económico, de la garantía de seguridad, entre otras. Junto con ello, se presume que el sujeto pasivo de todas estas potenciales responsabilidades deberá proveer no sólo a extremar los cuidados para evitar la producción del daño, sino también a la previsión de solvencia financiera para afrontar las consecuencias mediante el traslado de esos riesgos a terceros profesionalmente organizados para asumirlos. O sea, se le exige asegurarse. En algunas normas, proyectadas o vigentes, la responsabilidad de ciertos agentes incluso se hace depender de la disponibilidad de cobertura en el mercado. (2)

---

(1) La teoría del riesgo “se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio, es justo que repare los daños que causa” (Díez-Picazo y Ponce De León, Luis, Derecho de daños, Civitas, Madrid, 1999, p. 108) No obstante, ver allí también la referencia a la crítica de Planiol, quien ve en ello un paralelo civil de la condena penal de un inocente. “Quien, de modo lícito, ejerce en forma regular y en interés general una actividad potencialmente peligrosa, también debe responder por el daño resultante aun cuando no se le pueda atribuir culpa”, lo cual significa que debe indemnizar un daño accidental (Pelzer, Norbert, Überlegungen zu Haftungsgrundlagen und Schadenszurechnung im Atomhaftungsrecht, en Europäisches Atomhaftungsrecht im Umbruch, Nomos, Baden Baden, 2010, p. 17). En el mismo lugar hace suya la cita de Josef Esser (Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München, 1941), en cuanto a que no se trata en estos supuestos de una aplicación de justicia conmutativa, sino de justicia distributiva.

(2) Con una visión crítica, Díez-Picazo y Ponce De León, Luis, Derecho de daños, cit. nota 1, pp. 193/4.

La tendencia a hacer que cada sujeto transite por la vida sin correr riesgos, porque alguien, un tercero, se hará cargo de cuidarlo e indemnizarlo, incurre en el erróneo concepto de vida de olvidar que, como dice Díaz-Picasso, “*la vida social entera es creadora de riesgos, que cada uno de nosotros los crea cotidianamente*”. (3) En el plano del costo que tiene para la comunidad, se traduce en que los bienes y servicios colocados en el mercado terminan por incluir el prorrateo de la asunción de todos esos riesgos en el precio que debe pagarse para adquirirlos. (4) No importa en este caso si el presunto futuro responsable forma una reserva para atender la masa de reclamos, o si contrata un seguro de responsabilidad: el costo de su propia indemnidad patrimonial frente a las responsabilidades que se le endilguen siempre se traslada al precio. Podrá decirse que este mecanismo no es sino un modo de producir la dispersión social del riesgo, fundamento técnico sobre el que, por otra parte, descansa el instituto del seguro. Sin embargo, el costo social puede exceder del beneficio de esa dispersión porque, pese a la moderna evolución del derecho de daños, quedó intocado el régimen y la estructura de los seguros disponibles para cubrir las nuevas facetas del riesgo. El seguro de la responsabilidad civil cubre al sujeto responsable y no el riesgo corrido, ni el daño producido. El elenco ampliado de posibles responsables por un mismo riesgo y, a la postre, por un único daño, sumado a la subrogación del asegurador, multiplica los contratos de seguros para cubrir el mismo riesgo. Además, se fueron instalando modalidades —como el traslado del peso del plazo de prescripción desde el asegurador hacia cada uno de los asegurados, propia de la nueva modalidad *claims made* (el seguro debe estar vigente no ya cuando se produce el hecho dañoso, sino cuando llega el reclamo o la demanda) impuesta en el mercado reasegurador internacional— que contribuyen a potenciar el crecimiento del costo social de esta nueva *seguridad* hasta límites insostenibles, tanto que pueden llegar a comprometer la competitividad de una economía toda. (5)

En este marco debe ser ubicada la responsabilidad civil nuclear.

---

(3) Díez-Picazo y Ponce De León, Luis, Derecho de daños, cit. nota 1, p. 116.

(4) Díez-Picazo y Ponce De León, Luis, Derecho de daños, cit. nota 1, p. 115.

(5) Ejemplo de la gravedad de la perturbación que puede producir un régimen jurídico erróneo o exagerado, es el costo de la asistencia médica en Estados Unidos que, según información reciente, consume el 17 % del Producto Bruto de ese país.

## II. Estructura y principios de la responsabilidad civil nuclear

### A. Generalidades

Es casi reiterativo señalar que la energía nuclear tiene la potencialidad de ayudar a resolver algunos de los problemas más acuciantes en relación con la creciente necesidad de energía, porque es limpia, confiable y económicamente aceptable: no produce polución ni emisiones contaminantes y no incide en el cambio climático. (6) Pero, aunque técnicamente puede considerársela segura, no está exenta de riesgos, incluso con potencial catastrófico. “*Riesgos de naturaleza catastrófica, pero también riesgos insidiosos, porque no son detectables por el común de los mortales*”. (7)

La fuerza y la dimensión de los riesgos involucrados, determinó que, prácticamente desde sus orígenes, el régimen de la responsabilidad civil nuclear se desarrollara como un *sistema*, rompiendo con los principios clásicos del derecho común, ineficientes para atenderlos. Ciertamente hubiera sido imposible que una industria como la nuclear, soportara consecuencias y costos de magnitud inabarcable. (8)

Como se verá a lo largo de esta exposición, los tres pilares sobre los que se asienta este régimen especial son (i) la responsabilidad *objetiva* del *explotador* de una instalación nuclear; (ii) la *canalización* de la responsabilidad civil hacia ese solo sujeto, sin derecho de regreso o repetición contra otros responsables; y (iii) la limitación de la responsabilidad total

---

(6) Faure, Michael E. y Vanden Borre, Tom, Economic Analysis of the externalities in nuclear electricity production: the US versus the international nuclear liability scheme, en Nuclear Inter Jura, 2007, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 423/6. Además, estos autores afirman que puede ayudar a la estabilización de los precios de los mercados vinculados con la generación de energía a partir de combustibles fósiles. También Mc Rae, Ben, The role of the Convention on Supplementary Compensation for nuclear damage in expanding the use of nuclear power, en Nuclear Inter Jura 2007, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 409.

(7) Dussart-Dessart, Roland, Un regard ouvert sur la prolifération des conventions internationales sur la responsabilité civile nucléaire, en Nuclear Inter Jura 2007, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 347/8.

(8) Según lo expone Shapar, en sus orígenes el sistema del Price-Anderson Act en Estados Unidos tuvo dos propósitos básicos: incentivar el desarrollo comercial de la energía nuclear y proveer de un fondo adecuado para compensar al público en caso de un accidente nuclear (Shapar, Howard K., Indemnification for nuclear damages... - Recent developments in the United States, en Nuclear Inter Jura '81, Palma de Mallorca, 1981, p. 327).



por cada incidente dañoso a una suma por la que pueda exigírsele, o el sistema proporcionar, una cobertura financiera adecuada.

El origen remoto de este sistema se ubica en 1946, cuando en Estados Unidos se dictó el Atomic Energy Act, que estableció el monopolio del Gobierno Federal en materia de tecnología y *know how* nucleares. Las empresas privadas proveedoras, como condición para invertir en Investigación y Desarrollo, exigieron incluir cláusulas de indemnidad en sus contratos porque no existía cobertura de seguros para ese tipo de riesgos. Además, no estaban dispuestos a asumir responsabilidad frente a terceros por actividades que, en definitiva, realizaba únicamente el Estado. Por parecidas razones, luego de que en 1954 se autorizó a compañías privadas la explotación de reactores nucleares, cuando en 1957, se dictó el Price-Anderson Act, se produjo, *mutatis mutandi*, la cristalización de idénticos principios en el sistema legal de responsabilidad civil nuclear.

Con el comienzo de las exportaciones de insumos, conocimientos y materiales, principalmente a Europa, los proveedores plantearon su temor de que elementos bien diseñados fueran mal operados y se les imputara responsabilidad. En el informe que coronó un estudio que por entonces se encomendó a la Harvard Law School, producido en conjunción con el Atomical Industrial Forum, (9) uno de los principios recomendados fue el de la canalización legal de la responsabilidad hacia un único sujeto, el explotador, liberando a todo otro posible responsable. Los tres principales y dirimientes fundamentos aducidos fueron evitar a las víctimas, y también a los eventuales responsables, litigios múltiples, largos y costosos, evitar la multiplicación de seguros para cubrir riesgos idénticos por proveedores y explotador y, por último, incentivar la inversión en la industria.

En otras palabras, la Convención de París de 1960 primero, y la de Viena de 1963 luego, fueron, en realidad, el resultado de la imposición de un sistema que protegía a los proveedores, inicialmente casi sólo norteamericanos.

No obstante la especialidad señalada, la responsabilidad civil nuclear no es un sistema integral en sí mismo que cubra todos sus aspectos jurídicos. No lo establecen así las Convenciones internacionales ni las legislaciones locales. Tanto éstas como aquéllas, requieren de su integración, complementación e interpretación en el marco del régimen jurídico general del

---

(9) International problems of financial protection against nuclear risk. A study under de auspices of Harvard Law School and Atomic Industrial Forum, Inc., New York, 1959.

país cuya ley resulta aplicable en el caso concreto. (10) Ello aparte de que las Convenciones expresamente remiten al derecho local en numerosas disposiciones, como v.gr. los Arts. 11 de la Convención de París y VIII de la Convención de Viena, que establecen en forma coincidente, lo mismo que sus respectivos Protocolos de 2004 y 1997, que “*la naturaleza, la forma y el alcance de la reparación, así como la distribución equitativa de la indemnización, quedarán regidas, dentro de los límites de la presente Convención, por la ley nacional*” (traducción libre de la versión francesa) y que “*sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Convención, la naturaleza, forma e importancia de la indemnización, así como la distribución equitativa de la misma, se regirán por la legislación del tribunal competente*” (texto oficial de la versión en Español). En consecuencia, es conforme a la ley nacional aplicable que se decidirán cuestiones como el nexo de causalidad entre el incidente nuclear y el daño, la eventual indemnización, o no, de daños inmateriales, las reglas de distribución, eventuales compensaciones fijas, preferencias para cierto tipo de daños o de víctimas, etc. etc., mientras no violen, por supuesto, las reglas de no discriminación por nacionalidad, domicilio o residencia establecidas en las Convenciones. En todos los sistemas convencionales, esta no discriminación se refiere tanto a las normas materiales como procesales. Como al azar ejemplifica Pelzer, si una pretensión resarcitoria se funda en la *propiedad* sobre un bien dañado, la cuestión acerca de quién es el titular de este derecho se decide de conformidad con la ley nacional aplicable. (11)

### *B. Sobre los principios y su interrelación*

#### *(i) Generalidades*

Los *principios* sobre los que se asienta la responsabilidad civil nuclear en los sistemas de las Convenciones (París, Viena y las que las siguieron),

---

(10) En la Exposición de Motivos de la Convención de París, se dice, por ejemplo, que el sistema especial creado por ésta trata sólo las cuestiones respecto de las cuales el derecho común no es adecuado para tratar los problemas particulares del uso de energía nuclear y, consecuentemente, el Art. 14, b), última parte, establece que “el derecho o la legislación nacional es aplicable a todas las cuestiones de fondo y procesales que no están regladas especialmente en la presente Convención”.

(11) Pelzer, Norbert, Conflict of Law Issues under the International Nuclear Liability Conventions, en Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2009, p. 823, con cita de doctrina en nota 24.

así como los de la generalidad de las legislaciones nacionales, en síntesis son:

a. responsabilidad *objetiva* (12) a cargo del explotador de una instalación nuclear, a fin de evitar que, para tener derecho a ser indemnizada, la víctima de un daño nuclear cargue con la prueba de la culpa del responsable;

b. responsabilidad *canalizada* exclusivamente hacia un solo sujeto pasivo, el explotador (con matices diferenciales entre la canalización *jurídica* y la *económica*), otorgando certeza a los damnificados sobre el legitimado pasivo. Se excluyen, por tanto, complejas acciones de regreso que serían desincentivantes para los proveedores de bienes y servicios, y se atiende la finalidad adicional de permitir la movilización y concentración de recursos financieros en el sistema de seguros de este tipo de riesgos; y

c. el vínculo entre la *limitación en monto de la responsabilidad del explotador*, con su obligación de cubrirla por medio de seguros o de otras garantías financieras.

(ii) *Responsabilidad objetiva y vínculo con los otros principios*

Los principios citados no están aislados los unos de los otros, sino que, tienden a distribuir las consecuencias de los riesgos propios de una actividad que la comunidad, nacional o internacional, entiende conveniente o necesaria para satisfacer fines sociales o económicos generales. Por ello, por ejemplo, las responsabilidades objetivas por ciertas actividades riesgosas suelen acompañarse, en general, con una limitación de su monto.

En materia nuclear, todos los regímenes convencionales y normativos nacionales establecen una responsabilidad *objetiva, estricta o absoluta*. Esta responsabilidad por el riesgo, independiente de cualquier factor subjetivo de atribución, que en primer término protege a las víctimas, responde a la función de *justicia distributiva* del derecho. No hace falta señalar cuán estrechamente emparentada resulta una decisión de política legislativa en este ámbito, con la *socialización*, (13) o más aún, con la

---

(12) En doctrina se ha justificado la responsabilidad objetiva en el hecho de que un accidente nuclear “puede ser considerado un accidente unilateral” porque sólo el victimario puede influenciar el riesgo del accidente (Faure, Michael E. y Vanden Borre, Tom, *Economic Analysis of the externalities...*, cit. nota 6, pp. 457).

(13) Véase a este respecto el capítulo dedicado a Desindividualización y socialización en el derecho de daños en Díez-Picazo y Ponce De León, Luis, *Derecho de daños*, cit. nota 1, pp. 159/186.

*colectivización* del derecho de la responsabilidad civil. (14) Esta rama del derecho constituye un medio para garantizar la paz social e, incluso, para garantizar la propia existencia de las personas. Visto desde este ángulo, como señala Pelzer, “*los eventos dañosos deben considerar no sólo la situación de la víctima, sino también la del victimario. La compensación social sólo puede darse cuando se consideran los intereses de todos los partícipes*”. (15) Como continúa señalando este autor, se produce una traslación del daño, que “*sólo genera paz social cuando el victimario puede soportar mejor la pérdida que la víctima*”, pero sólo hasta donde esto es realmente así. El sistema que surge de estos datos, en definitiva, trata de hacer recaer el daño en aquel que mejor puede soportarlo. (16)

Cuando el riesgo es catastrófico en razón de su masividad, la dialéctica general del modelo víctima/victimario, así aislada, necesariamente fracasa. En todos los sistemas, la *colectivización* del riesgo catastrófico lleva a que, finalmente, soportan el daño tanto el victimario, como también la víctima, el asegurador de aquél y el Estado, o sea, en definitiva, la comunidad toda. Sin embargo, esta *colectivización* no puede llegar al extremo de desincentivar el deber de cuidado para tratar de evitar o reducir los daños. Por ello, el paquete de legislaciones y convenciones internacionales que rigen en particular la materia nuclear, como se expresó en un clásico fallo de la Corte Suprema de los EE.UU., debe realizar el “*effort to accommodate the burdens and benefits of economic life*”. (17)

Como consecuencia de la necesidad de hallar ese equilibrio, al hecho de tratarse de una responsabilidad objetiva se opone que ella no podrá satisfacer el requisito de ser *integral*. Los límites de las garantías financieras disponibles hasta pueden determinar un reparto de tipo cuasi concursal, que no alcance a cubrir siquiera todos los daños directos, ni hablar de

---

(14) Fuchs, Maximilian, *Deliktsrecht*, 7ª edición, Berlín, Heidelberg, 2009, p. 6, citado por Pelzer, Norbert, *Überlegungen zu Haftungsgrundlagen...*, cit. nota 13, p. 18.

(15) Pelzer, Norbert, *Überlegungen zu Haftungsgrundlagen...*, cit. nota 13, p. 18. Ver también las referencias a la exposición de Trimarchi y a la de autores que estudian la posición de los marxistas y liberales en Díez-Picazo y Ponce De León, Luis, *Derecho de daños*, cit. nota 1, pp. 112/3, y 114/5.

(16) Pelzer, Norbert, *Überlegungen zu Haftungsgrundlagen...*, cit. nota 13, p. 18.

(17) *Duke Power Co. vs. Carolina Environmental Study Group, Inc.* (438 U.S. 59 (1978)).

los indirectos. Instrumento, como es, de justicia *distributiva* más que *conmutativa*, necesariamente se excluye de su alcance toda indemnización por daño moral y, tanto más, cualquier reconocimiento de daños punitivos. (18)

(iii) *Canalización*

El principio de la *canalización* de la responsabilidad en materia nuclear significa que un solo sujeto, el explotador de una instalación nuclear, y sólo él, con exclusión de cualquier otro, es el sujeto pasivo sobre quien recae toda la responsabilidad y el deber de reparar las consecuencias de un daño nuclear. (19) Ello comporta la liberación de la responsabilidad del proveedor, aún del *culpable*, y, salvo dolo o pacto expreso, excluye toda acción de regreso por parte del explotador y, en principio, también excluye una acción subrogatoria.

Mas en este aspecto cabe profundizar en las diferencias entre el régimen de las Convenciones internacionales, que, a partir de las de París y de Viena, establecen una *canalización jurídica*, y el régimen de derecho interno de los EE.UU., cuyo Price-Anderson Act de 1957, incluidas sus sucesivas enmiendas, impone el principio de la *canalización económica*.

La diferencia entre uno y otro sistema consiste en que la *canalización jurídica* comporta la legitimación pasiva exclusiva del explotador de la instalación nuclear, de modo tal que todas las pretensiones indemnizatorias se dirigen exclusivamente a él, excluyendo a cualquier tercero, aunque a su respecto pudiera demostrarse un factor de atribución y un nexo de causalidad con el hecho dañoso. En cambio, la *canalización económica* no excluye el derecho de la víctima a dirigir su pretensión contra aquél a quien considera responsable, sin perjuicio de que la cobertura sea canalizada hacia una única fuente, la del explotador de la instalación nuclear, cuyo seguro y cuyas otras seguridades financieras proveerán a la indemnización, con garantía de indemnidad para ese otro eventual

---

(18) Por tal motivo, en forma expresa, la Section 170, inciso s) del US Atomic Energy Act de 1954 (con sus modificaciones), excluye expresamente este tipo de daños.

(19) Para una severa y muy documentada, aunque discutible, crítica del actual mantenimiento del principio de canalización, Ameye, Evelyne, Channelling of Nuclear Third Party Liability towards the Operator: is it Sustainable in a Developing Nuclear World or is there a Need of Liability of Nuclear Architects-Engineers?, en INLA/AIDN Congress 2009, Toronto, Canadá, Proceeds, Vol. 2, pp. 385/413.

demandado. (20) Este último método que, como ya se señaló, es el de los Estados Unidos, se complica aún más porque en este país —con la excepción de un suceso nuclear extraordinario (*extraordinary nuclear occurrence*), caso en el cual todas las defensas y exclusiones del derecho de cada Estado de la Unión desaparecen y la responsabilidad del explotador es absoluta— la responsabilidad se rige por las leyes de cada Estado en particular. Lo mismo ocurre respecto de daños transfronterizos, a los cuales no se aplica el principio de canalización, sino el *tort law* del derecho común.

Se discute sobre la mayor o menor eficiencia de uno u otro de estos sistemas. (21) Incluso se ha controvertido seriamente la necesidad de mantener hoy cualquier régimen de canalización (22) —como de hecho en algunas legislaciones nacionales (23)—, especialmente para incluir

---

(20) Como ejemplo del funcionamiento práctico de este sistema de canalización económica, se cita el accidente de Three Mile Island, en 1979, caso en el cual fueron demandados el operador, el diseñador de la planta y el constructor, todos ellos representados por una sola firma de abogados.

(21) En posición crítica respecto de la canalización legal, pero en favor de la canalización económica como más eficiente en términos de análisis económico del derecho, Faure, Michael E. y Vanden Borre, Tom, *Economic Analysis of the externalities ...*, cit. nota 6, págs. 457/8. Puede resultar interesante la comparación de las legislaciones internas de dos países limítrofes, como Canadá y Estados Unidos, que hace Hénault, Jacques, en *Comparison of Canadian and United States Nuclear Civil Liability Legislation*, en INLA/AIDN Congress 2009, Toronto, Canadá, *Proceeds*, Vol. 2, pp. 311/5.

(22) Además del documentado trabajo de Ameye, Evelyne, *Channelling of Nuclear Third Party Liability...*, cit. nota 19, véase la referencia en Schwartz, Julia, *Great Expectations: Where Do We Stand with the Revised Nuclear Liability Conventions?*, en *Europäisches Atomhaftungsrecht im Umbruch*, Ed. Nomos, Baden Baden, 2010, p. 59. Cita el punto de vista de que “la industria es ahora suficientemente madura y económicamente fuerte como para asumir su cuota normal de riesgos nucleares, con el resultado de que el concepto de “responsabilidad exclusiva” debería quedar a la vera del camino”.

(23) Típicamente Austria, que abandonó el principio de la canalización que regía desde 1964 en su *Atomhaftungsgesetz* de 1999. Pero debe tenerse en cuenta que, luego del referendun del 5 de noviembre de 1978, Austria adoptó una política antinuclear, y su situación es la de un país que sólo puede sufrir daños como consecuencia de las actividades nucleares de países vecinos (Suiza, República Checa, Alemania, Hungría, Eslovenia, la República Eslovaca). De todos modos, la legislación interna prevé la competencia de sus tribunales y la aplicación de su propia ley cuando el daño se produce en su territorio, y no

entre los sujetos pasibles de responsabilidad al diseñador de la instalación nuclear. (24) Esto último tanto más así, cuanto en el denominado *new build*, o sea, el actual renacimiento de la construcción de nuevas plantas, muchas de ellas son de menor envergadura y de diseño standardizado, haciendo más relevante el conocimiento y el potencial del proveedor que el del explotador.

Estas críticas son documentadas y bien razonadas, pero es dudoso que conmuevan el fundamento del planteo clásico: en palabras de

---

establece límites para que la víctima demande a quien estime responsable, sin topes en el monto indemnizable. Sólo se hace excepción a estos principios en caso de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección, supuestos para los cuales se prevén ciertas limitaciones. Una cuestión que merece estudio en este contexto, es la ejecutabilidad de una sentencia austríaca que haga lugar a una indemnización en un país que, por ley nacional o por adhesión a una de las Convenciones, tenga establecido el principio de la canalización. Al respecto, Schwartz, Julia, *Great Expectations: Where Do We Stand ...*, cit. nota 22, p. 59. Para la perspectiva desde la visión de Austria, en particular frente a la posible regulación de la responsabilidad nuclear en el nivel de la Comunidad Europea, Hinteregger, Monika, *Die Vereinheitlichung des Atomhaftungsrechts innerhalb der EU aus der Sicht Österreichs*, en *Europäisches Atomhaftungsrecht im Umbruch*, Ed. Nomos, Baden Baden, 2010, pp. 222 y ss. No puede dejar de señalarse, frente a posiciones extremas como la de Austria, que algunos especialistas destacan la contradicción entre la actitud principista contraria a la explotación comercial de la energía nuclear y el hecho de que, a menudo, los mismos países que la condenan, importan energía de esa fuente producida en otros países.

(24) Ameye, Evelyne, *Channelling of Nuclear Third Party Liability...*, cit. nota 19, pp. 385/413. En especial, funda la responsabilidad del diseñador en la evolución de la tecnología y del diseño de los reactores, en la extensión de su vida útil, en la evolución de las instrucciones de operación, incluso en la modificación de las modalidades contractuales que pasaron de ser llave en mano a contratos de administración de la construcción de las plantas (pp. 396/405) y en que analizados los únicos tres accidentes relevantes (Windscale, Three Mile Island y Chernobyl), si bien sus causas fueron errores humanos, a ello se sumaron ciertos defectos y faltas de previsión en el diseño. En particular, en el caso de la instalación nuclear militar en Windscale (ahora rebautizada Sellafield), que ocurrió en 1957, antes de las Convenciones internacionales, la falla fue originada en una errónea decisión acerca del calentamiento del núcleo de grafito a más de 250°. En el caso de Chernobyl los defectos fueron de diseño, construcción, ingeniería, fabricación y operación, además de una deficiente cultura en materia de seguridad (pp. 405/8). A lo cual se suma el escándalo de corrupción en las Filipinas en relación con la planta nuclear de Bataan, en la que se gastaron 2200 millones de dólares, y finalmente la planta nunca se puso en operación por haber sido instalada en una zona volcánica, lo cual debió haber sido previsto por diseñador y constructor (pp. 408/9).

Brunengo y Engelhard, *“el principio de la canalización de la responsabilidad permite conocer un solo responsable. Un procedimiento simple permite dirigirse a un solo tribunal. La decisión de éste es inmediatamente aplicable. El sistema preorganizado de seguros ofrece un financiamiento garantizado y una ejecución rápida. No es preciso probar culpa alguna y no existe ninguna discriminación entre las víctimas”*. (25)

*(iii) Limitación de responsabilidad*

El tercer principio que conforma el sistema no está tan sólidamente establecido como los dos primeros. La limitación de la cuantía de la obligación indemnizatoria del explotador es, en estricta lógica, la contrapartida del carácter objetivo de la responsabilidad y de su canalización hacia él.

Pero operan aquí tensiones importantes. Por una parte, la necesidad de proteger a las víctimas y de no exponerlas a un resarcimiento insuficiente. Por la otra, el carácter ilusorio de magnitudes de indemnización para las que el explotador no cuenta con los medios financieros suficientes y que determinarían su propia insolvencia. Por fin, la porción del riesgo que cabría predicar que debe estar a cargo del Estado, o sea de la comunidad, en razón de la decisión política de valerse de una fuente de energía que entraña riesgos potencialmente catastróficos. Si se comparan las Convenciones, se advierte que la de París, en su formulación originaria, fija un tope máximo de responsabilidad imputable al explotador, en protección de éste, mientras que la de Viena, en protección de los damnificados, mantiene el principio, empero con un monto mínimo por debajo del cual los Estados no pueden establecer el límite.

La discusión derivada de las citadas tensiones ha tenido variadas expresiones. Por ejemplo, en los EEUU se ha puesto en duda la constitucionalidad de la limitación de responsabilidad. La Corte Suprema resolvió en 1978 que la limitación contenida en el *US Atomic Energy Act* sólo es constitucionalmente admisible porque la propia ley establece que el Congreso deberá proveer medios adicionales en caso de insuficiencia de los disponibles para garantizar la indemnización hasta los límites establecidos. (26) O

---

(25) Brunengo, Charles y Engelhard, Michel, *Un Etat, peut-il se passer d'adhérer à une Convention Internationale?*, en *Proceedings de Nuclear Law for the 1990's*, Nuclear Inter Jura '89, Tokyo, p. II-59.

(26) *Duke Power Co. vs. Carolina Environmental Study Group, Inc.* (438 U.S. 59 (1978)). Pueden verse referencias al caso en Shapar, Howard K., *Indemnification for nuclear damages...*, cit. nota 8, p. 329.



sea, admite la limitación porque se prevé que el Estado se hará cargo de lo necesario para compensar el exceso.

La fijación de un tope global indemnizatorio por cada incidente tiene, o tuvo en su tiempo, un legítimo propósito de política económica, como incentivo para el desarrollo de la industria nuclear, propósito cuya justificación actual se discute. (27) Es así que en algunos países se estableció legislativamente el principio de la ilimitación de la responsabilidad. Ejemplo de ello son Alemania y Suiza: se adoptó este criterio, pero, de todos modos, se estableció un tope al monto de la responsabilidad del explotador, quedando el resto a cargo del propio Estado. Curiosamente, mientras que en Suiza en el debate parlamentario se rechazó la ratificación de la Convención de París por entender que era incompatible con la ilimitación de la ley nacional, (28) estudiado el tema en Alemania cuando en 1985, la reforma de su ley de responsabilidad civil nuclear (§ 31) estableció esa ilimitación, se llegó a la conclusión contraria, o sea a su no incompatibilidad con los principios de la Convención de París. (29)

En síntesis, entonces, la limitación de la responsabilidad del explotador y la magnitud de ese límite están condicionadas por las seguridades financieras de que disponga para hacerle frente, mientras que la superación de ese límite o la directa ilimitación del monto de los resarcimientos a ser otorgados a las víctimas, dependerá de la predisposición del Estado para hacerse cargo de los montos de indemnización excedentes.

---

(27) Ya en 1987 lo escribía Pelzer, Norbert, *Indemnización de daños nucleares trans-nacionales (Sachschadensausgleich bei grenzüberschreitenden Nuklearschäden)*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1987-III, pp. 136/41. Recientemente, el mismo Pelzer, *Überlegungen zu Haftungsgundlagen...*, cit. nota 14, pp. 20/1. También, enfáticamente, Ameye, Evelyne, *Channelling of Nuclear Third Party Liability...*, cit. nota 19, pp. 392/3.

(28) Por ello Suiza, que posteriormente ratificó la Convención de París, lo hizo con la condición de que regirá a su respecto recién luego de que entre en vigencia el Protocolo de 2004. Para las dificultades de compatibilización con la Convención de París, ver Dussart-Dessart, Roland, *Un regard ouvert ...*, cit. nota 7, pp. 360/1.

(29) Al respecto, Avossa, G., Lussault, S., Pousset, R., Y Allegre, J., *Evolution of civil liability for nuclear operators*, en *Proceedings de Nuclear Law for the 1990's, Nuclear Inter Jura '89, Tokyo*, pp. 1-68/70. Estos autores son escépticos respecto de la eficacia de la ilimitación de responsabilidad a la luz de la eventual insolvencia del operador como consecuencia del accidente. Dan como ejemplo el embargo o la ejecución de las instalaciones y se preguntan acerca de quién se haría cargo de los gastos de desmantelamiento de material contaminado.

### III. Noticia sobre las Convenciones Internacionales

La internacionalidad de la industria nuclear, el riesgo casi obvio de que los daños sean transfronterizos, sumado al transporte frecuente de materiales, han determinado que, casi desde el origen, se hayan celebrado Convenciones internacionales, cuyo propósito ha sido evitar conflictos de jurisdicción, dar un uso razonable a los fondos disponibles para la indemnización de los perjuicios ocasionados a terceros —con exclusión, a tal fin, de la participación en el reparto de los daños a la instalación y a los bienes ubicados en ella—, ampliar y uniformar los plazos de prescripción, reglamentar las operaciones de transporte para garantizar la continuidad de la cobertura y unificar, de modo restrictivo, las causales de exoneración de responsabilidad. (30)

Pese a la substancial identidad de principios que establecen y a la evolución de sus soluciones, la proliferación de Convenciones en el último medio siglo, que en parte se superponen, en parte compiten y en parte tienen una no lograda vocación ecuménica e integradora, ha provocado una generalizada desazón por la dispersión de la aún escasa y lenta adhesión de los países, alejando el horizonte de una armonización universal que todos reclaman.

#### *(i) Convención de París del 29 de julio de 1960*

Esta primera Convención se celebró en el ámbito de la Agencia para la Energía Nuclear de la OEECD (31) para promover en esta materia la elaboración y armonización de las legislaciones de los países partícipes. Es decir, se trata de una Convención de tipo regional, con alcance europeo occidental. (32). La Convención comenzó a regir el 1° de abril de 1968 y fue objeto de modificaciones por medio del Protocolo del 28 de enero de 1964, que entró en vigencia junto con la Convención, el Protocolo del 16 de noviembre de 1982, que entró en vigencia el 7 de octubre de 1988, y el Protocolo del 12 de febrero de 2004, que todavía no está vigente.

---

(30) Dussart-Dessart, Roland, *Un regard ouvert...*, cit. nota 7, p. 348.

(31) Organization for European Economic Co-operation and Development, convertida el 30 de septiembre de 1961 en la actual OECD.

(32) Los países firmantes fueron Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Gran Bretaña, Suecia, Suiza y Turquía. Empero, no todos ellos ratificaron la Convención. De los que no lo hicieron, se destaca el caso de Suiza, que el 11 de marzo de 2009 depositó su instrumento de ratificación, pero recién se tornará vigente a su respecto cuando entre en vigor el Protocolo de 2004, al cual se hará referencia más abajo.

Con carácter integrativo respecto de la Convención de París, el 31 de enero de 1963 se celebró la Convención Complementaria de Bruselas, a su vez enmendada el 28 de enero de 1964. Su finalidad ha sido la de acrecer la magnitud financiera disponible para la reparación de los daños que pudieran resultar de la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos. Mientras que la Convención de París establece un límite de 15 millones de Derechos Especiales de Giro (DEG), según los define el Fondo Monetario Internacional, la Convención de Bruselas obliga a los Estados contratantes a proveer a que la indemnización por cada accidente alcance los 300 millones de DEG.

En muy sucinta síntesis, la Convención de París establece la responsabilidad del explotador de una instalación nuclear —quien debe contar con seguros u otras garantías financieras destinadas exclusivamente a la reparación (Art. 10)— por daños a las personas y a los bienes (Art. 3) sufridos en el territorio de un Estado Contratante (Art. 2, *contrario sensu*), ocurridos como consecuencia de un accidente nuclear en una instalación (Arts. 1 y 3), o en ocasión del transporte desde o hacia esta última (Art. 4). La responsabilidad es exclusiva (Art. 5) (33) y sólo puede ser ejercida contra el explotador y el asegurador u otra persona que hubiera otorgado una garantía financiera (Art. 6.a), con expresa exclusión de cualquier otro responsable (Art. 6.b), sin que pueda responsabilizarse al explotador más allá de lo dispuesto en la Convención (Art. 6.c.ii), con muy limitado derecho de subrogación (Art. 6.d. y e), y sin derecho alguno a repetición, salvo contra quien hubiere causado un daño en forma intencional o respecto de quien exista pacto expreso en contrario (Art. 6.f). La aplicación de la Convención debe hacerse sin discriminación alguna fundada en la nacionalidad, el domicilio o la residencia (Art. 14). La prescripción se establece en diez años computados desde el accidente nuclear, admitiéndose que la legislación nacional establezca un plazo superior, en la medida en que asegure la continuidad de la cobertura financiera (Art. 8.a). (34) Se excluye la responsabilidad cuando el

---

(33) Salvo si resultan responsables varios explotadores, supuesto en que lo serán solidariamente (Art. 5).

(34) El inc. b) del mismo artículo prevé que si el accidente se produce a partir de combustibles nucleares, productos o desechos radiactivos que hubiesen sido objeto de robo, pérdida, echazón o abandono, que no hubieran sido recuperados, la prescripción será computada también a partir del accidente, pero el plazo no podrá superar los veinte años desde el robo, la pérdida o el abandono. Sobre el problema de la responsabilidad por daños causados por materiales sustraídos, Deprimoz, Jacques, *Réparation des dommages causés par des matières nucléaires détournées*, en *Nuclear Inter Jura* '81, Palma de Mallorca, 1981, pp. 359/65. El inc. c) permite que las legislaciones nacionales establezcan un plazo de no menos de dos años desde el conocimiento del daño para el inicio de los reclamos.

accidente nuclear es debido a actos de conflicto armado, a hostilidades, a guerra civil, a insurrección o a cataclismos naturales de carácter excepcional (Art. 9), admitiéndose, en este solo supuesto, disposición diversa en la ley nacional. (35) Además, entre los países Parte, se garantiza la libre transferibilidad de los fondos de la indemnizaciones y de las primas de seguro (Art. 12). Salvo casos excepcionales establecidos en la propia Convención, los tribunales de la Parte Contratante en cuyo territorio ocurrió el accidente nuclear tienen competencia exclusiva para decidir sobre las acciones de reparación (Art. 13.a). Las excepciones previstas son los supuestos en que el accidente hubiera ocurrido fuera del territorio de las Partes Contratantes, o que el lugar no pudiera ser determinado con certeza, en cuyo caso el tribunal con competencia exclusiva es el del territorio donde se halla la instalación nuclear del explotador responsable (Art. 13.b).

*(ii) Convención de Viena del 21 de mayo de 1963*

A diferencia de la de París, la Convención de Viena tiene aptitud de alcance universal, no sólo regional. Tuvo su origen en el Organismo Internacional de Energía Atómica. La Argentina, a través de su delegado, Enrique Zaldívar, participó en su redacción, la suscribió y fue uno de los primeros países en ratificarla.

Aunque de estructura redaccional distinta, es idéntica en sus principios a la de París. Es más precisa en la definición de los daños nucleares, descriptos como *“las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radiactivas o de su combinación con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear, o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella”* (Art. I.k.i). (36) El explotador es la persona designada o reconocida por el Estado de la instalación como tal, y responde de los daños nucleares si se prueba que han sido ocasionados por un accidente nuclear en su instalación (Art. II). La responsabilidad del explotador se

---

(35) A modo de ejemplo, el Art. 5 de la ley belga del 22 de julio de 1985 hace responder al explotador de una instalación nuclear por los daños causados por un accidente nuclear “incluso si ese accidente es debido directamente a cataclismos naturales de carácter excepcional”.

(36) Los numerales ii) y iii) del mismo inciso remiten a las legislaciones del tribunal competente o al de la instalación nuclear, según el caso, para una eventual ampliación de los supuestos calificables como daño nuclear.

declara objetiva (Art. IV.1), (37) pero no responde por el accidente causado por conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección (Art. IV.3.a). En cambio, salvo que la legislación de su país disponga lo contrario, responde de los daños nucleares originados en una catástrofe natural de carácter excepcional (Art. IV.3.b). (38) No responde por daños “*a la instalación nuclear propiamente dicha*” (39) o por los bienes que se encuentren en la instalación y que se utilicen o vayan a utilizar en relación con la misma”, ni por daños sufridos “*por el medio de transporte en el que al producirse el accidente nuclear se hallasen las sustancias nucleares que hayan intervenido en él*” (Art. IV.5). No se establece un monto máximo, sino mínimo, (40) sin contar los accesorios, por debajo del cual no puede limitarse la responsabilidad (Art. V). La prescripción se regla de modo casi idéntico que en la Convención de París (Art. VI). No existe derecho de repetición salvo estipulación contractual escrita en contrario, o que el accidente derive de una acción u omisión dolosa, contra el autor de ésta (Art. X). Los tribunales competentes son los del territorio del lugar del accidente, salvo cuando éste no pueda determinarse o haya ocurrido fuera del territorio de una Parte Contratante (lo que incluye alta mar y el espacio aéreo sobre alta mar), en cuyo caso es competente el tribunal del Estado donde está ubicada la instalación (Art. XI). La sentencia será reconocida en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, donde tendrá fuerza ejecutoria como una sentencia de un tribunal local (Art. XII). (41). El tribunal competente debe aplicar la Convención, y en cuanto a lo demás, su propia ley nacional, “*incluidas las normas de dicha legislación que regulen los conflictos de leyes*” (Art. I.1.e) y, en lo que concierne al derecho material, particularmente respecto de

---

(37) La legislación local puede exonerar total o parcialmente la responsabilidad por los daños sufridos por una persona que los produjo o contribuyó a producirlos por culpa grave o por acción u omisión dolosa.

(38) Puede ser difícil la asegurabilidad del riesgo nuclear causado por un desastre natural grave de carácter excepcional.

(39) El caso puede darse, v.gr., cuando el explotador no es el propietario de la instalación, como en supuestos de concesión, locación, etc.

(40) Cinco millones de dólares oro, o sea, calculado a razón de 35 dólares por onza troy.

(41) Salvo que la sentencia se haya obtenido mediante fraude, que la parte vencida no haya tenido oportunidad de defensa, o que sea contraria al orden público del país en que pretenda ejecutarse, “o no se ajuste a las normas fundamentales de justicia” (Art. XII.1.c), fórmula hartamente ambigua que deja abierto un amplio campo de arbitrariedad.

“la naturaleza, forma e importancia de la indemnización, así como la distribución equitativa de la misma” (Art. VIII). También se establece el principio de no “discriminación de ningún género por razones de nacionalidad, domicilio o residencia” Art. XIII). A diferencia de la Convención de París, se prevé que nadie puede obtener una indemnización conforme a la Convención de Viena si ya obtuvo otra de conformidad con el régimen de otra Convención en materia nuclear (Art. XVI).

Ambas Convenciones, tal vez con mayor claridad la de Viena, dejan a salvo los derechos que a un Estado correspondan de conformidad con las normas generales del derecho internacional público (Art. XVIII).

### *(iii) Síntesis de similitudes y diferencias*

En síntesis, ambas Convenciones originarias tienen en común los siguientes principios:

a. La responsabilidad está canalizada exclusivamente a los explotadores de instalaciones nucleares.

b. La responsabilidad del explotador es objetiva, sin importar la culpa, incluyendo supuestos de fuerza mayor, (42) excepto por daños causados por conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección.

c. Una (la de París) presume la exoneración relativa a una catástrofe natural de carácter extraordinario, salvo disposición en contrario de la ley local; la otra (Viena) presume la responsabilidad del explotador en ese caso, admitiendo que la ley nacional la excluya.

d. La responsabilidad del explotador es limitada en su monto. Viena establece un piso mínimo para el monto en el que cada Estado puede establecer el límite, pero el máximo está abierto; París establece un monto máximo.

e. La prescripción es elevada a, básicamente, diez años.

f. El explotador debe mantener seguros o contar con otras garantías financieras, pero cada Estado puede poner a disposición fondos públicos.

g. La jurisdicción es la de los tribunales del Estado en el que ocurrió el accidente, Estado que, en principio, aplica su propia ley, incluidas sus normas

---

(42) Pelzer, Norbert, Indemnización de daños nucleares transnacionales, cit. nota 27, pp. 116/9.

de Derecho Internacional Privado. Sólo cuando el hecho ocurrió fuera del territorio de un Estado Contratante, o no se puede determinar con certeza dónde ocurrió, o si ocurrió en alta mar o su espacio aéreo, son competentes los tribunales del país en el que se halla la instalación del responsable.

h. No discriminación alguna en razón de nacionalidad, domicilio o residencia.

i. Reconocimiento y ejecución de las sentencias como si fueran nacionales.

j. Se permite que las legislaciones nacionales extiendan la prescripción de diez años y que aumenten el máximo de la indemnización.

k. Dejan a salvo los derechos que a un Estado correspondan de conformidad con las normas generales del derecho internacional público.

Una prestigiosa autora húngara, Vanda Lamm, ha expresado recientemente su preocupación por el futuro de la Convención de Viena si, como parecería lógico, los Estados europeos centrales y orientales, siguen el ejemplo de Eslovenia y abandonan el sistema de Viena, al que hoy pertenecen, para incorporarse al de la Convención de París. (43)

*(iv) Evolución de las Convenciones: el Protocolo Común de 1988*

El accidente de Chernobyl, no cubierto por las Convenciones porque la Unión Soviética no suscribió ninguna, fue el desgraciado motivo para que se apuraran reformas a aquéllas, pero también para que se celebraran, además, algunas otras complementarias, como la Convención sobre notificación de accidentes nucleares y la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o de emergencia radiológica, ambas de 1986, y, más tarde, la Convención sobre seguridad nuclear, de 1994.

Precedido de varios llamados a la coordinación de los diferentes sistemas, (44) el primer producto de la evolución fue el Protocolo Común (*Joint*

---

(43) Lamm, Vanda, *The Unification of Nuclear Liability Law within the EU Member States from the Viewpoint of a Party to the Vienna Convention*, en *Europäisches Atomhaftungsrecht im Umbruch*, Nomos, Baden Baden, 2010, pp. 213/20.

(44) A título de ejemplo, Albano, Raffaele, *Possibilités de coordination des différents systèmes réglant actuellement la responsabilité civile nucléaire*, en *International Harmonization in the Field of Nuclear Energy Law*, *Proceedings of Nuclear Inter Jura '85*, Ed. Nomos, Baden Baden, 1986, pp. 320/30.

*Protocol*) del 21 de septiembre de 1988 relativo a la aplicación de la Convención de Viena y de la Convención de París. (45) Entró en vigencia en 1992. Tiene por propósito establecer un puente entre ambas Convenciones y determinar la aplicación de la Convención de la que el Estado donde se halla la instalación nuclear es parte, a los damnificados de los Estados parte de la otra Convención, siempre que hayan ratificado el Protocolo común. Establece, pues, la extensión de los beneficios de una de las Convenciones a las víctimas ubicadas en el territorio de un país perteneciente a la otra. (46)

Su utilidad deriva de que las divergencias y distinciones de las Convenciones de París y de Viena en cuanto a *Partes Contratantes, Estado de la Instalación, y Estados no Contratantes* tienen influencia directa sobre su respectivo ámbito geográfico, el transporte de material nuclear, el derecho de subrogación, la libre transferibilidad de los montos de indemnización, las previsiones en materia de jurisdicción y de ejecutabilidad de sentencias y el principio de no discriminación. En particular, en ausencia del Protocolo, ninguna de ambas Convenciones se aplica a un daño nuclear causado en el territorio de un Estado parte de una Convención y sufrido en el territorio de una Estado parte de la otra; tampoco se aplica ninguna de ellas en caso de incidentes nucleares ocurridos en el territorio de un Estado parte respecto de los Estados partes de la otra, lo que es significativo especialmente en casos de transporte; pero ambas Convenciones son aplicables a incidentes nucleares y a daño nuclear sufrido en alta mar, lo que puede determinar la aplicación simultánea de ambas. (47)

Para solucionar estos problemas, los países Parte de una de las Convenciones que ratifiquen el Protocolo, a los efectos operativos, serán tratados

---

(45) Para la historia de la elaboración del Protocolo, Pelzer, Norbert, *Indemnización de daños nucleares transnacionales*, cit. nota 27, pp. 132/7.

(46) "a) El explotador de una instalación nuclear situada en el territorio de una Parte en la Convención de Viena será responsable, conforme a dicha Convención, de los daños nucleares sufridos en el territorio de una Parte a la vez en el Convenio de París y en el presente Protocolo; b) El explotador de una instalación nuclear situada en el territorio de una Parte en el Convenio de París será responsable, conforme a dicho Convenio, de los daños nucleares sufridos en el territorio de una Parte a la vez en la Convención de Viena y en el presente Protocolo" (Art. II).

(47) Reyners, Patrick y von Busekist, Otto, *One step towards the Necessary Modernisation of the International Nuclear Civil Liability Regime*, en *Proceedings of Nuclear Law for the 1990's*, Nuclear Inter Jura '89, Tokyo, p. II-63/80, en especial, p. II-66/7.



como Partes de la otra (Art. IV), lo cual implica una importante extensión del ámbito territorial de la aplicación de ambas. O sea que los explotadores de instalaciones nucleares situadas en un país Parte de una Convención, serán responsables en los términos de ella frente a los damnificados de los países Parte de la otra. Sólo una de las Convenciones se aplica, con exclusión de la otra: aquélla de la que sea Parte el Estado donde está situada la instalación (Art. III). Los respectivos artículos I a XV de la Convención de Viena y 1 a 14 de la de París se aplican de la misma manera a los Estados Parte de la otra Convención, que entre sus propias Partes.

Por la claridad con que establece los puntos de referencia para la determinación de uno u otro sistema, existe consenso acerca de la mejor calidad de la redacción de este Protocolo, que la del intento superador de la CSC, a la que se hará referencia luego.

Empero, es preciso señalar que, en el supuesto de daños transfronterizos entre países de una y de la otra Convención, la ampliación del ámbito geográfico de cada una de ellas impuesta por el Protocolo produce un significativo incremento del requerimiento financiero para atender todos los posibles daños o, de lo contrario, una reducción de las sumas que hubieran estado disponibles para los damnificados ubicados en el territorio propio cubierto por cada Convención por separado. En el plano político, este efecto es especialmente sensible con respecto a los fondos públicos destinados a complementar los disponibles para la indemnización. (48)

La República Argentina no ratificó el Protocolo hasta el presente.

*(v) El Protocolo de 1997: enmienda de la Convención de Viena*

Este Protocolo se concluyó el 12 de septiembre de 1997 luego de varios años de debate y preparación, (49) sobre el telón de fondo del accidente

---

(48) Con respecto a los Países Contratantes de la Convención de París, se ha señalado que el Protocolo puede llevar a la inaplicabilidad de la Convención Suplementaria de Bruselas, cuestión cuyo detalle excede esta exposición (REYNERS, Patrick y von BUSEKIST, Otto, *One step towards ...*, cit. nota 47, pp. II-69 y II-74/6).

(49) Para una reseña de los antecedentes y de los debates finales, Gómez del Campo, Julián, *The modernisation of the international nuclear third party liability regime*, Informe del Working Group II de la AIDN, en *Le Droit Nucléaire du XXe. Siècle*, Nuclear Inter Jura '97, Société de Législation Comparée, Paris, 1997, pp. 419/21, y SCHWARTZ, Julia, *Diplomatic conference convened to adopt a Protocole to Amend the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and to adopt a Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage*, ibídem, pp. 427/9.

de Chernobyl y la demostración empírica de la transnacionalidad de los efectos de un accidente de este tipo. Excluye expresamente las instalaciones nucleares utilizadas con fines no pacíficos, (50) y mejora diversos aspectos substanciales del texto originario de la Convención de Viena. Aunque no lo hubieran sido antes, los países que adhieran al Protocolo pasan a ser Parte de la Convención de Viena. El Protocolo entró en vigencia el 4 de octubre de 2003, (51) y fue ratificado por la República Argentina. Paradójicamente, hubo países, como Nigeria (en 2007) y la Federación Rusa (en 2005), que, luego de la entrada en vigencia del Protocolo, ratificaron la versión original de la Convención de Viena de 1963, pero no su modificación.

Amplía la definición de *instalación nuclear*, para incluir las instalaciones en las que se hallen combustible nuclear o productos o desechos radiactivos. (52)

En la medida determinada por la legislación del tribunal competente, incluye entre los *daños nucleares* la pérdida económica derivada de la pérdida de vida, las lesiones corporales y los daños materiales, el costo de las medidas para rehabilitar el medio ambiente deteriorado, el lucro cesante derivado del interés económico en el uso o goce del medio ambiente, (53) los costos de las medidas preventivas y los daños causados por esas medidas. (54) La nueva definición de *incidente nuclear*, que reemplaza a la anterior de *accidente nuclear*, incluye por primera vez el concepto de un suceso que cree una amenaza grave e inminente de causar un daño nuclear, con respecto a medidas preventivas. (55) En el plano jurídico, se ha

---

(50) Art. 3, agregado a la Convención de un nuevo Art. 1 B.

(51) Ello luego de la ratificación por Argentina, Bielorusia, Letonia, Marruecos y Rumania.

(52) Artículo 2, modificación del apartado j) del párrafo 1. del Art. I.

(53) Blanchard, Patrick, Responsibility for environmental damage caused by nuclear accidents, en los Proceedings del Nuclear Inter Jura 1999, Washington, 1999, p. 285.

(54) Art. 2, numeral 2, modificación del apartado k) del párrafo 1 del Art. I. El numeral 3 del mismo Art. 2 agrega las definiciones de medidas de rehabilitación y las medidas preventivas.

(55) Art. 2, numeral 3, sustitución del apartado l) del párrafo 1 del Art. II. Ello ha sido calificado como una paradoja temporal. Véase Dussart-Dessart, Roland, Un regard ouvert..., cit. nota 7, p. 354. Este autor prefiere la solución de la Convención de París que las define como mesures de sauferde, tanto las que se adoptan luego de un accidente, o de un evento que crea una amenaza grave e inminente de daño nuclear.

señalado que esta nueva extensión del daño y del incidente nuclear debilita un tanto el nexo causal porque, como hecho determinante de la puesta en funcionamiento del sistema, ya no se requiere la *ocurrencia de un incidente*, sino que bastaría la noción de un *probable potencial incidente*. (56)

El Protocolo también expande el área geográfica de cobertura. La versión original se entiende aplicable a daños ocurridos en el territorio de Estados contratantes y en alta mar, pero no a daños ocurridos en el territorio de un Estado que no sea parte. De conformidad con el Protocolo, "*la Convención se aplicará a los daños nucleares independientemente del lugar donde se hayan sufrido*". (57) O sea, quedan comprendidos los eventos ocurridos en Estados parte que provocan daños en Estados no contratantes. Ello es así, en todo caso, respecto de Estados no contratantes que no posean instalaciones nucleares. Sin embargo, la legislación del Estado de la instalación puede excluir esa extensión respecto del territorio o la zona marítima de un Estado no contratante que posea una instalación nuclear en su territorio y no conceda una reciprocidad equivalente. (58)(59)

Se aumentan los límites mínimos de seguridad financiera a ser provistos por el explotador, que pasaron a 300 millones de DEG, (60) debiendo agregarse los intereses y costas (61) y se prevé que el Estado asuma una parte de la garantía. (62)

Eleva el plazo de prescripción para reclamos por pérdidas de vidas o lesiones corporales a 30 años contados desde el incidente nuclear, siempre

---

(56) Blanchard, Patrick, Responsibility for environmental damage..., cit. nota 53, p. 285 y ss.

(57) Art. 3, que agrega el Art. I A al texto de la Convención.

(58) Art. 3, que agrega a la Convención el Art. I B.

(59) Para una explicación sobre las distinciones entre Estados no Contratantes con y sin actividad nuclear propia, véase Gómez Del Campo, Julián, Report on Environmental Nuclear Damage, en los Proceedings del Nuclear Inter Jura 1999, Washington, 1999, pp. 206/7, donde también se explica que hasta entonces el Protocolo Común de Viena de 1988 no había sido suscripto por ningún Estado parte de la Convención de París, lo cual resulta de relevancia a efectos de la distinción.

(60) Art. 7, numeral 1, que modifica el Art. V de la Convención original.

(61) Art. 7, numeral 2., que agrega el Art. V A.

(62) Art. 9, enmiendas al Art. VII original.

que la demanda se presente dentro de los 3 años desde el conocimiento del daño, o de que razonablemente haya debido conocerse. (63)

Para la alocación de fondos en caso de insuficiencia de los montos disponibles, se establece expresamente la prioridad del resarcimiento de la pérdida de vidas o lesiones corporales. (64) A la luz de esta preferencia, puede resultar que la inclusión de los daños ambientales y de las medidas preventivas se torne ilusoria por insuficiencia financiera.

Se mantienen las normas en materia de jurisdicción, pero se agregan reglas para el supuesto de producirse un incidente nuclear en la zona económica exclusiva de un país. (65) Además se establece la obligación de cada Estado de proveer que “*la competencia para conocer de un incidente nuclear determinado recaiga únicamente en uno solo de sus tribunales*”. (66) También se faculta a cualquier Estado a representar a sus nacionales o a los domiciliados o residentes en su territorio en los reclamos indemnizatorios. (67)

*(vi) Protocolo de 2004: enmienda de la Convención de París*

Este Protocolo, que lleva fecha 12 de febrero de 2004, no entró en vigencia aún, pero todo parece indicar que es el que mayores adhesiones obtendrá. (68) Sigue en gran medida los criterios del Protocolo de 1997 que modifica la Convención de Viena. Con respecto a la ampliación del concepto de *daño nuclear* para incluir los daños ambientales y el costo de medidas preventivas, el texto es casi idéntico. Incluye algunos términos del Protocolo Común de 1988. La aplicación a daños producidos en un Estado no Contratante con instalaciones nucleares, además de la condición de reciprocidad del Protocolo de 1997, agrega la de que la legislación respectiva prevea la

---

(63) Art. 8, que modifica el Art. VI original.

(64) Art. 10, que agrega un nuevo párrafo al Art. VIII. Es de hacer notar que esta preferencia no ha sido adoptada en el Protocolo de 2004 para la modificación de la Convención de París.

(65) Art. 12, que introduce agregados al Art. XI.

(66) Art. 12, nuevo párrafo 4 agregado al Art. XI original.

(67) Art. 13, que agrega un nuevo Art. XI A.

(68) Schwartz, Julia A., *Great expectations: where do we stand...*, cit. nota 22, pp. 50/52.

responsabilidad sin culpa y exclusiva del explotador, jurisdicción exclusiva del tribunal competente, trato no discriminatorio a todas las víctimas del incidente nuclear, reconocimiento y ejecutoriedad de sentencias, y libre transferibilidad de compensaciones, intereses y costas.

Mientras la Convención originaria de París prevé un límite máximo de responsabilidad, ahora, siguiendo el modelo de la Convención de Viena, el Protocolo establece que cada Estado debe prever que ese límite no puede ser menor a 700 millones de Euros.

Igual que Viena, también eleva a 30 años el plazo de prescripción para el supuesto de pérdida de vida o lesiones personales, con un sistema de prescripción o caducidad, que puede establecer la legislación nacional, de tres años contados desde el conocimiento del daño.

Suprime el supuesto de cataclismo natural de carácter extraordinario de entre los casos que exoneran de responsabilidad al explotador. También incorpora los criterios del Protocolo de Viena en punto a la admisibilidad de que un Estado represente a sus sujetos y a la obligación de que el Estado del tribunal competente provea a que éste sea uno solo para un mismo accidente nuclear. Incorpora un nuevo Art. 16 bis que, igual que en el Protocolo de Viena, establece que *“la presente Convención no afectará los derechos y obligaciones de una Parte Contratante bajo las reglas generales del derecho internacional público”*.

Empero, se diferencia del Protocolo de Viena en que no establece la preferencia para la indemnización de los daños a personas, y expresamente excluye la aplicación de las normas sobre conflictos de leyes de la ley nacional que resulte aplicable.

*(vii) Breve comentario sobre los Protocolos de 1997 y 2004*

Las revisiones de las dos Convenciones históricas de París y Viena mejoran, sin duda una cantidad de aspectos, y solucionan algunas dudas interpretativas. Sin embargo, todavía se está lejos de haber satisfecho todas las metas. Así, respecto de la Convención de París se ha señalado que, aún luego de que entre en vigencia el Protocolo, seguirán sin solución cuestiones como la falta de cobertura de los bienes que se hallan en el asiento de la instalación nuclear; la falta de inclusión de las instalaciones de *fusión nuclear*; la falta de propuestas sobre modos de financiación alternativos; las discrepancias entre el Protocolo de 1997 y el de 2004 respecto de la prioridad de la indemnización de daños corporales, que establece el primero pero no el segundo, así como respecto de la aplicación de las normas internas de Derecho Internacional Privado de la *lex fori*, que incluye el Protocolo

de Viena y excluye expresamente el de París. (69) También se alude a nuevos problemas: la vuelta al principio arcaico de la reciprocidad (70) y las dificultades derivadas de la falta de correspondencia entre la inclusión de las medidas preventivas en la nueva definición de daño y la cobertura obtenible en el mercado asegurador. (71)

*(viii) Convención sobre Compensación Suplementaria (CSC)*

La Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage (CSC) fue construida en paralelo con el Protocolo modificadorio de la Convención de Viena y se abrió a la firma el 29 de septiembre de 1997. (72) La República Argentina la ratificó, pero todavía no está en vigencia. (73) De modo similar a los sistemas de las Convenciones de París y de Viena, la CSC procura, ante todo, establecer un sistema uniforme y unificado de responsabilidad civil entre los países adherentes. (74) Empero, el camino elegido es el de complementar, no de sustituir, la autonomía de las legislaciones nacionales y de las propias Convenciones de París y de

---

(69) Dussart-Dessart, Roland, Un regard ouvert sur la prolifération des conventions..., cit. nota 7, pp. 374/5.

(70) Sobre los matices y problemas que plantea este principio en diferentes Convenciones e, incluso, según la legislación nacional, Feldmann, Franz-Josef, Reciprocity within the Framework of Nuclear Civil Liability Law, en International Harmonization in the Field of Nuclear Energy Law, Proceedings of Nuclear Inter Jura '85, Nomos, Baden Baden, 1986, pp. 311/19.

(71) Dussart-Dessart, Roland, Un regard ouvert sur la prolifération des conventions..., cit. nota 7, pp. 374/5.

(72) Para una reseña de los antecedentes y de los debates finales, Gómez Del Campo, Julián, The modernisation..., cit. nota 49, pp. 419/21, y Schwartz, Julia, Diplomatic conference convened..., cit. nota 49, pp. 427/9. Para una exposición por un autor que, en su condición de Assistant General Counsel del US Department of Energy, tiene cifradas grandes esperanzas en la bondad de su aplicación, Mc Rae, Ben, The role of the Convention..., cit. nota 6, pp. 409/21, y nuevamente en Benefits of the Convention on supplementary compensation for nuclear damage, en INLA/AIDN Congress 2009, Toronto, Canadá, Proceeds, Vol. 2, pp. 279/86.

(73) Requiere la ratificación de 5 Estados con un mínimo de 400.000 unidades de capacidad nuclear instalada (Art. XX). La Argentina la ratificó y recientemente también su principal impulsor, los Estados Unidos.

(74) Para una explicación didáctica sobre la CSC, Mc Rae, Ben, Nuclear liability from the persective..., cit. nota 6, pp. 297/302.

Viena. (75) A la vez, también teje un vínculo entre ellas (por lo que se la ha calificado de *convention parapluie*, o *umbrella convention*). (76) En este sentido, establece de modo expreso que a un incidente nuclear se aplica la Convención de Viena, o la Convención de París, o la legislación nacional adecuada al Anexo de la propia CSC, con exclusión de los otros. (77)

Tema central es que, además de un mínimo obligatorio de 300 millones de DEG, se dispone un segundo estrato de compensaciones, por igual importe, que incrementa los montos disponibles para cubrir la responsabilidad del explotador. Este segundo piso se forma mediante fondos públicos a ser provistos, mediante una llave, por la totalidad de los Estados Contratantes. (78) Sin embargo, salvo supuestos de excepción, la mitad de esa contribución suplementaria está destinada a compensar daños transfronterizos, o sea, sufridos fuera del territorio del Estado de la instalación. (79)

No es requisito para adherir a la CSC ser parte de la Convención de Viena o de la de París, con tal de que la legislación interna acepte los principios

---

(75) Art. II: “la presente Convención tiene por finalidad complementar el sistema de indemnización establecido de acuerdo con el derecho nacional...” (numeral 1) y “el sistema de la presente Convención se aplicará a los daños nucleares respecto de los cuales explotador de una instalación nuclear utilizada con fines pacíficos que esté situada en el territorio de una Parte Contratante sea responsable con arreglo a la Convención...”, de París o de Viena (numeral 2). Además admite en forma expresa que se celebren Convenciones regionales (Art. XII, numeral 3).

(76) Dussart-Dessart, Roland, *Un regard ouvert sur la prolifération des conventions...*, cit. nota 7, p. 350.

(77) Art. XIV, numeral 1.

(78) Art. III, numeral 1. b. y Art. IV. Este último provee la fórmula de cálculo de las contribuciones de cada Estado contratante, sobre la base de la ponderación de su capacidad nuclear instalada y su capacidad contributiva a las Naciones Unidas. En caso de que el incidente a cuya reparación contribuyeron los Estados hubiera sido causado por culpa del explotador, se prevé un derecho de repetición de aquéllos contra éste (Art. IX), lo cual constituye una anomalía del sistema. Sin embargo, este tipo de solución tiene apoyo doctrinario (Hinteregger, Monika, *Die Vereinhetlichung...*, cit. nota 23, pp. 230/2).

(79) Art. XI, numeral 1.

establecidos en el Anexo a la CSC, (80) o de que se trate de un Estado que al 1 de enero de 1995 haya contado con una legislación que cumpla con los criterios establecidos en los Arts. 3, 4, 5 y 7 del Anexo, (81) criterios que únicamente cuadran a los EE.UU. De este modo, quedó convalidada la admisión de la legislación interna de los EE.UU. sin erigirse en obstáculo para pertenecer a este sistema internacional. Esta llamada *grandfather clause* ha sido calificada como el medio por el cual los EE.UU. eluden la aplicación de varios de los principios internacionalmente establecidos, y, sobre todo, eluden participar de la armonización de la legislación sobre responsabilidad civil nuclear. (82) Por este y por otros motivos la CSC ha sido objeto de crítica (83) y, hasta ahora, de reticencia en la adhesión, especialmente de los países europeos. No obstante,

---

(80) Art. XIX, que además exige que el Estado que no sea parte de la Convención de Viena o de la de París, sí que sea parte de la Convención sobre Seguridad Nuclear del 17 de junio de 1994. Los once artículos del Anexo no hacen sino reproducir los mismos fundamentos básicos del sistema general establecido en las Convenciones y en la propia CSC.

(81) Principalmente, responsabilidad objetiva (*strict liability*) por daños nucleares substanciales fuera de la instalación, indemnización por todo daño distinto al del explotador responsable por daños nucleares, la previsión de por lo menos 1.000 millones de DEG de responsabilidad por cada planta de energía y de por lo menos 300 millones con respecto a cualquier otra instalación nuclear.

(82) Pelzer, Norbert, *Conflict of Law Issues ...*, cit. nota 11, p. 833.

(83) Reiteradamente, el citado Pelzer, en la publicación citada en nota anterior y numerosas otras. También Reyners, Patrick, *Liability Problems Associated with the Current Patchwork Nuclear Liability Regime within the EU States*, en *Europäisches Atomhaftungsrecht im Umbruch*, Ed. Nomos, Baden Baden, 2010, en el capítulo que titula *Can the convention on supplementary compensation be the solution?*, p. 103. Señala allí las críticas derivadas del hecho de admitir divergencias entre las legislaciones domésticas y las previsiones de las Convenciones de París y de Viena y vaticina que “más que ser una solución para un régimen unificado, se podría esperar que el futuro más vaticinable para la CSC es que llegue a ser una suerte de convención semiregional, transpacífica, que conecte países de América del Norte y de Asia”. Crítica con respecto a su interés para Europa, pero con una excelente síntesis del contenido de la CSC y sus problemas, Touitou-Durand, Florence, *The Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage: A Solution for Europe?* en *Europäisches Atomhaftungsrecht im Umbruch*, Ed. Nomos, Baden Baden, 2010, pp. 257/74. Como ha escrito recientemente el propio Norbert Pelzer: “I, in agreement with Florence Touitou-Durand, can summarize in the sentence: Europe does not need the CSC. It would only add immense complexity to the anyway complicated nuclear liability regime without providing balancing advantages” (Pelzer, Norbert, *Prospects of a Civil Nuclear Liability Regime in the Framework of the European Union*, inédito, destinado a ser presentado en el Workshop organised jointly by the Brussels



hay autores que ponderan favorablemente sus soluciones, en particular en materia de transportes internacionales y para los supuestos en que un país ajeno a las Convenciones resulte involucrado. (84)

En lo substancial, la CSC sigue la sistemática del Protocolo de enmienda de la Convención de Viena de 1997. Contiene, también, las mismas definiciones de *daño nuclear* (85) y de *incidente nuclear* (86) que ésta. La jurisdicción se establece única y ante los tribunales del país en cuyo territorio ocurrió el incidente, (87) o en caso de estar indeterminado o de ocurrir fuera del territorio de una Parte Contratante, los del país de la instalación. (88) También establece el principio de la aplicación de la *lex fori*, lo que se ha estimado insuficiente a la luz de la señalada aplicación excluyente de un solo régimen (el de París, el de Viena o el del Anexo), con exclusión de los demás. Lo cierto es que, como ya se señaló más arriba, como instrumento de coordinación para el funcionamiento de las diversas Convenciones, a la CSC debe criticársele la carencia de la claridad con que el Protocolo común de 1988 establece los puntos de referencia para determinar la aplicación de uno u otro sistema.

#### IV. Breves comentarios acerca de diez aspectos particulares

##### (i) *Sobre el tribunal competente*

Todas las Convenciones establecen un principio común en materia de competencia: ésta corresponde en forma exclusiva a los Tribunales del terri-

---

Nuclear Law Association and the DG Energy of the European Commission, European Economic and Social Committee, Bruselas, 17-18 de junio de 2010, amablemente facilitado por el autor).

(84) Calderon-Alner, Celia, *Traitements conventionnels de la responsabilité civile nucléaire transport: pathologies et remèdes*, en *Nuclear Inter Jura* 2007, Bruylant, Bruxelles, 2008, y Horbach, Natalie, *The Operation of the Joint Protocol: Theoretical and Practical Implications Revised*, ponencia en Dubrovnik, 25/29 de mayo de 2008, citada por Reyners, Patrick, *Liability Problems Associated with the Current Patchwork ...*, cit. nota 83, pp. 100/1.

(85) Art. I, punto g.

(86) Art. I., punto i.

(87) Art. XIII, numeral 1.

(88) Art. XIII, numeral 3. De modo poco eficaz, la Convención prevé que en caso de que pudiera corresponder la competencia de los tribunales de más de un Estado, éstos deberán determinar por acuerdo los tribunales de cuál de ellos tendrán jurisdicción (Art. XIII, numeral 4).

torio del Estado parte en el cual tuvo lugar el accidente o incidente nuclear (Convención de París, Art. 13, inc. a), no modificado por el Protocolo de 2004; Convención de Viena, Art. XI, numeral 1., tampoco modificado por el Protocolo de 1997; CSC, Art. XIII, numeral 1), incluyéndose, de acuerdo con ambos Protocolos y con la CSC, las zonas económicas exclusivas. Sólo cuando el incidente ocurre fuera del territorio de un Estado contratante, o en un lugar no determinable con certeza, es competente el tribunal del explotador responsable (París, Art. 13, inc. b) y, según el Protocolo de 2004, inc. c); Viena y Protocolo de 1997, Art. XI, numeral 2; CSC, Art. XIII, numeral 3). Los tres sistemas prevén un mecanismo de solución para el supuesto de resultar competente el tribunal de dos o más países. Por otra parte, de conformidad con los Protocolos de 1997 y 2004, se obliga a los Estados a determinar la competencia de un único tribunal para entender en todas las causas relativas a un mismo incidente (Art. 13. h. de la Convención de París enmendada, Art. XI.4 de la de Viena enmendada).

En el marco de la Unión Europea se había planteado un nuevo problema con la adopción del Reglamento (CE) 44/2001 en materia de competencia judicial, ya que el Reglamento inhibe a sus miembros de participar de convenciones internacionales que deroguen sus disposiciones relativas a la ejecución de sentencias en materia civil y comercial. Este hecho llevó a dos años de demoras hasta que la Unión Europea autorizó una excepción para las cuestiones de responsabilidad civil nuclear. Recién luego de ello se pudo concretar el Protocolo del 12 de febrero de 2004.

### *(ii) Sobre la ley aplicable*

Igual que con respecto al tribunal competente, también son coincidentes las Convenciones en establecer que la ley aplicable es la *lex fori* (París y Protocolo de 2004, Art. 14, inc. b); Viena, y Protocolo de 1997, Art. I, numeral 1. inc. e); CSC, Art. XIV, numeral 2, luego de establecer en el numeral 1. que a un mismo incidente se le aplica alternativamente, según corresponda, sólo la Convención de Viena, o la de París, o la ley nacional en el caso de Estados parte de la CSC, pero no de alguna de las dos primeras).

Empero, como ya se adelantó y se verá con un poco más de detalle más abajo, las Convenciones difieren en un aspecto relevante para la determinación de la ley aplicable. La versión original de la Convención de París y la CSC guardan silencio, pero se tiene por implícitamente aceptado que la ley determinada como aplicable *incluye* sus normas sobre conflictos de leyes, como en modo expreso lo disponen la versión original de la Convención de Viena y el Protocolo de 1997. En cambio, el Protocolo de 2004 adopta la solución contraria: con alegación de ser un sistema más moderno, excluye las normas de conflicto de la ley declarada aplicable.

Hay otras excepciones a la aplicación de la *lex fori*. De conformidad con las Convenciones de París y de Viena y sus respectivos Protocolos de 1997 y 2004, el monto de la responsabilidad del explotador es determinado por la ley del Estado en el que se halla la instalación nuclear, sin importar donde se produce el accidente. La no aplicación de la *lex fori* es relevante en el transporte desde y hacia la instalación porque el incidente puede producirse en otro país, generando la competencia de los tribunales de este último. En consecuencia, tendrá jurisdicción un tribunal distinto al del lugar donde se halla la instalación, el cual deberá aplicar igualmente la ley de este último, y no su propia ley. Algo similar ocurre en lo relativo a la determinación de los daños causados por el material nuclear al medio de transporte (Arts. 7 (c) de la Convención de París, (89) IV (6) de la Convención de Viena y su modificación de 1997). (90) Una excepción adicional puede derivar de los reclamos de los trabajadores afectados, quienes pueden invocar la indelegabilidad de su propia legislación nacional.

Las Convenciones sólo prevén la transnacionalidad de las disposiciones nacionales referidas a los montos de indemnización, pero no respecto de otras cuestiones. En doctrina se ha puesto en duda que de ello pueda derivarse, de modo absoluto y para todos los casos, una interpretación *a contrario*. Pelzer pone como ejemplo el caso de plazos de prescripción diferenciados entre la *lex fori* y la ley del lugar de la instalación. Dado que la responsabilidad está directamente unida a la necesidad de contar con una cobertura financiera o de seguros, la aplicación del mayor plazo de prescripción de la ley del tribunal puede determinar la imposibilidad de ejecución de la condena indemnizatoria por falta de tal cobertura. (91) Estas incongruencias, por afectar eventualmente el principio de igualdad de trato, podrían llevar a una construcción interpretativa por la que la *lex fori* termine por no ser aplicada.

---

(89) “La reparación de los daños causados al medio de transporte sobre el cual se encontraban las substancias nucleares del caso al momento del accidente nuclear, no puede tener por efecto reducir la responsabilidad del explotador por otros daños a un monto inferior, sea a 5.000.000 de derechos de giro, sea al monto más elevado establecido por la legislación de una Parte Contratante”.

(90) “La indemnización por daños causados al medio de transporte en el que al producirse el incidente nuclear se hallasen los materiales nucleares que hubiesen intervenido en él no tendrá por efecto reducir la responsabilidad del explotador respecto de otros daños a una cuantía inferior a 150 millones de DEG, o cualquier otra cuantía superior establecida por la legislación de una Parte Contratante o una cuantía determinada con arreglo al apartado c) del párrafo 1 del artículo V”.

(91) Pelzer, Norbert, Conflict of Law Issues..., cit. nota 11, pp. 830/1.

Por fin, y en cuanto a la CSC, es de señalar que al limitarse a establecer que el régimen aplicable es sólo uno, el de París, el de Viena o el de las legislaciones nacionales que cumplan con el Anexo, con exclusión de los demás, (92) no resuelve ninguno de los problemas relativos a la *lex fori* que la doctrina estudió respecto de las dos Convenciones históricas. Será precisamente decisiva la *lex fori* para determinar cuál de las Convenciones es aplicable, o si lo es la ley nacional de un Estado parte únicamente de la CSC, *lex fori* ésta, que deberá ser definida, a su vez, de conformidad con las normas de uno de esos tres sistemas, según corresponda. En otros términos, la cuestión puede convertirse en una argumentación circular en un aspecto que es esencial para la viabilidad misma de la Convención toda.

### (iii) *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*

La comunidad internacional tiende a tratar de unificar o armonizar los principios básicos del derecho de fondo, o sea, en lo posible, de producir un derecho material uniforme e, incluso, de establecer para los supuestos de daños nucleares una única jurisdicción que aplique una única ley, acompañado ello del reconocimiento de las sentencias dictadas en otro país. Aunque estos propósitos están logrados en el marco *interno* de cada una de las Convenciones, la pluralidad de éstas y la falta de adhesión de gran número de países, incluso de importancia nuclear, a cualquiera de las que están vigentes o en vías de ratificación, determinan que subsista la necesidad de resolver una cantidad de aspectos por aplicación de las reglas ordinarias de Derecho Internacional Privado.

Debe destacarse, asimismo, que las Convenciones, o los tres grupos de ellas, son también, y hasta esencialmente, convenciones de Derecho Internacional Privado, que reemplazan total o parcialmente otros regímenes legales o convencionales respecto de la materia que tratan. A efectos de analizar las cuestiones que genera la interrelación entre los respectivos Estados, se ha propuesto dividirlos en cuatro grupos: (i) los de la Convención de París; (ii) los de la Convención de Viena; (iii) los de la CSC; y (iv) los que no son parte de ninguna Convención. Mientras que las relaciones internas entre países que integran uno de los tres primeros grupos están regidas por sus respectivas previsiones, cuando se trata de cuestiones que vinculan a países de cualquiera de los grupos con países de otro de los grupos, o en cualquier caso, con países del cuarto grupo, o de estos últimos entre sí, debe continuar recurriéndose a las normas clásicas de

---

(92) “La Convención de Viena o la Convención de París, o el Anexo a esta Convención, según corresponda, será aplicable a un incidente nuclear, con exclusión de las otras” (Art XIV (1) de la CSC).

Derecho Internacional Privado. De todos modos, como bien se ha puesto de relieve, también pueden existir conflictos en el seno de la comunidad de países agrupada en una misma Convención. Se ha propuesto bautizar a estos últimos como *conflictos internos* a un sistema convencional, (93) en el sentido de opuestos a los *conflictos externos*, o sea, entre Estados cuyo derecho material no está armonizado y que no están ligados por lazos convencionales en el ámbito de la responsabilidad civil nuclear.

No puede perderse de vista que, como se dijo más arriba, Pelzer ilustra diversos casos en que la determinación de conceptos jurídicos depende de la correcta selección de la ley aplicable a cada uno de ellos. (94)

Ya se ha hecho mención a las soluciones opuestas que en este punto proveen, por una parte, la Convención de Viena y el Protocolo de 1997, en cuanto dispone en su Art. I (e) que la ley aplicable es “*la legislación del tribunal que sea competente con arreglo a la presente Convención, incluidas las normas de dicha legislación que regulen los conflictos de leyes*”, y, por la otra, el Protocolo de 2004 para la modificación de la Convención de París de 1960, en cuanto su nuevo Art. 14 (b) establece expresamente que a las demandas se aplica la legislación nacional definida, “*excluyendo las reglas sobre conflictos de leyes que se relacionan con esas demandas*”. La nueva posición del Protocolo de 2004 reflejaría las tendencias modernas en el Derecho Internacional Privado, “*sin privar, no obstante, al tribunal competente del derecho a determinar cuestiones de derecho internacional privado que no están predeterminadas por las reglas de esta Convención sobre elección de derecho aplicable*”. Por cierto, esta explicación es bastante confusa y contradictoria. Un autor de la relevancia del varias veces citado Norbert Pelzer, critica la modificación del texto de la Convención por superflua en su formulación y por generar confusión e incertidumbre jurídica: aunque aparenta excluir las normas de conflicto, no las excluye realmente. (95)

Es preciso decidir a qué ley se recurre para resolver acerca de la denominada *cuestión preliminar*, si a la ley del lugar donde ocurrió el incidente, que

---

(93) Similares a los que pueden presentarse en el interior de un Estado Federal (Pelzer, Norbert, Conflict of Law Issues..., cit. nota 11, p. 821).

(94) V.gr., definir quién es el titular de un derecho de propiedad, o el alcance del concepto anglosajón de property, para lo que tal vez no baste la determinación de la ley nacional aplicable, sino que las remisiones pueden llevar a otras. Véase Pelzer, Norbert, Conflict of Law Issues..., cit. nota 11, p. 823, con cita de doctrina en nota 24.

(95) Pelzer, Norbert, Conflict of Law Issues ..., cit. nota 11, p. 824.

es la del tribunal, o a la ley de otro Estado, v.gr., aquel al que pertenezca el propietario, o donde la propiedad se halle situada. Para resolver este punto, el tribunal deberá aplicar las normas de Derecho Internacional Privado de su propio ordenamiento y establecer cuál es, en definitiva, el derecho material aplicable.

(iv) *La cuestión de los daños transfronterizos*

Hace ya casi un cuarto de siglo señalaba Pelzer que, en el estado legislativo de aquella época, las soluciones del derecho civil no eran aptas para enfrentar las consecuencias dañosas de un accidente nuclear de proporciones, con efectos fuera de las fronteras nacionales. Ello así por la necesidad de negociaciones entre los Estados sobre los montos globales de indemnización a ser prorrateados entre los damnificados, con procedimientos complejos de reparto. El citado autor establecía como meta a alcanzar, “*la creación de un sistema efectivo de responsabilidad de derecho civil que trascienda las fronteras*”, para el cual debía “*armonizarse el derecho de fondo ... precisarse la competencia de los tribunales*”, así como garantizarse acceso igualitario por parte de los extranjeros, sentencias ejecutables en cualquier país, la libre transferibilidad de las indemnizaciones, y el aseguramiento de “*la disponibilidad efectiva de un monto indemnizatorio de importancia adecuada*”. (96) Las Convenciones estudiadas están destinadas a servir a estos fines, pero, aunque incorporan esos principios, lo sumariamente expuesto en esta presentación muestra lo lejos que la humanidad está de haber alcanzado una necesaria y universal unidad de criterios. (97)

(v) *Daño ambiental*

A las tribulaciones tradicionales en materia de responsabilidad civil nuclear se agregó ya hace décadas la cuestión del eventual daño nuclear ambiental. Este tipo de daño no parece haberse tenido en mira al elaborarse las convenciones de Viena y de París, aunque sí en sus respectivos Protocolos de reforma de 1997 y 2004. Por cierto, además, que la resolución de las cuestiones que eventualmente se presenten

---

(96) Pelzer, Norbert, Indemnización de daños nucleares transnacionales, cit. nota 27, pp. 108/9.

(97) Sobre esta problemática, Ruiz Echaury, Joaquín, Crossborder contaminación en la ley nuclear, en *Le Droit Nucléaire du XXe. Siecle, Nuclear Inter Jura '97, Société de Législation Comparée*, Paris, 1997, p. 449, nota 8.

en este campo deberá surgir de la interacción de las normas locales y convencionales, no sólo nucleares, sino también de las más genéricamente ambientales. (98)

La Convención de París de 1960 deja indefinido el marco de lo que entiende por *daño nuclear*. En principio, cubre sólo el daño a personas o cosas, incluidos daños que no pueden separarse de un daño nuclear. Es decir, el daño ambiental no está incluido, salvo que la legislación del país respectivo lo cubra o el tribunal competente lo incluya. (99)

La Convención de Viena de 1963 es similar. Tampoco, por sí misma y en sí misma, cubre los daños ambientales. Sin embargo, la formulación de su texto es un tanto más amplia, en cuanto incluye "*cualquier otra pérdida o daño*", si el tribunal competente decide incluir otro daño adicional de acuerdo con la ley aplicable. (100) Se ha considerado, en consecuencia, que, pese a su falta de previsión expresa, ambas Convenciones son lo suficientemente abiertas en su definición de daño como para permitir a cada Estado ampliar los tipos de daños sometidos a este régimen, e incluir los daños ambientales. (101)

La situación se modifica en los Protocolos de Viena de 1997 y de París de 2004, así como en la CSC. Como destacó Gómez del Campo, el Protocolo de Viena de 1997 y la CSC contienen una definición explícita de los daños ambientales y, potencialmente, les extiende la cobertura de su sistema, empero, "*en la medida determinada por la legislación del tribunal competente*". (102) El ámbito geográfico de ambos Protocolos determina un dato diferencial respecto de sus antecedentes, que es

---

(98) Véase, por ejemplo, Blanchard, Patrick, *Responsibility for environmental damage...*, cit. nota 53, p. 283/95, en especial p. 287 y ss.

(99) Blanchard, Patrick, *Responsibility for environmental damage...*, cit. nota 53, p. 284.

(100) Blanchard, Patrick, *Responsibility for environmental damage...*, cit. nota 53, p. 284.

(101) Gómez Del Campo, Julián, *Report on Environmental Nuclear Damage*, cit. nota 59, p. 205.

(102) Texto idéntico en el Art. 1, numeral 1., inc. k, de la Convención de Viena modificado por el Protocolo de 1997, y en el Art. 1, párrafo a), ítem vii), de la Convención de París modificada por el Protocolo de 2004. Véase Gómez Del Campo, Julián, *Report on Environmental Nuclear Damage*, cit. nota 59, p. 205.

relevante en materia ambiental, tan sensible al carácter transfronterizo de los daños: como ya se señaló, de conformidad con los nuevos textos, se otorga compensación a víctimas de Estados no nucleares aún cuando no sean parte de ninguna Convención y también, a condición de reciprocidad, a Estados nucleares que no sean parte. En cambio, la CSC establece un sistema cerrado que sólo beneficia a los damnificados del territorio de las Partes Contratantes con respecto a daño nuclear sufrido y a incidentes nucleares que ocurran en sus respectivos territorios y zonas marítimas (Art. V). (103)

*(vi) Inclusión de las medidas preventivas y de evacuación*

Desde el punto de vista de la aplicación de los mecanismos de protección establecidos en las Convenciones, la problemática que plantea el costo de las medidas preventivas y de evacuación radica en que ambos tipos de gastos pueden ser incurridos, tanto si el evento dañoso se produce, como si finalmente no llega a ocurrir.

Además, es preciso distinguir entre gastos derivados de medidas ordenadas por la autoridad pública y los derivados de medidas iniciadas por el explotador. También resulta relevante analizar el empleo útil de los gastos, ya sea porque las medidas fueron ineficaces o lo fueron sólo parcialmente, o porque, por el contrario, fueron exitosas y sirvieron para evitar los daños.

Sobre la base de estas variables y ante las incertidumbres derivadas de las Convenciones de París y de Viena, (104) a la luz de las dos experiencias ocurridas (105) (Three Mile Island, en la que finalmente no ocurrió una emanación radiactiva significativa y no hubo daños que fueran conse-

---

(103) Gómez Del Campo, Julián, Report on Environmental Nuclear Damage, cit. nota 59, p. 208 y ss., donde también se analizan las disposiciones opcionales y su incorporación en diferentes legislaciones nacionales (pp. 209/44).

(104) Véanse, por ejemplo, los problemas que plantea Schatke, Herbert, Inclusion of the costs of evacuation and of other preventive measures in the event of a nuclear incident within third party liability, en International Harmonization in the Field of Nuclear Energy Law, Proceedings of Nuclear Inter Jura '85, Nomos, Baden Baden, 1986, pp. 292/4.

(105) Ya se señaló que hubo un accidente anterior a las Convenciones, en una instalación nuclear militar en Windscale (ahora rebautizada Sellafield) en 1957, originada en una errónea decisión acerca del calentamiento del núcleo de grafito a más de 250.



cuencia directa del accidente, (106) y Chernobyl, donde sí se produjo un accidente), (107) un grupo de trabajo estudió la conveniencia de proponer modificaciones a las Convenciones, tomando también en cuenta la evolución que se fue produciendo en el derecho norteamericano mediante enmiendas por entonces propuestas al Price-Anderson Act. (108) Aunque no tuvieron un efecto inmediato, y aunque el resultado no puede considerarse del todo perfecto, estos estudios dieron lugar a las modificaciones, ya citadas, contenidas en el Protocolo de 1997 para modificar la Convención de Viena, en la CSC, también de 1997, y en el Protocolo de 2004 para modificar la Convención de París.

(vii) *Problemas en materia de transporte*

Excede las posibilidades de esta disertación tratar en profundidad los múltiples problemas jurídicos que se presentan en materia de transporte de sustancias y materiales nucleares. Es precisamente con relación a los incidentes ocurridos durante el transporte que pueden aparecer las mayores disonancias entre la ley del explotador responsable y la *lex fori*, incluso respecto de la decisión acerca de cuál de los instrumentos convencionales es aplicable. Por otra parte, en cuanto al contenido, en materia de transporte ambas Convenciones históricas, la de París y la de Viena, delegan un

---

(106) Para un análisis de las implicancias del incidente, SHAPAR, Howard K., *Indemnification for nuclear damages...*, cit. nota 8, pp. 329/32. Y para una descripción de los datos del accidente relatados desde la perspectiva de un asegurador, Quatrocci, John L., *The Price-Anderson act in the New Millennium. An insurer's perspective*, en los Proceedings del Nuclear Inter Jura 1999, Washington, 1999, p. 251 y ss.

(107) El accidente se produjo el 26 de abril de 1986. La Unión Soviética no tenía una legislación específica sobre responsabilidad civil nuclear ni era parte de ninguna Convención. Como además la planta era propiedad del Estado, el incidente concluyó con una decisión gubernamental que determinó cómo iba a hacerse cargo de los daños producidos, que no pudo ser cuestionada ante tribunal alguno. Sobre la situación generada por este accidente, Pelzer, Norbert, *Indemnización de daños nucleares transnacionales*, cit. nota 27, pp. 152/7.

(108) Véase, Cunningham, G. H., *Costs of preventive measures and evacuation*, síntesis de las investigaciones del Working Group II de la Association Internationale de Droit Nucléaire, en Proceedings of the Nuclear Inter Jura '87, Amberes, Septiembre de 1987, pp. II-37/44. Ver también sus anexos, Schatke, H. y Turner, M., *Costs of evacuation. Is the Paris Convention in need of reform?*, ibídem, pp. II-45/54, y Allegre, J., Avossa, M., Lussault S. y Pousset, R., *Costs of preventive measures. Eventual Modifications of the Paris Convention*, ibídem, p. II-55/60.

elevado número de soluciones a lo que determinen las legislaciones locales (Art. 7, inc. c) de la Convención de París y Art. IV, numeral 5, inciso b), de la Convención de Viena). El juego, a veces superpuesto, de otras convenciones especiales vinculadas con el tipo de transporte (por agua, por tierra o por aire), justifica que el sistema sea considerado insatisfactorio, incluso en cuanto al tratamiento de una eventual indemnización por los daños causados al medio de transporte. (109)

*(viii) Excepciones a la responsabilidad objetiva del explotador*

El explotador responde de modo objetivo o absoluto, y no puede excusarse por fuerza mayor. Sin embargo existen excepciones reconocidas por las Convenciones. Son los supuestos de accidentes o incidentes producidos por actividades hostiles o desastres naturales, como revueltas, conmoción civil, actos concertados de terrorismo, actos de sabotaje, huelgas u otras medidas de fuerza sindicales, catástrofe natural de carácter excepcional (con las variantes que permiten a las legislaciones locales incluir o excluir este supuesto), y la negligencia o un acto intencional de la víctima del daño. Sobre todos estos conceptos, contenidos en convenciones internacionales tanto como en legislaciones locales, existe ambigüedad interpretativa. Ello ha dado lugar a sostener que el Art. 9 de la Convención de Paris y el Art. IV-3 (a) y (b) de la Convención de Viena resultan inadecuados, en especial en cuanto a los distintos tipos de actividades terroristas de nuestros tiempos. (110) Los

---

(109) Para un detallado y crítico estudio del juego de las diferentes convenciones internacionales, no sólo nucleares, sino también del derecho marítimo, Calderon-Alner, Celia, *Traitements conventionnels de la responsabilité civile nucléaire transport...*, cit. nota 84, pp. 485/514. La autora reconoce, sin embargo, cierto progreso en los Protocolos de 1997 y 2004, aunque destaca que no resuelven los problemas para el caso de un accidente en alta mar. Ver también Blanchard, Patrick, *Responsabilité civile nucléaire et transports internationaux: Retour sur un demi siècle d'incertitudes*, comunicación al INLA/AIDN Congress 2009, Toronto, Canadá, en prensa, donde se destacan entre las falencias las varias lagunas del régimen internacional y también el progreso en las modificaciones arriba aludidas a las Convenciones de Viena y París. Ver, también, Mahieu, Régis, *The Impact of the New Nuclear Liability Regime on Nuclear Transport*, en *Europäisches Atomhaftungsrecht im Umbruch*, Nomos, Baden Baden, 2010, pp. 87/92.

(110) Véase Schwarz, Julia y Cunningham, Guy H., *Specific Defences to the Liability of a Nuclear Operator for Damages Resulting from a Nuclear Incident*, en *International Harmonization in the Field of Nuclear Energy Law*, Proceedings of Nuclear Inter Jura '85, Nomos, Baden Baden, 1986, p. y, nuevamente, de los mismos autores, *Specific Defences to the Liability of a Nuclear Operator for Damages Resulting from a Nuclear Incident*, en *Proceedings of the Nuclear Inter Jura '87*, Amberes, Septiembre de 1987, p. II-19/36.

Protocolos de 1997 y 2004 no alteraron substancialmente las previsiones, salvo en cuanto a las catástrofes naturales de carácter excepcional, que ya no contarán como eximente de la responsabilidad del operador, en la medida de lo que disponga la legislación local.

*(ix) Problemas intrínsecos: causalidad y probabilidad*

La dificultad para establecer un nexo causal respecto de ciertos tipos de daños corporales sufridos por una persona que estuvo expuesta a radiaciones ionizantes, radica en algunas características propias del tipo de afección de que se trata. El paciente que sufre un daño resultante de modificaciones bioquímicas subcelulares, o celulares, que a menudo sólo puede ser diagnosticado luego de hallarse en estado latente durante un lapso que puede llegar a décadas, carece de síntomas específicos que ayuden a identificar una causa determinada. Si se aplicaran los principios tradicionales, fracasaría la pretensión indemnizatoria por falta de prueba de la causalidad. Por ello, particularmente en los Estados Unidos, se desarrolló la doctrina de la *probabilidad de causación* del daño, (111) también adoptada por la práctica británica respecto de trabajadores expuestos a este riesgo. (112) De modo coincidente, entre las conclusiones-recomendaciones de la Association Internationale de Droit Nucléaire, hace ya casi un cuarto de siglo se estimó plausible la adopción del principio de la causación probable, porque permite menor dureza y mayor justicia en la apreciación de los casos dudosos. (113)

Las reglas de la causalidad adecuada del derecho común no dejarán de ser aplicables, sin embargo. Un autor señala como ejemplo el de la muerte de una persona por un ataque cardíaco al ver por televisión que ha ocurrido un accidente nuclear en un lugar relativamente distante. (114) ¿Será aplicable y, en su

---

(111) Véase sobre lo que llama “las erosiones en la apreciación de la causalidad y la presunción de nexos causales”, Díez-Picazo y Ponce De León, Luis, Derecho de daños, cit. nota 1, p. 238/9. Ver también, más adelante, en pp. 315/9, el capítulo dedicado a “el problema de la denominada causalidad alternativa hipotética”, con interesante cita de Larenz, y luego el dedicado a “los juicios de probabilidad y la teoría de la causalidad adecuada” (pp. 338/40.

(112) La cuestión fue expuesta por Hébert, Jean, Note on the probability factor in establishing causation, en Proceedings of the Nuclear Inter Jura ‘87, Amberes, Septiembre de 1987, pp. II-5/18.

(113) Conclusiones en Proceedings of the Nuclear Inter Jura ‘87, Amberes, Septiembre de 1987, p. II-108.

(114) Philippe, Denis (con colaboración de Beynes, Marc), A propos du lien causal en matière de responsabilité civile nucléaire, en Le Droit Nucléaire du XXe. Siècle, Nuclear Inter Jura ‘97, Société de Législation Comparée, Paris, 1997, p. 436.

caso, cómo, la teoría de la equivalencia de las condiciones? (115) Con respecto a las medidas que adopta el Estado, por ejemplo, la evacuación de toda o parte de la población, se ha discutido acerca de si pudo haber habido una interrupción del nexo causal y si, por lo tanto, por el costo de esas medidas, el Estado podría tener una acción de repetición contra el explotador, o no. (116) Precisamente, la inadecuación de las medidas preventivas puede generar problemas de causalidad adecuada entre el suceso y el daño, y ello puede dar lugar a que el explotador responsable pretenda liberarse fundado en una interrupción del nexo causal y con la consiguiente alegación de que los daños se produjeron por la inadecuación o el exceso de las medidas preventivas. (117)

*(x) Medios alternativos de financiación y responsabilidad residual del Estado*

El sistema de la responsabilidad civil nuclear se apoyó desde sus orígenes en el estrecho vínculo entre la magnitud de la responsabilidad del explotador y la de la cobertura de los seguros obtenibles para asegurar los recursos de pago. Sin embargo, tratándose de un riesgo cuya dispersión a nivel universal parece ineludible, el proteccionismo instaurado en diversos países en materia de seguros ha determinado que tal dispersión no se hubiera concretado de modo suficiente. Esto explica que es errónea la presunción de que, luego de medio siglo de acumulación de primas sin más que un número muy reducido de siniestros, haya paulatinamente logrado superar la inicial insuficiencia de las coberturas obtenibles en el mercado asegurador privado. Por el contrario, continúa siendo uno de los polos centrales de toda discusión en la materia, particularmente a la luz de que tanto las Convenciones como las legislaciones locales han ido incrementando los montos mínimos de responsabilidad y, sobre todo, el alcance de los daños indemnizables. En este marco, por una parte, se ha intensificado el reclamo de normativa que establezca algún mecanismo de responsabilidad residual del Estado, ya sea en forma directa, ya sea como asegurador o reasegurador de los riesgos, (118) y, por la otra,

---

(115) Véase, ante los excesos de esta doctrina, la denominada de la prohibición de regreso, expuesta por Jakobs, en Díez-Picazo y Ponce De León, Luis, Derecho de daños, cit. nota 1, p. 344.

(116) *Ibíd.*, p. 437.

(117) Razonamientos de este tipo fueron alegados por la Unión Soviética luego del accidente de Chernobyl. Véase, al respecto, PELZER, Norbert, Indemnización de daños nucleares transnacionales, cit. nota 27, pp. 142/5.

(118) Véase, al respecto, Schwarz, Julia, Alternative financial security for the coverage of nuclear third party liability risks, en Nuclear Inter Jura 2007, Bruylant,

la búsqueda de medios adicionales o alternativos de proveer garantías financieras.

En esa búsqueda de asegurar los medios financieros disponibles para hacer frente a la masa de indemnizaciones previstas en la normativa convencional y nacional, incluso se ha pensado en soluciones atípicas, como un cierto monto de depósitos en efectivo, o de inversiones equivalentes, cartas de crédito, garantías bancarias, el método del *Alternative Risk Transfer* (ART, que consiste en una dispersión del riesgo entre inversores no aseguradores), mutualidades de seguros o un pool de explotadores, sea a nivel nacional o internacional. (119)

Como comentario a este tipo de propuestas, debe señalarse que la situación, sin duda, es distinta en un país de gran extensión y alto número de habitantes, con elevado número de instalaciones, como Estados Unidos, respecto de países comparativamente pequeños en superficie, con mucha o poca densidad de población, con muchas o pocas instalaciones nucleares, y con diferencias todavía mayores respecto de países con un desarrollo económico menor. Todos estos factores inciden de modo decisivo en la dispersión del riesgo y en el valor de los bienes a indemnizar y, por tanto, en la elección eficaz de un sistema adecuado de formación de ese respaldo financiero.

En Estados Unidos, por sus particulares características, la industria nuclear ha podido formar un fondo al que aportan todos los explotadores y este fondo ha ido desplazando en importancia a las otras fuentes, el seguro y el aporte del erario público. (120) Empero, ante la propuesta de una in-

---

Bruxelles, 2008, pp. 381/96, donde esta incisiva autora canadiense, funcionaria de la OECD, estudia los ejemplos de las legislaciones de Japón y Suiza. Propugna decididamente ella esta solución, ante los problemas del costo de seguros y otros medios alternativos de cobertura financiera, por la incidencia excesiva en el costo de la energía que representan, pero, sobre, todo ante la importancia de la percepción de seguridad que ganaría la población.

(119) Schwarz, Julia, *Alternative financial security...*, cit. nota 118, pp. 397/406, donde, con respecto a estos pools se estudian los ejemplos de las legislaciones de Estados Unidos y Alemania. Sobre el mismo tema en la nueva legislación proyectada para Canadá, Hénault, Jacques, *Overview of Financial Security Requirements for Covering Operator Liability under Bill C-20, Canada's Proposed New Nuclear Third-Party (Civil) Liability Legislation and Criteria for Alternative Financial Security (i.e., Alternative to Insurance) under Canada's New Nuclear Civil Liability Regime*, en INLA/AIDN Congress 2009, Toronto, Canadá, *Proceeds*, Vol. 2, pp. 317/29.

(120) Puede verse al respecto, aunque las cifras están hoy descualizadas, Lederer, Peter D., *Nuclear Risks - Whose Risks Are They?*, en *Proceedings de Nuclear Law for the 1990's*, Nuclear Inter Jura '89, Tokyo, pp. II-3/13.

ternacionalización de esa metodología mutualística, la objeción esencial ha sido, precisamente, la apuntada falta de homogeneidad de factores y la consiguiente incidencia despareja que la previsión necesaria para contribuir a coberturas en otros países generaría en el costo de la energía producida a partir de una fuente nuclear. (121)

Por todo ello es recurrente el señalamiento de alguna forma de responsabilidad residual del Estado como garante de la paz social de que se hablaba más arriba, papel que asume frente a toda clase de cataclismos y desastres que afectan gravemente a una parte relevante de su población o de su sistema productivo. Para fundar la responsabilidad de los Estados, se ha dicho que éstos responden en todos los casos por los daños ambientales, lo que no debería ser distinto en los supuestos en que aquéllos tengan por causa un incidente nuclear. (122)

En la búsqueda de un fundamento jurídico para alcanzar a nuevos responsables, no puede dejar de citarse la aislada y original postura de D'Amato y Engel, que hasta han llegado a plantear la responsabilidad de los Estados exportadores de tecnología frente a los Estados importadores sobre la base de los principios y convenciones internacionales en materia de derechos humanos. (123)

También se ha propugnado imputar responsabilidad al Estado en su condición de regulador, (124) y, por aplicación de idénticos criterios, incluso

---

(121) Véanse los debates sobre la propuesta de Lederer, Peter D., *Nuclear Risks*, cit. nota 120, pp. II-101/8.

(122) Blanchard, Patrick, *Responsibility for environmental damage...*, cit. nota 53, p. 288. Con respecto a la Comunidad Europea, véase Danzi, Eliana, *Some Reflexions on the Exclusion of Nuclear Damage from the Scope of Application of the Environmental Liability Directive*, en *Europäisches Atomhaftungsrecht im Umbruch*, Ed. Nomos, Baden Baden, 2010, pp. 191/212.

(123) D'Amato, Anthony y Engel, Kirsten, *State Responsibility for the Exportation of Nuclear Power Technology*, en *Virginia Law Review*, Septiembre de 1988, Vol. 74, Nr. 6, p. 1019, citado por Ameye, Evelyne, *Channelling of Nuclear Third Party Liability...*, cit. nota 19, p. 409, nota 128.

(124) Este tipo de responsabilidad fue debatido en el curso de los trabajos preparatorios de la Revisión de la Convención de Viena de 1999. Véase Dussart-Dessart, Roland, *Un regard ouvert sur la prolifération des conventions...*, cit. nota 7, p. 351.

la de los organismos multinacionales. (125) Nathalie Horbach ha dicho al respecto que *“tal vez en el nuevo milenio la responsabilidad de los Estados por actividades nucleares deba ser gradualmente reconocida y cristalizada en el derecho internacional, que podría asumir parte de la exposición de las organizaciones internacionales a este respecto”*, (126) para agregar la misma autora, que *“debe enfatizarse que el régimen internacional de responsabilidad nuclear no constituye evidencia del repudio del principio de que un Estado es en última instancia responsable en derecho internacional por las actividades privadas sujetas a su control”*. (127) Esto último encuentra sustento normativo en las Convenciones de París y de Viena así como en la CSC, todas las cuales dejan a resguardo las responsabilidades de los Estados frente a otros Estados en el marco del derecho internacional público. (128) Cabe apuntar que, ya en tiempos de la redacción de la Convención de París, Enrique Zaldívar fue un precursor de estas ideas, (129) y que la discusión se puso nuevamente sobre el tapete luego del accidente de Chernobyl. (130)

Desde una visión de los explotadores y sobre la base de las definiciones de *daño nuclear* en las Convenciones de París y de Viena, también se ha llegado a plantear la cuestión acerca de si el principio de canalización que carga la responsabilidad exclusivamente sobre el explotador, no debe, en alguna medida, ser compatibilizado con las obligaciones y responsabilidades que competen a cada Estado. (131).

---

(125) Este aspecto fue analizado en detalle por Horbach, Nathalie I.J.T., Nuclear liability entering a new millennium, en los Proceedings del Nuclear Inter Jura 1999, Washington, 1999, pp. 259/271. La autora analiza en especial los casos de la IAEA, la OECD y su Nuclear Energy Agency (NEA), el Euratom.

(126) *Ibíd*em, p. 269.

(127) *Ibíd*em, pp. 269/70.

(128) Horbach, Nathalie I.J.T., Nuclear liability entering a new millennium, cit. nota 125, p. 271, lo subraya de modo enfático.

(129) Zaldívar, Enrique, La responsabilidad internacional de los Estados, en Cuestiones legales originadas por el uso de la energía nuclear, Buenos Aires, 1960, p. 82 y ss. También años más tarde, el mismo autor, International responsibility of States for the peaceful use of nuclear energy, en Nuclear Inter Jura '73, Karlsruhe, 1973, p. 139 y ss.

(130) Pelzer, Norbert, Indemnización de daños nucleares transnacionales, cit. nota 27, pp. 152/7.

(131) Philippe, Denis (con colaboración de Beynes, Marc), A propos du lien causal..., cit. nota 114, pp. 431/44.

## V. Balance y conclusión

Se pueden sintetizar en pocas palabras, pese a que han quedado sin tratar diversos aspectos, como los relativos a la protección de los trabajadores de las instalaciones nucleares (132) y a la compleja temática del tratamiento de los riesgos nucleares en los seguros de daños, generalmente excluidas de las cubiertas normales. (133) En primer término, pese a que, felizmente, esta maquinaria jurídica casi no ha sido puesta en movimiento jamás, es imprescindible la necesidad de políticas de Estado en la materia. En segundo término, la participación de la comunidad, por lo menos cuando se trata de comunidades maduras, en la formación de la voluntad política de asumir el riesgo. Schwarz y Cunningham hablan de una constante, la de “*balancear por parte del Estado su interés en la energía nuclear con la asunción de los riesgos asociados con ello*”. (134) Empero, la internacionalidad de la problemática hace que no sean útiles políticas aislacionistas que no tomen en cuenta el contexto internacional.

Los efectos de un incidente, por su aptitud de expansión por los medios aire o agua, no se detienen en una frontera nacional. Además, los materiales radiactivos son objeto de transporte y atraviesan terceros países,

---

(132) Generalmente son objeto de legislación interna. Algunos países han dictado leyes especiales al respecto, mientras que en otros rige la legislación común, en ambos casos complementadas eventualmente por los convenios colectivos de trabajo del sector. Como ejemplo de esto último, puede verse GREEN, Peter, Employee Compensation Schemes for Radiation Induced Injuries, en en Proceedings de Nuclear Law for the 1990's, Nuclear Inter Jura '89, Tokyo, p. II-23/31. Para el estado de la cuestión en ciertos países en una fecha aún anterior, con estudio de la situación de los trabajadores del explotador de la instalación y también de los dependientes de terceros en el lugar de la instalación, Deprimoz, Jacques, Relationship Between Health Protection Regulations and Copensation for Work Accidentes and the Compensation Incumbent on the Nuclear Plant Operators, en International Harmonization in the Field of Nuclear Energy Law, Proceedings of Nuclear Inter Jura '85, Nomos, Baden Baden, 1986, pp. 268/77.

(133) ¿Quién y cómo se cubren los riesgos nucleares excluidos de las pólizas de seguros normales? Uno de los pocos trabajos en que se analiza esta cuestión respecto de los seguros de daños, de responsabilidad civil y de personas, es el de Engelhard, Michel y Brunengo, Charles, Aspects particuliers et limites de la responsabilité nucléaire objective, en Nuclear Inter Jura '81, Compte Rendu, Palma de Mallorca, pp. 367/9.

(134) Schwarz, Julia y Cunningham, Guy H., Specific defences..., (Nuclear Inter Jura '87), cit. nota 110 in fine, p. II-36.



---

aguas territoriales o alta mar. Ni siquiera un país carente de instalaciones nucleares es ajeno a la problemática cuando el incidente puede haber ocurrido en su territorio o aguas jurisdiccionales o lo afecta la expansión de las radiaciones.

Es de destacar con satisfacción que ésta es una de las pocas materias respecto de las cuales la tradición política argentina ha sido coherente a lo largo del tiempo.

Agradezco a todos Uds. la presencia y, sobre todo, la paciencia de escuchar un tema tan complejo.

---



# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI (\*)

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales

Señor Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Señor Procurador del Tesoro de la Nación

Señores académicos

Señoras y Señores

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales me ha conferido el honor de pronunciar las palabras de bienvenida al profesor Daniel Hugo Martins como miembro correspondiente de la República Oriental del Uruguay. Al hacerlo asumo la responsabilidad de reemplazar en esta misión al académico profesor Juan Carlos Cassagne, quien no puede estar con nosotros por un transitorio impedimento de salud.

Reseñar la trayectoria del profesor Martins a lo largo de su dilatada actuación como jurista, docente y hombre público, es una tarea que ocuparía demasiado tiempo. Por eso voy a hacer una síntesis, aun a riesgo de omitir muchos de sus antecedentes, que son bien conocidos en nuestro país, donde el profesor Martins desarrolló una importante actividad académica.

Más de cincuenta años de docencia universitaria en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en otras universidades de su país y del extranjero, el ejercicio de la función pública en los cargos de mayor

---

(\*) Discurso de recepción del Académico correspondiente Daniel Hugo Martins, en la sesión pública del 26 de agosto de 2010.

importancia del Uruguay, los libros y artículos publicados, sus conferencias, la participación en congresos y seminarios, el desempeño en organismos internacionales, componen el *curriculum vitae* del profesor Martins y respaldan la calidad de relevante administrativista.

Destaco estas tres facetas de la personalidad de nuestro nuevo académico correspondiente —de jurista, de docente y de hombre público—, porque, a mi juicio, su conjunción es necesaria para configurar a un verdadero administrativista. Siempre consideré que para escribir sobre derecho administrativo es preciso haber tenido la vivencia de la función pública y la responsabilidad de su ejercicio. Haber tenido que analizar, estudiar y resolver los problemas que diariamente se generan en la administración de un país. La función pública es como un banco de prueba de las especulaciones científicas, sobre todo cuando debemos rendir cuenta de ellas a la ciudadanía. De parecida manera, para enseñar derecho administrativo es también necesaria esa vivencia, ya que sólo se transmite lo que nos pertenece, lo que hemos elaborado en nuestra mente. Relatar lo dicho por otros sin aportar nada propio, no es una verdadera enseñanza. La docencia es una forma de transmitir las experiencias y las ideas que fueron enriqueciendo nuestro intelecto. El derecho en una ciencia práctica y, como dijo Ihering, “*sólo se puede conocer lo verdadero de una ciencia práctica cuando se la utiliza,*” por eso “*el jurista práctico es el que impulsa el derecho, mientras que el teórico se limita a clasificar los resultados del primero.*”<sup>(1)</sup>

El profesor Martins cumple sobradamente esta condición. Fue tres veces ministro —de Hacienda, de Defensa y de Economía y Finanzas—, el primer presidente del Banco Central, vicepresidente del Banco de la República, Director de la Administración Nacional de Combustibles (ANCAP), Presidente de la Comisión de Inversiones y Desarrollo Económico y Miembro del Consejo Departamental de Montevideo.

Si su actuación pública fue importante, no le va a la zaga la docente y científica. Fue catedrático de la Facultad de Derecho en la Universidad de la República desde 1961 hasta 1989, donde se había doctorado en 1951 y hoy es profesor emérito. Es profesor honorario de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Constitucional y Político de la Universidad Nacional de La Plata, Miembro titular del Instituto de Derecho Municipal y Urbanístico de la Universidad Notarial Argentina, Director del

---

(1) Rudolf von Ihering, “¿Es el derecho una ciencia?”, trad. de Federico Fernández Crehuet López, Ed. Comares, Granada, 2002.

Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Miembro Correspondiente de la Real Academia Española de la Historia, Miembro Honorario del Instituto de Derecho Administrativo, Miembro del Consejo Asesor del Anuario de Justicia Constitucional de Madrid, para citar sólo algunos de sus antecedentes académico.

Participó en un centenar de congresos, seminarios, jornadas y coloquios nacionales e internacionales, dictó conferencias y cursos de especialización en universidades e instituciones del Uruguay y de Latinoamérica. Es autor de varios libros, folletos y artículos que se publicaron en obras colectivas y en revistas especializadas de distintos países. Entre sus libros podemos destacar “El estatuto del funcionario”, “Defensa nacional” “El gobierno y la administración de los departamentos”, “Objeto, contenido y método del derecho administrativo en la concepción integral del mundo del derecho”. También cabe señalar la actualización de varias ediciones de la obra del jurista Sayagués Laso, de quien fue discípulo. La producción científica del profesor Martins no se limitó al estudio de cuestiones jurídicas, pues abarca también temas de historia.

El prestigio bien ganado del profesor Martins determinó su convocatoria para actuar en organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Internacional Humanitaria de Establecimiento de Hechos, y que se lo designe veedor en las elecciones de Costa Rica, Paraguay y Brasil, lo cual demuestra una vez más su capacidad, rectitud y convicciones democráticas.

Como lo puso en relieve el doctor Augusto Durán Martínez en la semblanza que encabeza la obra publicada en homenaje del profesor Martins, “no es una inteligencia teórica, sino más bien práctica”... “no vivió encerrado en una torre de marfil o en la soledad de un gabinete conociendo el mundo sólo a través de los libros —o separado del mundo por los libros— sino que tuvo una inmensa actividad administrativa, política y profesional.”

Esta faceta de su personalidad aumenta el valor de la obra del profesor Martins, pues supo capitalizar la experiencia obtenida en la actividad pública, transmitirla a varias generaciones de estudiantes y volcarla en sus obras, aportándole siempre la creatividad y el buen criterio que lo caracteriza. Es un estudioso de la realidad, de la historia de las instituciones uruguayas y de su funcionamiento.

Señalo especialmente esta virtud, pues si hay una disciplina en la cual el realismo tiene importancia, es el derecho administrativo. Así lo exige la dinámica permanente de la Administración, determinada por la necesidad de preservar el orden social y de satisfacer las necesidades colectivas con justicia y eficiencia. Prueba de ello la tenemos en la génesis del derecho administrativo, cuyas instituciones, en su mayoría, nacieron y se desarrollaron por la labor creativa del Consejo de Estado de Francia en la resolución de casos concretos. Como dice Gastón Jèze, *“El teórico no debe olvidar jamás que el Derecho sirve para resolver problemas sociales, económicos, políticos, y que es la vida quien los plantea. Es la vida quien los crea, con toda la complejidad, con todos los conflictos de intereses y pasiones que forman la trama de las sociedades humanas.”* En igual sentido es acertado el pensamiento de Carnelutti al decir que *“Después de haber permanecido entre los libros algún tiempo, he sentido la necesidad de abrir de par en par una ventana. Probablemente este es el secreto de aquello poco que he podido hacer en el campo de la ciencia. He tenido siempre la sensación de que para mí sabiduría contaban más los hombres que los libros y me he zambullido en la vida.”*(2)

Pero, sobre todas sus cualidades, la personalidad del profesor Martins se destaca por su fe inquebrantable en derecho. Es un ferviente defensor del Estado de derecho y de la libertad, un humanista que demostró la coherencia de sus convicciones, pues lo que enseñó como docente, lo aplicó en la acción, cuando ejerció la función pública.

Me place dar la bienvenida a un jurista uruguayo, que viene de un país con el cual nos unen vínculos estrechos de sangre, históricos y culturales. De un país cuyo pueblo, como dijo Couture, *“no tiene ambiciones imperiales ni sumisiones virreinales”, “un pueblo que está convencido de que sólo se le puede gobernar con el más amplio margen posible de libertad compatible con el orden,”* un pueblo que *“no cree en el gobierno fuerte, porque la teoría del gobierno fuerte es la teoría del individuo débil; gobierno fuerte e individuo fuerte son incompatibles.”* El uruguayo, continúa Couture, *“ha preferido, a lo largo de su historia, respetar la libertad, aunque para ello haya debido más de una vez que sacrificar un poco de autoridad. En la lucha entre el individuo y el poder, la tradición se ha inclinado más frecuentemente del lado del individuo que del poder. Es éste un país sin procesos por desacato, de gobernantes pobres y con una policía sin injerencias en la vida privada.”*(3)

---

(2) Francesco Carnelutti, “Metodología del derecho”, trad. de Angel Ossorio, Ed. Tipográfica Hispano Americana, México, 1940, p. 54.

(3) Eduardo J. Couture, “La comarca y el mundo”, Ed. Biblioteca Alfar, Montevideo, 1953, p. 17.

---

Por eso, no es extraño que un país relativamente pequeño en territorio, sea tan grande en la generación de figuras ilustres del derecho, tales como Enrique Sayagués Laso, Aparicio Méndez, Ramón Valdés Costa, Eduardo Jiménez de Aréchaga y, sobre todo, Eduardo J. Couture, jurista eminente de relieve universal, cuya obra mantiene hoy la misma vigencia que tuvo cuando fue escrita.

Profesor Martins: le doy la más cálida bienvenida a esta corporación, que lo recibe con la seguridad de tener en usted a un distinguido administrativista que honra la tradición de juristas uruguayos. Aguardamos con especial atención su conferencia sobre “El principio de legalidad en el Estado de derecho.”

---

# EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

POR DANIEL HUGO MARTINS (\*)

Al aceptar el altísimo honor que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires me ha hecho al designarme académico correspondiente en la República Oriental del Uruguay, me voy a referir a la aplicación del principio de legalidad en dicha República.

1. Los administrativistas generalmente nos referimos al principio de legalidad para establecer los límites y las finalidades de la actuación de la Administración Pública porque, como dije alguna vez, es un potro difícil de domar.

Sin embargo, este principio es la base del derecho civil, del derecho penal, del derecho procesal, del derecho financiero y tributario.

También rige en la recepción del derecho internacional, público y privado, por ser competencia legislativa: “aprobar o reprobar los tratados de paz, alianza, comercio y cualquiera otros que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras”.

2. Precisamente un destacado administrativista, que fuera miembro de esta Academia, el Profesor don Miguel Marienhoff, con quien tuve el honor de integrar el Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande, recordaba al estudiar los límites a la actividad de la Administración que éstos pueden resultar de normar jurídicas (leyes materiales y formales) en las que deberían incluirse los “reglamentos administrativos” que integran al decir

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico correspondiente, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26 de agosto de 2010.



de Hauriou, el “bloque de la legalidad”, cuya “observancia rigurosa debe ser cumplida por la Administración pública en el ejercicio de su actividad, como requisito para la validez de sus actos”. (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 69).

3. En el mismo sentido, sostiene el Profesor Roberto Enrique Luqui en su reciente obra *“Revisión judicial de la actividad administrativa”* “El sometimiento de la Administración Pública al derecho es uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho” y agrega que: “Esto es algo sobre lo cual estamos todos de acuerdo. Se ha dicho con acierto que no es posible hablar de Estado de Derecho allí donde los administrados —yo diría las personas humanas— carecen de los medios jurisdiccionales necesarios para impugnar los actos antijurídicos del poder administrador que les cause agravio...La limitación de las facultades de la Administración por la ley y la existencia de un órgano independiente que revise los actos del poder administrador cuando se aparta de la legalidad y causan agravio, son —por ello— dos presupuestos indiscutidos en el Estado moderno”.

Mi disertación, entonces, consiste en analizar si esos presupuestos se cumplen en la República Oriental del Uruguay y si el principio de legalidad está en la base del derecho penal, procesal, civil, laboral, financiero y tributario.

4. Comenzaré por referirme a la primer Constitución, que fue jurada, en Montevideo, en 1812. (Por ello la plaza donde se encuentra la Iglesia Matriz y el Cabildo se llama “Constitución”).

La *“Constitución Política de la Monarquía Española”* de 1812, fuente directa de los textos constitucionales de los Estados que surgieron en la América del Sur, no obstante su efímera vigencia, significó la ruptura con la ideología en que se fundaba la monarquía absoluta.

Ideología que podía resumirse en la instrucción que Luis XIV diera a su nieto, Rey de España, Felipe V: “Debeis estar convencido de que los reyes son señores absolutos y que, naturalmente, tienen la completa disposición de todos los bienes. Todo lo que se halla en la superficie de nuestros Estados, de cualquier naturaleza que sea, nos pertenece por el mismo título”.

5. La Constitución de Cádiz de 1812 estableció que la soberanía reside en la Nación, que la potestad legislativa reside en las Cortes y que los miembros de ésta son representantes electos; que ni las Cortes ni el Rey pueden ejercer funciones judiciales; que debe respetarse la separación de los poderes, porque —como dijo Arguelles en el Discurso Preliminar— “La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no

puede haber libertad ni seguridad en un Estado en donde el ejercicio de toda la autoridad esté reunido en una sola mano”.

6. Estas ideas fueron recogidas en el Constitución de 1826 de las Provincias Unidas y en la Constitución de 1830 de la República Oriental del Uruguay.

En esta última se estableció que “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus Leyes, del modo que más adelante se expresará”; “Delega al efecto el ejercicio de su soberanía en los tres Altos Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, bajo las reglas que se expresarán”; “El Poder Legislativo es delegado a la Asamblea General. Esta se compondrá de dos Cámaras una de Representantes y otra de Senadores”. Los representantes serán elegidos directamente por los pueblos en la forma que determine la ley de elecciones y los senadores serán elegidos “indirectamente, en la forma y tiempo que designará la ley”.

De este modo, al igual que en la Constitución de Cádiz, se consagra que la soberanía radica en la Nación; que ésta es la única que establecerá sus leyes; según lo indicado en la Constitución; que existe la separación de poderes; que el Poder Legislativo lo ejercen representantes electos directamente o indirectamente por los pueblos.

7. Respecto a la competencia del Poder Legislativo, la Constitución de 1830 expresa:

*“A la Asamblea General compete:*

*“1º) Formar y mandar publicar los Códigos”. (Se refiere a los Códigos Civil, Penal, Rural, de Procedimientos civiles y penales y a los Códigos Militares).*

*“2º) Establecer los Tribunales y arreglar la Administración de Justicia”. (Se le encomienda a la ley regular la organización y el funcionamiento del Poder Judicial).*

*“3º) Establecer leyes relativas a la independencia, seguridad, tranquilidad y decoro de la República; protección de todos los derechos individuales y fomento de la ilustración, agricultura, industria, comercio, interior y exterior”.*

(Esta disposición fija las materias genéricas en que es competente el Poder Legislativo debiendo destacarse “la protección de todos los derechos individuales”).

“4º) *Establecer las contribuciones necesarias para cubrir los presupuestos...*”

(Esta disposición consagra el principio de legalidad en materia tributaria y financiera: la creación de impuestos requiere ley y el presupuesto de gastos e inversiones requiere ser sancionado por ley).

Respecto de la Administración General de la República —cuyo jefe superior es el Presidente— corresponde al Poder Legislativo:

“*Crear o suprimir empleos públicos; determinar sus atribuciones, designar, aumentar o disminuir sus dotaciones o retiros.*”

(Esta disposición consagra el principio de legalidad respecto del Poder Ejecutivo, cuya organización y funcionamiento determina la ley).

Es la consagración del Estado de Derecho: La Administración está sometida a la ley; el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo funcionan de acuerdo a la ley.

Finalmente, se le asigna a la ley un cometido trascendente: “*interpretar o explicar la presente Constitución.*”

8. *La Constitución de 1830 también estableció el principio de “reserva de la ley”, es decir, que sólo la ley puede limitar ciertos derechos.*

a) “Los habitantes del Estado tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad y propiedad. *Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes.*”

b) “Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados. *Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*”

(Esta disposición consagra el principio de legalidad para limitar los derechos individuales y la libertad).

c) “*Ninguno puede ser penado, ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.*”

(Esta disposición constituye la base del derecho procesal penal).

d) “*Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios*” (Es la consagración del principio de legalidad en derecho procesal).

e) “El derecho de propiedad es sagrado e inviolable: a nadie podrá privarse de ella sino *conforme a la Ley*. En el caso de necesitar la Nación la propiedad particular de algún individuo para destinarla a usos públicos, recibirá éste del Tesoro Nacional una justa compensación”.

(Esta disposición consagra el principio de legalidad y las garantías de la propiedad).

f) “*En el territorio del Estado, nadie nacerá ya esclavo; queda prohibido para siempre su tráfico e introducción en la República*”.

g) *Los hombres son iguales ante la Ley, sea preceptiva, penal, o tuitiva, no reconociéndose otra distinción entre ellos sino la de los talentos o las virtudes*”.

(Estas disposiciones consagra el principio de igualdad: todos los seres humanos son libres e iguales ante la ley).

Estos principios de la Constitución de 1830, se mantienen en la Constitución vigente, aunque con otra redacción y con mayores garantías.

### 9. ¿Qué se entiende por ley en la Constitución de 1830?

Son los proyectos presentados por los legisladores o por los Ministros del Poder Ejecutivo, aprobados por ambas Cámaras y promulgados por el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento establecido en la Sección VII.

El Poder Ejecutivo, si bien podía hacer observaciones a los proyectos sancionados por el Poder Legislativo y oponerse a su promulgación, su cometido principal era publicar las leyes, ejecutarlas, hacerlas ejecutar y expedir los reglamentos necesarios para su ejecución.

El Poder Legislativo tenía el monopolio de dictar las leyes.

No existía, en el régimen unitario de la Constitución de 1830, otros órganos del Estado que puedan dictar leyes o “decretos con fuerza de ley”. Las Juntas Económico-Administrativas, que se creaban en las capitales de los Departamentos, tenían por objeto promover la prosperidad de éstos en todos sus ramos y proponer a la Legislatura y al Gobierno Nacional todas las mejoras necesarias y útiles, pero no ejercían función legislativa.

### 10. *¿Qué caracteres tiene la ley?*

En principio, es general y abstracta. Digo “en principio” porque también es competencia de la Asamblea General “acordar pensiones y recompensas pecuniarias o de otras clases, decretar honores públicos a los grandes servicios” y otras medidas de alcance singular, pero que se aprueban con forma de ley.

11. *El siglo XIX podría considerarse el siglo del “reinado de la ley”, tanto en el Uruguay como en el resto de los países de América y Europa*

No obstante, apenas iniciado el siglo XX, se dicta en el Uruguay la ley orgánica de las Juntas Económico-administrativas, en 1903, —a imagen y semejanza de la ley de municipalidades de la Provincia de Buenos Aires— donde se le otorga facultades de dictar “ordenanzas”, con carácter general y abstracto en materia de vialidad, edificación, inspección veterinaria y de salud pública, abasto, tabladadas, plaza de frutos y mercados, policía higiénica y sanitaria de las poblaciones, alimentos y bebidas, pudiendo imponer multas “para asegurar la ejecución de las ordenanzas, reglamentos y resoluciones”. Todo ello sin intervención del Poder Judicial.

Asimismo, la ley de Intendencias de 1908 atribuyó a los Intendentes Municipales “ordenar el allanamiento de domicilios particulares, cuyos ocupantes se nieguen a cumplir las leyes, ordenanzas o decretos referentes a higiene, moralidad o seguridad, a efectos de hacerlas cumplir”.

“También podían decretar los Intendentes, la desocupación o la clausura de casas, negocios o establecimientos industriales en los casos que, por razones de higiene, moralidad o seguridad pública, las ordenanzas autorizaran esas medidas”.

“Asimismo se les autorizaba a confiscar o destruir las sustancias alimenticias que, según los informes de las oficinas técnicas, se encuentren contaminadas o adulteradas, no procediendo la indemnización en el caso de que la adulteración o contaminación resultare de un procedimiento fraudulento”.

12. En 1910, hace 100 años!, se dictó una ley que reguló las infracciones cometidas en materia de sanidad animal, estableciendo que “todos los veterinarios que tengan bajo su asistencia animales atacados de cualquier enfermedad contagiosa, tienen la obligación de denunciar” y, si no lo hacen, serán castigados con una multa o prisión equivalente y suspensión en el ejercicio de la profesión, hasta por tres meses en los casos de reincidencia.

“Serán decomisados sin más trámite los animales que se introduzcan al país violando las disposiciones de esta ley y penados sus propietarios o introductores con multa o prisión equivalente”.

“Las disposiciones contenidas en esta ley, —agrega— no penadas especialmente, serán castigadas con multa, según la gravedad del caso o prisión equivalente, duplicando la pena en caso de reincidencia”.

Llamo la atención sobre el lenguaje utilizado (“serán castigados”, “serán penados”). También sobre la gravedad de las sanciones y que la multa puede convertirse en prisión. Finalmente que se autoriza a multar en forma discrecional si la infracción no tiene establecida determinada sanción. Todo ello sin intervención del Poder Judicial.

13. Por su parte, el Poder Ejecutivo comenzó a dictar “*reglamentos autónomos*” en materia de conservación del orden —los llamados “edictos” de los Jefes de Policía— normas que prohibirán ciertas actividades a los ciudadanos; “*reglamentos internos*”, regulando los derechos y deberes de los funcionarios públicos y los procedimientos administrativos en general y especialmente en materia disciplinaria; así como “*reglamentos generales*”, a falta de regulación legal.

14. En 1917, la ciudadanía aprueba, mediante un plebiscito de ratificación, el nuevo texto constitucional redactado por la Asamblea Nacional Constituyente en el que se consagra la descentralización territorial y por servicios, creándose los Gobiernos Departamentales con potestad legislativa en lo municipal y tributaria (pueden crear impuestos, tasas y contribuciones de mejoras) y los Entes Autónomos en materia de Enseñanza Pública e industriales y comerciales, con poderes normativos en la organización de los servicios públicos a su cargo.

Desde entonces la ley ya no es la única fuente de derecho; existen “leyes municipales” y el Poder Ejecutivo ejerce potestad reglamentaria, creando infracciones e imponiendo sanciones sin ley que lo establezca.

En ese entonces no existía el contralor de constitucionalidad de las leyes.

No obstante se incluye en el texto constitucional una norma que amplía los derechos individuales estableciendo: “la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”, consagrando en el derecho positivo la doctrina del derecho natural.

15. *En la Constitución de 1934* se mantienen la función legislativa en materia municipal y a la Suprema Corte de Justicia se le otorga el contralor de constitucionalidad de las leyes, pudiendo declararlas inaplicables en el caso concreto sometido a los jueces y con efecto entre las partes.

En la Constitución de 1934 también se crea el Tribunal de Cuentas que debe certificar la legalidad de los contratos, gastos y pagos del Estado y controlar la actividad económico-financiera de todos los órganos estatales. Por lo que el principio de legalidad está en la base del derecho financiero.

En esta Constitución se introducen disposiciones sobre la familia, la salud, el trabajo, la previsión social y la libertad de enseñanza, encomendándole a la ley su protección.

Especialmente establece “que la ley ha de reconocer a quienes se hallaren en una relación de trabajo, o servicio, como obrero o empleado; la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral”, la “organización de sindicatos gremiales” y la huelga como “un derecho gremial”.

(Estas disposiciones consagran el principio de legalidad como base del derecho laboral).

16. *En la reforma constitucional de 1942* se introduce en el texto constitucional un artículo que expresa: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

Ahora la ley, por imperio de estas disposiciones constitucionales —que implican la recepción del derecho natural y de los principios generales de derecho— está doblemente acotada, en cuanto debe ajustarse a la Constitución y a los principios generales de derecho. Antes la ley, en cierto sentido era “soberana”, por cuanto aunque fuera violatoria de la Constitución y de los principios generales de derecho los jueces debían aplicarla.

17. *En la Constitución de 1952 se perfecciona la acción de inconstitucionalidad de las leyes*, incluyendo “los decretos con fuerza de ley en su jurisdicción” de los Gobiernos Departamentales y ampliándose las posibilidades

de accionar, pudiendo ser por vía de acción, por vía de excepción, o de oficio por el Juez interviniente.

Asimismo se incorpora al texto constitucional la regulación de los recursos administrativos, creándose el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que puede anular los actos administrativos definitivos dictados por la Administración, en ejercicio de la función administrativa, contrarios a la “regla de derecho” —considerándose tal todo principio de derecho, norma constitucional, legal, reglamentaria o contractual— o dictados con desviación de poder.

Con este precepto el principio de legalidad se toma revancha y debe ser observado por la Administración, so pena que el TCA anule sus actos con efecto entre las partes y, en ciertos casos, con efectos generales.

18. *En 1978 la Constitución española consagró el principio de que la Administración debe actuar “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”* (Esta fórmula fue adoptada, en el Uruguay, en el Reglamento sobre actuaciones de la Administración Central (Decreto 500/91). También se crea el Tribunal Constitucional, con facultades para anular las leyes.

Tomás Ramón Fernández —coautor con García de Enterría del célebre “Curso de Derecho Administrativo”—, reconoce en el libro publicado, en 1998, con el título *“De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional”* que “el mito del legislador soberano” era el concepto de Ley que unos y otros habíamos aprendido, estábamos acostumbrados a manejar y veníamos enseñando. No obstante, “que el Parlamento no sea ya hoy el soberano es ciertamente innegable”.

Cita a Otto en su “Derecho Constitucional” quien afirma: *“Ningún poder público, ni el legislativo, ni ningún otro puede calificarse de soberano, porque la noción misma de Constitución, como norma suprema es incompatible de manera radical con el reconocimiento de una soberanía”*.

Agrega el ilustre tratadista español que la generalización en Europa de los Tribunales Constitucionales y de la noción de Constitución como norma jurídica superior, desde 1947, ha acabado con el mito de la omnipotencia parlamentaria.

Nos informa que el Tribunal Constitucional español califica de “arbitrarias” las leyes que carecen de una justificación “objetiva y razonable”, “desprovistas de razón suficiente” o que resulten “manifiestamente irrazonables”, por incurrir en “contradicciones internas o errores lógicos” y las anula.



No sólo la ley ha dejado de ser “soberana”, sino que ahora predomina la doctrina del “neoconstitucionalismo” que predica la supremacía de la Constitución sobre la ley y que la interpretación de las leyes debe hacerse desde la Constitución o, mejor aún, conforme a la Constitución.

19. *En 1978 entró en vigencia el Pacto de San José de Costa Rica, titulado “Convención Americana de Derechos Humanos,” imponiendo deberes a los Estados y consagrando derechos a las personas y, en 1980, la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados, dispuso que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, no pudiendo una parte invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento del Tratado, con lo que se consagra la primacía del derecho internacional sobre la ley.*

Ahora la ley no sólo debe respetar a la Constitución y a los principios generales de derecho, sino también a los tratados internacionales.

20. *“En 1991 se aprueba el Tratado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay creando el Mercado Común del Sur, con el compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, donde surgen normas de los órganos comunitarios que deben ser internalizadas por los Estados parte.*

En la obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff titulada “Derecho Administrativo”, cuyo director fue el Profesor Juan Carlos Cassagne, el Dr. Rodolfo Carlos Barra estudia “*Las fuentes del ordenamiento de la integración*” y recuerda que la Constitución vigente en Argentina establece que “las normas dictadas en su consecuencia (de los tratados de integración) tienen jerarquía superior a las leyes”.

21. He hecho esta reseña cronológica de la evolución del principio de legalidad en el República Oriental del Uruguay, porque dicha evolución es coincidente con lo que ocurrió en Europa y en América, y especialmente en la República Argentina.

El Profesor Juan Carlos Cassagne en su reciente libro “*El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*” ha estudiado en profundidad la crisis del principio clásico de legalidad que atribuía al Poder Legislativo el monopolio de la ley, con la creación de normas por entidades no estatales de carácter público, como los Colegios Profesionales o las Convenciones Colectivas del trabajo; a su vez, la insuficiencia de la ley para regular todos los supuestos posibles originados en los cambios económicos, sociales y tecnológicos,

amplían el ejercicio del poder reglamentario por el Poder Ejecutivo, incluso reservándole una zona reglamentaria independiente o una función reglamentaria residual, cuando el Parlamento no legisla una determinada materia.

La ley ha dejado de ser el centro del sistema político —afirma Cassagne— ya que el clásico bloque de la legalidad de que nos hablaba Hauriou actualmente se integra con los principios generales de derecho, que se expanden y desarrollan en forma extraordinaria, prevaleciendo sobre las leyes positivas y, a su vez, el proceso de constitucionalización de la legalidad al haber incorporado a la Constitución numerosos principios y declaraciones de derecho que operan como garantía de las libertades y derecho de la persona humana, limitan al Poder Legislativo.

Concluye Cassagne señalando que la ley ha perdido su prevalencia jerárquica entre las fuentes del derecho por la primacía de los tratados internacionales y las normas comunitarias.

No obstante ello, no significa pérdida de garantías, por el contrario, se han fortalecido los derechos humanos, por imperio de los tratados internacionales, la supremacía de la Constitución y los principios generales de derecho, de lo cual es un buen ejemplo la Constitución Argentina de 1994.

Ya en la Constitución Argentina de 1853-60 se establecía que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son ley suprema de la Nación y las autoridades de cada Provincia están obligados a conformarse con ellas”.

Sabido es que en la reforma de 1994 los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y que determinadas convenciones sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, aunque no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidas.

## 22. En conclusión:

El “reinado de la ley” del siglo XIX ha sido limitado, en primer lugar, por la descentralización territorial, creando ordenamientos infraestatales (provincias, cantones, regiones, comunidades autónomas, municipios); en segundo lugar, por el derecho derivado de los órganos supraestatales de la integración y en tercer lugar, por las potestad reglamentaria de la Administración.

---

En el Uruguay no pueden delegarse competencias legislativas en el Poder Ejecutivo, pero en la práctica lamentablemente se hace. En la Constitución Argentina de 1994 los “reglamentos delegados” constituyen una verdadera delegación legislativa, aunque estén acotados a “determinadas materias de administración o de emergencia pública” y con plazo y bases para su ejercicio establecidos por el Congreso. Este tema ha sido estudiado ampliamente por el Profesor Alberto B. Bianchi en la obra citada en homenaje al Profesor Marienhoff.

Pero, además, el Poder Ejecutivo y, en su caso el Jefe de Gabinete, pueden dictar reglamentos de ejecución de ley, reglamentos autónomos y reglamentos de necesidad y de urgencia. Estos últimos no existen en el Uruguay y restringen el ámbito de aplicación de la ley, por lo que debe vigilarse que no se cometan excesos.

A pesar de lo expuesto, podemos concluir que en el siglo XXI el principio de legalidad se ha potenciado en el “reinado de la jurisdicción”, mediante el contralor de constitucionalidad de las leyes, el sometimiento pleno de la actuación de la Administración a la ley y al Derecho, el acceso efectivo a la justicia y las garantías que protegen los derechos de la persona humana en los ámbitos nacional e internacional y los derechos colectivos o de “tercera generación”, como la protección del medio ambiente.

---



# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JOSÉ D. RAY (\*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión plenaria del mes de Septiembre próximo pasado designó, por unanimidad, como miembro correspondiente en Suecia al jurista Måns Jacobsson.

Se me ha conferido la distinción de pronunciar las palabras de recepción en esta Academia al nuevo miembro, una personalidad de excepción que se ha proyectado en el ámbito universitario, en el judicial y en el diplomático, en el que tuve el placer de conocerlo hace más de veinte años.

Estudió en la Universidad de Princeton en EE. UU. y en la de Lund en Suecia.

Fue profesor visitante en la Universidad Marítima Mundial de Malmö y en Dalian y Shangai (China). En el año 2007 la Universidad de Southampton le otorgó el título Honoraris Causa de Doctor en Leyes.

Fue árbitro en diferendos nacionales e internacionales y formó parte del Centro de Conciliación y Arbitraje de Singapur. Ha sido consultor en el campo internacional en cuestiones ambientales marítimas.

Después de haber sido Juez de Primera y Segunda Instancia en Suecia, durante el quinquenio que corre entre 1964 a 1970, presidió la Corte de Apelaciones de Estocolmo.

Es miembro del Comité Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional con sede en Amberes y en ese carácter participa en el Coloquio que organiza en Buenos Aires la rama Argentina del Comité, la Asociación Argentina de Derecho Marítimo.

Se desempeñó como asesor legal en el Departamento de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y en 1984 fue designado representante de

---

(\*) Discurso de recepción del Académico correspondiente Måns Jacobsson, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de octubre de 2010.

Suecia en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Protección Ambiental y Contaminación.

En esa Conferencia presidió la Comisión que tuvo a su cargo el proyecto de Convención sobre Responsabilidad por vertientes de hidrocarburos de buques y puso de manifiesto sus condiciones como jurista y diplomático para llevar a feliz término la labor de la Comisión. Las conclusiones de la misma fueron la base de los textos del protocolo de 1992 con los que se actualizaron los de las Convenciones de 1969 y 1971, aprobadas después de la tragedia del Torrey Canyon.

Esas convenciones son fundamentales y se vinculan a temas del derecho internacional, administrativo y civil, habiendo influido en la redacción de los textos de otras convenciones como, por ejemplo, la de asistencia y salvamento y la que aprobó el reglamento para prevenir colisiones en el mar.

En apretada síntesis podemos decir que las convenciones de 1969 y la de 1971 introducen en el derecho marítimo el principio de intervención en alta mar y el de la responsabilidad objetiva del propietario del buque causante de la contaminación. Las indemnizaciones que se establezcan se garantizan con un seguro y la que brinda el Fondo constituido por las contribuciones que deben hacer los propietarios de los hidrocarburos transportados, cuando superen el mínimo establecido por la Convención.

La República Argentina adhirió a esas Convenciones, en su texto de 1992, con sus actualizaciones posteriores.

Måns Jacobsson ha visitado la Argentina en varias oportunidades y en una de ellas coincidió con mi exposición en la sesión pública de esta Academia del año 1996 sobre esas Convenciones y sus Protocolos.

En esa ocasión ilustró al auditorio, brindando su experiencia como Director del Fondo Internacional constituido para garantizar el pago de los daños derivados de los vertimientos de hidrocarburos transportados en buques de mar.

Hoy se incorpora a esta Academia como miembro correspondiente y lo hará refiriéndose a los problemas políticos y legales de los regímenes internacionales de la responsabilidad e indemnización de daños debidos a la contaminación marina.

Ha sido un gusto tener a mi cargo esta presentación y debo poner fin a la misma para no demorar en el uso de la palabra al Dr. Måns Jacobsson.

# LOS REGÍMENES INTERNACIONALES DE RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS DEBIDOS A LA CONTAMINACIÓN MARINA. PROBLEMAS POLÍTICOS Y LEGALES

POR MÅNS JACOBSSON (\*)

## Introducción

El tema de este artículo son los regímenes internacionales de responsabilidad e indemnización de daños debidos a la contaminación marítima -problemas políticos y legales-. La contaminación del ambiente marítimo es de gran interés, no solo para los especialistas sino también por los políticos y el gran público, como lo ha demostrado el siniestro del *Deepwater Horizon* en el Golfo de México en abril de este año.

En la Argentina el interés en el régimen internacional ha crecido en los últimos años como consecuencia del siniestro del *Presidente Ilia* en diciembre 2007. El presente artículo no se refiere a este siniestro sobre el cual el Fondo internacional de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos está trabajando bajo la experta guía del actual Director de los Fondos.

## Contexto histórico

Todo debate sobre el régimen de responsabilidad e indemnización por daños de contaminación causada por los petroleros suele comenzar con el siniestro del *Torrey Canyon* frente a la costa de Inglaterra en 1967. Este

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico correspondiente, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de octubre de 2010.

Antiguo Director de los Fondos internacionales de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos; miembro del Consejo ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI); Doctor en derecho honoris causa.

Este artículo ha sido redactado en conexión con que el autor ha sido reconocido miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 28 octubre 2010.

siniestro causó tal conmoción que enseguida siguieron actos políticos que condujeron a la adopción, bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional (OMI), de dos Convenios internacionales, normalmente conocidos como el Convenio de Responsabilidad Civil de 1969 (CLC)(1) y el Convenio del Fondo de 1971. (2) Estos Convenios entraron en vigor en 1975 y 1978 respectivamente.

Vale la pena observar que el debate público que siguió al siniestro de *Torrey Canyon* fue muy parecido a los que siguieron a importantes siniestros recientes, tal como el del *Erika* en Francia en 1999 y el del *Prestige* en España en 2002.

En 1992 se hicieron importantes enmiendas a los Convenios originales mediante dos Protocolos que han sustituido al antiguo régimen de 1969/71. Los Convenios revisados entraron en vigor en 1996.(3) Debe observarse que el régimen de 1992 no representa una nueva redacción radical del antiguo, sino que fundamentalmente aumenta en forma substancial los límites de indemnización y amplían el ámbito de aplicación para incluir los daños en la Zona Económica Exclusiva.

Dado las experiencias de algunos siniestros importantes, el *Nakhodka* en Japón (1997), el *Erika* en Francia (1999) y el *Prestige* en España (2002), se estableció un tercer nivel de indemnización en forma de un Fondo complementario mediante un Protocolo adoptado en 2003 que establece una indemnización adicional. (4) Este Protocolo entró en vigor en 2005.

El primer contacto del autor de este artículo con esta problemática fue en mayo de 1970, cuando como joven asesor jurídico en el Ministerio de Justicia sueco, formó parte de la delegación sueca en un grupo de trabajo de la OMI establecido para elaborar la idea de un fondo internacional. Entonces se expresaron grandes vacilaciones sobre la viabilidad de tal proyecto y varias delegaciones afirmaron: "Nunca llegaremos a un acuerdo sobre éste". Se equivocaron.

---

(1) El Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 1969.

(2) El Convenio internacional de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos, 1971.

(3) El Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, 1992 y el Convenio internacional de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos, 1992.

(4) El Protocolo de 2003 relativo al Convenio internacional de constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos, 1992.



Menos de dos años después, una Conferencia Diplomática aprobó el Convenio del Fondo de 1971. Pero, una vez más, en aquella Conferencia numerosas delegaciones pensaron que no iba a funcionar. Y, una vez más, se equivocaron.

En particular se dudaba sobre si realmente funcionaría el sistema de contribuciones al Fondo; se dijo que la industria del petróleo no pagaría. También aquí se equivocaron quienes dudaban.

El hecho es que estos Convenios deben ser considerados como uno de los más grandes éxitos de la OMI. No sólo han introducido interesantes innovaciones en comparación de derecho marítimo tradicional, sino que también han influido profundamente en otros instrumentos internacionales que constituyen regímenes de responsabilidad.

Los Convenios han sido ratificados por un gran número de Estados. 123 Estados son partes en el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 y 105 Estados lo son en el Convenio del Fondo de 1992. El Protocolo de 2003 ha sido ratificado por 27 Estados.

Argentina, como muchos otros países en América latina, es parte de los dos Convenios de 1992 pero no ha ratificado el Protocolo del Fondo Complementario.

Desafortunadamente, los Estados Unidos decidieron, después del siniestro de *Exxon Valdez*, no participar en el régimen internacional y adoptaron su propia legislación nacional (Oil Pollution Act 1990, OPA-90).

El Convenio del Fondo de 1971 dejó de estar en vigor el 24 mayo de 2002. Por consiguiente este artículo trata primordialmente el 'nuevo' régimen, es decir el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992, el Convenio del Fondo de 1992 y el Protocolo del Fondo complementario de 2003.

### **Rasgos principales del régimen internacional**

La esencia del régimen reflejada en los Convenios de 1992 y el Protocolo de 2003 puede resumirse como sigue.

En virtud del Convenio de Responsabilidad Civil de 1992, la responsabilidad por daños de contaminación causados por un petrolero se encauza al propietario inscrito, excluyendo otras partes, sobre todo los tripulantes y el fletador, gestor naval o armador del buque. La responsabilidad es objetiva, de modo que el propietario sólo puede escapar a la responsabilidad sobre

la base de un número muy limitado de eximentes, pero también está limitada en cuantía. (5) La obligación del propietario debe ir respaldada por un seguro que permite a los demandantes promover sus reclamaciones directamente contra el asegurador.

El propietario sólo puede escapar a la responsabilidad si demuestra que

- los daños se debieron a un acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o
- los daños se debieron totalmente a la acción o la omisión de un tercero que actuó con la intención de causar daños, o
- los daños se debieron totalmente a la negligencia u otra acción lesiva de las autoridades públicas responsables del mantenimiento de luces y otras ayudas náuticas.

Debe señalar que un régimen de responsabilidad objetiva no parece extraordinario hoy, pero en 1969, cuando fue adoptado el primer Convenio de Responsabilidad Civil, abandonar el concepto de responsabilidad basada en falta o culpa a favor del concepto de responsabilidad objetiva era considerado en muchos países como un cambio revolucionario.

El Convenio del Fondo de 1992 establece un régimen de indemnización de las víctimas cuando la indemnización en virtud del Convenio de Responsabilidad Civil resulta insuficiente, es decir que

- los daños exceden el límite de la responsabilidad del propietario del buque en virtud del Convenio de Responsabilidad Civil,
- el propietario del buque está exento de responsabilidad en virtud del Convenio de Responsabilidad Civil por que el propietario puede invocar una de las excepciones en virtud de este Convenio, o
- el propietario del buque es financieramente insolvente para cumplir plenamente con sus obligaciones en virtud del Convenio de Responsabilidad Civil, y su seguro es insuficiente para pagar las reclamaciones de indemnización válidas.

---

(5) La unidad de cuenta en los tratados es el Derecho Especial de Giro (DEG) definido por el Fondo Monetario Internacional. La cantidad máxima de responsabilidad del propietario se determina en función del tamaño del buque, que es de 4,51 millón de DEG (US\$ 7,0 millones) por los buques que no exceden 5 000 toneladas, aumentando en virtud de una escala lineal hasta 89.77 millones de DEG (US\$ 140 millones) por los buques de más de 140 000 toneladas. En este artículo el DEG se ha convertido a dólares EEUU al tipo de cambio aplicado el primero de octubre 2010, es decir 1 DEG=US\$ 1,558730.

El Fondo de 1992 no paga indemnización si los daños de contaminación resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección o fue causado por el derrame de un buque de guerra.

La indemnización máxima pagadera por el Fondo de 1992 por siniestro es actualmente de aproximadamente US\$ 316 millones (DEG 203 millones). Esta suma incluye las sumas efectivamente pagadas por el propietario del buque en virtud del Convenio de Responsabilidad Civil de 1992. El Fondo Complementario ofrece una indemnización adicional, y en consecuencia la cuantía total disponible por los daños por contaminación en los Estados partes al Protocolo de 2003 es de US\$ 1 170 millones (DEG 750 millones), incluidas las sumas pagadas en virtud de los Convenios de 1992.

Cada uno de los Convenios de los Fondos y el Protocolo de 2003 establecieron una organización intergubernamental para administrar el régimen de indemnización creado por el respectivo tratado, los Fondos internacionales de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos (en los países de la lengua española normalmente conocidos como los FIDAC).

Los Fondos se financian mediante contribuciones pagadas por toda persona que haya recibido en un año civil más de 150 000 toneladas de crudos de petróleo o fueloil pesado (hidrocarburos sujetos a contribución) en un Estado Parte en el respectivo tratado.

Los Tribunales del Estado o Estados en que ocurrieran los daños por contaminación tienen jurisdicción exclusiva sobre las acciones de indemnización en virtud de los Convenios contra el propietario del buque, su asegurador y los Fondos. (6)

### **Principales tipos de daños por contaminación**

Los principales tipos de daños y pérdidas ocasionados por contaminación son los siguientes:

#### **Daños a los bienes**

---

(6) Por una descripción más detallada del régimen internacional se remite a los artículos siguientes: Måns Jacobsson: 'The International Liability and Compensation Regime for Oil Pollution from Ships - International Solutions for a Global Problem,' *Tulane Maritime Law Review* 32, 2007, p.1; Måns Jacobsson: 'L'expérience française du FIPOL,' *Le Droit Maritime Français*, 2007 p. 968; Måns Jacobsson: 'El Régimen Internacional de Responsabilidad e Indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos: Evolución Reciente,' *Revista de estudios marítimos*, publicada por Asociación Argentina de Derecho Marítimo, 2005 p.16. Véase también sitio en la red de los Fondos at <http://www.iopc.org> y los Informes anuales de los Fondos.

Costo de medidas de limpieza y medidas preventivas  
Pérdidas consecuentes y pérdidas puramente económicas  
Daños al medio ambiente

Los Convenios con los que funcionan los Fondos no son muy detallados en muchos aspectos. En particular, las definiciones de los diversos conceptos básicos no son muy detalladas, por ejemplo el concepto importante de *daños*.

Mirando hacia atrás, probablemente fue afortunado que los redactores de los Convenios no intentaran estipular reglas detalladas sobre la admisibilidad de reclamaciones y su tramitación. Esto ha hecho posible que los Gobiernos de los Estados Miembros de los Fondos a través de los órganos rectores (esto es las Asambleas y los Comités Ejecutivos) de las Organizaciones elaborasen el régimen internacional a la luz de la experiencia obtenida de importantes derrames de hidrocarburos.

Los Fondos han adquirido considerable experiencia con respecto a la admisibilidad de las reclamaciones. En relación con la liquidación de las reclamaciones, han elaborado ciertos principios en lo que se refiere al significado de la definición de “daños por contaminación”. (7)

A continuación el presente trabajo se concentrará en cuatro temas que han engendrado problemas de particular interés desde una perspectiva de política legislativa: pérdidas puramente económicas, el principio de razonabilidad, daños al medio ambiente y aplicación uniforme de los Convenios.

En su tramitación de las reclamaciones los Fondos colaboran estrechamente con los propietarios de los buques a través de sus aseguradores de responsabilidad de terceros (por general uno de los asociaciones de protección y indemnización mutua, conocidos como Clubes PANDI).

### **Pérdidas puramente económicas**

De un interés particular es el enfoque de los Fondos para la indemnización por pérdida puramente económica cuando los Fondos han abierto nuevos caminos, y en el reconocimiento de las reclamaciones quizás han ido más lejos de lo que los tribunales nacionales pudieran haberse inclinado a ir en muchas jurisdicciones nacionales.

---

(7) El Fondo 1992 ha publicado un Manual de reclamaciones que contiene información general sobre cómo se deben presentar las reclamaciones y enuncia los criterios generales para la admisibilidad de los diversos tipos de reclamaciones.

Los siniestros por contaminación suelen producir no solo daños materiales, por ejemplo contaminación de embarcaciones pesqueras e instrumentos de pesca, sino también pérdidas de ingresos sufridas por los propietarios o usuarios de los bienes contaminados como resultado de un derrame (*pérdidas indirectas*), en las jurisdicciones de *common law* llamada “consequential economic loss”. Un ejemplo de pérdida consecuente es la pérdida de ingresos de un pescador como resultado de la contaminación de sus redes con hidrocarburos, lo cual le impide pescar hasta que se limpien o se repongan las redes. En la mayoría de las jurisdicciones, las reclamaciones relativas a pérdidas consecuentes son admisibles en principio.

Pero un siniestro puede también ocasionar otro tipo de daños económicos, es decir, pérdidas de ingresos sufridas por personas cuyos bienes no han sido contaminados. Por ejemplo, un pescador cuyo bote o cuyas redes no han sido contaminados puede verse impedido de pescar porque la zona del mar de su faena normal está contaminada y no puede pescar en otra parte. De igual forma, un hotelero o un propietario de un restaurante cuyo establecimiento esté próximo a una playa de uso público contaminada puede sufrir pérdidas de ingresos porque el número de clientes desciende durante el período de contaminación. Este tipo de daños es designado en las jurisdicciones bajo *common law* como *pure economic loss* (pérdidas puramente económicas).

A diferencia de las pérdidas consecuentes, en los países del sistema de *common law* los tribunales han sido muy reticentes a aceptar reclamaciones por pérdidas puramente económicas teniendo en cuenta las consecuencias impredecibles que puede tener la aceptación de estas reclamaciones. El principio es que las pérdidas económicas no se indemnizan, a menos que sean consecuencia de daños a bienes; este principio es normalmente conocido como “the bright line test”. (8)

En muchos países fuera de la tradición anglosajona la situación legal no es muy clara sobre este punto. En la mayoría de los países de la tradición de derecho civil el concepto de “pérdidas puramente económicas” no se considera un tipo distinto de daños. Los tribunales de algunas jurisdicciones aplican los criterios de previsión y proximidad, o exigen que los daños sean un resultado directo de la acción del demandado. En otras jurisdicciones debe haber una relación de causalidad suficientemente cercana entre el acto dañoso y la pérdida sufrida.

---

(8) Colin de la Rue y Charles B Anderson: *Shipping and the Environment*, 2nd ed. p 417-430. Joe Nicols: Admisibilidad de las reclamaciones Evolución de la política de los FIDAC, en *Los FIDAC: 25 años indemnizando a las víctimas de los siniestros de contaminación por hidrocarburos*, p. 106; Måns Jacobsson: *The International Liability and Compensation Regime for Oil Pollution from Ships – International Solutions for a Global Problem*, *Tulane Maritime Law Review* 32, 2007 p.24.

Los textos de los Convenios de 1992 no indican si reclamaciones por pérdidas puramente económicas son admisibles. Los Convenios definen “daños por contaminación” como pérdidas o daños causados fuera del buque resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque. A partir de los años ochenta los Fondos han aceptado tales reclamaciones en principio y en los últimos años se han venido presentando miles de reclamaciones de este tipo.

Los órganos rectores de los Fondos han establecido criterios de admisibilidad respecto a las reclamaciones de pérdidas puramente económicas. El criterio fundamental es que debe existir una relación de causalidad suficientemente cercana entre la contaminación y la pérdida. No se acepta una reclamación por el solo hecho de que ha ocurrido un siniestro de contaminación. Al considerar si tal relación de causalidad cercana existe, se tienen en cuenta los siguientes factores:

- la proximidad geográfica entre la actividad comercial del reclamante y la zona contaminada;
- el grado en que la actividad del reclamante depende económicamente de los recursos afectados, tal como un caladero contaminado;
- la posibilidad de que el reclamante dispusiera de otras fuentes de abastecimiento u oportunidades comerciales; y
- en qué grado la actividad comercial del reclamante forma parte integrante de la economía de la zona afectada por el derrame.

Los órganos rectores han reconocido, con todo, que en vista de la situación económica y social en muchos países, estos requisitos tendrían que ser adaptados a lo que se podría esperar razonablemente de un demandante en el país de que se trate.

Se distingue *por un lado* entre los reclamantes cuya actividad consiste en la venta directa de artículos o servicios a los turistas (por ejemplo, los propietarios de hoteles, campings, bares y restaurantes) y cuyos negocios se ven directamente afectados por una disminución de visitantes en la zona afectada por un derrame de hidrocarburos, y *por otro lado* aquellos que proporcionan artículos o servicios a otros negocios en la industria del turismo, pero no directamente a los turistas (por ejemplo, mayoristas, fabricantes de recuerdos y tarjetas postales y empresas de lavandería de sábanas de hoteles). Se estima que en el caso de la segunda categoría no existe una relación de causalidad suficientemente cercana entre la contaminación y las pérdidas sufridas por los reclamantes y que por tanto, las reclamaciones de este tipo normalmente no darán derecho a indemnización en principio.

Un gran número de reclamaciones derivadas de los siniestros del *Braer* y del *Sea Empress* en Reino Unido en 1993 y 1996 respectivamente dieron lugar a varias importantes cuestiones de principio relativas a la admisibilidad de pérdidas puramente económicas. El Fondo aceptó centenas de reclamaciones de este tipo pero rechazó un número significativo. Algunas de las reclamaciones rechazadas fueron promovidas en los tribunales británicos que, sin tener cuenta de los criterios del Fondo, decidieron que todas estas reclamaciones no eran admisibles, principalmente porque se trataba de pérdidas puramente económicas.

En relación al siniestro del *Erika* los tribunales franceses han tramitado numerosas reclamaciones por pérdidas puramente económicas que han sido rechazadas por el Fondo de 1992. Causó alguna inquietud que los tribunales franceses aceptaran este tipo de reclamaciones rechazados por el Fondo, ya que se pensó que estos podría socavar la uniformidad de aplicación de los convenios, pero estos temores resultaron infundados. La gran mayoría de las sentencias han sido a favor del Fondo. Algunos tribunales aplicaron los criterios de admisibilidad del Fondo, otros señalaron que los criterios no son vinculantes para los tribunales nacionales pero brindan una referencia útil, y otros ignoraron estos criterios pero en general alcanzaron las mismas conclusiones que hubieran alcanzado sobre la base de estos criterios. En algunos casos, las sentencias en el tribunal de primera instancia contra el Fondo fueron invalidadas por el Tribunal de Apelación.

La experiencia de los Fondos de estos y otros siniestros demuestra que los tribunales en varias jurisdicciones abordan el problema de admisibilidad de reclamaciones por pérdidas puramente económicas desde perspectivas diferentes, de acuerdo a la tradición legal en su país. Pueden aplicar the bright line test –que en opinión del autor es demasiado restrictivo– o los criterios de previsión, inmediatez o existencia de un nexo de causalidad. Sin embargo, lo que hacen todos los jueces es trazar una línea entre las reclamaciones a aceptar y las que deben ser rechazadas.

### **El concepto de razonabilidad**

Normalmente, un gran derrame de petróleo causa reacciones extremas de consternación en la opinión pública, en particular en el área afectada, y también en los políticos y los medios. Es por ello comprensible que los gobiernos se sientan a menudo presionados a intervenir con medidas a veces injustificadas desde un punto de vista estrictamente objetivo. Ello ocurre como consecuencia de la presión de ser vistos “haciendo algo”. Es así que frecuentemente los gobiernos toman medidas que consideran justificadas políticamente pero de un beneficio nulo o limitado.

Peor aún, a veces se toman medidas que pueden causar mayor daño al medio ambiente que la alternativa de dejar que el petróleo se degrade naturalmente.

Una cuestión diferente es si los costos incurridos por tales operaciones son indemnizables de acuerdo a los Convenios internacionales.

Las operaciones de limpieza, ya sean en el mar o en tierra, se consideran normalmente como *medidas preventivas*, que se definen en los Convenios como todas medidas *razonables* tomadas con objeto de prevenir o reducir al mínimo los daños por contaminación. Los órganos rectores de los Fondos han elaborado criterios sobre la admisibilidad de reclamaciones de costos de limpieza y otras medidas preventivas. Han decidido que solamente las operaciones de limpieza o medidas preventivas que fueran razonables desde de un punto de vista técnico objetivo podrían dar derecho a indemnización. Ello es independiente de si un gobierno o autoridad pública decide o no adoptar determinadas medidas. Asimismo, los órganos de los Fondos han decidido que los costos, y la relación entre estos costos y los beneficios derivados o esperados, también deberían ser razonables.

En muchos casos, ha existido desacuerdo entre el reclamante, normalmente el gobierno o una autoridad pública, y el Fondo sobre si ciertas operaciones han sido razonables. Por ejemplo, a menudo las autoridades han continuado con las operaciones de limpieza aún cuando en opinión del Fondo estas operaciones ya no eran viables desde un punto de vista técnico o más allá de una fecha a partir de la cual los costos de la continuación de estas operaciones no guardaban proporción con los beneficios a obtener. A veces los Fondos han considerado también que las operaciones de limpieza estaban deficientemente organizadas o coordinadas, que el equipo utilizado no era el apropiado, o que las autoridades no habían reconocido las limitaciones técnicas del método utilizado. En estas situaciones, se desarrollan dificultosas negociaciones entre el Fondo, los clubes PANDI y el gobierno. En la gran mayoría de los casos ha sido posible llegar a un arreglo extrajudicial, evitando así prologados y costosos juicios. (9)

En febrero 2006 el Comité Ejecutivo consideró como aplicar en relación al siniestro del *Prestige* el concepto de razonabilidad con respecto a ope-

---

(9) Måns Jacobsson: How clean is clean? The concept of 'reasonableness' in the response to tanker oil spills, en Scritti in Onore di Francesco Berlingieri, edición especial de *Il Diritto Marittimo*, 2010 p. 565. Måns Jacobsson: The International Liability and Compensation Regime for Oil Pollution from Ships - International Solutions for a Global Problem', *Tulane Maritime Law Review* 32, 2007, p.21. Colin de la Rue y Charles B Anderson: Shipping and the Environment, 2nd ed. p 383-390, 998.



raciones de extraer hidrocarburos de un petrolero hundido, es decir si esta operación era admisible conforme a los criterios de admisibilidad del Fondo de 1992, en particular si la operación era técnicamente razonable.

En noviembre 2002 el *Prestige*, que transportaba unos 77.000 toneladas de fuel oil pesado se partió en dos y se hundió a unos 260 kilómetros al oeste de Vigo en España a una profundidad de algo 3.500 metros. El gobierno español estimó que aproximadamente 13.800 toneladas de carga permanecían en el pecio. En 2004 se extrajeron unas 13.000 toneladas de la carga del pecio.

El Gobierno español presentó una reclamación de €109 millones (US\$ 153 millones) por el costo de la operación de extracción, incluidos los costos de la labor preparatoria y las pruebas de factibilidad realizadas en el Mediterráneo y en el lugar del naufragio. La reclamación se redujo ulteriormente a €24 millones.

Debe observarse que en varios siniestros anteriores los Fondos habían considerado que operaciones de la extracción de la carga de un petrolero hundido habían sido razonables y aceptado como admisible los costos de estas operaciones; el primero fue el *Tanio* en Francia en 1980.

A la luz de las opiniones de varios expertos, el Director de los Fondos opinó que el petróleo restante en las secciones hundidas del *Prestige* no presentaba una amenaza importante de contaminación y que los costos de la operación de extraer el petróleo eran desproporcionados con respecto a cualesquiera consecuencias potenciales económicas y ambientales de dejar el petróleo en el pecio. Por esta razón, el Director consideró que la reclamación del gobierno español no cumplía los criterios de admisibilidad estipulados por los órganos rectores de los Fondos, esto es, que la operación debería ser razonable desde un punto de vista objetivo y técnico.

La mayor parte de las delegaciones que intervinieron en la discusión del Comité Ejecutivo expresaron la opinión de que, basándose en los criterios de admisibilidad de los Fondos, y en interés de la aplicación uniforme de dichos criterios, la reclamación por los costos en los que incurrió el Gobierno de España por la extracción de los hidrocarburos del pecio era inadmisibile.

El Comité Ejecutivo decidió que algunos de los costos contraídos en 2003 con respecto a la operación de sellado de las fugas de hidrocarburos del pecio y diversas inspecciones y estudios eran admisibles en principio, pero que la reclamación por costos contraídos en 2004 en relación con la extracción de los hidrocarburos del pecio era inadmisibile.

En octubre 2006 la Asamblea examinó si la política del Fondo respecto a la admisibilidad de mediadas preventivas debe ser modificada y hacerla más flexible. Todas las delegaciones que intervinieron, excepto uno, estimaron que no sería apropiado de incluir consideraciones de orden social o político, aunque se reconoció que tales consideraciones podrían muy bien ser tenidas en cuenta por los Estados al decidir si emprender o no las operaciones de extracción. La Asamblea decidió no ampliar los criterios de admisibilidad para incluir consideraciones de orden social y político.

El concepto de razonabilidad es de fundamental importancia para decidir si las reclamaciones relacionadas con las diferentes medidas tomadas frente a un derrame califican para ser compensadas por el Convenio de Responsabilidad Civil y el del Fondo. En opinión del autor es muy importante para la continuación de la viabilidad del régimen internacional de indemnización que las decisiones sobre admisión de reclamaciones estén basadas en un criterio técnico y objetivo y no en consideraciones políticas. Es por ello muy auspicioso que no sólo el Comité Ejecutivo sino también la Asamblea, o sea el cuerpo gobernante supremo del Fondo compuesto por representantes de todos los Estados Miembros, hayan mantenido esta política. Es sólo adhiriendo a este criterio será posible para los Fondos el lograr uniformidad necesaria para asegurar que los Convenios de Responsabilidad Civil y del Fondo se apliquen equitativamente para que todos los reclamantes de todos los Estados miembros gocen de un tratamiento igual. (10)

### **Daños al medio ambiente**

Un asunto importante es si las reclamaciones por daños al medio ambiente son admisibles dentro el régimen internacional y en qué extensión. (11)

En el siniestro del *Antonio Gramsci* que ocurrió en 1978 una reclamación de naturaleza abstracta por daños ecológicos fue formulada por el Gobierno de la URSS contra el propietario del buque. En vista de esta reclamación, la Asamblea del Fondo de 1971 aprobó en 1980 unánimemente una importante resolución afirmando que “la evaluación de de la indemnización por daños al medio ambiente que ha de pagar el Fondo no se efectuará sobre la base de una cuantificación abstracta de los daños calculada de confor-

---

(10) Måns Jacobsson: Compensation for costs of removal of oil from sunken tankers, *Shipping & Transport International*, 2007 p.8; Colin de la Rue y Charles B Anderson: *Shipping and the Environment*, 2nd ed. p 998.

(11) Måns Jacobsson : L'indemnisation des dommages résultant des atteintes à l'environnement dans le cadre du régime international CLC/FIPOL, *Le Droit Maritime Français*, 2010, p. 463.

midad con modelos teóricos”. En otras palabras, el Fondo sólo puede pagar una indemnización si el demandante con título legítimo para reclamar con arreglo a la legislación nacional ha sufrido una pérdida económica cuantificable. Esto significa que no se indemnizan los daños al medio ambiente que no sean de naturaleza económica. (12)

Los siniestros del *Patmos* y *Haven* en Italia dieron lugar a reclamaciones del Gobierno italiano por daños al medio ambiente que se basaban en una cuantificación abstracta de los daños. El Fondo de 1971 rechazó ambas reclamaciones, las que posteriormente fueron objeto de acciones judiciales. En el caso del siniestro de *Patmos*, como la cuantía total de las reclamaciones no llegaba a la cuantía de limitación aplicable al buque, el Fondo no tuvo que efectuar pagos de indemnización y por lo tanto no tenía derecho a continuar dando curso a esta cuestión en los tribunales. En cuanto el siniestro del *Haven* se concluyó un acuerdo de solución global de todas cuestiones pendientes entre el Estado italiano, el propietario del buque/asegurador y el Fondo de 1971. En virtud de este acuerdo, las partes se comprometían a retirar todas las acciones judiciales en los tribunales italianos. Los tribunales, por lo tanto, no tuvieron que adoptar una decisión final sobre la admisibilidad de las reclamaciones por daños al medio ambiente. La cuantía posteriormente pagada por el Fondo en concepto de indemnización no estaba relacionada con los daños al medio ambiente.

El siniestro del *Nissos Amorgos*, que encalló en el Canal de Maracaibo en el Golfo de Venezuela en 1997, dio lugar a varias reclamaciones por daños al medio ambiente.

En este caso se recibió una reclamación relativa a las consecuencias económicas cuantificables de víctimas particulares de daños por contaminación del medio marino en forma de daños a un recurso natural. La reclamación fue presentada por seis empresas de elaboración de camarones y 2.000 pescadores con respecto a la reducción de las capturas de camarones en el Lago de Maracaibo en 1998, alegando que se debía al derrame de petróleo del *Nissos Amorgos* el año anterior. El Fondo de 1971 aceptó que, a pesar del hecho de que no se habían interrumpido las operaciones de pesca, había habido una reducción significativa en el suministro de camarones a las plantas de elaboración. Tras examinar las opiniones de los expertos, el Fondo decidió que el petróleo del *Nissos Amorgos* muy probablemente era un significativo factor contribuyente a esta reducción y que, por lo tanto, la reclamación era admisible en principio. Al cuantificar las pérdidas

---

(12) Måns Jacobsson: 'The International Liability and Compensation Regime for Oil Pollution from Ships – International Solutions for a Global Problem', *Tulane Maritime Law Review* 32, 2007, p. 21.

atribuibles a la contaminación por hidrocarburos se tuvieron en cuenta las fluctuaciones normales de las capturas de un año para otro.

Cuando se redactaron los Convenios de 1992 se incorporó una nueva definición de daños por contaminación, que codificaba la Resolución de 1980 adoptada por la Asamblea del Fondo 1971. La redacción pertinente de la nueva definición es “que la indemnización por deterioro del medio ambiente que no sea la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse”. Esta definición más precisa tenía por objeto evitar las dificultades encontradas por el Fondo de 1971.

Un Grupo de Trabajo establecido en 2000 por la Asamblea del Fondo de 1992 para examinar la idoneidad del régimen internacional a la luz de la experiencia de los siniestros de *Nakhodka* en Japón y *Erika* en Francia consideró una propuesta de introducir el concepto de indemnización por daños ambientales como violación de la propiedad colectiva en que la indemnización estaría disponible a un Estado Miembro sobre la base de los derechos internacionales en virtud de otros Convenios en los que fuese Parte. El Grupo de Trabajo examinó también una propuesta de cambiar la política del Fondo sobre los daños ambientales de modo que la indemnización no se limitase a los casos en que el demandante hubiese sufrido pérdidas económicas y se permitirse calcular la indemnización con modelos teóricos. Estas propuestas han sido apoyadas solamente por un número muy reducido de delegaciones y fueron por lo tanto rechazadas.

Como consecuencia del siniestro del *Erika*, acciones penales han sido iniciadas contra número de personas físicas y jurídicas en el Tribunal de lo penal de primera instancia de París, y varias personas se han unido como partes civiles. En su sentencia el Tribunal de lo penal aceptó, de una manera muy restrictiva, que existe un derecho a indemnización por daños al medio ambiente de un carácter no-económico, como daños a la imagen de varias regiones, daños morales y al medio ambiente. La sentencia se apeló.

En su sentencia, el Tribunal de Apelación constató los límites que determinan el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 respecto a indemnización por deterioro del medio ambiente, es decir que la indemnización por deterioro del medio ambiente que no sea la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración tomadas.

Mientras que el Tribunal de primera instancia sólo había aceptado de un manera bastante restrictiva un derecho a indemnización por daños al medio

ambiente de un carácter no-económico, la sentencia del Tribunal de Apelación significa una extensión espectacular sobre ese punto, proclamando de una manera muy simbólica la existencia de un derecho a indemnización en equivalencia monetaria del daños ecológicos resultante de deterioro de los recursos del ambiente no-comercial. El Tribunal de Apelación aceptó no sólo daños materiales (limpieza, medidas de restauración y daños a los bienes) y pérdidas económicas, sino también daño moral a consecuencia de la contaminación, incluyendo pérdida de disfrute, daño a la reputación y al imagen de marca y daño moral resultante del daño al patrimonio natural.

El Tribunal de Apelación aceptó también el derecho de indemnización por daños puramente ambientales, es decir, daños a recursos ambientales no comercializables que constituyen un interés colectivo legítimo. El Tribunal de Apelación consideró que el hecho de que la contaminación afectase al territorio de una autoridad local era motivo suficiente para que dicha autoridad pudiese incoar una reclamación por los daños directos o indirectos que le causaba la contaminación. El Tribunal concedió indemnización por daños puramente ambientales a las autoridades locales y a asociaciones de protección del medio ambiente.

Parece sorprendente que, después de haber constatado las límites que determinan el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 respecto a indemnización por deterioro del medio ambiente, el Tribunal de Apelación pudiera, sin ninguna explicación, asignar a número de reclamantes indemnización por daños puramente ecológicos, pronunciando simplemente que tales indemnizaciones se comprenden en la definición de daños por contaminación enunciada en dicho Convenio. Podría haberse esperado que, interpretando un tratado internacional que forma parte integrante del derecho francés y que en virtud de la Constitución francesa tiene una autoridad superior a las leyes nacionales, el Tribunal habría estudiado como esta definición sería interpretada a nivel internacional. Es también difícil de comprender como el Tribunal pudo asignar indemnización por daños morales resultante de la contaminación.

En opinión del autor, la sentencia del Tribunal de Apelación en estos sentidos va en contra de la definición de daños por contaminación que ha sido introducida en el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 precisamente con el fin de excluir indemnización por daños de estas clases y de limitar indemnización por deterioro del ambiente marítimo a pérdidas de beneficios resultante de dicho deterioro y costo de medidas razonables de restauración.

Además, la sentencia del Tribunal de Apelación de París no está, obviamente, en concordancia a la interpretación de esta definición que ha sido

generalmente aceptada a nivel internacional. Vale la pena observar que cuando la cuestión de la interpretación de la definición ha sido examinada por los órganos rectores de los Fondos, la delegación francesa antes del siniestro del *Erika* había siempre insistido en esta interpretación de la definición.(13)

La sentencia ha sido apelada a la Corte de Casación.

### **Aplicación uniforme de los convenios**

Las Asambleas del Fondo de 1971 y de 1992 han expresado la opinión de que es esencial una interpretación uniforme de la definición de “daños por contaminación” para el funcionamiento del régimen de indemnización establecido por los Convenios.

La importancia de la uniformidad de aplicación de los Convenios es evidente. Es importante desde el punto de vista de la equidad que los reclamantes sean tratados de la misma manera independiente del Estado en que se sufrieron los daños. Además, la industria petrolera de un Estado Miembro contribuye al costo de las operaciones de limpieza contraído y las pérdidas económicas sufridas en otros Estados Miembros. A menos que se logre un grado razonablemente elevado de uniformidad y consistencia –no es posible lograr la uniformidad absoluta– existe el riesgo de que surjan grandes tensiones entre los Estados Miembros, y de que el sistema internacional de indemnización ya no pueda funcionar como es debido.(14)

En 2003, el Consejo Administrativo del Fondo de 1992, en nombre de la Asamblea, adoptó una resolución sobre la interpretación y aplicación del los Convenios de 1992. La resolución llama la atención sobre la importancia en cuanto al funcionamiento apropiado y equitativa del régimen internacional establecido por estos Convenios, de que dichos Convenios deben ser implantados y aplicados de manera uniforme en todos los Estados Partes y que los reclamantes por daños de contaminación por hidrocarburos deben recibir igual tratamiento en cuanto a la indemnización en todos los Estados Partes. La resolución destacaba además la importancia de que los

---

(13) Véase también Måns Jacobsson : *L'indemnisation des dommages résultant des atteintes à l'environnement dans le cadre du régime international CLC/FIPOL', Le Droit Maritime Français*, 2010 p. 463, 474-479.

(14) Måns Jacobsson: *Uniform Application of the International Regime on Liability and Compensation for Oil Pollution Damage*, en T. M. Ndiaye y R. Wolfrum (eds), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes, Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 421.

tribunales nacionales de los Estados Partes otorguen la debida consideración a las decisiones de los órganos rectores de los Fondos relativas a la interpretación y aplicación de los Convenios.

Un buen ejemplo de una postura constructiva en ese sentido es la sentencia en 2001 del Tribunal de Apelación de Seoul (República de Corea) sobre la admisibilidad de reclamaciones por daños morales. Después de haber examinado la definición de “daños por contaminación” en los convenios internacionales y la legislación de varios Estados, el Tribunal opinó que no debía haber diferencia en la aplicación de los Convenios entre los Estados Contratantes. Habida cuenta de esto y de la especial índole internacional del Fondo de 1971, el Tribunal decidió que los daños por contaminación en la ley coreana debían incluir solamente los daños económicos y materiales. Por esta razón el Tribunal falló que las reclamaciones por daños morales no eran admisibles. (15)

Desafortunadamente, en numerosos casos los tribunales nacionales no han respetado las disposiciones de los Convenios internacionales, por ejemplo en lo relativo al encauzamiento de responsabilidad. Aunque el Convenio de Responsabilidad Civil prohíbe las reclamaciones contra los miembros de la tripulación, en algunos países los tribunales nacionales han juzgado al capitán personalmente como responsable de daños por contaminación. Los tribunales obtuvieron este resultado porque las reclamaciones de indemnización fueron presentadas en procesos penales y dado que una persona juzgada responsable en lo criminal de un suceso determinado es automáticamente responsable del mismo suceso en lo civil.

Otro ejemplo es que algunos Estados partes no han implantado en su legislación nacional los textos precisos de las disposiciones de prescripción o, más exactamente, de caducidad en los Convenios, pero han refundido las disposiciones de prescripción en sus estatutos nacionales, modificando así su contenido. Además, los tribunales nacionales de algunos Estados tienden a interpretar las disposiciones en los Convenios conjuntamente con las disposiciones y principios sobre prescripción en su legislación nacional.

A fin de lograr la uniformidad de aplicación de los Convenios, es esencial que los tribunales nacionales mantengan una actitud abierta y que tengan en cuenta las decisiones de los órganos rectores de los Fondos. Claro que los tribunales nacionales no están vinculados por estas decisiones, pero deberían tenerlas en cuenta cuando se encuentran ante cuestiones relati-

---

(15) Sentencia del Tribunal de Seoul el 8 mayo 2001, 99NA14633; Informe Anual de los Fondos 2001 p. 60.

vas a la aplicación de los Convenios. Como hemos visto, los tribunales de algunos Estados se inclinan más a ello que los de otros Estados.

Las decisiones adoptadas por los órganos rectores de los Fondos deberían, sin embargo, contribuir a largo plazo al perfeccionamiento del derecho internacional. Por tal razón, puede considerarse que las actividades de los Fondos son llevadas a cabo en el espíritu del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que obliga a los Estados a cooperar en la elaboración del derecho internacional en la esfera de la responsabilidad e indemnización.

### **Otros regímenes internacionales**

Como ya ha sido mencionado, los Convenios de 1992 se aplican solo a daños por contaminación causados por los petroleros. Pero hay otras fuentes de contaminación del ambiente marítimo procedente de buques, es decir combustible de buques que no transportan petróleo como carga y de sustancias peligrosas diferente del petróleo.

#### *El Convenio Bunkers*

Los siniestros de contaminación mas graves han sido causados por descargas de buques que transportan petróleo crudo o fueloil pesado a granel. Sin embargo también los buques que no transportan petróleo como carga frecuentemente transportan cantidades significativas de combustibles. Muchos buques de este tipo pueden transportar hasta 5.000 ó 10.000 toneladas como combustibles y constituyen por consiguiente un riesgo significativo de contaminación. Como ejemplo puede citarse el siniestro de *Cosco Busan* que colisionó con el puente de Golden Gate en la Bahía de San Francisco en 2007.

En 2001 una Conferencia Diplomática adoptó un Convenio sobre este tema, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación para combustibles de los buques, normalmente conocido como el Convenio "Bunkers". Este Convenio, que entró en vigor en noviembre 2008, se basa en el Convenio de Responsabilidad Civil de 1992, y muchas de sus disposiciones son prácticamente idénticas, pero hay diferencias importantes. (16)

El Convenio de 2001 es un régimen que provee un solo nivel de indemnización. Por consiguiente no hay un segundo nivel de indemnización adicional pagada por un fondo internacional.

---

(16) Måns Jacobsson: Bunkers Convention in force, *Journal of International Maritime Law* 2009 p. 21.



Pasaron siete años luego de su adopción antes que el Convenio de 2001 entrara en vigor, pero hoy más de 50 Estados son parte en él. Hasta la fecha Panamá es el único país en América Latina incluido entre las partes.

Como el Convenio de 2001 ha estado en vigor por menos de dos años, no hay aún experiencia del funcionamiento de este régimen.

### *El Convenio SNP*

En 1996 una conferencia diplomática de la OMI adoptó un Convenio que rige responsabilidad e indemnización por daños resultantes del transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, normalmente conocido como el Convenio SNP (conocido en inglés como el Convenio HNS).

Este Convenio establece un sistema de dos niveles de indemnización, siendo el primer nivel pagado por el propietario del buque o su asegurador y el segundo por un Fondo internacional, el Fondo internacional de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (Fondo SNP). El Convenio SNP sigue como modelo a los Convenios de Responsabilidad Civil y del Fondo de 1992.

En 2007 se hizo evidente que el Convenio SNP no entraría en vigor en su versión original, ya que había serios obstáculos técnicos que dificultaban su ratificación.<sup>(17)</sup>

En grupo de trabajo establecido por la Asamblea del Fondo de 1992 elaboró un proyecto de Protocolo al Convenio con soluciones a estos problemas. El proyecto fue aprobado por el Comité Jurídico de la OMI, y luego adoptado por consenso por una Conferencia Diplomática convocada por la OMI en abril 2010.<sup>(18)</sup>

Parece que hay buenas posibilidades que el Protocolo de 2010 sea ratificado por un número de países suficientes para permitir su entrada en vigor en un futuro no muy lejano. En opinión del autor este instrumento representa la última posibilidad de crear un régimen global sobre este tema y evitar una regionalización en este importante ámbito de derecho.

---

(17) Måns Jacobsson: *The HNS Convention - Prospects for its entry into force, Yearbook of Comité Maritime International*, 2009, p. 418; *La Convention SNPD - Entera-t-elle en vigueur ?*, *Le Droit Maritime Français*, 2009 p. 356.

(18) Måns Jacobsson: *Diplomatic Conference adopts Protocol to the 1996 HNS Convention*, *Shipping & Transport International* 2010 número 2 p. 8.

### **Observaciones finales**

Cuando el autor era Director de los Fondos, se hizo muchas veces la pregunta siguiente: ¿por qué los Fondos no quieren indemnizar ciertos daños como por ejemplo daños resultantes de deterioro al ambiente marítimo de carácter no económico? En opinión del autor es una pregunta errónea, porque al ser organizaciones intergubernamentales los Fondos no expresan una voluntad independiente de la de los Estados miembros. La posición de los Fondos refleja solamente las decisiones tomadas por los gobiernos en los órganos rectores de las organizaciones. En el caso de la admisibilidad de reclamaciones relativas a deterioro del ambiente marítimo, son los gobiernos mismos que han insistido repetidas veces que la definición “daños por contaminación” en los Convenios de 1992 excluye toda indemnización de daños de carácter no-económico.

Aunque la Asamblea del Fondo de 1992 decidió en 2005 no revisar los Convenios de 1992, el autor cree que, tarde o temprano, tendrá que efectuarse una revisión. La ley no es -y no debe ser- estática sino que debe desarrollarse para tener en cuenta los cambios en las prioridades económicas, sociales y políticas. Ello se aplica igualmente a las leyes nacionales y a los tratados internacionales. Se reconoce, con todo, que es mucho más difícil modificar los tratados internacionales que la legislación nacional, ya que se requiere un amplio consenso para que el texto revisado de un tratado sea ratificado por un número importante de Estados y ser así viable.

Para que el régimen internacional siga siendo atractivo para los Estados, hay que cerciorarse de que satisface las necesidades de la sociedad y las aspiraciones de los Estados Miembros y sus ciudadanos en el siglo XXI. En este contexto es necesario tener en cuenta los intereses de todos los Estados, desarrollados y en vías de desarrollo, así como los intereses del público general, es decir de las posibles víctimas. Solamente si se hace esto será posible mantener un régimen de indemnización mundial y evitar la regionalización de las cuestiones de responsabilidad e indemnización, que, en opinión del autor, irían en detrimento del transporte marítimo internacional, de la comunidad internacional en general, y en particular de las víctimas de los derrames de hidrocarburos. El transporte marítimo es, por propia naturaleza, internacional, y los derrames de hidrocarburos no respetan las fronteras nacionales. El autor está convencido que los Estados Miembros de los Fondos, tal como han hecho en el pasado, estarán a la altura de los retos y darán los pasos necesarios para garantizar que continúe la viabilidad del régimen de indemnización mundial.

El autor está seguro que Argentina, en vista de su disposición a la cooperación internacional, contribuirá de una manera constructiva a todos los esfuerzos con este objetivo.

## II

### COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



# CLASES DE ACCIONES Y CLASES DE ACCIONISTAS

POR MARIANO GAGLIARDO (\*)

1. Estas reflexiones llevan por título “Clases de acciones y clases de accionistas” y una primera lectura de este título pareciera indicar que estamos en presencia de una denominación compuesta, aunque sin mayores diferenciaciones.

Sin embargo, en un segundo análisis, se advierte que se trata de conceptos diversos que, obviamente, tienen sus propias características y derivaciones.

En esta etapa introductoria, muy especialmente, quisiera señalar que en el tema que elegimos para esta comunicación, en distintas épocas, han tenido un rol protagónico y decisivo distintos miembros de esta corporación, los que iré mencionando a medida que avance la exposición.

Como punto de partida, el origen del instituto “clases de acciones”, tal como es concebido en nuestra legislación, se relaciona con la destacada intervención que en su momento le correspondió al académico Rodríguez Galán, quien en sendas resoluciones administrativas, actuando primero como inspector General de Justicia y luego como ministro de Educación y Justicia, convalidó el directorio por “clase o categoría de acciones”, reglamentando su contenido y procedimiento.

El anteproyecto de Malagarriga y Aztiria, del año 1959, en su artículo 316 trató también este tema central. A partir de la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales, quedó incorporado como artículo 262, al disponer que “cuando existan diversas clases de acciones el estatuto puede prever que cada una de ellas elija uno o más directores, a cuyo efecto reglamentará la elección”.

Como es sabido, uno de los co-redactores del citado régimen fue el académico Fargosi.

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 8 de abril de 2010.

Sin perjuicio de la originalidad del precepto, el dispositivo atiende a ciertos aspectos medulares en la administración de una sociedad accionaria pues: a) posibilita calificar e incorporar directivos idóneos que estén sustentados por una clase accionaria; b) reafirma la vigencia de la autonomía de la voluntad desde que las clases de acciones, al incorporar derechos diferentes, reconocen como base negocial el estatuto, y c) tratándose la clase accionaria de una aplicación de la representación proporcional de los directivos de una sociedad anónima, su efectividad excluye otra modalidad de representación en el directorio, más compleja y usualmente más conflictiva, cual es el voto acumulativo. Asimismo, en esta breve introducción destacamos que a pesar de la larga trayectoria de nuestro régimen societario, correspondió al académico Alegria (1), en oportunidad del 2º Congreso de Derecho Societario celebrado en Mar del Plata en el año 1979, tratar, doctrinariamente, por primera vez en nuestro medio y de manera orgánica el tema que elegimos, así como lo relativo al procedimiento, suplencia, vacancia y remoción de los directores por clases de acciones.

2. Es sabido que la acción de una sociedad anónima tiene distintas connotaciones: a) la parte alícuota del capital social; b) el derecho de participación societaria y c) el título de crédito.

Si sobre estas notas distintivas no existen controversias, y estas concepciones han sido invariables, no obstante, el título acción (de una sociedad accionaria) ha tenido distintas proyecciones. Una de ellas es el caso de la sociedad accionaria sin acciones, caso jurisprudencial con importante comentario del académico Anaya (2), o bien la consagrada desmaterialización de los títulos-valores que es un merecido logro de la práctica societaria administrativa.

Ahora bien, estas excepciones de especie, señaladas al solo efecto de remarcar que el enfoque del tema bajo estudio no es lineal, no alteran el núcleo central de nuestra exposición.

3. Es preciso tener en cuenta que, cuando se habla de clases de acciones, se está haciendo referencia a una clasificación de títulos-valores que toma como referencia el derecho incorporado.

Conceptualmente, la clase es el conjunto de acciones con iguales derechos que, a su vez, son diversos cualitativa y cualitativamente de los

---

(1) ALEGRIA, Héctor, Elección de directores por clase o categoría de acciones, ponencia II Congreso de Sociedades Anónimas, Mar del Plata, 1979.

(2) El caso de la sociedad por acciones sin acciones, R.D.C.O. 8-107.

atribuidos por acciones de otras clases. De lo dicho, surge que la clase agrupa a las acciones que atribuyen los mismos derechos o, dicho en otros términos, la clase de acciones se caracteriza por la presencia de intereses y características comunes.

Normalmente, la especialidad de las acciones consiste en una preferencia, mas no tiene por qué ser necesariamente así. En ocasiones, la especialidad puede consistir en un privilegio respecto de un derecho —derecho al dividendo— que se compensa con determinadas restricciones de otros derechos (derecho de voto). Asimismo, la especialidad podría incluso consistir, exclusivamente, no en un plus añadido a los derechos que son comunes a todos los accionistas, sino en una reducción de alguno de esos derechos.

Esto significa que no resulta factible aludir a la existencia de clases cuando todas las acciones que representan el capital social de una entidad confieren idénticos derechos.

Hasta aquí caben los siguientes enunciados: en primer lugar, es indiferente el número de acciones y sujetos titulares de clases de acciones; en segundo término, la clase agrupa a todas aquellas acciones que incorporan los mismos derechos.

Como tercera cuestión, aquellas acciones que tienen iguales derechos y, además, presenten diferencias adicionales en otro aspecto, configuran una clase en la medida en que su contenido fuere idéntico y no por la circunstancia de presentar determinadas características en cuanto a su transmisión, representación o ejercicio de prerrogativas que confieren.

Dicho en otros términos, en general y para designar aquellas acciones que se diferencian de las ordinarias, no por razón del derecho incorporado sino por sus características externas, generalmente referidas al documento, se habla de “tipo” o modalidades de acciones.

Calificada doctrina sostiene que el condicionamiento que limite la circulación de unas acciones determinadas es suficiente para configurar una clase especial.

Importante es destacar que el concepto de clase es relativo pues, como quedó dicho, sólo comprende a otra u otras clases dentro de la misma sociedad. De lo cual se infiere que el concepto de clase de acciones conlleva una desigualdad en el contenido de los derechos que cada una de éstas supone. Sin embargo, es esencial retener que dentro de cada clase es básico el principio de igualdad.

Conviene, además, aclarar que la circunstancia de pertenecer a una clase accionaria, asigna a su titular un derecho especial del que disfruta, no por ser socio, sino por serlo de una clase determinada.

Al inicio mencionábamos a la “clase o categoría”, tal la recepción administrativa y la formulación del artículo 262 de la ley 19.550.

Sin embargo, “clase” y “categoría” son conceptos disímiles que expresan realidades jurídicas diversas.

En efecto, la clase se presenta como una organización elevada a un centro autónomo de relaciones jurídicas en el ámbito societario donde confluyen determinadas prerrogativas.

La clase de acciones es, pues, un centro patrimonial de relevancia interna en el ámbito de una sociedad anónima que puede ser colegiado o unipersonal con sustento legal y de índole excepcional.

Resulta la sustancia de la asamblea especial del artículo 250 de la ley 19.550, que hace más complejo el procedimiento de formación de la voluntad social. Ello es así, pues se requiere el asentimiento o ratificación de la clase involucrada cuando una decisión asamblearia pudiera vulnerar los derechos del grupo o clase respectiva.

Es tal la trascendencia de la clase o categoría de acciones que algún autor sostiene que es posible atribuir a cierta clase un derecho de veto de la respectiva decisión, y a fuera *ex lege* o en los propios estatutos de la sociedad. (3)

El concepto de “categoría”, por su parte, alude a una agrupación de accionistas, sin personalidad jurídica y con variedad de derechos. La fisonomía de cada categoría, entonces, es el grupo mismo y no los individuos que en cada caso la integran.

En rigor, más allá de la existencia o no de sinonimia legal entre “clase” y “categoría”, deberíamos referirnos a la categoría como género y a la clase como especie. Es decir, con mayor rigor aún, la clase de acciones como sustento de la asamblea especial. Así, los tenedores de acciones ordinarias de clase A, B y C, de idénticos números de votos, conforman una categoría, de modo que ciertas resoluciones que pudieren afectarles deberán contar

---

(3) GIRÓN TENA, José, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Victoria, Madrid, MCMXLII p. 218.



con el asentimiento o conformidad de la clase respectiva. De tal manera, el consentimiento individual de la clase se sustituye por el consentimiento de la categoría.

Aclara el académico Alegria —en el mismo Congreso al cual hicimos referencia anteriormente— que la alusión a una clase o categoría de acciones supone diversidad de derechos, pero también debe identificarse sobre la base de la agrupación de acciones que permiten la elección de determinados directores.

En sentido coincidente con lo expuesto, en un renombrado caso de la Cámara Comercial de julio de 1979, donde se trató la elección de directores por clases de acciones con voto del académico Anaya, entre otras consideraciones se dijo que “el estatuto de la sociedad anónima debe contener una reglamentación de la elección por categoría, cuando se haya previsto que cada clase de acciones elija uno o más directores” (4)

A propósito de la reglamentación estatutaria del instituto, el académico Otaegui (5), sostiene que la designación de directores por categoría podría efectuarse por simple mayoría, si así lo previera el estatuto, y no por mayoría absoluta, como resultaría de la aplicación de los arts. 243 y 250, ley 19.550.

En cuanto a la tipología de las clases de acciones, no se puede predicar la desigualdad característica de ellas de todos los derechos que conforman la condición de socio. El supuesto normal es que la desigualdad se produzca en los derechos de naturaleza patrimonial: participación en las ganancias y en el patrimonio resultante de la liquidación. Estas son las usualmente denominadas acciones preferidas —con o sin voto—, de frecuente utilización como instrumentos específicos para la obtención de fondos propios.

Por otra parte, en cuanto a la financiación de sociedades, vemos que la necesidad de nuevos fondos por parte de las sociedades anónimas ha llevado a la creación de las más diversas fórmulas de financiación, tanto para el acceso al crédito —entre las que se destaca una variada gama de obligaciones— como para la obtención de nuevos fondos propios a través de la emisión de acciones. Con el propósito de atraer a los inversores y de favorecer la capitalización de las sociedades, todos los ordenamientos societarios admiten la existencia de acciones que otorgan a sus titulares

---

(4) CNCom., Sala C, julio 2-1979, Saiz, Marta L. C. Camper, S.A.

(5) Administración Societaria, Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 222.

una participación mayor, o al menos preferente, en las ganancias sociales y/o una participación preferente en las pérdidas sociales, facilitando entre otros supuestos los casos de reorganizaciones societarias, emprendimientos empresarios, etc.

4. Con relación a la clase de accionista, cabe decir que el mismo es formalmente un socio, titular de derechos y deberes de la sociedad anónima que integra.

La posición jurídica del socio ha sido caracterizada por Ascarelli como un *status*, calificativo que ha sido observado por Girón Tena, quien alude a una relación jurídica de cooperación con las propias y peculiares connotaciones que existen en las sociedades accionarias.

Es que el estado de socio supone un conjunto de derechos y obligaciones de carácter individual, indisponibles por la sociedad. Frente a la clase de accionista, que supone una situación particular y específica del socio respectivo, cabe distinguir al accionista individual.

Este último, por ser propietario de títulos-valores que le asignan la calidad de socio, no necesariamente integra una clase de accionista.

Porque la clase de accionista supone una atribución de derechos en atención a condiciones, circunstancias concretas y perfil de la persona que poseerá aquella calidad.

Desde el marco del régimen societario, la clase de accionista está definida por aquellos accionistas que resulten titulares de prestaciones accesorias, las que se imponen —vale retenerlo— a los accionistas y no a las acciones.

La prestación accesoria es una obligación social, distinta del aporte comprometido, de contenido diverso, cuyo antecedente es la calidad de accionista y su finalidad es la evolución económico-financiera de la sociedad.

La prestación accesoria no integra el capital y como contraprestación puede pactarse una retribución. El socio que la hubiere realizado no puede recibir una participación social.

Desde el punto vista parasocietario, y según el régimen jurídico de que se trate, podrá tener virtualidad —o no— respecto de la sociedad el convenio de sindicación de accionistas, contrato de relevancia que les atribuye a sus signatarios calidades específicas que según los supuestos hasta pueden comprometer los destinos de la sociedad.

---

En esta hipótesis, la clase del accionista tendrá, además de los deberes y derechos societarios, todos aquellos acordados al margen de la entidad.

Otra clase de accionista es la que proviene de la Ley de Reforma del Estado, donde ciertas empresas del sector público, al resultar privatizadas, debieron incorporar en sus estatutos el programa de propiedad participada, atribuyendo la clase de accionista al personal en relación de dependencia.

Quisiéramos por último destacar el supuesto de los beneficios o ventajas para los promotores y fundadores, previstos en el artículo 185 de la ley 19.550, cuyo antecedente se remonta al año 1856 en oportunidad de construirse el Canal de Suez.

La finalidad de estas ventajas es remunerar al personal destacado en la etapa formativa de una sociedad, que a criterio de los administradores resulte merecedor de esta compensación.

La naturaleza de este beneficio tiene rasgos particulares, pues sólo puede ser percibido por el término máximo de diez ejercicios —continuos o discontinuos— en los que se distribuyan ganancias con un límite que no puede exceder el diez por ciento de las utilidades a percibir en acciones o en efectivo. Requieren una previsión estatutaria y aprobación asamblearia.

Serán determinantes de la clase de accionista cuando el beneficiario, además de socio, perciba esta compensación económica.

Excepto disposición en contrario, son créditos transmisibles sin que conlleve necesariamente la cesión de la calidad de accionista.

Es que no cabe asimilar estos beneficios con los derechos del accionista, pues en definitiva se trata de derechos de tercero y sus titulares están vinculados a la suerte de la sociedad al mismo nivel que otros acreedores sociales, y sus derechos como tales no pueden ser eliminados o modificados por la asamblea de accionistas.

Por último, en esta reseña quisiéramos destacar que los conceptos societarios mencionados son el difícil umbral de la proporcionalidad accionaria, estructura y operatividad del directorio por clases como una modalidad de incorporar calificados administradores.

---

# EL MACROPROCESO

POR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (\*)

Es sabido que en el Derecho Romano ya se diferenciaban diversos tipos de juicios, como ocurre ahora en todos los países. Basta abrir cualquier código de procedimientos para ver que en él figuran varias clases.

Desde otro punto de vista se nota que siempre hay procesos simples y complejos, netos o atascados, con muchísimas partes intervinientes, o con dos y hasta con una sola. En otro sentido, hay liris lentas, menos lentas; caras, baratas; y así, de vez en cuando notamos alguna particularidad, o, a veces, cierta consecuencia derivada de ella. A esas particularidades, si se repiten y tienen algún interés, los expertos le dan un nombre, o lo hace el pueblo o el periodismo.

## La denominación

Hace poco menos de 40 años, varios autores empezaron a prestar atención a una modalidad consistente en meter dentro de un proceso penal a *demasiadas* personas sindicadas. Además, los doctores fueron descubriendo efectos que podían producirse con esa saturación.

En Europa, los primeros que repararon en este asunto lo llamaron maxi-proceso, y el periodismo lo difundió.

Como esto sucedía más o menos al comienzo del último tercio del Siglo XX, se dijo que ese nombre derivaba de la moda femenina, que había pasado de la minifalda a la maxifalda. (1) De ahí que *maxiproceso* podía tomarse como algo pasajero (si pensábamos que era una moda), o bien consistía en presentar demasiados pliegues y ondulaciones o, en todo caso, material sobreabundante (recordando cómo se caracterizaba aquella moda).

Pero los primeros procesalistas y penalistas que se ocuparon del asunto pensaron que “maxi” sonaba a “máximo” y, sin embargo, lo grande no era lo

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico Presidente, en la sesión privada del 22 de abril de 2010.

(1) Década del 60 (mini) y del 70 (maxi).

más característico (pues había otras causas también de gran tamaño, y no tenían imputados sobreabundantes). Eso no quita que muchos maxiprocesos fueran enormes. La característica especial era imputar a demasiada gente, un número mucho mayor que el que naturalmente hubiera sido lógico.

Esos primeros estudiosos tampoco creían que se tratase de una moda, ya que señalaban antecedentes remotos, de los que veían brotes lozanos.

La crítica a la voz maxiproceso rebuscó en idioma griego. No sé quién (2) tomó la voz “Μακρω” (macro), que con un complemento se refiere a mucho o demasiado. Quizás se fijaron también en “Μακρος” (macro-s) que significa algo así como largamente y cuya raíz entra en varias palabras que se refieren a mucho tiempo, a la vejez, a la paciencia. No se debe confundir con grande que, como se sabe, es “Μεγας” (mega-s). (3) *Demasiado* se refiere a personas cuestionadas, sospechosas, imputadas, procesadas y, tal vez, a muchos trámites.

### Emergencia y legislación

No en todas partes los maxiprocesos tienen el mismo origen o motivos.

Sin embargo, casi siempre el fenómeno aparece a raíz de una emergencia o una crisis. En momentos en que no se sabe bien qué hacer, se buscan soluciones de apuro. Esos momentos son fértiles para que florezcan infinidad de propuestas, algunas de las cuales nos pueden parecer buenas a primera vista, pero a veces crean peores males y no solucionan nada. Muchas respuestas se ven como alocadas, y otras, después de un breve estudio, se muestran tontas o inútiles. Rara vez hay algo bueno, porque el apuro y el consejo no son amigos.

La emergencia se debe generalmente a calamidades naturales, como terremotos, inundaciones o calentamiento global, o calamidades creadas por los hombres, como el tráfico de drogas, la criminalidad organizada, el terrorismo, la corrupción gubernamental, o la ineptitud. Hay casos más específicos, como la llegada ilegal de miles de inmigrantes a países euro-

---

(2) Me parece que es CORSO, Fenomenología del maxiproceso, trabajo publicado en *Indice Penale*, 1976, p. 249 o PISANI, uno de los más afamados, *A proposito di maxiprocessi*, en la misma publicación, p. 705.

(3) Como es evidente en las palabras megáfono, megalito, megalomanía, megalópolis y varios nombres científicos de medidas, en que convencionalmente equivale a un millón (MEGAHERTZ, MEGAWATT; en computación, megabite). Por cierto que muchos macroprocesos son mega procesos y viceversa.

peos que no los esperaban. Es entonces cuando llega ese momento en que todos piensan que hay que hacer algo. Existe una cantidad de soluciones que calman a la gente por un rato, pero ya dijimos que las cosas siguen igual o peor.

Cuando se introduce la emergencia en el Derecho, aparece la tendencia a buscar la solución con normas penales. Pero las soluciones penales cuanto más se utilizan, menos sirven. Lo primero en que piensa cualquiera es ver si hay una figura delictiva. Si la encuentra, luego tiende a aumentar la pena o crear circunstancias agravantes. Si la figura no existe, se busca crearla, siempre con graves penas. Como consecuencia se desequilibran las escalas del Código y se va produciendo la inflación del derecho penal.

Veamos algunas medidas que se tomaron en diversos lugares creyendo que así solucionaban situaciones críticas. Pero como me estoy ocupando principalmente de los macroprocesos, señalaré las que son características notadas en ellos. Son algo así como síntomas de los macroprocesos. Pero debemos advertir que no todos los síntomas aparecen juntos en un determinado macroproceso, porque cada uno muestra algunas de esas características, y ellas bastan. En este sentido, se trata de algo parecido a lo que llaman síndrome del resfrío o de la gripe, que pueden venir con tos, con fiebre o dolores musculares, dolor de garganta, desgano, cansancio, pero el cuadro será el de un resfrío o el de la gripe aunque no haya tos, falte fiebre o dolor de garganta. (4)

Empecemos.

### **El comienzo por denuncia difusa**

Como en los demás juicios penales, en éstos lo primero es la noticia del suceso. Pero en muchos macroprocesos esa noticia proviene de un rumor generalizado, normalmente tomado por los medios de difusión. (5) El rumor llega a la justicia dicho por alguien, o por un anónimo que a veces se redacta con la misma computadora o máquina del lugar que recibe el papel.

Ahora bien: demasiadas veces la noticia que moviliza y motiva acciones no se refiere a un hecho o suceso concretamente indicado, y eso sucede cuando se habla en general de coimas que aceptan o sugieren dar en el

---

(4) Igual cosa sucede con la paranoia, la esquizofrenia y otros síndromes.

(5) En otros casos es cierto que algo muy malo ocurrió, pero entonces, si se produce un maxiproceso, se motiva por el deseo de comprometer en la causa a cierta categoría de personas, o a deficiencias de la investigación.

ministerio tal o cual, de las barbaridades que ocurren en esta o aquella oficina. Se pretende hacer creer que la denuncia es concreta porque aparecen o se indican algunos nombres y apellidos, o nombres de muchos delitos amontonados (robo, incumplimiento de los deberes de funcionario público, corrupción, coimas, asociación ilícita, estragos, homicidios y hasta delitos de lesa humanidad).

Sin embargo es claro que, si se piensa en procesos penales, estamos lejísimo de lo que se llama una imputación que sirva para iniciar la causa. Decir nombres de delitos y de personas, con muchos adjetivos, no es imputar, es sacarse el gusto de hablar contra alguien, o contra algo.

Cuando, de todos modos, se inicia así un proceso, lo más probable es que si no se rechaza rápidamente, pronto se convertirá en un macroproceso. A mi entender, casi todos los maxiprocesos que padecemos aquí tienen esta particularidad. No solamente amontonan imputados, sino que, en lugar de ser un proceso en que se investiga uno varios hechos determinados, se pesquiza para ver si se encuentra algo que convenga investigar.

Como estos macroprocesos se crean con un defecto gravísimo en su iniciación, y generalmente se desarrollan porque se refieren a funcionarios de un gobierno anterior, son una suerte de efecto natural de la sucesión de los altos funcionarios. Pero en nuestro país, a diferencia de algunas naciones europeas, en general los maxiprocesos no vienen precedidos por una modificación de leyes procesales. (6)

En cambio aquí pasan años y, cuando se difunde el dato de que no hay nadie procesado, o que todavía no se llegó al juicio oral, o se dice que en ese escándalo tan solo hay un condenado, entonces se corre el riesgo de calmar la opinión pública con nuevos procesamientos o encarcelamientos, siendo que la verdad es que ese proceso, que lleva dos o tres lustros, nunca debió comenzar.

### **Otras fuentes de los macroprocesos**

En otros países los macroprocesos tienen distintas fuentes, y acá, de vez en cuando, también.

---

(6) Sin embargo, recientemente se pueden notar algunos casos que indica ADOSO, Gustavo Eduardo, en su colaboración a Derecho Penal del Enemigo, obra coordinada por CANCIO MELIÁ y GÓMEZ JARA DÍEZ, trabajo intitulado El llamado "Derecho Penal del Enemigo" y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino, en el t. 1, desde p. 53, B de F, 2006.

Si existe la real noticia de un hecho concreto como podría ser que una una balsa, cruzando el Adriático, trajo a Italia 300 personas sin documento alguno; o que el 18 de julio de 1994 fue destruida con explosivos la sede de la AMIA en Buenos Aires, matando a 85 personas y causando heridas a muchas más (7), los macroprocesos producen alguno de los efectos siguientes:

### **Ampliación de las partes acusadoras**

Que tiendan a la ampliación de las partes acusadoras. Al fiscal se unen diversas oficinas públicas querellantes. Acá sucede eso, y hace cuatro meses se agregó, por la ley 26.550, el caso de fundaciones y asociaciones que pueden querellan en materia de graves violaciones a derechos humanos. (8) En muchas de esas causas se advierte que las imputaciones de unos y otros acusadores son bastante dispares. En pocos casos se agrega el *amicus curiae*, más bien amigo de alguna parte acusadora. Todo esto complica a las defensas, que tienen que ocuparse de imputaciones diferentes y criterios distintos sobre las pruebas.

### **(Crítica incidental al Código Procesal Penal de la Nación)**

Incidentalmente deseo agregar que, en el sistema procesal nuestro, no existe, al comenzar el juicio oral, ni una acusación verdadera y propia, sino la llamada requisitoria, que llega desde la instrucción y del derecho italiano de la preguerra. Y falta, a todas luces, la posibilidad de que la defensa la conteste ni bien empieza el juicio (oral). De donde las defensas tendrán que emplear algún artilugio para que la gente se entere de su idea al principio y no se escuche solamente el monocorde sonido de la parte acusadora. Obsérvese que esta crítica no se refiere únicamente a los maxiprocesos, sino a todos los juicios penales.

### **Algunas características más del macroproceso**

En muchos macroprocesos, durante el período de prueba hay gran incertidumbre, oscilaciones, modificaciones. Hay infinidad de pruebas tendientes a demostrar algo que, por no resultar como se pensaba, se abandona.

---

(7) Naturalmente que el caso de la AMIA es bien concreto y su característica de macroproceso es prácticamente obligada por la cantidad de víctimas y trama internacional intrincada, que obliga a tomar en cuenta muchas posibilidades. Y eso produce, necesariamente, muchas imputaciones.

(8) Código Procesal Penal, art. 82 bis. Por el art. 85, esas asociaciones no tienen que unir su representación con la de otros querellantes.



Entonces otras pruebas se producen siguiendo otra suposición, que corre la misma suerte. Así, tiempo después, ante la montaña de datos, cualquier nuevo juez o nuevo defensor de un imputado no podrán saber qué debe dejar de lado y qué debe analizar.

Otra característica muy saliente es que, tras llamar a varias personas como testigos, y luego de interrogarlos libremente (porque no corresponde que los asista un letrado), se toman frases aisladas de unos como indicios que permiten sospechar de otros, y viceversa. Así se convierte a testigos en imputados. Este fenómeno, es bastante corriente en Europa y aquí, pero por suerte, parecería que los tribunales empiezan a cortarlo.

A veces se producen, por obra del sumariante, grandes diferencias entre unos y otros imputados. Esa separación en categorías lleva a distintos tratamientos, y muchas veces la suerte de cada recién llegado depende de su ubicación inicial en alguno de los grupos, por simple impresión.

Otras veces, la imputación contra uno se extiende a muchos, porque tienen alguna característica común, aunque las acciones, posiciones o circunstancias de cada cual sean distintas. Igualmente la prueba contra un imputado se extiende contra todos los otros, pese a que haya diferencias.

También puede suceder que alguien cuestione una medida que sólo le afecte a él, y ocurrirá que si el tribunal lo resuelve de una manera general, puede afectar a las otras defensas. Así sucede cuando el motivo de la decisión es personal, y no concierne a los otros, pero los efectos de la decisión se extienden a ellos: Esto es grave cuando se trata de nulidades.

Por eso, en general, las anulaciones, en un macroproceso, si se difunden a los demás imputados, hacen padecer a todos. También pueden convertir un proceso en algo interminable, ya que en otra oportunidad, por obra de otra situación, las cosas se repetirán, y el proceso dará un nuevo salto atrás.

En muchos macroprocesos se tiende a admitir la retroactividad de normas limitadoras de derechos y garantías dictadas mientras la causa tramita.

Parte de la doctrina ha notado que el macroproceso, cuando prospera, produce tremendos efectos sobre las causas corrientes. Eso sucede, a veces, porque el legislador tiene escrúpulos y prefiere que su ley no parezca de excepción. Entonces extiende el caso pensado para una emergencia, a todos los casos.

Muchas veces se nota que, si en lugar de tratarse de un macroproceso, la causa fuera común y corriente, podrían reunirse con facilidad pruebas

contra o a favor de una persona. Pero mezclada en un macroproceso es difícil.

Pero la limitación de tiempo me impide presentar todas las particularidades, así que me referiré a apreciaciones generales. La continuación de la lista figura en el Apéndice.

Como ya vimos, en los momentos de emergencia, los juristas y los sociólogos han creído encontrar soluciones que han bautizado con mil nombres. Así nació, por ejemplo, el derecho contra el enemigo (9), y así también nació el macroproceso.

Pero, aunque exista la tendencia a creer que esas cosas están entrelazadas, en realidad coexisten. Puede haber macroprocesos contra el enemigo, pero ni todos los macroprocesos están en ese caso, ni todo el derecho contra el enemigo lleva a macroprocesos.

Eso no quita que se emplee y origine un macroproceso como una forma para perjudicar enemigos.

Así, en un tiempo se advirtió que había métodos consistentes en legislar abreviando plazos, suprimir algunos recursos (de la defensa), restringir la excarcelación, etcétera. Pero esas características, junto a la elevación de las penas, a su falta de proporción, al adelantamiento del momento de consumación de los delitos, y a la ampliación de los casos en que se iguala lo que es una posibilidad, con un peligro, todo esto forma parte del derecho penal contra el enemigo y claramente viola los principios penales. Puede figurar o no en un maxiproceso.

Es claro que se trata de ejemplos, pues se podría incluir el caso de quienes opinan que cualquier suposición es equivalente a un peligro.

En todos esos casos se ha visto que gran parte de la doctrina empezó a estudiar las justificaciones dadas para apartarse de algunos principios. Muchas veces se referían a diversas situaciones de emergencia. Yo creo que esa explicación, principalmente brindada en derecho constitucional, político, administrativo o internacional, también llega a muchísimos otros

---

(9) Los penalistas hablan ahora mucho del "Derecho del enemigo". Atribuyen la frase a GÜNTHER JAKOBS, que la puso en la vidriera. Muchos recuerdan que antes la empleó CARL SCHMITT. BERND MÜSSIG explica que dijo LENIN: que el derecho contra el enemigo es "un instrumento de la dictadura revolucionaria del proletariado contra la burguesía, es decir, instrumento de represión contra los enemigos políticos del poder de los soviets".

ámbitos del derecho, como el penal. Y es por eso es que aparecen mencionados aquí los macroprocesos y emergencias. Así, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, se refiere a la emergencia en un prólogo. (10) Pero allí agrega “En definitiva, puede afirmarse que hoy se llama *emergencia* a cualquier racionalización de la violación o desconocimiento de un derecho por parte del poder”. Yo pensaba que podría haber algún caso en que la emergencia justificara alguna norma al respecto, como sucede cuando se reconoce el estado de necesidad, así que conversé con él sobre ese tema. Me dijo que podía suceder, en materia de desastres naturales, y citó el ejemplo, para este Siglo, del aumento del nivel de los océanos, que probablemente obligaría a desalojar ciudades. Seguramente habría que preparar al ejército para eso y pensar en ciertas medidas. Es una observación sobre la que deberíamos volver en otra oportunidad.

Sea como sea, me parece que la emergencia no justifica ningún macroproceso, es decir, no justifique demasiados imputados ni demasiados procesados. Las personas que tienen la categoría de sospechosas, no porque aparentemente hicieron algo, sino porque estaban en un lugar en un momento dado o tenían ciertas características equis, son víctimas de una variante del vituperado derecho penal de autor. En última instancia, son candidatos a ser privados ilegítimamente de su libertad.

Finalmente, quisiera decir algo que no aparece en la literatura sobre los macroprocesos. Es que también sirven para mezclar verdaderos culpables con infinidad de inocentes, de manera que el peso de estos últimos arrastra a los pocos que realmente delinquieron. Esto ocurre porque las partes acusadoras creen que abultando la cantidad de imputados dejan peor parado al gobierno que buscan criticar.

Es evidente que debemos apartarnos de todo eso.

## Apéndice

### Otros datos y observaciones

\* Un efecto de ciertos macroprocesos es que fomentan la existencia de criminales a quienes la sociedad deba agradecer los servicios debidos a sus delaciones, que por eufemismo se atribuyen al arrepentimiento.

\* Los “arrepentidos” no son interrogados, sino tienen coloquios privados con policías y magistrados.

---

(10) A El Estado y la emergencia permanente, obra Dirigida por BERCHOLC, Jorge, Lajouane, 2008.

\* En el expediente y en la audiencia a veces se silencia el nombre de un testigo o de un cómplice que declararon contra el imputado, de manera que la defensa no puede tener datos acerca de si se trata de un testigo que puede tachar, ni averiguar en qué tipo de falsedad pudo incurrir. A veces se esfuma hasta el acusador.

\* Durante el sumario, hay muchas pruebas que se toman sin presencia de defensores. Esto se ve porque a) hay una ley que rige el macroproceso y lo establece; o b) el fiscal maneja una investigación sin anotar a nadie, y puede estar reuniendo y desechando pruebas durante un año o más. Esto se ve aquí, en Estados Unidos y en Europa.

\* En cuanto a reconocimientos, el sistema de la fotografía que se exhibe al testigo o arrepentido, sin intervención de las defensas, es malo. Una vez que alguien es reconocido en esa forma, se dirá que es imposible una diligencia posterior. La defensa queda inutilizada.

\* En el macroproceso la prueba se construye al margen de la defensa.

\* El libre convencimiento del juez se usa cada vez más, generalmente para purificar pruebas ilícitas.

\* En Italia la ley substituyó “Indicios graves y convergentes”, como decía el proyecto, por “*suficiente* indicio de prueba”. Es bueno saber que allí se terminó con los macroprocesos abruptamente, pues quedaron sin efecto (lo tomo de una observación del Dr. Falcón, en los comentarios a esta comunicación).

\* Aumenta la cantidad de declaraciones “espontáneas” ante la policía o el fiscal, sin abogado.

\* Cuando hay posibilidad de tener detenido al imputado, existe la tendencia a buscar que se aumente el plazo legal para tomar declaración, y así todos padecerán más tiempo en prisión.

\* Muchas veces, cuando alguien llega a prestar una declaración indagatoria, es absolutamente imposible que conozca las pruebas que hay en contra (y ni qué hablar de cuando no le explican bien cuál es la imputación). La simple lectura de la lista que quien interroga presenta como pruebas (que con la computadora escribe varias páginas tocando un par de teclas) toma, si uno la leyera, al menos una hora. Pero de poco sirve leer que a fojas tanto está la declaración de Cayo: tenemos que saber qué dice. Hay que tener mucha suerte para poder refutar pruebas que no se conocen. Por otra parte,

el 90 % de la lista de pruebas de un macroproceso generalmente no tiene la menor relación con muchos imputados a quienes se les informa que son pruebas contra ellos.

\* Por otra parte, el trabajo de instrucción con respecto a la larga serie de imputados, es mucho más difícil con unos y fácil con otros. De donde el trámite, para todos, demorará lo que tarde la investigación más trabajosa.

\* Por supuesto, si hay detenidos, tendrán que seguir así.

\* La acumulación enorme de pruebas en la Instrucción disminuye las posibilidades de la defensa, que nunca podrá revisarlas todas, ni menos ofrecer otras, sobre todo cuando surge algún aspecto que recién en ese momento conocemos.

\* El fiscal ha tenido todo el tiempo que quiso para su actividad instructoria. En cambio el defensor está completamente limitado.

\* Las excarcelaciones por expiración de plazos crisan a los tribunales, en estos casos. Del mismo modo, los crisan las publicaciones acerca de que no hay nadie procesado.

\* Y el efecto en el público es que la justicia falla, no sirve.

\* Cuando llega el momento en que de la instrucción se pasa al juicio oral, siguiendo el modelo italiano entre nosotros se produce lo que llamamos requisitoria. Ese escrito, en un macroproceso, será un mastodonte. Se perderán las individualidades, aunque probablemente el fiscal diferencie tres o cuatro grupos de personas. Las requisitorias de un macroproceso son colosales, pero para ocultar, porque por más capaz que sea un fiscal, no tiene ninguna posibilidad de saber qué hay y qué oculta un macroproceso.

\* Habrá muchos casos en que se introducirán actos instructorios en el debate, sin lectura.

\* A la defensa le tocará recibir toneladas de páginas para descartar en poco tiempo las miles que de nada sirven y encontrar las cien útiles.

\* Contra esta dificultad, en Italia se ha ideado el *fascículo personal*, con que el juez facilita a la defensa la lectura de lo que, según él (o sus colaboradores) está todo lo que interesa a esa persona. En realidad, los defensores no pueden confiar en esa selección.

\* Como esos procesos tienen semanas, meses y años de audiencias, se pierde la tan mentada inmediatez, porque la resolución se producirá años después de cientos de declaraciones.

\* En muchos casos puede verse desde el principio que no habrá debate, porque los vericuetos de lo ocurrido forman tal laberinto que cada cual se referirá a ciertos puntos diferentes de los tomados en cuenta por otros.

\* Eso permite que muchos crean que la finalidad de esos macroprocesos no es que terminen, sino mantener en vilo durante años a los procesados o imputados, y buscar así controlarlos, privándolos de ciertas libertades.

\* También algunos tribunales piden que en lugar de la exposición oral, se entreguen memoriales. Es decir, más o menos lo que sucedía con el Código anterior.

\* Vimos que en nuestro país no existe, verdaderamente, un momento procesal en el que la defensa fije su posición después de la requisitoria. Por eso son incomprensibles para nosotros las discusiones europeas acerca de la distancia entre lo que se dijo como defensa y lo que se alega al final. Sin embargo, de todos modos, hay una legua de tiempo entre el comienzo y el final del juicio oral en un macroproceso, y el resultado es pésimo.

#### COMENTARIOS FORMULADOS POR EL DOCTOR ENRIQUE FALCÓN TRAS LA COMUNICACIÓN ANTERIOR

La comunicación que antecede nos presenta el objeto y la crítica de un lado oscuro del proceso penal que parecería todavía estar, en muchos aspectos, sometido a las sombras de la Inquisición y que no es generalmente enfocado con claridad. Los macro procesos o maxi procesos, que pudieran estar relacionados con los procesos colectivos (en el sentido de procesos con multiplicidad de partes indefinidas dentro de una categoría o relacionadas por una relación jurídica de base), tuvieron un desarrollo espurio cuando Mussolini estableció la dictadura en Italia a partir del discurso del 3 de enero de 1925 y gobernó por decreto a partir del año siguiente. El 25 de noviembre de 1926 se aprobaron la Ley de Defensa del Estado y las llamadas “leyes fascistísimas”, obra todo ello del ministro de justicia Alfredo Rocco (1875-1935), un destacado jurista procedente del partido nacionalista que fue, de hecho, el creador del entramado jurídico del Estado totalitario. Aquel amplio paquete legislativo incluyó, entre otras medidas, la creación de un Tribunal de Delitos

Políticos y de una policía política, entre otras restricciones totalitarias. En este sistema prácticamente la solución era una sentencia colectiva que tenía el carácter de ley (11), que no guardaba los parámetros jurídicos de un verdadero proceso. Esta faz totalitaria y revanchista (que el autor de la comunicación señala con claridad como derecho contra el enemigo) reapareció en diversos países europeos y americanos.

Sin embargo en la orientación del proceso colectivo, cuyo nacimiento se considera elaborado, aunque con varios antecedentes (especialmente en el Bill of Peace del siglo XVII inglesa) en la Class Action americana del año 1938 y que se plasmó en la Federal Rules of Civil Procedure: 25, se cuidó muy bien de no incluir en el reclamo colectivo a los procesos penales, porque en ellos la determinación de los sujetos y de la imputación para la debida defensa en juicio es esencial. El proceso colectivo recién cobró importancia en el proceso penal, pero sólo a favor de los imputados en el caso de los habeas corpus colectivos, de los cuales el caso Verbistky es el paradigma. Y esta solución reconoce una línea principista en el proceso penal que también aparece en el Recurso de Revisión, es decir que los sistemas extraordinarios en el proceso penal sólo pueden ser articulados a favor del imputado o condenado, pero nunca en su contra, ni de manera individual ni colectiva.

No obstante lo expresado llamados maxi procesos penales se mantienen en la actualidad. Se refieren generalmente a grupos mafiosos, no necesariamente de la cosa nostra u organizaciones similares (12), las que se manifiestan a través del crimen organizado (13), a veces con represalias

---

(11) Como señala CARNELUTTI, Francesco en Derecho Procesal Civil y Penal, Ejea, 1971, I, 25.

(12) El Juventus fue acusado este día de haber adulterado todo el campeonato del fútbol italiano 2004-2005 por el procurador federal Stefano Palazzi, que replicó la apelación presentada por ese y otros tres clubes de Primera División condenados en primer grado por corrupción. En su intervención final en el maxiproceso de apelación por el escándalo de partidos amañados, que costó a Juventus, Lazio y Fiorentina el descenso de división y multas millonarias, al lado del Milán, además de pérdida de puntos, Palazzi fundamentó las acusaciones contra los clubes imputados.

(13) El 15 de enero de 2010 Tribunal Supremo de Italia confirmó las condenas de cárcel, entre ellas 16 cadenas perpetuas, a miembros del sanguinario clan mafioso de los Casalesi, de la Camorra napolitana, dictadas durante el "maxiproceso" judicial "Spartacus", uno de los más importantes contra el crimen organizado italiano.

que superan el poder del Estado (14), los cárteles de la droga, no siempre con éxito (15); o al terrorismo particular y del Estado (16), muchas veces con financiación del lavado de dinero y otros aspectos también oscuros.

Sin perjuicio de ello hoy en día hay una clara orientación a que las condenas se realicen individualmente o por pequeños grupos imputados

---

(14) El maxiproceso que condenó a 338 mafiosos en 1987 fue una conmoción para el mundo de la Cosa Nostra, del capo al más vil cobrador del pizzo (impuesto). Cuando el Tribunal de Casación, equivalente a nuestro Tribunal Supremo, ratificó las penas en 1992, entró en funcionamiento el aparato militar. Toda organización mafiosa, sea siciliana, vasca o albanesa, tiene siempre dos ramas que trabajan en paralelo. La política y la militar. La vía política había fracasado y se trataba de demostrar al mundo político, a su propio aparato incluido, que tal condena de la mafia no podía sentar un precedente. Los responsables de la condena debían morir. En un lapso de tres semanas asesinaron a los jueces Falcone y Borsellino.

(15) En los seis años que lleva el “maxiproceso” en curso, cuatro de los seis capos mencionados como los líderes del cártel de Juárez siguen aún prófugos, casi la mitad de más de 40 procesados entre ellos militares salieron ya libres y a la fecha no hay sentencia alguna contra los dos grandes jefes de esa organización que han sido arrestados. Los nombres que la Procuraduría General de la República (PGR) ha señalado como jefes del cártel de Juárez, y que siguen prófugos, son Vicente Carrillo Fuentes, Juan José Esparragoza Moreno El Azul, Ismael El Mayo Zambada y Eduardo González Quirarte. Los otros dos líderes, Arturo Hernández El Chacky y Alcides Ramón Magaña El Metro ya fueron capturados y encarcelados, pero hasta ahora no han sido sentenciados. Otros jefes de relevancia de dicho cártel y que siguen sujetos hasta ahora a juicio dentro del llamado “maxiproceso” son el ex gobernador de Quintana Roo Mario Villanueva Madrid y Albino Quintero Meraz El Beto, de acuerdo con informes oficiales. Militares y policías también se encuentran vinculados al “maxiproceso”, como es el caso del general Jesús Gutiérrez Rebollo, el coronel Horacio Montenegro, el general Jorge Mariano Maldonado Vega, este último ya absuelto. El “maxiproceso” representa el primer proceso integral y más importante que hasta ahora se ha iniciado contra una organización del narcotráfico en México, el cual incluye el conocimiento desde la estructura orgánica del denominado cártel de Juárez que comando el ahora extinto Amado Carrillo Fuentes El Señor de los Cielos, hasta sus actuales líderes y principales operadores. Esta acción judicial fue anunciada el 9 de marzo de 1998 por la desaparecida FEADS, la UEDO y la Secretaría de la Defensa Nacional (Francisco Gómez, el Universal, 13/3/2004).

(16) Pero el problema del terrorismo tiene muchas aristas no siempre simples para el Derecho. El 3 de junio de 2002 la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó la Convención Interamericana contra el Terrorismo. La misma tiene como objetivo obligar a todos los estados americanos a sancionar leyes antiterroristas y establecer un sistema continental de represión del terrorismo, que



---

contemporáneamente sin necesidad de esperar que todos los posibles involucrados estén sometidos a juicio y siguiendo los parámetros del debido proceso penal. La complejidad de este tipo de procesos requiere necesariamente el tratamiento y la condena o la absolución, en su caso, de los distintos imputados en cada causa, aunque en otros casos la mezcla de imputaciones, la indeterminación de los sujetos, la falta de una investigación adecuada y veraz, puede llevar a la nada. (17)

---

no encuentre limitaciones para actuar derivadas de ciertas garantías legales, como el secreto bancario, traslado de personas detenidas entre países, la invocación del “delito político” o condición de refugiado, el derecho de asilo. Luego del proceso de ratificaciones, la misma entró en vigor el 7 de octubre de 2003. La convención puntualiza especialmente que la represión del terrorismo no puede afectar en modo alguno los derechos humanos de las personas. Uno de los problemas fundamentales que se le presentan a la Convención es la imposibilidad final de tipificar el delito de terrorismo, así como la falta de consenso para calificarlo como delito de lesa humanidad, los problemas que se suscitan con el derecho de asilo que establece la convención, lo que dio lugar a que Chile, Costa Rica y México hicieron reserva de no acatarla en este aspecto.

(17) Doce años después de la destrucción de la sede de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), un fiscal de este país acusó a Irán del ataque y pidió la captura de ocho ex altos funcionarios de ese país, incluidos el ex presidente Akbar Hashemi Rafsanjani (1989-1997) y dos de sus ministros. Una investigación doce años después, en materia penal tiene muy pocas probabilidades de obtener algún resultado certero.

---

# LA COPARTICIPACIÓN FEDERAL Y LA MAYORÍA DE VOTOS PARA LA APROBACIÓN DE LAS LEYES: LA CLÁUSULA “VIRTUAL” DEL INCISO 3º DEL ARTÍCULO 75 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

POR JORGE REINALDO VANOSI (\*)

Primera parte: las “mayorías”. Segunda parte: la cláusula “virtual”. Tercera parte: el error “inexcusable” (la confusión del régimen de Estado Federal. No es una “confederación”) Cuarta parte: crisis del sistema impositivo.

## **Primera parte: las “mayorías”**

El régimen de votaciones con mayorías calificadas lo contempla la Constitución Nacional para diversos casos en los que se exige una mayoría especial o agravada en cuanto al número de los legisladores que votan en ambas cámaras del Congreso. Por ejemplo, temáticas tales como la modificación del régimen electoral y la correspondiente a los partidos políticos (artículo 77), en las cuales hay que reunir la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de ambas cámaras, con voto afirmativo. Sería extenso enumerar los casos en que el articulado prevé mayorías más acentuadas para ejercer y decidir otras cuestiones, tales como el juicio político o la destitución del Jefe de Gabinete.

En otro artículo de la Constitución Nacional (52) se le asigna a la Cámara de Diputados la potestad de iniciativa para las leyes que establecen “contribuciones”: es una prerrogativa nacida en una decisión de la Cámara de los Comunes en el Parlamento inglés a comienzos del Siglo XVII, posicionándose frente a la Cámara de los Lorens.

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 27 de mayo de 2010.

Pero tampoco éste es el caso en debate, por cuanto el llamado “impuesto a los cheques” fue re-establecido en nuestro país al inicio del Siglo XXI (en contradicción con la política de “bancarización” pergeñada para disminuir la evasión) (1) mientras que lo que ahora se discute está referido a la “coparticipación” de los recursos que en tal concepto se recauden, para la distribución entre la Nación y las provincias, más el supuesto de las “asignaciones específicas”. Es allí que el inc. 3 del art. 75 fija una mayoría absoluta de los miembros que componen cada Cámara del H. Congreso Nacional cuando con ese carácter se establecen o modifican recursos coparticipables, siempre que sea por tiempo determinado.

Las leyes de contribuciones no requieren una mayoría especial, pero sí aparece la exigencia de cumplir con un mecanismo muy complicado cuando la Constitución Nacional se refiere a la sanción de la “ley-convenio”, que habrá de regir en definitiva el tema de la distribución de todos los gravámenes que sean realmente coparticipables (artículo 75, inciso 2, párrafo 4°).

Dicha ley nunca fue sancionada y no se ha cumplido la Constitución al respecto: es una asignatura pendiente, no obstante estar vencidos los plazos previstos en las cláusulas complementarias y transitorias de la Carta Magna: se trata de la cláusula sexta, que dispuso categóricamente que fuera “antes de la finalización del año 1996” (sic). Han pasado varios lustros y se sigue con el viejo régimen (Ley 23.548 (Adla, XLVIII-A, 53)), con algunos parches.

Esa “ley-convenio”, el día en que definitivamente se dicte, como régimen permanente, deberá tener como Cámara de origen el Senado y contar con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, así como la posterior aprobación por parte de todas las provincias.

Como resulta obvio, lo acontecido en el Senado el 15 de Abril de 2010, no tiene nada que ver con las cláusulas mencionadas ni con la exigencia de mayorías especiales. La única discusión que puede haber es la que se refiere a qué contribuciones tienen “asignación específica” y cuáles no. Pero esto es harina de otro costal (Confr., Vanossi, “La Nación” 16/IV/2010).

Hay que reconocer que el inciso 2 del artículo 75 de la Constitución Nacional, en su segundo párrafo, no es suficientemente claro cuando formula

---

(1) Ley 25.413 (Adla, LXI-B, 1514). Con anterioridad había sido establecido por el Ministro Wehbe, modificado en la presidencia Alfonsín, derogado por Menem-Cavallo y reimplantado por De La Rúa-Cavallo (sic). Coincidió con Natale en que se trata de un impuesto “distorsivo”.

la distinción que en 1853 se hacía entre las contribuciones directas y las indirectas, por lo que esto tampoco ayuda a esclarecer la cuestión.

En definitiva, estimamos que como las mayorías especiales son de interpretación restrictiva, debe aplicarse el criterio según el cual en todos los demás casos las sanciones se producen con el voto de la mayoría de los miembros presentes en sesión, con quórum normal.

Todo lo anterior sin olvidar, ni pasar por alto, las posturas doctrinarias y casos judiciales donde se sostiene la inconstitucionalidad del mismísimo impuesto al cheque, con relación a la vaguedad de su destino (¿será la “caja” denominada “rentas generales” o habrá que acudir a algún eufemismo para cubrir la discrecionalidad con que se adjudican los ATN?). El Constituyente de 1994 y ex-Juez de la Corte Suprema, Dr. Rodolfo Barra ha señalado una seria anomalía: “Algunos recursos tributarios, por definición coparticipables, pueden, por el Congreso y por mayoría agravada, ser asignados específicamente a una determinada finalidad y durante un tiempo determinado. En la medida total o parcial, así fijada por el Congreso, el impuesto no se coparticipa.

“Esto es lo que se ha pretendido con el impuesto a los créditos y débitos bancarios (“impuesto al cheque”) nacido en 2001 como no coparticipable en su totalidad y prorrogado año a año hasta, por ahora, el 31/ XII / 2011, aunque desde 2002 es coparticipable en un 30% de lo recaudado. El problema es que toda esa sucesión anual de leyes está, constitucionalmente, mal hecha. Simplemente no se ha respectado la exigencia de la “asignación específica” que, como requisito indispensable, impone la Constitución. Esta utiliza el lenguaje castellano común, *y en castellano la acción de especificar es “fijar o determinar de modo preciso”* (Diccionario Real Academia), y así lo especificado es “*lo determinado de modo preciso*”. Si bien desde el inicio el impuesto careció de un destino determinado con precisión, esto se fue agravando con el correr de los años por las sucesivas leyes de prórroga. Primero fue para crear un Fondo de Emergencia Pública. Después, 2002, tuvo ingreso al Tesoro Nacional, con destino todavía más vago. La *imprecisión* se agravó a partir de 2006, de tal manera que ni aún con la mejor buena voluntad podría nadie interpretar satisfecha la exigencia constitucional. Esta inconstitucionalidad ya se encuentra planteada por la Provincia de San Luis ante la Corte Suprema, pero afecta a todas las provincias argentinas” (Confr. “Clarín”, 15 / IV / 2010).

### **Segunda parte: la cláusula “virtual”**

Cabe traer a colación que hay cláusulas, muchas de ellas, que algún gran maestro ha dicho que son como “la sonrisa de La Gioconda”, porque

cuando uno mira el cuadro no sabe si La Gioconda ríe o llora, si sufre o goza e incluso no se sabe si es hombre, mujer o a qué género pertenece. O sea, que como la sonrisa del famoso cuadro, también existen normas que admiten toda clase de interpretaciones (sic), mal que les pese a las doctrinas hermenéuticas.

En torno al inciso 3, de su lectura se puede derivar en una cuestión parecida. Los hechos concretos son que la Constitución fue reformada en 1994 y estamos en el año 2010: han pasado muchos años. ¿Qué es?: una cláusula “virtual”, ya que por tal se entiende lo “que tiene virtud para producir un efecto, aunque no lo produce de presente”; y también cabe ese vocablo para referirse a lo “que tiene existencia aparente y no real” (RAE).

Aquí viene el dato importante: lo que determina el inciso 2 del artículo 75 de la Constitución, cuando se refiere a las facultades del Congreso en relación con el dictado de una “ley-convenio” de coparticipación, no se ha cumplido. No se ha dictado esa ley de coparticipación. No existe. No la tenemos todavía y no sabemos tampoco cuándo la vamos a tener, pues la impresión que se percibe al cabo de varios lustros es que el Ejecutivo —a través de los sucesivos titulares— prefieren manejarse con facultades discrecionales antes que con potestades regladas.

Lo que tenemos son sucedáneos y remedos de acuerdos fiscales que se renuevan y modifican, y están flotando allí, en lo que llamaríamos una suerte de *limbo jurídico*, pero no es exactamente la “ley-convenio” de coparticipación que exige la Constitución.

El inciso 3, está estrechamente vinculado con el inciso anterior, es decir, la “ley-convenio” de coparticipación. Tiene una dependencia con ella y no puede entenderse aisladamente. Sólo podrá tener aplicación una vez que se sancione esa ley. Mientras tanto, ese inciso prácticamente no tiene vigencia, porque no se ha cumplido lo que establece la Constitución en el inciso 2 del artículo 75.

Por lo tanto, el tema de la mayoría calificada es, en este momento, hoy por hoy —veremos después, cuando se sancione la ley de coparticipación federal—, una cuestión abstracta, y tanto lo es que se pueden traer a colación también argumentos hermenéuticos que vienen de muy antaño respecto de que cuando no está clara una cuestión, exigir una mayoría calificada es de interpretación restrictiva.

Es decir, que no se puede sacar de la galera algo que no tiene autonomía, como es el inciso 3, mientras no se dé el supuesto previo y básico, que es

la ley prevista en el inciso 2 del artículo 75, que no se ha sancionado hasta hoy. Así lo señalábamos en el debate que tuvo lugar en la sesión del 14 de Diciembre del año 2005 —hace un lustro— en la H. Cámara de Diputados de la Nación.

Por lo tanto no hay que tenerle miedo al fantasma. La jurisprudencia sentada por la Corte es muy antigua; data del siglo XIX y fue aplicada nuevamente en el siglo XX en los casos “Petrus S. A. c/ Nación Argentina” y “Soria de Guerrero c/ Bodegas y Viñedos Pulenta”. Tanto la Cámara de Diputados como el Senado tienen atribuciones propias para interpretar el modo como ejercen sus facultades privativas. Por lo tanto, el procedimiento que sigan no puede ser cuestionado por otro poder del Estado. Ni siquiera una Cámara puede cuestionar a la otra por la modalidad elegida para ejercer las facultades otorgadas por la Constitución Nacional.

Lo dicho está reconocido pacíficamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuyos fallos han sido coherentes. Vale citar la opinión del ex-Presidente del H. Senado Eduardo Menem, cuando afirma: “De la simple lectura de los artículos 77 a 84 de la Constitución Nacional, que regulan el trámite para la formación y sanción de las leyes, surge en forma clara y que no admite ninguna otra interpretación, que *son las Cámaras las únicas que tienen poder de decisión* para aceptar, rechazar o modificar una sanción de una de ellas.

“Los Presidentes de las Cámaras son meros ejecutores de la voluntad de las mismas expresadas a través de las votaciones, al punto tal que ninguna norma constitucional, ni legal ni reglamentaria autorizan ni siquiera a presumir que tienen la facultad de rechazar un proyecto de ley sancionado por la otra Cámara, ni tampoco los sancionados por el cuerpo que presiden”, y agrega que “*entre las atribuciones reconocidas a los Presidentes de las Cámaras no existe ninguna que lo faculte a examinar si un proyecto ha sido sancionado correctamente por la otra Cámara.*”

“Admitir una potestad semejante significaría *introducir en el proceso parlamentario un factor de distorsión, que resulta violatorio de las normas constitucionales* antes aludidas en cuanto establecen claramente el procedimiento para la sanción de las leyes” (Confr., “Clarín” 26 / IV / 2010).

No es necesario extenderse mucho más. Basta con agregar que el inciso 3 del artículo 75 tiene poco o nada que ver en esta cuestión mientras no se cumpla el inciso 2. La causalidad está en el orden en que se encuentran ambos incisos; hay una alta dependencia entre ellos: el inciso 3º no tiene vida en tanto no se de cumplimiento al régimen legal que dispone

el inciso 2 y que el Congreso no ha sancionado aún. Hay un orden lógico y cronológico.

No podemos olvidar que en un catálogo o listado de las normas constitucionales que no se aplican (que están en lo que podríamos denominar un “limbo jurídico”) llegamos a la conclusión de que en esa situación se encuentran más de doce normas. En algunos casos, hay un olímpico olvido de obligaciones imperativas, como acontece con la sanción anual de la Ley de Presupuesto, en cuanto “la ley de leyes” (como la califica Alberdi) debe ir acompañada “en base al *programa general de gobierno* y al *plan de inversiones públicas*” (art. 75, inc. 8).

Obviamente, en el caso que nos ocupa hay una relación entre dos normas, en virtud de lo cual deberá aplicarse el inciso 3 una vez que se haya aplicado el inciso 2 y se sancione la “ley-convenio” de coparticipación federal, con la ulterior aprobación de la provincias.

Por eso, es bueno reiterar enfáticamente —esto también servirá para otras ocasiones— que las mayorías especiales o agravadas que a veces exige la Constitución son de interpretación restrictiva, que nunca pueden ser de aplicación extensiva o ampliatoria y que tampoco cabe aplicar analogías al respecto.

En caso de que exigiéramos mayorías superiores que las literalmente requeridas por la Constitución, estaríamos atentando contra un principio muy conocido en la dinámica constitucional: el *no bloqueo*, ínsito en todo sistema constitucional. La dinámica y la funcionalidad de un sistema como el nuestro no están reñidas con los controles, pero obviamente acá se trata de algo distinto. Invocamos el testimonio del Profesor y Académico Alberto A. Natale, conocedor del tema y parlamentario de destacada actuación: “Este asunto se discutió largamente en la Convención Constituyente reunida en Santa Fe en 1994, ya que era una novedad constitucional el capítulo de la coparticipación y, en particular, lo de las “asignaciones específicas”. Novedad constitucional, está claro, pero no en la legislación ni en las prácticas fiscales. Las discusiones se dieron tanto en las comisiones como en el plenario. En los ocho tomos de la Obra de la Convención Nacional Constituyente, editados a instancias del Ministerio de Justicia, se pueden leer en el tomo IV los debates en la comisión específica y, en especial, en la de Redacción. En el tomo VI las discusiones en el plenario. Muchos convencionales intervenimos y, entre ellos, Cristina Fernández de Kirchner. Vale la pena, incluso, releer el debate en particular que se hizo sobre este artículo específico al tiempo de darle su aprobación final” (véase, Natale A. A., “Ambito Financiero”, 22/IV/2010).

**Tercera parte: el error “inexcusable” (la confusión del régimen de Estado Federal. No es una “confederación”).**

En nuestra opinión, la discusión en torno a las votaciones cede el paso a un tema mayor, consistente en la dudosa constitucionalidad del párrafo del inc. 2º del art. 75 en cuanto exige que las provincias —luego de participar en la “gestación” de la “ley-convenio” de coparticipación federal— deberán *aprobarla* todas ellas, lo cual importa algo más que su “adhesión”. Este complejo mecanismo de elaboración legislativa no se ha cumplido aún; y es de suponer que además de su pesado y dificultoso trámite (que exige una aceptación total de lo “convenido”) trae la consecuencia de fijar reglas estables y duraderas que coartarían la arbitraria discrecionalidad del Ejecutivo nacional al manejar con favoritismo la asignación o afectación prebendaria cual si fuera un sistema de premios y castigos con respecto a la docilidad o a la independencia política que a partir de ello frecuentemente asumen los gobiernos provinciales. Es por ello que no caben ilusiones sobre el final de esta previsión distributiva que impone el inc. 2 citado y que no se ha cumplido hasta hoy, pese al vencimiento de todos los plazos previstos.

Con perspicacia y lucidez sostiene el Académico Horacio García Bel-sunce que: “Siguiendo la práctica invariablemente adoptada durante décadas, cabe señalar que las leyes-convenios son el producto de acuerdos laboriosos trabajados entre la Nación y las provincias en reuniones de los ministros respectivos y consecuencia de arduas negociaciones. Pero, siguiendo la normativa transcripta, corresponde señalar que el acuerdo a que se refiere el párrafo 2º antes citado tiene lugar única y exclusivamente como consecuencia de las leyes dictadas en las respectivas jurisdicciones, las cuales perfeccionan la “aprobación” a que se refiere el párrafo 4to. Esta “aprobación” es propia del régimen de leyes-convenios que integran el llamado derecho “intra-federal”, que podría constituir una variable dentro del art. 31 de la Constitución Nacional en cuanto a crear una categoría de leyes que están por encima de las leyes comunes, ya que éstas no pueden modificar la ley-convenio como lo dice expresamente el párrafo 4to. de este inciso 2º y que analizaré más adelante” (Confr., “El Nuevo Régimen Constitucional Tributario”, comunicación en esta Academia, sesión del 8 de Junio de 1995; véase “Anales” de ese año).

Pero nuestra postura es más drástica al respecto, en tanto y en cuanto consideramos que el requisito de la aprobación por las provincias, como *conditio sine que non* para la vigencia del régimen de coparticipación permanente que pretende imponer el inc. 2º del art. 75, aprobación mediante del arco de las provincias en pleno, importa una violación del Art. 1º de la Constitución Nacional. En efecto: esa “decisión política fundamental” de



constituir un Estado bajo la forma *federal* (y esa disposición está incluida en la primera parte de la Constitución, que fue declarada exenta de toda reforma, a tenor de la ley declarativa de la necesidad y fijación de los alcances, N° 24.309 (Adla, LIV-A, 89), arts. 6 y 7); por lo que se desprende un interrogante de incompatibilidad: por un lado el Estado “federal”; y por el otro un injerto propio de las “confederaciones”, tal cual es el “derecho de nulificación” que era reconocido en antiguas formas de efímeras uniones de Estados (v.gr., los “Artículos de Confederación” de 1777, en USA, que condujeron a la mutación en un Estado Federal diez años después). ¡Atención!: que de allí a la aceptación del “derecho de nulificación” tan solo media una corta distancia.

En su obra “Coparticipación Federal de Impuestos en la Constitución Nacional” (publicada por el Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Ed. Depalma, 1999) Alejandro Pérez Hualde hace referencia al mismo criterio, sostenido por el Prof. Alberto A. Spota; por lo que nos sentimos bien acompañados en esta deducción. En consecuencia, la exigencia del inc. 2° podría ser declarada *nula*, del mismo modo que aconteció en el *caso Fayt* (Fallos 322:1616, año 1999), con respecto al requisito de un nuevo “acuerdo” para los jueces mayores de 75 años de edad, a fin de que así pudieran continuar en el ejercicio de sus funciones. Más allá del polémico aspecto de introducir el concepto de “nulidad” de una cláusula constitucional o de proseguir con el uso técnico de la declaración de “inconstitucionalidad”, lo cierto es que el mentado inc. 2 implicaría una verdadera mutación de la forma de Estado al exigir una condición que es peculiar de las “confederaciones”. Acaso no haya sido ésa la intención de los constituyentes de 1994, pero lo cierto es que el error o la confusión resultan inexcusables, aunque todavía no se haya dado cumplimiento al inciso 2° del art. 75 y, por ende, tampoco tenga “auto sustentabilidad” el inciso 3° en cuestión.

#### **Cuarta parte: crisis del sistema impositivo**

Con cada recambio en la conducción económica del gobierno, vuelve a ponerse de manifiesto que el mal principal que aqueja a la economía del país es la falta de un sistema fiscal orgánico, capaz de hacerse cargo de las necesidades del Estado. Dicha insuficiencia ha sido reconocida, pero casi siempre se advierte que se ha apelado a soluciones que resultan de emergencia y no a reformas estructurales.

Resulta claro, como ha quedado dicho, que reformas estructurales en materia fiscal, son una *asignatura pendiente* para nuestra economía, puesto que no se trata solamente de poner o eliminar impuestos, desatendiendo variables fundamentales que hacen al desenvolvimiento macro económico

del país, sino que hay que atender firmemente a la expansión de la actividad económica para que los impuestos puedan ser pagados. No menos se puede dejar de atender al establecimiento de un moderno sistema de control de la evasión fiscal, lo cual dependerá, muy especialmente, de una reforma en la organización administrativa de los aparatos de control, reforma que no será posible si no modernizamos el sistema informático nacional, provincial y municipal, en tanto este sistema esté directamente referido a constatar la capacidad contributiva de nuestra población.

Las presentes consideraciones no son el resultado de una apreciación improvisada de nuestra parte, sino que surgen de una evaluación objetiva de estudios especializados, que sin intencionalidad política alguna, han puesto de manifiesto las indicadas evidencias.

Pero lo que resulta notable como llamado de atención a la irresponsabilidad de que ha hecho gala nuestra dirigencia desde el comienzo del pasado siglo, es que los mismos males que se señalan como causantes de los profundos desequilibrios en la hacienda pública de la Argentina, fueron denunciados por el eminente tratadista francés Gastón Jéze en 1924, cuando luego de visitar nuestro país escribiera un largo estudio, luego publicado con el título de *“El Régimen Fiscal en la República Argentina.”*

Nos decía Jéze, ya en aquella época, sin ambages: “Salta a la vista, cuando se estudia la hacienda pública Argentina, que esta República no tiene las finanzas que debieran corresponder a su economía nacional: existe una profunda y radical oposición y contraste, entre la “prosperidad” económica de la Argentina y el desarreglo de sus finanzas públicas. Mientras la economía nacional crece prodigiosamente, la hacienda pública es malísima: está en déficit permanente” (Jéze, p. 19). Resulta notable que en los tiempos en que Jéze hacía sus apreciaciones, la Argentina prosperaba económicamente; fue la maldad de su sistema fiscal un factor determinante de la falta de crecimiento y desarrollo en que hoy nos encontramos. Habrá que recomponer orgánicamente el sistema fiscal si queremos volver a la prosperidad perdida.

Fijémonos los argentinos que ya en 1924 Jéze también señalaba que no había en la República censos de comerciantes e industriales, lo cual impedía la eficiencia del sistema fiscal: ¿dichos censos, están al día ahora? Por si no es suficiente esta apreciación que suena a premonitora, en 1912 el Ministro de Hacienda José A. Terry —cuyo sitial de esta Academia tengo el orgullo de ocupar— ya reconocía que la historia financiera argentina se reduce a la historia de sus déficits y de los medios para enjugarlos (conferencia pronunciada en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires).

Podemos seguir glosando el muy actual pensamiento de Jéze formulado en 1924. El señalaba que las insuficiencias del sistema impositivo argentino radicaban en que:

I.- *No es elástico*: porque consiste, casi exclusivamente, en la imposición sobre los consumos: en 1921 el 75% del total de lo recaudado (un porcentaje bastante semejante al de los últimos tiempos en Argentina) provenía de esa clase de impuestos. Ya en ese tiempo Jéze sostenía que eso era injusto (Págs. 80/81). Hoy sostenemos que hacer recaer la carga fiscal en los impuestos al consumo, caso del IVA generalizado, es regresivo.

II.- *Es injusto*: —como vimos— porque recae sobre los más pobres (Pág. 81). En tal sentido la injusticia del IVA es manifiesta en cuanto a los artículos de primera necesidad (alimentos, medicamentos, etc.).

III.- *Es desordenado*: Nunca en la Argentina ha sido confeccionado un programa fiscal coherente, en el cual cada parte desempeñe un papel determinado para obtener un resultado relacionado con el conjunto. Existe una multitud de impuestos, sin orden, ni lógica, ni cohesión (Pág. 81). El mismo desorden desquiciante se advierte en nuestros días, donde a la multiplicidad de impuestos permanentes, se le agrega una multiplicidad de regímenes de excepción que generan injustos privilegios, todo lo cual, sumado a la insuficiencia del sistema de Coparticipación Federal impositiva, cierra un cuadro de perfiles verdaderamente sombríos.

En suma, resulta notable que el debate actual sobre la reforma del Estado no ha incorporado una cuestión tan profunda como ésta. Cuestiones fundamentales como la compatibilización entre el modelo global de política económica y las exigencias de recaudación con el sistema fiscal, o la estrategia óptima de los organismos recaudadores, no están aún resueltas. El resultado de lo que ya se ha constituido en una eterna postergación será que la sociedad argentina se verá expuesta día a día a costos sociales y políticos incalculables.

Cabe preguntarnos entonces, si será cierto que el argentino es el único “animal político” —en términos aristotélicos— capaz de tropezar con el mismo obstáculo infinidad de veces, sin capacidad de rectificarse a debido tiempo como para evitar la dolorosa y costosa reincidencia en el error. Nos resistimos a creer que sea así, por cuanto una hipótesis de ese calibre conllevaría a la larga a admitir la desintegración del Estado Nacional, lo cual no puede contarse entre los objetivos de ningún compatriota sensato, salvo que se predique un “suicidio colectivo”. Por lo visto, el don que más escasea es la autocrítica.

*Apéndice**Constitución Nacional*

Artículo 75. Corresponde al Congreso:

Inciso 2º: Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires en su caso.

Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

Inciso 3º: Establecer y modificar “asignaciones específicas” de recursos *coparticipables*, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

# LAS REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LA MUERTE, EL SUICIDIO ASISTIDO Y LA EUTANASIA

POR SANTOS CIFUENTES (\*)

I. Los derechos de vivir y de morir. II. El derecho de morir. Precisiones y polémicas. III. El suicidio y la ayuda al suicidio del enfermo llamado “terminal”. IV. La eutanasia. V. Propuesta reglamentaria de la eutanasia. Requisitos.

## **I. Los derechos de vivir y de morir**

La vida y la muerte, acontecimientos de la naturaleza, son lo más elevado para el hombre, desde que producen el origen y la extinción de la mayoría de los bienes y derechos personales. (1) En el esquema de la construcción teórica, deben ser ubicados en la categoría de los hechos externos, por no ser obra del hombre ni actos humanos voluntarios. (2) Esta premisa no

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 8 de julio de 2010.

(1) A dicho el jurista peruano Dr. Carlos Fernández Sessarego, con cita de P. RESCIGNO: “La fine Della vita umana”, en *Revista di Diritto Civile*, 1982, I, p. 634, que el interés del jurista no se orienta sino marginalmente hacia la especulación filosófica o religiosa en torno a la muerte. Su atención centra en los temas de índole médico-legal y de moral biomédica. Es a partir de esta dimensión del saber que el jurista inicia la propia reflexión sobre el hecho jurídico de la muerte: “consideraciones jurídicas sobre la muerte, NOTARIUS, “*Revista del Colegio de Notario de Lima*”, Año 1, N. 1, Lima, Perú 1990, p. 149 y siguientes.

(2) Tal es la categorización del Código Civil Argentino en el art. 896, pues como enseñó su codificador, Dalmacio Vélez Sarsfield, en la nota a esa norma: “hechos externos, y que podrían llamarse hechos accidentales, o hechos de la naturaleza, como son los terremotos, tempestades, etc.; que hacen perder muchas veces los derechos”... “O como son los que hacen adquirir derechos, tales como”... “La sucesión ab intestato, cuya causa productiva de derechos, es el fallecimiento a la persona a la que se sucede, o como son también los derechos que derivan del nacimiento”.

queda destituida de verdad por la circunstancia de que, con la técnica y la ciencia pueda engendrarse la vida fuera de la matriz materna —fecundación in Vitro—, o que sea posible sostener la aparente vida de quien carece de sustento propio cerebral y encefálico. La muerte aunque fuera intencionalmente provocada (por homicidio, ejecución punitiva, suicidio) no es acto humano, dado que el expirar, como acontecimiento que produce en ese instante los efectos jurídicos consiguientes, es accidental, inmanejable por mas provisto y mediatamente calculado que sea el desarrollo de sus antecedentes y condiciones desencadenantes.

Se llega, pues, a la conclusión de que no pueden construir la estructura lógico-jurídica de un derecho subjetivo personalísimo sería, pues, seriamente cuestionable hablar de un “derecho a la vida” y de un “derecho a la muerte”. La vida y la muerte simplemente ocurren.

Por otra parte hablar de un “derecho a la vida”, podría implicar que el individuo puede obtenerla o no a voluntad. De la misma manera, hablar de un “derecho a la muerte”, sería encuadrarla en el área de las facultades o disponibilidades del titular y admitir que el suicidio es parte del conjunto de decisiones protegibles y no impedibles por terceros. Se pondrá a la vista la perplejidad de Pérsico, cuando dijo: “El tiene el derecho de morir pero yo tengo el derecho de salvarlo”, lo que es un contrasentido.

Asumo la idea de que la “dignidad” es un “valor” que califica. La dignidad está por encima de los derechos, aun de los fundamentales. Este valor se refiere al principio de la autodeterminación, de la elección frente a las opciones que se presentan en la vida. No hay hechos naturales, externos, accidentales, dignos o indignos. La naturaleza, sus destrucciones y creaciones son lo que son, no valen positiva o negativamente. El hombre es el titular de los derechos personalísimos, especie de los Derechos Humanos. Los antecedentes de hecho derivados de las fuerzas incoercibles del mundo físico, no entran en la categoría del valer, sino en la del ser.

Los llamados “derecho a la vida” y “derecho a la muerte”, presuponen la idea de una disponibilidad definitiva y absoluta, total, de raíz sobre el bien de la vida, bien del cual dependen muchos de los otros derechos personalísimos. (3) Y sabido es que todo derecho de esa especie es *relativamente disponible*, por cuanto solo son posibles algunas disposiciones

---

(3) Se ha pensado que la vida es un valor como el ambiente sano y equilibrado, los recursos naturales (ver German J. BIDART CAMPOS “Derecho constitucional y bioética en relación con la vida humana. Valor vida y derecho a la vida”, JA, 1998-IV-701). En mi opinión hay que distinguir los “valores” de los “bienes” y de los “derechos”. La vida no es un valor sino un ser, un existente. Así como la bondad (con

del titular, solo del titular o de quien lo reemplace en ciertos supuestos y circunstancias, parciales y transitorias, puesto que además son derechos esenciales, necesarios y vitalicios. (4) No es posible por lo visto, sin imprecisión hablar del derecho “a” o “sobre” la vida y la muerte. Por eso creo que solo es aceptable hablar del “derecho de vivir” y correlativamente el “derecho de morir”. Es decir el de gozar y proteger la vida, sustentarla y evitar todo ataque contra ella, con la facultad de disponer relativamente que es, por ejemplo, cuando se la somete a peligros, experiencias que no tengan la fatalidad insoslayable de producir la muerte segura y definitiva (así los deportes y actividades riesgosas, las experimentaciones y las investigaciones científicas, armarse en defensa de los semejantes y de la patria). Y en tal forma aparecen los derechos al cuerpo y a la salud, con las facultades de decidir cuando la enfermedad es irreversible y definitiva, el futuro tránsito del deceso, como si fuera metafóricamente “la mi muerte”, aceptando o impidiendo terapias, no obstante que algunas se anuncien como salvadoras, otras de mantenimiento, otras en fin paliativas o de alivio.

## II. El derecho de morir. Precisiones y polémicas

La autonomía de la voluntad —principal contenido del valor “dignidad” — se estructura en forma compleja y polémica. En medicina hay dos conceptos en pugna, o sea la “paternalista” (como un resabio del imperialismo aplicado a la medicina) y la “liberal” que respeta *autrance* las decisiones del titular del derecho. Debo adelantar que me inclino por la concepción filosófica plural, no dogmática y liberal. Sobre esta base y descartando toda incursión en otros saberes que no son los que aquí nos convocan —la ciencia jurídica—, veré de desarrollar los problemas del suicidio asistido y de la eutanasia que, adelanto, estimo que deben ser prohijados cuidadosamente en los ordenamientos jurídicos, para rodear de dignidad los trances más

---

su lado negativo: la maldad) es una cualidad del acto bondadoso, pero que por sí misma no da cuenta de la índole del acto; destruir la vida puede ser un acto digno o indigno, compasivo o impiadoso. Pero la vida tiene condición de ente y de bien jurídicamente protegido por la constitución y las leyes, sobre el que recaen intereses y derechos subjetivos. Entre los valores la justicia, el bienestar, la felicidad, la dignidad, la seguridad, la paz, la buena fe, las buenas costumbres, son positivos. En relación de polaridad tenemos la injusticia, el malestar, la infelicidad, la indignidad, la inseguridad, la guerra, la mala fe, las malas costumbres, que son valores negativos. Un valor vale, y la vida, como la libertad, son. Véase FERRATER, Mora, Diccionario de filosofía, t. 4, p. 3375 y ss.

(4) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, El derecho, los trasplantes y las transfusiones, Barquisimeto, Ucola, 1980, p. 34.

angustiosos del ser humano. Pretendo demostrar que hay que evitar ciertas trabas, pues como ha dicho el escritor finisecular Leopoldo Alas, “lo mismo las leyes, que las costumbres, que la religión, tienen una traba infranqueable donde quiera que la esencia del derecho esté sustituida por una mitología legal o supersticiosa, por un formalismo materialista y estrecho”. (5)

Algunos pensadores adoptan —aun sin decirlo expresamente— el “paternalismo” en la situación y en el proceder del médico, lo que es eufemísticamente hablando el “despotismo ideológico”, (6) llámeselo “político y de poder”, “religioso” o “filosófico”. Enseñan un punto de vista propio que se debe imponer desde afuera y en abstracto. Al construir la idea de que Dios es dueño de la vida y de la muerte y que sólo ese ser superior resuelve, se deja de lado la comprensión de que algunos o muchos no creen en Dios y que otros tienen diferente religión, o que responden a una filosofía más permisiva, no estando, por ende, obligados por aquellas creencias con sus dogmas prohibitivos, y ello por extendidas y generalizadas que estén en un país o religión determinados. Por eso lo más sensato, desde la órbita jurídica, es respetar en lo posible los derechos de cada uno. Para oponerse filosóficamente al pensamiento de la autonomía de la voluntad, se ha sostenido como una especie de vuelta de tuerca y desde la teoría llamada del “perfeccionismo” que, los motejados peyorativamente “ultra individualistas”, prefieren una concepción del ser humano que trata con desigual consideración y respeto a los que prefieren una legislación restrictiva, paternalista. Vale decir que los liberales, al proponer abolir esas restricciones en pro de la decisión individual de cada uno, impondrían una concepción a los que apoyan esas restricciones y caen también por ello en un “paternalismo” de sentido contrario, que se concretaría en orientar la decisión de los jueces, legislación y políticas en la defunción del modelo de la autonomía de la voluntad. (7) Con tal punto de vista ambas preferencias serían “despotismos ideológicos”, pero es dable pensar y recapacitar acerca de cuál de ellos es el más despótico, sin olvidar que el más despótico es el más indigno, puesto que la dignidad asienta precisamente en la autodeter-

---

(5) ALAS, Leopoldo, “Solos de Clarín”, Alfredo Hierro Editor, junio de 1881, p. 96.

(6) Toda ideología da respuestas sistemáticas a los problemas con argumentos científicos, pero en realidad no responden a un saber generoso y abierto, sino a intereses ya sea crematísticos, de grupos, de parcialidades o de dogmatismos cerrados que se han expandido en las comunidades.

(7) John FINNIS, “Natural Law and natural right”, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 218; MASSINI CORREAS, Carlos, “El Derecho a la vida como Derecho Humano”, “El Derecho” 175, p. 802.



minación, en las conductas de propia referencia. Abolir las restricciones, admitir la elección personal frente a la vida y a la muerte, no parece ser lo más expuesto al ejercicio imperial del paternalismo médico, sino disponer que cada uno se decida según sus concepciones y conciencia.

La actual bioética también se ha encontrado con ese tradicional pensamiento, que pretende encerrar en cosmovisiones partidistas y de sector todas las decisiones del hombre capaz y adulto. En este sentido algunos autores advierten que muchos pacientes moribundos, que además padecen fuerte dolores, podrían beneficiarse con la medicina paliativa y que sería adecuado que el Estado la garantizara a toda la población en forma igualitaria. Es así como un grupo cristiano representado por el Dr. Dobson, escribió: “en un margen de un 60 a 40 % los oregonianos (oriundos del Estado de Oregón) han autorizado a sus doctores a administrar dosis letales de veneno para matar pacientes... Y prevenía: Si Ud. es anciano o está enfermo, Oregón es el último lugar donde Ud. debería estar. “Estaremos —dijo— eventualmente matando a aquellos que no están enfermos, a aquellos que no pidan morir, a aquellos que son jóvenes pero que están deprimidos, a aquellos cuya vida se juzgue de baja calidad, y a aquellos que sientan la obligación de no ser una carga”. (8)

Hoy, sin embargo, es mayoritaria la otra corriente que apoya la necesidad de legislar para todos. (9) El principio de autonomía, se refiere al derecho de las personas de ejercer su libertad de acción y de elección (yo diría que esto es a lo que se refiere el valor “dignidad”). (10) Es un planteamiento de ética “politeísta”, en sentido de que existen varias perspectivas morales igualmente defendibles, pero diversas entre sí en las comunidades democráticas. Interpretación racional, se sostiene, de nuevos hechos que, valorados en la medida del hombre, son humanizados; una “ética civil” que se aparta del monopolio de los teólogos y pensadores religiosos de la década del 70; “desconfesionalización”, se dice, que en una comunidad secularizada

---

(8) Dobson's James, Dr. Dobson's Study for 1998-jan:<http://www.family.org/docstudy/newsletter/a000580>. Html Focus on the family. En Argentina ver MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana A., “Para reflexionar sobre la eutanasia o sobre el pseudo derecho de morir con dignidad”, en *El Derecho* 194, p. 887.

(9) LORENZETTI, Ricardo L., “Derecho a rechazar tratamientos médicos y derecho a morir en la reforma del código civil”, *JA*, 1994-II-844. Porque asistimos hoy, dice ese autor, a un mundo heterodoxo que disuelve la posibilidad de imponer una solución colectiva homogénea en el plano de las creencias, p. 852.

(10) MAINETTI, José A. y MAINETTI, María M., “El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama...”, *JA*, 1998-IV-305.

y pluralista, justifica la nueva óptica. (11) En esta nueva óptica se ponen de relieve motivaciones que para el ser humano pudieran ser superiores a la vida misma, como el caso del tratamiento de las transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová que se niegan exitosamente, en la Argentina a partir de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Bahamondes” de 1993, aun frente a la probable o segura muerte si no se someten al tratamiento. (12)

A partir, por lo tanto, de un enfoque laico y secular, pero sobre todo jurídico y humano, habré de considerar el derecho de morir, ante las opciones que se presentan en la situación de eminente desenlace. Bien se ha dicho que en el umbral de la muerte la toma de decisiones que está cargada de emocionalidad para el enfermo, la familia y los médicos asistentes, sólo tiene sentido en el marco del respeto a la dignidad del paciente; que el deber de asistencia —con su histórico paternalismo— entra en colisión con la autonomía del paciente, pero la preservación no es defendible a ultranza y el derecho a la salud y a la vida digna le ponen límites. (13)

Desde esta arista reflexiva no corresponde sostener que, frente al diagnóstico médico, el enfermo grave pueda ser sometido forzosamente a una terapia. El *consentimiento informado* es hoy, precisamente, una prerrogativa del enfermo. Ello quiere decir que éste tiene la facultad de rehusar. (14) Y, a la inversa, consentir tratamientos, cirugías y asistencia

---

(11) BERTOLDI DE FOURCADE, María V., “Bioética y derecho. Pautas básicas para la caracterización de sus relaciones”, LA LEY, 1998-C, 1306, citas de VIDAL Marciano, “Bioética. Estudios de bioética racional”, Paidós, Barcelona, 1995, p. 55; Bertoldi de Fourcade María Virginia y Stein, Patricia, LA LEY, 2004-F, 1226, “Manifestaciones del derecho a disponer del propio cuerpo, consideraciones acerca de la salud reproductiva, graves enfermedades y clonación” HOOFT, Pedro F., “Bioética, biopolítica y bioderecho”, JA, 1994-II-784; GAFO FERNANDEZ, Javier, “Diez palabras clave en bioética”, El Derecho, verbo Divino, Navarra, 1993, p. 8.

(12) Ver fallo de la Justicia de Córdoba de 2 de Septiembre de 2000, “LA LEY, 2001-C, 821, con nota de Carlos E. COLAUTTI “Los tratamientos médicos y la soberanía sobre el propio cuerpo”

(13) KRAUT, Alfredo J., “Los derechos de los pacientes”, Abeledo-Perrot, 1997, p. 81 y siguientes.

(14) HIGHTON, Elena I., “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 165; pto. 4. P. 170; LEMON Alfredo, “La más secreta intimidad (El derecho constitucional en los umbrales de la muerte)”, LA LEY 1993-E, 829, aps. VI y VII, pp. 842 y 843; KRAUT, Alfredo, “Los derechos de los pacientes”, op. cit.

médica sobre su cuerpo. La negativa debe representarse, aun cuando aquel diagnóstico y pronóstico pongan en evidencia la posibilidad de la muerte al no someterse a dichas terapias. El respeto de semejante autonomía del paciente, producto de su dignidad humana, es hoy inocultablemente cuasi universal. (15) Expuse ya en 1974 (“Los Derechos Personalísimos”, 1ª ed., Lerner), un pensamiento que apuntala la idea, no obstante que dicha negativa sea considerada por los galenos perjudicial y hasta mortal para el enfermo. El argumento es que en este caso no hay una actitud pasiva y suicida ante necesidades naturales y exigencias del cuerpo, porque, por un lado, la operación no produce la certeza de salvar la vida, es sólo un medio científico de probabilidades; por el otro, la cura probable quirúrgica implica sufrimientos, dolores, internaciones y trastornos que solo el titular del derecho al cuerpo, debe poder sopesar y apreciar, aun cuando se la considere por los médicos de toda necesidad. (16)

Es cierto que el consentimiento se presta cuando la persona pasa por un estado emocional y a veces de debilitamiento psicofísico. Pero sería una exageración pensar por ello que todos los enfermos conscientes tienen deteriorado el discernimiento y que sus respuestas a la terapia son involuntarias (art. 921 Código Civil), como en alguna oportunidad se sostuvo para desconocer sus consecuencias. (17) La angustia y el estado emocional son controlables. Sostener la fatal ausencia de discernimiento generalizaría una concepción que, extendida a otras situaciones de pronunciados efectos emocionales (padres recién divorciados; comerciantes caídos en quiebra; personas que pasan por alguna situación afligente, etc.), daría por tierra con la libertad, como si en todos esos supuestos se hubiera actuado con pérdida accidental de la aptitud para valorar el acto y sus consecuencias. Es irreal semejante esquema, pues en estado patológico subsisten resortes de valoración. Ello dejando aparte la posibilidad de estudiar caso por caso lo sucedido.

---

(15) El art. 32 de la Constitución de Italia, dispone: “nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario y la ley no puede, en ningún caso, violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”.

(16) Esos argumentos fueron recogidos a la letra en la sentencia de la CNCiv., sala H, 21/2/91, LA LEY, 1991-B, 364, y transcriptos por su anotador, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “la voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en el propio cuerpo”. También los reprodujo HIGHTON, Elena, op. cit., ap. 4, p. 174.

(17) WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos A., “La responsabilidad médica. El derecho de información y decisión del paciente. El estado de necesidad. El consentimiento y la aceptación de riesgos”, LA LEY, 1998-E, 1165.

### III. El suicidio y la ayuda al suicidio del enfermo llamado “terminal”

Ahora bien, de lo expuesto se deduce que el suicidio no es facultativo y puede ser válidamente impedido por la autoridad y hasta por terceros particulares. No existe el derecho-facultad de quitarse la vida, y sobre esto las opiniones son mayoritarias. (18) Para Carlos Fernández Sessarego el ser humano es estructuralmente social, y tiene obligaciones frente a terceros. “La vida humana no puede por ello, ser concebida fuera de la comunidad. El derecho a la vida es indisponible”. (19)

Ello aparte, sostengo como argumento colateral que si la persona es sana, la propensión al suicidio y el acto mismo consumado o su tentativa, puede comúnmente inducir a pensar en una deficiencia mental acusada o bien que pasa por un momento de falta de discernimiento. No es que siempre el suicidio sea producto de la patología mental que sea consecuencia de la depresión psíquica. En varios casos puede no ser así, pero debido a la autoconservación del ser humano y el gran temor de dejar esta vida es muy difícil juzgar acerca de la salud mental del suicida, y si es apreciable la alta posibilidad de que no esté en su sano juicio en el preciso instante de querer quitársela. En este juego de probabilidades estriba la antijuricidad aunque no delictiva, del suicidio. (20)

En cambio, el derecho a morir, cuando el individuo tiene una enfermedad final y de corta duración encierra un serio conflicto. Creo que el orden jurídico debe diferenciar las distintas circunstancias. Una cosa es el suicidio activo o pasivo de un sano, y otra la situación de un enfermo terminal y que sufre gran pesadumbre y dolores pero que tiene salud mental para comprender su estado. Este segundo supuesto pone frente a disímil solución. Indica la necesidad de volver al respeto de la dignidad, o sea la autodeterminación. La ayuda al suicidio o el suicidio asistido, no debería ser penado, sino reglamentado con precisión. Los agudos sufrimientos soportados por la imposición del criterio de terceros, aparecen para la bioética como un caso de “maleficencia”.

---

(18) DE CUPIS, Adriano, “I Diritti Della personalitá”, Milano, Giuffré, 1982, 2ª ed., p. 105; BUERES, Alberto, “responsabilidad civil de los médicos”, Abeledo-Perrot, 1994, t. II, p. 36. Otros, autores, como observa KRAUT, op. cit., p. 116, y él mismo acepta siguiendo a Zaffaroni y a Orgaz, estiman que siendo una acción no punible ni antijurídica, es una facultad en el área de la autodeterminación de persona.

(19) Ver op. cit., p. 159, sobre todo porque, sostiene, es ilícita la ayuda al suicidio, p. 161.

(20) Ver mis “Derechos Personalísimos”, Astra, 2ª ed. 1995, p. 267.

A fin de sostener que ese tipo de suicidio asistido debe ser prohibido, se han desarrollado diversos argumentos. Recuérdese lo expuesto por Dobson's James. Se ha dicho, por ejemplo, que una cosa es que el paciente rechace o interrumpa tratamientos médicos, y otra la actitud de los médicos que prescriben drogas letales a pacientes de mente sana con enfermedades terminales. Así lo decidió un interesante fallo de la Corte Suprema de los EE.UU., convalidando la constitucionalidad de una ley de Nueva York. (21) En ese país se ha sostenido por la Corte Suprema del Estado de California que, ante un pedido de la esposa y curadora, para lograr autorización judicial a la solicitud de interrumpir el tratamiento que mantenía en vida al incapaz, debía probar: 1) el deseo de morir del incapaz ante la falta de una directiva anticipada del mismo; 2) en subsidio que dicha interrupción estaba de acuerdo con el interés del incapaz, en el sentido de su beneficio-utilidad. (22)

Me parece artificial la solución. Hay dos elementos no descartables: la condición desahuciada del enfermo y la necesidad de llegar a una muerte digna atendiendo su propósito, no viciado, de que así sea. El rechazo de un remedio que puede salvarlo; la interrupción de un tratamiento que implica el deceso inmediato, para evitar "encarnizamiento terapéutico"; el suministro de calmantes que producen en escaso tiempo la muerte y la prescripción de remedios letales, son otras tantas conductas que atienden una solución igual para el enfermo; tienen la misma intencionalidad inmediata y mediata: procurar el descanso definitivo para que no se sufra más ante lo irremediable. Es el paciente el centro del problema, porque es éste el titular del derecho de morir con dignidad pero no el médico. Todos los procedimientos expuestos procuran la muerte directamente, aunque con algún subterfugio alguno de ellos. O se prohíbe y penaliza todo, o se lo permite y legisla. Lo razonable jurídicamente hablando es la segunda decisión, aunque con serios controles. O en caso contrario uno se pregunta, como la comentarista del primer fallo recordado de EE.UU., Dra. Gelli: ¿Cómo se soluciona el caso de un cardíaco con marcapasos que solicita que se lo desconecte y el médico respeta la decisión (la debe respetar) de no seguir

---

(21) Autos: "Vacco, Attorney General of New York, et. Al. V. Quill et. Al., certiorari to the United States court of appeals for the second circuit", n. 95-1858. Fallo del 26/6/97, ver el comentario de GELLI, María A., "La prohibición del suicidio asistido. Garantía de igualdad en una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos", LA LEY, 1998-B, 1347.

(22) SC California, 9 de agosto de 2001, causa "Wendland Rose c. Wendland, Florence, LA LEY, 2002-F, 512, con nota de TINANT, Eduardo Luis "Eutanasia pasiva y la distancia a la luz de un fallo de la Corte Suprema del Estado de California". En ese caso se consideró insuficiente la prueba de esos requisitos y se denegó la autorización.

el tratamiento, lo que seguramente produce la muerte? La distinción de ese ejemplo, concluye, frente al suicidio asistido, no es clara.

En el Estado de Oregón de los EE.UU. prevalece la libertad del paciente. Allí la ley "*Oregon's suicide law creates a slippery slope*", dispone una serie de pasos: 1. El paciente debe ser un enfermo terminal. 2. Deben haberse confirmado seis meses de vida o menos. 3. Debe requerir en forma oral dos veces la asistencia a morir. 4. Debe conformar un requerimiento escrito. 5. Debe llegar al convencimiento de dos terapeutas sobre su sinceridad y sobre su decisión libremente voluntaria. 6. No debe haber ningún depresivo. 7. Debe ser informado sobre las alternativas del control del dolor. 8. Debe esperar hasta quince días para la medicación oral. (23)

También en Gran Bretaña en marzo de 2002 con respaldo en la Convención Europea de Derechos Humanos la Cámara de los Lores argumentó a favor del pedido de una paciente (de nombre "Dianne") y adujo que los individuos son los que deben decidir. La persona puede rechazar un tratamiento que lo salve o le prolongue la vida; incluso legalmente podría decidir suicidarse, concluyendo que "el derecho a la muerte no es la antítesis del derecho a la vida, sino su corolario; el Estado tiene la obligación positiva de proteger ambos derechos". Pero esa convención no justifica la convención de que la Cámara de los Lores deba legalizar "la asistencia al suicidio", dejando sin efecto una provisión como el art. 2 (1) de la ley de 1961. (24)

Me inclino por la dignidad, esto es por la autodeterminación en todos los casos. Cuanto más si se tiene en cuenta que a ningún tercero se perjudica.

Si, como se ha expuesto, el individuo o paciente es el centro de la cuestión, y no el médico (25), está de más acudir a la intencionalidad del galeno y

---

(23) Ver MACHADO PELLONI, Fernando M., "El médico, el paciente y el derecho a una muerte digna (Introducción a un análisis liberal —restrictivo—)", JA, 1999-III-792.

(24) MEDINA Graciela, WINOGRAD Carolina, JA, 2002-II-985, "*El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte*". Ver así mismo, PIZZOLO, Calogero, "*Entre el derecho a la vida y el derecho a la muerte: el derecho a la autodeterminación. La cuestión en el último fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*"; LA LEY, 2003-B, 304.

(25) LEMON, Alfredo, op. cit., p. 841; MAAS, Noel y DANIELIAN, Miguel, "La ciencia médica y los experimentos con seres humanos", ED, 97-939.

aun al repudio que responde a filosofías de terceros. Es claro que el deber de los médicos es el de curar. (26) Sin embargo se ha dicho el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana, ese deber encuentra sus límites en el derecho del individuo de determinar, en principio, por sí mismo sobre su cuerpo.

Traslado aquí las jugosas expresiones de Lemon, quien después de señalar las miserias que la colectividad mira indiferentemente sin ponerles remedio; los sacrificios que, por otro lado, la sociedad impone; el terrorismo de Estado; el desamparo en que quedan grandes grupos de personas, dijo: "...que las libertades, los derechos y las garantías legales puedan exigirse también *in articulo mortis*. Prolongar la vida por dudosas y vanidosas deontologías es un capricho imperdonable..." (27)

Es de destacar que para algunos médicos y pensadores la admisión de la ayuda permite a la justicia "blanquear", o sea "legalizar" una práctica que numerosos profesionales llevan a cabo silenciosamente y llenos de temor, por la sola compasión con el enfermo suplicante. (28) Ha dicho alguna vez Juan Anneo Séneca, en sus "Epístolas Morales", 34 años antes de Cristo, la peor de las muertes es la que dura, la que se alarga; la súbita o de un momento es la menos mala, la preferible para volver de donde venimos al nacer.

En este sentido la Corte Constitucional de Colombia, en fallo del 20 de mayo de 1996, ha sostenido que la muerte digna puede relacionarse con varios comportamientos, enunciando como uno de ellos a la asistencia al suicidio, en la cual el paciente se da muerte a sí mismo y la intervención del tercero se limita a suministrarle los medios para hacerlo. No puede obligarse a una persona, dijo el Tribunal por mayoría, a subsistir en medio

---

(26) Siempre me ha sorprendido el respeto incondicional al antiquísimo juramento hipocrático, que algunos especulativamente traen a colación para edificar sus ideas sobre ética médica, de la ciencia y de la técnica como si éstas no hubieran ocurrido, como si el hombre actual se encontrara ante iguales desafíos y problemas!!; como si, en definitiva, la organización médica y el ejercicio de la profesión tuvieran hoy idénticas alternativas a las de Hipócrates, que vivió 440 años antes de Cristo, cuando se aplicaba el sistema de la alteración de los humores del organismo. Aunque no debe olvidarse que el médico griego que sabía que nada podía hacer frente a ciertas patologías, simplemente procedía a hacer abandono del paciente. Ver; JAEGGER, W., "*Paideia - los ideales de la cultura griega*", México, F.C.E., 1957, p. 783.

(27) LEMON, Alfredo, op. cit., pp. 846 y 848.

(28) Ver KRAUT, Alfredo, op. cit., p. 122.

de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, aunque una inmensa mayoría de la población las estime intangibles, pues el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad. El deber del Estado de proteger la vida debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual frente a enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal debe ceder frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. (29)

Comparto la preocupación de Kraut, en el sentido de que el tema es opinable, conflictivo y acongojante, llegando a la conclusión de que no se pueden sentar reglas generales, pero aparece un ingrediente especial frente a la figura penal de la instigación y ayuda al suicidio: la enfermedad definitiva de desenlace inmediato, y el clamor de adelantarla, no de provocar la muerte. Creo que debe apoyarse la conveniencia de sancionar en el Código Penal una causal de no punibilidad o de justificación específica, similar a la que rige desde hace décadas en el Uruguay, art. 37 y en varios otros países. (30)

#### IV. La eutanasia

Voy a pasar por alto las diferentes clasificaciones de la muerte digna, que otros autores y algunos juristas han explicado, sea la orototansia (supresión de medios extraordinarios o desproporcionados de terapia final); la distancia (prolongación de la vida con medios extraordinarios); la eutanasia directa positiva y agónica; indirecta lenitiva; sea la voluntaria suicida; la homicida leve o eugénica-económica-social; la involuntaria; la pasiva, negativa, etc. (31) En esta oportunidad me voy a referir a la voluntaria positiva o negativa y agónica.

---

(29) Causa "Parra Parra, José E. s/inconstitucionalidad, art. 326 CP", LA LEY 1997-F, 509, con nota de BLANCO, Luis, "*Homicidio piadoso, eutanasia y dignidad humana*".

(30) NIÑO, Luis F., "*Significación jurídica de la ayuda al suicidio: el caso San Pedro*", JA, 1998-IV-713.

(31) Ver en la Argentina: MEDINA, Graciela y LEAL DE IBARRA, Javier, "*El derecho a una muerte digna*", JA, 1997-I-928; BERGOGLIO DE KONING, María T. y BERTOLDI DE FOURCADE, María V., "*La eutanasia, distancia y ortotansia, nuevos enfoques de una antigua cuestión*", El Derecho t. 117, p. 785; KRAUT, Alfredo op. cit. p. 85 y ss.; Gran Enciclopedia Rialp, Madrid 1981, t. 9, p. 577; MEDINA Graciela, y WINOGRAD, Carolina, "*El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte*", JA, 2002-II-979.



La eutanasia nos viene del griego, *eu* y *thanatos* que significa “buena muerte” o “bien morir”.

Esta conducta ha sido definida por el Dr. Blanco como “la acción médica con la cual se pone fin en forma directa a la vida de un enfermo próximo a la muerte y que así lo solicita, para lograr de este modo dar término a los sufrimientos de su agonía... o, también, en el caso de una omisión médica deliberada. (32) Otra definición es la que dio la Comisión Consultiva Federal de Bélgica y que fue inspirada en la de Holanda: “una intervención médica activa para terminar intencionalmente la vida, ante los pedidos explícitos del paciente (llevada a cabo) por otra persona que el paciente”. (33)

Se considera que el primero en usar el término eutanasia fue Francis Bacon en 1623, quien dijo: “la función de los médicos es devolver la salud y mitigar los sufrimientos y dolores, no solo en cuanto esa mitigación puede conducir a la curación sino también si puede servir para procurar una muerte tranquila y fácil”. (34)

El homicidio y el no derecho a matar no importan exactamente el caso del agónico que solicita terminar sus días cuanto antes. El homicidio por piedad merece la despenalización. Hay en tales circunstancias condiciones distintas que deben ser tenidas en cuenta para una calificación penal propia.

De la misma manera, la disposición de la vida de otro a pedido del titular de ese bien, no es igual como acto de disposición (en este caso absoluta e incondicionada) a cuando ello ocurre en dicha circunstancia terminales. Sentenciado el sujeto a morir en corto plazo de un mal incurable al tiempo en que decide la *disposición que hace es relativa*, pues ya la naturaleza se ha adelantado y es la que ha dispuesto la muerte por enfermedad deter-

---

(32) BLANCO, Luis G., “Muerte digna. Consideraciones bioéticas-jurídicas”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 30 y 31.

(33) SCHOTSMANS, Paul, Director del Centro de Ética Biomédica y Derecho de la Universidad Católica de Lovaina y miembro titular de la Comisión Consultiva Federal en Bioética, Bélgica, “*Debating Eutanasia en Belgium, o sea El debate de la eutanasia en Bélgica*”, JA, 1998-IV-732. En Holanda desde el 1º de enero de 2002 se permite bajo ciertas condiciones la eutanasia activa y pasiva (enfermedad incurable, dolores insuportables, pleno goce de facultades mentales e interconsulta médica), ver LAPALMA, Juan C., “*Fin de la existencia de la persona. Límites a los actos de disposición de la propia vida*”, JA, 2004-I-815.

(34) “*Historia vitae et mortis*”, Lancis, 1624, FER cit. p. 577.

minada y que sucederá próximamente. Si no se dieran tales circunstancias no habría, por cierto, legitimidad alguna.

Desde el punto de vista penal hay ejemplos de países que tomaron el buen camino. Así los códigos de Noruega (art. 235), de Polonia (art. 227), de Suiza (art. 115) y de Dinamarca (art. 240). Que atenúan la penalidad del médico interviniente hasta inclusive despenalizado. En América Latina el ya citado Código Uruguayo (art. 37), el anterior de Colombia (art. 364) dan facultades al juez para perdonar al culpable. (35) Otros Códigos solo atenúan la punibilidad, como el de Brasil (art. 121), el de Costa Rica (art. 189) y hasta erigen una figura tipo específica atenuada, como el de España de 1995 (art. 143, inc. 4) y el actual de Colombia (art. 326).

En el orden civil es de recordar la ley de Holanda después de la controversia que empezó en 1969 y la opinión de la Comisión Consultiva de Bélgica creada en 1995. Esta última tuvo en cuenta cuatro opciones: 1ª) la legislación de la eutanasia; 2ª) la regulación procedimental siguiente al hecho de la eutanasia, llevada a cabo en la relación médico paciente; 3ª) la regulación procedimental *a priori* de las decisiones médicas más importantes en el término de la vida incluyendo la eutanasia; 4ª) el mantenimiento de la prohibición legal corriente de la eutanasia. La tercera opción fue la recomendada, pero que mantiene como la segunda del sistema holandés, a la eutanasia dentro del Código Penal, aunque la consideran legalmente justificada dentro de ciertas condiciones. (36)

En Holanda en la ley de 2002 fue sancionada por mayoría de ambas Cámaras del Congreso. La ley 26.691, para admitir una eximente aplicable al médico que haga que termine la vida de un paciente a pedido del mismo o preste ayuda al suicidio exigente en el art. 2, los requisitos de cuidado,

---

(35) El de Uruguay, art. 37 dice: "Los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio efectuado por móviles de piedad, mediando súplicas reiteradas de la víctima." La Corte Constitucional de Colombia, el 27 de junio de 1997, dijo: "quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerle fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, que ha llevado al legislador a crear un tipo legal autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado... la conducta no obstante la motivación, sigue siendo antijurídica, pero, en cuanto al aspecto subjetivo la sanción es menos..." LA LEY, 1997-F, 509.

(36) SCHOTSMANS, Paul, op. cit., p. 37. Para una correlación entre las leyes de Holanda y Bélgica, ver la de GANC B. Diana, "Síntesis comparativa entre las leyes de eutanasia de Holanda y Bélgica," JA, 2003-III-1318.

sea que el médico: a) haya llegado al convencimiento de que la petición es voluntaria y bien meditada; b) haya llegado al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora; c) que haya informado al paciente de la situación en que se encuentra y de sus perspectivas de futuro; d) haya llegado al convencimiento juntamente con el paciente de que no existe otra solución razonable; e) que haya consultado con un médico independiente que ha visto al paciente y que ha emitido su dictamen por escrito sobre los requisitos de cuidado a los que se refiere los apartados a) al d), y f) haya llevado a cabo el final de la vida o el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posibles.

En lo que se refiere a la capacidad, la ley holandesa admite que el médico puede atender a un paciente que cuente al menos con 16 años y que ya no pueda expresar su voluntad pero que estuvo en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto antes de pasar a encontrarse en el citado estado de incapacidad y que redactó una expresión por escrito que contenga una petición de terminación de su vida, se aplicarán por analogía los requisitos de cuidados referidos del art. 2º. Cuando el paciente tiene entre 16 y 18 años, el médico puede atender la petición después de que los padres o el padre o la madre que ejerza la patria potestad o la persona que ejerza la tutela haya participado en la toma de decisión. Cuando el menor tenga entre los 12 y 16 años si puede hacer una valoración razonable, el médico puede atender una petición del paciente sobre terminación de su vida en el caso de que los que ejerzan la patria potestad o la tutela estén de acuerdo. (37)

#### **V. Propuesta reglamentaria de la eutanasia. Requisitos:**

a) Que no exista ningún tratamiento médico para la curación.

b) Que un segundo médico no familiar, empleado o miembro del servicio profesional que lo atiende y un psiquiatra lo hubiesen examinado confirmando el diagnóstico de existencia y gravedad de la enfermedad; la posibilidad cierta de que muera por esa enfermedad; la inexistencia de depresión que afecte su razón y conciencia.

c) Que el paciente tenga gran dolor y angustia.

d) Que el médico haya informado al paciente sobre la enfermedad, su evolución y tratamiento.

---

(37) ANDRUET, *“Visión crítica de la ley holandesa sobre la eutanasia,”* LA LEY, 2006-E, 979.

e) Que el paciente con aptitudes de comprensión por su estado y por su edad y discernimiento, indique al médico la decisión de apresurar su muerte y que a este le conste que está en ejercicio de sus facultades mentales no alteradas. Los menores deben estar asistidos por quienes los representen.

f) Que el paciente y una persona que actúe en su nombre firme un certificado de solicitud auténtico (ante escribano u oficial público), en presencia del médico asistente y de otro profesional que constate las anteriores condiciones y la decisión libre y voluntaria.

g) Que al médico le conste que nadie obtendrá un beneficio económico no previsto anteriormente a la decisión tomada de morir, en virtud de la ejecución de lo dispuesto por el enfermo.

h) Que el paciente pueda anular antes de su ejecución la solicitud firmada, la que se destruirá anotándose en la historia clínica.

i) Que ninguna persona estará sujeta a acción civil o penal o en el ejercicio profesional, por acto de buena fe realizado en las condiciones expuestas precedentemente. De lo contrario se aplicarán las normas que para ayuda e instigación al suicidio y homicidio simple estatuye el Código Penal.

Cierro este programa y estas meditaciones con la esperanza de que sean útiles para mayores desarrollos objetivos e imparciales.

---

# COSA JUZGADA <sup>(1)</sup> Y PROCEDIMIENTOS CONCURSALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL NUEVO MILENIO

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (\*)

**Primera parte: Objetivos de esta comunicación. Normativa básica. 1. Objetivos de esta comunicación. 2. Normativa básica de la Ley de Concursos. Segunda parte: Un tema tradicional: el pedido de verificación de un crédito que ha sido reconocido en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada con anterioridad al concurso. 1. Presentación del problema. 2. Cosa juzgada recaída en un juicio ordinario, de conocimiento pleno. 3. Cosa juzgada formal recaída en procedimientos ejecutivos. 4. Cosa juzgada en proceso tramitado conforme el art. 21 y prescripción breve. 5. Otras cuestiones: ¿Procede la caducidad de instancia en un incidente de verificación en el que se invoca una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada recaída en un procedimiento en el que no es proponible la cosa juzgada? Tercera parte: Cosa juzgada nacida en el trámite concursal verificadorio**

---

(\*) Comunicación efectuada por la Académica, en la sesión privada del 22 de julio de 2010.

(1) No ignoro las críticas formuladas a la ley de concursos cada vez que usa esta expresión. El paladín de esta posición es Osvaldo MAFFIA (Ver entre otros, sus artículos, Frívola expresión “cosa juzgada material” escrita en la ley 26.086, en *Doctrina Societaria y concursal*, n° 226, Setiembre 2006, p. 981; Una sentencia “equivocada con claridad”, ED, 231-949). Independientemente de compartir o no sus argumentaciones, uso la expresión porque, más allá de los tecnicismos, como el mismo Maffia reconoce, permite “obviar un sucedáneo lingüístico dispendioso”; por lo demás, hay un cierto consenso en que cuando se dice cosa juzgada se hace referencia a la estabilidad, inalterabilidad, no modificación, inimpugnabilidad de las decisiones judiciales. Tampoco ignoro que esa modificabilidad varía según se trate de cosa juzgada formal y material; en el primer sentido, cuando no puede ser atacada por los recursos directos previstos legalmente; en el segundo, cuando el decisorio tampoco es modificable por ningún remedio regresivo indirecto. Pero también estas acepciones son discutidas, por lo que no haré hincapié en ellas.

(arts. 36 y 37). Efectos intra y extraconcursoales. 1. Preliminares. Primera regla: cosa juzgada material de la decisión de verificación y de la que resuelve el recurso de revisión. 2. Segunda regla: Existencia de pronunciamiento sobre el fondo del asunto. 3. Cosa juzgada verificatoria y error material. 4. Cosa juzgada y pesificación. 5. La vía procesal para atacar la decisión verificatoria es la revisión y no el incidente de verificación tardía, ni otro incidente innominado. 6. Cosa juzgada de la verificación y pedido de pronto pago. 7. Cosa juzgada de lo resuelto en el incidente de pronto pago laboral y cosa juzgada nacida de la homologación del acuerdo. 8. Cosa juzgada y privilegio olvidado. Pedido de verificación y renuncia tácita del privilegio. 9. Cosa juzgada y ejercicio del derecho a resolver el contrato. 10. Cosa juzgada recaída en la acción individual iniciada después de homologado el acuerdo. 11. La cosa juzgada alcanzada en la verificación del concurso preventivo en la quiebra posterior. 12. Cosa juzgada en dos procesos concursales (el del deudor y el del garante). 13. Cosa juzgada y desigualdad entre acreedores. 14. Efectos extraconcursoales de la cosa juzgada de los arts. 36 y 37 de la LCQ. 15. Cosa juzgada y cálculo de las mayorías para obtener el concordato. Cuarta parte: Una vía específica de la legislación concursal para hacer caer la cosa juzgada recaída en el proceso de verificación de créditos. La revocación por dolo. 1. Límites de la exposición. 2. ¿Es el artículo 38 una norma necesaria? 3. Un requisito ineludible. 4. Casos que comprende. 5. Legitimación activa. 6. Plazo. 7. Trámite. 8. Juez competente. 9. Régimen de la prueba. 10. Caducidad de instancia. 11. Coexistencia de la acción concursal revocatoria por dolo, con la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada irrita de origen pretoriano y con el recurso de de revisión extraordinario previsto en algunos códigos procesales. 12. Un problema pendiente: la prescripción de la acción autónoma de nulidad. 13. Acción de nulidad por dolo (art. 38 LC) y acción revocatoria concursal de los arts. 118 y 119 de la ley 24.522. 14. Costas. 15. Efectos. Quinta parte: Otros supuestos de cosa juzgada concursal. Esta última parte resume jurisprudencia que se refiere a la cosa juzgada en cuestiones concursales no abordadas en las partes anteriores. 1. Preclusión procesal. 2. Decisión homologatoria del acuerdo. 3. Auto que fija la fecha de cesación de pagos a los efectos de la acción revocatoria concursal. 4. Auto aprobatorio de la liquidación.

**5. Honorarios regulados en el concurso preventivo devenido en quiebra liquidatoria. 6. Cosa juzgada sobre la prioridad nacida de una prenda y ulterior caducidad de la inscripción prendaria. Conclusiones provisorias.**

*“El dolo y el error son los principales enemigos de la verdad; consecuentemente, una sentencia que no sea la expresión de la verdad es una sombra vana, y es necesario suprimirla porque es una amenaza y un daño en la vida jurídica. Por eso, nada tiene de irracional que la ley admita cancelar una decisión que ha asumido ilegalmente la verdad, de la cual debe ser la íntima y genuina expresión, y sustituirla por otra que procure al interesado el bien al cual aspira”. (2)*

**Primera parte**

**Objetivos de esta comunicación. Normativa básica**

**1. Objetivos de esta comunicación**

En numerosas ocasiones, desde la Sala I de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, tuve oportunidad de pronunciarme sobre cuestiones vinculadas a la cosa juzgada en los procesos concursales, (3) tema que se ha calificado de “tormentoso”, “arisco”, “complejo”, “inagotable”, “difícil”; (4) también se ha dicho que la dificultad se agrava por la superficialidad con la

---

(2) BUTERA, Antonio, La revocazione delle sentenze civili, Torino, Utet, 1936, n° 1 p. 3 y n° 56 p. 132 y ss.

(3) Ver, entre otras, decisiones del 13/3/1985, LS 187-469, publicada en Jurisprudencia de Mendoza n° 28-76 y RDCO 1986-634; 26/8/1986, LS 195-490; 1/10/1990, LS 217-132, publicada en LA LEY, 1991-B, 432, ED 141-399, con nota de Germán BIDART CAMPOS, La cosa juzgada extraconcursal y el derecho de defensa, y en DJ, 1991-2-119; la sentencia también fue comentada por MAFFIA, en La problemática cosa juzgada de la sentencia de verificación y las desatendidas peculiaridades del proceso concursal, LA LEY, 1991-D, 1072; del 18/4/1995, LS 255-182; del 2/7/2004, LS 338-198; del 5/12/2003, LS 332-159, publicada en Foro de Cuyo 63-204; del 21/12/2000, JA 2002-I-217 y LA LEY Gran Cuyo 2001-298; del 5/11/2004, LA LEY Gran Cuyo 2005-687; del 20/3/2006, Saravia Manuel p/Conc. Prev. hoy su quiebra, LA LEY, 2006-D, 715; del 9/4/2010, “Bco. Credicoop. Coop. Ltda. (inédito).

(4) TRUFFAT, Daniel, Sobre la cosa juzgada concursal y otras cuestiones, LA LEY, 2006-D, 715.

que ha sido tratado por la ley; (5) independientemente de este último juicio de valor, confieso que los calificativos enumerados tuvieron justificación en la mayoría de los casos; por eso, en algunos de mis votos dije expresamente que se trataba de un “*hard case*”. (6)

Es verdad que la evolución producida en el derecho procesal ha desmitificado la cosa juzgada; del adagio latino “*res judicata pro veritate habetur*” del derecho romano se ha pasado a la concepción “couturiana” que enseña que la cosa juzgada no es de “razón natural” sino de “exigencia práctica”. (7) Por eso, “nada tiene de irracional que se admita la impugnación de la cosa juzgada, ya que su autoridad no es absoluta y necesaria, sino establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad, de tal manera que esas mismas consideraciones pueden, a veces, aconsejar su sacrificio para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta”. (8)

Sin embargo, la importancia de la cosa juzgada sigue en pie, “como figura que casi forma parte insoluble de la historia del derecho”, (9) en razón de

---

(5) MAFFIA, Osvaldo, Verificación de créditos, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 271.

(6) SC. Mendoza, sala I, 9/4/2010, “Bco. Credicoop. Coop. Ltda. en j. 40.682 Corcull José c. Bco. Credicoop. Coop. Ltda.”; 05/11/2004, Lanzarini, Ricardo, LA LEY Gran Cuyo 2005-687. En apoyo del aserto, las decisiones citan, entre otros autores, a Osvaldo MAFFIA, Sentencia de verificación. Cosa juzgada y poderes del fallido, ED, 98-771; Sentencia de verificación y cosa juzgada, ED, 181-1405; La problemática cosa juzgada de la sentencia de verificación y las desatendidas peculiaridades del proceso concursal, LA LEY, 1991-D, 1072; El instituto de la cosa juzgada y la sentencia de verificación, JA, 1991-III-472; Verificación de créditos, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 271 y ss.; GEBHARDT, Marcelo, Concursos y cosa juzgada, ED, 115-837; RIVERA, Julio C., La eficacia de la cosa juzgada material ante los juicios concursales, LA LEY, 1998-C, 1354; CONIL PAZ, Alberto, Disparidades sobre la cosa juzgada concursal, LA LEY, 1997-B, 188; GALINDEZ, Oscar, Verificación de créditos, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, n° 66 y ss. Algunos de estos artículos son comentarios a decisiones de la Corte mendocina.

(7) GONZALEZ, Atilio, Estudios de derecho procesal, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, t. V, p. 81. Ver COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma, 1993, n° 263: “la cosa juzgada es una exigencia política; no es de razón natural sino de exigencia práctica”.

(8) CHIOVENDA, Giuseppe, Principios de Derecho procesal civil, Madrid, Reus, 1941, vol. II, p. 511.

(9) VESCOVI, Enrique, La revisión de la cosa juzgada, ED, 84-835; su ponencia al X Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil, Salta, 1979, y en Los recursos



que no se la mira sólo desde la altura de la ley procesal sino que se asciende al marco constitucional al estar en juego diversos valores receptados en la norma fundamental, (10) tales como la seguridad jurídica, la justicia, y los derechos de propiedad y defensa en juicio.

En efecto, según doctrina judicial reiterada de la Corte Federal, “la cosa juzgada está íntimamente ligada a la *seguridad jurídica*; representa una exigencia vital del orden público, tiene jerarquía constitucional, y es uno de los presupuestos del ordenamiento social cuya ausencia o debilitamiento pondría en crisis a la íntegra juridicidad del sistema”; (11) “no se funda en una ficción, sino en la necesidad imperiosa de poner fin a los pleitos a efectos de dar certidumbre y estabilidad a los derechos en litigio, como consecuencia de la tutela del Estado ejercida por medio de los jueces”. (12) En esta línea, un autor italiano afirma que la cosa juzgada “es la certeza que asegura la paz social”. (13)

Como correlato de lo anterior, “los derechos que la cosa juzgada reconoce o constituye se incorporan al derecho de *propiedad* del litigante beneficiado”. (14)

---

judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 337 y siguientes.

(10) Para un análisis de la conjunción de las reglas del derecho procesal, el derecho civil y el derecho constitucional en el ámbito de la cosa juzgada en Italia, ver CERINO-CANOVA, Augusto, La garanzia costituzionale del giudicato civile, en Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, Milano, Giuffrè, 1979, t. III, págs. 1853 y ss.; CONSOLO, Claudio, La tutela giurisdizionale —di cui agli artt. 2907, 2908, 2909 del código civile— nella giurisprudenza della Corte costituzionale, en PERLINGIERI-SESTA, I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte Costituzionale, Napoli, Scientifiche italiane, 2007, t. II, p. 353. Igual visión constitucional se propicia en España (Ver jurisprudencia citada por DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Cosa juzgada, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces SA, 1991, n° 106 y siguientes).

(11) Ver, entre otras, CSN, 1/3/1994, Rocatagliata c. Instituto Municipal de Previsión Social, DJ 1995-2-440; 27/12/1996, Chocobar c. Caja Nacional de Previsión para el personal del Estado, JA 1997-II-557; 29/10/1996, Egües, A c. Provincia de Buenos Aires, LA LEY, 1998-A, 116, etc.

(12) CSN Fallos 209:303, cit. por AMADEO, José L., La cosa juzgada según la Corte suprema, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, p. 14.

(13) VELLANI, Mario, Naturaleza de la cosa juzgada, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1963, n° 33.

(14) Entre muchos, ver Fallos 307:1709; 294:303; 237:563.

Seguridad jurídica y propiedad tienen como telón de fondo el *derecho de defensa*; por eso, la inmutabilidad de la decisión requiere que el pronunciamiento emane de un procedimiento que haya respetado sustancialmente el contradictorio; (15) o sea, que se haya desarrollado en condiciones tales que el ejercicio de esa defensa no haya sido una mera apariencia. (16) Con criterio análogo, el Tribunal Constitucional de España ha considerado “la inalterabilidad de la cosa juzgada como un aspecto del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por lo que exige que la defensa haya sido realmente ejercida”. (17)

Por otro lado, la seguridad jurídica no debe ser una barrera insuperable para la consolidación de la justicia. Así lo ha dicho la Corte Federal: “los loables motivos que inspiran el principio de inmutabilidad de las sentencias deben ceder frente al objetivo constitucional de afianzar la *justicia*”; de ahí que, a veces, apartarse formalmente de una sentencia firme, “lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada, la preserva, porque salvaguarda su justicia, sin lo cual el más íntimo sentido de dicha autoridad no es concebible”; (18) así, por ej., el cumplimiento de una sentencia “basada en errores aritméticos o de cálculo, lejos de preservar, conspira y destruye la institución de la cosa juzgada de inequívoca raigambre constitucional”. (19) Por eso, la revisión —aunque excepcional— también tiene rango constitucional. Dice Bidart Campos: “la cosa juzgada nula o írrita necesita, por imperio de la Constitución, haya normas procesales o no las haya para su impugnación, ser volteada para rescatar la verdad material u objetiva”. “Destronar la cosa

---

(15) Fallos 256:398; 261:322; 281:421.

(16) CSN, 19/2/1971, Campbell Davidson c. Provincia de Buenos Aires Fallos 279-94; LA LEY, 142-266 y ED, 36-288 (Típico caso de estafa procesal; la sentencia fraudulenta había sido dictada en un juicio por expropiación, fijándose una indemnización irrisoria, por influencia del interventor del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, que removió algunos magistrados y ejerció presión sobre otros). Dijo la Corte: “La institución de la cosa juzgada, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales”. La solución ha sido reiterada en incontables sentencias posteriores; ver, por ej., CSN, 29/12/1971, Bemberg, Otto c. Gobierno Nacional, ED 49-319; CSN 10/11/1992, Márquez, Lucas S, DJ, 1994-1-34; CSN, 6/5/1997, Scilingo A., DJ, 1998-2-824, etc.

(17) Ver jurisprudencia citada por DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Cosa juzgada, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces SA, 1991, n° 106 y siguientes.

(18) Fallos CSN, 310:1797; 311:133.

(19) Fallos: 313:1024.

juzgada nula o írrita es una de las batallas constitucionales y procesales más elocuentes y necesarias para dar prioridad a la verdad objetiva y, con ella a la justicia cuyo afianzamiento ordena imperativamente el preámbulo. (20) En definitiva, “hay que rendir pleno honor a la cosa juzgada y reconocerse la importancia social de una sentencia firme, pero no hay que exagerar las cuestiones jurídicas haciendo de ellas un tabú sagrado. (21)

Los casos relativos a la llamada “cosa juzgada concursal” resueltos por distintos tribunales del país, incluida la Corte Federal, son numerosos; también lo son los autores que han publicado reflexiones sobre la materia. En mi opinión, un estudio cuidadoso de esa vasta jurisprudencia sirve para reflexionar sobre las implicancias que el valor seguridad puede tener en situaciones altamente conflictivas, como son las concursales, y para verificar si las soluciones dadas por los jueces han ido o no de la mano con el valor justicia. Me propongo, pues, señalar las grandes líneas de la jurisprudencia argentina reciente en cuestiones vinculadas a la cosa juzgada judicial (22) en cuestiones *concuriales*; es decir, no trataré las decisiones que, aunque recaídas en procesos universales de insolvencia, sientan principios generales relativos a la cosa juzgada sin estar teñidas o contaminadas por los principios concursales. (23) Aun así, la gran cantidad de resoluciones pu-

---

(20) BIDART CAMPOS, Germán, La raíz constitucional de la nulidad de la cosa juzgada, ED, 136-619.

(21) Kohler, cit. por HITTERS, Juan C., Revisión de la cosa juzgada, La Plata, Platense, 1977, p. 10.

(22) No abordo, en consecuencia, la debatida cuestión del valor de la decisión recaída en los procesos fiscales de naturaleza administrativa (Me he referido a esta cuestión y a la jurisprudencia de la Corte Federal en mis votos del 22/12/2003 recaídos en AFIP en j. 7165/5852 Ramón Fernández p/Concurso preventivo, Libro de sentencia del tribunal 333-47; y del 16/2/2004, Nis SA en j. Nis, publicada en Jurisprudencia de Mendoza 66-1. Para esta cuestión ver, entre muchos, BORETTO, Mauricio, ¿Qué valor tiene en sede concursal la “cosa juzgada administrativa en materia fiscal”?, en TRUFFAT, E. Daniel y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Dinámica judicial y acciones en las sociedades y concursos. Homenaje al Dr. Francisco Junyent Bas, Córdoba, Advocatus, 2007, p. 481; GARAGUSO, Horacio y MORIONDO, A., Los procedimientos administrativos de determinación de deudas impositivas y su eficacia ante el concurso preventivo o la quiebra, en Derecho Concursal. Homenaje a Guillermo Mosso, Buenos Aires, LA LEY, 2004, p. 277 y sus citas; RASPALL, Miguel A., y MEDICI, Rubén, Verificación de créditos, 2º ed., Santa Fe, Juris, 2008, p. 97 y sus citas.

(23) Así, por ej., se ha decidido que “Una vez abierto el concurso preventivo mediante una resolución firme no puede dejarse sin efecto esa apertura sin afectar la cosa juzgada, lo cual sería inadmisibles en nuestro ordenamiento” (CNCom., sala D, 21/10/2001, JA 2003-IV-129).

blicadas me obliga a reducir estas reflexiones al análisis de lo acontecido en la última década, sin perjuicio de reseñar algún caso relevante de un período anterior, o que siendo posterior y no típicamente concursal, ha tenido impacto en ese ámbito. Tampoco me referiré, o lo haré muy a vuelo de pájaro, a aquellas normas concursales que, aunque se refieren a la cosa juzgada, no han sido objeto de aplicación en pronunciamientos que hayan sido publicados.

El proceso concursal tiene peculiaridades que los abogados no siempre manejan; la lectura de la jurisprudencia muestra cuánta creatividad existe en los litigantes que, por una razón o por otra, no han ejercido las vías específicas de ese ordenamiento y pretenden se deje sin efecto una decisión que ha pasado en autoridad de cosa juzgada; así, por ej., quien no dedujo la revisión del art. 37 de la LC, interpone un incidente de verificación tardía, o un “incidente innominado de rectificación de crédito verificado”; (24) o después de haber sido vencido en un incidente de verificación por escrituración, (25) se arriesga con un incidente innominado de “exclusión de inmueble”; quien no impugnó la propuesta de concordato en el plazo del art. 50 de la LC apela el auto homologatorio fundado en que se ha exagerado el pasivo pero menciona circunstancias que conocía con anterioridad al vencimiento del plazo previsto en esa norma; (26) etc.

---

(24) Ver, por ej., lo relatado en decisión de la CSJN del 15/6/2004, recaída en expediente “El Soberbio S.A. s/concurso preventivo s/incidente de verificación de crédito verificado” elDial.com AA235B. El caso también es recordado por FAVIER DUBOIS (p), Eduardo, Los límites de la cosa juzgada concursal, Doc. Soc. y concursal, n° 203, oct. 2004, p. 1189 y ha sido reseñado por ROITMAN-DI TULLIO, Verificación de créditos. Error en el cálculo del monto adeudado. Límites de la cosa juzgada. Procedencia de la rectificación del crédito verificado en Rev. de D. Pvdto y Comunitario n° 2004-2-569.

(25) Caso decidido por la S. C. de Mza., 20/3/2006, Saravia Manuel p/Conc. Prev. hoy su quiebra, LA LEY, 2006-D, 715, con nota de TRUFFAT, Daniel, Sobre la cosa juzgada concursal y otras cuestiones. Dice el comentarista: “los justiciables, cuando no han obtenido fallo favorable, ya no se contentan con el carácter magistral de la decisión sino que buscan y rebuscan, a veces más allá de la prudencia, nuevas vías para “salirse con la suya”.

(26) CNCom., Sala C, 28/09/2009, Doc. Societaria y Concursal, n° 268, marzo 2010, p. 272, con nota desaprobatoria de GRAZIABILI, Darío, ¿Inoponibilidad parcial del acuerdo homologado?; también en Doctrina judicial procesal, año II n° 4, mayo 2010 p. 23, con nota de Gloria Lucrecia LIBERATORE, Concurso preventivo. Legitimación procesal del Inadi para intervenir en carácter de amicus curiae. Comento esta decisión más adelante.

## 2. Normativa básica de la Ley de Concursos

La mejor comprensión de los problemas resueltos por las decisiones comentadas hace conveniente transcribir, al menos en su parte pertinente, algunos artículos de la ley concursal estrechamente vinculados a la temática,

*Art. 16...* (Redacción ley 26.086 —Adla, LXVI-B, 1368—). La resolución judicial que admite el pronto pago tendrá efectos de *cosa juzgada material* e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal. La que lo deniegue, habilitará al acreedor para iniciar o continuar el juicio de conocimiento laboral ante el juez natural

*Art. 21: Juicios contra el concursado.* La apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos. Quedan excluidos de los efectos antes mencionados:

1. Los procesos de expropiación, los que se funden en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales;
2. Los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los artículos 32 y concordantes;
3. Los procesos en los que el concursado sea parte de un litis consorcio pasivo necesario.

En estos casos los juicios proseguirán ante el tribunal de su radicación originaria o ante el que resulte competente si se trata de acciones laborales nuevas. El síndico será parte necesaria en tales juicios, excepto en los que se funden en relaciones de familia, a cuyo efecto podrá otorgar poder a favor de abogados cuya regulación de honorarios estará a cargo del juez del concurso, cuando el concursado resultare condenado en costas, y se regirá por las pautas previstas en la presente ley.

En los procesos indicados en los incisos 2) y 3) no procederá el dictado de medidas cautelares.

Las que se hubieren ordenado, serán levantadas por el juez del concurso, previa vista a los interesados.

La sentencia que se dicte en los mismos valdrá como título verificadorio en el concurso.

En las ejecuciones de garantías reales no se admitirá el remate de la cosa gravada ni la adopción de medidas precautorias que impidan su uso por el deudor, si no se acredita haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio.

*Art. 36. - Resolución judicial.* Dentro de los diez (10) días de presentado el informe por parte del síndico, el juez decidirá sobre la procedencia y alcances de las solicitudes formuladas por los acreedores. El crédito o privilegio no observados por el síndico, el deudor o los acreedores es declarado verificado, si el juez lo estima procedente.

Cuando existan observaciones, el juez debe decidir declarando admisible o inadmisibles el crédito o el privilegio.

Estas resoluciones son definitivas a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

*Art. 37. - Efectos de la resolución.* La resolución que declara verificado el crédito y, en su caso, el privilegio, produce los efectos de la cosa juzgada, salvo dolo.

La que lo declara admisible o inadmisibles puede ser revisada a petición del interesado, formulada dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha de la resolución prevista en el artículo 36. Vencido este plazo, sin haber sido cuestionada, queda firme y produce también los efectos de la cosa juzgada, salvo dolo.

*Art. 38. - Invocación de dolo.* Efectos. Las acciones por dolo a que se refiere el artículo precedente tramitan por vía ordinaria ante el juzgado del concurso, y caducan a los noventa (90) días de la fecha en que se dictó la resolución judicial prevista en el artículo 36. La deducción de esta acción no impide el derecho del acreedor a obtener el cumplimiento del acuerdo, sin perjuicio de las medidas precautorias que puedan dictarse.

*Art. 56. - Aplicación a todos los acreedores.* El acuerdo homologado produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan participado en el procedimiento. ...

*Verificación tardía.* Los efectos del acuerdo homologado se aplican también a los acreedores que no hubieran solicitado verificación, una vez que hayan sido verificados o declarados admisibles. El pedido de verificación tardía debe

deducirse por incidente mientras tramite el concurso o, concluido éste, por la acción individual que corresponda, dentro de los dos (2) años de la presentación en concurso. Si el título verificadorio fuera una sentencia de un juicio tramitado ante un tribunal distinto que el del concurso, por tratarse de una de las excepciones previstas en el art. 21, el pedido de verificación no se considerará tardío, si no obstante haberse excedido el plazo de dos años previsto en el párrafo anterior, aquél se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia. Vencidos esos plazos prescriben las acciones del acreedor, tanto respecto de los otros acreedores como del concursado, o terceros vinculados al acuerdo, salvo que el plazo de prescripción sea menor. ...

Art. 60. - *Sujetos y término*. El acuerdo homologado puede ser declarado nulo, a pedido de cualquier acreedor comprendido en él, dentro del plazo de caducidad de seis (6) meses, contados a partir del auto que dispone la homologación del acuerdo.

*Causal*. La nulidad sólo puede fundarse en el dolo empleado para exagerrar el pasivo, reconocer o aparentar privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, y ocultar o exagerar el activo, descubiertos después de vencido el plazo del Artículo 50.

Art. 115. - *Fecha de cesación de pagos: efectos*. La fecha que se determine por resolución firme como de iniciación de la cesación de pagos, hace cosa juzgada respecto del fallido, de los acreedores y de los terceros que intervinieron en el trámite para su determinación y es presunción admite prueba contraria respecto de los terceros que no intervinieron.

Art. 202. - *Quiebra indirecta*. En los casos de quiebra declarada por aplicación del artículo 81, inciso 1, los acreedores posteriores a la presentación pueden requerir la verificación por vía incidental, en la que no se aplican costas sino en casos de pedido u oposición manifiestamente improcedente. Los acreedores que hubieran obtenido verificación de sus créditos en el concurso preventivo no tendrán necesidad de verificar nuevamente. El síndico procederá a recalcular los créditos según su estado.

## Segunda parte

**Un tema tradicional: el pedido de verificación de un crédito que ha sido reconocido en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada con anterioridad al concurso**

### 1. Presentación del problema

Un debate tradicional en la etapa de verificación de créditos es el relativo a las facultades del juez del concurso cuando el acreedor que pretende su

incorporación al pasivo invoca como causa de su crédito una sentencia que, dictada en un procedimiento anterior, afuera de ese concurso, ha pasado en autoridad de cosa juzgada. La cuestión se extiende a todo tipo de créditos, pero se ha planteado especialmente respecto de los créditos laborales, materia “sensible” en la cual muchas veces la regla concursal ha encontrado excepciones, a través de una jurisprudencia flexibilizadora. (27)

Aclaro que el problema gira en torno a qué facultades tiene el juez de concurso cuando se enfrenta al pedido de incorporación de un crédito que ya ha sido reconocido por otro juez y no a si esos acreedores tienen o no la carga de verificar, cuestión superada, incluso para los créditos hipotecarios. (28)

Las soluciones propuestas son muy diversas: en un extremo, los que sostienen que “no hay fallo que valga a la hora de verificar”, desde que siempre es necesario acreditar la causa del crédito, cual “ticket de entrada al arca concursal” (arca de Noé, que no siempre salvará); en el otro, los que afirman que el concurso no tiene por qué modificar los alcances de una decisión firme, que ingresó al patrimonio del acreedor con todas las garantías constitucionales, como antes se ha dicho. En el medio, una serie de posiciones intermedias.

---

(27) Así, por ej., el 26/9/1986, siguiendo el dictamen del Procurador, la Corte Federal descalificó la sentencia que “desconociendo el alcance de la cosa juzgada de lo resuelto en el juicio laboral acerca de la subsistencia de la relación de trabajo con la fallida y la producción del distracto con posterioridad a la declaración de la quiebra, admitió en el incidente de verificación el crédito laboral, pero no su actualización. Ello es así pues el a quo ha excedido al marco razonable de sus atribuciones concernientes a la graduación de los créditos exteriorizados en el concurso, las formas y oportunidades de su liquidación y otras cuestiones análogas, afectando la necesaria estabilidad que cabe reconocer a las decisiones jurisdiccionales como presupuesto ineludible de seguridad jurídica, lo que también reconoce tutela constitucional” (Fallos 307-1797). Ver también CSN, 8/4/2008, LA LEY, 2008-E, 1, con nota crítica de TRUFFAT, E.D., Resistencias frente al valor de cosa juzgada de las decisiones verificadoras concursales. Para la cuestión del efecto expansivo del art. 37 de la LC en el proceso laboral posterior, ver ANTA, Carlos A., Quiebra, cosa juzgada y verificación de crédito, LA LEY, 2008-F, 393, y sus citas.

(28) Así por ej., se ha dicho: “el hecho de que el crédito hipotecario haya sido reconocido en sede civil por sentencia firme no implica que no sea necesaria su verificación a efectos de incorporarlo al proceso falencial, máxime cuando el acreedor hipotecario originariamente se presentó a verificar su crédito, pero el procedimiento concluyó finalmente por caducidad de instancia de la revisión” (Cám. Nac. Cim. Sala B, 12/11/2009, Porrini, P.S. s/Conc. Prev. Inc. de prescripción, elDial - AA5BFF y LA LEY, 2010-B, 403).



De cualquier modo, todas esas soluciones pasan por la distinción entre sentencias recaídas en procedimientos de conocimiento pleno y en procedimientos ejecutivos.

## **2. Cosa juzgada recaída en un juicio ordinario, de conocimiento pleno**

### *(a) Posiciones existentes.*

Comienzo por un punto no discutido, sobre el que todos coinciden, cual es que los jueces concursales tienen atribuciones para adecuar el alcance de la sentencia dictada en el proceso de conocimiento a la situación concursal; así, por ej., pueden detener el curso de los intereses en la fecha de la presentación del concurso preventivo o de la declaración de la quiebra, establecer un orden de prioridades distinto al previsto en el juicio individual, etc.

De allí en más, comienzan las discrepancias.

El 20/6/1996 (29) debí pronunciarme por primera vez sobre esta cuestión. En aquél voto señalé la dificultad para ubicar a cada autor o sentencia dentro de categorías cerradas, pues las diferentes posturas se acercan a la hora de encontrar excepciones al principio que formulan. Aun así, dividí las distintas posiciones de la siguiente manera:

---

(29) SC Mendoza, sala I, 20/6/1996, Lorenzo, José, JA 1997-I-113; Voces Jurídicas 1996-5-79; LA LEY, 1997-B, 188, con comentario de CONIL PAZ, Alberto, Disparidades sobre la cosa juzgada concursal; también publicada en RIVERA, J.C. Derecho concursal. Colección de análisis jurisprudencial, Buenos Aires, LA LEY, 2006, p. 125, con nota de RIBERA, Carlos E., Verificación de créditos laborales reconocidos en sentencia de conocimiento. La sentencia fue comentada también por MAFFIA, Osvaldo, La problemática cosa juzgada de la sentencia de verificación y las desatendidas peculiaridades del proceso concursal, en LA LEY, 1991-D, 1072). En realidad, esa decisión continuó la línea abierta con la sentencia del 1/10/1990 "in re" Yamin Nozar, publicada en LA LEY, 1991-B, 432, DJ, 1991-2-119 y ED 141-1019 en un caso de efectos extraconcursoales. Remito al lector a la bibliografía citada en la sentencia de 1996 que resumo en el texto. En esta oportunidad, me referiré a la posterior a esos fallos. Otros autores también se han referido a esta decisión; algunos la aprueban, otros la critican, pero en su mayoría la consideran de "ineludible lectura" (Ver, entre otros, DE CESARIS, María Cristina, Controversias en la verificación de créditos, LA LEY, 2009-A, 743; PRONO, Ricardo, Verificación concursal de créditos con sentencia ejecutiva, en Alonso, Daniel (coordinador) Títulos Ejecutivos, Acciones y Excepciones en materia comercial; Buenos Aires, LA LEY, 2010, en prensa).

*Tesis que admite la facultad revisora del juez del concurso.* (30)

Se apoya en los siguientes argumentos:

Las diferencias entre el proceso individual y el concursal son claras: en el primero, el acreedor intenta cobrar su crédito; rige el principio *prior in tempore*; campean exclusivamente los intereses privados. En el segundo, en cambio, el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos, rige la *pars conditio creditorum*, el proceso se inserta en el orden público de la economía crediticia; la pretensión verifcatoria no se formula contra el deudor sino que está enderezada a procurar un título judicial hábil, oponible al deudor y demás acreedores, para lograr un derecho de participación en el concurso.

De este punto de partida se deriva que el resto de los acreedores (con independencia de la naturaleza jurídica de la mal llamada masa de acreedores) son terceros en las relaciones habidas entre el deudor y el acreedor con el que se dirimió la contienda particular; por eso, los acreedores, organizados a través del proceso concursal, están legitimados para cuestionar, en su caso, la legitimidad de aquella sentencia, pues no podrían estar alcanzados, sin remedio procesal alguno, por una sentencia dictada en un proceso en el que no han sido oídos.

Algunos autores cuyos puntos de partida coinciden con los señalados, en claro intento de restringir los alcances de la posición, afirman:

— Como acto emitido por un órgano especializado del Estado, la sentencia se presume ajustada a la normatividad; en consecuencia, quien debe demostrar, de acuerdo a las posibilidades propias de cada situación, el error de la sentencia cuya oponibilidad se pretende, es el síndico. O sea, la decisión es revisable, pero la carga de la prueba de la inexactitud de la sentencia incumbe al síndico.

— La cosa juzgada sólo puede caer cuando se expresen “fundamentos claros y evidentes, derivados de cuestiones de puro derecho o de aquellos

---

(30) Además de la doctrina citada en la sentencia que rememoro en el texto, ver YANICELLI, Nicolás, La sentencia dictada en sede laboral ¿tiene carácter de cosa juzgada? en *Jurisconcursal*, febrero 2009, año III, n° 11, p. 105. El autor se apoya en la sentencia dictada por la Corte Federal en el caso Collón Cura, pero como explico más abajo, esa decisión resolvió en torno a una sentencia dictada en un juicio ejecutivo, mientras él trata la recaída en un juicio de conocimiento pleno, como es el laboral.

otros en que se arrimen nuevos elementos probatorios para hacer valer o frente a la existencia de fraude o graves irregularidades". (31)

— Cuanto más amplio haya sido el ámbito cognoscitivo del trámite judicial antecedente, más constreñido estará el juez concursal a recibir sus conclusiones, y más exigente será el esfuerzo de fundamentar un apartamiento de las mismas. Pero ello no significa el reconocimiento automático. (32)

*Tendencia negatoria de la facultad revisora.* Se funda en los siguientes razonamientos:

La cosa juzgada no es un mero elemento, una pauta; por el contrario, configura una nueva fuente reguladora de la relación sustancial controvertida en el proceso; pasa a ser la regla jurídica concreta que disciplina las relaciones de los que fueron parte en el proceso. La causa, entonces, no será la relación contractual o extracontractual pre-existentes sino la propia sentencia.

La cosa juzgada material ha creado un derecho de propiedad definitivamente incorporado al patrimonio del vencedor por lo que la revisibilidad implicaría la violación de tal derecho.

En esta posición, y con posterioridad a la citada sentencia de la Corte de Mendoza que vengo resumiendo, Rivera (33) aportó argumentos interesantes, que paso a resumir:

Con apoyo en calificada doctrina procesal sostiene que debe distinguirse entre: (i) sentencia que perjudica a terceros, y (ii) efectos de una sentencia que, de hecho, pueden repercutir sobre los acreedores del demandado. Una

---

(31) RODRIGUEZ PUCETTI, Carolina F, y otros, Impugnabilidad de la cosa juzgada en los créditos de origen extracontractual, en BORGARELLO-RICHARD (dirección y coordinación) Ensayos de derecho empresario, n° 9, Córdoba, Fres-presa, 2009, p. 439.

(32) PRONO, Ricardo, Verificación concursal de créditos con sentencia ejecutiva, en Alonso, Daniel (coordinador) Títulos Ejecutivos, Acciones y Excepciones en materia comercial; Buenos Aires, LA LEY, 2010, en prensa).

(33) RIVERA, Julio C., La eficacia de la cosa juzgada material ante los juicios concursales LA LEY, 1996-C, 1355. El autor me atribuye haber interpretado incorrectamente la sentencia de la CNCom., sala D del 5/7/1994, JA 1995-I-128, aunque reconoce que las resoluciones de ese tribunal, en aquella composición, se caracterizaban por la oscuridad con la que eran redactadas, lo que las hacía difícilmente comprensibles.

sentencia no puede extenderse a los terceros si les ocasiona un perjuicio *jurídico*, pero esos terceros tienen que soportar los perjuicios fácticos o repercusiones que esa decisión les puede producir, de la misma manera que tienen que respetar un contrato que su deudor celebró con un tercero, aunque ese contrato no haya sido finalmente conveniente para el patrimonio del deudor común. Sentencia que perjudica jurídicamente a terceros es sólo la que pretende generar una obligación a ese tercero (por ej., se pretende ejecutar contra ese sujeto); por el contrario, la sentencia que reconoce la existencia de un crédito contra el deudor no perjudica a los acreedores del mismo sujeto (deudor común); a lo sumo produce, como el contrato, una repercusión de hecho.

La analogía con los contratos (también amparados por el derecho de propiedad) (34) es plenamente válida: los contratos no pueden perjudicar a terceros ni ser opuestos a terceros, ni invocarse por ellos (arts. 1195 y 1199 del CC), mas estas expresiones deben ser cuidadosamente entendidas. El contrato, como hecho, es oponible extensamente a los terceros y particularmente a los acreedores; el efecto relativo de los contratos no significa que los terceros puedan ignorar el contrato; o sea, aunque los acreedores de las partes de un negocio son terceros, deben respetar los derechos y obligaciones causados por el negocio jurídico; por esa razón, para desconocer los efectos de esos negocios jurídicos celebrados por el deudor común, el síndico, o los acreedores individualmente, deben recurrir a la declaración de ineficacia de ese negocio por algunas de las vías legalmente previstas (acción pauliana, de simulación, revocatoria concursal, etc.). En suma, el crédito reconocido en una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada debe ser reconocido, salvo que se inicien las acciones pertinentes para hacer caer esa cosa juzgada.

La posición de Rivera fue, en definitiva, la sostenida por el despacho del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes, 6/8 Agosto 1997, que presidida por el propio autor, tuvo por ponentes a los Dres. Rouillon y Vítolo, y Relator al Dr. Hugo Richard y recomendó en el tema “Cosa Juzgada y Concursos: “1. La sentencia que goza de autoridad de cosa juzgada formal puede ser observada —como título de la verificación— por los acreedores y por el síndico y por el mismo deudor concursado o fallido contra el cual fue dictada esa sentencia si está en condiciones de promover el juicio ordinario posterior. 2) La sentencia dictada en proceso de conocimiento constituye, en principio, título idóneo para la verificación del crédito en ella declarado;

---

(34) El amparo del derecho de propiedad a los créditos fue expresamente reconocido por la Corte Federal el 16/12/1925, en el caso Bourdieu c. Municipalidad, Fallos 145-307 y JA 18-818.

3) La sentencia dictada en proceso de conocimiento que sirve de base a una pretensión verificatoria puede ser observada por el síndico o por otros acreedores, en los siguientes casos: A) Que haya sido dictada en un proceso fraudulento; B) Que resulte necesario adecuar los efectos de la sentencia a las reglas concursales; C) Que el derecho reconocido en la sentencia tenga causa en un negocio jurídico susceptible de ser declarado ineficaz conforme a las disposiciones de la ley de concursos... 5) La sentencia que rechaza el pedido de quiebra no hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia de la cesación de pagos. (35)

También coinciden, en la práctica, quienes afirman que aunque la masa de acreedores no ha sido parte en el proceso del cual ha emanado esta sentencia, tampoco se encuentra en la situación de un tercero absolutamente desconectado de la relación preexistente ya juzgada puesto que está actuando su derecho sobre el patrimonio del que el fallido ha sido desapoderado; no puede pretender, entonces, que como consecuencia del estado de quiebra, se opere una mejoría en el estado de dicho patrimonio en detrimento de los derechos adquiridos y de situaciones jurídicas ya consolidadas; de allí cabe concluir que la desestimación del crédito fundado en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada sólo puede fundarse en la existencia de causales de impugnación de esa decisión; por ej., el proceso fraudulento, o en defensas resultantes del estado de quiebra, como la revocatoria concursal.

Un autor que se ubica en esta posición parece sostener que el síndico sólo podrá acreditar en contra de la presunción que emana de la cosa juzgada en la etapa de la revisión. Transcribo para no traicionar su pensamiento: "Si no es dado al órgano concursal posibilidad revisora alguna, ¿actuará como una suerte de buzón? De ningún modo. Antes quedó dicho que le compete compulsar la legitimidad de los insinuados. Sólo que ahora, ante un crédito que cuente con la apuntada presunción, pesará sobre él probar la obtención de la cosa juzgada con burla de los intereses concursales. El síndico, el deudor u otros acreedores, según el caso, podrán recurrir a la *vía del recurso de revisión* puesto que el juez admitirá el crédito en la oportunidad del art. 37 de la LC con base en la comentada presunción". (36) La solución propiciada encuentra serios obstáculos. Si el autor se refiere a la revisión del art. 37, el síndico deberá

---

(35) Jurisprudencia de Corrientes, n° 1, Jurídica Panamericana, 1997, p. 42 y Congresos Nacionales de Derecho procesal. Conclusiones, 1939-1997, Rubinzal, 1999.

(36) GEBHARDT, Marcelo, Concursos y cosa juzgada, ED 115-839.

superar la cuestión de la legitimación, desde que, como es sabido, es negada por un importante sector de la doctrina (del que ese autor no participa). (37) Si se refiere a la acción autónoma de revisión o revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta, enfrentará el problema de tener que deducirla en un trámite *revisor* que no se adecua a las dificultades de la acción autónoma de nulidad, como lo señalo más adelante.

*Tendencia que legitima para impugnar el crédito a los acreedores que no fueron parte en el juicio anterior y al síndico, pero que niega legitimación a la deudora concursada que fue parte y tuvo amplia posibilidad de defensa, salvo supuestos expresamente previstos.*

En la sentencia que estoy resumiendo presté mi adhesión a esta última posición (38) por las siguientes razones:

— La tesis que faculta al juez a revisar sin ningún tipo de distinción afecta la seguridad jurídica pues otorga al concursado, por el solo hecho de ser tal, un recurso no previsto en la ley para revisar un acto que había generado derechos subjetivos del litigante contrario frente al concursado.

— La que niega la revisibilidad *a outrance* da prioridad a un dudoso derecho de propiedad sobre el innegable derecho de defensa en juicio de terceros contra quienes hace oponible una decisión que los perjudica sin haber sido oídos. La solución viola, entonces, una garantía constitucionalmente amparada que hasta la legislación común se encarga de defender (art. 715 del CC).

— La posición intermedia tiene las siguientes ventajas: respeta la garantía de la defensa en juicio y la seguridad jurídica, conciliando todos los intereses en juego; da verdadero sentido a la tesis de la revisibilidad.

Por eso, el deudor concursado luego fallido que fue parte y tuvo amplia posibilidad de defensa no puede atacar la cosa juzgada salvo que:

— funde su impugnación al crédito insinuado o su revisión respecto del crédito admitido en ser fraudulento el proceso en cuyo marco fue dictada

---

(37) Para este debate ver ROUILLON, Adolfo, Apuntes sobre el recurso de revisión. Con especial referencia al tema de la legitimación activa y pasiva, JA 1987-III-691.

(38) La posición asumida contó con la adhesión, entre otros, de MORO, Carlos, Ley de concursos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, t. I, p. 879, RASPALL, Miguel A., y MEDICI, Rubén, Verificación de créditos, 2° ed., Santa Fe, Juris, 2008, p. 257.

la sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada, en aparente autoridad de tal (obviamente, sin haber sido él parte de ese concierto fraudulento).

— invoque en su defensa actos posteriores al dictado de la sentencia, pues en este caso no mediaría alzamiento contra la cosa juzgada sino invocación de hechos no alcanzados por esa decisión. (39)

*(b) Impacto de la reforma operada en el art. 21 por la ley 26.086 al debate anterior. Sentencias dictadas ante el juez de origen después del auto de apertura en razón de la opción ejercida por el acreedor.*

Conforme el art. 21, antes reproducido, cuando el acreedor decide continuar el juicio de conocimiento en trámite “*ante el juzgado en el que está radicado, el síndico será parte necesaria y la sentencia que se dicte valdrá como título verificadorio en el concurso*”.

¿Qué significa “valer como título verificadorio”?

Quizás ayude comparar el texto vigente con el de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381). En el régimen anterior, el acreedor podía optar “por continuar el trámite de los procesos de conocimiento, hasta el dictado de la sentencia, lo que estará a cargo del juez del concurso, valiendo la misma, en su caso, *como pronunciamiento verificadorio*”.

O sea, dado que el juicio seguía ante el juez del concurso, esa sentencia era una suerte de “verificación alternativa” o “verificación ad hoc”. (40)

Ahora, en cambio, la sentencia la dicta el juez competente de origen y la decisión vale como “*título verificadorio*”.

¿Es lo mismo “*pronunciamiento verificadorio*” que “*título verificadorio*”?

Para la mayoría de los autores, aun el acreedor que tiene a su favor una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada en la situación del

---

(39) Ver, por ej., sentencia del 12/9/2002, Reseñada en Rev. de D. Pvdto 2003-1-514.

(40) Para el modo como funcionaba este procedimiento ver, entre muchos, MORO, Carlos E., Ley de Concursos, Comentada, anota y concordada, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, t. I, p. 283.

art. 21, tiene la carga de verificar en el proceso concursal; muchos critican la disposición legal desde que, si el síndico ha intervenido, ha podido ofrecer prueba, etc., requerir la verificación con ese título implicaría un dispendio jurisdiccional innecesario; por lo demás, racionalmente, la intervención del síndico en el procedimiento individual no se entiende, y en tanto la pretensión podría ser rechazada, el pedido sería un *boomerang* para quien ya tiene una sentencia, dictada en un procedimiento contencioso, en el que los intereses de los acreedores han sido suficientemente resguardados. (41)

Se comparta o no la crítica, la cuestión es si la discusión anterior a la sanción subsiste o, por el contrario, el legislador se inclinó por algunas de las posiciones antes referidas.

Para algunos autores, la situación no ha variado: “no obstante que el síndico interviene en estos procesos enarbolando los intereses de la masa de acreedores, ejerciendo sus funciones orgánicas instituidas por la ley falencial, en nada cambia la situación descripta respecto de los alcances de la sentencia dictada extra-concurso a la hora de su insinuación en el proceso colectivo, por lo que las premisas expuestas conservan plena validez”. (42)

En la misma línea, Truffat sostiene que la cuestión permanece siendo un “semillero de dudas”, uno de los tantos dilemas de la “manta corta”. (43) Resalta que conforme la normativa, los acreedores que optaron por proseguir la demanda ante los jueces naturales ingresan al proceso concursal a través de la verificación “sentencia en mano” y este pedido no se considerará tardío si se efectúa dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia respectiva (art. 56). Luego de minucioso estudio concluye que debe ser tratada como una verificación tempestiva; por lo tanto, abre la posibilidad a las impugnaciones y observaciones por parte de los interesados.

---

(41) Ver, por ej., TEPLITZCHI, Eduardo A., Título o sentencia verificatoria, en VI Congreso Argentino de Derecho concursal y IV Congreso iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, UNR y UCA-Rosario, 2006, t. III, p. 751.

(42) RASPALL, Miguel A., y MEDICI, Rubén, Verificación de créditos, 2ª ed., Santa Fe, Juris, 2008, p. 259.

(43) TRUFFAT E. Daniel, La verificación no tardía del acreedor concursal reconocido tal por sentencia de otro juez. Un semillero de dudas, en VI Congreso Argentino de Derecho concursal y IV Congreso iberoamericano sobre la insolvencia, Rosario, UNR y UCA-Rosario, 2006, t. III, p. 775.



La cuestión no es fácil. Algunos autores, al comentar la ley 24.522, que no preveía la intervención del síndico, argumentaban a favor del control del juez concursal fundados en que, precisamente, la opción del acreedor no contemplaba la intervención de la sindicatura. (44) ¿A qué conclusión deberían llegar ahora que sí está prevista esa participación? La respuesta depende de la solución que se dé al complejo tema de la naturaleza de esa intervención (si es o no parte), que tanta tinta ha hecho correr; de cualquier modo, e independientemente de esa cuestión, la respuesta no puede ser única y depende de las reales posibilidades que la sindicatura haya tenido para oponer defensas, ofrecer prueba, controlar la de la contraria, etc., en función del momento en el que tomó intervención. Tengo claro que así como el deudor no puede reiterar ante el juez del concurso las defensas que esgrimió o pudo esgrimir ante el juez de origen, tampoco puede hacerlo el síndico, cuando el tema se refiere a la sentencia dictada en el trámite previsto en el art. 21. (45)

*(c) Un caso peculiar: la decisión recaída en el juicio por liquidación de la sociedad conyugal. Una sentencia que se mantiene a outrance, no sólo en el momento de verificar, sino con posterioridad, al momento de la homologación del acuerdo, independientemente de las soluciones concursales.*

Conforme las normas transcriptas, al parecer, la reforma legal consolidó la tesis doctrinal y jurisprudencial según la cual el juicio por liquidación de los bienes en la sociedad conyugal permanece ante el juez de origen, es decir, no hay fuero de atracción. (46)

El problema consiste, entonces, en los alcances de la decisión tomada por el juez que entendió en ese procedimiento, se haya dictado antes de la apertura del concurso, o después, según el trámite fijado en el art. 21 de la LC.

---

(44) FAVIER DUBOIS (h.) Eduardo M. y RAISBERG, C., Límites a la opción verifcatoria por continuación del proceso de conocimiento, en ARECHA y otros (coordinadores) Verificación de créditos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 21.

(45) Conf. en lo sustancial, DE CESARIS, María Cristina, Controversias en la verificación de créditos, LA LEY, 2009-A, 748.

(46) En cambio, con anterioridad a la última reforma legal, se discutía si el proceso de liquidación de la sociedad conyugal debía o no permanecer ante el juez de familia. Me he referido a este tema en una comunicación anterior, publicada bajo el título "Primeras aproximaciones al tema Insolvencia y Régimen de bienes en el Matrimonio", Anales de la Academia Nacional de Derecho Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Epoca, Año XLVI, N° 39, 2.001, p. 385.

Un caso muy peculiar se presentó respecto de una resolución judicial que había pasado en autoridad de cosa juzgada antes de la apertura del concurso; el cónyuge se presentó a verificar los créditos que surgían de un acuerdo homologado por el juez “civil”; ese convenio también comprendía los alimentos que el progenitor debía pasar a su hija. La acreedora (en realidad, la cónyuge y la hija) apeló el auto homologatorio del acuerdo que consistía en una quita del 22 %, con pago a un año, sin intereses, en dos cuotas, una a los noventa días y la otra a los 360 días; sostenía que el ex cónyuge concursado había aumentado el pasivo indebidamente con el crédito de una sociedad que él integraba; en su apoyo, la fiscal de cámara invocó, entre otras razones, la ley 26.485; en su opinión, el proceso concursal constituía un acto de violencia y discriminación contra la Sra. L. y su hija; dijo que la medida para mejor proveer dictada, tendiente a que la sindicatura informara si el concursado había efectuado pagos a la acreedora, (47) era una muestra de la “revictimización” de la que la acreedora era objeto. El tribunal rechazó la apelación tal como había sido deducida con estas motivaciones: (i) la homologación no era cuestionable por el hecho de haberse fundado en la ausencia de impugnaciones porque así está dispuesto en la ley (art. 52 LCQ); (ii) la recurrente no ha explicado por qué la sentenciante debía pasar por alto esa circunstancia; (iii) el recurso de apelación es un tardío intento de impugnar el acuerdo, proceder que no puede tener cabida desde que la propia ley de concursos especifica cuál es la oportunidad que tienen los acreedores para presentar impugnaciones sin alterar la correlación lógica de los actos del proceso concursal preventivo; sin esa secuencia no sería factible que éste logre sus fines propios tendientes a evitar la quiebra; por lo tanto, admitir la viabilidad de una impugnación por medio de una observación al auto homologatorio una vez transcurrido el plazo previsto por el art. 50, LCQ, equivaldría a conceder al impugnante una prerrogativa que no tienen los restantes acreedores, afectando el principio de paridad entre ellos, que es una de las directivas fundamentales que rige el proceso concursal; (iv) la propuesta no se muestra abusiva; (v) la apelante ya ha cobrado la primera cuota. No obstante, dando una inesperada vuelta de timón, la Cámara declaró que el acuerdo homologado se mantenía para todos los acreedores, menos para la cónyuge y su hija. Argumentó de la siguiente manera: (A) el crédito provenía de la disolución de la sociedad conyugal; el art. 1315 del C. Civil estatuye un principio de paridad de ambos cónyuges en la división de los bienes que integran la sociedad conyugal, principio no disponible; aunque los acuerdos posteriores a la disolución son válidos, las diferencias no pueden entrañar una notable desproporción, susceptible de encuadrar en la lesión del art. 954, C. Civil,

---

(47) Se acreditó que la cónyuge había recibido la primera cuota, en un monto algo superior a los 300.000 pesos.

debiéndose respetar principios fundamentales como son la restitución de bienes propios y la partición por mitad de los adquiridos. En tal contexto, es preciso preservar la intangibilidad de la hijuela asignada a la esposa; (B) Se impone conciliar la tutela de esa acreencia con las reglas propias de este proceso concursal (en particular los arts. 55 y 56, LC)". A ese fin, entre las circunstancias relevantes cabe merituar que el acuerdo homologado fue consentido por los escasos restantes acreedores, quienes, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, debieron haber percibido las dos cuotas concordatarias; los dos créditos de mayor entidad insinuados en el concurso fueron los de la apelante y el de la sociedad uruguaya, que está en etapa de revisión. En cuanto a la empresa uruguaya, es dable observar serios indicios acerca de una probable vinculación simulatoria con el concursado, que se manifiesta a través de los relevantes elementos en juicio señalados por la Fiscalía de los que es dable deducir no sólo un posible uso disfuncional de la personalidad jurídica de la referida sociedad, sino una virtual carencia de veracidad del crédito que exteriorizara en el concurso. No obstante, dado el avanzado estado de estas actuaciones, agotados en los hechos los efectos propios del acuerdo homologado, el cual no ofrece en sí mismo signos de abuso (art. 52, inc. 4°, LC), carecería de todo sentido práctico abrir aquí y ahora una investigación sobre esas circunstancias fácticas, cuando no es necesario a fin de preservar la intangibilidad de la acreencia de la ex cónyuge del concursado. (C) La aludida intangibilidad que se predica respecto del crédito de la ex cónyuge significa que, por una parte, el concursado no puede, mediante el simple expediente de una presentación en concurso preventivo, disminuir la parte que se le asignó a aquélla en el convenio de liquidación de la sociedad conyugal homologado en el juicio de divorcio. Si tal cosa se admitiera, se avalaría un proceder contrario a la buena fe genéricamente exigible en todo acuerdo sobre derechos patrimoniales (art. 1198, C. Civil) y, con mayor razón, cuando el origen de tal convenio está entrañablemente ligado a una relación precedente regida por normas y principios de orden público (arts. 1299, 1315 y concs., C. Civil)". (D) "Así las cosas, la merma que traduce la quita y la falta de previsión de intereses en el concordato, aconsejan adoptar una solución que, sin que sea menester invalidar el acuerdo preventivo, éste resulte en esa parte inoponible a la ex cónyuge del concursado. En otras palabras, el acuerdo, si bien válido, exhibe una ineficacia relativa respecto del crédito de L. originado en el convenio de liquidación de la sociedad conyugal homologado en el juicio de divorcio. Esa obligación tiene que ser satisfecha en dólares, que fue la moneda en la que se expresó, con más los intereses pertinentes, deducción hecha, claro está, de lo ya percibido por la acreedora. (E) Otro tanto cabe predicar, por análogas razones, en torno del crédito alimentario de la hija, todo aun cuando el crédito se había pesificado, en tanto el convenio incluía un acuerdo relativo a los alimentos de la entonces menor

hija del matrimonio". Ambos aspectos, el atinente a la liquidación de la sociedad conyugal y el de alimentos formaron parte de un acto único, que como tal fue homologado por el juez civil (conf. art. 236, C. Civil), de modo que forman ambos un todo inescindible, razón por la cual se ha hecho referencia promiscua a la situación de la apelante y su hija en punto a la ineficacia relativa del acuerdo concordatario respecto de los créditos de ambas. Si la cuestión se entendiera de otro modo, operaría respecto del acuerdo relativo a la hija entonces menor la prohibición del art. 279 del C. Civil. (48)

Otras dos cuestiones llamativas en este extraño caso fueron la pretensa intervención del Inadi como *amicus curiae* y la participación súper activa del Ministerio Público. (49)

La decisión ha recibido aplausos y críticas, y entre unos y otros hay especialistas de derecho familiar y de derecho concursal.

---

(48) CNCom., Sala C, 28/09/2009, eDial - AA59F5; Doc. Societaria y Concurzal, n° 268, marzo 2010, p. 272, con nota desaprobatoria de GRAZIABILI, Darío, ¿Inoponibilidad parcial del acuerdo homologado? también en Doctrina judicial procesal, año II n° 4, mayo 2010 p. 23, con nota de Gloria Lucrecia LIBERATORE, Concurso preventivo. Legitimación procesal del Inadi para intervenir en carácter de *amicus curiae*; en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, LA LEY, N° 4, dic./09, pp. 21 y ss., con comentario de F. JUNYENT BAS y A. MOLINA SANDOVAL, Inoponibilidad del acuerdo preventivo (¿o del proceso concursal?) en un peculiar caso de liquidación de sociedad conyugal; ED 235-527, con nota de DANIEL TRUFFAT, El difícil equilibrio entre la concursabilidad y los derechos emanados de un convenio de disolución de sociedad conyugal. Para los casos de nulidad del acuerdo preventivo homologado ver GARCIA MARTINEZ, R., Nulidad del acuerdo preventivo homologado en la nueva ley de concursos, ED 166-985.

(49) Está fuera de duda que conforme el art. 16 c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres durante el matrimonio y con ocasión de su disolución. No obstante, hay que convenir que la presencia de este organismo resulta extraña en un proceso concursal, desde que, como se señala más adelante, la cuestión discutida era estrictamente patrimonial y surgía del propio funcionamiento de un proceso autorizado por la ley. No desconozco otros expedientes de estricto derecho privado en los que algunos organismos han intentado ser escuchados como *amicus curiae*, pero se trataba de cuestiones atinentes a los niños, en los que se presentó el Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos del niño (Ver Cám. Nac. Civ. sala M, 22/4/2009, JA 2010-I-499).

Méndez Costa (50) se suma a las perplejidades que la sentencia generó a algunos concursalistas, y dice: “Considerada desde el enfoque de la sociedad conyugal, aparece razonable y armónica con el contexto de nuestro derecho positivo. Sostiene que el principio de paridad de los cónyuges en la división final de los gananciales es de orden público e igualmente admite que los arts. 1218 y 1219 no rigen una vez disuelta la sociedad conyugal, lo que cuenta con total apoyo doctrinario. Atiende, entonces, a la libertad de convención entre los ex miembros de la sociedad conyugal en cuestión, en la que es preciso reconocer mayores márgenes si, como sucede entre divorciados, no rige entre ellos ningún régimen de bienes, si bien han de ser respetados los límites de todo acuerdo que se quiera válido: no llevarlo al exceso configurativo de la lesión y, sobre todo, que se mantenga dentro de los límites de la buena fe. Los anotadores, especialistas en el tema concursal, estiman que cualquier solución podía ser justa (y eventualmente razonable) desde la perspectiva concreta del tema familiar pero “podrá generar ciertas perplejidades desde lo estrictamente concursal” y a la respectiva consideración dedican detenidos párrafos a los cuales nos remitimos, incluso en su proyección de futuro al decir: Sin duda, esta presencia produce una clara revisión de muchos principios actualmente vigentes en materia concursal procurando una revaloración de las soluciones en las que se encuentran otros valores en juego”.

Francisco Magín Ferrer (51) es más contundente y se enrola entre los que critican la decisión. Sostiene que las consideraciones acerca de la igualdad de los lotes adjudicados a los ex cónyuges en la partición es totalmente ociosa y fuera de lugar en esta instancia, desde que la partición ya se había cumplido y ejecutoriado en el juicio de divorcio, la ex cónyuge había consentido la asignación de ese crédito, y ahora solo intentaba cobrarlo. Además, se trata de un crédito quirografario sin privilegio alguno, que no ha sido objeto de tutela específica ni en la ley civil ni en la concursal. Por otro lado, los arts. 5 y 6 Ley 11.357 (Adla, 1920-1940, 199) no rigen una vez ejecutoriada la partición, porque se liquidó el régimen patrimonial del matrimonio; nadie hasta ahora ha afirmado la vigencia de tales normas después de cumplida la partición. Sin perjuicio de ello, tales preceptos establecen las responsabilidades separadas de cada cónyuge por las deudas que han contraído frente a sus respectivos acreedores, pero no contemplan

---

(50) MENDEZ COSTA, M.J., Protección del derecho concursal a los gananciales ante el concurso del cónyuge, en Libro homenaje al profesor Ricardo Prono, Santa Fe, UNL, 2010, p. 247.

(51) FERRER, Francisco A. M., Régimen patrimonial y concurso del cónyuge, Libro homenaje al profesor Ricardo Prono, Santa Fe, UNL, 2010, p. 180.

la relación crediticia entre los mismos cónyuges, por todo lo cual, en este caso, la situación de concurrencia del ex cónyuge acreedor con otros acreedores en el concurso o quiebra de su ex consorte, está reglada directamente por el derecho concursal. El tribunal atribuyó a las normas citadas una singular ultra operatividad, más allá de su espacio de vigencia, y además las aplicó a cuestiones ajenas a los presupuestos fácticos contemplados en las mismas. Finalmente, el orden público no rige una vez disuelta la sociedad conyugal, y menos aun cuando ya está liquidada: aunque resulte explicable que en algunos casos en que existe la vehemente sospecha del fraude en las obligaciones contraídas por el marido, los tribunales arbitren soluciones para evitarle a la esposa injustos perjuicios, lo cierto es que el intérprete tiene el límite que le impone la necesidad de respetar la norma y no desviar su sentido y alcances. Podrá introducir matices, graduaciones, adecuaciones a la realidad del hecho concreto, pero la hermenéutica debe ser objetiva y respetuosa de las directrices legales básicas que plasman las instituciones.

Me sumo a las críticas; a los efectos del tema que desarrollo en estas reflexiones, leo entre líneas, en esta solución tan heterodoxa en el ámbito concursal, una suerte de arrepentimiento del tribunal a decisiones tomadas con anterioridad, durante el proceso verificadorio (me refiero a un crédito que oportunamente se dejó entrar y sirvió para el cálculo de las mayorías), mas como esas consecuencias ya no podían ser modificadas, con gran creatividad, pero demasiada heterodoxia a mi gusto, encontró una solución que impidiera el fraude.

*(d) Otro supuesto específico. Modificación de sanciones impuestas en sentencia que pasaron en autoridad de cosa juzgada.*

Se ha decidido que “las multas fundadas en lo dispuesto por la ley 24.635 (Adla, LVI-B, 1728) han sido bien impuestas desde que el incumplimiento previsto en la norma se ha configurado en fecha anterior a la declaración de quiebra de la empleadora. Siendo ello así, y aun cuando la cuantía ordenada por el juez laboral no pueda reputarse como *cosa juzgada* pues fue fijada en fecha posterior a la falencia, es decir, cuando dicho magistrado había perdido competencia para resolver, su procedencia sustancial se encuentra demostrada en tanto la deudora incumplió con el pago del acuerdo celebrado. No obstante, meritando la situación de crisis que atravesaba la concursada —lo que culminó con la declaración de quiebra y posterior conversión a concurso— y los elevados intereses que habían sido pactados, el importe de dichas multas debe ser morigerado hasta el 10% del monto acordado”. (52)

---

(52) CNCOM - SALA E - 08/05/2006, Casamen S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de verificación (por Scarpino Norberto Daniel) elDial - AA361E.

### 3. Cosa juzgada formal recaída en procedimientos ejecutivos

La jurisprudencia discordante hasta 2002 (53) parece haber sido definitivamente zanjada por la Corte de la Nación, (54) quien categóricamente ha dicho: “Es improcedente la verificación de un crédito con sustento en la sentencia dictada en juicio ejecutivo, pues la sola existencia de ella no es elemento suficiente para tener por admitida la acreencia en atención a la naturaleza del proceso concursal y del procedimiento establecido en la ley 24.522, el cual exige que se pruebe la causa que dio origen al título que justifica el crédito”.

Según el texto de la sentencia, el caso presentaba las siguientes peculiaridades: Recurrió “la deudora a través del síndico”; el crédito hipotecario del acreedor había sido verificado con privilegio, sin haberse probado la causa del mutuo, habiéndose invocado una causal de ineficacia concursal y falta de legitimación de quien actuó por la sociedad; la decisión verificatoria aparece fundada exclusivamente en la fuerza vinculante *erga omnes* atribuida a la sentencia ejecutiva (“La causa no fue el negocio que sirve de base al crédito sino la invocación de la sentencia”); el crédito había sido reconocido por la deudora en el juicio ejecutivo tramitado cuando aun no estaba quebrada; había intervenido en esa ejecución impugnando liquidaciones y otros actos procesales.

Los argumentos del Procurador General que la Corte hace suyos para hacer lugar al recurso extraordinario son los siguientes:

---

(53) Compulsar el historial de estas sentencias en MAFFIA, Osvaldo, Verificación de créditos, 4° ed., Buenos Aires Depalma, 1999, p. 149 y ss.; GARAGUSO, Horacio Pablo, Verificación de créditos. Principio y régimen en la ley 24.522, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 148.

(54) CSN 3/12/2002, Collón Cura SA s/Quiebra, Inc. Banco de Hurlingham (Dictamen del Procurador que la Corte hace suyo), JA 2003-III-192; LA LEY, 2003-C, 732, con nota de DASSO, Ariel, Verificación. Títulos abstractos. Sentencia judicial en juicio ejecutivo u ordinario. El comentario también se publica, con variantes no significativas en Verificación de títulos abstractos y de sentencias, en ARECHA y otros (coordinadores) Verificación de créditos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 127. Osvaldo MAFFIA comentó laudatoriamente la decisión bajo el título Sentencia ejecutiva y verificación del crédito. Roma locuta, causa finita est, JA 2003-III-1209; Julio CHIAPPINI, en cambio, la criticó y alertó sobre el carácter no obligatorio de la decisión para el resto de los tribunales, en “El caso Collón Curá; otro traspie de la hipoteca”, en ED 206-739. Concluye su nota, parafraseando a Maffia, diciendo Roma locuta, pero no es cierto que causa finita est”.

— La verificación es un procedimiento fundamental en el proceso concursal para la determinación transparente del pasivo. Por eso, es causal, de conocimiento pleno, y admite toda clase de pruebas.

— El juicio ejecutivo es de limitado margen cognoscitivo.

— Involucra sólo a las partes, no a terceros; el concurso preventivo y la quiebra son procesos universales que afectan la generalidad del patrimonio.

En mi opinión, la sentencia sería correcta si el síndico actuó con legitimación propia; en cambio, si quien reclamó fue el deudor, dado que en el ejecutivo había reconocido la deuda, no podría volverse sobre sus propios actos.

La solución de la Corte Federal ha sido seguida por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires (55) El caso presentaba las siguientes peculiaridades. El acreedor hipotecario invocó el monto resultante del saldo de una cuenta corriente bancaria. En la ejecución, la deudora había planteado la excepción de inhabilidad de título y había sido rechazada; se discutía la composición de la cuenta y los mecanismos de liquidación utilizados por el banco para llegar al saldo; en el concurso, la deudora se había opuesto a la verificación con los mismos argumentos esgrimidos en la ejecución. La sentencia verificatoria se fundó exclusivamente en la sentencia recaída en el juicio ejecutivo.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe parece uniformarse en este sentido. (56)

#### **4. Cosa juzgada en proceso tramitado conforme el art. 21 y prescripción breve**

Un tribunal de apelaciones confirmó la decisión que rechazó el pedido de continuar la ejecución de sentencia contra la concursada, iniciada con anterioridad al concurso, y que tramitó ante el fuero civil. “El acreedor renuente no puede pretender ejecutar la sentencia tal como fue dictada en ese juicio civil, sin haber obtenido pronunciamiento verificatorio en el concurso preventivo,

---

(55) SC Bs As., 15/7/2009, Jumina SA s/Concurso. Inc. Bank of Boston, ED 235-197. Algunos integrantes, por adhesión a la jurisprudencia de la Corte Federal (voto de De Lázzari; adhiere Soria); Negri y Kogan, por coincidir con los argumentos, y no por ser obligatoria esa jurisprudencia.

(56) Compulsar, CSJ de Santa Fe, 4/11/2008, “Michelini vda. De Bernardi, Clelia María Rosa s/concurso preventivo s/incidente de revisión s/recuso de inconstitucionalidad”, resumida en Rev. Der. Priv. y Comunitario, 2008-3, p. 770.



para encontrarse en mejor situación que aquél que concurrió tempestivamente al juicio universal a verificar su acreencia, con las consecuencias que todo ello implica: quedar comprendido en las pautas del acuerdo, asumiendo lo que hubiere contenido la propuesta (vgr. quita, espera o ambas), y sus implicancias: novación de sus créditos (LC 55). La prescripción que prevé el actual régimen concursal resulta de aplicación a todo acreedor de causa o título anterior al concurso preventivo que no reclama la verificación de su crédito, en forma tempestiva o tardía, dentro de los dos años desde la presentación en concurso de su deudor (LC: 56). En el caso, esta norma fue aplicada al actor que pretendió verificar el crédito que surge de la sentencia dictada en autos, por haber formulado su pedido verificadorio una vez transcurrido dicho plazo; ese decisorio resulta fatal para la acreencia invocada, pues produjo la extinción de toda acción y/o derecho respecto de la misma, con todos los efectos de la *cosa juzgada material*.” (57) La solución justa a estos problemas, que convertirían a la opción en una verdad trampa procesal están hoy solucionados por el art. 56 que dispone: “Si el título verificadorio fuera una sentencia de un juicio tramitado ante un tribunal distinto que el del concurso, por tratarse de una de las excepciones previstas en el art. 21, el pedido de verificación no se considerará tardío, si no obstante haberse excedido el plazo de dos años previsto en el párrafo anterior, aquél se dedujere dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia”.

### **5. Otras cuestiones: ¿Procede la caducidad de instancia en un incidente de verificación en el que se invoca una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada recaída en un procedimiento en el que no es proponible la cosa juzgada?**

Un voto en minoría propició la improcedencia de la caducidad de instancia en un incidente de verificación de un crédito articulado con base en una sentencia laboral pasada en autoridad de cosa juzgada, en atención a los principios constitucionales que acuerdan especial protección a los derechos de los trabajadores (art. 14 bis CN) y a las particularidades del derecho laboral, que no pueden ser soslayadas por efectos del concursamiento preventivo de la empleadora. (58) Entiendo correcta la

---

(57) CNCOM - SALA A - 04/05/2006, Castelletti Rosana Beatriz c. Transportes Metropolitanos Belgrano Sur SA s/daños y perjuicios” - elDial - AA365F.

(58) Voto del Dr. Arecha, CNCom., sala E, 7/2/2006, Círculos integrados SA s/ Verificación, LA LEY, 2006-D, 715, con nota de E. Daniel TRUFFAT, Sobre la cosa juzgada concursal y otras cuestiones. Igual cuestión, con idéntico resultado, volvió a ser decidida por ese tribunal el 28/08/2009 “in re” Alpargatas S.A.I.C. s/concurso preventivo s/inc. de verificación y pronto pago (por Castro, Carlos Ricardo)” - elDial - AA5900.

solución mayoritaria; es verdad, como dice Truffat que “la perención es una figura “antipática” que muchas veces atenta contra la verdad material (especialmente en el caso, que ya tenía cosa juzgada dictada por un juez especializado); que argumentar que la perención libera a la justicia del peso muerto de los expedientes sin trámite frente a un servicio de justicia sobresaturado confunde la pirámide valorativa que debe presidir un sistema republicano en tanto la administración de justicia está en función de los derechos de los justiciable y no a la inversa; que aunque no es tolerable que un litigante desatento mantenga en situación de incertidumbre a su contraparte con un juicio que no insta, nada impediría que la caducidad funcione con un último emplazamiento”. No obstante, lo cierto es que quien ingresa a un proceso concursal lo hace con todas sus consecuencias; ya no está regido por las reglas del proceso laboral, sino por el concursal.

### **Tercera parte**

#### **Cosa juzgada nacida en el trámite concursal verificadorio (arts. 36 y 37). Efectos intra y extraconcursoales**

##### **1. Preliminares. Primera regla: cosa juzgada material de la decisión de verificación y de la que resuelve el recurso de revisión**

Conforme el art. 37, la *verificación* del crédito firme hace cosa juzgada *material*. El calificativo no está incluido en la norma, pero así lo ha reconocido la Corte Federal al considerar definitiva la decisión recaída a los efectos del recurso extraordinario; (59) esto significa, en principio, que la inmodificabilidad de lo resuelto tampoco puede ser alterada por otras vías ordinarias. Otro tanto debe decirse de la decisión final que recae en el incidente de revisión iniciado con motivo de que el crédito fue declarado

---

(59) Ver, entre muchos, CSN 19/8/1986, Fallos 308-1252; posteriormente, Fallos 313:1266; 315:2222; 315:2364; 317:1133. Por esos años, la Corte Federal revocó sistemáticamente todas las decisiones de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que negaba carácter definitivo a lo decidido en la verificación. Llama la atención que no obstante la antigüedad de esta jurisprudencia, algunos superiores tribunales provinciales sigan resistiéndose a esa calificación. Ver sentencia de la CSN del 24/4/2007, “in re” Mangione, Miguel A., que revocó una decisión del Superior Tribunal de La Pampa quien, consecuentemente, debió tratar el recurso nuevamente el 10/12/2007, LA LEY Patagonia 2008-2009 p. 153. El tiempo insumido inútilmente colabora fuertemente al desprestigio de la justicia. Otro dato que muestra que se trata de cosa juzgada material es que se condena por responsabilidad profesional al abogado que teniendo “chances” de ser vencedor en la revisión, no acude a la vía del art. 37 (Ver CNCIV – SALA M – 29/12/2009 Maldonado, Pascual Bailon c. A., P. A. s/ daños y perjuicios. Responsabilidad Profesional Abogados”, elDial - AA5C26).

admisible o inadmisible; (60) sería así, aunque la ley no lo dijese, porque la ley no pudo dotar de mayor efecto al resultado de un proceso sumario e inquisitivo, como es el que termina con la declaración de verificación, que al que deviene de uno de mayor conocimiento, como es el incidente de revisión. (61) De tal manera, como regla, su discusión posterior se encuentra vedada en ese o en cualquier otro proceso. Por eso, habiendo transcurrido el plazo fijado por la ley para plantear la revisión, la existencia, legitimidad, liquidez y exigibilidad del crédito consagrado por la resolución judicial que lo tuvo por verificado, lo deja equiparado a una sentencia judicial. (62)

No obstante, el texto legal no soluciona todos los problemas; las opiniones discrepantes pasan por el análisis de distintas cuestiones: legitimado para impugnar (por ej., para algunos no sería igual la situación del fallido que la del concursado, en tanto el primero, en razón del desapoderamiento, tendría más limitado el ejercicio de su derecho de defensa); motivación del pronunciamiento (por imposibilidad de producir pruebas, por razones formales, etc.); modo de conclusión del recurso de revisión (normales o anormales, como la caducidad de instancia, etc.).

Además, es necesario tener en cuenta que la cosa juzgada alcanza no sólo lo efectivamente juzgado sino todas aquellas pretensiones que debieron introducirse en el proceso; no sólo lo aducido sino lo aducible, lo que debió aducirse. (63) Por aplicación de estas reglas se ha decidi-

---

(60) La doctrina discute si existe una cuarta categoría, el crédito no verificado, o sea aquél que fue peticionado por el acreedor, nadie lo observó (ni el deudor, ni los otros acreedores ni el síndico) pero oficiosamente el juez lo rechazó. El tema se vincula al que debo tratar, pero no altera lo que diré en el texto (Para esta cuestión ver, entre muchos, ROUILLON, Adolfo, ¿Cómo se recurre el crédito no verificado?, en LA LEY Litoral 1997-425; CASADIO MARTINEZ, Claudio A., ¿Laguna normativa de la ley falencial o confusa redacción de la norma? en ED 208-879 y sus citas.

(61) HEREDIA, Pablo, Tratado exegético de derecho concursal, Buenos Aires, Abaco, 1998, t. 1 p. 780.

(62) CNCom., sala A, 24/04/2001, in re "Petrina, Graciela Beatriz c. Banco Roberts S.A. s. ordinario"; id., Sala C, 06/02/2001, "in re" "Inversora Kewan S.A. c. Antoni, Ricardo Marcelo s. ejecutivo"; id., 06/09/2001, "Mascolo, Héctor José s. Concurso Preventivo s. incidente de revisión por Virrey del Carmen SA"; SC Bs. As. 12/3/2008, Liebman G.A. p/ despido (todas estas sentencias pueden ubicarse en la página web del tribunal respectivo); conf. Cám. Nac. Trab. Sala IV, 25/2/2009, Doc. Laboral, año XXV 2009-1603.

(63) SCMendoza. 10/4/2002, "Carrió de Barbero", LS 307-61, FC 54-209 y sus citas; también sentencia del 1/10/1990, "Yamín Nozar" LA LEY, 1991-B, 432, ED 141-399 y DJ 1991-2-119; Conf. HEREDIA, Pablo, Tratado exegético de derecho concursal, Buenos Aires, Abaco, 1998, t. 1 p. 759.

do (64) que “Resulta improcedente la pretensión de la recurrente de intentar, a través de la vía de la verificación tardía, obtener la rectificación del error material en que ella misma incurriera al omitir denunciar en la instancia del art. 32 LCQ la supuesta antigüedad reconocida por la empleadora. Es que más allá de que dicha cuestión debió ser incluida en la demanda verifcatoria, habida cuenta que en modo alguno podía ser desconocida por la interesada, no es dable soslayar tampoco que la quejosa no intentó subsanar este error por medio de los remedios procesales y concursales a su alcance —vgr. recurso de aclaratoria, incidente de revisión— por más heterodoxo que ello pudiera parecer teniendo en cuenta la inescindible relación e inevitable incidencia habida entre la antigüedad de la relación laboral y la liquidación indemnizatoria cuyas pautas fueron fijadas en la resolución del art. 36 LCQ”. “En razón de que la resolución individual de los créditos (art. 36 LCQ) ha pasado en autoridad de cosa juzgada en punto a la materia atinente a la antigüedad laboral de la recurrente, estímase que ha precluido la oportunidad procesal para introducir esta cuestión”.

## **2. Segunda regla: Existencia de pronunciamiento sobre el fondo del asunto**

La cosa juzgada no puede ser invocada cuando no hubo pronunciamiento sobre el fondo del reclamo. (65) O sea, para que se produzca el efecto explicado en el parágrafo anterior, la decisión que deniega la petición debe fundarse en no haberse acreditado algún requisito intrínseco de admisibilidad; en cambio, no existe dicho efecto cuando tiene fundamentación en requisitos que no obstan a que la pretensión, una vez subsanada la deficiencia, sea propuesta nuevamente o adquiera ulterior eficacia.

Por eso, no existe cosa juzgada si la respuesta judicial negativa al pedido de verificación tempestiva se fundó en que el peticionario no había acre-

---

(64) CNCom., sala A - 13/12/2007, “C.E.P.A. SA s/Quiebra /Incidente de Verificación y Pronto Pago (por Zoya Rodolfo y Otros)” elDial - AA45C3.

(65) CSN 1/1/1985, Paoloni, José Luis Celestino c. Cooperativa Agrícola Ganadera Rosario Tala Ltda., Fallos 307-1013, ídem 15/6/2004, El Soberbio S.A. s/concurso preventivo s/incidente de verificación, Fallos 327-2321; conf. DI TULLIO, José A., La revisión en la verificación de créditos, ED, 204-1046; MACAGNO, Ariel, El procedimiento de verificación de créditos. A propósito de la posibilidad que tiene el acreedor de agotar las vías verifcatorias instauradas por la ley, en ARECHA y otros (coordinadores) Verificación de créditos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 21.

ditado su calidad de administrador de la sucesión; (66) o, en general, en no haber acreditado la representación invocada; (67) mucho menos si tenía poder, pero se adujo que el instrumento no estaba inscripto en la provincia y en la verificación tardía se presentaron los mandantes; (68) o en no haber acompañado el pago del arancel de \$ 50. (69)

Tampoco adquiere el atributo de cosa juzgada la resolución que “difiere la decisión de mérito para una oportunidad ulterior” (por ej., en la verificación del crédito hipotecario se señaló que esa no era la oportunidad para decidir sobre la cláusula penal y los intereses), (70) en tanto la cosa juzgada pone fin a una incertidumbre; las situaciones jurídicas inciertas quedan aseguradas, fijadas, precisadas; nada de ello acontece cuando la cuestión queda abierta. Por eso, no hay cosa juzgada si la inadmisibilidad se fundó en que el juez concursal no podía pronunciarse mientras no existiese decisión penal en función del art. 1101 del CC, salvo que el acreedor haya interpuesto revisión contra esa decisión, negando la aplicación de la norma, pues en tal caso, se sometió a ese régimen legal. (71)

(66) CNCom., sala C - 17/06/2009, Colegio Saint Jean A.C s/concurso preventivo/ inc. de rev. por Solorzano Jorge” - eDial - AA56F5 (aclaro que en el caso la verificación se rechaza por otras razones).

(67) TSJ Córdoba, 24/6/1998, reseñada en Rev. de Derecho Privado y Comunitario 2000-1-461.

(68) SCMza, 18/4/1995, Godoy, Eliseo y otros en j. Peretti Hnos. e Hijos p/Concurso preventivo; Libro de sentencias del tribunal 255-182.

(69) 3° Cámara Civil y Comercial de Córdoba, 29/5/2001, Doc. Societaria y Concursal, n° 167, t. XIII, Octubre del año 2001, p. 418, con nota aprobatoria de MACAGNO, Ariel, Cosa juzgada y verificación de créditos. Aplausos y abucheos: la cara de una misma moneda y en Foro de Córdoba n° 80, p. 102, con nota del mismo autor, Cosa juzgada y verificación de créditos. A propósito de la posibilidad de agotamiento de las vías verificadoras.

(70) Caso resumido por GONZALEZ, Atilio, Estudios de derecho procesal, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, t. V, p. 82. Conforme el relato, con posterioridad a la decisión alcanzada en el concurso, en la ejecución hipotecaria se reclamaron los dos rubros (cláusula penal e intereses), petición que fue acogida por decisión firme; cuando el acreedor cobró esos accesorios del resultado líquido del inmueble, el síndico interpuso una acción recursiva para que el acreedor restituyese esas sumas; se fundó en la existencia de cosa juzgada concursal; la pretensión fue rechazada, por las razones expuestas en el texto.

(71) SCMendoza, sala I, 31/7/2007, Oleofructal Argentina, Foro de Cuyo n° 82-61. En el caso, la revisión concluyó por caducidad de instancia. La solución es dudosa; la Corte confirmó la decisión al rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido con fundamento exclusivo en la arbitrariedad de sentencia.

En definitiva, la recta hermenéutica del art. 37 de la ley concursal conduce a la conclusión de que la cosa juzgada que obsta a un ulterior nuevo pedido de verificación sólo puede ser aquella en la que el juez ha rechazado la pretensión vericatoria por razones sustanciales (por ej., falta de acción, in-concurrencia de los extremos de derecho o por carencia de prueba, etc.).

No obstante, la línea divisoria no siempre es fácil de trazar y las trampas procesales a las que se ve sometido el acreedor no son pocas. Tal lo sucedido en un juicio llegado a la Corte Federal: en una verificación tempestiva un crédito laboral fue rechazado. No está claro en la decisión, pero al parecer se lo declaró inadmisibile “por tratarse de un crédito controvertido, en su causa y alcances, por lo que la cuestión no debe ser ventilada en sede concursal quedando diferida a la sentencia que se dicte en la causa laboral”. Ante esa resolución, se requirió la remisión de la causa laboral al Tribunal competente (para así obtener la mentada sentencia), petición que fue rechazada por el juez concursal, indicando al recurrente que debía iniciar la revisión. Al interponer esa petición, fue rechazada por extemporánea por haber vencido el plazo consagrado por el art. 37 de 20 días. El insinuante adujo haber estado esperando la sentencia laboral conforme dispusiera el a quo en la sentencia vericatoria. No obstante, la sala B de la CNCom. entendió que tal circunstancia no resultaba atendible. La Procuración General consideró que la decisión era arbitraria por exceso de rigor ritual, pero su opinión fue seguida sólo por la minoría del tribunal; la mayoría lo rechazó con base en el art. 280 del CPCCN. (72)

En cambio, se ha decidido que no tiene efectos de cosa juzgada la decisión que rechazó la verificación en “*la imposibilidad de juzgar el fondo*” pues en este caso “sólo puede hablarse de una mera preclusión, pues en realidad no hay propiamente sentencia en su cabal sentido”, por lo que no hay cosa juzgada si la decisión de inadmisibilidat se fundó en que no era “posible determinar los rubros y montos indemnizatorios en un acotado marco cognitivo”. (73)

Tampoco habrá cosa juzgada si por efecto de errores procesales de ambas partes, la verificación tempestiva y la ulterior revisión se rechazó

---

(72) CSJN 6/4/2010, Industria Publicitaria Ital ART, DJ, 2010-1559, elDial - AA5DB4, LL 2010-C-475, con nota de CASADIO MARTINEZ, Claudio A., Alcances de la cosa juzgada de la sentencia vericatoria en los concursos.

(73) Cám. Civ. y Com. Córdoba, , 9/2/2009, reseñado por CHIAVASSA, Eduardo, Actualidad en derecho concursal, Ab. Perrot. Córdoba 2000-896.

porque los honorarios no estaban aun regulados en el proceso en el que se habían devengado. (74) En palabras de Daniel Truffat, (75) “tratándose de pedidos de verificación de honorarios regulados por decisiones que no están firmes, los tribunales han ensayado todas las variantes: a) Declararlos inadmisibles y luego suspender el incidente de revisión hasta tanto medie regulación definitiva; b) Declararlos verificados o admisibles como condicionales, con lo cual les está vedado participar de la decisión sobre el concordato; c) Declarar verificado el mínimo de la escala legal y aplicar al monto que la excede cualquiera de las decisiones mencionadas en (a) o en (b). (d) Declararlos inadmisibles pero aceptar la verificación tardía. (76) En su opinión, la última variante es improponible pues la declaración de inadmisibilidad que no fue objeto de incidente de revisión hace cosa juzgada.

### 3. Cosa juzgada vericatoria y error material

Frente a los errores materiales, especialmente si perjudican seriamente los intereses del resto de los acreedores, la solución circula por los andariveles de la modificación. Así por el 15/6/2004, en los autos “El Soberbio SA, la CSN (77) hizo lugar al planteo de la concursada que pretendía, fuera de los plazos y procedimientos previstos en el art. 37 de la LC, la corrección del error en el que había incurrido la sindicatura respecto del crédito del acreedor hipotecario, cuando al determinar el total adeudado, sumó dos veces el capital de origen e incrementó en exceso el interés punitorio, circunstancia que fue reconocida por dicho funcionario y por el perito designado. Por unanimidad, la Corte siguió el dictamen del Procurador del 16/12/2003, quien además de recordar los principios generales relativos a la cosa juzgada dijo que, en el caso, de no admitirse la corrección aritmética del monto verificado, más allá de la oportunidad procesal en la que se realiza, se generaría un beneficio para el acreedor hipotecario con sustento sólo en un error cuya consecuencia necesaria es producir un perjuicio no sólo al concursado con quien mantiene la disputa, sino a los terceros, quienes por la equivocación del funcionario encargado de velar por los intereses del conjunto de los acreedores, verían disminuido el activo que constituye la

(74) CS Mendoza sala I, 5/11/2004, LA LEY Gran Cuyo 2005-686.

(75) TRUFFAT, E. Daniel, Procedimientos de admisión al pasivo concursal, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 95.

(76) El autor califica esta alternativa de herética.

(77) elDial.com AA235B.

garantía del pago de sus créditos, lo que sin dudas les genera una concreta afectación a su derecho de propiedad y de igualdad de trato, principios liminares que sostienen el procedimiento concursal". (78)

#### **4. Cosa juzgada y pesificación**

La Corte Nacional, haciendo suyo el dictamen del Procurador, ha decidido que "la existencia de una sentencia firme que condena a pagar en dólares una deuda hipotecaria y que fue dictada con anterioridad a la entrada en vigor de las normas de emergencia, no impide la pesificación de la referida acreencia, aun tratándose de la verificación de un crédito con garantía hipotecaria en una quiebra, ya que el decreto 410/2002 (Adla, LXII-B, 1680) no contempla dicha circunstancia como excepción". (79)

#### **5. La vía procesal para atacar la decisión verificatoria es la revisión y no el incidente de verificación tardía, ni otro incidente innominado**

La decisión que declara el crédito verificado produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada de modo inmediato; la que declara el crédito admisible o inadmisibile adquiere tales efectos cuando transcurre el plazo previsto en la ley *sin haber deducido revisión*, o cuando contra lo decidido en la revisión, ya no queda recurso alguno. (80) Esta afirmación se funda en que la revisión es el remedio procesal que tiene por finalidad, precisamente, evitar que la sentencia que declara admisible o inadmisibile un crédito o privilegio adquiera efectos de cosa juzgada; (81) por eso, como regla, ésta es la única vía para modificar una decisión que aun no está firme.

---

(78) La Corte no siempre se muestra tan abierta para corregir los errores materiales, especialmente, si se han producido en otro expediente. Así, por ej. en la decisión del 11/6/1998, recaído "in re" "La Romería s/Concurso preventivo" sólo 4 de los 5 jueces se abrieron al error material. La mayoría, en cambio, cerró las puertas del recurso extraordinario por la vía del art. 280 del CPCCN.

(79) CSN 29/9/2009, Erke SRL s/Quiebra, en Rev. Actualidad Jurídica Región Cuyo, t. 48, 29/9/2009 A-147; la decisión reitera la línea iniciada el 14/8/2007, Souto de Adler, JA, 2007-III-556 y Foro de Córdoba 117-175.

(80) GALINDEZ, Oscar, Verificación de créditos, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, n° 73.

(81) DI TULLIO, José A., La revisión en la verificación de créditos, ED 204-1038; JUNYENT BAS, F., y MOLINA SANDOVAL, C., Verificación de créditos, fuero de atracción y otras cuestiones conexas. Ley 24.522, Santa Fe, Rubinzal, 2000, pp. 247 y 257.



Con el mismo criterio se afirma que, “en principio, revisión e incidente de verificación tardío son vías procesales no compatibles, o mejor dicho, no acumulables; la regla parece simple y clara: la revisión presupone la existencia de un pedido en tiempo por parte de un pretense acreedor; por el contrario, la verificación tardía supone que el acreedor no se ha presentado tempestivamente pues, precisamente, es la vía para los acreedores *dormidos*, en expresión de Maffía que toda la doctrina repite. (82) En otros términos, la verificación tempestiva (y su secuela eventual, la revisión) es un trámite *alternativo* y no *acumulativo* respecto de la verificación tardía. (83) La regla es, pues, que un acreedor declarado inadmisibile debe promover incidente de revisión dentro del plazo legal; si no lo hizo, la declaración de inadmisibilidad lo dejó definitivamente fuera de juego”; “los cauces procesales de la ley de concursos no resultan disponibles para que un frustrado insinuante tempestivo cambie luego por una verificación tardía, desde que la verificación tardía no es una alternativa sino que constituye en sí una posibilidad para quien no accedió a la insinuación tempestiva, pero no funciona para que el acreedor soslaye el medio propio establecido por la ley a fin de obtener un nuevo análisis del tema. Si el acreedor concurrió en su oportunidad (tempestivamente) el rechazo sólo es susceptible del recurso de revisión, que debe ser intentado en el plazo fijado por la norma”. (84)

Por aplicación de esta regla se ha decidido que “Encontrándose firme la sentencia que verificó el crédito respecto del cual no se le asignó privilegio alguno, la cosa juzgada impide la alteración de tal decisión si no fue sometida a la revisión prevista por vía que prescribe el ordenamiento concursal. Ello alcanza no sólo al crédito que se insinuó, sino también a aquellos accesorios o derechos conexos de él que, pudiendo haber sido objeto de revisión no lo fueron por decisión u omisión del interesado. El objetivo principal de la etapa vericatoria es establecer el pasivo del deudor; tal finalidad no se lograría si se admitiera posteriormente la modificación de la graduación oportunamente reconocida, en el tiempo y la forma que al acreedor le resul-

---

(82) MAFFIA, La verificación de créditos en la nueva ley de concursos, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 71; conf., entre muchos, CASADIO MARTINEZ, C.A., Insinuación al pasivo concursal, Buenos Aires, Astrea, 2001, n° 65.

(83) TRUFFAT, E. D., Procedimientos de admisión al pasivo concursal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 127/128; HEREDIA, Pablo, Tratado exegético de derecho concursal, Buenos Aires, Abaco, 1998, t. 1 p. 708.

(84) ST Neuquén, 22/4/1998, LA LEY, 1998-F, 646 y DJ, 1998-3-1152; en el caso, el crédito se había declarado inadmisibile por no haberse incorporado la prueba documental invocada por el acreedor.

tare conveniente.” (85) El tribunal entendió que no obsta a la conclusión que el origen del crédito reconocido resulte resguardado con garantía real de hipoteca, pues aun cuando su verificación como quirografario respondiera a un error del juzgador, éste no puede ser subsanado de oficio ni mucho menos vencido el plazo para interponer la revisión. Es carga del acreedor instar la revisión, que está condicionada por la necesidad de que el proponente exprese los derechos por los que reclama, aun cuando ellos sean irrenunciables; de no hacerlo, se entiende que no los ha ejercido o que no tiene interés en ejercerlos. Además de esas razones, el tribunal tuvo en consideración que el acreedor tampoco observó el informe general que incluyó el crédito como quirografario, y que la concursada sólo ofreció propuesta de pago a los acreedores quirografarios, por lo que el monto verificado formó parte del cómputo de las mayorías y el acuerdo había sido homologado por el juez de grado.

Por aplicación de las mismas normas se ha decidido que “resulta improcedente que el pretensor postule la aplicación de la opción prevista por el art. 21, inc. 2° LCQ, puesto que ella debe considerarse agotada con la promoción de la solicitud de verificación. De modo tal que, ejercida la opción, el acreedor no podría contrariar sus propios actos, pues si se escogió el procedimiento verificadorio, lo pretendido debería considerarse renunciado, quedando sujeto el acreedor al procedimiento previsto por el art. 200 LCQ, sin que pueda pretender mantener una doble vía, por lo que si lo decidido en ese trámite lo perjudica, debe soportar los efectos de la cosa juzgada. (86)

La regla parece haber sido contradicha por la decisión de la Corte Federal del 8/4/2008, (87) que por mayoría, (88) siguiendo el dictamen del Procurador,

---

(85) CNCom., sala D - 06/11/2007, “Nicolás Constantinidis SA s/concurso preventivo” - ElDial AA450F.

(86) CNCom., sala A - 28/08/2008 C.E.P.A. S.A. s/quiebra s/incidente de verificación (Vallacco Sauri Juan Diego), elDial - AA4D07.

(87) CSJN - 08/04/2008, “Alpargatas Textil SA s/Concurso preventivo s/incidente de verificación de crédito por Graiff Elena” elDial - AA478A; LA LEY, 2008-E, 1, con nota de TRUFFAT, E. D., Resistencias frente al valor de cosa juzgada de las decisiones verificadorias concursales; resumen en LA LEY, 2008-F, 527, con nota de RUTA, José A., Límite jurídico-moral a maniobras en concursos preventivos; en Doctrina Societaria y Concursal, n° 257, Abril 2009, p. 387, con nota de GACIO, Marisa, Verificación de créditos laborales: vía de insinuación al pasivo concursal y crisis de la cosa juzgada concursal en el fallo Alpargatas Textil SA s/Concurso; también comentado por BARACAT, Edgar, Medidas cautelares en los concursos, Santa Fe, Rubinzal, 2009, p. 203.

(88) Votaron en disidencia, con base en el art. 280 del CPCCN, Lorenzetti, Highton y Argibay.

descalificó la decisión de la cámara de apelaciones que había declarado improcedente la verificación tardía de un crédito laboral que había sido rechazado en revisión. El tribunal sostuvo que al otorgar valor de cosa juzgada a esa decisión, la cámara había ignorado que no obstante la apertura del concurso de la demandada, la Justicia del Trabajo mantuvo su competencia hasta el dictado de la sentencia que reconoció la legitimidad del crédito invocado. En mi opinión, independientemente de los fundamentos, la solución es correcta y se justifica plenamente porque el crédito había sido declarado inadmisibles “por encontrarse en trámite y no haber concluido el juicio laboral”; por lo tanto, no había pronunciamiento sobre el fondo del asunto y, como he dicho, esas decisiones no hacen cosa juzgada material a los fines de los arts. 36/37.

Por aplicación de la regla antes referida (la vía de ataque es la revisión y no el incidente innominado), la Corte Suprema de Justicia de Mendoza (89) decidió: “Cabe admitir la excepción de cosa juzgada y rechazar el incidente de exclusión de un inmueble interpuesto luego de fracasar el proceso verificador que articuló el incidentista con el fin de que el fallido cumpla con la obligación de escriturar dicho bien a su favor —en el caso, el crédito se declaró inadmisibles y el incidente de revisión incoado contra dicha resolución concluyó por caducidad de instancia— pues la litis del segundo incidente planteado se trabó sobre la misma base fáctica y la misma pretensión de la incidencia que rechazó el crédito por razones sustanciales”.

Sigue el mismo criterio la decisión (90) que frustró la pretensión de revisar los asientos de la cuenta corriente anteriores a la apertura del concurso; en el caso, casi concomitantemente con la declaración del concurso se cerró la cuenta; en el trámite verificador, la deudora sólo discutió la tasa de interés. Consecuentemente, se rechazó la ulterior pretensión de la fallida de modificar los créditos que de esa cuenta surgían. El tribunal sostuvo que “Propiciar un temperamento diverso, comportaría tanto como conferir por la vía indirecta de la revisión de la cuenta corriente, una nueva oportunidad para juzgar un aspecto ya precluido, ponderado en el marco del proceso universal e inmovible no sólo intra-concurso —arg. arts. 37 y 38 LCQ— sino desde la propia lógica que informa el ordenamiento jurídico todo, en el cual aquello actuado inter partes debe ser oponible incluso fuera del proceso que le dio génesis”.

---

(89) SC. de Mendoza, 20/3/2006, Saravia Manuel p/Conc. Prev. hoy su quiebra, LA LEY, 2006-D, 715, con nota de TRUFFAT, E. Daniel, Sobre la cosa juzgada concursal y otras cuestiones.

(90) CNCom., sala F - 15/12/2009 Expte. 055101/07 - “Droguería Dronor S.A. c. Banco Patagonia S.A. s/ordinario” - eDial - AA5CB8.

## 6. Cosa juzgada de la verificación y pedido de pronto pago

El art. 16 en redacción impresa por la ley 26.086, distingue según la resolución haya admitido o rechazado el pronto pago.

En el primer caso (la que *admite* el pronto pago) tiene efectos de cosa juzgada material e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal. La que lo deniega, en cambio, habilita al acreedor para iniciar o continuar el juicio de conocimiento laboral ante el juez natural.

Un supuesto no comprendido en esta norma es el relativo a los efectos de la decisión verificatoria sobre un ulterior pedido de pronto pago si la primera nada dice sobre esta prioridad temporal porque no fue solicitada.

Se ha decidido que “La circunstancia de que el acreedor laboral haya requerido, por un lado, la verificación del crédito derivado de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y por el otro el pronto pago, no amerita el rechazo de esta última pretensión. En todo caso, aquella insinuación en los términos de la LCQ. podría tildarse de *sobreabundante* o *innecesaria*. Pero la pretensión de pronto pago no puede ser desestimada por esa sola circunstancia, en tanto esa consecuencia no encuentra recepción legal y, además, porque la sentencia verificatoria no habilita *per se* el cobro preferente, sino que es necesario un requerimiento autónomo por parte del trabajador y la comprobación de que se encuentran reunidos los recaudos necesarios para admitirlo”. (91)

## 7. Cosa juzgada de lo resuelto en el incidente de pronto pago laboral y cosa juzgada nacida de la homologación del acuerdo

¿Hay cosa juzgada si se homologó un acuerdo para pagar a los acreedores privilegiados con pronto pago laboral frente a una decisión que se dicta después, que otorga el pronto pago, sin las restricciones del convenio?

Se ha decidido (92) que “el hecho de existir una categoría especial para los acreedores privilegiados laborales (conf. art. 41 LCQ), no resta virtualidad ni vigencia al instituto del pronto pago; mientras éste opera durante la

---

(91) CNCom., sala E - 21/07/2006 , Gas Areco SA s/concurso preventivo s/incidente de pronto pago (por Becchi, Ismael)”, elDial - AA3874.

(92) CNCom., sala F - 22/04/2010, Expte. 008312/10 - “Vision Express Arg S.A. s/ concurso preventivo s/incidente de pronto pago (Gomez Mariela Silvana)”, Eldial AA5FE7.

tramitación del concurso, la eventual homologación judicial del acuerdo —de configurarse la previa aprobación por parte de los acreedores— regirá para el futuro”. En este caso, el planteo fue rechazado porque aun no estaba homologado el acuerdo. ¿Qué pasaría si estaba homologado?

La respuesta ha sido dada, aunque implícitamente, en la sentencia que dice: “Si se da el supuesto de que la concursada ofrezca un acuerdo preventivo para acreedores privilegiados, éstos deberán cobrar según las pautas que allí se estipulen, más allá de las sumas que se hubieran abonado en carácter de pronto pago contemplado en el art. 16 LCQ para los laborales. (93)

### **8. Cosa juzgada y privilegio olvidado. Pedido de verificación y renuncia tácita del privilegio**

Conforme una tendencia doctrinal y jurisprudencial, la *no invocación* del privilegio prendario o hipotecario en el pedido de insinuación tempestiva produce su pérdida o renuncia, circunstancia de la que no podrá volverse ni por vía de la incidencia de revisión, ni por la verificación tardía. (94)

Otro criterio, por el contrario, entiende que “el hecho de que no se haya solicitado privilegio no importa renuncia a solicitarlo, desde que esta última no se presume, lo que resulta tanto más aplicable si el pedido de revisión está expresamente dirigido a la verificación del privilegio invocado respecto del crédito admitido con carácter de quirografario. (95) O sea, el acreedor que tiene verificado un crédito con carácter quirografario puede, a través de un incidente de revisión, solicitar que se verifique el privilegio especial hipotecario del que gozaba su acreencia y que omitió alegar al momento de insinuarse en los términos del art. 32 de la LC puesto que la renuncia del privilegio no se presume de acuerdo a lo previsto por el art. 874 del CC. (96)

---

(93) CNCom., sala A - 20/11/2008, “Pesquera San Isidro SA s/conc. prev. s/incidente de apelación”, elDial - AA4FCE.

(94) GARCIA, Silvana Mabel, La extinción de las obligaciones por la quiebra (tesis doctoral presentada a la Universidad Nacional de Rosario, inédita, y sus citas).

(95) CNCom., sala A 17/3/2005 Doc. Soc. y Conc. N° 220, 3/2006, p. 300; ídem. 23/3/2005, RDCO n° 226-539; sala B, 6/9/2006, DJ, 2007-1-153.

(96) CNCom., sala A, 23/03/2006, LA LEY, 2006-C, 247, con nota de D’ALESSIO, Ignacio, La verificación tardía del privilegio olvidado. Conf. MUGUILLO, Roberto, La falta de invocación del privilegio especial prendario o hipotecario en el pedido

¿Qué sucede si el acreedor solicitó el privilegio al momento de peticionar la verificación y dejó firme la resolución que lo declaró quirografario, es decir, no interpuso recurso de revisión?

No hay duda que si comparece con posterioridad a la presentación del proyecto de distribución, habrá perdido el privilegio y sólo tendrá derecho a participar de los dividendos de las futuras distribuciones complementarias en la proporción que le corresponda (art. 223 LC). (97) Pero en mi opinión, aun cuando se presente antes de esa etapa, como regla, lo habrá perdido si quedó firme la decisión que lo declaraba quirografario.

### **9. Cosa juzgada y ejercicio del derecho a resolver el contrato**

En la primera oportunidad que debí resolver una cuestión de cosa juzgada concursal en la Corte de la provincia, (98) voté en disidencia, y sostuve que si el acreedor había solicitado la verificación de su crédito y éste había sido verificado pasando en autoridad de cosa juzgada, no podía luego optar por resolver el contrato, en tanto esa posibilidad produciría una doble alteración, tanto en la masa activa (la resolución hará se desprendan bienes que se encontraban incorporados) cuanto en la masa pasiva (de la que se restará al acreedor que estaba verificado).

### **10. Cosa juzgada recaída en la acción individual iniciada después de homologado el acuerdo**

Conforme el art. 56 de la LC, el pedido de verificación tardía debe deducirse por *incidente* mientras tramite el concurso o, concluido éste, *por la acción individual que corresponda*.

---

de verificación del art. 32 de la LCQ ¿produce la renuncia o pérdida del mismo? RDCO, año 35, 2002, p. 383; LORENZO, Iván, La verificación tardía del privilegio omitido y su renuncia tácita, en ARECHA y otros (coordinadores) Verificación de créditos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 259.

(97) CNCom., sala E, 30/09/2009, La Uruguaya Argentina Cía. de Seguros, DJ, 2010-p. 911.

(98) CS Mendoza, sala I, 13/3/1985, Edilco S.A. en Mattolini, Rafael, LS 187-469, publicada en JM 28-76 y RDCO 1986-634, con nota de TONON, Antonio, Acreedores que no tienen obligación de verificar. La sentencia ha sido rememorada por Carlos MORO en su actualización al capítulo XLIII a la obra de CAMARA, Héctor, El concurso preventivo y la quiebra, bajo la dirección de Ernesto MARTORELL, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, t. IV, n° 183.

Al parecer, la sentencia que se dicta en esa acción individual valdrá como *pronunciamiento* verificadorio desde que el art. 56 requiere esa decisión para que el acreedor pueda prevalerse de los efectos del concordato; dicho en otros términos, vencido el deudor concursado en la acción individual, está obligado a cumplir la condena en los términos del acuerdo. Advierto que en esa acción individual son parte sólo el acreedor y el deudor, únicos legitimados activos y pasivos; no intervendría el síndico, pues concluido el concurso cesa su actuación (art. 59 LC). Esta es la solución que se desprende de la ley, aunque en realidad, la concursalidad exigiría que se ordene la intervención del síndico; de otro modo, acreedor y deudor podrían ponerse de acuerdo para evadir el control del síndico por esta vía. (99)

### **11. La cosa juzgada alcanzada en la verificación del concurso preventivo en la quiebra posterior.**

#### *a. Una regla.*

El art. 202 de la LC dice que “Los acreedores que hubieran obtenido verificación de sus créditos en el concurso preventivo no tendrán necesidad de verificar nuevamente”. La frase significa que lo decidido en el concurso preventivo tiene efectos de cosa juzgada, como regla, en el proceso ulterior de quiebra indirecta. (100) La solución requiere ser cuidadosamente entendida, como se señala en los párrafos siguientes.

#### *b. Presupuestos de la regla.*

La regla anterior se aplica siempre que no se invoquen recaudos que rigen en la quiebra y no en el concurso.

Así, por ej., se ha resuelto que “Una decisión dictada durante el concurso preventivo, que reconoce el crédito y el privilegio, puede ser revisable en la quiebra si lo que se pretende es que caiga el privilegio constituido durante el período de sospecha. No empece a esta solución el art. 202 al afirmar que “Los acreedores que hubieran obtenido verificación de sus créditos en el concurso preventivo no tendrán necesidad de verificar nuevamente”, lo que

---

(99) HEREDIA, Pablo, Tratado exegético de derecho concursal, Buenos Aires, Abaco, 1998, t. 1 p. 707; REGGIARDO, Roberto S., La ley 24.522: innovaciones en materia verificadoria concursal, ED, 167-1257.

(100) MARMOL, Pablo E., Concurso preventivo en trámite. Verificación de créditos. Cosa juzgada. Quiebra indirecta, en XXI Congreso Nacional de Derecho Concursal, San Juan, Universidad Católica de Cuyo, 2001, p. 247.

implicaría que esa decisión hace cosa juzgada. En efecto, en este caso, se ha modificado la situación existente; antes de la quiebra, no funcionan los supuestos de ineficacia concursal de los arts. 118 y 119; por eso, un privilegio que fue verificado como tal en el concurso puede caer en la quiebra posterior si se acredita que nació durante el período de sospecha según algunas de las circunstancias allí tipificadas; (101) bien se ha dicho que a la hora de la verificación en el concurso preventivo, el tema del conocimiento por parte del acreedor del estado de insolvencia del deudor al realizarse el acto del que surgió su crédito, no forma parte de la cuestión debatible; en cambio, sí lo es al momento de resolver la ineficacia prevista en el art. 119. (102) Por eso, ninguna norma dispone que las acciones revocatorias falenciales deben rechazarse por la circunstancia de haberse tramitado previamente un concurso preventivo porque ello significaría frustrarlas atribuyéndole al procedimiento verificadorio un efecto sanatorio no querido por la ley. (103)

Por razones similares, no hay cosa juzgada si se invoca un hecho posterior que configura una nueva figura jurídica. Explico el aserto con lo decidido por la Corte de Mendoza en un caso muy singular: el fiador de una obligación garantizada también con hipoteca sobre un inmueble del deudor, verificó en el concurso del deudor como acreedor quirografario eventual; con posterioridad, ese fiador pagó al acreedor hipotecario; el deudor solicitó la cancelación de la hipoteca; argumentó que el pago del fiador había

---

(101) Conf. TRUFFAT, E. Daniel, *Procedimientos de admisión al pasivo concursal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 214; IGLESIAS, José A., *Los alcances de la cosa juzgada en la verificación RDCO*, 1988-629; HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de derecho concursal*, Buenos Aires, Abaco, 1998, t. I p. 762; JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., *Verificación de créditos, fuero de atracción y otras cuestiones conexas*, Santa Fe, Rubinzal, 2000, p. 242; MORO, Carlos, *Ineficacia de una sentencia: de eso no se habla*, ED 198-266; CONIL PAZ, *Revocatoria concursal, verificación y cosa juzgada LA LEY*, 1993-E, 1005; RIBICHINI, *Verificación de créditos e ineficacia LA LEY*, 1999-F, 44; del mismo autor, *Acerca de una problemática interferencia: verificación de créditos e ineficacia concursal*, LA LEY Litoral 2001-5-376; GRAZIABILE, Darío, *Breves acotaciones sobre fuero de atracción y cosa juzgada concursal*, *Actualidad Jurídica de Córdoba*, Octubre 2005, n° 87, p. 5603; GALINDEZ, Oscar, *Verificación de créditos*, 3° ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, n° 66.

(102) MAFFIA, Osvaldo, *Verificación de créditos*, 4ª ed., Buenos Aires Depalma, 1999, p. 287.

(103) POZO, Fernando, *Verificación de créditos y acción revocatoria concursal*, ED 92-485. El autor comenta un verdadero *leading case* de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca del 12/8/1980, con voto del recordado magistrado Dr. Pliner.



extinguido la hipoteca a favor del acreedor principal y que el fiador había verificado como quirografario, por lo que esta calidad había pasado en autoridad de cosa juzgada. El juez del concurso hizo lugar a su petición pero la Cámara revocó la decisión. La Corte entendió que la sentencia del tribunal de apelaciones no era arbitraria ni normativamente incorrecta desde que ese fiador, en tanto pagador, se había subrogado en los términos del art. 768 del CC y la decisión contraria implicaba presumir la renuncia de un privilegio en detrimento del art. 874 del CC. (104)

## **12. Cosa juzgada en dos procesos concursales (el del deudor y el del garante)**

Maffía ha comentado una decisión de la sala D de la Cámara Nacional de Comercio que plantea una peculiar situación. (105) Los hechos eran los siguientes:

El banco se presentó a verificar en el concurso del deudor; el crédito fue declarado inadmisibile; interpuesta la revisión, fue rechazada. El banco apeló; la Cámara revocó la decisión con un único argumento: ese crédito había sido verificado en el concurso del garante; esa decisión hacía cosa juzgada dentro y fuera del concurso del garante; ergo, también en el concurso del deudor.

Coincido con Maffía en que ese no pudo ser el argumento; como he expresado en la primera parte, el punto clave para decidir si una sentencia dictada en otro proceso ingresa o no al concursal es el derecho de defensa; por lo tanto, la decisión recaída en el concurso del fiador entrará en la del deudor si éste fue escuchado; si no lo fue, no hay tal cosa juzgada.

La situación debe ser distinguida del supuesto en el que se invoca una causal de nulidad de la hipoteca que surge del título, que debió ser advertida al momento de la verificación y que, sin embargo, se omitió. Un caso resuelto por la sala 1° de la Corte de Mendoza muestra la diferencia que se señala, aunque el supuesto presentaba especiales dificultades. El tema en discusión era la prioridad, no el crédito en sí mismo, de una hipoteca constituida por dos condóminos (cónyuges entre sí). En el concurso de la primera condómina, el crédito se verificó como privilegiado; la decisión pasó en autoridad de cosa juzgada y no se dedujo contra ella acción

---

(104) SC Mendoza, sala I, 24/8/2005, LA LEY, 2006-A, 151.

(105) CNCom., sala D, 22/9/2008, Scagliusi, Lorenzo, ED 231-949, comentario de MAFFIA, Osvaldo, Una sentencia "equivocada con claridad".

alguna. En el concurso del *otro* condómino, en el que actuaba el mismo síndico, éste invocó la nulidad de la hipoteca a través de una acción autónoma de nulidad. El tribunal entendió que declarar nula la hipoteca en la acción autónoma deducida en el segundo concurso llevaba a un callejón sin salida, siendo todas las opciones resolutivas igualmente absurdas, en tanto: era ilógico sostener que la cosa juzgada recaída en el concurso de la condómina quedaba sin efecto sin haberse deducido la acción específica, ni haberse invocado causal alguna vinculada a la acción autónoma de cosa juzgada írrita; la cosa juzgada no había caído, y consecuentemente, la hipoteca era válida y el inmueble podía ejecutarse en su totalidad en el concurso de la condómina en razón de la indivisibilidad de la hipoteca (art. 3112 CC), aun cuando se la declarase nula en la acción interpuesta en el concurso del otro condómino. Esa absurdidad acreditaba que si bien contradicciones como las señaladas pueden plantearse cuando se deducen remedios típicamente concursales (recurso de revisión, acción de nulidad de cosa juzgada por dolo, etc.), la dificultad se acentúa cuando el síndico no se vale de tales remedios, a pesar de tenerlos a su disposición, sino que intenta encontrarlos fuera del sistema simplemente porque omitió ejercer, oportuna y adecuadamente, las facultades y deberes legalmente establecidos para su función. (106)

### 13. Cosa juzgada y desigualdad entre acreedores

Decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada en el concurso pueden causar situaciones desiguales dentro de un mismo proceso. Así, por ej., en un concurso se negó carácter prededucibles a los intereses de los créditos laborales; unos trabajadores recurrieron y otros no; los que recurrieron tuvieron éxito; posteriormente, los trabajadores que estaban afectados por decisiones que les habían negado la prioridad reclamaron ser colocados en igualdad de condiciones. La Sala I de la Corte de Mendoza rechazó el planteo (107) con estos fundamentos: una discriminación es constitucional si existe fundamentación objetiva para el trato desigual; (108) en el caso, la cosa juzgada es fundamentación suficiente para la distinción: unos acreedores siguieron el mandato de Ihering y lucharon oportunamente

---

(106) SCMendoza, sala 1°, 9/4/2010, Bco. Credicoop. Coop. Ltda. en j. 40.682 Corcull José c. Bco. Credicoop. Coop. Ltda. La sentencia puede ser compulsada en [www.jus.mendoza.gov.ar](http://www.jus.mendoza.gov.ar).

(107) La postura fue rechazada por la sala I de la SCMendoza, en decisión del 12/3/2007, Foro de Cuyo 77-94.

(108) Ver, entre muchas, sentencia del 18/9/2003, LS 328-201, publicada en *ElDial.com* 1/10/2003, y sus citas.

por sus derechos; otros, simplemente pretendieron subirse a la solución conseguida por los primeros; por lo demás, la posición contraria llevaría a sostener que la prioridad debe ser reconocida a cualquier costo, cualquiera sean las vicisitudes procesales; la caducidad de la instancia, por ej., sería irrelevante, pues con o sin decisión favorable, todos los acreedores laborales tendrían pronto pago de los accesorios de los créditos.

#### **14. Efectos extraconcursoales de la cosa juzgada de los arts. 36 y 37 de la LCQ**

##### *a) Preliminares.*

En opinión de Truffat, “la crisis del proceso concursal ha provocado un cuestionamiento larvado o explícito de la normativa concursal; los jueces de otros fueros *vuelven* por su competencia, se molestan con la intromisión concursal y, en lo posible, desconocen las decisiones de los magistrados ocupados del fenómeno de la insolvencia. El Derecho concursal está asediado... Para los cultores de otras ramas jurídicas es de celebrar que la invasora especial concursal sea repelida y llevada a sus justos límites (*rectius*: a lo que ellos entienden como justos límites); para los concursalistas — más allá de que una postura científica fuerce a predicar la aséptica afirmación de desconocimiento expresada más arriba— el asedio es incómodo y perturbador”. (109)

Por lo demás, también en estos supuestos entra a tallar el derecho de defensa en juicio, como garantía constitucional. (110)

##### *b) Pretensión de deducir acciones posteriores en otra sede. Reglas generales*

Doctrina y jurisprudencia discrepan en torno a los alcances de la decisión dictada en el proceso verificadorio en otro juicio iniciado en razón de que

---

(109) TRUFFAT, E. Daniel, El sembrado de vientos y la cosecha de tempestades: el cuestionado efecto extraconcursoal de la “cosa juzgada concursal”, en Autores varios, Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía, Tucumán, Lerner, 20087, p. 119.

(110) La primera vez que tuve que pronunciarme sobre si la cosa juzgada mencionada en el art. 37 LC tiene fuerza expansiva sólo en el concurso en el que la decisión ha sido dictada o fuera de ese proceso fue en la causa “Yamín Nozar”, sentencia del 1/10/1990 (DJ, 1991-2-119; LA LEY, 1991-B, 432 y comentario posterior del maestro Osvaldo MAFFIA, La problemática cosa juzgada de la sentencia de verificación y las desatendidas particularidades del proceso concursal, en LA LEY, 1991-D, 1072; también en ED, 141-399, con nota aprobatoria del recordado Germán BIDART CAMPOS, La cosa juzgada extraconcursoal y el derecho de defensa; y en MORO, Carlos E., Ley de concursos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, t. I, p. 892).

se ha desistido del proceso concursal o por otra causa, se ejerce una acción individual a espaldas del concurso.

Un criterio entiende que si el crédito fue declarado inadmisibile en sede concursal y esa decisión quedó firme (por ej., el incidente de revisión o la verificación tardía rechazados) rige la cosa juzgada y no pueden deducirse nuevas acciones en otra sede al terminar el proceso concursal, (111) aun si el concurso concluyó por desistimiento. (112) Otro tanto si fue admitido; así se ha dicho, “cuando el concurso es desistido luego del auto general verificadorio (art. 31) o cuando media declaración de cumplimiento del acuerdo (art. 59) los créditos verificados o admitidos quedan perfectos respecto del deudor; éste no puede alzarse contra ellos; “las deudas reconocidas por el tribunal no podrán ser rehusadas, los pagos no podrán ser repetidos, los bienes restituidos o escriturados, bien devueltos y escriturados están”. (113)

En este sentido, la Corte Federal ha decidido que si en el concurso de la deudora fue rechazada la acción de escrituración, dejando a salvo el derecho de los compradores *para reclamar la restitución del importe entregado a cuenta*, cabe acoger la excepción de cosa juzgada deducida en una demanda por cumplimiento de contrato deducida posteriormente contra la vendedora en un proceso individual. (114)

---

(111) Conf. GALINDEZ, O., Verificación de créditos, 3ª ed., Buenos Aires, 2001, p. 312, n° 66, CORRAL, Gustavo V., La acción judicial posterior al levantamiento de la quiebra por falta de acreedores fundada en un crédito anterior al decreto falencial. Acreedor no verificado en la quiebra. La cosa juzgada y la prescripción, DJ, 2000-1-1318. GARAGUSO sostiene que esa cosa juzgada opera si producido el desistimiento del concurso preventivo mediante el mecanismo del art. 31, ella se produjo en las verificaciones de juicios incidentales del art. 21 inc. 1 o en el incidente de verificación tardía o revisivo, pero no si acaece en la “verificación ordinaria” (GARAGUSO, H. P. y GARAGUSO, G., Oponibilidad de la cosa juzgada, en Daniel R. Vítolo (Director) La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 283. No resulta demasiada clara la razón de la exclusión de lo que se denomina “verificación ordinaria”.

(112) UBEID, Julio, Raúl y H. David, Situación de la cosa juzgada del art. 36 LCQ frente al posterior desistimiento del concurso privado, en De la insolvencia, II Congreso Iberoamericano, Buenos Aires, Fespresa, t. III, p. 133.

(113) TRUFFAT, E. D., Procedimientos de admisión al pasivo concursal, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, p. 214.

(114) CSN 27/9/1994, Molbert, E. y otros s/ escrituración y cumplimiento de contratos, Fallos 317:997 (La mayoría de la Corte sigue el dictamen del Procurador. Votó en disidencia el Dr. Boggiano).

Otros casos no son tan claros pues no hay total identidad de sujetos. Así, por ej., se ha decidido que “La circunstancia de haber recaído sentencia verificatoria en el entonces concurso preventivo de la presunta deudora principal, impide revisar nuevamente la existencia y legitimidad del crédito allí verificado, alcanzado por la fianza otorgada por los demandados en virtud de los términos del contrato. La resolución dictada en el proceso concursal resulta plenamente oponible a los aquí demandados (los fiadores) pues pese a no haber sido citados en aquel proceso —como sostienen— lo cierto es que dicho pronunciamiento fue dictado en el marco de un proceso concursal regular en el que se vio cumplida acabadamente la publicación edictal del concurso preventivo de la deudora principal que la ley exige, lo que lo torna plenamente oponible a terceros. Por ello, al haber los aquí recurrentes omitido cuestionar la existencia del crédito reclamado en autos en la oportunidad legal prevista para ello, han perdido la oportunidad de hacerlo en este proceso, porque habiendo recaído cosa juzgada en sentido material respecto a la existencia y legitimidad de dicho crédito, no es dable volver a discutir dicha cuestión en esta instancia. Frente a ello, se estima que devino innecesaria la agregación de las facturas y remitos correspondientes a la operatoria cuyo crédito fue reconocido por el juez del concurso”. (115)

Un caso similar llegó a la Corte Federal en abril de 1997. La sala D de la misma Cámara en lo Comercial había resuelto que el fiador no puede discutir en el proceso individual lo decidido en el proceso concursal contra su deudor. La mayoría de la Corte rechazó el recurso con base en el art. 280 del CPCCN. En disidencia, en cambio, el Dr. Moliné O’Connor sostuvo que el caso implicaba una efectiva denegación de justicia, al extender irrazonablemente los efectos de la cosa juzgada contra el demandado, aun cuando ese fiador había participado en el concurso desde que no impugnar el crédito en el concurso no implicaba renuncia a hacerlo en el proceso en el que él era demandado. (116)

*c) Una excepción clara.*

Si las pretensiones verificatorias fueron desestimadas por razones estrictamente concursales, desaparecido el estado concursal no sería admisible seguir sosteniendo el efecto de cosa juzgada de una sentencia cuya premisa fue, precisamente, alguna razón propia del estado concursal que ha con-

---

(115) “Esso S.A.P.A. c. A. Bottachi de Navegación S.A. y otros s/ordinario” - CN-Com. - sala A - 15/02/2008, elDial - AA4743.

(116) CSN 1/4/1997, Banco de la Ciudad de Buenos Aires c. García, DJ, 1997-2-354.

cluido. (117) Por ej., se negó el crédito de intereses con fundamento en la suspensión del curso por efecto del auto de apertura.

*d) Créditos reclamados en sede laboral*

Estos son los casos más frecuentes y la jurisprudencia es vacilante. Así, por ej., se ha decidido (118) que “al insinuar su crédito en los términos del art. 200 LCQ, el acreedor optó por la vía concursal para el reconocimiento de su derecho. En tal contexto, la resolución dictada en los términos de los arts. 200 y 36 LCQ, sin que se haya deducido acción de revisión (art. 37 LCQ) hace cosa juzgada salvo dolo. Por ello, si como sucede, el actor promovió tempestivamente la solicitud verifcatoria, concluyendo con la declaración de *inadmisibilidad* de parte del crédito que insinuó, y luego, en lugar de acudir a la vía prevista por la 37 LCQ (conf. art. 200 LCQ), para lograr la revisión de dicho pronunciamiento, dejó transcurrir el plazo allí previsto resignando esa facultad, tal circunstancia conduce a sostener que dicha decisión adversa pasó en autoridad de cosa juzgada”. “Por ende, resulta improcedente que el pretensor postule la aplicación de la opción prevista por el art. 21, inc. 2º LCQ, puesto que la misma debe considerarse agotada con la promoción de la solicitud de verificación. De modo tal que, ejercida la opción, el acreedor no podría contrariar sus propios actos, pues si se escogió el procedimiento verifcatorio, lo pretendido debería considerarse renunciado, quedando sujeto el acreedor al procedimiento previsto por el art. 200 LCQ, sin que pueda pretender mantener una doble vía”. “La presentación ante el síndico para verificar su crédito importó la decisión de suspender la acción laboral que se encontrara en trámite”. “Si como señala el incidentista, el juicio laboral fue promovido por la diferencia no verificada, esto es, luego de decretada la quiebra, tal proceder iría en violación de la clara disposición del art. 21 LCQ, norma a la que se remite el art. 132 LCQ, que prohíbe la iniciación de nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos y del art. 286 LCQ, que dispone acumular todas las pretensiones en un mismo incidente”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Buenos Aires (119) “Si por resolución adoptada en el concurso se declaró la inadmi-

---

(117) ROUILLON, A., y FIGUEROA CASAS, P., en Código de Comercio comentado y anotado, Rouillon (director), Buenos Aires, LA LEY, 2007, t. IV-A, p. 484.

(118) CNCOM - SALA A - 28/08/2008, C.E.P.A. S.A. s/quiebra s/incidente de verificación (Vallacco Sauri Juan Diego), elDial - AA4D07). El tribunal cita en su apoyo precedentes de la Cámara, entre otros: CNCom, sala E, 10/11/97, “Vicente Robles S.A. s/concurso s/inc. de verificación por Sas Castor”.

(119) SCBA, 12-3-08, “Leibman Gustavo A. c. Bielewicz Néstor O. s/Despido” [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar).

bilidad del crédito y tal decisión se encuentra firme al haberse desestimado por extemporáneo el incidente de revisión promovido para cuestionar la existencia o, en su caso, la inexistencia del crédito, no tolera más discusiones dentro ni fuera del proceso concursal.

*e) Efectos de la cosa juzgada a los fines de acciones de daños y perjuicios*

Se ha decidido que “Cabe hacer lugar a la indemnización por daño moral en compensación de los padecimientos, molestias y angustias sufridas por la víctima a consecuencia de su ilegítima declaración de quiebra; ello así por cuanto esta fue declarada con base en el certificado del saldo deudor de una cuenta corriente bancaria —oportunamente abierta en forma conjunta con su cónyuge, de la que se encontraba desvinculada, pese a que el banco no le había entregado constancia alguna— que si bien fue título ejecutivo suficiente para solicitar la quiebra —convertida luego en concurso preventivo (ley 24.522: 90), vía a la que acudió a fin de no resultar desahogada, ni sufrir las consecuencias patrimoniales y personales más severas que emanan de la condición de fallida— no resultó documento idóneo para acreditar la causa, naturaleza, monto y exigibilidad del crédito en el proceso verificadorio insinuado por el banco en el concurso, por lo que fue declarado inadmisibile, resolución ésta que se encuentra firme con autoridad de cosa juzgada en tanto no se promovió incidente de revisión posterior, y que motivó, aunado a la falta de acreedores insinuados, la declaración de conclusión de la quiebra”. (120)

*f) Cosa juzgada por no haber probado la causa y juicio ejecutivo posterior al levantamiento del concurso.*

Algunas decisiones han rechazado la ejecución, invocando la cosa juzgada concursal, en el juicio ejecutivo posterior en el que el acreedor intentó cobrar su crédito antes declarado inadmisibile. (121)

*g) Crédito declarado quirografario en el concurso del deudor no constituyente de la garantía real y ejecución hipotecaria o prendaria posterior contra el constituyente*

---

(120) CNCom. - sala A - 24/04/2001, “Petrina Graciela Beatriz contra Banco Roberts S.A. sobre ordinario” elDial - AA3F86.

(121) CNCom., sala B, 23/11/1989, Czerwonko c. Terregrosa, ED, 137-736; sala K 20/4/1992, Corraro c. Bernasconi, LA LEY, 1993-C, 182; S.C. Buenos Aires, 26/10/1993, Sampoil c. Cancela, LA LEY, 1994-D, 196.

La hipoteca o prenda constituida por un tercero presenta algunas peculiaridades cuando el deudor no constituyente de la garantía real se presenta en concurso. Un autor italiano se queja de las pocas reflexiones doctrinales que ha motivado esta situación en el concurso. (122) Lo mismo podría decirse de la doctrina argentina. No obstante, y aunque son pocos, quienes han escrito sobre la temática, tanto italianos cuanto argentinos, admiten que “en el interior del procedimiento concursal, el acreedor puede participar como quirografario, y fuera del proceso mantiene intacto su poder de proceder ejecutivamente sobre el bien afectado por la garantía”. “El punto de partida es la carencia del bien que grava la hipoteca en el activo concursal; de este hecho deriva la imposibilidad para el acreedor garantido de hacer valer la causa de la prelación frente a los otros acreedores del fallido”; (123) “Una vez abierto el concurso, los acreedores deben proceder a la verificación de su crédito. La verificación es un trámite básico; se someten a él todos los acreedores del fallido, con independencia de la naturaleza o privilegio de crédito. No obstante, en el concurso del deudor cuya obligación fue garantizada mediante hipoteca sobre una cosa ajena, el acreedor no tiene mayor condición que la de cualquier otro quirografario, puesto que no existe en el patrimonio en ejecución ningún inmueble afectado singularmente al cumplimiento de su crédito. Ante el impago, podría accionar contra el hipotecante, pero al margen de las instancias concursales en las que sería un acreedor más”. (124) En similar sentido se ha dicho: “El problema no se presenta en el concurso del deudor principal pues allí el acreedor hipotecario resulta ser un acreedor quirografario. Ello porque no existe en el patrimonio del deudor bien inmueble alguno sobre el cual pueda hacer valer privilegio alguno”. (125)

La doctrina italiana, al igual que la argentina, habla del efecto “*endofallimentare*” del procedimiento de admisión o insinuación en el pasivo concursal; la ejecución hipotecaria contra el tercero dador, en cambio, opera *fuera* del proceso concursal. (126)

(122) PRESTI, Gaetano, Hipoteca per debito altrui e fallimento, Milano, Giuffrè, 1992, p. 125; del mismo autor, La posizione del creditore garantito con hipoteca su bene di proprietà di un terzo: el caso del concordato del debitore, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, vol. LXVIII, 1993, p. 21.

(123) PRESTI, Gaetano, Hipoteca per debito altrui e fallimento, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 126/127.

(124) DE REINA TARTIERE, Gabriel, La hipoteca por deuda ajena, ED, 203-822.

(125) GRAZIABILE, Darío, El problema de la ejecución hipotecaria en el concurso del tercero hipotecante no deudor. Esbozo de una idea, LA LEY, 2002-E, 1103.

(126) Ver nota de Redacción, Diritto ingiuntivo nei confronti del fallito e terzo datore d'ipoteca, en *Il fallimento ed le altre procedure concorsuali*, 1999-G-505.



Por lo tanto, si la decisión verificatoria avanzó sobre cuestiones ajenas a ese procedimiento, pues el carácter privilegiado no puede predicarse respecto de gravámenes que el deudor no constituyó, lo resuelto en el concurso ninguna influencia tendrá en la ejecución hipotecaria que se interponga contra el tercero constituyente. (127)

*h) Cosa juzgada e intimación previa al deudor en la ejecución hipotecaria (art. 3163 del CC)*

La Corte Federal, por mayoría, (128) siguiendo el dictamen del procurador, que entendió que no había sentencia definitiva, cerró las puertas al recurso extraordinario y, en consecuencia, convalidó la decisión emanada de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que rechazó la ejecución hipotecaria deducida contra el tercero hipotecante, con estos argumentos: (i) no se había satisfecho la exigencia contenida en los arts. 3163 del CC y 599 del CPCCN; (ii) la ejecutante había desistido de la acción contra la única deudora, cuya quiebra había sido decretada en sede comercial; por lo tanto, no corresponde proseguir el trámite exclusivamente con el tercero, titular del inmueble afectado en garantía de la obligación principal, quien no asumió la condición de codeudor solidario, ni contrajo el crédito por su propio derecho; (iii) la circunstancia de que la acreedora hubiese verificado su crédito ante la jurisdicción falencial era irrelevante, pues dicho trámite se circunscribe a la determinación del pasivo y de los eventuales privilegios o preferencias de los diversos créditos concurrentes, mas no juzga sobre las eventuales excepciones que hubiese podido oponer en este proceso, extinguido por esa abdicación.

El recurrente sostenía que, dado que el crédito había sido verificado contra el deudor, no correspondía exigir la previa intimación al deudor principal en la ejecución hipotecaria seguida contra el tercero hipotecante, especialmente, porque el tercero hipotecante era presidente de la sociedad deudora y, de esa manera, representó a la fallida en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

En minoría, el voto de los Dres. Zaffaroni, Fayt y Maqueda argumentó de la siguiente manera: Frente al supuesto de una hipoteca constituida por un tercero (art. 3121 del Código Civil), en principio, resulta necesario librar

---

(127) SCMendoza, sala 1, Procargo SA en j. 52.762, libro de sentencia del tribunal 338-198, publicada en Actualidad Jurídica de Mendoza, 2004-226.

(128) CSJN - 28/05/2008, "Dorma Sistema de Controles para Portas S.A. c. Szlago, Alejandro Víctor" - elDial - AA4937.

mandamiento de intimación de pago contra el deudor, ya que no se puede rematar un inmueble que pertenece a un tercero, que no se ha obligado personalmente al pago de la deuda principal, sin haber oído previamente a quien contrajo esa deuda. De tal modo, no sólo se le requiere el pago de la obligación, sino que se le da la oportunidad de oponer las defensas admisibles en el limitado marco del juicio ejecutivo. No obstante, cabe hacer excepción a ese principio y admitir la posibilidad de dirigir la acción sólo contra el tercero constituyente, sin incorporar al proceso al deudor obligado en carácter personal, cuando el acreedor ha verificado su crédito en el concurso del deudor, decisión que produce los efectos de la cosa juzgada (art. 37 LCQ).

En mi opinión, la solución mayoritaria desconoce la cosa juzgada concursal y adolece de exceso de rigor ritual manifiesto; es evidente que aunque el proceso de verificación de créditos no configura un típico requerimiento de pago, permite al deudor oponer defensas mucho más amplias que el procedimiento ejecutivo, por lo que si él no las dedujo, era porque no las tenía. Por lo demás, resulta difícil aceptar que no existía sentencia definitiva desde que la solución implicó la pérdida de la garantía.

*i) Cosa juzgada del art. 36 y juicio penal posterior.*

Según la sala 1° de la Cámara Nacional de Casación Penal, (129) “*lo resuelto en sede comercial (en la etapa verifcatoria) sólo puede afectar la exigibilidad o posibilidad de cobro del crédito pero no su existencia*”.

Se trata de una frase de difícil comprensión. Parece decir que no es de la esencia de la verificación de créditos determinar la existencia de los créditos

---

(129) CN de Casación Penal, Sala I, 22/03/06, Müller Carlos Eusebio s/Recurso de Casación; resumen en JA 2006-IV, con nota aprobatoria de Juan J. CAPPANNARI, En el camino de la madurez del sistema penal tributario. Un fallo ejemplar; Rev. de las Sociedades y concursos, n° 243, Febrero 2008, p. 127, con nota aprobatoria de FAVIER DUBOIS, Eduardo (p.), Cosa juzgada, prejudiciabilidad y atribuciones del juez penal tributario, y ss. La pena impuesta por el tribunal federal de Santa Fe el 1/9/2005 fue de cinco años y diez meses, que constituye, según el comentador, la sanción de prisión efectiva más alta que se haya aplicado hasta la fecha en la Argentina por delitos previstos en la ley penal tributaria. También conforme al relato de ese autor, la empresa había sido objeto de diversas fiscalizaciones y controles por parte del organismo fiscal en el año 1995, habiendo arrojado una deuda cercana a los \$ 25.000.000; señala, asimismo, que al momento en que se dictó la condena, la declaración de inadmisibilidad del crédito en sede penal no estaba firme. La sentencia se reproduce en BOQUIN y otros (dir.), Temas actuales de Derecho concursal, Buenos Aires, Fundación para la investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, 2007, p. 611 y ss.

sino sólo si su cobro puede ser exigido. La argumentación suena dogmática desde que, como regla, sólo puede ser exigido lo que previamente se comprueba ha existido.

Moro (130) ha criticado severamente esta decisión; en su opinión, es un verdadero escándalo jurídico en tanto, según lo resuelto un juez penal puede condenar por el delito de evasión fiscal sobre la base de una acreencia que, luego de haberse debatido en un proceso concursal, el juez comercial la declaró inexistente. En la misma tendencia, Favier Dubois y Spagnolo agregan que el art. 1105 del CC (131) no es aplicable al caso desde que no se trata de una cuestión de “calificación civil” previa al tipo penal, sino de una remisión de la ley penal tributaria a una relación civil, cual es la noción de obligación tributaria y ésta debe ser reconocida en sede civil, sea la sede tributaria, en caso del obligado *in bonis*, o en la sede concursal, en caso de obligado insolvente. O sea, la norma penal tiene como elemento un hecho a determinar en sede civil: la existencia de una obligación tributaria. Negándose tal obligación en sede civil mal puede iniciarse o continuar la acción penal.

### **15. Cosa juzgada y cálculo de las mayorías para obtener el concordato**

Conforme el art. 36, tercer párrafo, de la LCQ, las decisiones que se adopten sobre la verificación o admisibilidad de los créditos insinuados en la oportunidad allí indicada son definitivas a los fines del cómputo en

---

(130) MORO Carlos E., “Cuando se condena por lo que no existe... estamos en problemas”, en “Temas actuales de derecho concursal”, Fundasud, 2008, p. 571; del mismo autor, en coautoría con José A. DIAZ ORTIZ, Cosa juzgada concursal. Inexistencia de deuda fiscal. Nula incidencia en el fuero represivo. Condena penal por evasión, en Rev. de Sociedades y Concursos, año 9, Agosto/Set. 2007, n° 47, p. 81. También se han pronunciado en contra de la decisión, TRUFFAT, E. Daniel, El sembrado de vientos y la cosecha de tempestades: el cuestionado efecto extraconcursal de la “cosa juzgada concursal”, en Autores varios, Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía, Tucumán, Lerner, 20087, p. 123; FAVIER DUBOIS Eduardo (h.) y SPAGNOLO, Lucía, Sentencia de verificación concursal (vs. libre investigación en materia penal tributaria, a propósito del caso Müller, en Rev. de Derecho Procesal, 2008-1-307.

(131) El art. 1105 dispone: Con excepción de los dos casos anteriores, o de otros que sean exceptuados expresamente, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna acción criminal posterior, intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación. Los dos casos previstos en el art. 1104 son: 1° Las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios; 2° Las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes.

la evaluación de mayorías y base del acuerdo. Corrobora este criterio que, a los efectos del cómputo de mayorías en los términos del art. 45 de la ley 24522, sólo corresponde incluir —en caso de voto positivo del acreedor titular de cierto crédito— la porción declarada admisible en oportunidad del auto del art. 36 de la LCQ, y no la parte sujeta a revisión.

Se ha entendido (132) que no empece a esta solución el argumento basado en la eventualidad de la presencia de un sujeto cuyo crédito hubiese sido declarado admisible en la etapa del art. 36 de la LCQ, pero que, posteriormente, no resultó verificado en una instancia de revisión, “circunstancia que debiera determinar su exclusión del cómputo de las mayorías, por tratarse de alguien que a la postre no es acreedor por lo que no cumple con la condición esencial exigida por el propio art. 45 LCQ. Empero, en el caso, el supuesto de hecho es precisamente el opuesto, esto es, se incorporarían nuevos créditos a la masa que harían variar el escenario de la negociación del deudor con sus acreedores, con el agregado, no menos relevante, de los elevados montos de algunos de esos créditos”. De todas maneras, el criterio expuesto no significa privar de tutela a las acreencias que obtuvieron decisión favorable y fueron declarados verificados, pues sus titulares conservan la facultad impugnatoria prevista en el art. 50 de la LCQ.

#### **Cuarta parte**

### **Una vía específica de la legislación concursal para hacer caer la cosa juzgada recaída en el proceso de verificación de créditos. La revocación por dolo**

#### **1. Límites de la exposición**

El art. 38 ha sido objeto de numerosos comentarios; (133) pretendo señalar sólo los aspectos más conflictivos, por lo que no trataré todos los temas que la doctrina nacional ha abordado ya con solvencia, en la mayoría de los casos.

---

(132) CNCom - sala A - 16/07/2008, De Lisio y Cía. S.A. s/concurso preventivo” - elDial - AA4B6C.

(133) Además de todos los comentarios al art. 38 contenidos en las obras exegéticas, ver, entre muchos, BARACAT, Edgar, Revocación de cosa juzgada por dolo en el procedimiento verificadorio. ¿La pretensión autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita o fraudulenta en la verificación de créditos? JA, 2005-IV-1137; CHOMER, Héctor O., La acción de dolo para la revocación de la cosa juzgada írrita en la verificación de crédito, LA LEY, 2006-E, 1042.

## 2. ¿Es el artículo 38 una norma necesaria?

Un sector de la doctrina ha sostenido que la referencia a la revocación de la sentencia por dolo es sobreabundante dado que, al no tratarse de una directiva estrictamente concursal, a igual resultado podría llegarse por la vía del derecho común, con la ventaja de no dar la impresión de que la revocación de la cosa juzgada írrita concursal se limita a los supuestos mentados en el art. 38. (134)

## 3. Un requisito ineludible

Obviamente, esta acción sólo puede deducirse contra una resolución firme; sin decisión, es improponible desde que no se puede revocar lo inexistente. (135)

## 4. Casos que comprende

Las opiniones son discrepantes. La ley se refiere a un vicio específico, el dolo.

Esta expresión genera, como mínimo, tres problemas interpretativos: (a) ¿Se refiere al dolo vicio de la voluntad del acto originario que unió al acreedor y al deudor del cual emerge el crédito que se verificó, se declaró admisible o inadmisibles o, por el contrario, el dolo previsto es el que vicia el proceso o la decisión que llegó a ese resultado? (b) Contempla sólo el dolo o también otros vicios, como el fraude, el error grosero, la simulación, etc.?; (c) Se trata de un vicio producido durante el trámite verificadorio tempestivo, incluida o revisión, o comprende todo procedimiento de incorporación al pasivo (verificación tardía, acción individual del art. 21, acción individual del art. 56)?

*a) Dolo del acto jurídico originario o dolo del proceso (incluida la decisión).*

Para algunos autores, la aserción de lo falso, la disimulación de lo verdadero, el artificio, astucia o maquinación para conseguir el acto pueden haberse

---

(134) ROUILLON, A., y FIGUEROA CASAS, P., en Código de Comercio comentado y anotado, Rouillón (director), Buenos Aires, LA LEY, 2007, t. IV-A, p. 485. A igual conclusión llegan implícitamente otros autores cuando entienden que vencido el plazo de caducidad del art. 38 siempre quedan los diez años de prescripción de la cosa juzgada írrita computados desde que se tuvo conocimiento del acto, cualquiera sea el vicio que se denuncie (MOIA, Angel L., y REVIGIERO, José A., La revisión de la cosa juzgada írrita en el trámite de insinuación concursal, en XXIV, p. 401).

(135) DI TULLIO, José A., La revisión en la verificación de créditos, ED, 204-1049.

realizado antes o durante ese proceso, o sea, la acción de revocación por dolo podría comprender también el dolo que vicia el acto originario. (136)

Admito que el texto no distingue expresamente; sin embargo, esta es una acción de revocación de una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada; por lo tanto, guarda sustancial analogía con la acción autónoma de nulidad de la cosa írrita; por lo tanto, no podría comprender el dolo que viciaba al acto jurídico originario, desde que este vicio debió ser denunciado por el síndico en el trámite verificadorio. No hay razón alguna para sostener que el síndico debe denunciar las nulidades que invalidan el acto cuando se opone a la verificación, salvo el dolo. Una cuestión distinta se produce cuando el síndico ignora tales maniobras al momento del informe y después toma conocimiento pues, en tal caso, las maniobras han perdurado en el tiempo y, en tal caso, pueden enmarcar en hechos posteriores al vicio originario.

Por eso, en principio, coincido con quienes entienden que los hechos dolosos deben haberse consumado durante el proceso verificadorio y haber gravitado decisivamente en el pronunciamiento judicial que se cuestiona; o sea, se trata de un típico dolo procesal y no del dolo en el acto jurídico originario; se trata de un engaño realizado durante el trámite tempestivo de verificación de créditos dispuesto por el artículo 32 y ss. LC disimulando la realidad, con el fin de obtener un pronunciamiento favorable. (137)

*b) Sólo dolo, o dolo y otros vicios (fraude, simulación, error).*

En opinión de algunos autores, la norma sólo comprende el dolo definido por el art. 931 del CC; (138) no alcanza al fraude, salvo los supuestos en los que el código civil emplea las palabras fraude y dolo como expresiones sinónimas (arts. 2064, 2066, 3142 y 3296). (139) Tampoco comprende el

---

(136) GALINDEZ, O., Verificación de créditos, 3ª ed., Buenos Aires, 2001, p. 312, nº 83.

(137) BUSTINGORRY, Rodrigo Sebastián, La revisión de la sentencia vericatoria en el proceso concursal a través del mecanismo dispuesto por el artículo 38 de la ley 24.522, elDial - DCD02.

(138) JUNYENT BAS-MOLINA SANDOVAL, Ley de concursos y quiebras comentada, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 2009, t. I, p. 277.

(139) GALINDEZ, O., Verificación de créditos, 3ª ed., Buenos Aires, 2001, p. 312, nº 83; MORO, Carlos, Ley de concursos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, t. I, p. 982.

error. Se fundan en que el dolo y el fraude son vicios distintos; además, si se compara el texto actual con el anterior se advierte que mientras la ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 325) hablaba de dolo y fraude, el vigente menciona sólo al dolo, hecho que denota la intención del legislador de reducir los supuestos.

Otros entienden que, normalmente, la figura se extenderá al fraude; argumentan de diferentes maneras: aunque dolo y fraude son diferentes, tienen en común que tipifican conductas engañosas; (140) “se trata del concierto del que invoca el crédito con el fallido para darle apariencia de verosimilitud a un crédito inexistente, menor, o sin privilegio. Habría mediado una verdadera estafa o fraude procesal”; (141) “la ley 24.522 recepta la teoría de la cosa juzgada fraudulenta, justamente porque posibilita la revisión de la resolución judicial en torno a la verificación, por dolo”. (142)

No faltan quienes extienden la norma al error judicial grave, aunque aclaran que operado el plazo de caducidad, quedaría siempre abierta la acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita. (143)

De cualquier modo, en alguna oportunidad, la Justicia ha extendido la noción de dolo al error grave de procedimiento atribuible a órganos del Estado. (144) Así, por ej., se ha sostenido que cabe declarar nula la verificación de un crédito fiscal incorporado al proceso concursal sobre la base de la determinación de oficio de la deuda previsional si median las siguientes

---

(140) HEREDIA, Pablo, Tratado exegético de Derecho concursal, Buenos Aires, Abaco, 1998, t. I p. 788; RIVERA, Julio C., Instituciones de Derecho concursal, 2ª ed., Buenos Aires, Rubinzal, 2003, t. I, p. 409; GALINDEZ, Oscar, Verificación de créditos, Buenos Aires, Astrea, 313.

(141) FASSI, S. y GEBHARDT, M., Concursos y quiebras, 8ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 151 (comentario art. 38 n° 1).

(142) CARBONE, Carlos A., Impugnación de la sentencia firme en el proceso civil, concursal, laboral, administrativo e internacional, en PEYRANO, Jorge (director) La impugnación de la sentencia firme, Santa Fe, Rubinzal, 2006, p. 118.

(143) GIMENEZ BAUER, Marcela, La acción revocatoria del artículo 38 de la ley 24.522 y la acción revocatoria de cosa juzgada írrita; su aplicación en los supuestos de error judicial, en XXIV Congreso Nacional de Derecho procesal, Mar del Plata, 2007, p. 356 y siguientes.

(144) CNCom. - sala B - 11/06/2009, “Inlica S.R.L. s/quiebra c. A.F.I.P. s/ordinario”, elDial - AA53F4.

circunstancias: a) el organismo no notificó al contribuyente la decisión de iniciar la fiscalización; b) no emitió el acta requiriendo la conformidad del contribuyente con las diferencias determinadas por el inspector actuante; c) no declaró cerrado el procedimiento, lo que implica inexistencia de notificación al contribuyente, paso previo que posibilita dictar la resolución determinativa de oficio; d) no cumplió con las notificaciones que debieron efectuarse al contribuyente “en días sucesivos” (art. 100, ley 11.683 —t.o. 1998 - Adla, LVIII-C, 2969—); e) las actas de inspección y planillas determinativas de deuda acompañadas a la pretensión verificatoria fueron emitidas pocos días antes de que venciera el término para requerir la verificación temporánea, lo que implica incumplimiento de los plazos legales (art. 11, ley 18.820 —Adla, XXX-C, 3092—); f) no emitió boleta de deuda, antecedente necesario previo al libramiento del certificado de deuda; g) omitió emitir los certificados”.

Todas las irregularidades expuestas, concluye el tribunal, permiten sostener que el organismo recaudador ejecutó a sabiendas un ilegítimo procedimiento, pues no puede manifestar ignorar las reglas procedimentales a las que debió ajustarse ni que tal actuar lo realizó a fin de procurar la verificación de un inexistente crédito. “De no admitirse la desestimación del monto verificado —más allá de la oportunidad procesal en que se realiza— ello sólo generaría un beneficio para el ente recaudador con sustento en su accionar ilegítimo, que tiene como consecuencia necesaria, producir un perjuicio no sólo a la fallida con quien mantiene la disputa sino a los terceros, quienes verían disminuido el activo que constituye la garantía del pago de sus créditos, lo que sin dudas les genera una concreta afectación a su derecho de propiedad y de igualdad de trato, principios liminares que sostienen el procedimiento concursal”. “En definitiva, existiendo un serio cuestionamiento de la legitimidad de la deuda verificada, el apego a un rigor formal excesivo en la interpretación de las normas significaría ignorar las constancias de la causa y desatender la verdad jurídica objetiva, pudiendo redundar en un menoscabo del derecho de defensa de dificultosa reparación ulterior”.

*c) Dolo ocurrido en la verificación tempestiva (incluida la revisión) o dolo ocurrido en cualquiera de los procedimientos de incorporación al pasivo.*

Una tendencia entiende que éste es el remedio, sea que la verificación, admisibilidad o inadmisibilidad se haya obtenido dolosamente en el trámite de verificación tempestiva, tardía, o por cualquier otro modo de incorporarse al proceso. (145)

---

(145) CHOMER, Héctor O., La acción de dolo para la revocación de la cosa juzgada irrita en la verificación de crédito, LA LEY, 2006-E, 1044.



Otra, en cambio, considera que la acción de dolo está prevista sólo contra la decisión recaída en un proceso de verificación tempestiva (incluida la etapa de revisión) mas no cubre la verificación tardía ni la acción individual que se tramita con posterioridad a la homologación del acuerdo. En tal sentido se ha resuelto que “la acción prevista por el art. 38 de la ley concursal no está contemplada para atacar, con fundamento en el dolo, la sentencia recaída en un incidente de verificación tardía, ya que dicho precepto se refiere a las acciones por dolo “...a que se refiere el artículo precedente...”, esto es, el art. 37, en el que para nada está regulada la denominada insinuación tardía de créditos. (146) Con igual criterio se ha decidido que “la sentencia de verificación tardía que admitió la insinuación al pasivo de conceptos cuyo cobro por el verificador implicaría una repetición de alimentos pagados, más allá de que pueda ser altamente opinable, no da cuenta de un decisorio teñido de un “vicio esencial” o de ilegalidad extrema que autorice a dejar sin efecto la autoridad de cosa juzgada que adquiriera. Así pues, independientemente de que los actores han pretendido hacer jugar la acción del art. 38 de la ley 24.522 en un ámbito que no le es propio, y de que han dado al art. 371 del Código Civil un alcance que no lo corresponde, tampoco por hipótesis han demostrado las condiciones que harían viables una acción de nulidad de sentencia por cosa juzgada írrita, la cual, valga señalarlo, es de excepcionalísima admisión y no ha de jugar cuando se invoque errores de juzgamiento. En las condiciones expuestas, deben rechazarse los agravios de los actores y admitirse la apelación del demandado enderezada a que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto dejó sin efecto la verificación lograda por él”. (147)

#### *d) Importancia de los tres cuestionamientos.*

Las tres cuestiones planteadas son de significativa importancia práctica. Como se verá, la acción del art. 38 está regida por un plazo de caducidad breve y estrictísimo (90 días desde que se dictó la resolución que se ataca).

---

(146) GALINDEZ, O., Verificación de créditos, 3ª ed., Buenos Aires, 2001, p. 312, nº 82; MAFFIA, O., Manual de concursos, Buenos Aires, 1997, t. 1, p. 216; JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., Verificación de créditos, fuero de atracción y otras cuestiones conexas, Santa Fe, Rubinzal, 2000, p. 261; Rivera, J., Instituciones de derecho concursal, Santa Fe, 1996, t. 1, p. 271; VILLANUEVA, J., Concurso preventivo, Santa Fe, 2003, p. 337; HEREDIA, P., Tratado exegético de derecho concursal, Buenos Aires, Abaco, 1998, t. 1, p. 786; SCHEPIS, Marcelo y TORO, José, Pretensión autónoma de nulidad de la cosa juzgada írrita, en XXIV Congreso Nacional de Derecho procesal, Mar del Plata, 2007, p. 410.

(147) CNCom. - sala D - 27/06/2006, “Acuña, Marina Inés y otros c. Di Donato, Roberto Miguel s/ordinario” - EIDial AA4A9C.

Adviértase que: (i) se trata de un plazo de caducidad (por lo tanto, no se interrumpe ni se suspende); (ii) se cuenta desde que se dictó la resolución y no desde que se conoció el vicio.

Si se sostiene que esta acción excluye la acción autónoma (ver *infra*) y se interpreta la norma extensivamente, el número de casos proponibles será insignificante. Por el contrario, si se “achica” o “encoge” el ámbito de aplicación del art. 38 y se admite la subsistencia de la acción autónoma, la lista se amplía.

Vuelvo sobre este tema supra n° 11.

### 5. Legitimación activa

El art. 37 de la LCQ legitima para interponer la revisión al “interesado”; nada dice, en cambio, en forma expresa, para la acción revocatoria por dolo.

Mayoritariamente, los autores aplican igual criterio y sostienen que está legitimado para iniciar la acción revocatoria por dolo “*el interesado*”.

Esta expresión incluye:

- Al deudor concursado o fallido;
- A los acreedores verificados o declarados admisibles;
- A los acreedores declarados inadmisibles que han interpuesto recurso de revisión mientras no pase en autoridad de cosa juzgada la decisión que rechaza su incorporación al pasivo. (148)

Al igual que en la revisión, la legitimación del síndico está discutida.

Algunos autores la niegan por las mismas razones que le impiden ejercer la revisión, (149) sin perjuicio de que el juez, si lo considera necesario, le dé participación imparcial, técnica. Otros, en cambio, entienden que las motivaciones que fundan la exclusión del síndico en la iniciación de la

---

(148) GALINDEZ, O., Verificación de créditos, 3ª ed., Buenos Aires, 2001, p. 312, n° 83.

(149) ROUILLON, A., y FIGUEROA CASAS, P., en Código de Comercio comentado y anotado, ROUILLON (director), Buenos Aires, LA LEY, 2007, t. IV-A, p. 484; GALINDEZ, O., Verificación de créditos, 3ª ed., Buenos Aires, 2001, p. 312, n° 83.

revisión no existen en la revocación por dolo en tanto esta acción tiende a combatir el fraude y la mala fe, por lo que la legitimación debe ampliarse (arg. art. 3136 del CC y su nota). (150)

No faltan quienes otorgan al síndico una legitimación “restringida”. Así, se ha sostenido que puede estar legitimado para iniciar una acción contra un acreedor que en convivencia con el deudor obtuvo la declaración de admisibilidad o verificación de un crédito a través de la sentencia verificatoria con un claro perjuicio a la masa “siempre que, previamente, en su informe del art. 35 LC, haya aconsejado la no verificación del crédito o privilegio de este acreedor, pues en tal caso no podría en contra de sus propios actos pretender asumir una legitimación activa para articular la revocación de la cosa juzgada fraudulenta”. (151)

Obviamente, el punto de partida de esta posición es que a través de esta acción se ataca el acto jurídico que dio base al pedido de verificación. Como he adelantado, no comparto esta posición, pero aun cuando se la sostenga, aciertan quienes afirman que la acción de dolo “es *independiente* en el sentido que su ejercicio no se encuentra supeditado ni limitado a la interposición o no de la revisión del crédito”. (152)

En mi criterio, cualquier interesado puede interponer la acción, aunque no se haya opuesto a la incorporación del crédito que ahora ataca por la vía de la acción revocatoria por dolo; más aun, podría afirmarse que en la mayoría de los casos, el conocimiento previo será un valladar (153)

---

(150) CHOMER, Héctor O., La acción de dolo para la revocación de la cosa juzgada írrita en la verificación de crédito, LA LEY, 2006-E, 1043; BARACAT, Edgar, Revocación de cosa juzgada por dolo en el procedimiento verificatorio. ¿La pretensión autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita o fraudulenta en la verificación de créditos?, JA, 2005-IV-1143.

(151) BUSTINGORRY, Rodrigo Sebastián, La revisión de la sentencia verificatoria en el proceso concursal a través del mecanismo dispuesto por el artículo 38 de la ley 24.522, elDial - DCD02.

(152) CNCom. - sala B - 11/06/2009, “Inlica S.R.L. s/quiebra c. A.F.I.P.” s/ordinario”, elDial - AA53F4: resumen de la sentencia se publica en Doctrina societaria y concursal n° 270, Mayo 2010, pág. 518, con nota de Casadío Martínez, Claudio, La acción por dolo en la verificación de créditos fiscales. Conf. ARDUINO, Augusto, Revocación de la sentencia verificatoria por invocación de dolo, en Doctrina Societaria y concursal, n° 269, Abril 2010, p. 386; del mismo autor, Invocación de dolo. Condiciones de procedencia, JA 2010-I-75.

(153) GALINDEZ, O., Verificación de créditos, 3ª ed., Buenos Aires, 2001, p. 312, n° 83.

desde que, en tal caso, debió impugnar el pedido de verificación y, si su pretensión no era acogida, interponer recurso de revisión; precisamente, en la acción de revocatoria por dolo, el impugnante, no se opuso al crédito con anterioridad pues las maniobras realizadas le impedían el conocimiento de lo sucedido.

La ineficacia no puede ser declarada de oficio por el juez.

Por eso, es correcta la decisión que revocó la resolución de un juez de primera instancia concursal que había decretado de oficio la nulidad de la verificación de un crédito, “pues si bien es admisible la revisión de la cosa juzgada una vez vencido el plazo del art. 38 de la ley, sin haber deducido la acción por dolo cuando se afirma que ella ha sido obtenida mediante un proceso fraudulento, ello tiene que formalizarse a través de un proceso de conocimiento promovido por la parte interesada, con amplitud de debate” (154)

También lo es la emanada de la sala E de la Cámara Nacional de Comercio. Los antecedentes eran los siguientes: un acreedor fue declarado inadmisibile luego de la oposición de la deudora, que había invocado el carácter litigioso del crédito; iniciada la revisión, la concursada se allanó inmediatamente y el acreedor obtuvo decisión favorable; inmediatamente, se presentó y solicitó se lo incluyera entre los acreedores con derecho a voto, sosteniendo que la deudora había actuado con ardid para eliminarlo del capital computable. El juez de primera instancia declaró, de oficio, la nulidad del auto que lo declaró inadmisibile; la Cámara revocó la decisión no sólo porque había sido declarada de oficio sino por contrariar el art. 36 que dispone que esa decisión es definitiva a los efectos del cómputo. (155)

## 6. Plazo

El art. 38 establece un plazo de *caducidad* de noventa días computados a partir de la fecha que se dictó la resolución pertinente en el proceso de verificación; por ser tal, no se interrumpe, ni se suspende, (156) ni requiere ser invocado por el interesado por lo que el juez

---

(154) CNCom., sala C, 7/11/2000, LA LEY, 2001-D, 316.

(155) Decisión de primera instancia del Dr. Bargalló del 21/8/2001 y revocatoria de la CNCom., 21/10/2003, Doc. Societaria y Concursal n° 203, p. 1251, con nota de TRUFFAT, Daniel y RANELLI, Marcelo, Deshaciendo entuertos: acreedor injustamente apartado de la base de cómputo en un concurso preventivo.

(156) CNCom., sala E - 13/06/2007, Artes Gráficas Varela Hnos. SA c. BBVA Banco Francés S.A., elDial - AA3FE9.

podría rechazar la acción *in limine*. (157) La brevedad y naturaleza del plazo se justifica, según la unanimidad de la doctrina, en la necesidad de dar seguridad a los acuerdos concursales y, principalmente, al salvataje de la empresa. (158)

Mayoritariamente, los autores sostienen que los 90 días son hábiles judiciales; en otras palabras no se cuentan corridos. (159) Insisto en que el plazo se computa a partir del dictado de la resolución y no del conocimiento de los hechos que fundan la acción de revocación por dolo. (160)

No obstante, algunas decisiones parecen desentenderse del plazo con el argumento que “La exégesis de la ley requiere cuidar que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor formal de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que inspiró su sanción”. (161)

## 7. Trámite

Dada la complejidad de la materia ínsita en acción deducida, la ley descarta la vía incidental y dispone expresamente que se tramita a través del juicio ordinario, de conocimiento pleno.

---

(157) En contra HEREDIA, Pablo, Tratado exegético de derecho concursal, Buenos Aires, Abaco, 1998, t. I p. 791, para quien, no estando comprometido el orden público, la caducidad que la norma establece sólo puede ser declarada a petición de parte.

(158) Compulsar, entre muchos, RIVERA-ROITMAN-VITOLLO, Ley de concursos y quiebras, 4ª ed., Santa Fe, Rubinzal, 2009, t. II p. 219.

(159) JUNYENT BAS-MOLINA SANDOVAL, Ley de concursos y quiebras comentada, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 2009, t. I, p. 275; BARACAT, Edgar, Revocación de cosa juzgada por dolo en el procedimiento verificadorio. ¿La pretensión autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita o fraudulenta en la verificación de créditos? JA, 2005-IV-1144; GRISPO, Jorge D., Tratado sobre la ley de concursos y quiebras, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, t. I p. 579; GALINDEZ, O., Verificación de créditos, 3ª ed., Buenos Aires, 2001, p. 312, nº 83.

(160) CNCom., sala C, 27/4/2001, Metalúrgica Necochea s/quiebra, ED 198-253 y elDial - AG561.

(161) CNCom., sala B - 11/06/2009, Inlica S.R.L. s/quiebra c. A.F.I.P” s/ordinario, elDial - AA53F4.

## 8. Juez competente

La acción se deduce ante el juez del concurso, que es, normalmente, quien ha dictado la resolución atacada.

## 9. Régimen de la prueba

La prueba del dolo incumbe a quien lo alega. No obstante, algunas sentencias afirman que “cabe aplicar analógicamente la doctrina judicial elaborada en torno a la acción de simulación cuando sostiene que quien afirma la validez de un negocio cuya existencia es impugnada no puede limitarse a adoptar una conducta procesal pasiva, sino que debe traer a la causa los elementos que confirmen la veracidad del negocio y tratar de convencer al órgano judicial de que su proceder fue serio y honesto (conf. CSJN, “Meenzaghi D. c. B.C.R.A.”; ídem CNCom., sala A, en autos “Granica N. c. Gutterman M.”, de 18.02.94; ídem sala E, “in re” “Ciño A. s/quiebra c. Ciño y otros s/simulación”, de 28.02.92). En casos como el sub examine, aunque la prueba de la existencia del dolo esté a cargo de la parte actora, ello no implica que la demandada pueda abstenerse de producir prueba tendiente a contrarrestar los hechos afirmados por su contraparte, sin correr el riesgo de que el juzgador esté a lo que surja de las presunciones graves, precisas y concordantes acreditadas en la causa”. (162)

Obviamente, la aplicación analógica propiciada implica aceptar que la acción prevista en el art. 38 permite atacar el vicio que afecta al acto originario (posición que, como he explicado, no comparto); en el caso, se dejó sin efecto la resolución que declaró verificado el crédito del comprador del inmueble que, ante la quiebra de uno de los condóminos y la imposibilidad de escriturar decidió resolver el contrato y solicitar en el proceso verificatorio la restitución del dinero; se declaró que la venta había sido simulada porque ningún indicio permitía inferir la posibilidad de que el comprador hubiera contado con el dinero para la compra, ni que preexistiera una deuda con él, ni que hubiera habido algún motivo atendible para la antedatación del boleto, ni para la no citación de los restantes condóminos y el acreedor hipotecario al proceso concursal, todo lo cual configuraría una prueba de presunción —en los términos del art. 163, inc. 5, CPCCN— de la existencia de una maquinación, a partir de la redacción y firma del boleto, tendiente a verificar un pasivo inexistente en perjuicio del órgano judicial y de los restantes acreedores.

---

(162) CNCom., sala A - 31/10/2006, Muller Carlos Guillermo c. Pastoriza José Omar s/ordinario, elDial - AA3B4E; CNCom., sala B - 11/06/2009, “Inlica S.R.L. s/quiebra c. A.F.I.P. s/ordinario”, elDial - AA53F4.

Copiando la fórmula anterior se ha dicho que de ella deriva que “La carga de la prueba pesa sobre el acreedor controvertido quien debe desvirtuar la existencia del dolo que se le atribuye”. Más adelante se agrega: “En suma, la conducta del acreedor que obtuvo la verificación de su crédito y no prueba en la acción por dolo la legitimidad del procedimiento que le permitió generar el título en que basó su solicitud vericatoria, además de no haber acreditado la veracidad de su acreencia, su admisión en el pasivo concursal ocasiona un perjuicio no sólo a la fallida, sino a los terceros...” (163) No comparto este aserto que, en mi opinión, invierte absolutamente el régimen de la acción de nulidad de la cosa juzgada írrita; la teoría de las cargas probatorias dinámicas, plenamente viable en la fórmula jurisprudencial para los juicios de simulación antes transcripta, no puede ser aplicada a un proceso en el que está a cargo del impugnante nada más y nada menos que hacer caer una decisión que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. La conclusión que critico muestra palmariamente el error grave que implica la posición que entiende que esta acción puede apoyarse en la nulidad del acto originario.

Por lo expuesto, es correcta la decisión que rechazó la acción de dolo deducida por el fallido contra un crédito verificado en su quiebra, toda vez que se limitó a negar haber firmado el cheque que se presentó para verificar y en la inexistencia de causa por no haber acompañado el acreedor documentación que acredite la venta de ganado; o sea, el pretense nulidicente no invocó en qué consistió la maniobra dolosa que llevó al juez *a quo* a declarar verificado el crédito, y que de haber sido conocida, hubiera determinado un pronunciamiento diverso al que se pretende hacer caer. (164)

## 10. Caducidad de instancia

La instancia a través de la cual esta acción se lleva adelante caduca como cualquier otra, dado que no existe norma que establezca lo contrario.

Los autores no coinciden sobre qué plazo se aplica si el previsto en la ley procesal del lugar donde se dirime tiene uno superior a los tres meses (art. 277 de la LCQ). En tal caso, algunos se inclinan por el plazo procesal

---

(163) ARDUINO, Augusto, Revocación de la sentencia vericatoria por invocación de dolo, en *Doctrina Societaria y concursal*, n° 269, Abril 2010, p. 388.

(164) CAMARA COMERCIAL, 23/04/1999, Bazarian Mardig c. Buteler, Sergio s/ord. elDial - AG1DB (Dictamen del Fiscal de Cámara que el tribunal hace suyo).

del lugar donde tramita la causa. (165) No comparto este criterio; la ley concursal no presenta ninguna laguna que autorice la aplicación de la ley local (art. 278), en tanto la acción de revocación por dolo es típicamente concursal y, por lo tanto, regida por el sistema de la LCQ.

### **11. Coexistencia de la acción concursal revocatoria por dolo, con la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita de origen pretoriano y con el recurso de de revisión extraordinario previsto en algunos códigos procesales**

Muchos códigos procesales regulan remedios contra la denominada cosa juzgada írrita. En Mendoza, incluso, ese instrumento tiene base constitucional; en efecto, el art. 144 inc. 9 de la Constitución Provincial dispone: “La Suprema Corte conocerá como tribunal de revisión en los casos en que después de pronunciada la sentencia definitiva de segunda instancia, la parte perjudicada obtuviere o recobrare documentos decisivos ignorados, extraviados, o detenidos por fuerza mayor, por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia o por otra causa análoga; cuando la sentencia se hubiese dictado en virtud de documentos o de prueba testimonial y se declarase en juicio posterior que fueron falsas dichas pruebas o documentos; ...y cuando la sentencia firme se hubiere dictado u obtenido en virtud de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta”. Por su parte, el art. 155 del Código Procesal Civil dispone que “el recurso de revisión tiene por objeto hacer posible un nuevo examen de conocimiento de procesos finiquitados por sentencia definitiva, con el fin de reparar agravios que no pudieron ser reparados por otra vía judicial en el mismo proceso. Sólo procede por los motivos y en los casos enumerados taxativamente por el art. 144 inc. 9 de la Constitución”.

Por otro lado, la creación pretoriana de la acción autónoma de nulidad de la cosa juzgada írrita hoy parece definitivamente aceptada. (166)

Frente a una disposición expresa en la ley concursal cabe preguntarse si el régimen creado es cerrado, o sea, sólo acepta la revocatoria de la cosa juzgada írrita en caso de dolo y bajo el régimen regulado o si, por el contrario, ha dejado abierta las otras vías, legislativas y pretorianas, que remedian las injusticias notorias.

---

(165) BARACAT, Edgar, Revocación de cosa juzgada por dolo en el procedimiento verificadorio. ¿La pretensión autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita o fraudulenta en la verificación de créditos? JA, 2005-IV-1144.

(166) La sala 1° de la SCMendoza ha debido abordar esta acción en numerosas ocasiones. Ver, por ej., precedentes citados en sentencia del 31/7/2006, LA LEY Gran Cuyo Voces Jurídicas 2006-1294 y Foro de Cuyo 34-129.



La solución no es fácil. En abstracto, dos respuestas son posibles:

(a) Según una primera visión, los otros supuestos de cosa juzgada írrita (sentencia fraudulenta, por ej.) o de configuración de algunos de los tipos previstos en la legislación procesal para que opere el recurso extraordinario de revisión (por ej., aparición de nuevas pruebas, desconocidas al tiempo del proceso) no tienen cabida en el proceso concursal en tanto el legislador, teniendo en miras la seguridad jurídica, ha regulado una sola acción para ser interpuesta y tramitada en tiempos breves; el silencio respecto a los otros casos implica negar los otros remedios; en este sentido se afirma que la acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita no es posible contra ninguna decisión conectada a la incorporación de los acreedores al concurso (verificación, revisión, verificación tardía) puesto que el sistema concursal exige una rápida configuración del pasivo para pagar los dividendos y concluir el proceso. (167)

(b) Conforme la segunda, la regulación específica de la acción de revocación por dolo no impide el funcionamiento de las otras vías, regidas por otro régimen.

En apariencia, la tendencia mayoritaria entre los estudiosos del Derecho concursal se inclina por la segunda alternativa, (168) mas este aserto exige algunas precisiones. Bien se ha dicho que “frente a la posición que propiciaba la santidad de la cosa juzgada, se admite ahora revisar la sentencia firme; sin embargo, ello no significa levantar la esclusa de modo libre sino en pequeñas dosis, porque si se la cierra impidiendo revisar, el fraude adquiere carta de ciudadanía, y si se la abre anchamente, la cosa juzgada se desmorona”; (169) por eso, debe transitarse con cautela, dando pasos medidos. (170)

En esta línea, parecería que, contrariamente a lo que sostiene la minoría, la acción autónoma de revocación de la cosa juzgada írrita puede ser invocada contra las decisiones recaídas en los procesos de verificación tardía y en las de las acciones individuales previstas en los arts. 21 y 56, desde que el art. 38 no se refiere a ellas.

---

(167) CHOMER, Héctor O., La acción de dolo para la revocación de la cosa juzgada írrita en la verificación de crédito, LA LEY, 2006-E, 1047.

(168) Compulsar referencias en MOIA, Angel L., y REVIGIERO, José A., La revisión de la cosa juzgada írrita en el trámite de insinuación concursal, XXIV Congreso Nacional de Derecho procesal, Mar del Plata, 2007, p. 356 y siguientes.

(169) COUTURE, Eduardo, La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta, LA LEY, 16-105; conf. CAMUSSO, Jorge, La revisión de la cosa juzgada, su ponencia al X Congreso Nacional de Derecho Procesal, Actas y Ponencias, Salta, 1979, p. 281.

(170) VALLEJO, Lucio, Medios de impugnación de la cosa juzgada, su ponencia al X Congreso Nacional de Derecho Procesal, Actas y Ponencias, Salta, 1979, p. 301 y en JA Doctrina 1972, p. 522.

El problema es si también funciona para los supuestos de decisiones recaídas en el proceso de verificación tramitados por el procedimiento del art. 36 y ss. Algunos parecen sostener que la acción autónoma sólo es invocable en los casos que están afuera del art. 38, de modo tal que si se invoca dolo en la verificación tempestiva, el régimen específico es ese y no hay otro. (171) Esta solución presenta serias dificultades y puede llevar a resultados injustos; en efecto, por un lado, el dolo no siempre es fácilmente separable del fraude, lo que permitiría que situaciones muy similares estén reguladas por regímenes absolutamente diversos; por el otro, si la cosa juzgada írrita puede caer también en los casos de error esencial, tal como lo ha admitido la Corte Federal, (172) el supuesto más grave, en tanto implica la existencia de maniobras para producir un resultado contra la ley, tendría un régimen más favorable para el autor que el que incurrió en un mero error.

Entiendo, pues, que la acción regulada en la ley de concursos no impide el juego de otros remedios (regulados por los códigos procesales o surgidos de la creación pretoriana de los jueces); para disminuir los riesgos de esta posición no queda otra solución que considerar que “sea el recurso extraordinario de revisión —a la manera regulada por Podetti en el código de Mendoza— sea una acción autónoma impugnativa, se lo llame revisión o rescisión, se trata siempre de un remedio extraordinario, excepcional y, por ende, de interpretación estricta. (173) Esta es también la solución del Supremo Tribunal español. (174)

---

(171) SCHEPIS, Marcelo y TORO, José, Pretensión autónoma de nulidad de la cosa juzgada írrita, en XXIV Congreso Nacional de Derecho procesal, Mar del Plata, 2007, p. 410 XXIV Congreso Nacional de Derecho procesal, Mar del Plata, 2007, p. 412.

(172) En este sentido ha declarado la nulidad de una sentencia suya en la que se remitió a una decisión anterior que nunca había dictado (Ver sentencia del 23/4/1987, Felcaro, José c. Facultad de Arquitectura, JA 1991-II-153).

(173) C.S. Mza, sala I sentencias del 24/8/1988, LS 204-436; 22/4/1991, LS 221-1, publicada en ED, 143-109 y en JA, 1991-IV-414; 2/9/1999, LS 290-443, publicada en ED, 16/11/1999 y LA LEY, 22/12/1999; 28/5/2004, LS 337-142 publicada en Foro de Cuyo 64-2004-237; 21/12/2006, LS 373-182; 28/5/2007, LS 377-128. Conf. con el criterio de interpretación restrictiva para la acción prevista en el art. 38 de la LCQ, CNCom., sala B - 11/06/2009, Inlica S.R.L. s/quiebra c. A.F.I.P. s/ordinario, elDial - AA53F4. Sin embargo, esa decisión también se vale de criterios amplios, como es el contenido en la frase “La sentencia no puede ser fugitiva de la verdad, so pretexto del estudio realizado por un anterior sentenciante, por cuanto el juez no puede ni debe ampararse en un resultado que deja la respuesta en la superficie de las cosas desatendiendo la cardinal finalidad de su función, porque las pruebas se dan a conocer al juez y éste dispone libremente de aquellas adquiridas para el proceso”.

(174) Ver por ej., sentencia del 24/3/1995 LA LEY, Rev. Jurídica española, 1995-2-164 y sus citas.

Reconozco, como es obvio, que la interpretación restrictiva no soluciona todos los problemas; tan sólo los atempera. Uno de esos problemas, agudizado en las situaciones concursales, es el del plazo de prescripción de la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita, (175) que abordo en el punto siguiente.

## **12. Un problema pendiente: la prescripción de la acción autónoma de nulidad**

Algunas leyes del derecho comparado contienen normas específicas. Así, por ej., el código peruano dispone que la demanda de nulidad de la cosa juzgada fraudulenta podrá ser interpuesta “hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuera ejecutable”; no obstante, según sostiene la doctrina de ese país, la fórmula implica algunas imprecisiones, desde que el fraude no se configura con la ejecución sino con la sentencia. Con la ejecución no se instituye el fraude, sino únicamente se concreta el perjuicio que éste originó”. (176) Por su parte, el código del Brasil establece el plazo de dos años a contar del tránsito en cosa juzgada de la decisión rescindida; la ley alemana establece el de cinco años, etc.

El ordenamiento jurídico argentino carece de norma expresa. Todos los autores señalan que la cuestión es de difícil solución; también hay cierta coincidencia en torno a que el plazo comienza a correr “desde que se tuvo conocimiento de los hechos fundantes o de los motivos de nulidad”. Prácticamente, aquí terminan las concordancias y comienzan las discrepancias.

Para algunos cabe aplicar los plazos previstos en los *códigos procesales* en materia de nulidades. (177) Argumentan que se trata de una acción que pone en crisis una resolución judicial a la que la comunidad reconoce, y por ende, integra la estabilidad del orden jurídico; consecuentemente, el plazo

---

(175) El problema fue abordado en varias decisiones de la Sala 1° de la S.C. de Mendoza; ver entre otras, sentencia del 22/11/2006, LA 202-81; 15/5/2007, LA 209-90, que resumo en el texto.

(176) MONROY PALACIOS, Juan, Planteos generales entorno a la revisión civil, en Rev. Peruana de Derecho Procesal n° II, marzo de 1998, p. 131.

(177) PALACIO, Lino, La cosa juzgada fraudulenta y los límites temporales de su impugnación, LA LEY, 1997-E, 586; CARBONE, Carlos Alberto, Impugnación de la sentencia firme en el proceso civil, concursal, laboral, administrativo e internacional, en Peyrano, Jorge, Director, Carbone, Carlos Alberto, Coordinador, Santa Fe, Rubinzal, 2006, p. 101.

debe ser el que el código procesal civil otorga para impugnar de nulidad las decisiones judiciales.

En el sector opuesto, otros entienden que la cuestión se rige por el código de fondo. Esta posición se funda en que la acción es una acción autónoma, fundada en el derecho sustancial, por lo que los plazos deben encontrarse en el ordenamiento que rige la causal de nulidad. (178) Ahora bien, dentro de esta tendencia: (A) Una minoría se pronuncia por la imprescriptibilidad de la acción. Argumenta del siguiente modo: “la acción declarativa de nulidad no es prescriptible porque la cosa juzgada se sustenta en un principio de orden público, y no se prescribe contra el orden público según lo observaron ya los juristas romanos”. (179) (B) La mayoría entiende que la acción es prescriptible. Esta solución se funda en dos argumentos básicos: (i) Con base en el principio de seguridad jurídica, el art. 4019 del Cód. civil declara enfáticamente que todas las acciones son prescriptibles, con excepción de las enumeradas, entre las cuales no figura la acción de nulidad de la cosa juzgada; (ii) Esta es la solución dada por la doctrina y la jurisprudencia para el ejercicio del juicio ordinario posterior al ejecutivo, situación análoga.

Sin embargo, se discrepa sobre el plazo del código de fondo que corresponde aplicar:

— algunos autores no se pronuncian por un plazo específico pero señalan que debe ser “breve”, o “corto”, en atención a la naturaleza de los actos procesales y las razonables pautas de celeridad que deben presidir el desarrollo de las contiendas judiciales. (180)

— por razones de prudencia, otros se inclinan por el plazo bianual del art. 4030; (181) sostienen que “estamos ante un supuesto de nulidad, y éste es el plazo usual en materia de nulidades”.

---

(178) HITTERS, Juan Carlos, Revisión de la cosa juzgada, 2ª ed., La Plata, Platense, 2001, p. 378, n° 250.

(179) PEREZ, Benito, El fraude procesal, Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, n° 11, 1963, p. 433.

(180) LEDESMA, Angela, El fraude procesal, en Rev. de D. Privado y comunitario, n° 4, Fraudes, 1993, p. 282.

(181) PEYRANO, Jorge, Acción de nulidad de sentencia firme, en La impugnación de la sentencia firme, Peyrano, Jorge, Director, Carbone, Carlos Alberto, Coordinador, Santa Fe, Rubinzal, 2006, p. 23; en la misma obra, y con igual argumento, IPARRAGUIRRE, Carlos M., Pretensión autónoma de sentencia declarativa revocatoria de la cosa juzgada írrita, p. 223.

— otra corriente aplica el plazo decenal del art. 4023 del CC. Esta posición se funda en las siguientes razones: (i) Este es el plazo que rige para toda acción a la cual no se le ha previsto otro plazo; (ii) Es el plazo que la jurisprudencia aplica para dos acciones que guardan analogía, como son, la prescripción de la *actio iudicati* y la acción para promover el juicio ordinario posterior al ejecutivo, en la que el término se computa a partir que el ejecutante percibió el dinero. (182)

— una cuarta tendencia entiende que no puede señalarse un plazo único sino que la cuestión depende de la causal invocada para solicitar la nulidad de la cosa juzgada. (183)

La jurisprudencia tampoco muestra una voz coincidente.

El 20/3/2003, en autos “Banco Central de la República Argentina” la Corte Federal confirmó una decisión del Superior Tribunal de Córdoba. Entre los argumentos vertidos por el Procurador General, se lee: “No puede mantenerse la decisión que desestimó un incidente de revisión con el argumento de un supuesto respeto al principio de la cosa juzgada, si el procedimiento de ajuste de la condena mediante la capitalización automática de intereses condujo a un resultado que excedió notablemente la razonable expectativa de conservación patrimonial del demandante, violentando los principios de los arts. 952 y 1071 del C.C.” “*Si la pretensión se sustentó en la grosera injusticia del fallo cuya anulación se solicitó y en el abuso del derecho, resulta aplicable el plazo de prescripción de diez años (art. 4023 del C.C.)*”. (184)

(182) Cám. Civ. Capital, sala A, 9/5/1967, JA 1967-V-361.

(183) GELSI BIDART, Adolfo, De las nulidades en los actos procesales, Montevideo, 1949, p. 359, n° 88; BERIZONCE, Roberto, La nulidad en el proceso, La Plata, Platenese, 1967, p. 128; HITTERS, Juan Carlos, Revisión de la cosa juzgada, 2ª ed., La Plata, Platense, 2001, p. 378, n° 250; ESCLAPEZ, Julio, Apuntes sobre la nulidad de los actos procesales por vicios substanciales, en Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, 1963, año VI, n° 11, p. 290; SPINOSA, Luis A., Acción de nulidad autónoma cosa juzgada. Declaración de nulidad de una sentencia firme, LA LEY, 1997-B, 18.

(184) CSJN - 20/03/2003, “Banco Central de la República Argentina en Centro Financiero SA Cía. Financiera - incid. de verificación tardía”, elDial.com A16A7; LA LEY Córdoba 1999-699; Foro de Córdoba, año X, n° 53, 1999, p. 127; JA, 2003-III-759, con notas de MORELLO, A. M. y GRILLO CIOCHINI, P., La licuación de un sueño de \$ 52.000.000 y de ARAZI, Ronald, El vicio de error como causal de revisión de la cosa juzgada írrita. Reseño que al 31/3/1991, la liquidación de los honorarios del síndico ad hoc había arrojado un importe de \$ 52.014.902,99, siendo aprobada en junio de ese año; fue entonces cuando el representante del Banco Central de la República Argentina (obligado al pago) promovió ante el juzgado interviniente un “incidente de revocatoria de cosa juzgada írrita” en lo que respecta a la base regulatoria tomada para el cálculo de los honorarios. Votaron en

Al comentar el fallo, Arazi señala que, dado que la Corte, por mayoría, rechazó el recurso extraordinario federal, no puede afirmarse categóricamente que la sentencia consolida una doctrina respecto de la revisión de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada; en efecto, sólo tres de los nueve miembros de la Corte compartieron los fundamentos del dictamen del Procurador; otros tres declararon inadmisibile el recurso invocando el art. 280 del Código Procesal, y los tres restantes votaron en disidencia y se pronunciaron por la admisibilidad del recurso. De todas maneras, entre las conclusiones del Procurador Fiscal que tres de los jueces hacen suyas, así como las referencias al fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, que era el decisorio atacado, se reafirma el principio según el cual debe priorizarse la verdad jurídica objetiva frente a los recaudos formales y se declara que el plazo de prescripción es de diez años desde el dictado de la sentencia que se objeta. (185)

disidencia Belluscio, Boggiano y López, quienes reconocieron que la cosa juzgada no es absoluta y enumeraron una serie de casos en los cuales es revisable, pero sostuvieron que el caso a resolver no encuadraba en ninguno; además, valoraron con duros términos la conducta del Banco Central en el pleito: “No puede dejar de señalarse que si las actuaciones dan por resultado un sacrificio patrimonial para el banco demandante, ello se debe exclusivamente a haber desplegado su conducta con incomprensible y absoluto desprecio por la defensa de la cosa pública. En primer lugar, por no contar con los mecanismos administrativos adecuados para controlar las situaciones concursales de sus deudores y solicitar oportunamente la verificación de sus créditos, evitando así los pedidos de verificaciones tardías que acarrear legalmente la carga de las costas. En segundo término, por la omisión de recurrir de la segunda regulación de honorarios de primera instancia. Y, finalmente, por el inexplicable silencio guardado en el caso frente a la liquidación presentada por los interesados. En estas dos últimas oportunidades pudo plantear el exceso que resultaría de la actualización monetaria, y no lo hizo”; además, “no es posible corregir la injusticia de un monto excesivo de honorarios con la injusticia contraria, consistente en reducirlos a un importe irrisorio. En efecto, al recobrar vigor la sentencia de cámara, los honorarios deberían ser ahora regulados sobre el valor histórico del crédito —puesto que no habría percibido el banco acreedor suma alguna complementaria— lo que los reduciría prácticamente a la nada en relación con los valores en juego”. En su comentario, Morello y Grillo no se pronuncian sobre el problema de la prescripción pero dicen: “La seguridad tiene que ser amiga de la justicia; consustancial con ella. En la sentencia y no sólo la de objeto patrimonial, debe especialmente hermanarse, cohabitar en compañía, como una invitación permanente a su recíproca perfección, sin permitir ninguna ocasión de vergüenza al día siguiente...”

(185) Arazi agrega en su comentario: “Compartimos totalmente los conceptos precedentes, aun cuando corresponde reconocer que el caso reviste características muy especiales y que, como se señala en el voto en disidencia, quizás la solución podría haberse alcanzado, sin recurrir a la revisión de la cosa juzgada, aplicando la ley 24.283 (Adla, LIV-A, 30), oportunamente invocada, que permite paliar los graves efectos que puede ocasionar la actualización de los créditos”.

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy ha sostenido: (186) “En razón de la ausencia de normas expresas, aparece ante la vista del intérprete una serie de interrogantes que no resultan de sencilla solución. La primera duda que corresponde develar es la de si se trata de un término de caducidad o si, por el contrario, es un plazo de prescripción. Cuando nos referimos a la acción autónoma de revisión, y no al recurso, consideramos que debe hablarse de prescripción, pues se está en presencia de una pretensión autónoma que produce la apertura de la instancia. Siguiendo a Hitters, consideramos que, a falta de regulación normativa de la cuestión, la pretensión autónoma de revisión es *prescriptible según la naturaleza de la acción de fondo*. Esta es la solución dada por la doctrina y la jurisprudencia para el ejercicio del juicio ordinario posterior al ejecutivo que autorizan los códigos rituales y que deviene de aplicación subsidiaria para tales casos, pues se funda en los mismos principios”.

En las decisiones que vengo glosando adherí a esta última solución por las siguientes razones:

(i) Cuando la acción deducida es una acción autónoma fundada en causales de los códigos de fondo (y no el recurso de revisión previsto en el ordenamiento local) como regla, no cabe aplicar los plazos establecidos en los códigos de forma, previstos para supuestos distintos, vinculados exclusivamente a cuestiones procesales. Por el contrario, si la causal de nulidad se ubica en el código de fondo, es razonable y coherente que el plazo para demandar se encuentre en el mismo ordenamiento.

(ii) El plazo decenal del art. 4030 del código civil será aplicable, pero sólo cuando no esté previsto un plazo menor. No hay razón para acudir a él cuando una norma regula un plazo más breve, especialmente porque tratándose de nulidades que surgen de decisiones judiciales, los plazos demasiado extensos hacen peligrar el valor seguridad jurídica.

(iii) No cabe recurrir, en todos los casos, a la solución que la Corte Federal aplica a la *actio iudicati* (187) pues a diferencia de ésta, en el supuesto de la nulidad de la cosa juzgada se pretende destruir la eficacia que emana de la sentencia por un vicio, y no por el plazo posteriormente transcurrido.

(iv) El plazo bianual del art. 4030 será aplicable cuando se invoquen los vicios de violencia, intimidación, dolo, error, falsa causa y simulación, pero

---

(186) Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, el 25/6/1993, “Municipalidad de San Salvador de Jujuy c. Rufino Trujillo”, JA, 1995-II-184.

(187) Ver, entre otros, CSN 9/9/1976, Fallos 295:767.

no cabe extenderlo a otros supuestos no previstos en esta norma, que por su carácter especial, exige la configuración de una situación específicamente contemplada por el legislador.

En cambio, la escasa doctrina concursal que se refiere al tema, no hace distinciones y se inclina por la aplicación, sin distinción, del plazo de 10 años. (188)

### **13. Acción de nulidad por dolo (art. 38 LC) y acción revocatoria concursal de los arts. 118 y 119 de la ley 24.522**

La creatividad para escapar de los plazos de la acción de revocación por dolo tampoco tiene límite. Así, una sentencia (posteriormente revocada) sostuvo que era ineficaz, por aplicación de los arts. 118 y 119, una decisión que, en el período de verificación tempestiva, había declarado un privilegio hipotecario inexistente en tanto la garantía hipotecaria había sido sustituida por una fianza otorgada por un tercero habiéndose ocultado tal circunstancia al síndico. La sentencia fue correctamente revocada, siguiendo el dictamen del fiscal de Cámara, porque la decisión recaída en la verificación no es un acto de la fallida; por el contrario, se trata de un acto complejo, de índole jurisdiccional, que debe ser atribuido al juez, por lo que no enmarca en las previsiones de los artículos referidos. (189)

### **14. Costas**

El régimen de la imposición de costas en esta acción de nulidad es el general; o sea, costas al vencido.

Ahora bien, como peculiaridad se ha decidido que “aun cuando de la sentencia dictada en el proceso ordinario no resulta dicho expresamente

---

(188) Compulsar FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (padre e hijo), La acción autónoma de nulidad contra la verificación concursal, en Contribuciones para el estudio del derecho concursal. Homenaje al prof. Ariel Dasso, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, p. 274; MOIA, Angel L., y REVIGIERO, José A., La revisión de la cosa juzgada írrita en el trámite de insinuación concursal, en XXIV Congreso Nacional de Derecho procesal, Mar del Plata, 2007, p. 391.

(189) Juzgado Nacional de primera instancia en lo comercial n° 13, 8/4/1998, ED, 198-253. La sentencia revocatoria es de la CNCom., sala C, 27/4/2001, Metalúrgica Necochea s/ quiebra, ED, 198-253, con nota de MORO, Carlos, Ineficacia de una sentencia: de eso no se habla. De cualquier modo, la Cámara sostuvo que, además de estar caduca la acción, no se cumplía el presupuesto desde que el síndico que actuó al momento de la verificación (posteriormente fallecido) había conocido el acuerdo sobre el cual la nueva sindicatura fundó su impugnación.



que la condena en costas se ha impuesto en forma solidaria a los demandados, dicho carácter surge de la naturaleza misma del hecho generador de dicha obligación, cual fue el accionar doloso que determinó la necesidad de promover dichas actuaciones a los fines de obtener la reparación del daño provocado a la masa por efecto de aquél". De allí que "se configura la excepción prevista en el art. 75 CPCC, por lo que la obligación de solventar los gastos causídicos devengados por la tramitación de la acción por dolo (art. 38 LCQ) reviste naturaleza solidaria respecto de quienes han sido condenados en costas (en el caso, el fallido y un acreedor)". (190)

### **15. Efectos**

Conforme el art. 38, "La deducción de esta acción no impide el derecho del acreedor a obtener el cumplimiento del acuerdo, sin perjuicio de las medidas precautorias que puedan dictarse". Coincidente con esta solución se ha resuelto que "la circunstancia de que el fallido haya deducido la acción de dolo prevista por la LCQ, no determina "*per se*" la suspensión de los actos concursales de realización —en el caso, subasta de bienes muebles— puesto que su preparación importa erogaciones de trabajo y de fondos; también debe ponderarse que aun en la hipótesis de acogimiento, el fallido habría de solventar los gastos concursales (honorarios, tasa de justicia, reposición de gastos) y para cubrir esos gastos no existe aparentemente otro activo que los muebles por subastar. (191)

## **Quinta parte**

### **Otros supuestos de cosa juzgada concursal**

**Esta última parte resume jurisprudencia que se refiere a la cosa juzgada en cuestiones concursales no abordadas en las partes anteriores**

#### **1. Preclusión procesal**

Una sala de la Cámara Nacional de Comercio que comparte el criterio según el cual las ejecuciones extrajudiciales de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado se encuentran excluidas de las reglas generales de suspensión del trámite, y participa del criterio que considera sustraídos

---

(190) CNCom., sala A - 18/09/2007, "Pastoriza, José Omar s/quiebra" elDial - AA4367.

(191) Cámara Comercial, 09/09/1998, Del Azar, Juan s/quiebra s/Acción por dolo c. Forexcambio SA, elDial, Nro. Ficha: 29401.

a los acreedores con derecho a remate extrajudicial de la carga de verificar sus créditos en el concurso, debió dejar de lado su posición en razón de que en el expediente existía un pronunciamiento dictado por el tribunal con una anterior integración, que atendiendo a las circunstancias del caso, autorizó a los acreedores a ejecutar su garantía sólo en las condiciones allí expuestas (o sea, exigiendo presentación del pedido de verificación), por lo que, sin perjuicio de la posición indicada, sostuvo que sobre ese punto existía cosa juzgada, razón por la cual debía estarse a lo ya resuelto. (192)

## 2. Decisión homologatoria del acuerdo

La homologación del acuerdo marca un hito trascendente dentro del proceso concursal. Vinculado con ese acto procesal, diversas decisiones han invocado la cosa juzgada para resolver algunos planteos de las partes.

### *a) Legislación de emergencia frente al auto homologatorio firme.*

Se ha rechazado el pedido de la concursada destinado a que se pesifique la suma que debe a uno de sus acreedores financieros, conforme al acuerdo oportunamente homologado, en tanto “la potestad del tribunal, luego del dictado de la sentencia homologatoria, queda circunscripta a los trámites destinados a cumplir con el acuerdo homologado y esa potestad no puede ser ejercitada, sin menguar derechos de raigambre constitucional, para modificar pronunciamientos firmes (arg. art. 3 CCiv.). La decisión homologatoria posee los atributos esenciales de la cosa juzgada, incluyendo lo que respecta a la modalidad de pago y los aspectos relativos al signo monetario”. (193)

Con criterio análogo se ha decidido: “El art. 56 de la LCQ. establece que el acuerdo homologado produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan participado en el procedimiento. De ahí, que toda expectativa de cobro del crédito queda sometida a los alcances que la propuesta homologada hubiera reconocido, no siendo posible apartarse de la forma establecida en el mismo para determinar el modo y oportunidad de su percepción. La obligación de la deudora debe ser atendida de conformidad con los alcances y en la moneda establecidos

---

(192) CNCom., sala A - 20/11/2008, Supercanal Holding S.A. s/conc. prev. s/ incidente (de suspensión de ejecución de prenda), elDial - AA5024.

(193) CNCom., sala D, 31/3/2005, “Ottobre, Salvador; s/Concurso Preventivo” elDial - AA29BD.

para cada acreedor en la resolución verificatoria. Por eso, aun cuando el crédito del B.C.R.A. haya quedado firme recién al dictarse sentencia en el incidente de revisión promovido por la concursada, lo cierto es que el mismo deberá ser atendido de conformidad con los términos del acuerdo que fue homologado y que comporta cosa juzgada, aunque no resulte en el caso aplicable la reforma introducida por la ley 25.820 (Adla, LXIV-A, 38) al art. 11 de la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44). Frente a ello, el planteo de inconstitucionalidad del coeficiente de estabilización de referencia carece de concreción". (194)

*b) Emergencia sanitaria.*

Con igual fundamento se ha decidido que "no corresponde prorrogar el cumplimiento de un acuerdo con fundamento en la emergencia sanitaria nacional, pues la ley 26.077 (Adla, LXVI-A, 25) que dispuso su prórroga hasta el 31.12.06, excluyó expresamente de su normativa a la ejecución de sentencias firmes pasadas en autoridad de cosa juzgada (art. 2-1° párr. in fine) y la exigencia del cumplimiento de las cuotas concordatarias caídas o del pago de los créditos privilegiados excluidos del acuerdo, debe ser asimilado a la ejecución de una sentencia, pues, en definitiva, importa la ejecución de la resolución homologatoria del acuerdo que se encuentra firme". (195)

*c) Cosa juzgada en un incidente de revisión posterior que contraviene el auto homologatorio firme.*

Un caso extraño debió ser resuelto por el Superior Tribunal de Tierra de Fuego. Un concordato homologado previó pautas de pago para los acreedores (índices de reajuste e intereses); posteriormente, en un incidente de revisión interpuesto por una entidad bancaria, sin advertir lo decidido en la homologación ni mencionárselo, se dispuso el pago de un modo diferente al previsto en el acuerdo homologado; también esa decisión pasó en autoridad de cosa juzgada. La concursada interpuso acción de nulidad. El Superior Tribunal revocó el rechazo de los tribunales de grado y resolvió que la decisión recaída en la revisión configuraba un típico caso de cosa juzgada írrita y debía ser declarada nula por violar el principio

---

(194) CNCom., sala E - 18/09/2006, Elevadores Mar del Plata S.A. s/concurso preventivo" - elDial - AA3A1C.

(195) CNCom., Sala E, 14/3/06, "Sistema Integrado de Extens. Médica Prev. Siempre SA s/concurso preventivo" elDial - AA3401, CNCom., sala A, 24/06/2008, Obra Social del Pers. de Encotesa y de las com. de R. A. s/concurso preventivo, elDial - AA4A73.

concurzal de la igualdad de los acreedores, al otorgar ventajas distintas a los acreedores configurando una nulidad absoluta por lo que debía ser dejado sin efecto, aunque fuese posterior al auto homologatorio. (196)

*d) Nulidad del auto homologatorio del acuerdo firme por invocación de una causal de nulidad absoluta.*

Una situación de especiales características permitió a un tribunal declarar la nulidad del acuerdo homologado, no obstante que la acción se interpuso fuera del plazo de seis meses previsto en el art. 60 de la ley: (197) el tribunal tuvo en consideración las siguientes circunstancias: (a) No se encuentra controvertido que, deliberadamente, la concursada omitió denunciar la existencia del litigio que mantenía con el demandante, desde que era parte en ese juicio; (b) El acuerdo homologado consistió en la pesificación de los créditos contraídos en moneda extranjera y el pago del 35% de dichas deudas, con un interés puro del 6%, en 10 cuotas anuales; (c) Quienes lo votaron favorablemente fueron acreedores cuyos créditos ascendían a las sumas de \$ 17.400 y \$ 5000, respectivamente; (d) el único crédito quirografario afectado por la pesificación dispuesta en el acuerdo homologado, es el que ostenta el nulidicente, por la suma de U\$S 128.004,5; (e) Este crédito es el más importante; sin su conformidad, en caso de haber participado del concurso, no se habrían obtenido las mayorías previstas por el art. 45 LCQ; (f) No se desconoce que la reforma introducida por la ley 24552 calificó como de caducidad al plazo contenido en el artículo 60 L.C.Q., por lo que no es susceptible de interrupciones; en consecuencia, habría transcurrido una vez iniciado el presente incidente de nulidad; (g) Tampoco se ignora que el incidentista planteó, previamente, la impugnación del concordato en los términos del artículo 50 LCQ. Desestimado tal planteo en la instancia de trámite, recurrió en queja por ante este tribunal, y en esa oportunidad, la Sala desestimó el recurso, pero mencionó que el actor podía ocurrir por la vía prevista en el artículo 60 LCQ, dado que a esa fecha se encontraba en plazo; por ende, debe admitirse que la dilación o demora de seis meses incurrida por el actor desde esa fecha, para efectivizar la promoción de este incidente resultó actuación negligente de su parte; (h) Sin embargo, esta sola circunstancia —más allá de su necesaria incidencia en las costas del proceso— no puede ser suficiente a los fines de desestimar sus planteos, si

---

(196) ST Tierra del Fuego, 15/3/2004, LA LEY Patagonia 2004-532, con nota aprobatoria de FISSORE, Diego, Los límites de la cosa juzgada, con particular referencia a dicho principio en materia concurzal.

(197) CNCom., sala C - 27/11/2009, Casares Carlos Maxwell s/concurso preventivo (inc. de nulidad de acuerdo por Pochat Juan Manuel) elDial - AA5BB2.

se tratara de una nulidad absoluta y, por ende, inconfirmable. Así es dable interpretarlo pues, en ese contexto, su aquiescencia o falta de diligencia no pueden llevar a la convalidación de un acto nulo o anulable de nulidad absoluta (cfr. arts. 1047, Código Civil). (i) Tal calificación corresponde tanto a los actos realizados en fraude a uno de sus acreedores, o a aquéllos cuyo objeto es ilícito por contrariar las normas de orden público contenidas —en este caso—, en la normativa concursal; las constancias enumeradas son bastantes a fin de tener por configurado el presupuesto de nulidad absoluta e inconfirmable al que se viene haciendo referencia. La categorización de créditos, como la posibilidad de realizar propuestas diferenciadas por categoría, se encuentra supeditada o subordinada a que ambas resulten serias y razonables. Esto equivale a decir que no debe incurrir en discriminaciones carentes de todo basamento objetivo. Tal irrazonabilidad existe en el caso; quienes ostentaban créditos en moneda de curso legal han votado favorablemente la pesificación de créditos en moneda extranjera, sin ningún interés personal o derecho subjetivo en juego, y con la única finalidad de perjudicar a un tercero o “licuar” su acreencia. Esta situación, a la postre, devino o se tornó fraudulenta, cuando el concursado omitió denunciar intencional y dolosamente a este acreedor en moneda extranjera, pese a haber participado en el proceso judicial que llevó a su reconocimiento (cfr. art. 931, Código Civil); (j) otra circunstancia resulta coadyuvante en orden a decretar la nulidad absoluta del acuerdo homologado en autos principales; ese acuerdo no obtuvo o contó con las mayorías establecidas por el artículo 45 LCQ. Por cuanto la propuesta homologada no ofreció ningún plan de pagos con respecto a la porción quirografaria de los créditos verificados por la AFIP y la Dirección General de Rentas, por las sumas de \$ 39.171 y \$ 5216; se limitó a señalar que serían sometidos a las pautas de moratoria y regímenes especiales que prevén los organismos en cuestión por lo que, formalmente, no existió mayoría, al no mediar resolución en la causa que excluya a estos organismos del cómputo prevista en el artículo 45 LCQ. No es óbice a lo expuesto que los organismos de recaudación afectados no hubiesen deducido el planteo respectivo o lo hubieran avalado con su actuación posterior, pues la nulidad absoluta y manifiesta puede y debe ser declarada de oficio por el juez, aun sin mediar planteo de parte.

### **3. Auto que fija la fecha de cesación de pagos a los efectos de la acción revocatoria concursal**

El art. 115 de la LCQ, antes transcrito, dispone que la fecha que se determine, por resolución firme como de iniciación de la cesación de pagos hace cosa juzgada respecto del fallido, de los acreedores y de los terceros que intervinieron *en el trámite para su determinación*, y es presunción que admite prueba contraria respecto de los terceros que no intervinieron.

En franco respeto al derecho de defensa en juicio, la ley distingue entre quienes intervinieron y quienes no lo hicieron; respecto de los primeros, otorga valor de cosa juzgada; de los segundos, una simple presunción que admite prueba en contrario.

El texto se refiere a los “acreedores y terceros que intervinieron en el trámite para su determinación”.

Algunos autores distinguen razonablemente entre acreedores y terceros y consideran que la referencia a intervenir *en el trámite de la determinación* alcanza a los terceros. En cambio, respecto de los acreedores, basta que hayan sido declarados verificados o admisibles para que juegue la cosa juzgada y no la simple presunción; ese acreedor, a diferencia de otros terceros, ha tenido la posibilidad de intervenir, impugnar, etc. (198)

#### **4. Auto aprobatorio de la liquidación**

Con manifiesta razonabilidad, el Tribunal Superior de Córdoba rechazó la “acción de nulidad por *lesión* del trámite de liquidación de una empresa fallida y el auto aprobatorio de su adjudicación con base en la alegación de existencia de error al fijarse la base de la licitación de la empresa fallida en tanto no medió estado de indefensión que impidiera al actor hacer valer sus derechos, no habiéndose cuestionado tal circunstancia en el proceso falencial, mediante las impugnaciones proporcionadas por la ley sustancial y procesal, máxime si no hubo resolución alguna que negase al fallido la posibilidad de participar y objetar, tanto los actos tendientes a subastar los bienes como la adjudicación”. (199) En el caso, en un procedimiento de venta judicial por licitación, la Dirección provincial de Vialidad había resultado adjudicataria de la empresa fallida, como unidad; el organismo provincial fue el único oferente; ni la fallida ni el síndico habían recurrido ninguno de los actos procesales que concluyeron con la adjudicación; tampoco apelaron esa decisión final. La fallida fundó la acción de nulidad en que al fijar la base de la licitación, el juez de primera instancia había

---

(198) Ver, entre muchos, JUNYENT BAS, F. Y MOLINA SANDOVAL, C. A., Sistema de ineficacia concursal, Buenos Aires, Rubinzal, 2002, p. 111.

(199) TS Córdoba, sala civil y com. 23/3/2004, LA LEY, 2004-C, 849, con nota aprobatoria de PALACIO, Lino Enrique, Procesos concursales y cosa juzgada; resumida y comentada por ROITMAN-DI TULLIO, Quiebra, venta de la empresa como unidad. Proceso licitatorio. Adjudicatario. Precio, Lesión subjetiva. Cosa juzgada, Legitimación de los accionistas de la fallida, Rev. de D. Pvd y Comunitario 2004-1 p. 436.

prescindido arbitrariamente de la tasación prevista en la ley, y que siendo empresa fallida se encontraba en situación de vulnerabilidad. El Superior Tribunal de Córdoba revocó la imprudente decisión que había condenado al gobierno provincial a pagar una suma superior a los \$ 183.000.000 y rechazó la existencia de lesión: Tuvo especialmente en consideración que esa adjudicación (que nunca antes se había atacado, habiendo transcurrido incluso el plazo de cinco años previsto en el art. 954 del CC), había salvado una fuente de trabajo; el valor se había ofertado y pagado por el adjudicatario conforme las bases fijadas por el juez de la quiebra; todo el procedimiento se había realizado bajo la supervisión y aprobación de dicho magistrado y no existía viso alguno de irregularidad o abuso que pudiese empañar el acto de adquisición de la empresa por parte de la Dirección provincial de Vialidad.

### **5. Honorarios regulados en el concurso preventivo devenido en quiebra liquidatoria**

Abordé esta cuestión en una decisión de la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza del 26/2/2009. (200) Comparé la situación presentada en el caso con la de otros precedentes en los que el concurso no había sido homologado y los honorarios se habían regulado fuera de las oportunidades previstas en la ley (201) y justifiqué la diferente solución (que en este caso implicaba mantener los honorarios regulados y pasados en autoridad de cosa juzgada) con los siguientes argumentos: (1) La distinción surge de la propia ley. El art. 59 dispone que “una vez homologado el acuerdo y tomadas y ejecutadas las medidas tendientes a su cumplimiento, el juez debe declarar finalizado el concurso, *dando por concluida la intervención del síndico*”. En consonancia con esta disposición, el art. 253 inc. 7 dice: “El síndico designado en un concurso preventivo actúa en la quiebra que se decreta como consecuencia de la frustración del concurso, *pero no en la que se decreta como consecuencia del incumplimiento del acuerdo preventivo*”. De esta normativa surge que el síndico que actúa en un concurso preventivo sabe o debería saber, que si el concurso fracasa porque no se llega al acuerdo, él deberá seguir trabajando en un proceso, que es único, para el cual la ley no ha previsto que se le regulen honorarios por la primera etapa y que toda su labor será tenida en cuenta, en la determinación de los porcentajes, al momento en que existan

---

(200) SCMendoza, 26/2/2009, García Fanessi, Foro de Cuyo 97-108; Jurisconcurstal año III, n° 11, p. 125 y Actualidad jurídica Región Cuyo n° 37 p. 9092.

(201) SC Mendoza, sala 1°, sentencias del 3/11/2003, “Domínguez, en j”, LS 331-49, publicado en Actualidad Jurídica Mendoza 2004-316 y reseñado por DI TULLIO Y ROITMAN en Rev. de Derecho Privado y comunitario 2003-3-485; y del 31/10/2007, “in re” n° 89.743 “Pinotti Juan Carlos en j”, LS 383-31 publicado en Rev. Foro de Cuyo n° 86-52 y en Actualidad Jurídica de Cuyo 2007-2248.

bienes liquidados. (2) Es verdad que la liquidación de los bienes puede llegar a probar que la evaluación del activo que sirvió de base a la regulación concursal fue exagerada en grado tal que contraría toda lógica, por lo que puede asimilarse a un error grosero, al fraude o al abuso. Para tales casos excepcionales funcionarán los reajustes pertinentes a la manera que lo permiten hacer las acciones revocatorias de la cosa juzgada, con la amplitud que ha señalado esta Sala (Ver, a vía de ej., decisión del 2/9/1999, LS 290-443, ED 185-876; LA LEY 1999-F, 529, DJ, 2000-1-938; Foro de Cuyo 40-139, LA LEY Gran Cuyo 2000-201, JA 2000-III-791 y Jurisprudencia de Mendoza 56-12); (3) Quizás, esta posición no se aleje demasiado de la sostenida por un prestigioso autor que afirma que “si la primera regulación estuviese firme y el síndico hubiese cobrado total o parcialmente sus honorarios, nada se podría reprochar, pero si no los percibió, no puede hacerlo en la quiebra, haciéndose el distraído... Hay que ver obreros con 20 o 30 años de antigüedad que dejaron su vida en una fábrica u otra industria mirando cómo la sindicatura llena sus alforjas mientras ellos no cobran nada, o reciben sólo unas migajas... Cuando en un concurso se dan situaciones parecidas a las indicadas, sin caer en el extremo de considerar la regulación del art. 266 como provisoría y sujeta a la ulterior del art. 267, que sería la prioritaria y definitiva... en resguardo de los intereses de la masa se debería regular teniendo en cuenta los montos liquidados sin que pueda interpretarse que al hacerlo así no se tendría en cuenta la tarea profesional de la sindicatura, puesto que en ese momento, los pomposos números del activo estimado a la sazón con una empresa en marcha, y con un acuerdo preventivo votado por los acreedores y homologado por el juez, van a parecer de otra galaxia, frente al magro resultado que se obtenga por la venta en públicas subastas de máquinas oxidadas, computadoras desactualizadas y rodados desarmados” (202) La diferencia entre la solución propuesta por el autor entrerriano y la que propongo pasa por el derecho de defensa en juicio. Independientemente de la distinción que él hace entre honorarios percibidos y no percibidos (que no formulo), tengo el convencimiento de que la disminución de los honorarios regulados en el concurso nunca podría producirse sin escuchar a la sindicatura, al menos, en un trámite incidental en el que pueda aportar pruebas de la razonabilidad del activo oportunamente estimado y posteriormente devaluado en diferencias altamente significativas.

## **6. Cosa juzgada sobre la prioridad nacida de una prenda y ulterior caducidad de la inscripción prendaria.**

Compatibilizar los principios procesales que emanan de la cosa juzgada con el régimen registral de los derechos reales no siempre es fácil.

---

(202) MORO, Carlos, Ley de concursos, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, t. III, p. 2387.



Algunos casos encuentran justificación más clara. Así, por ej., se ha resuelto que “si nunca se logró la inscripción registral definitiva, el acreedor no puede oponer la compensación permitida al acreedor hipotecario, aunque haya sido reconocido en tal carácter en la sentencia de verificación pasada en autoridad de cosa juzgada, que se fundó en una inscripción provisional. (203) En efecto, en este caso, la propia decisión verificatoria debía entenderse condicionada, implícitamente, a lograr la inscripción definitiva.

Más dudosa, en cambio, es la jurisprudencia según la cual “Si el plazo de inscripción del contrato vence después de la declaración de la quiebra del deudor, el acreedor pierde el privilegio, aun cuanto tenga sentencia verificatoria firme que lo reconozca, si no realiza el trámite de reinscripción de acuerdo con el art. 23 de la ley de prenda con registro (204). Por el contrario, se ha decidido que “dado que la sentencia verificatoria estableció que el crédito insinuado gozaba de privilegio especial en virtud de una prenda que se encontraba vigente a la fecha de la resolución, la posterior caducidad de la inscripción de la garantía carece de efectos para modificar lo allí resuelto” (205).

### **Conclusiones provisionarias**

El muestreo jurisprudencial realizado acredita, en general, una judicatura activista y comprometida, aun en desmedro de decisiones firmes, cuando advierte injusticias notorias, o sujetos perjudicados esencialmente vulnerables.

No obstante, en algunas ocasiones, la disparidad de solución de casos análogos pone en jaque la seguridad jurídica. Es evidente que falta mucho aun para uniformar criterios en una materia que, más de una vez, como he dicho, se presenta “arisca” e “inagotable”.

---

(203) Cám. 3ª Civ. y Com. de Córdoba, 10/3/2005, Actualidad jurídica de Córdoba 2005, n° 8 p. 5253.

(204) Como en el caso anterior, se trata de un acreedor que pretende compensar precio obtenido en la subasta con deuda del fallido (Cám. Civ. Com. de Córdoba, 04/06/2004, JA, 2005-I-705; comentado y reseñado por ROITMAN-DI TULLIO, Verificación de crédito prendario. Caducidad de la inscripción de la prenda. Omisión de reinscribir. Extinción del privilegio. Cosa juzgada. Alcances, en Rev. de D. Pvdto y Comunitario n° 2004-2-576).

(205) Cám. Civ. y Com. Junín, 27/8/2009, La Ley Bs. As. 2009-1229.

# LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS POR RAZONES DE LEGALIDAD

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI (\*)

1. La potestad revocatoria del poder administrador.
2. La nulidad de los actos administrativos.
3. Límites a la potestad revocatoria.
4. Las reglas del derecho positivo.
5. La firmeza de ciertos actos administrativos.
6. La naturaleza del vicio y del interés comprometido.
7. ¿Qué queda de la “cosa juzgada administrativa”?

## 1. La potestad revocatoria del poder administrador

La supremacía en que se halla la Administración en sus relaciones con los administrados tiene su fundamento en el poder que ejerce como órgano estatal y en el fin público que debe satisfacer. Para ello el ordenamiento jurídico le confiere prerrogativas que le permiten hacer efectivos sus actos y decisiones, incluso ejerciendo la coacción. La coercibilidad de sus mandatos, la facultad de modificar o de rescindir los contratos cuando lo exige el interés público, la necesidad de agotar la vía administrativa para ser demandada, la ejecutoriedad de sus actos, la regla *solve el repete*, la potestad de revocar sus actos por razones de oportunidad o de legalidad, son todas prerrogativas que materializan la situación de supremacía en que se halla respecto de los particulares.

Pero, estas prerrogativas no son absolutas, pues en un Estado de derecho no se concibe la existencia de poderes ilimitados. Por un lado están las leyes que le atribuyen competencia y establecen el modo en que debe ejercerla y, por el otro, los derechos subjetivos de los administrados que limitan esa autoridad estatal. Las potestades no sólo son efecto del poder que ejerce la Administración, sino un atributo que el ordenamiento jurídico le confiere para satisfacer intereses públicos concretos. Antes que un *poder político* es el ejercicio de un poder jurídico, “fundado en el derecho objetivo y dentro de los límites señalados por el derecho.”(1)

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 12 de agosto de 2010.

(1) Renato Alessi, “Instituciones de derecho administrativo”, trad. esp. De Pelli-sé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, t. I, p. 180.

La Administración está dotada de estas prerrogativas sólo cuando actúa *como tal*, cuando ejerce su autoridad con el fin de satisfacer de manera directa e inmediata un interés público. No las tiene por su carácter estatal. No es un privilegio del sujeto, sino un atributo de la función, necesario para alcanzar sus cometidos. De ahí que cuando persigue un interés exclusivamente patrimonial, sus relaciones con los administrados se rijan por el derecho común, y no pueda valerse de los poderes que el ordenamiento jurídico le confiere para los casos en que el fin perseguido es la satisfacción del interés público concreto. En este sentido dice Jèze: “Cuando la Administración decide utilizar el procedimiento técnico del derecho privado para obtener el resultado perseguido, no hay razón para excluir la. El acto jurídico no será regido por el derecho administrativo: no existen motivos para aplicar reglas especiales. El principio fundamental es, pues, que el derecho administrativo comprende reglas especiales establecidas para los procedimientos técnicos de derecho público y únicamente estas reglas. El *criterium* del derecho administrativo lo fija la naturaleza jurídica de las reglas especiales y no la calidad de autores de estos actos. Un contrato de compraventa de derecho privado se rige por el derecho privado y no por el derecho administrativo. A la inversa, un procedimiento de derecho público no se halla regido por el derecho privado: tiene reglas especiales.”(2)

La circunstancia de que los poderes de la Administración estén limitados por las normas que garantizan los derechos subjetivos, no habilita a sostener que la regla esté en la supremacía del interés individual por sobre el interés público. Prueba de ello está en que los límites a las prerrogativas sólo se hacen efectivos cuando son materia de la pretensión de un administrado que invoca un agravio, porque las garantías se establecen para proteger sus derechos y no el derecho objetivo.

Entre las prerrogativas que siempre ha tenido la Administración está la potestad de revocar sus actos, ya sea por razones de oportunidad, cuanto de legalidad. (3) Originariamente se la consideró como una derivación de

---

(2) Gastón Jèze, “Principios generales de derecho administrativo”, trad. de la 3ª ed. de San Millán Almagro, Depalma, Buenos Aires, 1948, p. XXXI. En el mismo sentido Renato Alessi, op. cit., p. 213 y s.

(3) Utilizo la voz “revocación” para referirme a los actos anulados por la Administración, ya sea por razones de legalidad como de oportunidad, y “anulación” cuando la declara el Poder Judicial, siempre por razones de ilegalidad. Otros autores emplean la voz “anulación” cuando se decreta por razones de legalidad, cualquiera sea el Poder que la declare, y revocación cuando se deja sin efecto un acto por razones de oportunidad. Ver Fernando Garrido Falla, “Tratado de derecho administrativo”, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, t. I, p. 517 y ss.

la autoridad del Estado, del ejercicio del poder público, que le permitía invalidar, modificar o sustituir sus actos sin que sea necesaria la conformidad del administrado. Después, la doctrina dio como fundamento la dinámica de la Administración, cuya actividad siempre debe estar dirigida a satisfacer el interés público, que no es inmutable, pues se modifica al compás de acontecimientos económicos, políticos y sociales.

La potestad revocatoria es un medio que le permite a la administración adecuar sus decisiones a las exigencias determinadas por la vida social. No se concibe que estando de por medio el interés público, deba mantener la vigencia de actos cuya finalidad desapareció o son inadecuados o contrarios a los fines que se tuvieron en cuenta al tiempo en que se dictaron. La legislación regula la conducta futura, la justicia juzga la conducta pasada, la administración debe manejar el presente de la sociedad.

Esta atribución está implícita en la mayoría de los sistemas jurídicos. No es necesario que el derecho positivo la establezca, si bien en algunos países se dictaron leyes en las cuales expresamente regulan el tema, como es el nuestro a partir de 1972. La doctrina ha sostenido el carácter esencialmente revocable de los actos administrativos, (4) como regla o principio general, criterio que en los últimos tiempos fue perdiendo adeptos en proporción inversa con el reconocimiento de mayores garantías para los derechos subjetivos de los administrados. (5)

Como dije, la revocación se puede fundar en razones de oportunidad o de legalidad. Hay que distinguir, además, los actos que limitan de los que confieren derechos subjetivos, y los actos de alcance general de los de alcance particular.

En la revocación por razones de oportunidad la Administración actúa con mayor discrecionalidad, si bien ésta puede ser revisados por la justicia en casos de arbitrariedad o irrazonabilidad. La revocación por oportunidad lleva implícita el deber de la Administración de indemnizar los perjuicios causados. Este deber abre el tema la determinación del monto, su oportunidad y la competencia para fijarlo y hacer efectiva la indemnización. Ante

---

(4) Rafael Bielsa, "Derecho administrativo", 5ª ed., La Ley, Buenos Aires 1964, t. II, p. 122 y ss.; Ernst Forsthoff, "Tratado de derecho administrativo", trad.de Legaz y Lacambra, Garrido FallaGómez de Ortega y Junge, Instituto de Estudios Políticos, Madrid. 1958, p. 360 y ss.

(5) Miguel S. Marienhoff, "Tratado de derecho administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, t. II, p. 578 y ss.; Juan Carlos Cassagne, "Derecho administrativo", 8ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2006, t. II, p. 361 y ss.

la ausencia de normas que la regulen, algunos autores sostienen que son aplicables las de la expropiación. (6)

La revocación de los reglamentos es una atribución que está fuera de todo cuestionamiento, por el carácter general y abstracto que tienen estos actos. Lo dicho, sin dejar de lado las cuestiones que se suscitan con los derechos adquiridos al amparo de un régimen jurídico que luego se modifica. Es conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en uno y otro sentido. (7)

El principio de legalidad obliga a la Administración a ajustar su conducta a la ley, en sentido lato. No sólo es un límite de la actuación administrativa, sino también una regla atributiva de competencia. Por eso la Administración no sólo puede, sino debe invalidar los actos ilegítimos para restablecer la legalidad. Como decía Bielsa, no existe mayor interés público que asegurar la legalidad.

Pero, la potestad de la Administración para revocar sus actos ilegítimos no es absoluta. En ciertos casos y frente a determinadas circunstancias, la potestad revocatoria cede en resguardo de los derechos adquiridos y de la seguridad jurídica.

No existiría orden jurídico si la Administración pudiese revocar directamente todos sus actos y en cualquier momento, ya que sólo existe orden allí donde hay seguridad o, cuanto menos, un sistema legal dirigido a alcanzarla, como valor funcional del derecho, aun cuando nunca sea absoluta. Como dice Legaz y Lacambra, *“la idea de legalidad va vinculada de modo esencial a la de seguridad y se convierte en el principio inmediato*

---

(6) Miguel S. Marienhoff, “Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia”, LA LEY, 1980-B, 817; Juan Carlos Casagne, op. cit., t. II, p. 276 y ss.; Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, t. III, p. VI-1 y ss., sostiene que la revocación por razones de mérito de un acto que confirió derechos subjetivos constituye una expropiación, por lo cual se deben aplicar sus reglas y procedimiento.

(7) Sobre los derechos adquiridos al amparo de una legislación la Corte dijo que “si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues éstos solo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo” (Fallos, 296:723; 137:47, 144:219, 145:307, 184:137, 207:89, 209:409, 296:723, entre otros) y que “nadie tiene derecho al manteniendo de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos” (Fallos 271:727, 229, 274:334, 288:279, 299:334, entre otros).

*de la legitimación de la legalidad*”, porque, agrega más adelante, “*el orden social es tanto un supuesto como un efecto del derecho, del ordenamiento jurídico*”. (8)

La potestad revocatoria no procede en las relaciones jurídicas regidas por el derecho privado. No se debe olvidar que la facultad de revocar sus actos es una prerrogativa que tiene la administración para satisfacer el interés público y no un privilegio derivado de su condición de organismo estatal. Tanto cuando revoca un acto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, como si lo hace por razones de legalidad, el fundamento de esa potestad está el interés público perseguido y en el deber de ajustar su conducta a ley. De lo contrario la Administración se erigiría en juez de sus propios actos, lo cual sería violatorio de los arts. 17, 18 y 109 de la Constitución Nacional.

Hay que distinguir los actos que imponer restricciones o deberes a un administrado, de los que confieren derechos subjetivos. Los primeros deben ser revocados por ilegitimidad pues la limitación de esta potestad está dada para resguardar los derechos de los administrados, y la revocación de un acto de gravamen no los puede lesionar. En los actos que confieren derechos se debe analizar la naturaleza del interés protegido por la norma, la gravedad del vicio, y la concurrencia de las circunstancias que limitan la potestad revocatoria.

## **2. La nulidad de los actos administrativos**

La invalidez de los actos jurídicos y los efectos que produce es un tema propio de cada rama del derecho. (9) No existe una teoría general de las nulidades aplicable a todas las disciplinas jurídicas, porque los vicios responden a causas diferentes y las consecuencias están dirigidas a preservar intereses de distinta naturaleza, aunque debemos reconocer que las nulidades del derecho administrativo se resolvieron originariamente a la luz de las normas y técnicas del derecho civil, el cual siempre ha sido una fuente de interpretación, a veces errónea, porque existen varias e importantes diferencias entre la nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos jurídicos del derecho común.

---

(8) Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, pp. 583 y 587.

(9) Señala Jèze: “Una buena teoría de las nulidades debe conciliar el interés general, el interés de los patrimonios individuales o administrativos afectados por los actos jurídicos y, por último, el interés de los terceros” (op. cit., t. I, p. 74).

En el conocido fallo “Los Lagos S.A. c. Gobierno de la Nación s/ nulidad de decreto”(10) la Corte Suprema de Justicia declaró que las disposiciones de la ley civil son aplicables a las de derecho público cuando lo consiente la naturaleza de sus normas. Sostuvo que dada la fuerza obligatoria y la presunción de legalidad de los actos administrativos, toda invocación de nulidad debe ser alegada y probada en juicio, aun cuando los vicios acarreen la nulidad absoluta del acto. También declaró que los jueces sólo se pueden pronunciar sobre la inconstitucionalidad de las leyes o la nulidad de los actos administrativos ante una pretensión formulada por aquellos a quienes perjudique la ley o el acto, y que no las pueden declarar de oficio, cualquiera que sea la naturaleza del vicio. Por último, sostuvo que *“la nulidad manifiesta y absoluta y la absoluta que requiere una investigación de hecho para determinar su verdadera naturaleza, son insusceptibles de prescripción”*.

El Código Civil distingue los actos nulos de los actos anulables, según sea la forma en que se presenta el vicio. Son nulos cuando la nulidad es manifiesta por declararlo expresamente la ley (art. 1038). Los actos anulables requieren de una investigación de hecho para comprobarla (art. 1045). También distingue las nulidades absolutas de las relativas, según sea la importancia o gravedad del vicio y el interés en beneficio del cual se estableció el requisito violado. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez y pedida por todos los que tengan un interés, con excepción de quien ejecutó el acto no obstante conocer el vicio. Puede ser pedida por el ministerio público en interés de la moral o de la ley. No es susceptible de confirmación (art. 1047), ni de prescripción (art. 4023). La nulidad relativa sólo puede ser declarada por el juez a petición de aquél en cuyo beneficio se estableció. No la puede pedir el ministerio público (art. 1048), es subsanable y prescriptible (art. 4023). En el derecho civil existen actos nulos de nulidad absoluta, actos nulos de nulidad relativa, actos anulables de nulidad absoluta y actos anulables de nulidad relativa.

En el derecho administrativo sólo existen actos nulos y actos anulables. La diferencia entre unos y otros se relacionan fundamentalmente con la infracción que producen al orden jurídico, (11) para lo cual se tiene especialmente en cuenta la naturaleza e importancia del interés protegido por la norma violada y la gravedad de la infracción. Además, la Administración

---

(10) CSJN, Fallos 190:142. En el mismo sentido: 205:200; 252:334, entre otros.

(11) Agustín A. Gordillo, “Tratado de derecho administrativo”, ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998-2000, t. 3, XI-1 y 2.

puede revocar sus actos viciados de nulidad, aun cuando haya conocido la existencia del vicio o sea imputable a sus funcionarios. (12)

Las nulidades del derecho privado tienen por objeto, fundamentalmente, asegurar la correspondencia entre lo querido por el sujeto y lo manifestado en el acto jurídico, salvo las cuestiones regladas por normas de orden público que son de derecho obligatorio. Las nulidades del derecho administrativo tienen por objeto preservar la legalidad y satisfacer el fin público perseguido por la norma. La voluntad del autor del acto, que en el derecho privado tiene importancia fundamental, en el derecho administrativo juega un papel secundario, pues lo que importa es que ese acto sea la expresión de la “voluntad” de la ley y no de lo querido por la psique del funcionario, salvo, claro está, que su voluntad sea integradora del acto, como ocurre en el ejercicio de facultades discrecionales o que se trate de la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Señala Forsthoff que *“la impugnación del derecho civil se dirige contra una declaración de voluntad del propio impugnante, mientras que la impugnación por intermedio de un recurso en derecho público se dirige contra un acto de soberanía ajeno al reclamante o demandante, que sólo en un sentido muy condicionado podrá considerarse como una declaración de voluntad”*. (13)

Una característica de los actos administrativos es que gozan de presunción de legitimidad, la cual les confiere eficacia por la sola circunstancia de ser manifestaciones de la potestad estatal, aun cuando estén afectados de nulidad. Los actos jurídicos del derecho privado, en cambio, para tener eficacia cuando no son voluntariamente aceptados por la otra parte, necesitan de una decisión judicial que se la confiera. Aquí corresponde una aclaración. No se debe confundir la presunción de legitimidad con la ejecutoriedad. Todos los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad, como ocurre con las sentencias judiciales y con las leyes, pues no necesitan de una decisión judicial que se la reconozca, a diferencia de lo que ocurre con actos del derecho privado. Pero, todos los actos administrativos no son ejecutorios. El ordenamiento jurídico le confiere mayor protección a ciertos derechos fundamentales, y para que la Administración pueda hacer efectivos esos actos en caso de resistencia debe acudir a la justicia a fin de que sea ésta quien imparta o habilite la orden de ejecución. Tal es lo que ocurre con la libertad personal, con el derecho de propiedad, con la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, entre otros.

Consecuencia de esta prerrogativa de la Administración (me refiero a la presunción de legitimidad) es que los actos nulos de nulidad absoluta, para

---

(12) Arts. 17 y 18 de la ley 19.549.

(13) Ernst Forsthoff, op. cit., p. 313.



quitarle eficacia deben ser declarados tales por ella misma o por la justicia (al resolver una impugnación, pero no de oficio), no obstante constituir una regla jurídica que la nulidad absoluta produce la invalidez del acto *ex tunc* y no pueden ser convalidados de manera alguna. Mas aún, la interposición de recursos o de una demanda no suspende la ejecución del acto nulo y en nada afecta su eficacia.

Otra diferencia entre los actos jurídicos del derecho privado y los actos administrativos está en el hecho de que por el art. 1037 del Código Civil en los primeros los jueces no pueden declarar otras nulidades que las establecidas en dicho código —si bien hay leyes que establecen nulidades y existen también nulidades implícitas—, mientras en el derecho administrativo las nulidades son virtuales. No hace falta una norma que las establezca, pese a lo cual la ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752) le dedica varios artículo a esa finalidad, con poca fortuna, pues el legislador pretendió seguir prácticamente las reglas del derecho común y, además, enumera los casos de nulidad absoluta e insanable con una indeterminación y generalidad tal que permite incluir esa calificación tan drástica prácticamente a cualquier ilegalidad.

Las dos cuestiones que se deben tener en cuenta para declarar la nulidad de los actos administrativos son la naturaleza del interés protegido por la ley y la gravedad del vicio, sin que sea necesario el dictado de una norma que establezca en forma expresa cuáles son los vicios que producen la nulidad absoluta del acto o su anulabilidad. Por el contrario, salvo casos en los cuales la nulidad absoluta es indiscutible, como, por ejemplo, si el acto constituye un delito, o tiene un objeto imposible, o no respeta los requisitos formales de los actos de los cuerpos colegiados, lo prudente es que en cada supuesto de hecho se declare cuándo corresponde declararlo nulo o anulable. No se debe olvidar que en materia de actos administrativos el principio de conservación de los valores jurídicos determina que la regla sea la anulabilidad y la excepción la nulidad, pues los actos administrativos, aun cuando tengan como destinatario a un sujeto determinado, son actos estatales que pueden tener efecto, directa o indirectamente, respecto de terceros.

Otra particularidad de los actos administrativos es que su impugnación se debe hacer dentro de plazos de caducidad, por lo general breves, mientras que en el derecho común los plazos son de prescripción y excepcionalmente de caducidad. La caducidad del plazo impide al agraviado promover un recurso o entablar una demanda, aunque no sanea los vicios del acto, ni tiene efecto de cosa juzgada respecto de su legitimidad. (14) Solamente

---

(14) CSJN, Fallos, 179:249.

produce la pérdida del derecho material del interesado para cuestionarlo ante la justicia. Por eso, no obstante haberse operado la caducidad, la Administración puede revocar en cualquier momento el acto por razones de ilegitimidad —o, en su caso, promover una demandada— al no existir decisión jurisdiccional alguna al respecto, sino solamente la pérdida de la acción para que el administrado pida ante la justicia el reconocimiento o la reparación de su derecho y lograr así la protección de su interés. La caducidad no incide en la facultad de la Administración para restablecer la legalidad, pues no rige para ella (art. 27 de la ley 19.549), y cuando el acto está viciado de nulidad absoluta, esa facultad es imprescriptible. Un tercero no podría sostener que al acto es válido porque no fue cuestionado en tiempo por el interesado.

Resulta en cierto modo contradictorio que los actos administrativos nulos por vicios imprescriptibles, se deban impugnar dentro de plazos de caducidad, pues, de lo contrario, quedan consentidos y mantienen su eficacia. Algunos autores sostienen que no se deberían aplicar los plazos de caducidad para atacar los actos nulos, (15) y que no existirían limitaciones temporales para cuestionarlos ante la justicia. Si los actos nulos no se pueden subsanar, pues así lo declaró la jurisprudencia, (16) resulta de la ley 19.549 y tampoco los convalida el consentimiento del administrado, ¿cómo es posible que existan plazos de caducidad para impugnarlos, no obstante su imprescriptibilidad?

Vimos que la Corte Suprema declaró que las disposiciones de la ley civil son aplicables a las del derecho público cuando lo consiente la naturaleza de éstas, (17) y que “*la nulidad manifiesta y absoluta y la absoluta que requiere una investigación de hecho para determinar su verdadera naturaleza, son insusceptibles de prescripción*”. (18) Esta jurisprudencia corresponde a una época en que no existían, como regla general, plazos de caducidad para impugnar los actos administrativos, si bien algunas leyes los establecían para recursos directos.

En 1972 se dictó la ley 19.549, que estableció plazos de caducidad para impugnar los actos administrativos por demanda o por recurso (art. 25), y subsistieron los previstos por leyes especiales. Se planteó ante la justicia la

---

(15) Juan Carlos Cassagne, “Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al estado nacional,” ED, 25-829.

(16) CSJN, Fallos, 179:249; 190:142.

(17) CSJN, Fallos, 190:142; 205:200; 252:334.

(18) CSJN, Fallos, 190:142; 179:249.

cuestión y en forma unánime resolvió que cualquiera que sea la naturaleza del vicio que afecta el acto administrativo, se debe impugnar dentro de los plazos de caducidad. (19) Cuando el administrado no lo impugna, pierde el derecho de hacerlo en el futuro y tampoco puede oponerla como excepción o defensa.

Por un lado, tenemos, la jurisprudencia que sostiene la imprescriptibilidad de las acciones en los casos de actos nulos, dictada en causas contencioso-administrativas cuando no regían plazos de caducidad para promover la demanda. Por el otro, una jurisprudencia según la cual los plazos de caducidad son fatales, cualquiera que sea la naturaleza del vicio que afecta el acto administrativo, se trate de nulidad absoluta o relativa, manifiesta o no manifiesta.

Un análisis de estos criterios, aparentemente contrapuestos, demuestra que nos hallamos ante una solución cuya lógica no es fácilmente perceptible. Los argumentos de quienes sostienen la aplicación de los plazos de caducidad en todo tipo de nulidad sólo se sustentan en razones dogmáticas: que la ley no hace distinción alguna (“*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”) y que no es posible admitir que el legislador haya omitido considerar el tema de manera diferente. (20) No tiene en cuenta para nada la *ratio juris* de las nulidades, ni tampoco cuándo los vicios afectan el interés público o el orden público. De ahí que la opinión de quienes sostienen que no se deben aplicar los plazos de caducidad para impugnar actos administrativos nulos tenga fundamento, aunque, como veremos, sólo para ciertos casos.

La explicación del por qué se aplican plazos de caducidad, no obstante la nulidad absoluta del acto, se debe buscar en la naturaleza que tiene la revisión judicial en nuestro ordenamiento jurídico. Como lo señalé en varios trabajos, en el orden nacional los jueces no controlan la legalidad administrativa, sino resuelven contiendas en las cuales la Administración es parte, en la mayoría

---

(19) CSJN, Fallos, 308:731; 316:2454; 318:440; CNFed. Cont. Adm., sala III, 1/9/81, ED, 97-285. La jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal en esta materia es uniforme. Así, sala I, 20/03/84, ED, 112-409; “Campos, Ramón Agustín c. Estado Nacional”, 30/6/98; “Todote, Federico Jorge c. Estado Nacional”, 26/09/86; sala II, 10/11/81, ED, 98-311; 28/07/83, ED, 107-109; sala III: además de “Giménez Vega”, ED, 98-336, 29/12/81; ED, 104-96, JA, 1983-III-102, Índice proced. Administrativo, 8/2/83; “Ronanduan de Maeso, María Graciela c. Universidad de Buenos Aires”, 04/02/98; 01/03/88, LA LEY, 1988-D-449; “Salinas, Ángel Darío c. Estado Nacional”, 22/08/96; sala IV, 16/04/98, LA LEY, 1999-A-156, ED, 182-441. También existe jurisprudencia de otros fueros: CNCiv., sala A, 03/11/83, ED, 107-189.

(20) CNCont. Adm. Fed., sala III, ED, 97-285.

de los casos porque un sujeto que se considera agraviado promueve una demanda para lograr que se le reconozca o restablezca su derecho o que se le repare el perjuicio sufrido por un acto inválido. La protección jurisdiccional, en nuestro sistema, es subjetiva. Tiene por objeto resguardar al sujeto de los efectos que produce el acto ilegítimo en sus derechos subjetivos. No existe un recurso de anulación. Lo que realmente agravia al sujeto no es el vicio del acto, en cuanto constituye una ilegalidad, sino los efectos que produce la ilegalidad en sus derechos subjetivos. La declaración de nulidad del acto es el presupuesto necesario para que el agraviado obtenga la protección de sus derechos.

Por eso, cuando un sujeto impugna un acto administrativo, y para ello invoca la lesión de un interés propio protegido por el derecho objetivo, lo que persigue es obtener la defensa de su derecho, independientemente de los otros efectos que produzca la ilegalidad en el interés general. Un acto administrativo puede ser nulo y no afectar derechos subjetivos, en cuyo caso nadie lo podría impugnar ante la justicia. Si no existe agravio, tampoco habrá legitimación activa, por mayor que sea la ilegalidad del acto. De ahí que la legitimación, requisito indispensable para poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del Estado, se apoye en un interés del sujeto protegido por el derecho objetivo, y constituya, no sólo el presupuesto para la procedencia de la acción, sino, también, lo que determina el contenido y los límites de la decisión jurisdiccional. El acto continuará siendo nulo, inconfirmable e imprescriptible, y en cualquier momento la Administración lo podrá revocar por razones de ilegalidad, sin que un tercero se pueda oponer o invocar su validez por la circunstancia de no haber sido impugnado por el destinatario dentro del plazo de caducidad. Dice Forsthoff: “el defecto objetivo no puede desaparecer por una conducta subjetiva como es el dejar de hacer uso del recurso. El acto administrativo subsiste, pues, como defectuoso, pero su defectuosidad deja de ser estimada por el ordenamiento jurídico”. (21)

### **3. Límites a la potestad revocatoria**

El debate sobre si la regla es la potestad revocatoria de la Administración y la excepción la estabilidad de los actos administrativos, o a la inversa, si la

---

(21) Dice Forsthoff: “el defecto objetivo no puede desaparecer por una conducta subjetiva como es el dejar de hacer uso del recurso. El acto administrativo subsiste, pues, como defectuoso, pero su defectuosidad deja de ser estimada por el ordenamiento jurídico” (Ernst Forsthoff, op. cit., p. 316). En realidad, la defectuosidad del acto deja de ser estimada por el ordenamiento jurídico sólo respecto del derecho particular del sujeto agraviado que no impugnó el acto en el plazo legal, pero no para el ordenamiento jurídico en general, pues así como la Administración lo podrá revocar por ilegalidad después de transcurrido el plazo de caducidad, un tercero tampoco lo podrá considerar válido por la circunstancia de no haberlo cuestionado el interesado.

potestad revocatoria es una excepción a la regla de la irrevocabilidad, tuvo una definición en el conocido fallo “Carman de Cantón”. (22) En esa oportunidad la Corte Suprema de Justicia declaró que “*no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisables, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su desamparo o merced al arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo.*” Esta sentencia, si bien puede considerarse como la interpretación final del tema, se debe leer con mucho detenimiento, pues la Corte negó que la regla sea la revocabilidad de los actos administrativos “*de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo,*” esto es, rechazó la idea de que todos los actos administrativos, sin distinción ni circunstancia, son revocables por la Administración. Luego veremos el alcance que, mi juicio, corresponde darle a este precedente.

Eliseo Cantón fue profesor y decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, cargos a los cuales renunció en 1912 para jubilarse. También estaba retirado de las fuerzas armadas. Presentó toda la documentación requerida, y en 1913 el Poder Ejecutivo nacional le otorgó por decreto su jubilación ordinaria. En 1927 la comisión revisora de pensiones militares encontró errores en el cómputo de los servicios, por lo cual se inició un trámite para esclarecer la situación. El doctor Cantón aportó la documentación requerida y señaló que también se había desempeñado durante 24 años como diputado nacional. No obstante haber urgido el trámite en varias oportunidades, el Poder Ejecutivo nunca se expidió en vida del doctor Cantón. En 1931, cuando se presentó la viuda para solicitar la pensión, la Caja de Jubilaciones declaró, previa vista al asesor legal, que la revisión de la jubilación era improcedente. De igual manera dictaminó el Procurador General de la Nación. No obstante ello, en 1932 el Poder Ejecutivo decidió que procedía revisar la jubilación, declaró la nulidad del decreto de 1913 por el cual se la habían otorgado y le formuló a la viuda un cargo por las sumas que cobró su cónyuge. Este último decreto motivó la demanda promovida por Elena Carman de Cantón.

La Corte Suprema de Justicia revocó el fallo de segunda instancia que había rechazado la demanda e hizo lugar a la pretensión de la actora y declaró que tenía derecho a la pensión que le corresponde, “*según los términos de la jubilación que éste gozó en vida de acuerdo con el decreto del 7 de febrero de 1913, cuya pensión le debe ser abonada desde el día del fallecimiento de su esposo.*” Era desde todo punto de vista irrazonable negarle el derecho a pensión a la viuda de un jubilado que obtuvo ese derecho luego de un trámite

---

(22) CSJN, Fallos, 175:368.

administrativo regular, en el cual intervinieron los órganos competentes, y que estaba cobrando su jubilación desde hacía más de diez y seis años.

A partir de este precedente, y de otros en los cuales la Corte Suprema de Justicia declaró la irrevocabilidad de ciertos actos administrativos por razones de legalidad, (23) se elaboró la llamada “cosa juzgada administrativa”, que dividió las aguas entre quienes sostienen que la Administración siempre puede revocar sus actos por razones de ilegalidad, y los que consideran que cuando se dan ciertos presupuestos debe ocurrir ante la justicia para que sea ésta quien declare la nulidad de los actos.

El fallo fijó las pautas de la llamada “cosa juzgada administrativa”, según la cual los actos administrativos unilaterales, regulares, dictados por la Administración activa, en ejercicio de una competencia reglada, que se hallen firmes (la sentencia utiliza la expresión “causar estado”) y confieran derechos subjetivos, no pueden ser revocados por ilegalidad en sede administrativa, salvo que lo autorice expresamente una ley. Hizo lugar a la defensa opuesta por la actora y utilizó la expresión “cosa juzgada administrativa” para caracterizar a la inmutabilidad de los derechos adquiridos por los administrados frente a la potestad revocatoria de la Administración. Este criterio fue acogido favorablemente por la mayoría de los autores, al ver en él una garantía para los derechos individuales contra los actos de la Administración. (24) En fallos posteriores mantuvo la misma jurisprudencia para declarar la nulidad de decretos que revocaron jubilaciones, pensiones, retiros voluntarios, concesiones de tierras fiscales, grados militares o que dispusieron la caducidad de un dominio o actos relativos al personal de las fuerzas armadas o de agentes públicos. (25)

Sin embargo, este precedente no fue mantenido por la Corte Suprema en casos posteriores. Así, en 1961, no obstante darse los mismos presupues-

---

(23) Juan Francisco Linares, “La cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” Kraf, Buenos Aires, 1946 p. 159 y ss.; Jorge Tristán Bosch, “La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia,” Revista Argentina de Estudios Políticos, Instituto de Estudios Políticos, Buenos Aires, 1946, año I, n<sup>o</sup> 3, p. 8 y ss.

(24) Juan Francisco Linares, op. cit., p. 162.

(25) CSJN, Fallos, 179:427; 181:224; 182:57; 185:177; 186; 391; 190:142; 205:200; 201:329, entre otros; ver, en general, Jorge Tristán Bosch, “La extinción de los actos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional de Justicia,” Revista Argentina de Estudios Políticos, Instituto de Estudios Políticos, Buenos Aires, 1946, año 1.

tos relativos a la estabilidad del acto señalados en Carman de Cantón, la Corte Suprema rechazó la demanda interpuesta por varios actores contra una resolución de la Universidad de Buenos Aires que había derogado otra anterior, por la cual aplicó mal un tratado sobre reválida de títulos, pues habilitó a ejercer la profesión de contador público en nuestro país a egresados de escuelas secundarias de comercio del Paraguay. Sostuvo que *“el apartamiento de la ley, que supera lo meramente opinable en cuanto a su interpretación, linda con la incompetencia”*, y que cuando el acto administrativo adolece de nulidad absoluta, es susceptible de ser revocado por la propia autoridad que lo dictó, criterio que *“se impone con tanta más evidencia cuando se trata de revocar autorizaciones que, como en el caso, exceden el mero interés privado por comprometer el orden público”*. (26)

Años más tarde —en 1970— la Corte Suprema resolvió, por mayoría, el caso “Hochbaum”, que tiene cierta similitud con el anterior. El actor obtuvo el título de médico en la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires y comenzó a ejercer la profesión. Tiempo después, con motivo de una investigación que se efectuó en esa Facultad, pues habían advertido algunas adulteraciones en las actas de exámenes, se comprobó que la calificación del actor en una materia asentada en el libro de actas había sido adulterada, y que en realidad correspondía a otra alumna, quien acreditó con la libreta universitaria haber aprobado esa materia, cosa que no pudo demostrar Hochbaum. Por ese motivo, la Universidad de Buenos Aires revocó el diploma, libró oficio al Ministerio de Salud para que cancelara la matrícula profesional y le aplicó una sanción disciplinaria. Hochbaum interpuso el recurso directo que preveía la ley 17.245 ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, la cual anuló la resolución de la Universidad de Buenos Aires. Finalmente, la Corte Suprema revocó el fallo de cámara y declaró que la legitimidad de la resolución impugnada. Después la Universidad de Buenos Aires dejó sin efecto la sanción disciplinaria y le permitió a Hochbaum rendir la materia.

Vemos que en ambos casos, no obstante tratarse de actos administrativos unilaterales, dictados por la Administración activa, regulares, que se hallaban firmes y conferían derechos subjetivos, la Corte Suprema convalidó la revocación decretada en sede administrativa por considerar que adolecía de ilegalidad manifiesta por ausencia de un elemento esencial. (27)

---

(26) CSJN, Fallos, 250:491.

(27) CSJN, Fallos, 277:205.

Dos años después de este fallo se dictó la ley 19.549, que reguló el tema de manera confusa, como lo prueba el hecho de haber sido objeto de varias discrepancias doctrinales sobre su interpretación. La ley fue mucho más allá de lo resuelto en el caso “Carman de Cantón” y demás precedentes dictados en cuestiones similares, al posibilitar que un acto nulo de nulidad absoluta que lesiona el interés público, pueda generar derechos subjetivos de tal entidad que impiden a la Administración revocar directamente el acto, si tales derechos se están cumpliendo. Señalo que el propio Linares, a quien todos le reconocemos el mérito de haber sistematizado la llamada “cosa juzgada administrativa”, considera que cuando “el acto es absolutamente nulo no hay nunca cosa juzgada administrativa ni puede haberla” y que “el autor del acto puede revocarlo por ilegitimidad sin necesidad de recurrir a los tribunales para demandar su anulación”. (28)

#### 4. Las reglas del derecho positivo

La ley 19.549 regula el tema en los artículos 17, 18 y 27. El art. 17, se refiere al acto irregular, y establece la facultad y el deber jurídico de la Administración de revocarlo o sustituirlo, aun en sede administrativa pero, si estuviese firme, consentido y generó derechos subjetivos que se están cumpliendo, sólo se puede impedir su subsistencia y la de los efectos pendientes por declaración judicial de nulidad.

El art. 18 establece la irrevocabilidad del acto regular del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, cuando fue notificado, y prevé cuatro excepciones a esas reglas: *a)* que el interesado haya conocido el vicio; *b)* que la revocación, modificación o sustitución favorezca al administrado y no causa perjuicios a terceros; *c)* cuando el derecho se otorgó a título precario, y *d)* cuando la revocación se funda en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en cuyo caso deberá indemnizar los perjuicios que cause. No aclara cómo y cuándo se debe pagar la indemnización.

El art. 27 declara la inaplicabilidad de los plazos de caducidad para demandar o para recurrir en caso de que el Estado o sus entes autárquicos sean actores.

El art. 15 se refiere a los actos administrativos anulables, y también establece la competencia judicial para decretar la nulidad.

---

(28) Juan Francisco Linares, op. cit., p. 29 y 30.



Según estas normas, las reglas aplicables en materia de revocación de actos administrativos se pueden sintetizar de la siguiente manera:

a) el acto irregular es el acto nulo de nulidad absoluta e insanable —como lo configura el art. 14 de la misma ley— y debe ser revocado o sustituido por la Administración, pero, si adquirió firmeza y generó derechos subjetivos para el administrado que se están cumpliendo, debe demandar su nulidad ante la justicia, (29)

b) el acto regular válido, que generó derechos subjetivos a favor del administrado, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa, una vez notificado, (30)

c) cuando el acto regular es ilegítimo, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa, y para impedir sus efectos la Administración debe promover una acción judicial de nulidad, salvo que el administrado haya conocido el vicio o si la revocación, modificación o sustitución lo favorece y no causa perjuicios a terceros,

d) el acto regular válido puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, pero el beneficiario debe ser indemnizado.

El acto irregular es el acto nulo de nulidad manifiesta, y el acto regular es el que reúne los requisitos extrínsecos de validez, que son la forma y la competencia.

Estas son las reglas de nuestro derecho positivo. No obstante su aparente rigurosidad, la jurisprudencia se encargó precisar el alcance, y sostuvo que la limitación impuesta por el art. 17 de la ley 19.549, *“en cuanto constituye una excepción a la actividad revocatoria de la administración establecida como principio general en la primera parte del texto, debe ser interpretada con carácter estricto, toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se pro-*

---

(29) La referencia a que el acto debe estar “consentido” es sobreabundante, pues, para que quede firme es necesario que lo consienta el destinatario, expresa o tácitamente.

(30) Acto regular es el que cumple con los requisitos mínimos de validez, es decir, los que cumplen con los requisitos externos de validez, los mínimos que se requieren en cuanto a forma y competencia (Fallos, 250:491; 255:231; 258:299; 265:349).

*duzca la declaración judicial pertinente.*" (31) Además, las reglas procesales permiten que la Administración ejerza con bastante eficacia su potestad revocatoria de los actos nulos, si afectan el interés público o son contrarios al orden público.

### 5. La firmeza de ciertos actos administrativos

En el caso Carman de Cantón los jueces de la Corte Suprema resolvieron el caso sobre la base de una idea de justicia. Primero buscaron la solución que consideraron justa, y luego se ocuparon de encontrarle el sustento jurídico necesario. Para ello desarrollaron varios argumentos, uno de los cuales fue considerar que decreto por el cual se le otorgó la jubilación al doctor Cantón tenía el carácter de "cosa juzgada administrativa." Entendieron que de ese modo se expresaba más claramente la firmeza del acto. Dieron otros argumentos que a mi juicio hubieran bastado para alcanzar la misma finalidad. En lo que creo no equivocarme, es que cuando los jueces al alto tribunal dictaron la sentencia no pensaron en la extensión que la ley 19.549 le iba a dar a sus argumentos.

A partir de este fallo la Corte Suprema sostuvo que existe "cosa juzgada administrativa" cuando un acto regular, unilateral, dictado en ejercicio de administración activa y de facultades regladas, definitivo y firme, en el cual no esté comprometido un interés público o el orden público, reconozca a un administrado derechos subjetivos. Con ello definió los supuestos de irrevocabilidad de los actos administrativos por razones de legalidad, pero, no declaró que tales actos producían el mismo efecto que las sentencias judiciales, aun cuando en pronunciamientos posteriores haya dicho, que "*la cosa juzgada y los derechos adquiridos a su amparo existen, como en el orden estrictamente judicial, en el administrativo cuando el Poder Ejecutivo decide como verdadero juez, las cuestiones en que se plantean y demandan pretensiones regladas por la ley.*" (32) También declaró que los actos administrativos regulares dictados en ejercicio de facultades regladas tienen valor de cosa juzgada. (33)

La Constitución Nacional prohíbe expresamente al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales (art. 109), por lo cual no es posible sostener que decida "*como un verdadero juez.*" Sólo algunos tribunales administrativos

---

(31) CSJN, Fallos, 304:898; 310:380.

(32) CSJN, Fallos, 177:131; 179:431; 181:224; 182:57; 185:177; 186:177.

(33) CSJN, Fallos, 186:391; 205:200; 245:406; 250:491; 255:231; 256:277; 265:349.

dictan actos jurisdiccionales, pero, cuando la Corte Suprema sostuvo el criterio aludido no se refirió a las resoluciones de esos tribunales. (34)

El acto administrativo nunca produce efecto de cosa juzgada sustancial, porque no hay juicio. No se debe confundir el acto firme con la cosa juzgada. La “cosa juzgada administrativa” impide que la Administración revoque sus actos por razones de ilegitimidad si confirió derechos al administrado, pero, no obsta a su revisión judicial. Es sólo un límite a la potestad revocatoria, impuesto por el ordenamiento jurídico para preservar los derechos de los administrados. La cosa juzgada sustancial, como institución procesal, tiene fuerza de verdad legal absoluta e impide a quienes fueron parte en el juicio y a cualquier tribunal revisar la decisión.

El error en que incurrió la Corte Suprema en algunos pronunciamientos fue invocar la cosa juzgada para referirse a la irrevocabilidad de los actos administrativos que confirieron derechos subjetivos al administrado y éstos se consolidan por haber transcurrido el plazo de prescripción para cuestionar su legalidad. Si los derechos conferidos por el acto viciado de nulidad no afectan un interés público o el orden público, no se trata de una nulidad absoluta y el administrado opone la prescripción, tales derechos tienen una firmeza similar, pero, no porque se trate de una resolución con efecto de cosa juzgada, sino porque el beneficiario planteó como defensa la prescripción. (35)

La Corte Suprema precisó el contenido y efectos de la cosa juzgada judicial en varios pronunciamientos. Sostuvo que sólo se puede alegar cuando existió una contienda judicial fenecida por sentencia firme, (36) precedida de un proceso contradictorio en el cual se respetaron las exigencias de la defensa en juicio. (37) Para distinguirla de la llamada cosa juzgada administrativa, dijo que ésta “*no tiene el mismo alcance que la cosa juzgada judicial porque*

---

(34) Para Bielsa, cuando existen dos vías alternativas para recurrir, y el administrado opta por la administrativa, el acto de la administración activa que resuelve el recurso tiene carácter jurisdiccional. (Rafael Bielsa, t. V, p. 359 y 501).

(35) En “Carman de Cantón” la Corte Suprema hizo lugar a una defensa de “cosa juzgada” opuesta al contestar la demanda (concs. 8 del fallo) (La Ley Online).

(36) CSJN, Fallos, 155:302; 294:434; 304:521; 308:1150 y 2518; 312:1856; 314:1353.

(37) CSJN, Fallos, 256:398; 261:322; 279:94; 281:421; 308:84; 309:1; 310:2063; 315:2680.

*se trata de actuaciones de distinta naturaleza*". (38) Al declarar que la cosa juzgada es un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, siempre se refirió a la autoridad que tienen las sentencias judiciales. (39)

En "Carman de Cantón" la Corte Suprema, además de seguir las ideas de Sarría, buscó el fundamento doctrinal de su decisión en la obra de Mayer, que fue escrita para otro sistema jurídico y donde el autor sostiene un concepto de la función jurisdiccional y de la cosa juzgada diferente del que siguen la jurisprudencia de nuestro alto tribunal y la mayor parte de los autores nacionales. Para Mayer, la jurisdicción "es la declaración de lo que según el orden jurídico debe ser derecho en el caso individual", que ejerce tanto la justicia cuanto la Administración. Considera que muchos actos administrativos tienen el carácter de una declaración de lo que es derecho, y que los tribunales administrativos, en todos sus actos, pertenecen a la Administración. (40) Mas aun, sostiene que el acto administrativo tiene el valor de un fallo de primera instancia y que la justicia administrativa es el contencioso subsiguiente, (41) por lo cual, cuando un administrado impugna una medida de la administración ante el tribunal administrativo, no tiene contraparte, pues, el Estado está representado por el tribunal y no es nunca parte en la justicia administrativa. (42) Por eso, sobre la base de este criterio, para Mayer la cosa juzgada es un efecto que tienen las decisiones administrativas cuando declaran lo que, según el orden jurídico, debe ser derecho en el caso individual, como un imperativo de certeza. (43)

Cabe la misma observación para la doctrina nacional que trató el tema basándose en la concepción de Merkl sobre la cosa juzgada. (44) Para este autor, la jurisdicción es la actividad por la cual se dice o se declara el derecho, que se ejerce por los órganos judiciales y por lo administrativos,

---

(38) CSJN, Fallos, 306:1715.

(39) CSJN, Fallos, 208:303; 314:1353; 304:521.

(40) Otto Mayer, "Derecho administrativo alemán," trad. de Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1949, t. I, p. 8 y ss.

(41) Otto Mayer, op. cit., t. I, pp. 241 y 242.

(42) Otto Mayer, op. cit., t. I, p. 248 y ss.

(43) Otto Mayer, op. cit. t. I, pp. 277 y 278.

(44) Ver, en general, Juan Francisco Linares, op. cit.; Esteban Imaz, "La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos", Arayú, Buenos Aires, 1954.

y critica a quienes pretenden hallar en la esencia de la justicia en la jurisdicción. (45) Considera que tanto la justicia, cuanto la administración, son actividades sublegales —normas individuales, en el concepto del positivismo jurídico— e iguales en lo que se refiere a su relación respecto de la ley. (46) La nota diferencial está en la situación jurídica del órgano en relación con los órganos del mismo complejo orgánico. Mientras la justicia se caracteriza por la coordinación, la organización administrativa lo hace por la subordinación. De ahí que el juez sea independiente, y no lo sea el órgano administrativo, entendida la independencia judicial como la inadmisibilidad o inobligatoriedad de las instrucciones que se refieran al ejercicio de la actividad judicial. (47)

Por eso, para Merkl “el problema de la fuerza de la cosa juzgada es el de la vigencia de las manifestaciones jurídicas en el tiempo”, “de los límites temporales de las manifestaciones jurídicas”. (48) Parte de la premisa de que al ser la administración ejecutora de la ley, lo mismo que la justicia, “sus actos deberán correr la misma suerte, en lo que respecta al efecto de la cosa juzgada, que las sentencias judiciales”. Y, como el principio común a todas las normas es su vigencia temporal, mientras no sean derogadas por otra norma, se debe aplicar tanto a los actos administrativos constitutivos de derechos, cuanto a las sentencias judiciales. (49) Estos actos no pueden ser revocados discrecionalmente por invocación de cualquier interés público, sino cuando existe un interés público cualificado, para lo cual es necesario que se apoye en una prescripción positiva.

En nuestro derecho la cosa juzgada tiene otro significado, que la liga de manera inescindible con el acto jurisdiccional y este, con la función judicial, salvo los casos excepcionales de tribunales administrativos cuando son compatibles con nuestro sistema constitucional. La intervención de la justicia es una garantía jurisdiccional de los titulares de derechos subjetivos. Para que se reconozca la estabilidad de los derechos adquiridos por un acto administrativo no es necesario recurrir a una institución ya de por sí

---

(45) Adolf Merkl, *Teoría general del derecho administrativo*, Revista de derecho privado, Madrid, 1935, p. 34.

(46) Adolf Merkl, *op. cit.* pp. 35 y 41.

(47) Adolf Merkl, *op. cit.* pp. 52 y 56.

(48) Adolf Merkl, *op. cit.* pp. 237 y 263.

(49) Adolf Merkl, *op. cit.*, p. 276 y ss.

bastante problemática en la doctrina. (50) En nuestro derecho positivo tiene caracteres propios, y efectos que responden a ellos, como lo ha declarado la Corte Suprema en muchas oportunidades.

## 6. La naturaleza del vicio y del interés comprometido

En los considerandos del fallo “Carman de Cantón”, (51) la Corte Suprema de Justicia dio un argumento de la mayor importancia —que no ha sido puesto en relieve debidamente por la doctrina, ni tampoco por la jurisprudencia posterior— que es la naturaleza del derecho que le confirió al beneficiario el acto administrativo luego revocado por decreto del Poder Ejecutivo. No sólo se trató de un derecho exclusivamente patrimonial, que no afectó el interés público o el orden público, sino que, además, los beneficios previsionales defendidos por la actora no se pagaron con fondos del Tesoro Nacional, sino con fondos de la caja de jubilaciones, formado con los aportantes de empleadores y empleados. La Corte Suprema señaló:

*a) “El nombramiento o remoción de un empleado, la concesión o negación de una licencia o una beca, el otorgamiento de un permiso para usar de un terreno público, son notoriamente diversos de una concesión ferroviaria y del reconocimiento de una jubilación, pero, entre estos dos últimos supuestos, la concesión estará siempre condicionada en su dirección y en sus condiciones por el servicio público cuya integridad y eficacia debe mantenerse por el Estado, mientras que la jubilación contempla, principalmente, el interés y el derecho del empleado u obrero condómino, con sus compañeros, de los fondos de la Caja que ha de pagarle el retiro, y en este y otros casos parecidos el Estado desempeña una función tutelar, la de patrono o administrador”;*

*b) “No es la misma situación creada por una resolución o decisión tomada en el caso de intereses particulares fundados en el derecho claramente sancionado por la ley, aun cuando siempre hay en los actos de gobierno, un interés público más o menos importante”;*

---

(50) Como señala Spiegel, “no es lícito generalizar inversamente las teorías sobre la “autoridad de la cosa juzgada” de la sentencia civil y transportarlas al Derecho administrativo, que no consiente un trato uniforme”, y en nota cita este razonamiento de Mayer, al que califica como palabras de oro: “A diferencia de la Justicia, siempre estricta y algo formalista, la Administración, que tiene que afrontar la vida en toda su riqueza, deberá acomodarse a ella con más libertad y facilidad de movimientos” (Ludwig Spiegel, “Derecho administrativo”, trad. de F. J. Conde, Labor, Barcelona 1933, p. 119 y nota 43).

(51) CSJN, Fallos, 175:367.

c) *“No se trata de facultades discrecionales del Poder Ejecutivo, ni de una gracia demandada por un particular, ni de un trámite arbitrario en la secuela del expediente jubilatorio, ni de fondos que pertenezcan al servicio público general”*. Tanto es así que, como es sabido, esos fondos eran embargables, pues las cajas no tenían el privilegio que el art. 7 de la ley 3952 (Adla, 1889-1919, 490) le confiere al Estado Nacional.

Algo similar ocurrió con los fallos sobre concesiones de tierras fiscales, que son contratos de fomento, donde el interés público se satisface de manera indirecta, por repercusión. Lo mismo podríamos decir en los casos de reconocimiento de un grado militar, o de un retiro voluntario. (52) En ninguno de estos casos, citados por la doctrina y por la jurisprudencia como ejemplos de “cosa juzgada administrativa”, la decisión afectó o comprometió el interés público o el orden público. No dudamos que habría sido otra la decisión de los jueces de la Corte que dictaron la sentencia de Fallos 175:367, si en lugar de debatirse el derecho a una jubilación o a una pensión, se hubiese tratado de un derecho relativo al ejercicio de una actividad que importaba una prerrogativa de carácter público, como es, por ejemplo, la actividad de policía.

En buenos principios, si el derecho subjetivo que reconoce el acto administrativo reputado ilegal no afecta directa e inmediatamente el interés público, la Administración no puede ejercer su potestad revocatoria y tiene que demandar judicialmente la nulidad del acto. Pero, si el acto administrativo que confirió derechos al administrado es nulo de nulidad absoluta y afecta el interés público, no existe razón para que la autoridad que lo dictó o el superior jerárquico deban recurrir ante un juez para que éste decida respecto de competencias propias de la Administración.

El fallo “Hochbaum” sirve para poner en relieve la diferencia que existe entre un caso en el cual la ilegalidad del acto afecta el interés público y otros cuyo contenido es exclusivamente patrimonial. (53) Si la Administración comprueba fehacientemente que un egresado de la Facultad de Medicina no es médico, porque no aprobó todas las materias exigidas para obtener ese título, aún cuando le haya entregado el diploma debe proceder inmediata y directamente para impedir que siga ejerciendo una

---

(52) Linares señala, como uno de los presupuestos de la cosa juzgada administrativa perfecta “que se refieran a las materias en las que la Corte se ha pronunciado” (Juan Francisco Linares, op. cit., pp. 62, 104 y ss.)

(53) CSJN, Fallos, 277:205.

profesión para la cual no estaba habilitado. El interés público determina que sólo pueden ejercer la medicina quienes tienen título de médico. Además, el ejercicio ilegal de la medicina es un delito, y no es lógico que la Administración deba demandar a un individuo ante la justicia para que no cometa un delito. Es evidente la diferencia que existe entre el acto administrativo que habilita a ejercer una profesión liberal, cuyos efectos se proyectan en la sociedad, y el otorgamiento de una jubilación o de una pensión o de un grado militar o de una concesión de tierras fiscales, donde sólo podría existir un perjuicio patrimonial que, en el caso "Carman de Cantón" ni siquiera afectó fondos públicos. Así lo puso en relieve la Corte Suprema al resolver el caso "Cáceres Cowan". (54) Por eso, entendemos que la cuestión gira en torno a la naturaleza del interés comprometido por el acto que confirió el derecho subjetivo, y por la naturaleza y gravedad del vicio.

La decisión sobre cuál es el poder competente para invalidar los actos administrativos ilegítimos cuando generaron derechos subjetivos a los administrados pasa por el meridiano que separa la legalidad de la seguridad jurídica. Se mueve dentro de una franja bastante amplia, en cuyos extremos están quienes sostienen que la Administración siempre puede revocar los actos nulos (55) y los que consideran que solamente puede ser decidida por la justicia, por constituir una garantía de los derechos individuales frente al poder público. (56)

La intervención judicial que prevén los arts. 17 y 18 de la ley 19.549, no es un requisito de orden público. Si por aplicación de las mismas reglas contenidas en la ley 19.549 la Administración decide sustanciar un procedimiento administrativo en el cual se garantiza al administrado el debido proceso adjetivo, y luego se le notifica la decisión anulatoria, a partir de ese momento comenzará a correr el plazo establecido por el art. 25 de dicha ley para que el beneficiario impugne el acto por demanda o por recurso, según corresponda. No podría guardar silencio y esperar que la Administración promueva una demanda por nulidad del acto. Si no lo impugna, se opera la caducidad, y el acto anulatorio tendrá plena validez, pues, como dijimos, la garantía jurisdiccional es para el beneficiario y por el carácter privado de su derecho es disponible.

---

(54) CSJN, Fallos, 250:497.

(55) Rafael Bielsa, op. cit. t. II, p. 122.

(56) Juan Carlos Cassagne, op. cit., t. II, p. 249 y ss.; Agustín Gordillo, op. cit., t. III, p. VI-1 y ss.



La Administración debe promover una demanda de nulidad (en los casos que procede) no porque carezca de competencia para revocar el acto nulo y restablecer la legalidad, sino porque razones de seguridad jurídica imponen el requisito de la decisión judicial como garantía de los derechos adquiridos por los administrados, cuando éstos deciden ejercer su defensa ante la justicia. Por ello, si un acto administrativo confirió derechos subjetivos que se están cumpliendo y la Administración lo revoca por ilegitimidad, los terceros no podrían sostener que la revocación es nula porque no fue invalidado por la justicia.

La llamada “cosa juzgada administrativa” tiene una finalidad protectora de los derechos subjetivos. Es una garantía para que los titulares de esos derechos puedan oponerla como defensa frente a la Administración, cuando ésta pretenda hacer efectiva la revocación de un acto irregular. No es una defensa material, sino formal, pues, sólo se refiere a un aspecto procesal de la cuestión. Cuando un administrado la opone como defensa, frente a la declaración de nulidad de un acto decretada por la Administración, el juez puede expedirse sólo sobre la ineficacia de la revocación, y no sobre el fondo del asunto, que es decidir si el acto administrativo revocado es realmente nulo o si carece de vicios que lo invaliden como tal.

Por ese motivo, cuando revoca por ilegitimidad un acto, no obstante haber conferido derechos subjetivos que se están cumpliendo y el administrado lo cuestiona judicialmente, la Administración puede sanear su defensa si reconviene por nulidad y formula la pretensión correspondiente. Como no existe plazo de caducidad para que la Administración deduzca la demanda, tampoco rige para la reconvencción. Así lo declaró la jurisprudencia en el caso de los actos nulos, (57) pero, es igualmente aplicable a los actos regulares anulables.

Si el acto se dictó en una relación regida por el derecho privado (como sería, por ejemplo, el arrendamiento de un bien del dominio privado del Estado, hecho a un particular), no obstante regirse el procedimiento de emisión del acto por el derecho administrativo, la Administración no podría ejercer su potestad revocatoria, porque no existe una razón de interés público que sustente esa prerrogativa. Se puede argumentar que la Administración siempre persigue un interés público, pero, como lo hemos señalado, a veces lo hace de manera directa e inmediata y en otras, en forma mediata. Las relaciones se rigen por el derecho privado cuando el interés público es mediato.

---

(57) CSJN, Fallos, 314:322; 321:174.

### 7. ¿Qué queda de la “cosa juzgada administrativa”?

La jurisprudencia limitó el alcance con que la ley 19.549 regula la estabilidad de los actos administrativos firmes que confieren derechos subjetivos a un sujeto, y lo hizo de tal manera que hoy son pocas las posibilidades que tiene los beneficiarios de actos nulos para oponerse a que sean revocados directamente por Administración. Como sucede cada vez que se dictan leyes protectoras de derechos que van más allá de lo razonable, la realidad se encarga de desvirtuarlas. En algunas ocasiones el remedio resulta peor que la enfermedad, pues, por pretender mucho, se termina teniendo menos que antes. Si la ley hubiese permitido que los actos viciados de nulidad absoluta puedan ser revocados por la Administración cuando afectan el interés o el orden público (como lo hace la ley española), seguramente la justicia no habría seguido un criterio restrictivo de interpretación, que se aplica también a los actos anulables.

La primera forma de atemperar el rigorismo de la ley consistió en reconocerle al administrado el derecho a una indemnización por los daños que le ocasionó la revocación. En el caso “Pustelnik”(58) la Corte Suprema, luego de sostener la estabilidad de los actos administrativos regulares que confieren derechos subjetivos, no obstante contener vicios de ilegitimidad, consideró que la revocación cuestionada no se había dictado por razones de legalidad, sino de oportunidad, mérito o conveniencia, porque la ordenanza en que se apoyó el acto originario fue luego derogada.

Al establecer el art. 17 de la ley 19.549 como exigencia de la irrevocabilidad que el acto administrativo haya generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (ley 21.868), la Corte Suprema encontró en dicho recaudo una vía para que la Administración pueda revocar los actos viciados de nulidad, al seguir un criterio estricto de interpretación en punto a cuándo se considera que realmente existen prestaciones o derechos que se están cumpliendo. (59)

En casos donde la cuestión debatida no afectaba un interés público o el orden público, por tratarse de asuntos de contenido sustancialmente patrimonial, la Corte Suprema mantuvo el criterio de que, cuando un acto administrativo es regular, por haber cumplido con los requisitos externos de validez (forma y competencia), y no incurre en error grave de derecho que linde con la incompetencia, en la medida que supera lo meramente

---

(58) CSJN Fallos, 293:133.

(59) CSJN Fallos, 302:545 y 304:898.

opinable, no puede ser revocado directamente por la Administración si confirió derechos subjetivos al administrado. (60)

Cuando los vicios del acto determinan su nulidad absoluta, la Corte Suprema señaló la facultad que tiene la Administración para revocarlos, por considerar que *“encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta y que, por esas razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos frente al orden público interesado en la vigencia de la legalidad”*. (61) Para convalidar la revocación se basó, además, en el hecho de que la Administración había reconvenido por nulidad.

De parecida manera, también frente a actos nulos cuyos vicios permitían advertir claramente la ilicitud del acto anulado, la Corte Suprema sostuvo que el acto irregular puede ser revocado por la Administración, a lo cual no obsta que se estuviere cumpliendo, porque fue declarado lesivo en su propia sede y se planteó una reconvenición por nulidad. (62)

Para achicar aún más el campo de la irrevocabilidad del acto en sede Administrativa, la Corte Suprema sostuvo que las excepciones establecidas en el art. 18 de la ley 19.549 para los actos regulares se deben aplicar también a los actos irregulares, contemplados por el art. 17, entre las cuales está el conocimiento del vicio que pudo haber tenido el beneficiario. Declaró que una inteligencia meramente literal y aislada de estas normas *“llevaría a la conclusión de que habría más rigor para revocar un acto nulo que uno regular, cuya situación es considerada por la ley como menos grave”*. (63)

Por lo expuesto, para que la justicia haga lugar a una demanda promovida contra la Administración por haber declarado *per se* la nulidad de un acto administrativo irregular, se deben dar las circunstancias siguientes:

---

(60) CSJN, Fallos, 295:1017 y 310:380. La Corte Suprema declaró que el error grave de derecho linda con la incompetencia, en la medida que supera lo meramente opinable en cuanto a la interpretación de las normas (Fallos, 258:299; 265:349; 295:1017).

(61) CSJN, Fallos, 314:322.

(62) CSJN, Fallos, 321:174.

(63) CSJN, Fallos, 321:169.

a) que los vicios del revocado no afecten normas de orden público, b) que el acto revocado confiera derechos subjetivos que se están cumpliendo, según un criterio estricto, c) que no quepa la posibilidad de considerar al acto como una revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, d) que el administrado no haya conocido el vicio del acto revocado, y e) que la Administración no reconvenga por nulidad del acto revocatorio. A esto se debe agregar la hipótesis de que la revocación decretada en sede administrativa se haya notificado al interesado, y éste lo impugne judicialmente en los plazos previstos por el art. 25 de la ley 19.519.

Como podemos apreciar, la llamada “cosa juzgada administrativa” quedó reducida considerablemente. La Administración puede decretar la nulidad de sus actos —nulos o anulables—, y notificar su decisión al interesado. De tal manera, si no cuestiona judicialmente el acto, queda consentido. En los casos de demandas interpuestas en término, puede reconvenir por nulidad, con lo cual sana esa deficiencia. Como la interposición de la demanda o del recurso no impide la ejecución del acto administrativo, la revocación tiene efectividad mientras no se decrete la suspensión del acto o sea declarada nula judicialmente. Además, como defensas para el caso de los actos nulos tiene el carácter estricto con que deben interpretarse los derechos subjetivos que se están cumpliendo y la posibilidad de invocar que el administrado tenía conocimiento del vicio.

---

# SISTEMAS CAUTELARES Y BILATERALIDAD

POR ENRIQUE M. FALCÓN (\*)

1. El sistema cautelar. 2. Los principios. 3. El principio de bilateralidad. 4. La cuestión. 5. Las medidas cautelares. 6. Los recursos y la defensa de la bilateralidad. 7. Las medidas autosatisfactivas. 8. El requisito de la defensa en juicio. 9. Soluciones posibles.

## 1. El sistema cautelar

Un sistema es un conjunto de elementos interrelacionados destinados al cumplimiento de un objetivo. Cada sistema se integra a otros superiores y está compuesto por otros sistemas menores que forman el conjunto y a los cuales se los denomina subsistemas. Dentro de esta concepción, la cautela procesal es un subsistema dentro del proceso, aunque su entidad tiende a dispersarse haciendo difícil su ordenamiento estructural. Podemos decir que su objetivo es proteger pruebas, cosas o personas para que el proceso transite por un camino seguro de que se podrá realizar adecuadamente y llegar a una sentencia que pueda —en su caso— ser ejecutada. De manera que podemos definir a los sistemas cautelares como *una medida o conjunto de medidas tendientes a resguardar los derechos de las personas, ya sea por anoticiamiento (judicial o extrajudicial), por actuación sobre bienes o personas (de modo judicial o extrajudicial), por actuación sobre las pruebas del proceso o sobre la pretensión*. Entonces, como surge de la definición los sistemas cautelares aparecen por anoticiamiento o actuación (por ejemplo anotación de litis y embargo). De todos estos aspectos nos concentraremos solamente en las medidas cautelares específicas. Es importante tener en cuenta que se habla de sistemas cautelares de los cuales, a su vez las medidas cautelares son un subsistema.

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 9 de septiembre de 2010.

## 2. Los principios

El sentido de la expresión “Principios del Derecho” resulta vago por el diverso contenido que se da a las voces que analizamos. Para algunos un principio es algo que constituye la base primera y fundamental sobre el que se apoya cualquier estructura derivada en cualquier extensión, la que se relaciona con el principio por vía del razonamiento y concordancia. En el campo del Derecho estos son los presupuestos jurídicos básicos de existencia y construcción del estado jurídico de una comunidad. Para otros los principios constituyen una derivación rectora dentro de un esquema orgánico normativo. En ese sentido se expresa el Código Civil en el art. 16 “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”. Sin embargo la norma no se refiere a los principios, sino a los sistemas y en ese sentido quiere decir que se trata de conceptos provenientes de una extracción de elementos comunes y rectores de la legislación que son las que nos van a explicar cuáles son las pautas directrices. Por otro lado, analogía está vedada en el campo penal y procesal penal (CPPN: 2).

Quiere decir que en cualquier nexo codificado complejo podemos encontrar principios y sistemas. Sin embargo la diferencia entre un principio y un sistema es clara. Los principios no tienen una regla inversa de aplicación. Por ejemplo, el principio Ético, no supone la existencia de un principio antiético. El principio podrá ser atenuado, o no aplicarse cuando otros principios o valores colisionen con el mismo y tengan mayor preeminencia. En cambio los sistemas presentan por lo menos dos caras que en el proceso se ven fácilmente (escritura-oralidad; inquisitivo-dispositivo; unipersonal-colegiado, etc.), pero además de presentar esas dos caras extremas tienden siempre a desarrollarse adoptando aspectos de cada una de ellas, llevando a sistemas mixtos.

## 3. El principio de bilateralidad

Uno de los elementos esenciales modernos del sistema procesal en el campo del *debido proceso* es el *principio de bilateralidad*, llamado también *principio de contradicción*, según el cual el tribunal no puede decidir, en ningún caso, si la persona contra quien se ha propuesto la pretensión o la acusación no ha tenido oportunidad de ser oída, cuestión que deriva de la Constitución Nacional que declara la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18).

Para dar cumplimiento a este principio se establece en el sistema procesal todo un modo de hacer conocer a los interesados el reclamo, generalmente estructurado a través de notificaciones. Y ese sentido se expresa el art. 18 CN: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...” (1)

Ya Clemente Díaz (2) enseñó que “la eventualidad de la contradicción no afecta el principio fundamental; nunca será posible llegar a la *neutralización del principio*, sino al *desplazamiento de la oportunidad* del contradictorio. En este sentido no hay excepción al principio. No constituyen excepciones: Que la medida cautelar se decrete *inaudita parte*, si se *difiere* la eventualidad de la controversia al momento inmediato posterior al perfeccionamiento de la medida cautelar; que se limiten taxativamente las excepciones admisibles, si existe la posibilidad de plena cognición posterior; o si se invierte la iniciativa de la controversia, como en el proceso ejecutivo o en el proceso monitorio; en el *proceso penal*, durante la etapa instructoria la bilateralidad de la audiencia queda postergada o diferida, pues “durante la formación del sumario, no habrá debates ni defensa”.

#### 4. La cuestión

No obstante lo dicho aparecen, por los menos en el campo de las medidas cautelares, dos cuestiones que muestran una bilateralidad postergada y *atenuada* por un lado y una bilateralidad *excluida* por el otro. Estos dos supuestos, que aunque observados por la doctrina, no han sido debidamente

---

(1) Los pactos y convenciones internacionales también se ocupan del tema. La Declaración Universal de los derechos del hombre (ONU 1948) dispone: Art. 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) (1969): Art. 8°. Garantías judiciales. 1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(2) Díaz, Clemente A., Instituciones de Derecho Procesal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, I: 214, 215.

aclarados, presentan un campo de discriminación jurídica violatorio de la regla constitucional del *Debido proceso*. ¿A qué nos referimos?

a) El primer supuesto es el de la regulación de las medidas cautelares en el CPCCN. Efectivamente, el art. 198 del citado ordenamiento dispone que: Las medidas precautorias (sic: por cautelares) *se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte*. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento. Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución, se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los tres días. Quien hubiese obtenido la medida será responsable de los perjuicios que irrogare la demora. *La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo.*

b) El segundo supuesto es el relacionado con la llamada *Medida autosatisfactiva* o de *Satisfacción inmediata*, surgida como necesidad de urgencia impostergable, grave daño e irreparabilidad del perjuicio. Se trata —dice Peyrano— de un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota —de ahí lo de autosatisfactiva— con un despacho favorable, *no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar.* (3)

En los dos casos examinados puede estar en grave peligro la Defensa en Juicio.

## 5. Las medidas cautelares

El caso de las medidas cautelares es paradigmático pues frente a la medida tomada *inaudita pars* sólo cabe (en muchas legislaciones provinciales que siguen la regla del art. 198 en su redacción originaria de la ley 17.454, v. gr. Buenos Aires) la apelación que se concederá *sin efecto suspensivo* (aunque el CPCCN dice erróneamente *devolutivo*) y *en relación*. La ley 22.434 (Adla, XLI-B, 2802) agregó al art. 198 la posibilidad de plantear el Recurso de Reposición, pero no lo hizo fundado en problemas de bilateralidad, sino

---

(3) Peyrano, J. W., La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela... en “Medidas autosatisfactivas”, dir. por Peyrano, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 13; íd. De los Santos, Mabel, Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales), en “Revista de Derecho Procesal”, n. 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 31.



para finalizar con una discusión muy extendida referida a si la sentencia en las medidas cautelares era una providencia simple o una resolución interlocutoria. Pero veamos estos aspectos:

a) Que la medida se tome *inaudita pars* resulta necesario pues si no fuese así el destinatario o afectado por la medida tendría la posibilidad de frustrarlas.

b) El hecho de que el recurso sea otorgado sin suspender la ejecución de la medida está en relación con el sentido de la misma, en la idea rectora anterior, que sólo fue modificada para la Pretensión de amparo por actos u omisiones de autoridad pública, en la ley 16.986 (Adla, XXVI-C, 1491) art. 15, ley que claramente tenía por objeto limitar el reclamo por vía de Amparo.

c) Finalmente el recurso es *en relación* porque lo son todos los recursos, menos el que se dicta contra la sentencia definitiva del proceso ordinario (o del sumario en las provincias que aún mantienen este procedimiento) (art. 243 CPCCN). La reforma de la ley 25.488 (Adla, LXI-E, 5468) que suprimió el proceso sumario, olvidó de hacerlo en varios artículos, entre ellos el 243 que aún mantiene su texto (ordinario o sumario).

Y aquí quedan las dos cuestiones planteadas: 1) Cómo puede haber bilateralidad plena en un recurso de apelación en relación, y 2) Cómo puede mejorarse esta situación con la incorporación en la norma del Recurso de Reposición.

## 6. Los recursos y la defensa de la bilateralidad

Esta modalidad de *bilateralidad atenuada*, donde la parte contra la que se ha tomado una medida cautelar sólo puede contradecir la misma a través de un recurso limitado (*en relación*), merece ser criticada por representar un bloqueo de la defensa en juicio, la que aparece limitada en muchos aspectos.

a) *La apelación*. Efectivamente, si bien en el recurso en relación se puede discutir la cuestión de derecho ampliamente (procedencia de la medida) o cuestiones de hecho evidentes (falta de legitimación manifiesta), *las cuestiones de hecho* están vedadas a esta discusión. De manera que sólo se admite pruebas al que solicita la medida, pero no contrapruebas a quien es afectado por ella. Es cierto que el afectado por la medida podrá pedir la modificación de la misma (art. 203 CPCCN) y su cese (art. 202 CPCCN), pero esto sólo *cuando cambien las circunstancias que las determinaron*. No

obstante en ninguno de los dos casos se permite contradecir la decisión dada en una medida tomada *inaudita pars* sobre los hechos que el afectado no ha tenido oportunidad de contradecir. También es cierto que existe responsabilidad en el caso de abuso o exceso de derecho (art. 208), pero es muy posible que los daños que cause una cautelar injusta no puedan ser reparados (4) o que la contracautela sea solamente juratoria y el requirente sea insolvente. (5) De allí que el otorgamiento de las medidas cautelares y la contracautela, a la que la doctrina pretende admitir con criterio amplio, debe ser *examinada cuidadosamente*. La evidencia de la falta de bilateralidad en este supuesto ha mostrado en la legislación algunas variantes:

1) La ley de Política nacional ambiental 25.675 (Adla, LXIII-A, 4) presenta todo un abanico de soluciones. Una de las vías es el amparo, por cuya vía podrán pedirse las medidas cautelares tradicionales (art. 30 in fine), pero también admite que se soliciten medidas en cualquier estado del proceso *sean o no precautorias* las que *podrán tomarse sin audiencia de la otra parte* (art. 32 segunda parte), lo que significa que *la regla es que se tomen con audiencia de la contraria*, aunque no resulta claro si la caución que debe prestarse por estas medidas es la que se toma con bilateralidad directa o con bilateralidad atenuada.

2) Otro supuesto es el de la atribución del hogar conyugal durante el trámite de divorcio. Aquí la doctrina entiende que no puede disponerse en principio sin audiencia del afectado, (6) salvo casos de extrema gravedad acreditando que el peligro en la demora puede provocar

(4) Inclusive la circunstancia de no tener todos los elementos para juzgar el caso (falta de contradicción) puede hacer ineficaz la medida del art. 211 CPCCN, que dice en previsión de esta situación: Cuando se demandare el cumplimiento de un contrato de compraventa, si el derecho fuese verosímil el adquirente podrá solicitar el embargo del bien objeto de aquél.

(5) Esta posición crítica contra el sólo recurso de apelación, ya fue expuesta por Kaminker en estos términos: Es evidente, a nuestro juicio, que una garantía contra abusos en la gestión y obtención de medidas y un recurso que no permite articulación de hechos nuevos y producción de pruebas (arg. art. 275, Cód. Proc. Nac.) no pueden constituir elementos compensadores o igualadores de las posibilidades de quienes han tenido todo el tiempo y las posibilidades probatorias a su disposición, ejercitables sin participación ni conocimiento de quien se verá afectado por la medida (Kaminker, Mario, Algunas reflexiones sobre los recursos y las medidas cautelares, en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999-2, p. 133.

(6) Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, t. VIII, Buenos Aires, 1985, p. 255; Kielmanovich, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 198; Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, Abeledo Perrot, 5ª ed., t. I, p. 428.

daños graves o irreparables. (7) En sentido similar el CPCC Provincia de Buenos Aires dispone en el art. 237 bis: (Incorporado por ley 11.173): En el supuesto del artículo 231 del Código Civil (ley 23.515) (Adla, XLVIII-B, 1535), (8) el Juez podrá disponer ante *pedido fundado de parte y a título de medida cautelar*, la exclusión del hogar conyugal de alguno de los cónyuges, o su reintegro al mismo, *cuando los motivos fundantes estén sumariamente acreditados y medien razones de urgencia impostergable*. Cuando la exclusión o inclusión se promueva como pretensión de fondo, antes de la promoción de la demandada de separación personal o de divorcio vincular, tramitará según las normas del *proceso sumarísimo*. Encontrándose iniciada la demanda, la cuestión tramitará por incidente.

b) *El supuesto del Recurso de Reposición*. La otra variante es plantear el recurso de reposición. Si se interpone la reposición la apelación debe ser subsidiaria (art. 241, inc. 1° CPCCN), dentro de los tres días (art. 339), (9)

(7) La exclusión de uno de los cónyuges del hogar “inaudita parte”, sólo procede en el caso de haberse alegado y acreditado circunstancias muy graves que evidencian el peligro en la demora. La promoción de una demanda de divorcio donde se formulan imputaciones gravísimas al demandado, hacen presumir —por lo menos— una situación de tirantez, o aun de violencia, que hace aconsejable el alejamiento de ese cónyuge del hogar conyugal (CNCiv., sala E, 6-11- 1980; ED, 92-207).

(8) C. Civil, art. 231 (ley 23.515): Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él, determinar a quien corresponda la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien correspondiere recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio. En el ejercicio de la acción por alimentos provisionales entre los esposos, no es procedente la previa discusión de la validez legal del título o vínculo que se invoca.

(9) Se impone el rechazo de las pretensiones de la parte afectada cuando para pedir el levantamiento de las medidas cautelares se limita a cuestionar los fundamentos que tuvo el juez para decretarlas, desde que en la oportunidad pertinente tuvo a su alcance los recursos legales aptos para impugnarla (CNCiv., sala G, 18/10/1985, DJ, 1986-2-144). La omisión en fijar contracautela no justifica la revocatoria de la medida cautelar dispuesta sino tan solo el establecimiento de aquélla (CNCiv., sala D, 26/2/1985, DJ, 1986-1-458). El carácter provisorio de las medidas cautelares limita el recurso extraordinario respecto de ellas, al no ser consideradas en general sentencias definitivas: el pronunciamiento que hizo lugar a una medida cautelar no constituye una sentencia definitiva o equiparable a tal a los fines del recurso extraordinario (CSJN, 12/09/1995, t. 355. 347. XXVI, “The Coca Cola Company y otros s/medidas cautelares”, t. 317) (LA LEY, 1995-E, 338). Las resoluciones referentes a medidas cautelares no constituyen sentencia definitiva o equiparable a ésta, a los fines de habilitar la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48. Para equiparar a sentencia definitiva una medida cautelar debe existir una cuestión federal juntamente con un agravio que, por su magnitud y por las

bajo la consecuencia de que si fuese rechazado el recurso de reposición la resolución quede firme. El recurso de reposición permite una posible salida al problema, pues de establece que si “la resolución dependiere de hechos controvertidos, el juez *podrá imprimir* al recurso de reposición el trámite de los incidentes” (art. 240), en cuyo caso la bilateralidad resultaría completa. (10) Sin embargo esa bilateralidad queda en manos del juez ya que es potestad suya imprimir o no el trámite de los incidentes.

c) *Las decisiones en segunda instancia.* Más grave resulta el hecho de que, rechazada una medida cautelar en primera instancia al ser apelada sea admitida por la Cámara. En este caso el recurso de reposición contra la resolución de la Cámara podría ser una salida, con los inconvenientes que hemos visto en el párrafo anterior. En los ámbitos donde el Recurso de reposición no está previsto podría intentarse la “Reposición in extremis”. (11) Eventualmente podrá plantearse el Recurso Extraordinario Federal, pero su procedencia sólo es admisible en casos excepcionales. (12)

## 7. Las medidas autosatisfactivas

Existen, durante el proceso, por lo menos tres grados de conocimiento, que sirven para tomar decisiones judiciales. Un primer grado de conoci-

---

circunstancias de hecho, resulte irreparable. De modo que es improcedente el recurso extraordinario si, atento a que el estado procesal de la causa permite inferir que la cuestión de fondo habrá de ser próximamente resuelta, la medida cautelar cuestionada no habrá de perdurar de modo de desnaturalizar su carácter esencialmente provisional (CSJN, 4/5/1995, p. 201, XXVIII, “Poder Ejecutivo de la Provincia de Tucumán s/acción de nulidad”, t. 317). Así es equiparable a sentencia definitiva la decisión que desestimó el pedido de levantamiento de embargo, si puede producir un agravio que por su magnitud y las circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (CSJN, 4/5/1995, S. 179. XXVI, “Sucesión de Joaquín Sánchez c. Alonso, Aníbal y otros”, t. 317). También si existe un régimen legal que prevé la existencia de doble instancia judicial (art. 198, CPCCN), es descalificable el pronunciamiento que prescindió arbitrariamente de su aplicación (CSJN, 12/09/1995, t. 355. 347. XXVI, “The Coca Cola Company y otros s/medidas cautelares”, t. 317).

(10) Kaminker, Mario E., Algunas reflexiones sobre los recursos y las medidas cautelares, RD Proc. cit. 2/1999, p. 135.

(11) Carrillo, Hernán G., Sobre usos no conformes del recurso de revocatoria: la revocatoria in extremis, en “Cuestiones procesales modernas”, LA LEY, Suplemento Especial, octubre de 2005, dirigido por J. W. Peyrano, p. 74.

(12) Si bien las decisiones que ordenan, modifican, deniegan o levantan medidas cautelares no revisten el carácter de sentencias definitivas para la procedencia del recurso extraordinario, tal principio cede cuando se produce un agravio de insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior, o bien cuando la

miento es la verosimilitud del derecho, con el que confluyen el peligro en la demora y en su caso la contracautela (medidas cautelares). El segundo grado de conocimiento es la *certeza*. Al respecto Chiovenda señalaba que la sentencia de mérito es la providencia del juez que acoge o rechaza la demanda del actor dirigida a *obtener la certeza de la existencia de una voluntad de la ley* que le garantiza un bien, o de la existencia de la voluntad de la ley que le garantiza lo convenido. (13) La certeza se forma en base al sistema de probabilidades. Pero estas probabilidades no se calculan (en la generalidad de los casos) de modo matemático, sino que consisten en una serie de elementos que crean en el ánimo del juez la satisfacción del conocimiento alcanzado. El tercer grado de conocimiento es la evidencia. (14) No hay que confundir esta palabra con la inglesa "evidence", que significa prueba o probado. La evidencia es la ideación o percepción absolutamente clara y manifiesta de una idea o de una cosa, que nadie puede dudar racionalmente de ella.

Pues bien es esta *evidencia* sumada a la *inmediatez del daño y la irreparabilidad del perjuicio* la que marca la existencia de las medidas autosatisfactivas, como fue el ejemplo tradicional del caso Camacho Acosta, (15) aunque se la

---

alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible (CS, 28/7/2009, Municipalidad de Berazategui c. Aguas Argentinas S.A., Lexis N° 1/70054086-1).

(13) Chiovenda, G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 134.

(14) Se dice que una realidad (cosa, cualidad, hecho, fenómeno, situación, etc.) es evidente cuando se presenta directa e inmediatamente a un sujeto, y especialmente a la percepción sensible. Se dice asimismo que una proposición es evidente cuando se estima que es cierta y que no hay necesidad de demostrarla acudiendo a otra proposición de la cual derive (Ferrater Mora, J., *Diccionario de Filosofía*, Nueva edición actualizada por la cátedra de Ferrater Mora bajo la dirección de Joaquina Terricabras, Ariel Filosofía, Barcelona, 2001, t. II, p. 1156).

(15) La medida cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión. En la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, por lo que no corresponde desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento. Resulta particularmente necesario que el tribunal se expida provisionalmente sobre la índole de la petición formulada en la medida cautelar innovativa si se pretende reparar, mediante esta vía, un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el Art. 5°, inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, fundándose en que no podía incurrir en prejuzgamiento, desestimó la

llamó medida cautelar innovativa. Este tipo de soluciones, con base en las Medidas cautelares, por no existir una vía procesal adecuada, a pesar de no ser medidas cautelares (aunque sí sistemas cautelares) tienen una serie de elementos a considerar de manera particular. En estas medidas el *requisito de la contracautela*, dependerá de las normas legales y de las circunstancias del caso y quedará a criterio del juez requerirla o no. En segundo lugar la medida autosatisfactiva *no es sustituible* por otra en razón de que el objeto que persigue es la pretensión misma. Ciertamente que las medidas autosatisfactivas son provisionales y no definitivas. Lo que sucede es que la *provisionalidad* no se puede dar antes de la concesión de la medida, sino después, ya que continuando el contradictorio, se puede dejar sin efecto. Otro aspecto es la estrictez que se requiere *en el caso de los requisitos*. Por último toda decisión que se tome sobre este particular debe contener fundamentos determinantes, claros y concretos respecto de la evidencia del derecho y del grave peligro de irreparabilidad de la demora. Estos fundamentos no bastan si sólo se remite a normas, sino que deben evaluar las circunstancias de hecho desde el punto de vista de la petición, de la relación y con alcance al campo social, si correspondiere.

Pero ha sucedido y sucede que se cree que la medida autosatisfactiva se puede tomar definitivamente sin respetar el principio de bilateralidad, pues se dice que tomada la misma, por la fuerte probabilidad del derecho reclamado, con su ejercicio se agota el interés de la otra parte. Este criterio es un tradicional concepto errado en el que se trasponen los pasos del razonamiento. Se supone —sin escuchar a la otra parte— que la medida ya cumplió su cometido y la contraria no tiene nada que reclamar. Esa suposición, por muy fuerte que sea la probabilidad y la evidencia, con los elementos iniciales con que se pide la medida, sin una investigación exhaustiva y sin escuchar al afectado, supone una violación tajante de la CN y de los Tratados y Convenios internacionales. Ello es así porque lo que parece resultar evidente teniendo parte de los conocimientos sobre la cuestión puede no resultar cierto.

### 8. El requisito de la defensa en juicio

La bilateralidad postergada de las medidas autosatisfactivas es inevitable, porque de lo contrario se violaría la defensa en juicio. Ya hemos visto que en la definición de J. W. Peyrano la medida autosatisfactiva (16) *constituye un*

---

medida cautelar innovativa solicitada en un proceso de indemnización de daños y perjuicios mediante la cual se reclamó que se impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo del antebrazo izquierdo del actor que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos (CSJN., 7/8/1997 —C. 2348. XXXII Recurso de Hecho— “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf S.R.L. y otros”, LA LEY, 1997-E, 653).

(16) Peyrano, J. W., Medidas autosatisfactivas, cit., p. 13.

*requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota —de allí lo de autosatisfactiva— con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal.* Esta definición ha llevado a muchos autores a una confusión, en el sentido de que la bilateralidad no es necesaria y el proceso ha finalizado. *Esto no es así porque la situación es incompleta si no se agrega que la falta de necesidad de un proceso posterior se agota por allanamiento expreso o tácito, ya que el afectado por la medida, ante la evidencia del reclamo, no sigue la litis, a la que tiene derecho.* De manera que hay que explicar porqué no se sigue una ulterior acción principal y si ello siempre sucede, ya que como Marcos Peyrano ha señalado la sentencia anticipatoria no puede vulnerar el derecho de defensa, previsto en el art. 18 CN. (17) Pero no cabe duda de que el fundamento de la medida autosatisfactiva se encuentra en los textos constitucionales y en el art. 5 inc. 1 del Pacto San José de Costa Rica. (18)

El allanamiento o del desistimiento son los que dan lugar a que no se siga el proceso, ya sea porque el afectado por la medida desiste expresamente de seguirlo, ya porque no toma ninguna medida una vez que el sistema cautelar ha sido ejecutado, ya por no responder a la intimación que se le haga al respecto. Pero para ello hay que citar a la otra parte. El allanamiento tácito es el que generalmente se observa en muchas de estas medidas. La evidencia del incontrastable derecho de quien solicita la anticipación tutelar por vía del sistema cautelar impone el criterio de la inutilidad de continuar el litigio, y ni siquiera de iniciarlo, si frente a la medida no se apela en oportunidad de darse traslado de ella. Claro que previo a la fijación definitiva del sistema cautelar como otorgamiento de la pretensión anticipada con carácter firme, cuando esa pretensión cautelar se ha originado antes del proceso, es necesario una intimación al respecto y una declaración judicial para cerrar definitivamente la contienda. Ello mostrará por un lado el debido proceso adjetivo, por otro la decisión que hace cosa juzgada.

De lo contrario la medida quedaría flotando en la nada, si bien en los hechos se hubiese satisfecho el interés del requirente. Si no se sigue el proceso de conocimiento, ya sea planteándolo el requirente o mediante una intimación al requerido para que apele la medida (ya que en principio la

---

(17) Peyrano, Marcos, La sentencia anticipatoria y el derecho de defensa, en Peyrano, Jorge W. (director) y Carbone, Carlos A. (coordinador), Sentencia anticipada (Despachos interinos de fondo), Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000, p. 315.

(18) En la especie se señaló el art. 15 Constitución de la provincia de Buenos Aires, relacionada con el acceso a la justicia: CCiv Com. Mar del Plata, sala 2ª, 25/06/2002, - Santa Ángela S.A. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires; JA, 2002-III-231.

medida autosatisfactiva no caduca, ni se extingue, debido a la anticipación tutelar), o ejerza los derechos que le correspondan bajo apercibimiento, podría solicitarse durante todo el tiempo de la prescripción el reclamo por pago de lo que no se debe, o devolución de la pretensión otorgada. También en razón al hecho de que la medida se toma *inaudita pars*, el perjudicado por ella tiene derecho, también durante todo el tiempo de la prescripción a reclamar su derecho si no es cerrado el proceso debidamente con el debate dialéctico correspondiente. Sería una situación tal como la que se da cuando alguien es excarcelado, pero no se sigue el proceso penal. De manera que la posibilidad de que permanezca abierta la bilateralidad se mantiene en tanto el perjudicado por la medida no se haya notificado. Véase que de la misma forma en que no son aplicables las reglas generales de las medidas cautelares para el requirente, tampoco lo son para el requerido el que no estaría sometido a la carga de apelar la medida (art. 198 CPCCN). Morello y Arazi han dicho al respecto que la tutela anticipatoria (incluyendo la medida autosatisfactiva) ya sea que se la considere dentro de la medida cautelar innovativa o como institución autónoma, se ordena dentro de un proceso determinado y tiene carácter provisional, como toda medida cautelar (decimos nosotros: como todo sistema cautelar). El proceso deberá continuar hasta la sentencia que ponga fin al conflicto de manera definitiva. (19)

### 9. Soluciones posibles

Tal vez la solución a esta cuestión ronde por la vía del proceso monitorio. Efectivamente este sistema, en el modelo clásico, permite dictar una sentencia positiva sobre la pretensión de manera directa ante el sólo pedido del requirente. Notificada la sentencia, el afectado por la misma tiene derecho a apelarla, pero si lo considera conveniente puede plantear el contradictorio planteando las defensas que considere pertinentes.

Los modelos en los procedimientos de urgencia no han seguido este criterio, sino han propuesto soluciones particulares, no obstante, en la mayoría de ellos se considera la bilateralidad como un elemento esencial en el campo de estas medidas. (20)

---

(19) Morello, Augusto M. y Arazi, Roland, Procesos urgentes, JA, 2005-I, fasc. 13, p. 5.

(20) Sobre la legislación sobre este tema remito a mi "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", t. IV, capítulo XL, en especial números 27 y 28. Véase también allí proyecto sobre el tema en p. 904.

---



# EL ASENTIMIENTO DEL PACIENTE Y LA LEY 26.529

POR JOSÉ W. TOBÍAS (\*)

I. Generalidades. II. La regla general. III. La aptitud para asentir. IV. La esterilización voluntaria contraceptiva y su incidencia sobre intereses relevantes de terceros. V. La revisión judicial de la negativa del representante legal del incapaz. VI. El deber de información. VII. El privilegio terapéutico. VIII. El derecho a no saber. IX. Negativa del paciente. X. Negativa y convicciones religiosas. XI. Imposibilidad de asentir. XII. La impronta del interés general. XIII. Exámenes médicos como prueba en juicio. XIV. Forma del consentimiento. XV. Conclusión.

## I. Generalidades

El tema del asentimiento o voluntad jurídica del paciente (1) ha tenido en los últimos lustros un extenso desarrollo doctrinario y jurisprudencial que coincide —no casualmente— con el desarrollo y sistematización de los derechos personalísimos y la expansión e importancia que se adjudica al principio de autodeterminación en sectores que, como el de los actos extrapatrimoniales y del derecho de familia, estaban tradicionalmente excluidos de la vigencia de ese principio.

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 23 de septiembre de 2010.

(1) Como se dice enseguida en el texto, es común el término “consentimiento” o “consentimiento informado”. Con mayor precisión terminológica, sin embargo, es más correcto aludir a la “voluntad jurídica” o “asentimiento del paciente”. No se está en presencia de una voluntad convergente de paciente y profesional, sino de una manifestación de voluntad unilateral del primero que acepta o rechaza las alternativas propuestas por el segundo (BUERES, A., Responsabilidad civil de los médicos, 3ª ed., Hammurabi, p. 159, nota 2; MALICKI, A., en Código Civil y normas complementarias, Dir. A. Bueres, Hammurabi, t. 1, p. 152; HIGHTON, E.- WIERSZBA, S., La relación médico paciente: el consentimiento informado, 2ª ed., Ad-Hoc, p. 69 y ss.; MOSSET ITURRASPE, J., Responsabilidad civil del médico, p. 167 y ss.

Resultado de todo ello es la relevancia que se atribuye al llamado “consentimiento informado”. Con esta última expresión, que se ha generalizado, (2) se apunta a una nueva perspectiva de observación teórica del problema de la manifestación de voluntad del paciente. La que tiende a concebirla no exclusivamente como un acto, sino como un proceso que resalta la previa importancia de la interacción con el profesional, y que permite valorar las condiciones del itinerario que concluye con el asentimiento: el modo del esfuerzo colaborativo del profesional, el contenido y tiempo dedicado a la información, la claridad con que se la ha dado, etc. Afirma Paolo Zatti, que sólo en el ámbito de la disciplina de un proceso, es posible valorar adecuadamente la voluntad del paciente y la confusión y angustia que a veces conviven con el uso de la razón. (3)

Esta visión puede aceptarse siempre que se tenga en claro que no se está en presencia de un verdadero “consentimiento” —es decir de una voluntad convergente de paciente y profesional— sino de una manifestación de voluntad unilateral del primero que, como acto, es el final de un proceso al que se califica comúnmente —con cierta equivocidad— como de consentimiento informado. (4)

Lo cierto es que la mencionada importancia actual atribuida a la voluntad del paciente, contrasta con las épocas —no lejanas— en que predominaba el

---

(2) Emplean la expresión el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biotecnología y la medicina (Protocolo de Oviedo). Los proyectos argentinos de Reforma del Código Civil emplean la palabra “consentimiento” (Proyecto 1998, art. 112; Proyecto PEN, art. 120).

(3) ZATTI, P., *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, p. 253 y ss.

(4) En ese orden, debe precisarse que el asentimiento del paciente no se identifica necesariamente con el consentimiento en el contrato medical. En el primer caso, acepta la alternativa terapéutica propuesta por el profesional y, en el segundo, concluye un contrato del que deriva la obligación del profesional de realizar el tratamiento y, en su caso, la obligación del paciente de pagar los honorarios (CATTANEO, G., *La responsabilidad del profesionista*, Dott. A. Giuffrè, p. 265. TOMASI, S., *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, Riv. *Crítica del Diritto Privato*, año XXI-3, p. 556 y ss. Es cierto, como afirma A. ORGAZ (*El consentimiento del damnificado*, LL 150-965), que en la mayor parte de los casos ambas manifestaciones de voluntad coincidirán en una, pero ello no impide la necesaria precisión conceptual y, además, no sucederá siempre. Así, cuando el tratamiento médico se realiza sin que medie como fuente un contrato sino a raíz de una disposición legal o administrativa, como lo sería —por ejemplo— el reconocimiento médico para el ingreso a la universidad, en donde —sin embargo— es evidente que el asentimiento del particular es necesario.

llamado paternalismo o imperialismo médico. Este último se asentaba en la idea que es el experto (el profesional) quien está en mejores condiciones por sus conocimientos para evaluar la mejor decisión para el profano (el paciente) y ello justificaría una limitación a la autonomía de la persona en virtud de los motivos de beneficencia que inspiraban la decisión de la otra.

En la actualidad, nadie duda que al menos como regla general, la licitud de cualquier tratamiento, intervención o práctica médica está supeditada a la necesidad de la voluntad del paciente. (5) Y la coincidencia en esta afirmación es independiente del fundamento en que se la sustenta. Para algunos, es el derecho personalísimo a la integridad psicofísica, (6) para otros, es el derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo y, en fin, para otros como lo creo, es el derecho a la libertad del que es emanación la facultad de autodeterminación. (7)

Sucede que la naturaleza de los bienes en juego determinan que el paciente sea el árbitro único e irremplazable de la situación: es él quien se expondrá a los riesgos, a los sufrimientos, a la inmovilidad, a la posibilidad de una sobrevida llena de limitaciones y a un tratamiento o intervención que a veces sólo ofrece la posibilidad precaria y dolorosa de una prolongación transitoria de la vida.

Recientemente —el 21 de octubre de 2009— el Congreso Nacional sancionó la ley 26.529 estableciendo normas específicas acerca de lo que

---

(5) Señala CRISCUOLI, Ragionevolezza e consenso informato del paziente, *Ras. Dir. Civ.* 1985, p. 480, que el tradicional clima de la relación médico paciente estaba esencialmente señalado por la confianza y bastaban las normas deontológicas y sobre todo el sentido moral del profesional para fijar un reglamento aceptable y aceptado y agrega: hoy, no sólo las emociones sino la conciencia jurídica imponen un discurso nuevo y renovado en torno a los derechos y a los límites de la actividad médica en relación a la libertad fundamental del enfermo (cit. por TOMASI, S., Consenso informato e disciplina dell'attività medica, *Riv. Critica del Diritto Privato*, año XXI, n° 3, p. 555).

(6) CIFUENTES, S., *Derechos personalísimos*, 3ª ed., Astrea, p. 313 y Capítulo III, Integridad física de la persona, dentro del cual, en el acápite b) considera el derecho al cuerpo y en subacápites las operaciones quirúrgicas y el tratamiento y exámenes médicos; RIVERA, J., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Lexis Nexis, 3ª ed., t. II, p. 42.

(7) MAILICKI, A., en *Código Civil y normas complementarias*, Dir. A. Bueres, t. 1, p. 151. Alude a la libertad personal y también al “derecho al cuerpo”; BUERES, A., *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 159; TOBIAS, J., *Derecho de las personas*, p. 571 y ss.; íd. *El consentimiento del paciente en el acto médico*, ED 93-803.

denomina el “consentimiento informado” junto con otras disposiciones relativas a los derechos del paciente y a la historia clínica. Aquí, se consideran exclusivamente algunas normas relativas al consentimiento informado, confrontándolas con los criterios que precedieron a la sanción de la ley e integrándolas con otras disposiciones legales.

## II. La regla general

La regla general está expresada en el art. 2° inc. e) de la ley 26.529: “*El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos con o sin expresión de causa*”. El grado de generalidad a atribuir a la regla se considera más adelante.

Del mismo fundamento que explica la necesidad del asentimiento se explica otra regla legal, que también contaba con un consenso generalizado. (8) el paciente puede revocar su manifestación de voluntad hasta el último momento: el mismo artículo e inciso y además el artículo 19 consagran esta facultad del paciente. Cualquier cláusula en contrario resultaría inválida, no sólo por el carácter de orden público que la ley atribuye a sus disposiciones (art. 52), sino porque no resulta concebible que se pueda limitar válidamente la libertad de la persona en aspectos relevantes como lo son su salud o vida. En otro orden, importando la revocación del asentimiento el ejercicio de una facultad, queda excluida la eventualidad de un reclamo resarcitorio fundado en el lucro cesante que esa decisión cause al profesional o establecimiento asistencial, aunque es en cambio precedente el reclamo de los gastos que generó el asentimiento anterior. Más complejo parece evaluar la validez de una cláusula que previera la resarcibilidad del lucro cesante en caso de revocación del asentimiento anterior: a mi juicio, una cláusula de esa especie sería también cuestionable en tanto limitaría el margen de libertad para revocar el asentimiento anterior por el impacto patrimonial que ello generaría.

## III. La aptitud para asentir

Una primera cuestión —central— es la atinente a la aptitud o idoneidad para manifestar la aceptación o rechazo al tratamiento propuesto.

Con anterioridad a la ley que se considera, las opiniones —no coincidentes— estaban parcialmente influidas por la naturaleza a atribuir a la manifestación de voluntad.

---

(8) GUASTAVINO, E., Negativa a aceptar una transfusión de sangre, LA LEY, 1976-A, 4; RIVERA, J., Instituciones de Derecho Civil, t. II, p. 41.

La consideración que se estaba en presencia de un acto o negocio jurídico —y no un simple acto lícito de aquellos a los que se refiere el art. 899 del Código Civil— debía llevar a entender que se aplicaban las reglas de la capacidad de obrar, lo que a su vez conducía a sostener que el asentimiento requería la mayoría de edad.

Considerando en cambio que se trata de un simple acto lícito y que por ello basta el discernimiento aunque haya ausencia de capacidad, era posible sostener que los menores adultos contaban con esa aptitud. Sin embargo, la naturaleza no negocial no excluye por sí sola la aplicación de las reglas de la capacidad de obrar: alguna doctrina, como es sabido, aplica por analogía a esas especies de actos —o a algunos de esas especies de actos— las reglas de la capacidad de obrar.

Por mi parte, aun aceptando la naturaleza no negocial de la manifestación de voluntad, entendía que no debía perderse de vista que la atención de la salud y la vida del menor constituyen uno de los deberes fundamentales de quienes ejercen la patria potestad o la tutela y, en ese orden, debía entenderse que la autodeterminación del menor con discernimiento quedaba limitada por los poderes emergentes de la patria potestad. De ahí que en tanto el asentimiento o la negativa tenían por finalidad el resguardo de la salud o la vida del incapaz, los poderes de los representantes legales comprendían la facultad de decidir acerca del tratamiento o la intervención. (9)

Este punto de vista, como se dijo, no era generalizado. Así, la Académica Kemelmajer de Carlucci (10) proponía distinguir entre las nociones de capacidad (relativa al área de los contratos) y la competencia, que pertenecía al área de los derechos personalísimos y estaba unida a la noción de discernimiento. Concluía por ello en la existencia de una mayoría anticipada para el acto médico: siendo el discernimiento una noción susceptible de grados, agregaba que la competencia del menor debía establecerse en cada caso particular. Este criterio recordaba un famoso caso “*Guilick*” resuelto por la Cámara de los Lores de Inglaterra: una resolución del Departamento de Salud de ese país permitía a los médicos prescribir anticonceptivos a niñas menores de dieciséis años sin informar a los padres. La madre de cinco hijas de esa edad recurrió a los Tribunales por considerar que la

---

(9) TOBIAS, J., Derecho de las personas, p. 582 y ss; íd. El consentimiento del paciente en el acto médico, ED, 93-803.

(10) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., El derecho del menor a su propio cuerpo en Persona humana, Dir, G.A. Borda, La Ley, p. 249 y ss.

resolución afectaba poderes emergentes de la patria potestad. La Cámara de los Lores resolvió que los menores aptos para prestar el consentimiento debido a su madurez eran "*Guilick competent*" (aptos en los términos del caso *Guilick*). (11)

Wierzba y Highton, por su parte, consideraban que era dable pensar en la plena capacidad para aceptar o rechazar un tratamiento a partir de los dieciocho años. Se fundaban para ello en la aplicación por analogía de la ley de transplante de órganos (art. 15) y la ley de sangre, 22.290 (art. 44) y algunas normas de alcance local (ley 153 y la ley 418 de salud reproductiva de la Ciudad de Buenos Aires) (Adla, LIX-A, 901; LX-D, 4628). (12) Sin embargo, no era posible prescindir del principio general de la incapacidad consagrado por el Código Civil y dejarlo por ende sin efecto con fundamento en la interpretación analógica de normas de excepción a la regla general (en algunos casos, además, de alcance local).

La ley 26.529 consagra la regla de la capacidad para asentir o rechazar el procedimiento propuesto. Así resulta del art. 4 ("*en supuesto de incapacidad del paciente ... la misma (la información) será brindada a su representante legal*"). A su vez, el último párrafo del art. 2, inc. e) establece que "*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud*".

En suma, la aptitud para asentir requiere de la capacidad de obrar para el acto, sin perjuicio de la facultad de los menores de edad con la suficiente madurez de ser oídos en los términos de la citada ley.

Una solución especial me parece que requiere el acto médico carente de ventajas para la salud del menor. Sería el caso de cierta cirugía de embellecimiento o aquel que se realiza en beneficio exclusivo de un tercero. Los límites a la libertad del menor sólo pueden justificarse por la finalidad curativa del tratamiento. De ahí que en esos casos será necesaria la voluntad del menor adulto además de la del representante legal.

En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil que considero el tema *Actos de disposición del propio cuerpo*, se votó una recomendación

---

(11) Para precisiones acerca de la evolución del caso *Guillick* en Inglaterra, BASSET, U., Autonomía progresiva. Tendencias jurisprudenciales, en *Rev. de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 2, n° 9, p. 228 y ss.

(12) HIGHTON, E. - WIERZBA, S., La relación médico paciente: el consentimiento informado, p. 89 y s.

que consideraba que las reglas relativas a la capacidad del Código Civil se presentaban como excesivamente rígidas en algunas materias. Tales los supuestos de cuestiones relacionadas con la sexualidad de los menores adultos en que se postuló como deseable una reforma que consagrara su capacidad para realizar consultas médicas sujetas al principio de confidencialidad. (13)

En ese orden, cabe recordar una ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n° 418 que autoriza a los profesionales a dar información sobre mecanismos contraceptivos a los menores en edad fértil. La norma legal planteo una polémica judicial muy parecida a la del recordado caso *Gillick* resuelta por los Tribunales ingleses: el accionante sostuvo que ella coartaba poderes de la patria potestad con una indebida intromisión del Estado en la educación y formación de los hijos. Al indicado argumento, en rigor, había que sumarle la consideración de si la Legislatura local puede considerar cuestiones que se presentan, en principio, como privativas de las normas de fondo. De cualquier modo, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires se pronunció por la constitucionalidad de la disposición. (14)

Ha de observarse, también, la existencia de normas que amplían la capacidad del menor adulto para prestar el asentimiento para actos médicos específicos. Así, en la ley de trasplantes de órganos, su capacidad para constituirse en dador de médula ósea para trasplante si concurre la voluntad del representante legal y los requisitos de parentesco que prevé esa ley (art. 15 ley 24.193) (15) y la ley 22.290 que otorga capacidad a los menores de dieciséis años para dar sangre con la conformidad de los representantes legales.

---

(13) “Las reglas relativas a la capacidad, contenidas en la legislación vigente, se muestran excesivamente rígidas y estrechas para resolver las distintas cuestiones que se plantean frecuentemente en materia de actos de disposición del propio cuerpo” (UCES 2001).

(14) Liga de Amas de Casa c. Gobierno de la CBAS s/acción declarativa de inconstitucionalidad (14/10/03).

(15) El régimen especial tiene su razón de ser en el escaso riesgo del acto médico además de que se trata de un material renovable. La redacción del texto es imperfecta ¿Debe entenderse que la voluntad jurídica es la emitida por el representante legal sin perjuicio de la necesaria voluntad del menor? ¿o la voluntad debe provenir del menor con el asentimiento de su representante legal? La contestación afirmativa al segundo interrogante es la que mejor se compadece con el texto legal (Comp. BUERES, A., Trasplante de órganos en la persona humana, Dir. A. Borda, p. 156), debiendo entenderse que el mínimo de edad para expresar la voluntad jurídica del menor será la del discernimiento para los actos lícitos (art. 921 CC) (RIVERA, J., Instituciones de Derecho Civil. Parte General, t. 2, p. 64).

Situaciones especiales se plantean respecto del enfermo mental interdicto. Su ausencia de capacidad determina que el asentimiento deba ser otorgado por su curador. A diferencia de la ley francesa 303 del año 2002 (art. L 1111-4) —conocida como *Ley Kouchner* por haber sido el Ministro de Salud de ese país quien la promovió— la ley argentina no requiere que el enfermo mental apto para expresar su voluntad sea oído. A partir de la consideración de la crisis del dogma de la correlación absoluta entre la enfermedad mental y la ausencia de discernimiento resultante de los avances de la psiquiatría y las nuevas drogas y fármacos, (16) sería deseable una reforma legal que asimilara la situación a la del menor con discernimiento imponiendo la necesidad que el enfermo mental con discernimiento para el acto sea oído acerca de las alternativas terapéuticas sugeridas por el profesional.

Una nueva cuestión se relaciona con el tema de la dación de órganos y la interdicción. Dificiles decisiones se presentan cuando los Tribunales deben resolver peticiones del curador para la dación de un órgano del interdicto para ser trasplantado a un pariente cercano, que puede ser —incluso— quien se ocupa moral y patrimonialmente del interdicto. Estas presentaciones se han rechazado por considerar que no entran en la esfera de facultades del curador por ser de naturaleza personalísima y por no tener el juez facultades para acceder a un pedido de esa especie. (17) Los criterios judiciales han tenido respaldo doctrinario. (18)

En realidad, la ley de trasplantes circunscribe la posibilidad de la ablación a la existencia de la capacidad de obrar. Pero ello no excluye el necesario debate en vista de una modificación legislativa. En esa dirección no cabe prescindir que se trata de decisiones vinculadas a sentimientos y afectos esenciales del interdicto y que resulta injustificado privarlo de esa posibilidad si tiene el suficiente discernimiento para realizar el acto de la dación del órgano. (19) La relevancia de la decisión, no obstante, hace necesaria la certeza acerca de la plena comprensión del acto que se

---

(16) Sobre el tema, TOBIAS, J., La enfermedad mental y su tratamiento por el derecho privado: debates y tendencias actualizadoras en La persona humana, Dir. G. A. Borda, La Ley, p. 195 y ss.

(17) CCiv. y Com. San Martín, ED, 133-105.

(18) BIDARTCAMPOS, G., HERRENDORF, D., La ablación de órganos de un insano, ED 133-615; MORELLO, A.-ALEGRE, A., Es mucho de lo poco que le queda, JA 989-IV-484. También RIVERA, J., Actos de disposición de los derechos de la personalidad: actuación por los representantes legales, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 6, p. 97 y ss.

(19) CIFUENTES, S., RIVAS MOLINA, A., TISCORNIA, B., Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados, Hammurabi, p. 102.



proyecta con sus características definitivas e irreversibles. Ello supone el pleno conocimiento de las consecuencias personales de la dación y de los riesgos de la ablación, lo que debería verificarse a través de la intervención judicial precedida de un informe médico.

Otros casos límite se vinculaban con las enfermas mentales, interdictas o no, y la esterilización de ellas cuando se presentaban circunstancias en que resultaba manifiesta la imposibilidad de asumir mínimamente los deberes emergentes de la patria potestad y no existían otras alternativas terapéuticas que la esterilización. (20) Estos pedidos eran rechazados por los Tribunales con argumentos variados: la esterilización sólo es legal cuando media indicación terapéutica y si ésta existe es suficiente el asentimiento de la curadora. (21) Un fallo de un juez de Mar del Plata, sin embargo, había hecho lugar a un pedido de esterilización (un Hospital local actuó como peticionante): se trataba de circunstancias de hecho muy especiales en donde se hizo una interpretación amplia de la exigencia de la "indicación terapéutica" a que se refería la ley 17.132 (22) El criterio contaba con un

---

(20) Sobre el tema, IÑIGO DE QUIDELLO, D., Esterilización en caso de personas incapaces por causa de enfermedad o por deficiencia mental. Supuestos y consentimiento válido, ED, 139-387. Sobre la esterilización terapéutica de adultos capaces, puede verse BLANCO, L., Esterilización terapéutica de adultos capaces (consideraciones bioéticas-jurídicas), ED, 161-204.

(21) CCFam. y Suc. Tucumán, LA LEY, 1983-C, 500, con nota de MAZZINGHI, J., Precisiones a un fallo que deniega autorización judicial para esterilizar a un incapaz. El Tribunal destacó, también, que había desaparecido la situación fáctica vigente al momento del pedido (la falta de vigilancia en el lugar donde se encontraba la interdicta y la consiguiente posibilidad de relaciones sexuales con otros internos) debido a que a la fecha de la sentencia existían institutos separados de los enfermos de distinto sexo. El comentarista se pronuncia críticamente sobre un argumento del fallo afirmando que la intervención de la curadora no está prevista para la esterilización en la ley 17.132 (Adla, XXVII-A, 44); Primera Inst. JNac.Civ. N° 1 firme, ED, 130-25.

(22) La esterilización se solicitaba respecto de una paciente de treinta y seis años de edad, interdicta, internada en un servicio psiquiátrico. Sus primeros cuatro hijos —anteriores a una relación matrimonial— estaban bajo el cuidado del progenitor sin contacto alguno con la madre; los cuatro siguientes habidos de una relación de pareja, tres de ellos habían sido entregados en adopción plena, y el restante derivado a un instituto de menores mientras que un nuevo hijo nacido durante el período de internación psiquiátrica había sido derivado a la misma institución. Del informe del servicio médico peticionante, resultaba que nuevos embarazos "agravarían más la enfermedad psicopatológica de base desde un punto de vista clínico psiquiátrico" y que tampoco existía opción para otros métodos anticonceptivos. Fallo del Juez en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Dr. Pedro E. Hooft, su transcripción en HOOFT, P., Bioética y derechos humanos, Depalma, p. 157 y ss.

cierto consenso doctrinario. (23) La evolución concluye con la sanción de la ley 26.130 que autoriza la esterilización decretada judicialmente en el caso de un incapaz cuando es solicitada por el representante legal (art. 3°). Se está en presencia de un supuesto especial de un acto médico en que se requiere la integración de la voluntad del representante legal sumado a la autorización judicial.

#### **IV. La esterilización voluntaria contraceptiva y su incidencia sobre intereses relevantes de terceros**

Otro tema especialmente delicado lo constituye a mi juicio el de la esterilización voluntaria contraceptiva cuando incide sobre intereses relevantes de terceros. La ya citada ley 26.130 en efecto, prevé expresamente que la decisión de someterse a la ligadura de trompas o a la vasectomía no requiere el consentimiento del cónyuge o conviviente ni la autorización judicial. Esta solución, en determinadas circunstancias, bien podría considerarse inconstitucional como cuando se priva al otro cónyuge de su esencial vocación a la procreación y a tener descendencia (pienso en el caso de jóvenes recién casados sin hijos). (24)

#### **V. La revisión judicial de la negativa del representante legal del incapaz**

Establecidas algunas de las reglas acerca del asentimiento o la negativa en materia de incapaces, hay que precisar que la decisión del representante legal está sujeta al contralor judicial, pudiendo ser revisada en caso de resultar abusiva. El criterio de valoración puede ser sumamente complejo.

---

(23) CIFUENTES, S., RIVAS MOLINA, A., TISCORNIA, B., Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados, p. 105; MIELICKI, A. en Código Civil y leyes complementarias, Dir. A. Bueres, t. 1, p. 179.

(24) TOBIAS, J., Derecho de las personas, p. 615 y s.; ZAMBRIZZI, E., La esterilización de personas y la ley 26.130 de contracepción quirúrgica, en Derecho de familia y de las personas, año 2, n° 3, p. 157 y ss. En Francia, con sustento en el principio de la integridad del cuerpo humano, la Corte de Casación ha precisado que una ligadura de trompas de Falopio practicada con fines estrictamente contraceptivos, está prohibida (CCas. 6 de julio de 1998, JCP 1998-IV-3005, cit. por TERRE, F., FENOULLIET, D., Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, p.62. Comp. SEVERINO BAVIO, P., Derechos humanos y ligadura de trompas. Comentario a la ley 26.130, LA LEY, 2006-F, 1254.

Tal el reciente fallo de un Tribunal chileno de Valdivia. (25) Se trataba de un menor de once años con leucemia linfoblástica aguda que tuvo una redisiva luego de una aplicación de quimioterapia agravado con un cáncer testicular. Su madre se negaba a un nuevo tratamiento de quimioterapia que ofrecía un 40% de posibilidad de sobrevida al cabo de un tiempo y que requería además la extracción de los testículos. El médico oncólogo, fundado en el interés del menor, planteó un recurso de protección que fue acogido en primera instancia, imponiendo el tratamiento médico. El Tribunal Superior revocó la resolución y fijó dos *standards* para aceptar la intervención judicial en caso de negativa del representante legal: la enfermedad debe tener porcentajes estadísticos altos de cura y debe tratarse de acciones médicas cuya práctica no suponga un deterioro psíquico o físico que altere la dignidad como persona o afecte de modo intolerable la calidad de vida. Dispuso que el Tribunal inferior se asegurara que la madre recibiera toda información relevante para adoptar una nueva decisión definitiva con audiencia del menor. El pronunciamiento deja el interrogante si el 40% de posibilidad de sobrevida no era lo suficientemente alto y en qué medida la decisión de la madre estaba influenciada por la dificultad para afrontar las contingencias y sufrimientos del tratamiento.

Me parece de interés recordar que la ley francesa Kouchner en esta materia de la capacidad trae dos disposiciones que debieran, al menos, ser consideradas en vista de una eventual reforma: a) una de ellas (art. L 1114-4) autoriza al profesional a adoptar las disposiciones indispensables en el caso de rechazo de un tratamiento por el representante legal cuando puede traer consecuencias graves para la salud del menor o del mayor bajo tutela (se legitima directamente en esos casos la actuación del profesional, haciendo innecesaria la necesidad de recurrir a la autorización judicial); b) la otra (art. L 1111-5), prevé que el médico puede ser dispensado de obtener el consentimiento de los representantes legales sobre las decisiones médicas a adoptar cuando el tratamiento sea indispensable para salvaguardar la salud de un menor en el caso que éste se oponga expresamente a la consulta de uno o de ambos con el fin de guardar el secreto sobre su estado de salud. De todos modos, el médico debe esforzarse por obtener el consentimiento del menor a esa consulta y si aquél mantiene su oposición, el médico puede tramitar el procedimiento, debiendo el menor ser acompañado por otra persona mayor de su elección (esta norma probablemente prevé el caso que el menor busca evitar el impacto que el conocimiento de la enfermedad provocará en su progenitor).

---

(25) Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, año 2, n° 4, p. 235 y ss., con nota de ZAMBRANO, P., Sobre la legitimidad de la injerencia pública en decisiones concernientes a la suspensión de cuidados médicos.

## VI. El deber de información

Requisito de validez del asentimiento es el real conocimiento del tratamiento, práctica o intervención a que la persona será sometido, pues de otro modo la manifestación de voluntad resultaría viciada. Las reglas generales en materia de actos voluntarios son suficientes para fundar la afirmación, que también puede ser fundada en la cláusula general de la buena fe.

Se infiere de ello que el asentimiento o rechazo presuponen la existencia de un deber de información a cargo del profesional, que rige independientemente de la presencia de un contrato. (26) La existencia del derecho del paciente a recibir la información sanitaria necesaria vinculada a su salud, está consagrada en el art. 2 inc. b); *“el paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria vinculada a su salud”*. El contenido de la información esta expresado en el artículo 5 ; *“a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles”; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto”; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”*.

Un problema especial se relaciona con la indicación de los riesgos y ello presenta el problema de establecer si también se deben informar los más excepcionales. Los fallos de los Tribunales anteriores a la sanción de la ley reflejaban la diferencia de opiniones y la dificultad de establecer criterios absolutos. Así, para la Cámara Civil y Comercial de San Nicolás, por ejemplo, la información de los riesgos debe ser prudente, apropiada, no debe perturbar mencionando peligros lejanos provocando temores innecesarios y mala disposición que pueden generar —incluso— la ne-

---

(26) El deber de información del profesional adquiere una relevancia autónoma respecto de la prestación a que aquél se obligó. El puede haber realizado diligentemente la prestación sin haber obtenido el asentimiento necesario lesionando el derecho a la autodeterminación del paciente y consiguientemente su libertad personal o puede incurrir en responsabilidad por no haber realizado diligentemente la prestación de vida aunque haya cumplido el deber de información. En otro orden, si la prestación médica no deriva de una obligación contractual, el deber de información —que deriva de normas que regulan la actividad profesional— rige en plenitud (TOMASI, S., Consenso informato e disciplina dell'attività medica, Riv. Critica del Diritto Privato, año XXI, n° 3, p. 555 y ss.).

gativa al tratamiento. (27) En un sentido diverso, una Sala de la Cámara Federal Civil y Comercial hizo lugar a una acción promovida a raíz de un severo daño neurológico provocado por una arteriografía cerebral a un paciente arteriosclerótico. (28) El Tribunal consideró que la culpa consistía en la ausencia de información suficiente acerca de los riesgos del estudio, que eran sólo del cinco por mil. Este último fallo, a mi juicio, omitió considerar suficientemente el nivel de la necesidad médica de la práctica y de la condición psíquica del paciente, correlacionándola con la muy baja probabilidad del riesgo.

La ley argentina alude a los riesgos previsibles y la solución es distinta a la citada ley Kouchner que más limitadamente alude sólo a los *riesgos frecuentes o los graves normalmente previsibles* (art. 1111-2). Así, la generalidad de la ley 26.529 plantea el problema si el deber es el de informar todos los riesgos, aun los más excepcionales. En mi entender, en determinadas circunstancias, como cuando el riesgo es estadísticamente muy bajo o insignificante, las reglas de la ciencia médica imponen la necesidad de la práctica y el estado psíquico del paciente puede comprometer su éxito o llevar incluso a la negativa con compromiso para su salud, la decisión del médico de omitir la información del riesgo, debe ser justificada.

### VII. El privilegio terapéutico

Otra ardua cuestión es determinar si en circunstancias extremas, como cuando el pronóstico es gravísimo, el médico puede ocultar o deformar total o parcialmente la verdad y por ende la naturaleza del tratamiento.

En un sentido negativo —esta opinión prima entre los abogados— se afirma que el deber de información y la necesidad de requerir el asentimiento rige en toda circunstancia. Se argumenta con un derecho a la verdad fundado en el respeto a la dignidad, en la necesidad de posibilitar cumplir los actos que requieran las convicciones religiosas y en la necesidad de proveer a los intereses de los familiares que lo sucederán.

En un sentido afirmativo —esta opinión prima entre los médicos y está prevista en general en los Códigos de Deontología médica— se argumenta que la revelación del verdadero estado puede provocar un grave daño psí-

---

(27) CCiv. y Com. San Nicolás, Juris 94-43. En la misma línea de ideas, CNCiv., sala M., JA Bioética, 2ª parte, fascículo 102.

(28) CNFed. Civ. y Com., LA LEY, 1994-D, 2.

quico susceptible de incidir negativamente en la evolución de la enfermedad, destacándose además la necesidad de no prescindir de la naturaleza humana, con sus debilidades y flaquezas. Se concluye que la dignidad humana se encuentra mejor resguardada, a veces, con una conducta caritativa que evite el derrumbe psicológico del paciente.

La ley sólo libera de la obligación de requerir el consentimiento informado en los casos que mediere *grave peligro para la salud pública* (art. 9) y delega a la reglamentación los modos de acreditación de la excepción, agregando que deberá ser interpretada con carácter restrictivo. (29) No contempla, por consiguiente, la hipótesis del llamado privilegio terapéutico que sí contemplan en cambio algunas leyes provinciales bajo la pauta del “criterio médico justificado” (Ley 3076 Río Negro; 6952 Tucumán). (30) Ello no excluye que en circunstancias de excepción, el profesional quede liberado, parcial o totalmente del deber de información: tal sucederá cuando las circunstancias indiquen que omitir determinada información guarda directa vinculación con el resguardo de la salud psíquica o física de un paciente. Aspectos a computar pueden ser, entre otros, el estado psíquico, la edad, las convicciones religiosas o la ausencia de éstas, la certeza que el tratamiento es el único posible, etc. Tal afirmación guarda correspondencia con la dignidad y el resguardo de la salud del paciente: la realidad indica que no todos están en condiciones de afrontar una revelación de sufrimientos e incurabilidad. (31) En esos casos, será necesaria la información a los parientes.

---

(29) El mismo artículo agrega la excepción de una situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente y éste “no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales”. Pero ello configura un supuesto de imposibilidad de asentir que se considera más adelante.

(30) Ellas establecen que, cuando por razones legales o criterios médicos justificados no sea aconsejable comunicar al paciente datos relacionados con el diagnóstico, tratamiento o pronóstico, habrá de suministrarse dicha información a la persona que lo represente.

(31) BORDA, G., Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, p. 106. Dice LÓPEZ AZPITARTE, E., desafíos actuales, 4ª ed. San Pablo p. 267: “La depresión, una angustia intolerable, el abatimiento que elimina toda esperanza, el aumento de la rebeldía internamente a lo irremediable, agravarían aún más el dolor y la postulación de la enfermedad, influyendo también en su misma evolución. El ansia y la ilusión de vivir son una buena terapia para superar crisis que no se vencerían con un enfermo amargado”; LOUDET, O., Vida y espíritu del médico, p. 105 transcribe estas expresiones de Maraño: “Algunas noches al terminar mi trabajo, he pensado lo que hubiera pasado si a todos los enfermos que habían desfilado por la clínica les hubiera dicho rigurosamente la verdad. No se necesitaría más para componer la fuga más espeluznante del gran Guiñol. El médico pues —di-

### VIII. El derecho a no saber

Así como el principio de la autodeterminación impone la necesidad del asentimiento y de respetar la negativa del paciente, el mismo principio funda el derecho a no ser informado ni de la enfermedad ni de la alternativa terapéutica. (32) El derecho está reconocido expresamente en el art. 2 inc. f) de la ley *“El derecho a la información sanitaria incluye el de*

---

gámoslo heroicamente— debe mentir. Y no sólo por caridad; cuantas veces una inexactitud deliberadamente imbuida en la mente del enfermo le beneficia más que todas las drogas de la farmacopea...” Y agrega Louvet: “El médico debe saber mentir... algunas -por inesperada evolución de la enfermedad cuyo pronóstico era letal- la mentira piadosa se transforma en una verdad insospechada. Cuantas veces hemos mentido para aliviar e ignorábamos que nuestra pobre mentira escondía el milagro de una magnífica verdad... El deber de la sinceridad, el deber de la verdad, debe ser superado por el deber de humanidad, por el deber de caridad y éste no puede cumplirse si no mediante el artificio de la mentira. Esto sucede en el ejercicio de la profesión médica ... yo he visto rostros ansiosos que imploraban, sin palabras, las dulces mentiras. El alma atormentada necesitaba una medicina moral con la misma urgencia que un dolor físico pide una inyección de morfina ...” En Francia, el Código de Deontología Médica de 1995 (art. 35), establece que en interés del enfermo y por razones legítimas, que el profesional apreciará en conciencia, un enfermo puede ser tenido en la ignorancia de un diagnóstico o pronóstico grave, salvo en el caso donde la afección ponga en riesgo de contaminación a terceros. El mismo artículo prevé la excepción que la paciente haya anticipado la prohibición de revelar un pronóstico fatal o haya designado a los terceros a los cuales haya de suministrársele la revelación. En Italia, el Código de Deontología Médica (1998), consagra la facultad de la persona asistida a no ser informada o a delegar a un tercero para que se le informe. La Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina (1996) establece que por vía de excepción, en determinados casos, se puede prescindir del derecho del paciente a recibir información respecto de su salud y se consagra el derecho de la persona a no ser informada con las limitaciones de la protección de la salud pública o los derechos de terceros (art. 10). El Proyecto de Código Civil de 1998 propone el siguiente texto: “Artículo 112.- Consentimiento del paciente. Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario”. La sola excepción de la “disposición legal en contrario” deja fuera de ello los casos en que medien circunstancias médicas justificadas que hagan manifiestamente desaconsejable comunicar datos relacionados con el diagnóstico o pronóstico sin que se encuentren comprometidos intereses de terceros o la salud pública.

(32) Tratándose de una hipótesis de una renuncia a un derecho —y la consiguiente liberación de un deber del profesional— se deben extremar los recaudos para asegurarse que se trata de una decisión libre y consciente ajena a una situación de extrema angustia y preocupación.

*no recibir la mencionada información*". El texto legal, a mi juicio equivocadamente, no contempla la excepción —prevista en la ley francesa (art. L 1111-2)— que haya terceros expuestos a un riesgo de transmisión. En otro orden, la decisión de no saber, puede estar completada con la decisión de delegar a un tercero la recepción de la información y la decisión.

### **IX. Negativa del paciente**

Particulares dificultades suscita el interrogante si en ciertos casos el tratamiento o práctica puede realizarse contra la voluntad del paciente.

Deben excluirse del análisis las situaciones en que por diversas circunstancias la negativa no constituye un acto voluntario, es decir una decisión libre y conciente. En casos como esos —si se considerara que se da un supuesto de imposibilidad de asentir— deberá requerirse la manifestación de voluntad de los parientes o resolverse en base a la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 9 (situación de grave riesgo o peligro para la salud o la vida) o de los requisitos del estado de necesidad.

La evaluación de la voluntariedad de la negativa requiere determinar la idoneidad para apreciar la información sobre el propio estado de salud y las medidas propuestas y las alternativas; la ausencia de coacciones internas significativas (miedo, dolor, sufrimiento, depresión) que condicionan la decisión y desestabilizan la escala de valores; la ausencia de coacciones externas que inciden decisivamente sobre una voluntad libre, como lo sería la incidencia de problemas económicos para afrontar los costos. Quizá deba agregarse la temporalidad de la negativa: un antecedente judicial puede ser ilustrativo. Se había denegado judicialmente la autorización para una transfusión de sangre a un paciente Testigo de Jehová que se encontraba inconsciente en base a un documento médico de cierta antigüedad que rechazaba la transfusión; el mismo día, horas después del fallo denegatorio, el paciente recupera la conciencia y manifiesta su asentimiento para la transfusión. (33)

Una situación especial presenta la negativa voluntaria cuando ella constituye una forma larvada u ostensible de suicidio. La discusión se

---

(33) Sobre ese pronunciamiento, HIGHTON, E. - WIERZBA, S., *La relación médico paciente: el consentimiento informado*, p. 496 y ss.. Pero —también— en coincidencia con la opinión del texto, se considera que debe prevalecer el principio in dubio pro vita, debiendo la negativa ser actual (sobre la discusión en el derecho italiano, ROMBOLI, R., *Personne fisiche. Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, p. 354.



encuentra influenciada sobre la naturaleza del suicidio. Si se considera una facultad de la persona, es claro que no cabe oponerse a la decisión, pero si se entiende que no existe un derecho al suicidio y que el derecho a la vida es indisponible, se estará en presencia de un acto que por su particular característica no genera sanciones civiles, pero genera el deber de terceros de evitarlo.

Establecer si la decisión constituye una forma de suicidio, es una situación de hecho de caracterización compleja y contornos difusos, (34) que hacen difícil distinguir cuando hay una negativa voluntaria que debe ser respetada —aunque anticipe o acarree la muerte— y cuando una negativa es calificable como de suicidio por omisión. Algunas pautas para su dilucidación —muy dependientes de las circunstancias de hecho— pueden ser: la ausencia de motivos atendibles para la negativa; la ausencia de riesgos del procedimiento propuesto, las posibilidades de éxito, etc. Encuadrada la negativa como una forma de suicidio, se me ocurre que el medio social no puede desinteresarse ante el hecho de la muerte absolutamente injustificada de alguno de sus miembros: siendo la libertad un bien esencial e imprescindible para la existencia del hombre, esta no ha de computarse en forma aislada sino refiriéndola a la coexistencia.

En lo atinente a la cuestión central, debe primar el criterio del respeto de la negativa voluntaria del paciente. Empero, otra vez, debe establecerse el grado de generalidad de la regla legal que impone el respeto a la voluntad del paciente. Pienso que en situaciones de verdadera excepción puede admitirse que la actuación profesional quede legitimada cuando hay máximo riesgo para la vida o aspectos relevantes de la salud que pueden superarse con tratamientos sencillos, seguros, indoloros, carentes de riesgo y con máxima posibilidad de éxito (medicamento a un paciente intoxicado). (35)

#### **X. Negativa y convicciones religiosas**

Especial importancia práctica suscita el tema de la negativa a transfusiones de sangre fundada en las creencias religiosas. Tal el caso de los Testigos de Jehová.

---

(34) BUERES, A., Responsabilidad civil de los médicos, p. 200.

(35) GUASTAVINO, E., Negativa a aceptar una transfusión de sangre, LA LEY, 1976-A, 4; BUERES, A., Responsabilidad civil de los médicos, p. 193.

Los primeros fallos y opiniones doctrinarias (36) se alinearon en la postura de priorizar el derecho a la vida y la salud comprometidas. Más recientemente, a partir de un conocido fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es perceptible una corriente contraria que hace prevalecer la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad. Se trata de la causa “Bahamondez” (LA LEY, 1993-D, 130): un enfermo cuya vida parecía depender de una transfusión de sangre a la que se negaba por sus convicciones religiosas (37)

En la imposibilidad de un análisis pormenorizado, debe decirse que se trata de un tema polémico: nuevamente, la facultad de la autodeterminación debe confrontarse en ocasiones con el derecho a la vida y a la salud que exceden su naturaleza individual y se constituyen en interés de la sociedad toda. A veces, la indicada facultad debe también confrontarse con intereses relevantes de terceros. Tal el caso del padre de familia, sostén único de una prole numerosa de menores. La solución es más clara cuando la creencia religiosa es invocada para oponerse a una transfusión de sangre necesaria para la salud o vida de un hijo menor: es claro que tratándose del derecho a la vida de un tercero, es este interés el que debe prevalecer sobre la convicción religiosa del representante legal (38) La misma solución debe adoptarse en el caso de negativa de una mujer embarazada fundada en sus propias creencias religiosas. Sobre ellas debe primar el derecho a la vida del concebido.

Fuera de los casos enunciados —excepcionales— debe respetarse la voluntad del paciente y, como se dijo, la solución viene impuesta por la

---

(36) JN1<sup>a</sup> I Trab. 37, LA LEY, 1976-A, 1; GUASTAVINO, E., Negativa a aceptar una transfusión de sangre, LL 1976-A-1; TOBÍAS, J., El consentimiento del paciente en el acto médico, ED 93-803; BUERES, A., Responsabilidad civil de los médicos, p. 74.

(37) LA LEY, 1993-D, 132. El criterio del fallo es recogido por otros pronunciamientos (J1a ICyC 15<sup>a</sup> denominación Rosario, ED, 162-624; JNCiv. 9, LA LEY, 1987-A, 84; CNCiv., sala G, LA LEY, 1996-C, 390; C 5<sup>a</sup> CC.MP y Trib., Mendoza, LA LEY, 1997-F, 609) y por un sector de la doctrina (RIVERA, J., Instituciones de Derecho Civil, t. II, p. 54; SAGÜES, N., ¿Derecho constitucional a no curarse?, LA LEY, 1993-D, 132; HIGHTON, E.- WIERZBA, S., La relación médico paciente: el consentimiento informado, p. 507; BIDART CAMPOS, G., La transfusión y la objeción religiosa de conciencia, ED, 124-113).

(38) JN1<sup>a</sup> I n° 3, ED, 114-113. En otro caso (J Paz Letrado Ensenada, Pcia. Bs. Bs., ED, 153-264) un menor, con la conformidad de sus padres, solicitó la certificación de las firmas del documento en que expresaba la negativa a someterse a transfusiones sanguíneas en caso que fuera necesario; la petición le fue denegada.

circunstancia que el paciente es el árbitro único e irremplazable de la situación. (39)

### **XI. Imposibilidad de asentir**

En ocasiones, el paciente mayor de edad y capaz no estará en condiciones de recibir la información ni expresar su voluntad respecto de la propuesta del tratamiento debido a su estado de salud o a otras circunstancias.

Antes de la sanción de la ley, era generalizado el criterio que sostenía que el asentimiento debía en esas circunstancias ser otorgado por los parientes que eran, además, los destinatarios del deber de información. Existían divergencias relativas a cuales parientes. Orgaz pensaba que debían ser los de grado más próximo por aplicación analógica de las reglas del discernimiento de la tutela. (40) Pero razones prácticas hacían más conveniente prescindir del orden de prelación y recurrir a los parientes que teniendo deberes de asistencia y alimentos, se ocupaban en esos momentos del paciente (41) a quienes se les atribuía una representación legal tácita de los previstos en el inc. 4º del art. 1870 del Código Civil. (42)

Mediando imposibilidad de recurrir a los parientes o no habiéndolos, se coincidía en que la intervención profesional quedaba justificada si concurrían los presupuestos del estado de necesidad. (43)

---

(39) CNCiv. Sala H, LA LEY, 1991-B, 364; con transcripción de TOBÍAS, J., El consentimiento del paciente en el acto médico, ED 93-803. Se trataba de un pedido de autorización judicial promovido por el hijo de un paciente afectado de gangrena en un pie para que se le practicara la única terapia posible consistente en la amputación hasta la rodilla, a lo que el paciente se negaba. La pretensión judicial se desestimó.

(40) ORGAZ, A., *Personas individuales*, Assandri, p. 125 y s.

(41) BUERES, A., *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 167; CIFUENTES, S., *Derechos personalísimos*, p. 328 y s.

(42) BUERES, A., *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 167.

(43) No son compatibles los puntos de vista que en esos casos se está en presencia de un "consentimiento presunto" (HIGHTON, E.- WIERZBA, S., *La relación médico paciente: el consentimiento informado*, p. 597) o que el profesional actúa, allí, como un "gestor de negocios". Ninguna norma permite deducir los efectos propios del consentimiento en base a la "posible" actitud que hubiera adoptado el paciente en estado de discernimiento ante las mismas circunstancias. En cuanto a la gestión de negocios, ella requiere contacto con el patrimonio de otro (art. 2288 CC) cuando aquí se actúa sobre un bien extrapatrimonial.

¿Cuál es la solución de la ley? En el supuesto de incapacidad o de imposibilidad de comprender la información a causa del estado físico o psíquico, dispone en una redacción confusa que la información será brindada al representante legal, al cónyuge que conviva con el paciente o a la persona que sin ser su cónyuge conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad (art. 4, 2º párr.) (44) El texto legal no plantea un orden de prelación ni prioriza al que en esos momentos se ocupa del paciente. Es razonable pensar, de todos modos, que el profesional —dependiendo de las circunstancias— podrá recurrir a cualquiera de los legitimados que se encuentre a cargo del paciente cuando exista la necesidad de brindar la información.

El artículo 9 de la ley dispone que el profesional quedará eximido de requerir el consentimiento cuando mediere una situación de emergencia o grave peligro para la salud o vida del paciente y éste no pudiera dar consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Pienso que esta norma debe correlacionarse con la anterior (art. 4, 2º párr.) de la siguiente manera: si las circunstancias lo permiten, el profesional debe esforzarse por obtener el consentimiento de los legitimados para recibir la información. Si ello no fuera posible o fuera incompatible con el estado de salud del enfermo y mediere una situación de emergencia, la actuación del profesional quedará legitimada por aplicación del mencionado artículo 9 ó por el estado de necesidad.

Puede suceder en el curso de una intervención que el cirujano descubra una patología más grave o distinta que la diagnosticada que exija una conducta diversa a la informada que fue motivo del asentimiento. Una corriente jurisprudencial francesa estima que la cirugía debe suspenderse y reanudarse una vez obtenido el asentimiento del paciente, sin aceptar siquiera el asentimiento de un familiar en el curso de la intervención. (45) El punto de vista, analizado sin las particularidades de la situación, bien puede calificarse de bárbaro. (46) En muchas circunstancias la culpa consistirá en suspender la intervención y no en seguirla sin el asentimiento, como en situaciones de muy alto riesgo, de urgencia y en que la intervención es inevitable en el muy corto plazo.

---

(44) El párrafo debe interpretarse en el sentido que habiendo incapacidad, el consentimiento deberá brindarse por el representante legal y en caso de imposibilidad de comprender la información, por el resto de las personas enumeradas.

(45) Los fallos de la jurisprudencia francesa citados por MAZEAUD, H. Y L.-TUNC, A., Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil, t II, vol. 1, p. 180.

(46) MAZEAUD, H. Y L.-TUNC, A., Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil, t. II, vol. 1, p. 179.

## **XII. La impronta del interés general**

En ocasiones, el legislador limita el valor de la regla en base a las potestades que detenta en materia de policía sanitaria, haciendo predominar el interés general. Tales los casos de las vacunaciones obligatorias para prevenir enfermedades (ley 22.909) (Adla, XLIII-D, 3743), la exigencia del certificado prenupcial o las revisiones médicas para ingresar a colegios o universidades. La negativa a someterse a esas obligaciones posibilita en ocasiones la realización en forma compulsiva (art. 18 ley 22.909) (47) y en otras sólo acarrea la aplicabilidad de sanciones o consecuencias (no ingreso a los estudios, imposibilidad de celebrar el matrimonio, multas, etc.).

En ocasiones, como se dijo, la negativa al asentimiento puede incidir en intereses relevantes de terceros. Una situación emblemática es la prueba diagnóstica del HIV, particularmente, en determinada población de riesgo como el de los adictos a las drogas (es el riesgo de contagio de embarazadas, casados o convivientes). La ley 23.798 (Adla, L-D, 3627) de lucha contra el SIDA prescribe que los profesionales que asistan a personas integrantes de grupos de riesgo, están obligadas a prescribir pruebas diagnósticas adecuadas. Sin embargo el Decreto reglamentario del artículo respectivo (art. 6), establece que el profesional determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento de éste, y le asegurará confidencialidad y lo asesorará. Ello generó una controversia —no resuelta— acerca de si el decreto reglamentario deformó el significado de la ley, planteando el problema de la conducta médica a adoptar cuando, por las características de la situación, existen fundadas sospechas de riesgo de con-

---

(47) La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (causa C. 111.870, “N.N. o U.V. Protección y guarda de personas”, 06/10/2010, con nota de RIVERA J., Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales) dispuso intimar a los progenitores de un menor a que acreditaran el cumplimiento del plan de vacunación obligatorio con el apercibimiento de procederse a la realización en forma compulsiva del modo menos traumático para el infante, con los cuidados del caso, debiendo garantizarse que la medida no lesione el derecho a obtener un trato digno y respetuoso por parte del menor y su círculo familiar. Los padres se oponían a que el menor recibiera las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación debido a su propia visión de la medicina y de la elección que profesan por el “modelo homeopático” y en especial los “ayurvédicos.” Es un claro supuesto en que la autonomía de los padres se enfrenta con el interés relevante del menor y en donde una cosa es el proyecto de vida de los primeros y otro es el derecho a la salud del hijo menor que es indisponible por los padres. El anotador del fallo se interroga sobre la constitucionalidad de la vacunación compulsiva cuando quien la rechaza es una persona capaz.

tagio de la enfermedad a terceros. (48) A mi juicio, en circunstancias como la expuesta, debe priorizarse el derecho a la salud o la vida de terceros por sobre la autodeterminación e intimidad del paciente, estando el profesional facultado para realizar la prueba diagnóstica en los términos del citado artículo 6 de la ley 23.198.

Un fallo de la Corte Suprema fijó el criterio que no era observable un examen de HIV efectuado por la Policía a uno de sus miembros sin su consentimiento. Consideró que existía un interés superior al individual relacionado con el cumplimiento adecuado de sus funciones. Paradojalmente sin embargo, confirmó la sentencia que hizo lugar a la nulidad del acto que dispuso el pase a retiro del agente que era portador asintomático. (49)

### XIII. Exámenes médicos como prueba en juicio

En ocasiones, este tipo de exámenes revisten singular importancia: tales los casos de juicios de filiación a fin de establecer el vínculo o de nulidad del matrimonio fundado en la impotencia de un cónyuge. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que no es admisible la compulsión física, aunque atribuyen a la negativa una presunción grave que requiere de otras pruebas para respaldarlos. (50) No faltan opiniones que proponen de *lege ferenda* el uso de la fuerza. (51)

En los procesos de interdicción e inhabilitación, la generalidad de los códigos procesales autorizan al juez disponer la internación por cuarenta y ocho horas cuando hay imposibilidad de acompañar los certificados

---

(48) Sobre el tema, WIERZBA, S., Sida y responsabilidad civil, Ad. Hoc, p. 197 y ss.

(49) CSJN LA LEY, 1997-B, 1779.

(50) BORDA, G. A., Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª ed. Actualizada por Guillermo J. Borda, t. II, p. 70; BOSSERT, G.-ZANNONI, E., Régimen legal de filiación y patria potestad, Astrea, p. 105; BIDART CAMPOS, G., Medios probatorios que requieren prestar el propio cuerpo, ED, 150-524; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano, ED, 153-490; CNCiv. Sala E, LA LEY, 1990-C, 441; íd. sala F, ED, 137-645; CS Santa Fe, LA LEY, 1992-D, 536.

(51) Minoritariamente, en nuestro país, se ha propuesto de *lege ferenda* la compulsión para el logro de las pericias (GROSMAN, C.-ARIANNA, C., Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, LA LEY, 1992-B, 1201). También, al parecer, HIGHTON, E.-WIERZBA, S., La relación médico paciente: el consentimiento informado, p. 315 y s.

médicos que tienden a acreditar la seriedad y actualidad de la denuncia. El art. 482 del Código Civil, por su parte, autoriza la internación involuntaria de enfermos mentales, drogadictos o alcohólicos crónicos para su tratamiento.

#### **XIV. Forma del consentimiento**

La ley 26.529 (Adla, LXX-A, 6) consagra la regla general de la verbalidad con cinco excepciones en que se requiere el documento escrito firmado. Estos son: *a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación.* El verdadero significado y alcance de alguna de estas excepciones es dudoso. Tal la caracterización de los “procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos”. El criterio de la ley argentina contrasta con el criterio de la ley de sanidad española que, a la inversa, prevé la forma escrita con excepciones.

La exigencia del documento escrito firmado plantea el interrogante del carácter en que es impuesta esa forma ¿Es requerible como “visceral” al acto, impidiendo la prueba de haberse dado el consentimiento de otra manera?, ¿o es una forma meramente “aconsejada” pudiendo probarse por otros medios de prueba (calificada tradicionalmente como forma “*ad probationem*”)? Debe establecerse, asimismo, el valor a atribuir a un asentimiento escrito pero muy genérico, como cuando se afirma que se ha sido informado de los riesgos sin decir cuáles.

Otra cuestión se relaciona con la carga de la prueba: ésta le incumbe al paciente o al profesional? La situación no está contemplada en la ley argentina a diferencia de la ley francesa Kouchner que prevé que en caso de litigio, le pertenece al profesional o al establecimiento la carga de aportar la prueba que la información fue dada en las condiciones previstas por la ley y que esta prueba puede ser aportada por cualquier medio. Recogió de esa manera el previo criterio de la Corte de Casación de ese país.

#### **XV. Conclusión**

Tales son algunas de las reflexiones que suscita el análisis de la ley 26.529. Como conclusión más general, puede decirse que aspira a regular —algunas veces con omisiones y otras con errores— aspectos sensibles y centrales de la persona humana, en donde es manifiesta la dificultad de establecer criterios rígidos y en donde, en ocasiones, el intérprete se verá enfrentado a la necesidad de resolver la tensión entre el derecho de autodetermina-

ción del paciente y el derecho a la vida y a la salud del propio paciente. En casos como esos, no deberá prescindirse de considerar que alrededor del derecho a la vida se conforman los demás derechos; sin un sujeto humano viviente no hay titular de ningún derecho, sean fundamentales o no, personalísimos o no.

---



# COMPORTAMIENTO PSICOLÓGICO DEL SIMULADOR

POR MARIANO GAGLIARDO (\*)

I. Derecho y Psicología. II. Algunos conceptos de las ciencias aludidas. III. Acerca de la simulación jurídica. IV. Simulación y Psicología. V. Otras simulaciones. VI. Final.

Señores Académicos:

Nada más difícil que efectuar algunas reflexiones sobre un tema, por cierto, polémico, sumamente amplio y donde confluyen dos ciencias sociales: una que nos vincula, el Derecho y otra, de relativa actualidad, la Psicología.

El tema propuesto, nos resultó de interés sin dejar de reconocer su difícil contenido lo que resultara un estímulo sin dejar de significar un desafío. Así, y con vuestra benevolencia, intentaré abordarlo.

## **I. Derecho y Psicología**

El ser humano vive inmerso dentro de la comunidad social y no le es permitido actuar según sus propios impulsos, sin limitación alguna. Porque el Derecho versa sobre la conducta; es ordenación de la conducta. Conciérne al comportamiento del hombre.

La convivencia con sus semejantes requiere que el individuo adapte su conducta al imperio de distintos preceptos, todos los que tienen en común, ser corolario de la vida en sociedad, tendientes a prescribir determinados modos de obrar.

Y dentro de la variedad de categorías normativas que existen en una sociedad civilizada, interesan los dispositivos jurídicos, que son pautas

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 11 de noviembre de 2010.

de conducta impuestas por el Estado con carácter necesario, para regir las relaciones de los hombres en su vida social, las que se encuentran en el orden jurídico.

Con relación a la Psicología, como disciplina que estudia la conducta humana o más concretamente, el significado de la actuación del hombre, ha estado presente de modo permanente a lo largo de la historia de la humanidad. Y este interés, forma parte ineludible de las personas, pues el verdadero sentido que adquirimos en cuanto tales proviene de la interpretación que efectuamos del comportamiento, tanto propio como ajeno.

En una concepción amplia, toda persona puede considerarse “psicólogo” en tanto y en cuanto, ha de tener presente las intenciones y motivaciones de los otros sujetos con los que se relaciona; debe tener presente, en definitiva, el motivo de la conducta de los demás individuos.

La Psicología como ciencia, y no como intuición personal, es relativamente reciente. Se acepta como fecha de origen de la Psicología experimental el año 1879. En esa época Wundt su precursor, creó, el primer laboratorio formal de Psicología que hubo en el mundo. A partir de entonces, comenzó a estudiarse la conducta humana, sus motivaciones y sus funciones de forma metódica sistemática y científica.

Es que la Psicología, por definición, es la ciencia que estudia el proceder humano intentando abarcar la globalidad de las actitudes del hombre.

En ese contexto que intenta explicar las causas y el significado de la conducta humana surge, junto a otros términos psicológicos, el concepto de motivación. Se trata de dilucidar por qué nos comportamos y actuamos de la manera en que lo hacemos en una situación determinada. Al plantearnos el por qué del comportamiento de la conducta de las personas, nos estamos interesando directamente por el término motivación como proceso explicativo y determinante de obrar humano.

En definitiva, aquello que hace a los sujetos actuar de una u otra forma.

La motivación es un dato psicológico orientado a los últimos fundamentos de nuestra conducta; es decir del comportamiento del hombre; alude a aquellos aspectos de nuestro interior (consciente o inconsciente) que nos impulsa hacia los objetos —todo aquello que no es el sujeto— posibilitando que nuestros actos sean de la manera que son y no de otra forma.

Por tanto la motivación, como elemento relevante del significado de nuestro comportamiento, no puede ser observada directamente sino que tenemos que inferirla a partir de datos e indicios que recabamos fundamentalmente de la situación o contexto donde el acto específico tiene lugar. A raíz de lo cual, el académico Héctor Alegria (1) argumenta que no puede dudarse de que en una situación de crisis provocada por la insolvencia, la estabilidad emocional y el impacto psicológico consiguiente es significativo y es claro que las leyes concursales no pueden ocuparse de estos problemas. La motivación de la conducta de un sujeto que observamos, por caso, con el brazo extendido y levantado al frente será bien distinto si lo situamos frente a un taxi o pretende que un amigo lo identifique, si está inmerso en una multitud.

Señalemos que los psicólogos como todos los científicos realizan observaciones, formulan hipótesis, elaboran teorías y modifican o perfeccionan esas teorías a la luz de nuevas observaciones.

La Psicología cumple el requisito básico de toda ciencia: confrontar sus teorías con la realidad, rechazándolas si la experiencia no las confirma. Más ello no es fácil comprobarlo porque los resultados en cada persona cambian.

La Psicología es algo más que el sentido común, aunque nosotros utilizamos lo que podría llamarse una psicología del sentido común, si bien ello tiene muchos errores pues no son precisos.

No quiero cerrar este apartado, sin destacar el interés de la psicología por el comportamiento delictivo, tema agudamente tratado por el Sr. Presidente de nuestra Academia, en su destacada obra "El delito de chantaje".

## **II. Algunos conceptos de las ciencias aludidas**

El lenguaje hablado, exterioriza ideas, pensamientos y también conceptos o nociones, a veces técnicos o de cierta imprecisión, en función de la persona que los efectúa.

Trasladadas estas cuestiones al diccionario de cada ciencia se advierte que las expresiones, en particular en el Derecho y la Psicología, tienen acepciones que en palabras del académico Alfredo Colmo, sin ser homonimias, traducen realidades diversas. Y sin agotar el inventario de ellas cito:

---

(1) *Entrepreneurship y aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 35.

- **Transferencia:** proceso en virtud del cual los deseos inconscientes se actualizan sobre ciertos objetos, dentro de un determinado tipo de relación establecida con ellos y, de un modo especial, dentro de una determinada relación. Si de lo jurídico se trata, la transferencia alude a un desplazamiento de valores, de derechos, de fondos etcétera.

- **Proyección:** operación por medio de la cual el sujeto expulsa de sí y localiza en el otro, cualidades, sentimientos, deseos, que no reconoce o que rechaza en sí mismo. Mientras, que si el concepto se aplica a lo jurídico, se suele explicitar respecto de los alcances y o efectos de actos o situaciones de Derecho, por caso, el art. 944 CCiv.

- **Subjetividad:** mientras que en psicología se aplica para aludir a la experiencia de sí mismo, en el orden jurídico, resulta un factor de atribución de responsabilidad a título de dolo o culpa.

- En el lenguaje forense, a raíz de un hecho donde no existe un horizonte de seguridad, es usual utilizar la frase: “creo recordar”, plano dubitativo que puede luego resultar una certeza; mientras que en psicología, se dirá “huellas némicas”, que es aquello que queda en la memoria.

- El Derecho positivo, tiene mandatos y prohibiciones, que se traducen —o debieran significar— conductas ejemplares; sin embargo, en época reciente el calificado psiquiatra Enrique Rojas (Los niños que maltratan a sus padres, El Mundo, España, ej. del 29-X-10 p. 31) dice que “es también conveniente no repetir machaconamente los mismos mensajes al hijo: Pórtate bien, obedece, haz lo que se te dice “pues existe en psicología lo que se llama la ley estímulo-respuesta, que dice así: la repetición excesiva y cansina del mismo mensaje por agotamiento, produce el efecto contrario del que se pretende.

### **III. Acerca de la simulación jurídica**

En Derecho privado, nadie está obligado a dar al mundo cuenta de las razones de su propia actividad o inactividad negocial.

¿Acaso, está prohibido simular la celebración de un acto jurídico? Ante lo cual, caben distintas respuestas, cada una con sus alcances jurídicos: en un primer supuesto, cabe argumentar en el sentido de no explicitar acerca del propio obrar; en la hipótesis que un tercero pidiera explicaciones, las cosas cambian, máxime cuando el que indaga tiene un interés legítimo a una respuesta adecuada.

Porque una cosa es simular de manera irrelevante y otra diversa es tener derecho a hacerlo con una aspiración "*urbis et orbis*" a que los demás respeten la simulación generada, a que no indaguen la verdad de lo acontecido y, en consecuencia, si aciertan lo veraz deban callar y no develen el secreto, más aun cuando están legitimados a controvertir el acto en cuestión.

Nada más difícil que simular situaciones jurídicas con vocación de permanencia, máxime cuando a los variados actos deben concurrir distintas personas. Es decir, un conciliábulo de sujetos dispuestos a generar equívocos y engañar por variedad de motivaciones, entre otras: vulnerar la legítima hereditaria, sea por enemistad con sus parientes o relaciones de cualquier índole; eludir a los acreedores; mantener un protagonismo; buscar una indirecta prosperidad venganza silenciosa y privada, etcétera.

Es que la contradicción entre el elemento oculto y el real, son el núcleo de la simulación: la divergencia estructural es entre la apariencia y la realidad.

La disparidad que existe entre el elemento aparente y el real, debe ser fruto de una voluntad libre y consciente: el acto simulado conlleva una mentira voluntaria. Debe retenerse el aspecto voluntario de la simulación lo que posibilita trazar la frontera que separa el error de la simulación: no se simula por error o por casualidad.

Tampoco hay simulación jurídica cuando las partes aún de común acuerdo, realizan un acto teniendo por finalidad extraer del mismo efectos que no son los normales. Por caso, una pareja donde uno está próximo a fallecer; como esta persona desea transmitirle todos sus bienes a la otra, y no tiene tiempo de testar a pesar de su propósito, para lograr los efectos del testamento, se casan "*in extremis*". En la hipótesis, el acto del matrimonio no fue realizado buscando los efectos normales que derivan de celebrar un matrimonio, sino que fue realizado con el fin de operar una transferencia de bienes esto, no configura un acto simulado pues nada se simula, sino que efectivamente se está realizando un matrimonio.

Debo señalar, un aspecto sobre el que coincide calificada doctrina que tratara el tema: ... que la precisa y descriptiva definición legislativa del art. 955 CCiv., relativa a la simulación no ha sido motivo de observaciones.

No cabe decir lo mismo respecto de uno de los sujetos simuladores y su variada conducta que es el prestanombre a quien con sobrada elegancia algunas leyes hablan de "interpósita persona"; en lenguaje menos coloquial, la doctrina le denomina "testaferro" u "hombre de paja." Ferrara en su clá-

sica obra acerca de “Simulación de los negocios jurídicos” escrita en el año 1899 y presentada como tesis para la Universidad de Messina, en la segunda edición, en nuestro poder, en p. 145 dice que el testafirro es un contratante fingido, aparente, imaginario para señalar de manera categórica, que “la persona interpuesta es un fanteohe, simple medio para un engañeo”.

#### **IV. Simulación y Psicología**

En la vida del hombre, se desarrollan y producen ideas, conjeturas, emociones, estados anímicos (ilusiones, tristeza, entusiasmo, alegría), los que carecen de relevancia en la medida en que no se exterioricen al mundo de las realidades; a la esfera externa y circundante que rodea a cualquier ser humano.

La estructura de la personalidad, abarca estas y otras facetas sobradamente descritas en la obra clásica de Psicología aplicada de Philip Lersch, tratado de fácil comprensión para cualquier profano en la citada disciplina, medular para entender y explicitar los estados, ánimos y patología del ser humano.

Claro está que estas ideas no siempre se expresan por el hombre con la precisión y claridad de su sentir. Porque, el hombre de nuestras ciudades, aquel que se presenta de manera cotidiana en sus ocupaciones, quien enfrenta discursos, trajines y decisiones, creativas o políticas, sentimentales tal como sucede en la dimensión de la vida, padece sinsabores o merecimientos. Y el ser humano así delimitado es atravesado por la lógica del pensamiento que, en última instancia lo trasciende y debe afrontar conductas que no siempre resultan lo mesurado que es aconsejable o son pasibles de inmensas confusiones o cuando no desazones.

Los resultados de las reseñadas actividades psíquicas, basadas en la observación y experimentación son objeto de la psicología que ubica su estudio —como quedó dicho— en las acciones de la persona humana, cuyos enfoques, soluciones, pareceres y teorías no recaen en un solo sistema de ideas. Por el contrario valiosos investigadores mediante técnicas diversas aplican variadas concepciones para una descripción fenomenológica y comprensiva de los hechos y leyes de la vida mental.

Y dentro de las formas emocionales —llámese: ira; irritación; susto; temor; angustia y miedo— nos encontramos con que el miedo tiene una doble aplicación. Una, en ciertas situaciones de la existencia del ser humano, nos impide ver y utilizar los medios de salvamentos existentes a veces muy próximos a nosotros; el miedo, nos aproxima a lo que nos causa temor. Mientras que la esperanza, nos hace ver como probable y cercano lo que deseamos y añoramos.

En otra faceta un miedo en el hombre a la verdad se plantea en el sujeto mentiroso, falseador, simulador, pues la verdad, lo auténtico, y lo genuino acabarán desnudándolo ante sí y los demás. Aquí, miedo a la verdad es, siempre, miedo al descrédito, al deshonor personal, “al que dirán”. Y el ser humano puede decir mentiras, falsedades o simular pues sabe que el otro u otros pueden llegar a creerlas como verdad.

El valor de la mentira, engaño y sus deformaciones, precisamente, consiste en presentarla como verdad.

Porque la verdad es el compromiso que la sociedad establece para existir: ser veraz.

El miedo a la verdad también proviene del uso que de la mentira se efectúe para orientar la acción social: económica, ideológica, política e histórica.

Y miedo a la verdad es miedo a la libertad. El miedo a la verdad alumbraba una verdad fraudulenta.

Por eso los que tienen el poder autoritario utilizarán todos los medios a su alcance para impedir el acceso a la verdad. Es que el miedo a las propias mentiras, engaños o simulaciones está instalado en quienes las utilizan para cualquier clase de poder máxime cuando es autoritario o antifuncional.

Remontándonos a la historia: una proposición es verdadera, si los hechos son como ella dice, y falsa si los hechos no son como ella dice. Esa es la definición de verdad más universal.

Ya desde Aristóteles —en *Metafísica*—, toda definición de la verdad se complementa con la definición de lo falso de la mentira, del engaño, de la simulación.

Y muy cerca de la mentira o de lo lejos de creer se ubica la impostura o el mito, donde lo peor es que no siempre es lo que manifiestan, sino lo que ocultan. Porque a menudo se basan en realidades constatables, más no dicen toda la verdad, ni solo ella.

## **V. Otras simulaciones**

La simulación y la mentira nacen del tronco común del engaño donde el simular constituye el rasgo dominante.

En el comportamiento del ser humano, se encuentra la amplia gama de todas las simulaciones —valga la redundancia— humanas de cualquier índole.

A esta altura, debemos mencionar la incomparable obra de José Ingenieros, “La simulación en la lucha por la vida” escrita en un lenguaje claro y sencillo donde agota la materia.

Las pautas y ejemplos que explicita Ingenieros no sólo demuestran su capacidad, brillo intelectual sino también su actualidad.

Y a propósito de la obra citada de José Ingenieros en honor a su trayectoria y a la del Dr. José María Ramos Mejía tío abuelo del recordado académico Enrique Ramos Mejía cabe una ineludible aclaración.

En efecto: en un artículo aparecido en el diario La Nación, p.19, de fecha 25 de agosto de 2008, bajo el título “La simulación en la lucha por la cátedra” su autor Mario Bunge atribuye la obra citada de José Ingenieros a Ramos Mejía a quien reconoce como primer psiquiatra argentino.

En rigor, en mi poder un ejemplar de la 3ª edición de la obra “La neurosis de los hombres célebres de la historia argentina” 2ª reedición del año 1932, está precedida de un ingenioso prólogo de José Ingenieros. Señalo que tal vez el equívoco de Bunge surge pues Ramos Mejía publicó en el año 1904 un libro “Los simuladores del talento” obra hoy agotada.

La simulación asimismo tiene proximidad con la imitación, aun cuando difieran en esencia. Sin embargo en la imitación se hace algo a semejanza de lo imitado, que sirve de modelo; imitar una buena o mala acción significa hacer otro o buen mal cometido; no obstante, cuando no se ejecuta a semejanza de otra, más se finge hacerlo, habrá simulación.

Un ejemplo entre imitar y simular puede ser ilustrativo: si un actor desempeña un papel de homicida y da muerte a Desdémona imita y no simula; si sólo lo hace en apariencia simula. Luego existirá un hecho real y una simple apariencia.

Y en el cuadro de las realidades cotidianas, caben reseñar simulaciones de excepción más engaños al fin cuya psicología puede responder a protagonismos, mendacidad, falsa autoestima, soberbia, historicidad y alguna otra situación de la mente humana digna de estudio:

1) El llamado “timo de la estatuilla” es un hecho europeo a la orden del día donde “el interrogante” en el mercado de las antigüedades se cuadra en



¿verdadero o falso? y la falsificación sólo es verificable mediante tecnología sofisticada que detecta el “made in Taiwán” y así la corrosión de las estatuas auténticas es imitada con un cóctel de azufre y cloro.

2) ¿No existe acaso la mentira de protección que se traduce en darse importancia; proteger nuestra imagen, evitar el ser castigados o simular dolencias para lograr mayor consideración del prójimo?

3) ¿No hay acaso mentiras en el Juzgado dónde reina la justicia y gente encima de toda sospecha, sin antecedentes penales a pesar de la promesa de decir verdad miente o simula?

4) La llamada “contabilidad creativa”, término que se suele utilizar en lugar de fraude, ha hecho que ello incidiera en la honorabilidad empresarial mediante contabilidades irreales causando estragos en los mercados de capitales.

5) ¿Qué decir de los que sonrían en las fotos para ser llamativos?; los timadores morales que se ponen ridículos delante en fiestas de beneficencia para demostrar que son más buenos; que decir de los que alardean y denostan introducirse en la vida privada ajena y saben más del prójimo que de sí mismos.

6) ¿No es acaso público y notorio que con propósitos políticos, se difunden poco creíbles —y simuladas— cifras oficiales de aumento de costo de vida tema indisimulable que por su falseamiento se propaga a otros capítulos de información oficial?

7) ¿No existen curriculum vitae que son alardes de fantasías, talentosas obras de ficción, elaboradas con libertad de imaginación, embarcándose en aviones que nunca han abordado o participado de su propio engaño?

Estas ejemplificaciones son imaginables o en otros términos son posibles y probables. No son inexorables. Mientras que los siguientes, a citar, son episodios documentados de reales engaños o simulaciones acreditadas:

1) El caso de Leona Cage, la mujer que fue miss Estados Unidos por un solo día en 1957 el tiempo en que se tardó en descubrir las falsedades de su identidad.

2) Alicia Esteve Head, catalana, que se hizo pasar por sobreviviente del 11 de septiembre, a raíz del derrumbe de las torres gemelas.

3) Enric Marco que simuló un pasado de prisionero en un campo nazi y llegó a presidir la asociación Amical de Mauthausen.

4) Caso del muerto que acabó ganando la segunda guerra mundial a raíz de que el 30/4/1943 se encontró al citado como oficial inglés, muerto, en un cilindro con documentación reservada que aludía al desembarco aliado en Grecia, engaño a los alemanes para ocultar que lo sería en Sicilia.

## **VI. Final**

1) La Psicología en cuanto ciencia estudia y analiza el mecanismo y estructura de la conciencia de cada individuo; es decir, lo psíquico, lo interno y dentro de la multiplicidad e intrincada vida moderna resulta difícil y problemático reducir las diversas causas de la situación psicoespiritual del hombre.

2) Todo obrar humano, por sencillo que fuere responde a un ¿por qué?

En el temple, agudeza y capacidad de reflexión debería estar la respuesta a tal proceder.

3) En la amplia esfera de las ciencias sociales citadas, hay que descartar todo juego de palabras que si es tentador en cuanto puede encerrar un afán simplificador, conduce a menudo a resultados opuestos a los que se buscan. La claridad de los conceptos es punto primordial de partida y no se logra si se presta más atención a la euforia atrayente de los circunloquios que a la magnitud cabal de su contenido.

---

# DE LA CERTEZA DE LAS PALABRAS A LA MAJESTAD DE LA LEY

POR JORGE HORACIO ALTERINI (\*)

El tema de este trabajo es el resultado de significativas vivencias experimentadas en distintas etapas de mi vida, por un lado el recuerdo del lugar principal que ocupaba en la biblioteca de mi padre la Gramática de Andrés Bello y por el otro la valoración que trasmitía mi maestro, el Dr. Guillermo Lorenzo Allende, por la magna obra jurídica de este esclarecido intelectual, el Código Civil de Chile, modelo para su tiempo de una ajustada técnica jurídica. (1)

El pensador americano jerarquizaba especialmente la importancia de la precisión en el lenguaje legal, como reflejo primario del mínimo de orden que es presupuesto de la seguridad jurídica. Ya el Académico Julio César Cueto Rúa advirtió que la idea de orden evoca una secuencia regular, una cierta planificación, sin las cuales no es posible alcanzar la seguridad. (2)

Era tan definida la inquietud de Bello acerca de la necesidad del orden como condicionante de la seguridad jurídica, que uno de sus más reconocidos biógrafos la reflejó en el título de su investigación sobre la trayectoria de aquél. (3)

Que en el camino hacia la seguridad jurídica sea un hito insoslayable un mínimo de orden no implica que el sendero no pueda desviarse y se logre el orden pero no se alcance dicha seguridad. Ejemplos de tal desviación son los totalitarismos surgidos en el siglo pasado, que con una u otra ma-

---

(\*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 9 de diciembre de 2010.

(1) Aludí a vivencias semejantes y expuse algunas de las ideas que se profundizan aquí en mi disertación sobre “Seguridad jurídica y fuentes del derecho”, el 21 de julio de 2009, con motivo de la inauguración en Santiago de Chile del servicio de información jurídica online de Westlaw Chile.

(2) CUETO RÚA, Julio, “Seguridad jurídica”, LA LEY, 1994-A, 742.

(3) JAKSIC, Iván, “Andrés Bello: la pasión por el orden”, Universitaria, Santiago de Chile, 2001.

triz ideológica, todos ellos fueron defensores de un orden estricto. Así el fascismo renegó de la seguridad jurídica al influjo del vivir peligrosamente que predicara, el nacional socialismo encontró en ella un escollo para la voluntad de transformación (4) y el marxismo la consideró un instrumento de la burguesía, ya que la seguridad de la persona y de sus derechos era paralela a la seguridad de la propiedad, por lo cual desde ese pensamiento en vez de superarse el egoísmo, se aseguraría su subsistencia.

La mejor comprensión del tránsito por la historia de Bello, nacido en Caracas en 1781, a quien se le otorgó la nacionalidad chilena en 1832, y de la construcción de su ideario, conduce necesariamente a los encuentros y desencuentros que jalaron su relación con el también venezolano Simón Bolívar, que se inició en la mocedad de ambos. (5)

El político y el intelectual confluyeron en la Pontificia Universidad de Caracas hacia 1797 y 1798, etapa en la que el segundo de ellos de 16 años participó de la educación particular del primero, dos años menor, en las áreas de geografía y de letras.

En los tiempos previos al grito libertario de Caracas de 1810 se pretendió vincular a Bello con alguna delación ante las autoridades coloniales españolas por actividades revolucionarias, que incluía a Bolívar, alternativa sobre la cual no se ha arrimado ninguna convicción. Lo cierto es que nada frustró la proclama caraqueña, pues la Junta de Gobierno constituida en consecuencia dijo reconocer la autoridad de la Corte de Cádiz ante el cautiverio francés del rey Fernando VII. El poder napoleónico arrancó las abdicaciones tanto de Fernando, anatematizado por la historia como el “Rey Felón”, y también la de su padre Carlos IV. España quedó bajo el mando de un hermano del genial emperador francés, que gobernó como José I Napoleón, aunque el gracejo hispano lo designó como “Pepe Botella”, por una supuesta aunque dudosa atracción alcohólica, o como el “Rey Plazuelas”, por las muchas plazas que diagramó destruyendo las construcciones preexistentes, incluso tradicionales.

El político y el intelectual integraron en 1810 una delegación de tres miembros que procuró el reconocimiento inglés de la revolución caraqueña, que

---

(4) Ver PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “La seguridad jurídica”, 3ª edición, Ariel S.A., Barcelona, 1994, p. 21.

(5) Para referencias sobre esta azarosa relación, ver JAKSIC, Iván, “La república del orden: Simón Bolívar, Andrés Bello y las transformaciones del pensamiento político de la independencia”, Instituto de Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Historia, Vol. 36, 2003, p. 191 y ss.

no obtuvo el éxito deseado, fracaso que Bello atribuyó a la inexperiencia de Bolívar que hasta habría excedido las instrucciones que le diera la Junta, lo que la diplomacia inglesa advirtiera a través de la propia documentación que éste inesperadamente le entregara. El intelectual permaneció en Inglaterra en función diplomática hasta su radicación en Chile.

Habrían contribuido a los desencuentros el tratamiento más reticente con Bolívar que con Francisco Miranda que Bello le dispensara en el poema “Alocución a la poesía” de 1823, (6) como también las dilaciones del jurista hacia 1827 en gestionar la venta que le encargara el político de sus minas de cobre en Aroa, urgido por la necesidad de afrontar los problemas económicos que lo aquejaban.

Pese a algunos intentos del intelectual para que se lo repatriara a Caracas y a las señales de Bolívar al respecto, acaso no muy definidas, y hasta de un ofrecimiento suyo de servicios a la Argentina en 1815, (7) finalmente recién regresa a América en 1829 y lo hace por Valparaíso. Traba relación con un destacado hombre público, Diego Portales, también convencido de

---

(6) Esta obra ha sido considerada como la declaración de la independencia intelectual de América (ver GHIANO, Juan Carlos, “Andrés Bello”, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1993, p. 13. Los versos que transcribiré son elocuentes al respecto (Ver PINEDA BOTERO, Álvaro, “Bolívar y Bello: armas y letras fundadoras”, Poligramas, Revista de la Escuela de Estudios Literarios y Maestría en Literatura Colombiana y Latinoamericana, Universidad del Valle, Facultad de Humanidades, Cali, Colombia, N° 26, diciembre de 2006). Dicen dichos versos:” Divina poesía,Tú de la soledad habitadora,Con el silencio de la selva umbría, Tú a quien la verde gruta fue morada,Y el eco de los montes compañía;Tiempo es que dejes ya la culta Europa, Que tu nativa rustiquez desama, Y dirijas el vuelo a donde te abre. El mundo de Colón su grande escena”

(7) “Ante las dificultades de mantener una familia en Londres (...) Sin poder esperar más, Bello se dirigió al gobierno del Río de la Plata para pedir que le continuase proporcionando la ayuda que el enviado Manuel de Sarratea le había concedido en junio de 1814 (£ 150). Bello se sentía particularmente urgido, puesto que su primer hijo había nacido el 30 de mayo de 1815. Para agosto de ese mismo año, Bello se sintió en la necesidad de solicitar su traslado a la Argentina: ya no tenía como sostenerse en Inglaterra y no tenía ninguna esperanza de ayuda de su país. El gobierno argentino respondió rápida y generosamente, autorizando el viaje de Bello a Buenos Aires como se puede comprobar en una carta de Gregorio Tagle fechada 15 de noviembre de 1815 (...) Bello mismo: se sintió en condiciones de responder a Gregorio Tagle que “no ha podido llevarse a cabo el generoso auxilio que ese Supremo Gobierno se ha manifestado propenso a franquearme”, pero “no por eso creo menos de mi deber elevar a dicho Supremo Gobierno el testimonio de mi respetuosa gratitud” — carta del 30 de abril de 1816— (Ver JAKSIC, “Andrés Bello...” cit., p. 67).

la necesidad del orden que el mismo aplicara para la conducción del Estado desde el Ministerio del Interior, lo que dio lugar a que algunos le endilgaran autoritarismo, quien fundadora en 1830 del periódico “El Araucano”, en cuyas páginas Bello expuso sus concepciones. (8)

Es en el país trasandino, concretamente en Santiago, donde en 1847 ve la luz su célebre “Gramática de la lengua castellana destinada al uso de los americanos” y en 1855 se sanciona el Código Civil de Chile, debido a su pluma.

Bolívar canalizó su concepción del orden republicano en un fortalecimiento del Poder Ejecutivo, pues razonó que: “En las repúblicas el ejecutivo debe ser el más fuerte, porque todo conspira contra él, en tanto que en las monarquías el más fuerte debe ser el legislativo, porque todo conspira a favor del monarca...”, (9) bien que sostuvo que el poder debía ejercitarse con observancia de la virtud política.

Esta noción de virtud responde a la influencia de Montesquieu a través de su obra magna “Del espíritu de las leyes”, quien como advertencia inicial previene: “... lo que llamo *virtud* en la república es el amor a la patria, es decir, el amor a la igualdad”; dice luego “... que es la virtud moral en cuanto que se encamina al bien general...”. Insiste en que: “Se puede definir esta virtud como el amor a las leyes y a la patria. Dicho amor requiere una preferencia continua del interés público sobre el interés de cada cual; todas las virtudes particulares que no son más que dicha preferencia, vienen dadas por añadidura”. En el libro V, concretamente en su capítulo II, se pregunta en su acápite “Qué se entiende por virtud en el Estado político” y se contesta: “La virtud en una República es sencillamente el amor a la República (...) El amor a la patria conduce a la pureza de costumbres, y a la inversa, la pureza de costumbres lleva al amor a la patria”. En el capítulo III del mismo libro contesta al interrogante de “Qué se entiende por amor a la República en la democracia”. Puntualiza que: “El amor a la República en la democracia es amor a la democracia, y éste es amor a la igualdad. Es además amor a la frugalidad (...) El amor a la igualdad, en la democracia, limita la ambición

---

(8) Se ha dicho que: “...Bello fue uno de los constructores del Orden Porteliano mediante su gestión en la preparación de la Constitución del año 1833” (ZEGERS BLACHET, Pedro Pablo, “Vigencia de Andrés Bello en América Latina: sus años en Chile: 1829-1865”, Poligramas, Revista de la Escuela de Estudios Literarios y Maestría en Literatura Colombiana y Latinoamericana, Universidad del Valle, Facultad de Humanidades, Cali, Colombia, N° 26, diciembre de 2006).

(9) JAKSIC, “La República...” cit., p. 208.

al único deseo, a la única felicidad de prestar a la patria servicios mayores que los demás ciudadanos (...) El amor a la frugalidad reduce el deseo de poseer al cuidado que requiere lo necesario para la familia e incluso lo superfluo para la patria...”(10)

Bello conectó su pretensión ordenadora con la legislación, para realizar la libertad a través de ella, dijo: “Uno de los aspectos más significativos del concepto de la ley (...) es su asociación con la noción de “libertad”, como opuesta a la “licencia”. La libertad (...) residía en el ejercicio de los derechos individuales, pero sólo hasta el punto de no interferir con los derechos de los demás. La licencia, por su parte, representaba precisamente lo opuesto, es decir, el actuar sin consideración a los derechos de los otros miembros de la sociedad, pero esperando que se respeten los propios. La verdadera libertad, en este sentido, era (...) la sujeción disciplinada a la ley”. (11) No obstante, advirtió que “...es preciso reconocer una verdad importante: los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política, que de la de sus derechos civiles. Los fueros que los habilitan para tomar parte de los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes, que los que aseguran su persona y sus propiedades (...) Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos que le concede el código fundamental del Estado al cuidado y a la conservación de sus intereses y de su existencia, y que se sienta más herido cuando arbitrariamente se lo priva, por ejemplo, del derecho de sufragio, que cuando se lo despoja violentamente de sus bienes”. (12)

El orden que propiciara Bello, tanto en el Código como en la Gramática, derivado de los alcances normativos de ambos, se relacionaba con la idea de la autoridad de las apoyaturas en que se asentaron esos ordenamientos.

---

(10) MONTESQUIEU, “Del espíritu de las leyes”, traducción del francés de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Altaya, Barcelona, 1993, los párrafos citados constan en las pp. 13, 30 —en nota 37—, 37 y 41/42.

(11) JAKSIC, “Andrés Bello...” cit., p. 213. Sostuvo reflexiones con la misma dirección en el discurso pronunciado con motivo de la instalación de la Universidad de Chile, de la cual Bello fue designado Rector, investidura que ejerció desde 1843 hasta su muerte en 1865: “La libertad, como contrapuesta, por una parte, a la docilidad servil que lo recibe todo sin examen, y por otra a la desarreglada licencia que se revela contra la autoridad de la razón y contra los más nobles y puros instintos del corazón humano, será sin duda el tema de la Universidad en todas sus diferentes secciones” (Ver GHIANO, “Andrés Bello” cit., p. 73.

(12) JAKSIC, “La República...” cit., p. 214.

“El Código estaba sustentado por el *Corpus Iuris Civilis*, las *Siete Partidas* de Alfonso X, las leyes castellanas reunidas en la *Nueva* y en la *Novísima Recopilación*, el *Code Napoléon*, entre otros. La *Gramática* atendía a los principios de autoridad de los grandes escritores clásicos: Quevedo, Cervantes, Calderón, Tirso de Molina, etc.” (13)

Las proclamas de Bello sobre el valor de la ley, eran concordantes con sus exageradas aprehensiones sobre la costumbre y explican el art. 2<sup>a</sup> de su Código Civil, que reza: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

Esas prevenciones ya las tenía Bentham, uno de los principales mentores de sus construcciones. Según Bentham: “Las leyes pueden subsistir bajo la forma de *estatuto o decreto*, ó bajo la forma de *costumbre*. Se llama estatuto la ley escrita, la ley positiva; la *costumbre* es una ley congetural (...) La ley escrita es la única que puede merecer el nombre de ley: la ley no escrita es propiamente hablando una ley congetural, una ficción de ley; para la ley escrita hay una base segura y manifiesta; hay un legislador, hay una voluntad, hay una expresión de esta voluntad, una época conocida de su origen; pero una ley no escrita nada tiene de todo esto; se ignora su origen; va siempre creciendo; nunca puede estar acabada; se modifica sin percibirlo, y si tiene un legislador, es el juez mismo: legislador cuyas leyes todas son particulares y necesariamente *ex post facto* (...) La grande utilidad de la ley es la certidumbre que no hay ni puede haberla en la ley no escrita. No hallándola el ciudadano en parte alguna no puede tomarla como regla de su conducta, y está reducido a consultas y juntas de abogados (...) se ama la ley no escrita, por la misma razón que los sacerdotes amaban sus jeroglíficos; por la misma razón que los sacerdotes de todas las religiones aman los dogmas y los misterios”. (14)

---

(13) NIEBLES REALES, Eloucilio, “Andrés Bello: la construcción de un orden civil fundamentado en la gramática”, Poligramas, Revista de la Escuela de Estudios Literarios y Maestría en Literatura Colombiana y Latinoamericana, Universidad del Valle, Facultad de Humanidades. Cali, Colombia, N° 27, junio de 2007.

(14) BENTHAM, Jeremy, “Tratados de legislación civil y penal”, obra extractada de sus manuscritos por Esteban Dumont, traducida al castellano por Ramón Salas con arreglo a la 2<sup>a</sup> edición revista, corregida y aumentada, Imprenta de D. Fermín Villapando, Madrid, 1822, t. IV, pp. 8 y 331. Alude también a directrices sobre la publicación de las leyes y la completitud de su redacción: “Que una ley esté escrita, ó que no lo esté no es menos necesario conocerla; y cerrar los ojos sobre la masa de un fardo que uno está obligado a cargar (...) Calígula puso muy altas las tablas de sus leyes para hacer más difícil el conocimiento de ellas (...) Redacción completa: he aquí la primera regla: todo lo que no está en el cuerpo de las leyes no será ley” (p. 328)



No claudicó en su propósito de realizar la seguridad jurídica a través de la búsqueda de la certidumbre de las palabras para asentar la grandeza de las leyes. Aunque la expresión grandeza de la ley tiene la preferencia de un preclaro seguidor, (15) optó por aludir a la majestad de la ley, imagen posiblemente acuñada cuando se quiso acotar el poder monárquico, por lo cual se procuró que la presencia majestuosa del monarca fuera morigerada por la exaltación de otra majestad, la de la ley.

Ese acentuado culto por la certeza de las palabras y por la ley se concreta en el Código Civil chileno, especialmente en el párrafo 4 del “Título Preliminar”, bajo el acápite “Interpretación de la ley” (arts. 19 a 24).

En el primer apartado del art. 19 del Código Civil chileno se lee: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.

El reclamo de claridad en las leyes se corresponde con las enseñanzas de Montesquieu, quien en su “El espíritu de las leyes” de 1750, o sea más de una centuria anterior al Código de Bello, expresaba: “Su estilo debe ser conciso. Las leyes de las Doce Tablas son un modelo de precisión: los niños se las aprendían de memoria. Las Novelas de Justiniano son tan difusas que fue preciso abreviarlas. El estilo de las leyes debe ser sencillo; la expresión directa se entiende mejor que la expresión redundante. No hay majestad en las leyes del bajo imperio, pues los príncipes hablan en ellas como retóricos. Cuando el estilo de las leyes es ampuloso, se consideran como obras de ostentación. Es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres (...) Las leyes no deben ser sutiles, pues están hechas para gentes de entendimiento medio. No son un arte de lógica sino el argumento sencillo de un padre de familia”. (16)

La confianza mayúscula en el mandato de las palabras de la ley, tuvo acaso su mayor manifestación en la escuela de los glosadores en los siglos XI y XII, que puso el acento en la interpretación gramatical, aunque con los desbordados matices que ha descrito Carlos Cossio: “... para tratar de interpretar un texto, se recurría a distintas operaciones. Se recurría, por ejemplo, a *sinónimos*, de manera que ante un texto legal que ofrecía dudas, se reemplazaba una palabra por un sinónimo, para ver cómo quedaba el

---

(15) El recordado Académico Marco Aurelio Risolía acudió a ella para titular uno de sus opúsculos: “Grandeza y desprestigio de la ley”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

(16) MONTESQUIEU, op. cit., pp. 407/410.

sentido. Además de esta técnica, se utilizaba en gran escala la *etimología*, es decir que se recurría a la interpretación por medio del origen idiomático de la palabra. También se recurría a *ejemplos fraseológicos*, para demostrar la constancia de la significación en la pluralidad de los casos; y, por último, se recurría a los llamados *textos paralelos*, operación que consistía en tomar frases de libros célebres, en primer término la Biblia desde luego, para hacer ver que en esos textos de gran autoridad en el mundo de la cultura, la *palabra* iba empleada como quería el intérprete que se interpretara en la ley". (17)

Para propender a la deseada claridad legal, el Código chileno postula en el art. 20 que: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido literal y obvio, según el uso general de las palabras: pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal", que no es más ni menos que inclinarse por el lenguaje natural, siempre que específicamente no se haya priorizado el lenguaje legal. Precisa en el art. 21: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

Acerca de cuál debe ser el lenguaje elegido, expresé en otra oportunidad: "Con respecto al lenguaje legal (...) Montesquieu opta por el natural u ordinario del hombre común, a diferencia de la tendencia germana hacia el lenguaje técnico. El rigor de la disyuntiva es falso, porque es evidente que el legislador debe procurar una expresión sencilla, a la que todos puedan tener acceso: no obstante, si el lenguaje común es discordante con el sentido técnico-jurídico que quiere adjudicársele al vocablo, no puede prescindirse del tecnicismo, sin perjuicio de que se procure igualmente una razonable legibilidad". (18)

El recordado Académico Juan Francisco Linares se hace cargo de "...que ni siquiera desde el ángulo semántico puede darse el caso de expresiones gramaticales absolutamente claras, debido a la ambigüedad, vaguedad y textura abierta del lenguaje natural y técnico jurídico y, por ende, a la orla de penumbra que todas las palabras tienen actual o potencialmente", pero

---

(17) COSSIO, Carlos, "El derecho en el derecho judicial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 116.

(18) ALTERINI, Jorge Horacio, "Hacia la recodificación civil en la Argentina", en "La Codificación: Raíces y Prospectivas", Educa, t. III, Buenos Aires, 2005, pp. 198/199.

acepta con relación al legislador, aunque más propiamente para el buen legislador: “Que la mayor parte de las normas que él dicta son gramaticalmente correctas y tienen contenidos dogmáticos descriptos con palabras dotadas de significaciones “naturales”, no muy vagas ni penumbrosas y por ende relativamente claras, en su contenido central, aunque no con la claridad y univocidad de los números”. (19)

Más allá de las matizaciones que realiza, Linares sostiene que el punto de partida de la apreciación de la pretendida claridad de la ley atañe a la lingüístico: “El primer requisito, entonces, para que en un caso medie ley clara, es su calidad de no provocar dubitaciones desde los ángulos lingüístico —gramatical y semántico— y lógico, porque está correctamente redactada y porque su texto se refiere a significados escasamente dudosos debido a que existe por lo menos un significado central o predominante y sólo un pequeño halo de penumbra. Además, porque ese texto no establece antinomias, sin sentidos ni contrasentidos lógicos en sí o en contexto con otros preceptos (...) Pero este requisito no es suficiente para que haya ley clara. Es todavía necesario que frente al caso pueda establecerse que ella es aplicable. Esta afirmación pende de la valoración jurídica de la ley y del caso”, e insiste en la nota respectiva en que: “Una vez sabida la norma como lenguaje, hay que valorarla juntamente con las circunstancias del caso y decidir si es o no aplicable la primera al segundo”. (20)

La mediación de las circunstancias del caso, no es discutible en el derecho argentino, pues su ponderación no sólo la admite sino que la impone el art. 16 “in fine” de nuestro Código Civil, cuando para la resolución de una cuestión civil prevé que se tendrán “en consideración las circunstancias del caso”.

Linares puntualiza que es necesario que la ley “...no quede en colisión con una parte fundamental del orden jurídico: la Constitución. Una construcción dogmática como la señalada, debe tener en cuenta también la ley fundamental y concertar con ella en una aplicación armonizante o “constructiva” aunque nadie lo haya solicitado. Las leyes deben aplicarse “constitucionalmente”, válganos la expresión por lo didáctica”. (21)

---

(19) LINARES, Juan Francisco, “Aplicación de la llamada ley clara”, LA LEY, 141-968 y ss.; los textos citados obran en pp. 971 y 973.

(20) Op. cit., p. 974 y su nota 16.

(21) Op. cit. p. 978.

Si bien se mira la necesidad señalada de computar la jerarquía de las normas involucradas en una cuestión, no atañe directamente a la claridad o no de la legislación de rango inferior, sino a que más allá de su claridad la solución no es siempre simple y certera, pues debe insertarse en un plexo normativo donde priman los preceptos de grado superior. Tampoco sería alegable que la ineludible subordinación a la Constitución o a los Tratados, debilita la importancia del legalismo, pues la una como los otros, tienen la virtualidad de leyes, bien que de la máxima relevancia.

Ni siquiera el propio Bello se contenta con lo estrictamente lingüístico, pues apunta, por de pronto, también a la interpretación contextual y analógica; en esa dirección el art. 22 de su Código preceptúa en su primer párrafo: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”, y en el segundo: “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

Quien fuera prestigioso Académico, Sebastián Soler, alertó contra las desviaciones alentadas por la escuela realista norteamericana, que por negar hasta la posibilidad de una ley clara, olvidan su sentido prescriptivo primario y entregan la solución de las controversias a la libérrima creación judicial. “Toda palabra importaría una referencia borrosa, imprecisa, indefinida, cuando no directamente engañosa. Toda expresión abstracta sería vacía de contenido y, por tanto, su empleo vendría a ser el manejo de objetos ilusorios (...) Aunque parezca extraño, esa deficiencia del lenguaje a algunos realistas les sirve de estímulo y de apoyo para reforzar su convicción de que solamente hay derecho judicial, pues las posibilidades de creación judicial crecen en razón directa de las oscuridades de la ley. Para Jerome Frank: gran parte de las incertidumbres del derecho no es un accidente infortunado, es un valor social inmenso, ya que la certeza legal es un mito. También Edward H. Levi inserta en esa bienvenida vaguedad las salvadoras funciones creadoras de los jueces”. (22)

Santo Tomás de Aquino, en su versión auténtica, que a veces es deformada, ya por acervos censores o entusiastas panegiristas, enseña la necesidad del debido respeto de la ley humana, incluso por los jueces, por su mayor confianza en el sentido ordenador de la legislación. No duda de la trascendente función del juez y con palabras de Aristóteles

---

(22) SOLER, Sebastián, “Las palabras de la ley”, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 166.

lo califica como “la justicia viviente” y aprecia que “debe considerarse como un ministro de Dios”. (23) Coincide con Aristóteles en que “mejor es ordenar todo según la ley, que dejarlo al arbitrio del juez”. Para sustentar su postura, expresa: “Y esto por tres razones: primero, porque es más fácil encontrar unos pocos verdaderamente sabios que sean suficientes para establecer buenas leyes, que muchos más que serían necesarios para aplicar los principios a cada caso particular. Segundo, porque quienes establecen las leyes pueden pensar por largo tiempo lo que ha de mantenerse en ellas, en cambio quienes juzgan de hechos singulares han de hacerlo de momento, según se van presentado éstos; y es más fácil que el hombre encuentre lo que debe de hacerse al considerar muchos casos, que no al tener en cuenta sólo alguno particular. Y tercero, porque los legisladores juzgan más universalmente y previendo el futuro; pero los jueces juzgan de casos presentes, y por lo mismo pueden dejarse llevar por el amor o por el odio, o por algún interés, y por esos motivos puede viciarse el juicio. Así, pues como la justicia de los jueces no es tan común, y porque es tan flexible, era necesario que, en todo lo posible, las leyes determinaran lo que había de jugarse, y por lo mismo que se redujera al mínimo lo que podía dejarse al arbitrio de los hombres”. (24)

Es innegable que el designio de Bello era que no se desfigurara el irrestricto sometimiento a la directiva legal, tanto es así que introdujo un precepto hermenéutico discutible por descartar toda elasticidad, el art. 23: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”. Explicó tal lineamiento del siguiente modo: “Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restringirla, que todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad, y destruye el imperio de la ley”. (25)

---

(23) De AQUINO, Tomás, “Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Gobierno de los Príncipes”, traducción y estudio introductivo de Carlos Ignacio González, Editorial Porrúa, México, 1990, en el “Tratado de la Justicia”, cuestión 60, arts. 1 y 2, pp. 140/141.

(24) Op. cit. en “Tratado de la Ley”, cuestión 95, art. 1º, p. 34.

(25) LAGOS CARMONA, Guillermo, “Andrés Bello, el maestro del derecho internacional”, en “Homenaje a Andrés Bello. Con motivo de la conmemoración del bicentenario de su nacimiento 1781-1981”, Jurídica de Chile y Andrés Bello, Santiago, 1982, p. 852 (se reproducen sus dichos en el N° 632 del Araucano).

Que la ley sea la principal orientadora del intérprete y que el legislador deba esforzarse para que sus mandatos sean nítidos y no nebulosos, en nada disimula su necesaria convivencia con otros mecanismos, aparte de los enunciados en el art. 22 del Código chileno, tanto que este Ordenamiento con aparente reticencia, pero con trascendente apertura, establece que: “En los casos a que no pudieran aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

El encomiable recurso a los principios generales y a la equidad, que se presenta como limitado a los supuestos de “pasajes oscuros o contradictorios” de la ley, tiene una vocación expansiva mucho mayor, pues puede cubrir también los eventuales vacíos de la legislación. Por ello se ha dicho: “Es cierto que el art. 24 se refiere a la *interpretación* de una ley defectuosa (...) pero es obvio que el juez puede apoyarse en el espíritu general de la legislación y la equidad natural para solucionar un caso que no tiene ley aplicable, porque si ello le está permitido cuando la ley es oscura o contradictoria, con mayor razón le estará permitido cuando no hay ley sobre el particular”. (26)

No se discute que la filiación de la expresión “equidad natural” se corresponde con Delvincourt, según el cual: “Una cosa es justa en derecho cuando ella no es contraria a las disposiciones de la ley positiva. Ella es equitativa si está conforme con las leyes de la moral y la conciencia”. (27)

La noción de equidad natural es de un inequívoco alcance axiológico extra legal y rompe las barreras de un supuesto ciego fanatismo legalista. “Por su relación con el Derecho estatuido cabe distinguir una equidad “constituyente” —también llamada equidad “natural” o equidad “ideal”— y una equidad “constituida” —equidad “positiva”, “jurídica”, “legal” o “civil”—. La primera es la que, integrada por la razón o la jus-

---

(26) ALESSANDRI, Arturo R., SOMARIVA, Manuel U., VODANICH, Antonio H., “Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 200.

(27) Ver FIGUEROA QUINTEROS, Angélica, “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, en “Homenaje a Andrés Bello. Con motivo de la conmemoración del bicentenario de su nacimiento 1781-1981”, Jurídica de Chile y Andrés Bello, Santiago, 1982, p. 401/402 y nota 29 “in fine”.

ticia natural, y confiada a la conciencia del juez, aspira a convertirse en Derecho estatuido o vigente, aunque sin haberlo logrado aún. La segunda es la equidad ya recogida por el derecho positivo —*aequitas a iure concessa*— a través de cristalizaciones de la ley o de la jurisprudencia de los Tribunales”. (28)

No debe olvidarse el deber de juzgar que recae sobre el juez, que en nuestro Código Civil se expresa en el art. 15: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.

Señala Cossio con punzante acento: “..el Juez tiene siempre que juzgar porque ser Juez quiere decir administrar justicia, o sea, en última instancia, sentenciar (...) el Juez debe de juzgar siempre, no porque y cuando el Legislador quiera, sino porque es Juez, es decir porque esa es su ontología jurídica (...) y el concepto del Derecho es apriorístico para el propio Legislador desde que éste es a su vez, órgano del Derecho (...) un Juez que, en cuanto órgano del Derecho, se abstuviera de juzgar es algo tan impensable como un círculo cuadrado ...”(29)

El rigor y precisión metódica y terminológica que inquietaban a Bello explica su acertada decisión de incluir en el Código Civil distintas definiciones de los institutos regulados. (30)

Aunque el anhelo de una mayor claridad lingüística en la legislación fue desarrollado con la sólida guía de Bello junto con otros influyentes juristas, no es posible resolver de manera incontrovertible las variadas cuestiones que se suscitan, pues en definitiva permanece viva la polémica descrita en el diálogo platónico conocido como “Crátilo”, o de la exactitud de los nombres —por generalización de las palabras—.

---

(28) FALCÓN Y TELLA, María José, “Equidad, derecho y justicia”, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 204.

(29) COSSIO, Carlos, “La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley”. Editorial Losada, Buenos Aires, 1939; los párrafos transcritos constan en op. cit. pp. 53, 54, 55 y 57.

(30) Sostuve la conveniencia y hasta la necesidad de las definiciones, invocando las diáfanas opiniones en ese sentido de Aristóteles, Geny, Dabin, Atienza y Colmo (Ver: “Hacia la recodificación civil en la Argentina” cit., pp. 199/201). Como bien destaca Soler, no es que la ley no deba definir, sino que debe “hacerlo bien y con todo cuidado”, op. cit., p. 172.

En el “Crátilo” Platón adjudica a Sócrates la función de guiar el diálogo entre Crátilo y Hermógenes sobre el alcance de los nombres y en particular de los nombres propios, bien que las ideas pueden extenderse a la significación del lenguaje en general. Lo hace sobre la base del método dialéctico, presentando opiniones opuestas, con la pretensión de arrimar conclusiones derivadas de tal contraposición, alejado del falso dogmatismo de los sofistas, esencialmente retórico.

Para Crátilo, enrolado en la llamada teoría naturalista, los nombres, por extensión las palabras, son réplicas de las realidades, como reflejos miméticos de ellas, por ello afirmó: “Es total y absolutamente mejor, Sócrates, representar mediante semejanza y no al azar aquello que se representa”, (31) y la función de los nombres sería enseñar, “...Y esto es muy simple: el que conoce los nombres conocerá también las cosas”. (32)

En cambio, Hermógenes, encuadrado en la que se denomina tesis convencionalista, creía que la exactitud de un nombre no es “otra cosa que pacto y consenso (...) Y es que no tiene cada uno su nombre por naturaleza alguna, sino por convención y hábito de quienes suelen poner nombres...”(33)

Platón atribuye a Sócrates haber sostenido que “...personalmente, prefiero que los nombres tengan la mayor semejanza posible con las cosas! Pero temo que, en realidad, como decía Hermógenes, resulte “forzado” arrastrar la semejanza y sea inevitable servirse de la convención, por grosera que ésta sea, para la exactitud de los nombres. Y es que, quizá se hablaría lo más bellamente posible cuando se hablara con nombres semejantes en su totalidad o en su mayoría —esto es, con nombres apropiados—, y lo más feamente en caso contrario...”(34)

Pero en la concepción socrática, más allá de postular la relativa impotencia de las palabras para describir las realidades, se muestra una

---

(31) “Crátilo...” 434 a, en “Platón. Medón. Crátilo. Fedón”, traducción y notas de J. L. Calvo, Colección los clásicos de Grecia y Roma, Planeta-De Agostini, Madrid, 1999, p. 156.

(32) “Crátilo...” 435 d., en op. cit., p. 159.

(33) “Crátilo...” 384 d., en op. cit., pp. 71/72.

(34) “Crátilo...” 435 c. y d., en op. cit., p. 159.



decidida convicción acerca de tender a la mayor precisión del lenguaje, a través de “nominadores” o legisladores lúcidos. Platón pone en sus labios las siguientes reflexiones: “Por consiguiente, Hermógenes, no es cosa de cualquier hombre el imponer nombres, sino de un “nominador”. Y éste es, según parece, el legislador, el cual, desde luego, es entre los hombres el más escaso de los artesanos”. (35)

En la visión socrática la función del legislador: “...es construir el nombre bajo la dirección del dialéctico, si es que los nombres han de estar bien puestos”. (36) En ese sentido dice Sócrates en la versión platónica: “Puede entonces, Hermógenes, que no sea banal, como tu crees, la imposición de nombres, ni obra de hombres vulgares o de cualesquiera hombres. Conque Crátilo tiene razón cuando afirma que las cosas tienen el nombre por naturaleza y que el artesano de los nombres no es cualquiera, sino sólo aquel que se fija en el nombre que cada cosa tiene por naturaleza y es capaz de aplicar su forma tanto a las letras como a las sílabas”. (37) Dirigiéndose nuevamente a Hermógenes asevera: “...Y ahora de nuestra indagación, la tuya y la mía, resulta ya claro, contra nuestra primera idea, por lo menos esto: que el nombre tiene por naturaleza una cierta exactitud y que no es obra de cualquier hombre el saber imponerlo bien a cualquier cosa ¿No es así?” Hermógenes respondió: “Desde luego”. (38)

Para concluir estos razonamientos, habré de acudir a una imagen conectada con el “panóptico” concebido por Bentham entre otras novedosas propuestas de distintas características y que habría de consistir en una prisión de arquitectura circular desde cuyo centro los guardianes podrían custodiar a los internos.

Pienso en una suerte de panóptico en el cual Andrés Bello ocupara la parte central y desde ella visualizara sus máximas realizaciones, su memorable Gramática de la lengua y su no menos gravitante Código Civil, al que se lo ha entendido como una verdadera gramática de las leyes, (39) todo ello

---

(35) “Crátilo...” 388 e y 389 a., en op. cit., p. 80.

(36) “Crátilo...” 390 d., en op. cit., p. 83.

(37) “Crátilo...” 390 d. y e., ibíd.

(38) “Crátilo...” 391 a. y b., ibíd.

(39) Niebles Reales, op. cit., en su expresión final.

mientras fumaba un “enorme habano” y mientras leía las Siete Partidas, a las que calificaba como “un excelente digestivo”. (40)

Con una visión paralela a la descripta, también puede pensarse en otro círculo en cuyo centro se encontrara una ley, y que ésta desplegara su conatural majestuosidad robustecida por la deseable certeza de las palabras y que de ese modo contribuyera a concretar la utopía realizable de una seguridad jurídica nutrida de justicia.

---

(40) Ver JAKSIC, “Andrés Bello...” cit.; la referencia al habano aparece en la p. 206 y en la p. 319 se lee: “Vale la pena traer aquí a colación la anécdota contada por los biógrafos de Bello, según la cual éste, luego de su cena por lo general bastante nutrida, se sentaba a leer las Siete Partidas. Cuando se le preguntó cómo era posible que hiciera tal cosa, respondió con naturalidad que era un excelente digestivo”.

---

### III

## ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Los comentarios que siguen a continuación resultan de los respectivos informes elevados a la Presidencia por los académicos directores de cada uno de los institutos.



## INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo realizó una intensa actividad durante el año 2010, llevando a cabo sus tradicionales sesiones de trabajo, en las que, con la participación de sus distintos integrantes y de profesores extranjeros invitados, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina, que fueron objeto de interesantes debates, en los que se puso en evidencia el interés y la versación de los intervinientes.

En la primera sesión del año, celebrada el once de mayo, se comunicó el plan de acción para el período y se comentaron diversas novedades académicas. A continuación el doctor Héctor Pozo Gowland disertó sobre el tema *“Servidumbres administrativas de electroducto: problemática actual y posibles soluciones”*. El expositor efectuó un detenido examen de los aspectos más relevantes del régimen jurídico de las servidumbres de electroducto. En particular se explayó sobre el delicado problema que presenta el alcance y la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios, destacando que con la reforma efectuada por la ley 24.065 a la ley 19.552 se estableció un método general para la determinación de las indemnizaciones, basado en el valor del inmueble y en el grado de la afectación. Al finalizar la disertación se efectuó un fecundo intercambio de ideas acerca de las dificultades que suscita la aplicación de los coeficientes de restricción sobre el valor de la propiedad para efectuar el cálculo indemnizatorio.

En la segunda reunión, llevada a cabo el veintidós de junio, el doctor Juan Carlos Cassagne abordó el tema: *“Acerca de la titularidad del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”*. Después de exponer las distintas posturas acerca de la naturaleza jurídica de dominio público, el disertante examinó el problema concerniente a su titularidad. En tal ocasión, expresó su convicción de que el pueblo es el titular del dominio público, básicamente, con apoyo en el hecho de que el destino de uso común que define dicha categoría de bienes recae sobre aquél. Seguidamente se suscitó un enriquecedor intercambio de ideas acerca de si el dominio público debe ser entendido como un derecho de propiedad o como un título de intervención.

En la siguiente reunión, efectuada el veinticuatro de agosto, los doctores Daniela Ugolini y Roberto E. Luqui expusieron sobre: *“Conflictos de competencia entre la justicia contencioso administrativa de la ciudad y la justicia civil”*. El tema desarrollado por los disertantes fue el alcance de la competencia de los tribunales en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires en cuestiones de naturaleza civil. El punto de partida de las exposiciones fue la extensión de la autonomía que la Constitución Nacional le atribuye a la Ciudad de Buenos Aires, con especial referencia a las facultades de jurisdicción reconocidas en el art. 129 de la Constitución Nacional y las limitaciones establecidas en la ley 24.588. Seguidamente se efectuó un pormenorizado examen de la evolución de la jurisprudencia en la materia. Al finalizar las exposiciones se produjo un intenso debate entre los integrantes del Instituto sobre la conveniencia del criterio subjetivo de asignación de competencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad establecido en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de ciudad.

El nueve de noviembre fue invitado a exponer el doctor Pedro Aberasturi, quien lo hizo sobre *“La legitimación para la defensa de derechos de incidencia y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado el 15/06/10 en la causa ‘Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo’”*. El expositor efectuó un pormenorizado examen del estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca del tema objeto de su exposición. Posteriormente se efectuó un interesante y fecundo intercambio de opiniones de los integrantes del instituto acerca de las implicancias de la sentencia dictada por la Corte en el caso “Thomas”.

Finalmente, en la última sesión del año, realizada el catorce de diciembre la Dra. María Jeanneret de Pérez Cortes abordó el tema: *“¿La regulación de los decretos de necesidad y urgencia de la ley 26.122 es constitucional?”*. La expositora desarrolló ampliamente el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia, previsto en el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional, reglamentado en la ley 26.122, sosteniendo que, así como para el dictado de una ley es preciso contar con la voluntad coincidente de las dos Cámaras, lo mismo debería ocurrir para que el Congreso apruebe un decreto de necesidad y urgencia. Por tal motivo, consideró irrazonable que baste la aprobación de una de las Cámaras para mantener la vigencia de un decreto de necesidad y urgencia, no obstante que la otra lo haya rechazado. Al finalizar la disertación se suscitó un interesante debate de ideas acerca de la interpretación que cabe asignar a la normativa constitucional y legal sobre el tema objeto de la exposición.

## INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección del académico doctor Santos Cifuentes, los miembros del Instituto prepararon trabajos relacionados con el tema *“Contratos civiles y comerciales”*, para la edición del libro N° 15 de la denominada Serie IV.

La dirección del Instituto desarrolló el tema *“Teoría general del contrato en la Legislación Argentina”*.

Asimismo, fueron propuestos 32 temas posibles para la elección de los integrantes del Instituto.

A ellos se agregó el de *“Contrato de consumo”*, a propuesta del doctor Fernando Sagarna.

Por su parte, el académico doctor Félix A. Trigo Represas desarrolló el tema *“La cláusula penal en los contratos”*.

Los trabajos que integren el libro a editar serán puestos oportunamente a disposición de la Academia.

## INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Bajo la dirección del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari y la subdirección del académico doctor Gregorio Badeni, el Instituto desarrolló una importante labor académica durante las reuniones llevadas a cabo en el año.

Respetando el cronograma de años anteriores, las reuniones se llevaron a cabo los terceros martes de cada mes desde abril a noviembre. El plan de labor anual se programó en la primera reunión, llevada a cabo el 20 de abril, participando todos los miembros que asistieron a ella.

No hubo modificación del temario, ni de los expositores, ni de las fechas fijadas y siempre se contó con una presencia significativa de miembros.

En la reunión del dieciocho de mayo el doctor Alfonso Santiago (h) expuso pormenorizadamente sobre *“El control legislativo del Congreso”*.

El quince de junio el doctor Pablo Garat efectuó un valioso aporte al abordar el tema *“Presidencialismo y federalismo en la organización constitucional ¿la presidencia terminará con el federalismo?”*.

El veinte de julio el doctor Antonio Martino desarrolló en profundidad la temática referida a *“Bicentenario: Nacimiento, desarrollo y muerte de los sistemas políticos”*.

El diecisiete de agosto el doctor Jorge Diegues analizó en forma minuciosa y completa *“La Corte de Bermejo”*.

El veintiuno de septiembre el doctor Carlos J. Laplacette expuso con solvencia la temática *“Control político de las decisiones judiciales”*.



El diecinueve de octubre la doctora Alejandra Rodríguez Galán evidenció un profundo conocimiento del tema *“Las cuestiones políticas no judiciales”*.

El dieciséis de noviembre el doctor Enrique Zuleta Puceiro tuvo como objeto de estudio *“El sistema político de la Constitución y el futuro de la división de poderes”*.

Todas las exposiciones se caracterizaron por su alto nivel académico, lo que motivó el interés e incitó a la participación de los asistentes. Atento que se ha autorizado una publicación específica de todas las disertaciones nos exime de efectuar un comentario puntual de cada una de ellas.

Asimismo, la incorporación de nuevos miembros al Instituto ha sido altamente positiva. No sólo por contar en cada reunión con un elevado número de asistentes sino porque los miembros más jóvenes han impreso nuevos bríos a la labor académica, se ha intensificado el diálogo intergeneracional valorándose el aporte de aquellos con más experiencia. El aumento en el número de miembros lejos de fraccionar al grupo lo consolidó.

Hubo distintos enfoques y visiones diversas sobre cada tema caracterizándose por primar siempre el análisis profundo y mesurado y el respeto por la opinión ajena en un marco de sano pluralismo.

La reunión inicial del año 2011 se convocó para el día martes diecinueve de abril.

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la dirección del académico doctor Héctor Alegria, las actividades del Instituto se cumplieron con la celebración de sesiones mensuales.

En la primera sesión, realizada en el mes de abril, el doctor Alegria disertó sobre *“Ley de Defensa del Consumidor y el Derecho Mercantil”*.

Como marco para su exposición, el doctor Alegria indicó que las conclusiones a que pudieran arribarse en el tratamiento de este tema serán por definición provisionarias por la dinámica propia en el desenvolvimiento de la interrelación de la problemática del consumidor con el terreno mercantil. Comenzó refiriéndose a ciertos preconceptos que llevan a encasillar al Derecho del Consumidor dentro del Derecho Civil o Comercial, también a que la existencia de la disciplina del Derecho del Consumo o del Consumidor no se discute en el ámbito nacional e internacional, habiéndose incluso incorporado a ciertas constituciones políticas (v.gr. España, Portugal, Argentina, etcétera).

Luego señaló que el derecho de consumo vino a corregir ciertos desequilibrios del mercado en lo macro –economía global– cuanto en lo micro –relación proveedor versus consumidor–, a superar desigualdades –por ejemplo imposición de desplazamiento de competencia territorial– mediante la definición de cláusulas prohibidas y obligatorias, aumento de las formalidades contractuales, derecho de arrepentimiento; a proteger la información –que sea completa y su defecto pueda determinar la nulidad del contrato–.

Reflexionó en cuanto a las cláusulas abusivas o el tema del derecho de la información que avizora que los mismos terminen convirtiéndose en derecho común en un futuro no lejano; respecto de las cláusulas abusivas, añadió que si bien son tales cuando desnaturalizan el contrato, tampoco debería el derecho del consumidor desnaturalizar la esencia del negocio de que se trate.

También recordó, en relación con las personas ante la ley de defensa del consumidor, que en la actual redacción de la ley, el consumidor también puede ser persona jurídica, y el proveedor puede o no ser comerciante. Ahora bien, sostuvo que el consumidor no tiene un estatuto propio, considerando tal el dictado de reglas especiales para determinadas personas en razón de ciertas calidades, porque cualquier persona puede ser un consumidor.

Al considerar la integración del derecho de consumo con otra normativa, y la eventual preeminencia de una u otra, se refirió al texto del art. 3 de la ley de defensa del consumidor. También comentó la integración implícita del derecho del consumidor con otras normas, ejemplificando que el mismo no regula ningún contrato en particular, sino que se aplica a tales instituciones reguladas por el Código Civil, Comercial o leyes especiales. Allí rescató la referencia de Jorge Mosset Iturraspe a la necesidad de un “diálogo de las fuentes”.

Comparó el acto de comercio con el acto de consumo, indicando que así como existen numerosos actos de comercio que no son actos de consumo, también existen actos de consumo que no son actos de comercio (por ejemplo, los relativos a inmuebles); y reanalizó el art. 7 del Código de Comercio desde el prisma del derecho del consumidor, comentando que también puede hablarse de actos mixtos de consumo-no consumo dentro de un mismo acto; señalando que para juzgar la calidad del acto debe verse en cada caso la intención de las partes, trasuntada en la exterioridad de la relación plasmada.

Tras su disertación, los presentes tomaron una activa intervención realizando diversas acotaciones: la doctora Marsili, en relación con el consumidor financiero; la doctora Uzal y el doctor Bulló sobre ciertas dificultades que plantea el llamado “diálogo de las fuentes”, por ejemplo, en materia de prescripción; el doctor Heredia hizo mérito de la incorporación del derecho del consumidor a la Constitución Nacional en la última reforma del año 1994, citando al titular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Ricardo Lorenzetti en cuanto sostiene que se trata de Derecho Civil Constitucionalizado, haciendo notar que aquí juega el principio de jerarquía normativa; y el doctor Araya, quien manifestó su preocupación de que se puedan extender principios aplicables a la relación empresario-consumidor a las relaciones interempresarias.

En la segunda reunión del Instituto, en el mes de junio, el doctor Pablo Heredia habló sobre *“Verificaciones concursales de créditos atípicos”*.

La elección del tema surgió del análisis efectuado por el expositor a la ley concursal española.

El doctor Heredia consideró en primer lugar los créditos sometidos a condición. Recordó en tal sentido el régimen del Código Civil argentino. Y de allí pasó al régimen concursal, distinguiendo el tratamiento de la condición suspensiva respecto del de la resolutoria. Sobre la primera recordó que los derechos de adhesión, voto, dividendos, etcétera. quedan en suspenso, y sólo se puede computar el crédito si se cumple la condición antes de vencer el período de exclusividad; debe verificarse el crédito porque se trata de un acto conservatorio. Los créditos sometidos a condición resolutoria, en cambio, deben ser verificados como si la obligación no estuviera sujeta a condición, con amplitud de facultades para el acreedor hasta que se cumpla la condición, estando expuesto a la repetición de lo cobrado si se cumpliera la condición, con más los intereses desde que haya sido requerido. Si se cumpliera la condición antes de la sentencia verificatoria, el síndico debería informarlo al tribunal; si se verifica después, no tiene derecho de voto. Se plantea la incógnita de qué sucede si se cumple la condición resolutoria después de que el acreedor haya llevado a cabo uno o más actos procesales – por ejemplo: voto, impugnación a una verificación –. Acotó que autores españoles como Ángel Rojo aplican analógicamente la solución que se aplica a los contratos de tracto sucesivo – efecto *ex nunc* –.

Otro caso especial que destaca es el del art. 220 inciso 2 de la ley concursal, que prevé la necesidad de formar reservas para los créditos pendientes de resolución administrativa –lo que implica someterlos a condición suspensiva–, lo cual se advierte como contradictorio con el régimen de derecho administrativo –presunción de legitimidad del acto administrativo–, a tenor del cual debería tratárselo como créditos sometidos a condición resolutoria.

También consideró el caso de los créditos futuros. Al respecto recordó que la doctrina italiana mayoritaria, a la que el doctor Heredia adhiere, entiende que dichos créditos se deben verificar. Señaló como ejemplo de este tipo de créditos, las fianzas denominadas “ómnibus”, que contienen obligaciones futuras indeterminadas, y usualmente son usadas en el sector bancario. Recordó que para la doctrina italiana, no es aceptable la verificación en caso de concesión abusiva del crédito, solución que entiende podría extenderse a nuestro país, con amparo en el artículo 2043 del Código Civil, como lo sostuvo en nuestro medio el doctor Horacio P. Fargosi.

Luego se refirió a los denominados créditos “contingentes”, y a los casos de subordinación crediticia (acreedor senior y junior), en sus variantes indirecta, en la que quien recibe el pago es el acreedor junior, que debe pagar al senior según los términos del acuerdo; y directa, donde quien percibe es el acreedor senior; en la primera, el acreedor junior debe veri-

ficar; y en la directa, debe verificar el acreedor senior, pero el junior también puede verificar como acreedor condicional.

En ese sentido, también aludió a la verificación del crédito de un controlante, quien a su criterio puede verificar pero en caso de quiebra es subordinado; y si la sociedad estaba infracapitalizada podría ser recategorizado como aporte, pero cobraría antes que los socios, en opinión del orador. En caso de concurso preventivo, entiende que este crédito integra una categoría a la que el deudor puede ofrecer una propuesta diferenciada.

Respecto de la verificación de aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital, refirió que el insinuante debe ser tenido como un acreedor interno, es decir, subordinado.

Tras la exposición, hubo un enriquecedor intercambio de comentarios entre los asistentes.

En la tercera sesión del Instituto, realizada en el mes de agosto, el doctor Augusto Mallo Rivas expuso sobre *“Problema, teoría y casuística jurídicos”*.

El disertante empezó por señalar dos motivos para tratar este asunto: el actual desprestigio de lo teórico y un interés por indagar la significación y valor de la expresión “dominio eminente” en relación con el fundamento de la legislación de la emergencia económica.

Para abordar la tesis del actual desprestigio de lo teórico, recurrió al profesor Canaris, de la Universidad de Munich, quien lo atribuyó a una actitud de rechazo acrítico de la teoría, o la incidencia de incompatibilidades ideológicas, o la preferencia por el pensamiento tópico, y la gravitación de la “fascinación por el casuismo”, si bien admitió que no siempre puede prescindirse de este último.

Reseñó el pensamiento de Kant sobre lo que es una teoría y luego señaló que la función más práctica de la teoría jurídica es, a su criterio, la aplicación a casos no considerados en el derecho vigente.

En su caracterización de la teoría jurídica, entre otras reflexiones, dijo el orador que la teoría tiene un núcleo que es la ley, y debe integrarse con las soluciones propuestas en el caso, en un grupo de casos, o en un grupo de soluciones de casos.

Concluyó que en el estado actual de las cosas, a la noción de teoría de Canaris, debe agregarse: a) una aproximación a la idea de lo que sea un

problema jurídico; b) de entre los problemas jurídicos posibles uno concierne a dilucidar qué se debe entender ahora por casuismo; c) la cuestión de la significación de las palabras en las que la regla de derecho es expresada en la ley y en la doctrina académica. En ese sentido aclaró que los operadores del derecho son los que lo usan, mientras que los académicos hablan sobre el derecho; las argumentaciones de aquéllos están sujetas a otros parámetros legales o derivados de principios retóricos. Y esa argumentación, distinta a la teórica, puede que tenga similar fuerza que ésta en el orden práctico.

Respecto del casuismo, que en la actualidad ha cobrado nueva vigencia, recordó que ha sido siempre una solución de índole individual, dada a un caso concreto: argumental y sin la pretensión de corresponderse a un ordenamiento sistemático. Sin embargo, acotó que no se podía prescindir del casuismo en determinadas circunstancias, conjeturando que tal vez ello fuera así porque en algunos supuestos, el caso vale como un experimento referido a la juridicidad teórica.

Por último, consideró el tema del dominio eminente. A esos fines, reseñó que el derecho medieval de vasallaje, con la inherencia de someter a señorío a cosas y personas, tuvo notoria importancia hasta su derogación por la Revolución Francesa. En nuestro país, fue derogado por la Asamblea del año XIII y por la Constitución Nacional de 1853, si bien han subsistido ciertas aplicaciones, por ejemplo el derecho de expropiación. El resurgimiento de su aplicación en tiempos recientes en algunas leyes nacionales y provinciales responde a un anacronismo de uso deliberado para justificar la invocación de potestades inexistentes en nuestro sistema constitucional, ajenas a las competencias reguladas en el equilibrio de los poderes del Estado y entre los derechos de éste frente a los habitantes.

Recordó que se usó por la Corte de los Estados Unidos como fundamento del caso *"Home Building and Loan Association vs. Blaisdell"*, de 1934, y se la ha seguido aplicando hasta hoy, pasando de un concepto de propiedad absoluta hacia una posibilidad de sacrificio patrimonial privado en homenaje al interés público, y aún de redistribución de la riqueza. Y sobre esa base es que la Corte nacional ha juzgado, particularmente, en el caso *"Peralta"*, y los que lo siguieron hasta culminar en el caso *"Bustos"*.

En su opinión, hubiera bastado quizá con usa el derecho común. Por una parte, porque en el caso de una crisis económica que no tiene por origen los desbordes y la carencia de idoneidad administrativa, resulta claro que no se trata de un supuesto de fuerza mayor, puesto que podría haber sido evitada (art. 513 Código Civil). Además como la ley consagra

de modo implícito el deber de diligencia (art. 512 Código Civil), en que todo ha de realizarse en tiempo útil (art. 625 Código Civil), es patente a criterio del orador que debieron dictarse las normas necesarias con consideración y respeto al orden público argentino, para no sumir a la Nación en una proclamada emergencia que ya dura más de once años, con desprecio de sus implicancias referidas a la tutela del artículo 29 de la Constitución Nacional.

A modo de conclusión, dijo que las reglas teóricas sobre la potestad para encarar adecuadamente la acción útil de un gobierno ante una crisis de la naturaleza no involucran como caso de aplicación de tal teoría a la crisis económica originada en la ausencia de idoneidad. No pueden entonces aplicarse medidas legales que vayan en detrimento de los derechos y garantías sobre la base de un fundamento falaz, apoyándose en reglas del derecho medieval que, se pretende, desplazan al orden jurídico instituido tras un perfeccionamiento cultural de generaciones. No hay causa justa, sino el encubrimiento de los motivos, aduciendo una suerte de fatalismo inexorable de hechos económicos que salen de control, para justificar el avance sobre las competencias constitucionales e infringir el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En el mes de septiembre el doctor Emilio Bulló disertó sobre *“Derecho del Consumidor en los seguros”*.

Al abordar la temática del derecho del consumidor exclusivamente en su vinculación con el derecho de seguros, se refirió con toda especificidad al aspecto de la calidad de quienes pueden participar en el contrato de seguros.

Luego de poner de relieve las posiciones extremas de algunos sostenedores originarios del *consumerismo*, ponderó apuntando aquello que el derecho tradicionalmente ha obtenido respecto de una orientación más moderada, conforme le ha sido insuflada por doctrinas más equitativas.

En la primera parte de su comentario mencionó argumentos doctrinarios de eximios profesores de derecho de nuestro tiempo, así como la existencia de pautas tendientes a corregir la desigualdad de las partes contratantes, que se originaron en la moral, el Derecho Canónico y en el derecho que se construyó a través de los tiempos y que reiteradamente se plasmaron en nuestro derecho positivo, como resulta de la norma del artículo 1197 del Código Civil, de acuerdo con la reforma de la ley 17.711.

Al ingresar en la sustancia de la exposición, nos traslada su parecer en cuanto a algunas posiciones extremas que contra disposiciones expresas

del artículo 109 de la ley 17.418 han necesitado intentar cambiar los fundamentos del seguro de responsabilidad civil, para poder aplicar alguna de las pautas que surgirían del seguro obligatorio de automotores que ha sido organizado en otros países occidentales para satisfacer a los damnificados por accidentes de tránsito. El cambio anunciado no podría cuajar, conforme lo señala Bulló, sin montar antes un fondo de garantía.

Más adelante, se resaltaron ciertas circunstancias particulares del derecho de seguros tal como la ley 17.418 lo determina. Para ello, se apuntaron cuanto menos algunas de toda trascendencia como ser: la reticencia, la obligatoriedad de las denuncias y declaraciones conforme el artículo 15; el seguro por cuenta ajena, y los derechos que engendra (sección 7<sup>a</sup>. del primer título); las caducidades de los derechos del asegurado de la sección IX y la agravación del riesgo (sección X); la exageración del valor de la suma asegurada en relación con el valor del interés asegurable (artículo 60 y siguientes); para no extenderme en el seguro de vida o aún en los de daños patrimoniales que la ley contempla específicamente.

En lo tocante a lo que se acaba de reseñar, Bulló pretende prevenir acerca de las singularidades técnicas en que el derecho de seguro apoya su centro de gravedad, distinciones que exhiben un sello que no puede variarse sin cuidado sumo y con respeto a ultranza de ese tecnicismo.

En sus apreciaciones finales, el disertante sostuvo que no se podría extremadamente sostener la aplicación irreflexiva de ciertos derechos del consumidor cuando se halle en juego normativa del derecho del contrato de seguro que difiera con aquél. Y que para pretender un cambio, debe indispensablemente obtenerse por medio de una ley formalmente dictada como tal.

La doctora María Celia Marsili expuso sobre *“El consumidor financiero y la ley de defensa del consumidor”* en la reunión del mes de octubre.

La disertante señaló que algunos autores sostienen que cuando hay inversión no hay consumidor, porque por hipótesis se trata de excedentes con que uno cuenta. Otros, en cambio, aceptan que el inversor también puede ser consumidor, porque es corriente que las personas tengan excedentes para invertir.

El accionista inversor tiene una característica alejada de la idea de consumidor, quien en general no toma un riesgo.

El concepto de consumidor financiero ingresa a través del primer considerando del Decreto 677/01, que expresa que su objetivo es la protección



de los intereses del consumidor financiero y se lo vincula al art. 42 de la Constitución Nacional. No obstante, no ha sido definido por el Decreto, reglamentado por la Comisión Nacional de Valores (CNV) o regulado por la ley de Defensa del Consumidor.

En pos de una definición, la doctora Marsili aclaró que el consumidor financiero no es el que consume servicios financieros o bancarios (de crédito), quien no tiene otra protección que la que le brinda la ley de defensa del consumidor. El consumidor financiero, en cambio, tiene la tutela de la regulación sobre emisoras y mercado de capitales, que comprende la ley de sociedades comerciales, la ley 17.811 y las reglas del Decreto 677/01. Así, la legislación sobre mercado de capitales protege al consumidor financiero al establecer una completa normativa que impone conductas a las emisoras, a saber: deber de información (información privilegiada), obligación de designar responsable de relaciones con el mercado, responsabilidad, obligación de informar sobre pacto de accionistas, deber de guardar reserva para no afectar la colocación, deber de mantener informados a los organismos autorregulados, etcétera).

Se trató la cuestión de la aplicabilidad de la ley de defensa del consumidor al accionista inversor, ya que ésta no contiene previsión alguna que lo disponga. En doctrina nacional se acude al concepto de “diálogo de fuentes”, recomendando algunos analizar cada caso (Paolantonio); Molina Sandoval tiene una posición similar. Otra posición, la de Gabriela Grighione, a la que adhiere la doctora Marsili, se inclina por la no aplicabilidad de la legislación sobre defensa del consumidor en ningún caso, al consumidor financiero.

Por su parte, tras el agregado del segundo párrafo al nuevo texto del art. 3 de la ley de defensa del consumidor, la expositora manifestó su preocupación en cuanto a que si se asimilase el consumidor financiero al consumidor, a la emisora se le aplicará el concepto de “proveedor”, cuando en realidad la emisora ya tiene una normativa específica que la regula. Además, el régimen del consumidor es incompatible con las operaciones del mercado de capitales, tales por ejemplo las normas sobre garantía y rescisión, entre otras, de la ley de defensa del consumidor, no le resultan aplicables. Pero postula que debería dictarse normativa específica que excluya al consumidor financiero de la ley de defensa del consumidor.

El consumidor financiero es, agregó la disertante, un concepto pendiente de definición legal, aunque se utiliza sin embargo en fallos, y en resoluciones de la CNV.

Tras su exposición hubo un nutrido intercambio de ideas. El doctor Vergara del Carril adhirió a la posición de Marsili sobre la no aplicabilidad de la ley de defensa del consumidor al consumidor financiero que negocia títulos, y agregó que también el mercado secundario resulta ajeno a la ley de defensa del consumidor.

El doctor Stiglitz, por su parte, acotó que la ley de defensa del consumidor favorece el mercado en razón de que las autoridades gubernamentales de control exigen que las empresas incumplidoras observen las reglas (por ejemplo, evitar cláusulas abusivas o daño ambiental, etcétera, o en su caso sancionarlo) lo que tiende a proveer transparencia y equilibrio entre aquéllas.

A su turno, el doctor Piedecabras señaló que la ley de defensa del consumidor no tiene paradigmas negativos sino positivos, por ejemplo, el daño punitivo puede ser visto como un correctivo del mercado, y también en punto a legitimación, por las asociaciones colectivas. El doctor Araya, a su vez, sostuvo que en las resoluciones dictadas por la CNV se distingue en general entre el inversor calificado y el no calificado; y partiendo de esa distinción se pregunta si podría decirse que el no calificado es un consumidor financiero.

La doctora Marsili apuntó sobre este último comentario que en los inversores calificados se reduce la obligación de información a cargo de las emisoras.

Finalmente, el doctor Alegria indicó que acaso deba indagarse hasta qué punto la normativa sobre defensa del consumidor, eventualmente aplicada al consumidor financiero, inhibe o no el desarrollo del mercado. Acotando que la tutela efectiva propende al desarrollo del mercado. Por último se mostró partidario de la no sobre-regulación en un mercado no desarrollado como el argentino.

En la sesión del mes de noviembre el doctor Jorge Labanca ofreció una comunicación sobre *“Crisis y reforma del sistema financiero norteamericano (Comentarios sobre la ‘Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act’)*”.

El expositor realizó un breve resumen de la conformación del sistema financiero norteamericano en el comienzo de la crisis financiera del 2008. En primer término, destacó los cambios restrictivos en la regulación originados por la crisis del año '30 y explicó cómo en el sistema se había vivido una creciente desregulación a partir de la década del '80, que finalizó con

la flexibilización de los límites entre las actividades permitidas a los bancos comerciales y a los bancos de inversión, antes de entonces bastante definidos. En segundo término, pasó revista a los actores principales del sistema financiero norteamericano: tipos (básicamente: Bancos Comerciales, Instituciones de Ahorro, incluyendo seguros y sistemas de pensión, y Compañías de Inversión), subtipos, cantidades de cada uno, cantidades de activos en cada uno. Luego se hizo un resumen del sistema de control y regulación de los mismos por organismos estatales y federales.

Después el expositor abordó la crisis de 2008: sus orígenes remotos por la citada liberalización operada a partir de la década del '80 en la regularización del sistema financiero, sus orígenes más inmediatos relacionados con la sobreabundancia de liquidez a partir del año 2000 por la disminución de la tasa de interés, la creación de una burbuja inmobiliaria, el rol de las hipotecas *sub-prime*, el rol de la titulización y retitulización y el mecanismo de contagio de la totalidad del sistema financiero a partir del apalancamiento y el uso de los *swaps*, con especial mención del rol de las calificadoras de riesgo y las fallas en los sistemas de control. Se hizo hincapié en el rol del Estado y su forma de intervención en la crisis, y se refirió la forma y los alcances de su extensión a la Unión Europea.

Luego inició el tratamiento general de la ley sancionada en julio de 2010, de la que destacó los aspectos que consideró fundamentales. Expresó que esta ley es programática, y fija hitos en su implementación progresiva que estima podría llevar hasta cinco años, pues depende también en gran medida de las numerosas reglamentaciones que requiere por parte de diferentes organismos oficiales. Indicó que esta ley tiene como elementos novedosos, el poner énfasis en la estabilidad financiera del sistema y el crear un nuevo organismo de supervisión de estabilidad financiera, integrado por los presidentes de diferentes organismos gubernamentales, y cuya función principal será identificar situaciones que puedan afectar la estabilidad del sistema y aconsejar a los organismos gubernamentales la adopción de medidas correctivas. Otro aspecto novedoso de la ley es la facultad de dicho organismo, junto con los votos concurrentes de otros representantes de otras entidades, que deben conformar una mayoría de 2/3 de votos, de definir la terminación de una entidad financiera sin intervención judicial ni administrativa previa. Sin embargo aclaró que tenía sus reservas respecto a si la implementación de esta solución sería fácilmente practicable.

Agregó que se sienta en la ley una suerte de responsabilidad objetiva de directores y directivos de las entidades financieras frente a determinados daños, fijando una indemnización tarifada en los salarios de los últimos dos años. Por último se refirió a la llamada "*Volker rule*", que consiste en

una restricción a las entidades comerciales a que realicen actividades sobre títulos y derivados, con sus afiliadas. En su parecer, dicha regla es de difícil aplicación práctica, tal como está redactada. Hizo notar también como aspectos significativos, que la ley tiene un capítulo especial dedicado a regular circunstanciadamente a las hipotecas, y otro relativo al consumidor financiero.

Al término de la charla se generó un muy interesante intercambio de ideas con los asistentes, lo que ocurrió en la totalidad de las reuniones del año.

## SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN DEL INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la coordinación del doctor Alberto Cappagli, la Sección de Derecho de la Navegación propuso al Director del Instituto de Derecho Empresarial, doctor Héctor Alegria, invitar al doctor Mans Jacobsson a pronunciar una conferencia sobre los convenios internacionales de relativos al régimen de responsabilidad civil e indemnizaciones de daños debidos a contaminación por derrames de hidrocarburos desde buques, y sobre el respectivo fondo internacional.

El doctor Jacobsson es uno de los mayores expertos en el tema, ha sido Director del Fondo Internacional, participó en los trabajos preparatorios de las convenciones y protocolos que regulan la cuestión, y es miembro del Consejo Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional.

La propuesta fue aceptada y la Academia convocó a una sesión en la que se incorporó el doctor Jacobsson como miembro correspondiente en Suecia de la Corporación, sobre lo que se informa en el punto B del apartado Sesiones Privadas de esta Memoria.

## SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la coordinación del doctor Jorge Rodríguez Mancini, esta sección comenzó sus actividades en el mes de abril y las finalizó en diciembre. Se realizó una reunión mensual en la sede de la Academia, generalmente los primeros martes de cada mes por cuanto, en algunas oportunidades, y por razones de agenda, se alteró dicho día.

En cada una de ellas, uno de los integrantes del grupo, previamente designado, la inició con una exposición del tema previamente determinado, y luego se efectuó un cambio de ideas y de información sobre el mismo, que sirvió para enriquecer y aclarar los conceptos incluidos en la comunicación.

De acuerdo a un orden establecido según un temario aprobado en el año 2009, se desarrollaron aspectos propios del tema "*Fuentes del Derecho del Trabajo*". Tuvieron a su cargo las exposiciones de este año los doctores Osvaldo Maddaloni, Jorge Rodríguez Mancini, Alberto Rimoldi, Lorenzo Gnecco, Mario Zuretti, Juan Carlos Fernández Humble, Ricardo Foglia, Roberto Izquierdo y Julio C. Simón, quienes abarcando la totalidad de la primera parte del programa propuesto, sobre la fuente constitucional de la materia.

Como invitado especial expuso el doctor Alfonso Santiago (h).

Además de los nombrados como expositores, asistieron a las reuniones de la Sección los doctores Susana Corradetti, Carlos A. Etala, Juan A. Confalonieri y Mario S. Fera.

---

Cada una de las exposiciones fue seguida de comentarios de los asistentes para enriquecer el material propuesto por el responsable del tema.

En todos los casos, el tratamiento de los puntos del programa se ha ido plasmando en un archivo electrónico de cuya recopilación oportuna se propone una publicación.

En la última reunión del año se inició el desarrollo de la segunda parte, el derecho internacional como fuente del Derecho del Trabajo.

A partir de la primera reunión del año próximo se continuará con los siguientes aspectos del mismo rubro.

Los integrantes del grupo coincidieron en manifestar a las autoridades de la Academia su agradecimiento por la hospitalidad y facilidades que ha brindado continuadamente para el desarrollo de su actividad académica.

## SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la coordinación de la doctora María Elsa Uzal, la sección inició sus actividades el 26 de octubre con un acto público que abrió el académico Director del Instituto de Derecho Empresarial, doctor Héctor Alegria.

En la oportunidad, el doctor Osvaldo Marzorati ofreció una conferencia sobre el tema *“Homogeneización de la ley aplicable y los contenidos de los contratos internacionales”*.

El autor dividió el tema en tres partes. Comenzó con los antecedentes históricos y los sistemas de resolución de conflictos en el Derecho Romano, que creó el derecho de los *alieni iuris* y las primeras normas uniformes para regular el derecho de los extranjeros en Roma y su evolución posterior.

Señaló la influencia resultante del hecho de la navegación y el sistema de ferias de la Edad Media como antecedentes históricos de la tendencia a uniformar los contenidos de los contratos que inciden en el comercio internacional, con independencia de la ley aplicable.

En la segunda parte trató el Derecho Internacional Privado y su sistema de norma indirecta como el método favorito en el siglo XIX para uniformar las soluciones de la ley aplicable que provocaron el efecto opuesto, esto es, la diversidad de contenidos en los sistemas europeos y latinoamericanos según prevaleciesen la teoría de domicilio, de la nacionalidad o los sistemas rígidos de presunciones sobre la ley aplicable, cuyos exponentes siguen siendo el derecho uruguayo y los Tratados de Montevideo. También examinó los conflictos en el derecho anglosajón con su teoría de los conflictos móviles; el *Res-*



*tatement II* sobre ley aplicable y la tendencia a la flexibilización del sistema de presunciones rígidas mediante la adopción de la teoría de autonomía de la ley aplicable para contenidos disponibles y la adopción por la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP) del principio de la ley con la conexión más estrecha o con vínculos más estrechos con una legislación determinada en ausencia de una ley aplicable pactada que regulase los contenidos disponibles.

En una tercera parte y con fundamento en la corriente actual hacia la uniformidad en los contenidos, hizo especial referencia a diversas normas legales como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, buscando la uniformidad de los contenidos disponibles consentidas por los Estados, sin perjuicio de la reserva del orden público internacional de cada Estado. Hizo también referencia a diversas recopilaciones privadas, en general producto de la Cámara de Comercio Internacional, como la Convención sobre Garantías a simple requerimiento, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios *Brochure* (500 o 600) y los Principios de los Contratos Internacionales de *Unidroit*. Destacó la modificación de las constituciones de muchos países que aceptaron la primacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y, sobre todo, la práctica internacional originada en el derecho anglosajón que a través de contratos - formulario, o de contratos de adhesión o de contratos con cláusulas predispuestas, ha generado una uniformidad clara en la contratación internacional en multitud de contratos identificando muchas de sus cláusulas. Remarcó que el uso generalizado de Internet ha motivado, como efecto secundario, la adopción por las legislaciones nacionales de esas prácticas o modelos de contratos, lo que ha provocado que muchos de los contenidos, no sólo formales sino también de fondo de los mismos, se encuentren insertos en contratos locales al amparo de la autonomía de la voluntad, modificando toda norma que no sea de orden público en la contratación local, y modificando efectivamente de contenidos disponibles a los contratos internos.

Finalmente el autor destacó, con múltiples ejemplos, esa internalización de contenidos internacionales juzgando que esa tendencia, producto de la combinación de los factores indicados, ha provocado que paulatinamente se vayan soslayando los principios clásicos de derecho internacional privado aplicables a la contratación local o internacional, sustituyéndolo con contenidos uniformes.

En la siguiente reunión de la Sección, el veintitrés de noviembre, la doctora Delia Lipszyc expuso sobre *“El carácter plurijurisdiccional de las ex-*

*plotaciones en Internet. Su incidencia en la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente en conflictos por infracción a los derechos de autor y conexos”.*

La doctora Lipszyc comenzó su exposición señalando que el derecho de autor y los derechos conexos nacieron y se desarrollaron siguiendo el impulso de los cambios tecnológicos. Refirió que, sin embargo, ninguno de ellos fue tan impactante como los que tuvieron lugar en las últimas décadas con la explosión digital y el uso combinado de la tecnología digital y las telecomunicaciones en las redes, porque esos cambios se aceleraron y tomaron nuevas direcciones como nunca hasta entonces. Acotó que pasados los primeros impactos del asombro, se ha advertido que Internet es, básicamente, un formidable medio de difusión de obras, interpretaciones, productos culturales y servicios de entretenimiento, al igual que de todo tipo de datos personales y no personales: noticias, mensajes, transacciones bancarias, balances de banco, etcétera, y destacó que las difusiones por Internet son esencialmente plurijurisdiccionales.

Expuso que si bien de conformidad con el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (del que forman parte 164 países, entre ellos la Argentina) el derecho de autor es territorial, porque existe en forma separada e independiente en cada país (art. 5.2), lo cual determina la aplicación de la legislación del Estado donde se reclama la protección (*lex loci protectionis*), cuando las comunicaciones se inician en un país pero también son recibidas en otros – como ocurre en Internet –, a los efectos de la determinación de la jurisdicción competente cabe preguntarse cuál es el territorio donde se localiza el acto que infringe el derecho de autor y conexos en la red digital mundial. Refirió que en el Derecho internacional existen criterios atributivos de jurisdicción que se encuentran en diversos sistemas jurídicos nacionales y en instrumentos internacionales y que el criterio tradicionalmente aceptado por muchos ordenamientos jurídicos es el lugar de producción del daño. Destacó sin embargo que como las difusiones por Internet son esencialmente plurijurisdiccionales, puede seguirse la evolución de una línea jurisprudencial de tribunales estadounidenses, canadienses y franceses, refiriendo casos actuales en los que, en general, se ha aplicado la teoría del vínculo sustancial como determinante de la jurisdicción competente.

Tras la exposición se abrió un muy interesante debate, en el que se realizó un intercambio de ideas con importantes aportes por parte de los miembros asistentes. Se propició efectuar un seguimiento de la evolución jurisprudencial del tema tratado.

Finalizado el debate, se programaron las actividades para el año 2011, que comenzarán con una reunión el día martes 12 de mayo.

## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Bajo la dirección del académico doctor Hugo Caminos el Instituto, con la colaboración de los secretarios, doctora Silvina González Napolitano y doctor Orlando Pulvirenti, manteniendo la coherencia de la actividad iniciada en el año 2005, se efectuaron diversas reuniones en las que los relatores asignados por el Instituto fueron exponiendo el avance de los temas en tratamiento, siendo sometidos a cuestionamientos y aporte de observaciones por parte de todos los miembros del Instituto.

En la primera reunión se procedió a elegir tal como acontece en cada período a las autoridades e integrantes del mismo.

Por unanimidad se consintió lo actuado y se ratificó la dirección del académico doctor Hugo Caminos, y como secretarios a los doctores Silvina González Napolitano y Orlando Pulvirenti.

Durante el año al que se refiere este informe se finalizó el proyecto encomendado a la doctora Gladys Sabia y al doctor Orlando Pulvirenti, y que tiene como objeto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a la interpretación que se efectúa del Derecho Internacional Público y particularmente de la costumbre como fuente de derecho.

De igual forma debe destacarse que se encuentra en importante estado de concreción la investigación que sobre *“Nacionalidad de los buques y relación auténtica”*, dirige en carácter de relatora la doctora Frida Armas Pfirter.

En esta cuestión, el estudio cuenta con la colaboración de miembros del Instituto con experticia única en la Argentina, incluyendo al Director del Instituto, doctor Hugo Caminos, quien reviste el carácter de Juez del Tribunal Internacional del Mar.

De la misma manera, también se encuentra en etapa final la labor conducida por el doctor Osvaldo Mársico respecto de *“Las consecuencias de la ampliación del concepto de amenaza a la paz y seguridad internacionales en la práctica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el período post – guerra fría”*.

Asimismo el doctor Pablo Ferrara incorporó como trabajo a desarrollar para ser sometido a evaluación para su publicación su tesis sobre *“Cooperación en la explotación de petróleo y gas en el mar”*.

Durante el año 2011 se procurará finalizar los trabajos en curso e iniciar el estudio de nuevas problemáticas que atañen al Derecho Internacional Público.

## INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Enrique M. Falcón, el Instituto continuó con la tarea fijada en el 2009 para la confección de una legislación sistemática adecuada al modelo argentino de Procesos Colectivos mediante el trabajo en reuniones y especialmente por vía Internet.

El trece de abril se realizó una reunión del Instituto en la sede de la Academia donde se informó a los miembros el estado del tratamiento de los Procesos Colectivos de acuerdo con el modelo de comunicación informática previsto. Allí se indicó la bibliografía que se iba formando sobre la materia, las comunicaciones especiales cursadas por los miembros sobre los distintos temas y los artículos y trabajos aportados sobre los mismos. Asimismo se propusieron los miembros del Instituto para el período de los próximos tres años, sobre lo que se informa en el punto anterior.

Se siguió trabajando en el modelo y se fijó la siguiente reunión para el veintiocho de septiembre. Ese encuentro contó con la presencia de los doctores Mabel A. de los Santos, Ángela E. Ledesma, Héctor Eduardo Lequisamón, Leonardo Alfredo Lubel, Jorge Armando Rojas, José María Salgado, Héctor Eduardo Sirkin y Alejandro Verdaguer. También efectuaron comunicaciones vía e-mail los doctores Roberto Berizonce, Francisco Verbic y Lendro Giannini. Se hallaron ausentes con aviso los doctores Arodin Valcarce y Mario Masciotra. Fue invitado a la reunión el doctor Osvaldo Prato para colaborar con la tarea del proyecto sobre procesos colectivos en razón de su experiencia en la materia. Asimismo en la fecha se otorgó una constancia certificada de la calidad de miembro para la doctora Beatriz Martorello, designada Presidente de la Inter - American Bar Association - Federación Interamericana de Abogados, con sede en Washington, Estados Unidos. Se fijaron los temas y el ordenamiento del trabajo, sobre

la base de la convocatoria, determinándose las distintas áreas y los encargados de ellas. Quedó establecido así el orden de las distintas áreas de coordinación de la siguiente forma: Coordinadora doctora Mabel de los Santos: 1. Definición y alcance del proceso colectivo. 2. Modelo de proceso; Coordinador doctor Alejandro Verdager: 3. Organización y competencia; Coordinador doctor Eduardo Sirkin. 4. Preparación del proceso. Legitimación. 5. Representación adecuada; 6. Notificaciones y Registros; Coordinador doctor Héctor E. Leguisamón. 7. El proceso general. Etapa introductoria. 8. Audiencia preliminar. 9. Preparación probatoria. 10. Audiencia de vista de causa; Coordinador doctor José María Salgado. 11. Sentencia. 12. Recursos. 13. Cosa juzgada. 14. Ejecución de la sentencia. Coordinador doctor Jorge A. Rojas. 15. Medidas cautelares y tutela anticipada; Coordinador doctor Osvaldo Prato. 16. Reglas en particular para los procesos sobre derechos individuales homogéneos; Coordinadora doctora Ángela E. Ledesma. 17. Reglas en particular para los procesos penales. Coordinador doctor Enrique M. Falcón. 18. Reglas en particular para los colectivos activos y mixtos. 19. Amicus curiae. 20. Aplicación de la informática. 21. Costas. 22. Honorarios. 23. Otros temas a considerar.

Asimismo se establecieron tres períodos de trabajo para determinar las bases del ordenamiento jurídico pretendido. Primer Período. Hasta el 30 de octubre pasado los miembros del Instituto pudieron efectuar consideraciones sobre el orden de los temas, otros temas a agregarse o consideraciones especiales sobre algunos de ellos. Segundo Período. 1 al 28 de febrero de 2011, se realizarán las propuestas, las que se tomarán sin críticas solamente estableciendo dentro de cada sector los diferentes criterios conforme con las Reglas que se ha encomendado a la Dirección redactar y que serán comunicadas oportunamente. Tercer período. Reuniones del Instituto en fecha a fijar, donde se irán delineando los aspectos fundamentales del Anteproyecto.

Los coordinadores serán los encargados de recibir y ordenar los temas. Tanto los coordinadores como los miembros del Instituto pueden participar en uno o varios de los grupos establecidos para formar la legislación preliminar. El proceso base sobre el que se realizará la tarea será el Proyecto sobre procesos colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Las reglas. De acuerdo con lo resuelto, para facilitar la tarea se establecieron las siguientes reglas para el presente período de formación del cuerpo normativo: Se tomarán como base para la elaboración del Anteproyecto el Proyecto de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,

---

ya que las materias de este último que no sea necesario repetir se aplicarán por remisión. Cualquiera de los miembros del Instituto, incluidos los coordinadores, podrá remitir a cualquier grupo, las normas que consideren pertinentes. En cada artículo propuesto se indicará el proponente: Por ejemplo: art. xx. Los procesos colectivos corresponden a sujetos indeterminados (Pérez)). Los artículos se ordenarán de manera sistemática dentro de cada tema, pero no se hará en esta etapa ninguna observación sobre ellos, porque se trabajará por el sistema de tormenta de ideas o lluvia de ideas (*brainstorming*). Cada artículo podrá ir con una nota breve explicando los fundamentos: Por ejemplo: (Art. yy. Los procesos colectivos pueden ser a ó b (Pérez) (1). NOTA: Indicamos solamente a ó b porque el c está comprendido dentro de ellos). Esta tarea se cumplió entre el 1 de noviembre próximo y hasta el veintiocho de febrero de 2011. Luego de este período comenzará la etapa crítica.

## INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

Bajo la dirección del académico doctor Horacio A. García Belsunce, el día diecisiete de junio se realizó la sesión inaugural del Instituto, que tiene por objeto realizar investigaciones y estudios vinculados con el derecho tributario sustantivo, el derecho tributario administrativo o formal, el derecho tributario penal, el derecho tributario procesal, el derecho tributario internacional y, en especial, el derecho tributario del Mercosur.

Para llevar a cabo dichos fines fueron convocados los doctores Rubén O. Asorey, Enrique Bulit Goñi, José Osvaldo Casás, Hernán García Belsunce, Horacio García Prieto, Guillermo Teijeiro, Agustín Torres y Gustavo Zunino.

Las actividades del Instituto se cumplieron en sesiones mensuales con un buen nivel de asistencia de sus miembros.

Dentro de los objetivos y sobre la base de un anteproyecto preparado por el doctor Horacio García Prieto, se elaboró un dictamen sobre el fallo "*Intercop S.R.L. s/ ejecución fiscal*", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del día 15 de junio de 2010, que el Cuerpo autorizó en la sesión privada del 12 de agosto y fue publicado en diferentes revistas de interés jurídico.

El fallo se refiere a la inconstitucionalidad de la legislación que autoriza a los apoderados de la Administración Federal de Ingresos Públicos a disponer por sí mismos la traba de embargos sobre bienes de los contribuyentes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver la causa ha emitido un saludable acto de gobierno, que es digno de todo encomio, en tanto impulsa la vigencia efectiva de valores republicanos esenciales



como son la división de poderes, la reserva de la función jurisdiccional para el Poder Judicial, la defensa en juicio y la inviolabilidad de la propiedad.

Asimismo, se realizó una comunicación interna sobre el fallo “*Hermitage S.A.*”, del Alto Tribunal de Justicia de la Nación, del día 15 de junio de 2010, en la que el doctor José Osvaldo Casás efectuó interesantes reflexiones sobre dicha causa relacionándola con diversa jurisprudencia relativa al tema. El fallo se refiere a la declaración de inconstitucionalidad del art. 6° del título V de la ley 25.063, por el que se instituyó el impuesto a la ganancia mínima presunta. Los réditos o ganancias realizadas y líquidas no son los únicos índices o indicios de capacidad contributiva aptos para exteriorizar riqueza susceptible de ser gravada, ya que, de ser así, no correspondería el pago de ningún impuesto nacional ni provincial respecto de actividades que no generen utilidades. La irrazonabilidad del impuesto a la ganancia mínima presunta por desatender a la capacidad contributiva, ocurre cuando a través de una visión parcial se ponderan los activos y se desconsideran importantes pasivos que generan también servicios financieros presuntos y no por la mera constatación de un quebranto.

Respecto de las actividades a realizarse, el Instituto propuso efectuar comunicaciones internas en cada una de las futuras reuniones, teniendo lugar la primera de ellas el 23 de noviembre, en la que el doctor Agustín Torres expuso en forma clara y precisa sobre “*La interacción entre los tratados de integración y los convenios para evitar la doble imposición*”.



# IV

## OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



# HOMENAJE A JUAN BAUTISTA ALBERDI

POR GREGORIO BADENI (\*)

En representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, expreso nuestro agradecimiento por la invitación cursada para participar en este justo homenaje que rendiremos a Juan Bautista Alberdi. También transmitimos nuestras congratulaciones al Instituto Federal de Estudios Parlamentarios por la feliz idea de formular el debido reconocimiento a la labor de una personalidad tan descollante al cumplirse el bicentenario de la Gloriosa Gesta de Mayo, así como también el bicentenario de su nacimiento. De una personalidad emblemática de esa brillante generación de 1837, que se inscribió definitivamente en la historia de nuestra Patria no con la espada, no con el arte de la política, sino con el arte de pensar forjando los fundamentos de la estructura constitucional argentina. Estructura que, a pesar de los embates de que fue objeto, subsiste hasta nuestros días con toda su frescura y sabiduría.

Juan Bautista Alberdi consideraba que la historia argentina se podía dividir en dos etapas. Las etapas de la independencia y de la organización.

La primera se manifestó claramente en 1810, y para arribar a la segunda, fue necesario que transcurrieran 40 años signados por una lucha fratricida y sangrienta que concluyo cuando, los argentinos, se pusieron relativamente de acuerdo sobre cuál debía ser el contenido de la organización política y jurídica del nuevo Estado que albergaba a una nación sedienta de paz y progreso.

---

(\*) Disertación del Académico titular en el acto evocativo del Bicentenario del Nacimiento de Juan B. Alberdi, en el Salón de Lectura "Arturo Illia" del Palacio del Congreso de la Nación, organizado por el Instituto Federal de Estudios Parlamentarios, de la Secretaría Parlamentaria del H. Senado de la Nación, el 26 de agosto de 2010.

De ahí que, cuando después de la batalla de Caseros el general Justo José de Urquiza proclamó su firme intención de organizar a ese Estado mediante la sanción de un texto constitucional, Alberdi recibió la noticia con singular entusiasmo. Entendía que eso era lo que se debía realizar conforme a los lineamientos elaborados por la Generación de 1837.

Radicado en Valparaíso, comenzó a escribir ese ensayo que conocemos con el nombre de "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", concluyendo su obra en mayo de 1852. Fue escrita con particular rapidez. Remitió a Buenos Aires varios de sus ejemplares, uno de ellos a Urquiza quien agradeció el gesto. La demora en conocer la opinión de Urquiza sobre su obra, determinó que Alberdi pensara que ella no había merecido el interés del caudillo entrerriano. Pensamiento que se diluyó cuando tuvo conocimiento que no era así.

La obra tuvo amplia difusión en Buenos Aires donde ya se presentaban proyectos de una constitución formulados, total o parcialmente, por diversas personas. Entre ellos, sugestivamente, uno de la autoría de Pedro de Angelis. Pero todos ellos diferían sustancialmente del proyecto que, poco después, elaboró Alberdi. Eran obras teóricas desprovistas de un enfoque básicamente empírico, práctico, que se ajustara a la realidad y procurara su perfeccionamiento razonable en función de la idea política dominante. Enfoque al cual respondió el proyecto de Alberdi.

Cuando llegaron esos primeros ejemplares a Buenos Aires, el diario "El Nacional" del 19 de julio destacó: *"El correo de Chile nos ha traído un libro pequeño que encierra el pensamiento de un argentino sobre la materia que más puede interesar en este instante. Estamos en vísperas de tener una Constitución. El Congreso que ha de formarla está ya a reunirse. Todo aquello que podría tender a su mejoramiento es atendible, o por mejor decir, vital para los argentinos"*.

Días después, el 22 de agosto, "El Nacional" añadía: *"El doctor Alberdi ha comprendido nuestra situación, nuestra época y ayudándose de la historia, ha derramado en su pequeño libro ideas que bien meditadas podrían servir de base a la próxima Constitución de la República"*. Alberdi no retornó a Buenos Aires permaneciendo en Chile porque, días antes de esa publicación, fue nombrado encargado de Negocios de la Confederación en ese país. Asimismo, un día antes de ella, el 21 de agosto, fue conocida la segunda edición de su obra en la cual se incorporó el texto del proyecto de Constitución elaborado por Alberdi. Se difundió rápidamente en Buenos Aires, especialmente entre los integrantes del Congreso Constituyente.

Alberdi no improvisaba. Conocía perfectamente el pensamiento político francés desde Montesquieu, Rousseau y hasta Benjamin Constant. Conocía el texto de la Constitución de los Estados Unidos y la opinión que ella le había merecido a Alexis de Tocqueville. En Alberdi bullían las ideas de la Generación de 1837, que eran ideas forjadas para unir, no para desunir. Conocía en detalle nuestros antecedentes constitucionales, la Constitución Gaditana, así como también la Constitución chilena de Egaña de 1833. Todos estos documentos constitucionales y las ideas de aquellos pensadores fueron debidamente ponderados por Alberdi para ir formando su proyecto de Constitución, sin perjuicio de sus particulares y valiosos puntos de vista en materia institucional.

El proyecto de Alberdi fue la obra básica que tuvieron en cuenta los integrantes del Congreso Constituyente de 1853. También conocían las obras que habían ilustrado a Alberdi. Inclusive, algunos conocían “El Federalista”, cuyo único ejemplar en Buenos Aires fue cedido por Bartolomé Mitre al Congreso, aunque al poco tiempo se ignoraba quién se estaba beneficiando con su lectura. Sin embargo, aquel proyecto fue la guía que adoptaron para nutrir el texto constitucional. Es que, el proyecto de Alberdi, explicitaba claramente cuál era su objetivo. Objetivo común a todos los integrantes del Congreso: organizar con realismo a una Nación que ya tenía vida. ¿Cómo hacerlo?, ¿a través de qué?. De un instrumento: la Constitución. ¿Con qué contenido? Un gobierno representativo y republicano, como el que registraban los precedentes constitucionales argentinos, y además la adopción del sistema federal de Estado.

En cierto modo, fue el primer autor local que supo explicar con precisión en qué consistía el federalismo. Es que, siendo infinitas las referencias al federalismo, para muchos se representaba como sinónimo de confederación y no de un Estado donde las partes transferían su poder soberano conservando un poder autónomo.

El pensamiento de Alberdi reflejaba la idea de los federales partidarios de la libertad, la dignidad y el progreso. No de los federales rosistas impregnados de autoritarismo. También reflejaba la idea de los unitarios, no de los unitarios paternalistas como podían ser los seguidores de Bernardino Rivadavia, sino de aquellos que admitían la preexistencia de las provincias y consecuente necesidad de respetarlas. Alberdi adoptó una postura equidistante y flexible conforme a las necesidades del país. De ahí que Alberdi concebía la Constitución no solamente como una ley o documento jurídico fundamental -la ley de leyes que determina la validez de los restantes componentes del ordenamiento jurídico- sino también como un instrumento de gobierno. En el proyecto de Alberdi, que luego

fue incorporado en la Constitución de 1853, se advierte en forma clara que la Ley Fundamental fue considerada como un plan de acción para los sucesivos gobernantes. Fue esbozada y redactada con la suficiente generalidad para permitir su adecuación al dinamismo de la vida social.

Por otra parte, para Alberdi la Constitución también era un símbolo de la unidad nacional, un símbolo de la Nación como lo eran la bandera y el himno. Es cierto que, con el correr del tiempo este valor simbólico se deterioró sensiblemente. Sin embargo, ese valor era manifiesto cuando fue sancionada la Constitución. Juan María Gutierrez, uno de los amigos entrañables de Alberdi, manifestó el 1º de mayo de 1853 al ser aprobada aquella que se trataba de “..la Nación Argentina hecha ley...”. Asimismo, el 9 de julio de 1853, fecha en que fue jurada la Constitución, Fray Mamerto Esquiú pronunció su célebre sermón en la Iglesia Matriz de Catamarca asignando un particular valor simbólico a ese instrumento que forjaba la unidad nacional.

¿Cuáles eran las metas que debía tener la organización de la unión nacional? Para Alberdi, básicamente eran dos: la dignidad humana y el progreso. El medio para alcanzar tales metas residía en la vigencia de una libertad responsable. Eran principios propios de la Generación de 1837, sobre los cuales había compartido múltiples intercambios de opiniones con Esteban Echeverría, con Gutierrez, con los integrantes de la Sociedad Argentina y de la Sociedad Literaria. Pero, ¿a qué libertad se refería Alberdi? A una libertad plena o global. Tanto política como económica y social. Si no se presentaba la libertad en alguna de esas áreas, no había libertad. No puede haber libertad política sin libertad económica, ni puede haber libertad social si no hay libertad política y económica.

¿Qué es la libertad política? Básicamente el derecho del pueblo para autogobernarse. El derecho de los ciudadanos para designar a los gobernantes y el derecho de los ciudadanos para ser elegidos gobernantes, con todas las variantes y condiciones que presupone la presencia de la libertad en las relaciones de poder. Alberdi, con razón, entendía que el desenvolvimiento de la libertad política requería incrementar la cultura cívica y la educación cívica propias de una convivencia republicana. Decía que “*el sufragio de la multitud, donde la multitud es incapaz de sufragar porque ha mamado la obediencia inerte, no puede producir otro resultado práctico que poner el gobierno del país en manos de los menos dignos, de los más audaces y más hábiles para arrancar su voto, por coacciones y artificios finos, que le dan aire de un sufragio libre, pero que en realidad son votos arrebatados por el fraude. Todo país gobernado por la multitud ignorante en las prácticas de la libertad, lejos de tener a su cabeza los mejores hombres del país, tiene infaliblemente los mayores intrigantes y bribones*”.



¿Qué es la libertad económica? Para Alberdi era la producción de bienes, la creatividad y la imaginación para satisfacer legítimamente las necesidades, fomentar la inmigración y aquella labor productiva, respetar la propiedad privada. Pero, básicamente, era la creatividad, lo que en la actualidad llamamos la economía del conocimiento.

¿Qué es la libertad social? Es un estilo de vida basado sobre la tolerancia, el pluralismo, el respeto recíproco, la solidaridad social genuina, la instrucción y la educación. Por otra parte, corresponde tener presente que, a los pocos años de haber nacido Alberdi, en la conciencia de la sociedad argentina ya se había manifestado la preocupación por la cuestión social. Si acudimos al Estatuto de 1815 o al Reglamento Provisorio de 1817 elaborado por el Congreso de Tucumán, encontraremos la cláusula de “La Cuestión Social”. Establecía que es deber, obligación del cuerpo social ayudar a los desamparados, a los desprotegidos, para que pudieran obtener los medios y recursos necesarios que les permitieran superar el estado social en que se encontraban. Se trataba de aquella concepción que, a mediados del siglo XX, fue bautizada por Segundo V. Linares Quintana con el nombre de “constitucionalismo social”. En los documentos constitucionales argentinos, desde comienzos del siglo XIX, se había insertado la idea acerca de la necesidad de brindar oportunidades para mejorar su condición de vida a los desamparados para que se pudieran elevar material y espiritualmente. No mediante la caridad, sino mediante la ayuda participativa, la educación y el esfuerzo del propio individuo. A través de los instrumentos idóneos para generar el progreso social. Ese era el pensamiento de Alberdi y de los congresales de 1853 que fue incorporado en el texto constitucional a los fines de su cabal interpretación.

Son muchos los aspectos positivos y relevantes de Alberdi que podríamos enunciar. La descripción de todos ellos superará holgadamente la finalidad de este acto y los límites de nuestra exposición. No sólo fue un abogado destacado que ejerció exitosamente el arte de abogar en Valparaiso. También fue un poeta, un músico que nos prosigue deleitando con los minués que compuso, un ensayista de primer nivel, un diplomático distinguido, un político, un jurista y autor de publicaciones imperecederas. A ello añadió, en el ámbito de la ciencia constitucional, su aguda descripción de la metodología o reglas para la elaboración de las normas constitucionales. Las conocía en detalle destacando, particularmente, la claridad, la concisión -porque un texto constitucional debe ser breve- y el uso del lenguaje común. En este sentido, un texto constitucional debe ser redactado con palabras que sean entendibles por cualquier ciudadano, porque la Constitución no se dicta para los expertos del derecho sino para el pueblo. Alberdi destacaba que una Constitución

no debía ser una obra literaria; tenía que ser algo esencialmente práctico, al alcance de todos. Si leemos el texto de nuestra Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898, observamos que la claridad, la concisión y el uso del lenguaje común permiten que su conocimiento esté al alcance de todo ciudadano.

La entendemos en la alborada del siglo XXI, no obstante que fue redactada a mediados del siglo XIX.

Me permito concluir esta disertación con dos frases de Alberdi que sintetizan su pensamiento constitucional. Con referencia a la necesidad que las normas constitucionales sean estables decía: *“Hemos querido remediar los defectos de nuestras leyes patrias, revocándolas y dando otras en su lugar; con lo cual nos hemos quedado de ordinario sin ninguna: porque una ley sin antigüedad no tiene sanción, no es ley. Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución. ¿Tiene defectos, es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva. La novedad de la leyes es una falta que no se compensa por ninguna perfección; porque la novedad excluye el respeto y la costumbre, y una ley sin estas bases es un pedazo de papel, un trozo literario”*.

También decía que el arte del gobierno es el arte de hacer amar a los pueblos la Constitución y las leyes. *“Para que los pueblos la amen, es menester que la vean rodeada de respeto, prestigio y esplendor. El principal medio de afianzar el respeto a la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas; ellas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública o al menos grave. Ellas son lo que las amputaciones al cuerpo humano, necesarias a veces, pero terribles siempre; deben evitarse todo lo posible o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración, remedemos sus defectos no por la abrogación, sino por la interpretación”*.

Estas frases que sintetizan el pensamiento de Alberdi sobre la perdurabilidad constitucional y la virtud de la estabilidad en la vida social, lamentablemente no fueron tenidas en cuenta en varios pasajes de nuestra historia política y constitucional. Muchas veces la novedad, el esnobismo y los principios resultantes de concepciones utópicas y extrañas a la naturaleza humana, se impusieron sobre la sensatez del mensaje que nos legó Alberdi. Mensaje que conserva plena vigencia y que sorprende gratamente a las nuevas generaciones cuando acceden a su conocimiento.

El particular amor que reflejaba Alberdi en sus palabras con referencia a las instituciones y las leyes, particularmente la ley de leyes, constituyen

---

los cimientos del Estado de Derecho y ese particular amor o afición de Alberdi hacia las instituciones que conforman lo que hoy llamamos un sistema político democrático constitucional, nos permiten afirmar que fue uno de los artífices principales de la organización nacional, de esa Nación Argentina hecha ley como lo señalara Gutierrez. En el bicentenario de su nacimiento, nada mejor que recordar su pensamiento y obra, dignos de admiración y respeto, pues como él lo destacara *“es tiempo de que aspiremos a cosas más positivas y prácticas, y a reconocer que el camino en que hemos andado hasta hoy es el camino de la utopía”*, o si se quiere, el camino de la insensatez que deteriora la dignidad del ser humano, el progreso del pueblo, y en definitiva la plena vigencia de la libertad política, económica y social.

# HOMENAJE AL DR. FEDERICO VIDELA ESCALADA

POR JOSÉ DOMINGO RAY (\*)

## I.-

Me honra y agradezco haber sido invitado por los organizadores de estas Jornadas a hacer uso de la palabra para rendirle el homenaje que le tributan al maestro del derecho, Dr. Federico Videla Escalada.

En más de una oportunidad he tenido la grata tarea de poner de manifiesto la personalidad de quien ha sido paradigma y ejemplo de vida para todos los que lo conocían.

Así lo señalé hace unos años diciendo que su vida estaba plena de realizaciones en bien de la comunidad desde la época de estudiante y luego en la profesión, en la docencia y en su vida cívica.

## II.-

Videla concluyó el bachillerato en el Colegio “Del Salvador” con la medalla de oro que otorgaba la Sociedad de Exalumnos al bachiler “Sobresaliente” y egresó de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con diploma de honor que se entrega a los graduados en la carrera de abogacía con altos promedio en sus exámenes.

En el curso de esa carrera su trabajo sobre “El fundamento institucional del derecho de gentes”, escrito en colaboración, fue premiado por la Institución Mitre en la Sección “Derecho y Ciencias Sociales”.

---

(\*) Disertación del Académico titular en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, celebradas en octubre de 2010, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Recibido de abogado se incorporó al Estudio del Doctor Hector Lafaille, uno de los más destacados civilistas de entonces, iniciando una carrera profesional que combinada con la docente habría de culminar con la titularidad de la cátedra de “Contratos” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y, luego, su designación como Profesor Emérito, la más alta distinción que acuerda el estatuto de esta Universidad.

En la década de 1970 publicó su libro sobre “Sociedades Civiles” y los dos tomos de “Contratos” con trabajos de los colaboradores de su “Cátedra”.

Durante años dictó cursos en el post-grado de la Facultad de Derecho, en los cuales tuve el honor de participar como docente invitado. Precisamente, en uno de esos “Cursos”, al considerar el tema de la “Frustración del Contrato” en el derecho anglosajón, surgió la idea de comentarlo en una sesión de la Academia de Derecho, en la cual él lo haría recurriendo a la teoría de la “causa - fin”, institución considerada fundamental en los contratos y que fue objeto de estudio en su juventud.

La labor de Videla en el campo del derecho civil determinó que en 1986 se le otorgara el Premio Konex de platino como el más destacado civilista en los últimos diez años.

### III.-

Simultáneamente con sus estudios de derecho civil, Videla Escalada se dedicó, desde su graduación como abogado a la que sería materia de su afición, el derecho aeronáutico, contando con el patrocinio del Dr. Gonzalo García, su maestro y artífice del Código del año 1954.

Para optar al título de Doctor en Jurisprudencia, en el año 1948, presentó su tesis titulada “El Derecho Aeronáutico Rama Autónoma de las Ciencias Jurídicas” en la que expuso lo fundamental de la materia.

Siguiendo la opinión de Henry Couannier, consideraba que en 1908 puede fijarse la aparición del derecho aeronáutico como disciplina organizada, sin que ello signifique ignorar algunas disposiciones legales y hechos anteriores que se vinculan a temas jurídicos del aire.

La tesis es una extensa obra que concluye con la opinión de Donati, citado por Ambrosini, en el sentido de que se debe destacar la novedad orgánica e integralidad de la materia y la sistemática en la disciplina que lo estudia.

Eduardo Cosentino en el acto de homenaje que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires le rindió en la sesión pública del 28 de Junio del año 2007, citó la opinión de López Olaciregui quien, en el acto de la incorporación de Videla a la Academia de Derecho, afirmó que al elaborar su tesis, obra de juventud, operó con un gran rigor lógico para proclamar, sin exorbitarlo, el grado de originalidad que caracteriza al derecho aeronáutico y, a la vez, el límite de relativa independencia que esa originalidad puede determinar.

Recuerdo que en ese entonces la doctrina italiana pretendía integrar, bajo el rubro “Derecho de la Navegación”, el marítimo y el aeronáutico y a pesar de intentarlo legislativamente, al regular las instituciones de uno y otro sector se mantuvieron separadas porque lo imponía la realidad y el método a seguir, superando el error en que se habría incurrido de no hacerlo.

Videla menciona la opinión de la doctrina y destaca algo curioso que Scialoja, para quien el derecho aeronáutico era el ejemplo típico de un derecho autónomo, erróneamente le había negado ese carácter en la primera edición de la misma obra.

El tema de las “autonomías en derecho” está superado y si se continúa utilizando el término es por respeto a la tradición y con carácter doblemente relativo. En primer lugar, porque se utiliza con fines específicos científico, legislativo, jurisdiccional o docente y, en segundo lugar, porque no debe dejarse de tener en cuenta la prevalencia de la totalidad del orden jurídico que gravita en cada caso.

#### IV.-

En 1967 se aprobó el proyecto de Código Aeronáutico hoy vigente que fue presentado por la Comisión Revisora y Redactora de la que Videla formó parte, con sus colegas en el Instituto de la Fuerza Aérea, los Dres. Héctor Perucchi y Nestor Errecart.

En la Exposición de Motivos que precede al nuevo texto del nuevo Código consta que el mismo sigue en sus lineamientos generales al Código anterior y que se formulan las modificaciones que debían introducirse en razón de la evolución de la materia.

Se destaca lo que significó la sanción del Decreto-Ley 12.507 del 12 de Julio de 1956 en cuanto a la intervención de la actividad privada tanto en la explotación de los servicios de transporte aéreo nacionales e internacionales como en la construcción y explotación de los aeródromos y los trabajos realizados con posterioridad.

Si bien es cierto que la reforma sigue los lineamientos del Código de 1954 fueron importantes las modificaciones introducidas, como consecuencia de la evolución de la materia en esos años.

#### V.-

Dos años después de la sanción del nuevo Código, Videla presenta el primero de los cuatro tomos (en dos volúmenes el último) que se publicaron entre los años 1969 y 1976 y que se constituyó en el "Tratado de Derecho Aeronáutico" más completo en la materia.

Es una obra de consulta, con una extraordinaria información bibliográfica, en la que el autor pone de manifiesto su formación académica y su información al referirse a las fuentes, los convenios internacionales, la doctrina, la jurisprudencia y el enfoque de los institutos a la luz del derecho público y privado. Fue traducida al inglés, con el título de "Aeronautical Law", excluyendo lo que podría ser de interés local, pero manteniendo lo fundamental de la materia.

Cuadra una referencia de las muchas que cabría hacer con respecto al nuevo Código y al Tratado y es el enfoque sobre los contratos de utilización que tienen por finalidad el empleo de la aeronave, en una actividad específicamente aeronáutica y dan lugar a que una de las partes, a cambio de una contraprestación, adquiera el derecho al uso y goce de la misma. Incluye así la locación, el fletamento y el intercambio de aeronaves y excluye a los contratos de transporte que se regulan en el título VI del Código bajo la denominación de "Aeronáutica Comercial."

#### VI.-

Teniendo siempre en vista la labor docente y concluido el "Tratado", Videla decide publicar un extracto del mismo, el "Manual" que, según sus palabras, tiene por finalidad presentar un cuadro muy simple de la materia desprovisto de notas y referencias bibliográficas que el lector interesado puede encontrar en la obra madre.

No puedo dejar de señalar el reconocimiento que Videla siempre obtuvo de las generaciones de estudiantes y abogados que fueron sus alumnos y recuerdo que en el año 1962, la delegación estudiantil en el Consejo Directivo de la Facultad de la Universidad de Buenos Aires, en la primer sesión del mismo, le solicitó que aceptara la designación como Decano, cargo que él declinó por entender que le correspondía a un querido amigo y titular de la cátedra en que se había iniciado.

## VII.-

En 1972 fue designado miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Le correspondió el sitio que tiene por patrono a José Manuel Estrada y al incorporarse en su discurso, dijo que para él Estrada era quien revestía mayores condiciones para constituirse en un modelo ideal, por su autenticidad, por su generosidad, por su sentido de entrega y de servicio y por su elevado concepto del hombre a quien siempre tuvo como una maravillosa obra de Dios. Coincidencia: porque esas virtudes, podemos afirmar que caracterizaron el accionar vital de Videla Escalada.

En ese discurso de incorporación pronunciado en el mes de Octubre de 1973, titulado "Tiempo de Derecho", Videla afirmaba que el hombre no puede prescindir del derecho y respondiendo a su formación tomista exaltaba la exigencia de estar al servicio del bien común, sobre todo porque esas reflexiones se imponían en el momento histórico en que las formulaba, un momento de características particulares que guardan alguna similitud con las actuales.

Presidió la Corporación desde 1989 hasta 1992 con la dedicación y eficacia que ha caracterizado su actividad en todos los sectores en que ella se ha proyectado.

Fue un hombre de pensamiento liberal que animado de una profunda y auténtica fe cristiana y cívica, militó entre los fundadores de la Democracia Cristiana, apartándose cuando consideró que la actuación del partido no era la acertada.

Por su vocación de servicio aceptó formar parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cargo que resignó -según sus palabras- para dedicarse con intensidad a la docencia e investigación.

## VIII.-

No debo omitir la referencia al otorgamiento del premio "Manzana de las Luces" porque en el acto de recepción del mismo, Videla, después de agradecer la designación, expuso sus reflexiones sobre un tema de interés que mucho le preocupaba: "la corrupción en nuestra sociedad y la revalorización de la ética como instrumento apto para combatirla".

Se revalorizará la ética -decía- cumpliendo las reglas jurídicas, morales y religiosas que tan poco respetan quienes desempeñan la función de gobierno y la sociedad en su conjunto. Esas reglas no solo deben ser aplicadas sino sentidas y vividas con convicción y fe en su valor.



Han transcurrido más de catorce años y el panorama social es más grave porque se han agudizado las circunstancias que señalaba Videla acerca de una Sociedad transgresora, fuera de la ley, que debe combatirse y a ese efecto nos brindaba como bandera la frase: “ética versus corrupción”

En el año 1995, la Fundación Bunge y Born, le otorgó el Premio que cada cinco años se acordaba al jurista que más se hubiera distinguido en los últimos años por su labor científica en el campo del Derecho y las Ciencias Sociales.

La Comisión Asesora que lo propuso -que era de un alto nivel- puntualizó que la trayectoria de Videla Escalada había trascendido los límites del territorio nacional y gravitado en el desarrollo y perfeccionamiento de las principales instituciones de nuestro derecho, en particular, en el civil y el aeronáutico.

#### IX.-

Su labor profesional se complementó con su intervención en arbitrajes públicos y privados en uno de los cuales pude apreciar sus excelentes condiciones para el ejercicio de su tarea.

Su labor docente no se limitó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue profesor de Derecho Aeronáutico en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, en la Facultad de la Universidad del Salvador y en el Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico de la Fuerza Aerea.

Es miembro de honor del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio, así como también de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial.

#### X.-

En apretada síntesis puedo decir que reconforta exponer el perfil de hombres como Videla Escalada que se brindaron a la República, pensando en sus instituciones al margen de beneficios de orden personal y que, a su formación espiritual y sus condiciones intelectuales, cabe agregar como nota esencial la virtud de señalar lo bueno de cada uno y silenciar los defectos que en mayor o menor grado todos tenemos.

Concluyo estas palabras de homenaje que le brindan las Jornadas Iberoamericanas con el sentimiento de afecto y reconocimiento para quien puede citarse como maestro del derecho y ejemplo de rectitud y conducta moral.

# HOMENAJE AL BICENTENARIO DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO

POR JORGE R. VANOSI (\*)

I.- La Historia sirve para re-encontrarnos, en algunos casos; para retroalimentar nuestras voluntades solidarias, en otros casos; para iniciar una nueva etapa, que es el mejor de los supuestos. Mil ochocientos diez fue un año de conmoción en Hispanoamérica, como epifenómeno de los sucesos que tenían por escenario a la entonces Metrópoli colonial. En Buenos Aires, la Ciudad no fue la excepción. Es cierto que otros centros del Continente habían sido asiento de rebeliones con espíritu liberatorio; pero la de Mayo tuvo un desarrollo peculiar. El Cabildo Abierto del día 22 dio espacio y tiempo para un debate que trascendía el tema de la acefalía para penetrar con fuerza en la argumentación que giraba en redor de vocablos tan potentes como la invocación del “pueblo” y la titularidad de la “soberanía”. No era una cuestión menor. Las posiciones estaban muy enfrentadas. El día 24, todo estaba confuso y “en veremos”; y esa víspera nadie podía asegurar el desenlace. Pero el 25 de Mayo, cambió el rumbo de la Historia, porque lo allí consumado fue irreversible ante el devenir de los pueblos. Ese es el dato arcóntico que se convirtió al cabo de las horas, en una respuesta al requerimiento que en esa semana había emanado del *vox populi*: “¡el pueblo quiere saber de qué se trata!”. Si al árbol se lo juzga por sus frutos, pues entonces, fue una revolución: la Revolución de Mayo, a partir del “acta capitular” de ese día. Desde el punto de vista institucional, los documentos de la Primera Junta así lo acreditan. Más tarde llegarían los pasos consecuenciales: la Independencia en

---

(\*) Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en su carácter de Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, con motivo de la presentación de la obra de las academias nacionales “*En torno a 1810*”, en la Academia Nacional de la Historia, el 7 de diciembre de 2010.

1816 y la larga marcha hasta el arribo a la Organización Nacional, con la Constitución Histórica de los argentinos (1853-1860) que puso fin a las luchas sangrientas entre “unitarios” y “federales”.

Muchos episodios jalonan el proceso hispanoamericano. El *General San Martín* había formado en las filas que lucharon en Bailén enfrentando al ejército napoleónico. La Constitución de Cádiz, de 1812, tuvo una influencia positiva y gravitante en estas latitudes, por su espíritu liberal y como garantía de las libertades; y más allá de su accidentada y recortada vigencia en la Península, acá fue tenida en cuenta en nuestros primeros ensayos, a partir de la Asamblea de 1813 y en las Constituciones de 1819 y 1826, que no llegaron a tener vigencia. Más aún, y cavando hondo en el terreno foral, el Fuero de Aragón –que es anterior a la Carta Magna de 1215 (Inglaterra)- contiene la semilla de esa “garantía” de los derechos que hoy se denomina “amparo” y que a fines del Siglo XII estaba en manos del “Justicia Mayor”, magistrado que podía poner freno al abuso de las potestades del Rey.

Mucho puede decirse de los sucesos acontecidos en el Virreinato del Río de la Plata; y, más puntualmente, sobre los fundamentos esgrimidos en Mayo de 1810, en concreto las justificaciones que se blandieron en el “Cabildo Abierto” del 22 de Mayo, como antesala del pronunciamiento culminante del día 25 de Mayo. La “caducidad” del poder soberano en España provocó en América tanto rupturismo como la multiplicidad de “Juntas” en diversas zonas de España. Los argumentos de Juan José Castelli y otros patriotas reposaban en la acefalía central, que causaba *ipso iure* la vacancia virreinal. De allí en más, sólo mediaba un paso para radicar la “soberanía” en el pueblo, o sea, en los “criollos”, representados por el Cabildo. Se producía así un trasvasamiento de la “legitimidad”, que era la parte sustancial de la cuestión (una verdadera insurrección), mientras que la otra cara de la medalla ofrecía –circunstancialmente- la “máscara” de Fernando VII, cual ingenio momentáneo y precautorio que, en el caso de Buenos Aires y las “Provincias Unidas” el pretexto se dejó de lado tan pronto los sectores revolucionarios se impusieron a los resabios “coloniales”. Otro tanto ocurriría en Caracas, México, Bogotá y Santiago de Chile, entre otras, siendo los “juramentos de fidelidad” al Rey una verdadera *contradictio in terminis* con respecto a la vocación “independentista” que no tardó en explicitarse en las voces, en los escritos y en los hechos a través de dos exclamaciones: SOBERANÍA e INDEPENDENCIA. Podían variar los decibeles, pero el sentido recóndito era el mismo: ROMPIMIENTO y EMANCIPACIÓN, cuando las “relaciones de fuerza” permitieran sacarse la “capa” o el “barniz” de la “sumisión”. Numero-

sas comunicaciones de las caducas autoridades españolas dirigidas a España en los años posteriores a 1810 así lo reconocen, con pesar y frustración, pero con sinceridad: en el fondo, estaban ante las manifestaciones concretas de RUPTURA y de REVOLUCIÓN, como lo demuestran las inequívocas medidas adoptadas por las dos Juntas, los Triunviratos y más tarde los Directores Supremos, sucesivamente, en temas tan definitorios -para definir y diferenciar- como la “seguridad individual”, la “libertad de prensa”, el “libre comercio” y el principio de “legalidad” en materia impositiva (vedando la imposición al poder Ejecutivo).

Son escasas las afirmaciones que pueden ser estimadas como apodícticas, o sea, a ser consideradas como incondicionalmente ciertas o necesariamente válidas. Entre esas comprobaciones históricas queda en evidencia que la “*Pax*” acordada entre el Virrey Elio (con sede “póstuma” en Montevideo), a mediados de 1811 y sin detrimento de la ya concretada autonomía de Buenos Aires, convenida en Julio de 1811, fue nada más que un “*statu quo*” que duró menos de un año y medio, pues a partir de fines de 1812 los cañones y fusiles volvieron a tronar, quedando en evidencia que su fuerza argumental era aún mayor que el poder militar, pues sencillamente se basaba en un doble apoteagma, simple y asequible al entendimiento de los pueblos, como breve y sentencioso, por ser “de público y notorio” que habiendo cesado los gobernantes (el Rey y el Virrey) la “soberanía” volviera a los gobernados; y, segundo, que el pálido juramento al Rey que ya no era Rey, quedaba sin efecto, por virtud de una rescisión o, más bien, una “evaporación” por nulidad.

Así se impuso la reversión de los derechos reales de un soberano (el Rey) a otro soberano (el pueblo “criollo”). Y como “el interés es la medida de todas las acciones” (confr. Ihering), no cabe descartar la doble sospecha acerca de las intenciones británicas dirigidas al libre comercio con un Río de la Plata independiente -por un lado- y la “viveza criolla” de no encrespase por el momento con el aliado inglés que tenía España en la empresa común de batirse contra Napoleón -por otro lado-, lo cual coadyuva a explicar el uso momentáneo del disfraz o “máscara” fernandina por cuenta de las primeras autoridades locales surgidas de una verdadera “Revolución de Mayo”. Acaso esa aparente duplicidad entre los propósitos de independencia y la “máscara” fernandina, guarden paralelismo con las dos acepciones del vocablo “reversión” y del verbo “revertir”, toda vez que tanto puede entenderse como “restitución de algo al estado que tenía”, o sea, “volver al estado

o condición que tuvo antes”, como también puede significar el “pasar a un nuevo dueño” (RAE).

II.- No serían completas estas reflexiones, si no precisáramos la concomitancia del auge de expresiones, ideas y conceptos que encierran las cuestiones debatidas en los planteos institucionales de aquella época y que abarcaron gran parte del siglo XIX, en Europa y en América, allende y aquende el Océano Atlántico.

a) Soberanía. Con su expresa mención se instala en 1813, en Buenos Aires, la “Soberana Asamblea General Constituyente”, que si bien no llega a sancionar la Constitución prometida, dicta resoluciones propias e inherentes a la titularidad de la soberanía y a una forma republicana de gobierno. No cabe duda alguna que la noción de soberanía era entendida en su doble potencialidad: una cara externa como sinónimo de independencia; y una cara interna equivalente al ejercicio del poder constituyente tal como fuera concebido por el Abate Sieyès. Y con anterioridad a 1813, el republicanismo estaba insito en el categórico decreto de supresión de honores (6 de diciembre de 1810) con que Moreno anatematizó cualquier devaneo que pudiera desvirtuar el sentido “igualitario” del dogma de Mayo.

c) Nación. Los Diputados que formaron parte de esa Soberana Asamblea llevaban el título de Diputados “de la Nación”. También aparece el mismo vocablo en la letra del “Himno Nacional”, que invoca a las “Provincias Unidas del Sud”, entonces aprobado y que es la canción patria de los argentinos. En ese mismo año de 1813 se oficializa el uso del “Escudo Nacional” y de la “banda” puesta sobre el pecho de los gobernantes sucesivos hasta la actualidad; todo ello con los mismos colores –celeste y blanco- y franjas que ostenta la “Bandera” creada con anterioridad para diferenciar a los ejércitos patrios del pabellón que portaban las fuerzas realistas y que son los mismos colores de la emblemática “escarapela” de 1810 / 1811. La diversidad de expresiones empleadas en esos años no empece a que desde un punto de vista estrictamente jurídico-institucional se pueda sostener que las provincias –creadas o declaradas como tales a partir de la segunda mitad de esa década- son anteriores a la Constitución Nacional de 1853/60, pero no son anteriores a la Nación y a la nacionalidad argentina.

c) Pueblo. Es el término más invocado en la reunión del Cabildo Abierto del 22 de Mayo de 1810 para fundamentar el asiento del poder ante la acefalía producida en la Metrópoli (Carlos IV, Fernando VII, disolución de

la Junta Central Gubernativa de Sevilla, el etéreo Consejo de Regencia y la falta total de legitimidad de los Bonaparte como ocupantes de facto).(1)

d) La nacionalidad argentina nace a partir del Cabildo reunido el 25 de Mayo de 1810, que en función de la retrocesión y devolución del “poder” al pueblo, en representación de éste, elije a la “Primera Junta de Gobierno”; más tarde ampliada en “Junta Grande” con la incorporación de los representantes del interior. En la Canción Patria que el Congreso General Constituyente o Asamblea del Año XIII aprueba el 11 de Mayo de ese año con el nombre de “Marcha Patriótica”, no sólo se transforma en el “Himno Nacional” sino que en su texto completo invoca cinco veces al “pueblo argentino”, a “la Patria”, a “una nueva y gloriosa Nación” y al “país”; todo lo cual va de cuyo que presume la vigencia de nuestra nacionalidad.

e) La invocación de Fernando VII fue considerada como un “disfraz”, o como un “velo”, o como un “manto” o más propiamente como “la máscara” que a efectos precaucionales fueron utilizados para preservar la defensa ante los riesgos que significaban las fuerzas realistas en el Continente americano; mas la “soberanía” quedó convalidada definitivamente con la formal y solemne “Declaración de la Independencia” por el Congreso reunido en San Miguel de Tucumán, el 9 de Julio de 1816, a nombre de las “Provincias Unidas de Sudamérica”.

(1) “RATHABICIÓN”: Se atribuye a Mariano Moreno la invocación argumental de la “rathabición”. Es probable que por su formación universitaria haya bebido en las fuentes e inferido de los antecedentes romanos (Ulpiano y Digesto de Justiniano) un “principio general del derecho”, cuya enunciación aparece con varios enunciados en latín:

- “*maleficio rathabitio mandato comparatur*”, cuyo significado sería que la ratificación se equipara al mandato (confr. Diccionario Jurídico El Derecho, Madrid, 2009, pág. 1147).
- También se conoce la expresión latina: “*rathabitio mandato aequiparatur*”; como asimismo el enunciado “*rathabitio expressa vel tacita, de jure est*”, que se traduce “expresa o tácita, la ratificación es de derecho”.

De ser cierta, no parece feliz esta invocación con alcances analógicos, pues no siempre las construcciones del derecho privado son aplicables a las instituciones regidas por el derecho público. Hay que guardar prudencia al respecto, pues –en principio– el mandato opera *a priori*, mientras que la ratificación funge *a posteriori*. El uso ha impuesto la aseveración (o la creencia) de que la ratificación se equipara al mandato (Diccionario de Latín Jurídico, de M.E. Barbería, Ed. Valletta, 2008).

En conclusión, puede haber sido una ingeniosa apelación de Moreno para refutar a algún contendiente en un fragoso debate o en las páginas de la Gazeta....

f) El territorio del Río de la Plata no fue recuperado por las fuerzas realistas, a diferencia de otras posesiones españolas en América, en las que la dominación perduró algunos años más. La Independencia fue reconocida por Gran Bretaña y por los Estados Unidos, pocos años después, en tanto que España oficialmente la formalizó varias décadas más tarde. Por su parte, la Constitución Histórica de los argentinos (1853-1860) consagró la continuidad del proceso soberano iniciado en 1810, al incluir en su texto el Art. 35, según el cual: “Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata; República Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras “Nación Argentina” en la formación y sanción de las leyes”.

En mi opinión, somos una Nación desde el 25 de Mayo de 1810, día en que se consuma un hecho revolucionario que resultó definitivo y definitivo para el nacimiento de una nueva Nación y el surgimiento de una nacionalidad: los argentinos. El triunfo de los principios revolucionarios de Mayo fue total: no fue inmediato, pero resultó definitivo; a diferencia de otras vicisitudes ulteriores que no significaron sustanciales “rupturas” sino episódicas “roturas”, a veces como golpes de Estado y en otras ocasiones como golpes desde el Estado o, si se prefiere, desde el poder.

**III.-** La inmortalidad del LIBRO es, según nuestra opinión, un hecho indubitable. Entendemos, como André Maurois (1885-1967) que “La lectura de un buen libro es un diálogo incesante en que el libro habla y el alma contesta”. Y lo vemos así porque según un viejo aforismo popular, a “las palabras se las lleva el viento”; mientras que “los papeles quedan” (sic). No es ésta -y de por sí- una afirmación apodíctica; pero no puede negarse que la fuerza de convicción y de credibilidad que suscitan las investigaciones impresas lleva a que secundan a ellas con la mayor creencia en su certeza.

Muchas veces topamos con confusiones o contradicciones, a causa del margen que existe entre lo dicho o supuestamente dicho y la versión que emana de lo escrito; que es como decir el espacio o distancia que se observa desde el escenario peripatético o la “pasarela” de las voces que discurren -por una parte-, y la serena compenetración en la escrutación científica de las evidencias registradas en el biblio -por el otro lado-.

La era digital e informática no cambiará las cosas: es un valiosísimo aporte a la comunicación y transmisión; pero el acceso a las fuentes no podrá prescindir de dos cosas: la escritura y el libro en papel.

No siempre los hechos se asentaron por escrito. Aún así fue en las asambleas constituyentes, donde se registran verdaderas paradojas históricas; como –por ejemplo– cuando en la Constituyente de 1826 hubo taquígrafos; pero en la del Congreso General Constituyente de 1853: no. Sólo hubo actas. El país no había avanzado; en cambio había retrocedido, en perjuicio de la veracidad del conocimiento histórico. De ahí, que cabe tomar en cuenta que si bien el testimonio oral es importante, no deja de ser cierto que a través del libro la prueba documental no deja tantos “resquicios” y que lo que consta en el papel impreso conlleva la presunción de tratarse de expresiones fidedignas del acontecer histórico en que tuvieron lugar o se conmemoraron por quienes guardan fidelidad hacia esos fastos.

Bartolomé Mitre inicia la historia documental, basada en lo ESCRITO, es decir, con el respaldo de las pruebas obrantes en los archivos y repositorios –públicos y privados– que dan cuenta y que conservan la memoria de los acontecimientos y de sus protagonistas.

La exaltación del libro como objeto imperecedero, del que se vale y lo necesita la vida humana, no es fábula ni capricho.

Traigo a colación en este significativo acto académico, lo que con el título de “Medio pan y un libro” fuera la locución de Federico García Lorca al Pueblo de Fuente de Vaqueros (Granada), en el mes de Septiembre de 1931, cuando decía con apasionada verba y –al mismo tiempo– como reflexiva impetración:

“Por eso no tengo nunca un libro, porque regalo cuantos compro, que son infinitos, y por eso estoy aquí honrado y contento de inaugurar esta biblioteca del pueblo, la primera seguramente en toda la provincia de Granada.

“No sólo de pan vive el hombre. Yo, si tuviera hambre y estuviera desvalido en la calle no pediría un pan; sino que pediría medio pan y un libro. Y yo ataco desde aquí violentamente a los que solamente hablan de reivindicaciones económicas sin nombrar jamás las reivindicaciones culturales que es lo que los pueblos piden a gritos. Bien está que todos los hombres coman, pero que todos los hombres sepan. Que gocen todos los frutos del espíritu humano porque lo contrario es convertirlos en máquinas al servicio de Estado, es convertirlos en esclavos de una terrible organización social.

“Yo tengo mucha más lástima de un hombre que quiere saber y no puede, que de un hambriento. Porque un hambriento puede calmar su hambre fácilmente con un pedazo de pan o con unas frutas, pero un hombre que



tiene ansia de saber y no tiene medios, sufre una terrible agonía porque son libros, libros, muchos libros los que necesita y ¿dónde están esos libros?

“¡Libros! ¡Libros! Hace aquí una palabra mágica que equivale a decir: ‘amor, amor’, y que debían los pueblos pedir como piden pan o como anhelan la lluvia para sus sementeras. Cuando el insigne escritor ruso Fedor Dostoyevsky, padre de la revolución rusa mucho más que Lenin, estaba prisionero en la Siberia, alejado del mundo, entre cuatro paredes y cercado por desoladas llanuras de nieve infinita; y pedía socorro en carta a su lejana familia, sólo decía: ‘¡Enviadme libros, libros, muchos libros para que mi alma no muera!’ Tenía frío y no pedía fuego, tenía terrible sed y no pedía agua: pedía libros, es decir, horizontes, es decir, escaleras para subir la cumbre del espíritu y del corazón. Porque la agonía física, biológica, natural, de un cuerpo por hambre, sed o frío, dura poco, muy poco, pero la agonía del alma insatisfecha dura toda la vida”.

Pues bien: hoy estamos aquí, ofreciendo y presentando un libro, que es la obra elaborada con motivo del sentir y del querer de los Académicos, a manera de contribución en la celebración del Bicentenario de 1810, el año de la Revolución de los argentinos.

**IV.-** ¿Y por qué de las Academias nacionales de nuestra República? Pongamos una mirada y con visión en escorzo de la legitimidad que el tiempo histórico les concede a éstas, para así emprenderlo en esta ocasión. Nos podemos remontar a la Academia griega (año 387 antes de Cristo) y Platón como el animador de esa pléyade de pensadores y contertulios (aunque “*Akademus*” era un héroe ateniense de la guerra del Peloponeso). Más tarde, la “*Accademia Dei Lincei*” (1603), en territorio de lo que hoy es Italia y con sede y funcionamiento actual en Roma. Casi contemporáneamente nace la Academia de Francia (1635) bajo el reinado de Luis XIII y decisión de Richelieu, sin desconocer que desde el año 1629 había surgido como entidad privada para el cultivo de la cultura y del saber científico.

Más tarde aparecen otros cenáculos con parecidos perfiles y que se ocupan y preocupan de tan noble tarea, en diversas partes o centros europeos, adictos al pensamiento profundo.

Con la independencia de las colonias en la América del Norte, allí también se traslada tan noble inquietud. Es así como en U.S.A. nace la Academia de Ciencias de New York (1817) que hoy luce sus magníficas instalaciones en N° 7 del *World Trade Center*, 250 de Greenwich St., a escasos metros de lo que recuerda la tragedia del 11-S; y no podemos omitir que desde algunos años antes ya existía la “*American Philosophical Society*” (1743), creada por

Benjamin Franklin (con sede en Filadelfia), aunque esa prestigiosa institución no es propiamente una Academia sino más bien un selecto grupo de reuniones periódicas para una reflexión propositiva.

En nuestro país, la Argentina, nace y vive la Academia Nacional de Ciencias en Córdoba, creada durante la Presidencia de Domingo Faustino Sarmiento (1874) y el Ministro Nicolás Avellaneda, sobre la base de que en 1872 había sido presentado un Proyecto de Ley convirtiendo en Academia al grupo científico encabezado por Germán Burmeister, quienes por Ley N° 322 de 1869 habían sido contratados por la Universidad de Córdoba.

Como todos sabemos, más tarde, el Decreto del 19 de noviembre de 1923, del Presidente Marcelo T. de Alvear fijó el *status* jurídico definitivo de las Academias Nacionales(2).

El régimen vigente es del Decreto-Ley N° 4.362, del 30 de noviembre de 1955; que fue ratificado por la Ley Nacional N° 14.467 del año 1958, para todas las Academias Nacionales.

En prieta síntesis, las Academias existentes y actuantes: ¿Qué son? Según la autorizada opinión del Académico Miguel Marienhoff (1985), con motivo del 50° aniversario de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, al exponer sobre el punto, sostuvo que se trata de “personas jurídicas públicas no estatales” adaptando la denominación ideada por autores de la doctrina francesa en cuanto a la distinción entre diversos tipos de personas o entes jurídicos, que la Corte Suprema recoge en Fallos 301:562 y en Fallos 302:167, a posteriori de la modificación introducida al Art. 33 del Código Civil, que no subclasifica a las personas jurídicas públicas, lo que merece el reproche de Marienhoff (véase, “Anales” de esa Academia Nacional, año 1985 y “separata” correspondiente).

Más allá de esa precisión jurídica, es incuestionable que en el plano cultural la labor y el prestigio de las Academias Nacionales: éstas ofrecen una prolongada trayectoria que debe enorgullecer a los argentinos y que ha recibido en numerosas oportunidades el espontáneo reconocimiento de las entidades gemelas de muchos países del mundo, a mérito de las actividades, las publicaciones y el intercambio que las hacen conocidas y valoradas.

---

(2) La Constitución Nacional de 1949 las incluyó en la cláusula de su texto atinente a la cultura; no obstante lo cual por la Ley N° 14.007, del 30 de septiembre, 1950 (con dos artículos) se dispuso su reorganización bajo un nuevo régimen que surgió del dictado del Decreto reglamentario N° 7.500, del 30 de septiembre, 1952 con 25 artículos, que en los hechos produjo la paralización de sus actividades.

Es por todo ello que las Academias Nacionales son y deben ser respetadas en el uso y goce del ejercicio de su autonomía, condición ésta de la calidad de su existencia, que hace posible la independencia –y del mismo modo la prudencia- del criterio con que se desenvuelven en el concierto de los protagonistas del fecundo quehacer científico, técnico y artístico que forja la vida cultural de nuestra Nación.

El aporte de las Academias no podía faltar en este año, en el que se cumplen dos siglos de nuestra nacionalidad. Todas las entidades que animan el fervor patriótico participan –cada una a su manera- del júbilo que el recuerdo del acontecimiento insufla en el espíritu cívico de los ciudadanos. Sin perjuicio de los actos ya realizados en el transcurso de este año 2010, hemos creído y asumido como un deber, que salga a luz un fruto del benéfico depósito y reservorio que contiene el saber y la experiencia de quienes por su trayectoria pueden brindar espontáneamente los testimonios de sus respectivas vocaciones, aptitudes y dedicaciones a algunas de las numerosas ramas del conocimiento, que con modestia y perseverancia han volcado en sus vidas, lo que los ha hecho acreedores al título de Académicos Nacionales, con el que se sienten altamente honrados.

V.- El libro que hoy presentamos es la ofrenda de estas Academias, en el año que la Patria conmemora los dos siglos de la gloriosa Revolución que le dio origen. Es bueno y también justo recordar que la obra que culmina en el LIBRO tuvo su génesis hace una década.

En efecto: en el año 2000 nació una idea. Su autor fue el Dr. Jorge Aja Espil, quien se desempeñaba entonces como Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y formara parte también de las Academias Nacionales de Ciencias y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Los pasos siguientes jalonan una prolongada y meditada etapa de elaboración. Así:

- Fue girada esta noble iniciativa a todas las Academias.
- No fueron pre-fijados los temas. Solamente se estableció que los contenidos debían responder a la idea del Homenaje a la Revolución de Mayo de 1810, con anclaje en ese preciso momento histórico ¿Qué sucedía entonces en cada disciplina?
- Se quiso dejar un testimonio por escrito, con actos propios y una obra común, ya que “las palabras se las lleva el viento...” (como expresáramos al comienzo), mientras que el libro es imperecedero, a través de los repositorios que conforman sus contenidos sustanciales.

- Cuando se cumplió el 1er Centenario no tenían vida las actuales Academias Nacionales, que como *ut supra* se dijo, recién a partir de 1923 puede establecerse la época de real vigencia institucional de este género de corporaciones.

- El resultado es un producto excelente, habida cuenta que el perfil alcanzado es el de una obra colectiva que no se encierra en los cánones de una sola especialidad, sino que es polifacética y de múltiple uso para sus destinatarios y lectores.

- Los contenidos fueron elegidos por cada autor con absoluta libertad, sin limitación alguna que no fuera el motivo tomado en cuenta para el propósito celebratorio.

Por último, *the last but not least*, debemos un agradecimiento a la Editorial, ya que junto con los académicos autores hizo posible la publicación en tiempo debido. Estoy seguro que el alma de Don Emilio Perrot está presente también en el fervor de este homenaje y que hoy, su alegría por este aporte la compartiría con todos nosotros. Y a todos los que nos acompañaron y nos siguen acompañando en la silenciosa pero muy valiosa labor de las Academias Nacionales: ¡muchas gracias!

---

V.

HOMENAJES



# APROXIMACIÓN A JUAN BAUTISTA ALBERDI

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA (\*)

## Proemio

Alberdi presenta dos perfiles muy nítidos. El primero concierne al plano doctrinal. Nos muestra al hombre de pensamiento profundo que deja a su paso una huella indeleble. La otra faceta es polémica. Está referida a su actuación siempre comprometida, a sus afectos y aversiones. Se manifiesta en innumerables actitudes definidas, terminantes, y en las controversias que mantuvo con sus contemporáneos. Todo ello sin mengua de su firme propósito de contribuir a la unión nacional, anhelo que mantuvo desde los comienzos de su vida pública en 1838, cuando redactó la 13ª *Palabra Simbólica de la Joven Argentina*, hasta 1880, en el ocaso de su vida, al empeñar sus ya declinantes fuerzas al servicio de la paz y de la unión nacional, cuando se produjeron los graves y sangrientos combates que culminaron en la capitalización de Buenos Aires.

En esta breve aproximación, nos ocuparemos un poco más de algunos aspectos de su perfil doctrinal. Sus polémicas con algunos contemporáneos son importantes para el historiador, pero no tienen hoy la significación que alcanzaron en su tiempo. Podemos así considerarnos legatarios de la obra cumplida por hombres que durante su tránsito por el mundo fueron por momentos enconados adversarios, no obstante coincidir en aspectos esenciales de su ideario. Evitaremos de esta forma todo planteo mezquino, valorando el esfuerzo creador de nuestros próceres sin olvidar que no fueron dioses sino hombres.

Como lo ha señalado acertadamente Segundo V. Linares Quintana, los hombres que organizaron constitucionalmente nuestra República “no fueron ángeles actuando en el Paraíso, sino hombres de carne y hueso, con las virtudes, defectos y pasiones comunes a todos los seres humanos...

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico, en la sesión pública de homenaje a Juan Bautista Alberdi con motivo de cumplirse el Bicentenario de su Nacimiento, el 24 de junio de 2010.

Concluida la lucha y acallados los ecos del combate, propios de la acción humana, imaginamos a los Constructores de la Patria y la Nacionalidad reconciliados en la gloria y la inmortalidad, unidos por el solo pensamiento de la grandeza de nuestra tierra, por cuyo logro, en posiciones distintas y actitudes hasta opuestas, se sacrificaron por el bien común. No pocas veces —concluye Linares Quintana— del enfrentamiento y hasta del choque violento entre ellos, saltaron las chispas que iluminaron el derrotero seguro, *el camino de la Constitución*”.

Resulta, pues, superficial atribuir a las discrepancias de Alberdi con algunos contemporáneos prominentes el sentido polémico y apasionado que tuvieron en su época, prescindiendo de los puntos fundamentales de coincidencia. Baste recordar que el documento político más importante de 1846 es la carta que Bartolomé Mitre entrega en Chile a Juan Bautista Alberdi, en nombre de Esteban Echeverría. En esta misiva el autor del *Dogma* expresa: “lego a mi amigo Alberdi, el pensamiento, dado el caso que me falte vida para realizarlo”. Algún tiempo después, desde Tacna, el 15 de marzo de 1848, Mitre propone a Alberdi estrechar “más nuestra amistad nacida en la simpatía y la identidad de causas e ideas”. Sin embargo, el mismo Mitre, años después, en el ardor de la polémica llamará a Alberdi “oportunista, polemista, pero no tratadista ni teorizador científico ni filosófico” Ello no impedirá que en 1883, pacificados los espíritus y disminuido el fuego de las controversias, exprese desde *La Tribuna Nacional*: “Alberdi representa la verdadera inteligencia creadora, el político de maduro pensamiento y largas vistas en el seno de un grupo de hombres de acción. Era de todos ellos —afirma con grandeza el autor de las biografías de Belgrano y San Martín— el más apto para construir y fundar un régimen institucional, ajustado a las exigencias del presente y futuro”.

Reflexiones análogas podríamos hacer con relación a otro gran contradictor de Alberdi, el temperamental Domingo Faustino Sarmiento. El sanjuanino, en carta a Mitre, del 9 de julio de 1852, le expresa: “Ya habrá llegado a Ud. la preciosa obra de Alberdi sobre la Constitución Argentina; tendrá ese libro el mérito histórico de ser la única manifestación espontánea del pensamiento de nuestros inteligentes estadistas, pero mayor es, a mi juicio, el mérito intrínseco de ella... Sostenga las ideas de Alberdi —agrega el sanjuanino—, que son las de todo americano que tenga ojos; que son las que triunfarán a despecho de cuanta necedad se haga en contrario”. En igual sentido, desde Yungay, el 16 de septiembre de 1852, Sarmiento escribe a Alberdi: “Su constitución es un monumento... es la realización de las ideas de que me he constituido apóstol. Sea, pero es usted el legislador del buen sentido bajo las formas de la ciencia. Usted y yo, pues, quedamos



inexorablemente ligados, no para los mezquinos hechos que tienen lugar en la República Argentina, sino para la gran campaña sudamericana, que iniciaremos o más bien terminaremos dentro de poco... De todos modos —finaliza Sarmiento— su constitución es nuestra bandera, nuestro símbolo, así lo toma hoy la República Argentina, yo creo que su libro va a ejercer un ejemplo benéfico”.

Sarmiento, después de la Revolución del 11 de septiembre de 1852, y a partir de la publicación de “La Campaña del Ejército Grande”, prescindió de sus anteriores elogios y arremetió vigorosamente contra Alberdi. El tucumano le respondió con sus célebres *Cartas quillotanas*. En la cuarta le señaló con firmeza que “*Echeverría no vive pero su espíritu está con nosotros, no con usted...*”.

Sarmiento se enfureció y respondió con *Las Ciento y una*, lanzando contra Alberdi un catálogo de expresiones despectivas y aún agraviantes. Le llamó “compositor de minuets y templador de pianos”, “tonto”, “estúpido”, “saltimbanqui”, “Cagliostro” y “entecado que no sabe montar a caballo”.

El propio Alberdi pondrá en su justo nivel estas polémicas con sus ilustres contemporáneos al puntualizar en 1879 que las discrepancias eran “sobre apreciaciones de hechos y de personas, no de principios”. Porque en definitiva, por encima de las controversias, todos luchaban por la organización política y constitucional de la República, por su progreso y libertad, por la vigencia efectiva de las garantías constitucionales, por el orden y la seguridad, por la justicia y la paz.

### Síntesis biográfica

Antes de efectuar una recapitulación de algunas líneas que sobresalen en el pensamiento político de Alberdi, recordaremos muy brevemente las etapas más importantes de su vida. Pensamos que es oportuno realizar una breve reseña de su itinerario vital porque fue un hombre de pensamiento y acción. No estuvo encerrado en una torre de marfil. Se mezcló —como ya hemos recordado— en las grandes controversias de su tiempo. Ello no le impidió escribir las 693 obras inventariadas por Alberto Octavio Córdoba en su *Bibliografía de Juan Bautista Alberdi*, publicada por esta Academia Nacional de Derecho. En esta impresionante producción literaria hay escritos de valor permanente y otros que tuvieron significación al momento de ser elaborados. También hay papeles que fueron impresos a pesar de que en el testamento del 13 de junio de 1881 recomendó a sus albaceas que los destruyeran.

La Providencia dispuso que Alberdi estuviera desde su cuna íntimamente vinculado al proceso institucional que hace eclosión en 1810. Hermano mellizo de la Patria, nació el 29 de agosto de ese año glorioso, por lo que en su Autobiografía pudo expresar con profunda convicción: *“Yo he nacido con la Revolución de Mayo, me he criado con ella; sus victorias se ligan a los recuerdos de mi niñez; sus dogmas y principios, a los estudios de mi juventud; sus perspectivas a las quimeras doradas de mi vida”*.

Fueron sus padres el vasco Salvador Alberdi y su madre Josefa Aráoz, de antigua y prestigiosa estirpe tucumana, emparentada con San Ignacio de Loyola. Su madre muere a principios de 1811 y su padre en 1822. Dos años después, en 1824, el Gobernador Javier López le discierne la beca otorgada por el gobierno de Buenos Aires para que jóvenes del interior cursen estudios en el Colegio de Ciencias Morales. Juan Bautista, entonces de 14 años de edad, emprende el largo camino de dos meses, en tropa de carretas, hasta la ciudad del Plata.

Reacio a la disciplina escolar, abandona sus estudios y se emplea en la tienda de Maldes. Vuelve, sin embargo, a las aulas en 1827 con el patrocinio del General Alejandro Heredia y de Florencio Varela. Figuraron entre sus compañeros de estudio Jacinto y Demetrio Rodríguez Peña, Vicente Fidel López, Félix Frías, Miguel Cané, Carlos Tejedor, Marcos Paz y Miguel Esteves Saguí. Lee a los clásicos, especialmente a Horacio y Virgilio. Al cerrar sus puertas el colegio, a fines de 1830, Alberdi se instala como huésped en casa de Mariano Andrade y Bernabela Farías de Andrade, abuelos de su íntimo amigo: Miguel Cané.

En 1831 inicia el primer año de jurisprudencia. En 1834 viaja a Córdoba donde obtiene el grado de bachiller en Derecho Civil. Siguió después a Tucumán, autorizándole por decreto el Gobernador Heredia a ejercer la profesión de abogado. Vuelve a Buenos Aires con el propósito de viajar a Estados Unidos para estudiar a fondo el sistema federal. Desiste finalmente de este proyecto. Frecuenta el salón de María Sánchez de Mendeville. Se vincula estrechamente con Esteban Echeverría y Juan María Gutiérrez. Pronuncia un discurso en el acto inaugural del Salón Literario. Publica en 1837 el “Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho”. Al año siguiente es uno de los fundadores de la Joven Argentina y —como anticipamos— redacta la XIII Palabra Simbólica.

En su texto, plantea con agudas palabras la necesidad impostergable de bregar por la unión nacional. Propone la *“abnegación de las simpatías que puedan ligarnos a las dos grandes facciones que se han disputados la supremacía durante la Revolución”*. Con la misma inspiración, expone la

médula del movimiento al que adhieren los jóvenes reunidos en torno a Esteban Echeverría: *“Nosotros —dice el tucumano— no conocemos más que una sola facción—la Patria—más que un solo color—el de Mayo—, más que una sola época—los treinta años de la Revolución Republicana—. Desde la altura de estos supremos datos nosotros no sabemos qué son unitarios y federales, colorados y celestes, plebeyos y decentes, viejos y jóvenes, porteños y provincianos, año 10 y año 20, año 24 y año 30: divisiones mezquinas que vemos desaparecer como el humo, delante de las tres unidades del pueblo, de la bandera y de la historia de los argentinos”*.

Los integrantes de la Joven Argentina contribuyen con su labor intelectual a proyectar los andamios de la organización constitucional. Y cuando ya no pueden realizar esa tarea dentro de las fronteras de su Patria, la siguen cumpliendo en el destierro. *“Separémonos como hermanos, como amigos, como hombres señalados por el dedo de Dios para realizar una gran empresa, marchando preocupados únicamente por los sublimes pensamientos que nos inspira tan alta misión”* —dice Echeverría a sus amigos al disolver la Joven Argentina—.

Sus palabras fueron proféticas. Los miembros de la *Joven Argentina*, en particular Juan Bautista Alberdi, Juan María Gutiérrez y Félix Frías, fueron propulsores y ejecutores de la “gran empresa” y la “alta misión” propuestas por su maestro y amigo. Él tuvo el infortunio de no ver el momento en que el ideario de la *Joven Argentina* sirvió de sustento a la organización constitucional. Al disolverse dicha asociación, Echeverría había exteriorizado la esperanza de que *“cuando aparezca el nuevo sol de mayo, nos vea a todos reunidos en las filas de los libertadores y regeneradores de la Patria”*. Pero su anhelo no se cumplió. Murió en Montevideo, el 20 de enero de 1851. *“Como los profetas del Antiguo Testamento —dice Jorge M. Mayer—, sólo pudo ver las tierras de la Patria iluminada por las nuevas luces, en la lontananza”*. En carta a Gutiérrez, fechada el 1° de octubre de 1846, Echeverría había firmado un verdadero testamento político: *“Lego a mi amigo Alberdi el pensamiento, dado el caso que falte vida para realizarlo”*. Alberdi, su heredero espiritual, a través de su imponente labor intelectual cumplió el mandato de su amigo.

El 23 de noviembre de 1838 Alberdi se embarca para Montevideo. Allí se gradúa de abogado y ejerce el periodismo y la abogacía. Redacta la proclama que dirige Lavalle a los habitantes de la Provincia de Buenos Aires cuando inicia su campaña libertadora de 1840. Mantiene algunas disidencias con los unitarios exilados. Finalmente en abril de 1843, con Juan María Gutiérrez, se embarca hacia Europa. Recorre el viejo continente, se reconcilia con España y le dice: *“Cuando he visto las fracciones de tu suelo y reconocido*

en ellas la casa de la familia de que procedo, con todos mis antecesores, he olvidado las pasiones letales, que la guerra había hecho nacer en el corazón americano. Y sólo he sentido por ti, impresiones amistosas y benévolas”.

Alberdi conoce en París al General San Martín, a quien visita en Grand Bourg. El 2 de noviembre de 1843 se embarca de retorno a América, rumbo a Río de Janeiro. Viaja después hacia Chile en una travesía muy penosa. En las proximidades del Plata aumenta su melancolía: “Mi Dios —exclama— ¿cuándo volveré a la Patria?” y con algún presentimiento sombrío se pregunta: “¿seré yo de esos proscritos que acaban sus días en el extranjero?” Abominaba la proscripción y paradójicamente estuvo condenado a vivir durante 41 años las angustias del exilado. “He vivido —escribirá más adelante— en mi país, habitando en el extranjero”. Y agrega: “la fisonomía agonizante de la Patria está siempre en el horizonte”.

Vive en Valparaíso, Concepción y Santiago durante casi once años. La batalla de Caseros, el 3 de febrero de 1852, significa el inicio de una nueva etapa. Escribe las Bases. Polemiza con Sarmiento. Declina representar a la Confederación ante el gobierno chileno. Publica “Derecho Público Provincial”, “Sistema Económico y Rentístico”, “De la integración nacional” y “Estudios sobre la Constitución Federal Argentina”. Proyecta la Constitución de Mendoza y acepta desempeñarse como Encargado de Negocios y luego Ministro ante los gobiernos de Francia, España, Gran Bretaña y la Santa Sede. Viaja a Estados Unidos y después a Europa. Obtiene el reconocimiento por España de la Independencia Argentina. Después de Pavón, mantiene polémicas y disensos con los porteños. Finalmente, después de 41 años de ausencia, en 1879 vuelve a Buenos Aires como diputado electo por Tucumán. Contribuye a buscar una salida pacífica para la cuestión capital. Pronuncia en 1880 una conferencia memorable en la colación de grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. No se traslada a la ciudad de Belgrano durante la crisis de ese año. Queda cesante como diputado. Se reconcilia con Sarmiento. Le da la mano a Mitre. Y escribe “*La República consolidada*” luego de solucionarse la “*cuestión capital*”. En esta obra expresa, con clara conciencia de su gloria: todos saben que su autor, emigrado en Chile, escribió después de Caseros “*el libro de las Bases, y el proyecto de Constitución para la República Argentina, que tuvo la sanción casi total del país y del Congreso Constituyente de Santa Fe, en 1853*”.

En el ocaso de su vida debe saborear un último trago amargo: el Senado le niega acuerdo para ser Ministro en París. Los rencores se habían atemperado, pero no estaban muertos. El Presidente Roca le solicita, entonces, que viaje a Londres para solucionar la controversia planteada con la casa Murrieta. El 25 de enero de 1882, encontrándose Alberdi en París, el Poder

Ejecutivo le designa enviado extraordinario y ministro plenipotenciario en Chile. No acepta. Su salud se deteriora de modo acelerado. Finalmente muere solo en una casa de salud, el 19 de junio de 1884.

*Ecce homo.* Aproximémonos ahora a algunos aspectos relevantes de su pensamiento.

### El Ideario de Alberdi

Por encima de lo contingente, de lo accesorio, de lo que constituyó una posición política del momento, el pensamiento de Alberdi muestra una coherencia en lo esencial realmente notable. Al publicar el "*Fragmento Preliminar al estudio del Derecho*" ya se exteriorizan las tesis básicas de una línea filosófica que el tucumano no abandonara jamás. Podría hacerse incluso una lectura paralela de esa obra de 1837 con el célebre discurso de la colación de grados de 1880, titulado "*La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad individual*", para comprobar que más allá de lo superficial, el perfil doctrinal de ambos trabajos resulta en lo fundamental el mismo. Se nos presenta así un Alberdi teísta, fiel al catolicismo que nunca abandonó, adverso al materialismo, impulsor del progreso económico como vía para afianzar la primacía de los valores espirituales, liberado —comenta Mario Justo López— tanto del iluminismo sin raíces vitales como de la resignada servidumbre a los datos de la realidad, jusnaturalista sin caer en la tentación agnóstica del racionalismo inmanentista, e historicista que reconoce la existencia de valores objetivos y trascendentes

No obstante su reconciliación con España en el plano de los sentimientos, mantuvo siempre una posición crítica hacia la Madre Patria desde la perspectiva doctrinal. "En España —escribe Alberdi— no encontré filósofos como Bacon y Locke, ni publicistas como Montesquieu, ni jurisconsultos como Poithier". Esta afirmación se explica porque presumiblemente no conoció a los autores de la Escuela Española de los siglos XVI y XVII. No extremó, sin embargo, su antihispanismo. En 1874 la Real Academia Española nombró miembros correspondientes a varios argentinos. Juan María Gutiérrez, todavía bajo los prejuicios generados por la guerra de la Independencia, rechazó la designación. Alberdi, más ecuánime, la aceptó.

Creemos que de los numerosos autores que cita en su autobiografía, experimentó cierta predilección por Montesquieu. Ello sin desmerecer el impacto ejercido sobre su formación intelectual por las obras de Savigny, Jouffroy, Leroux y Lerminier, ni minimizar la influencia de los escritos de Platón, Séneca, Constant, Cousin y Guizot. Hay, sin lugar a dudas, una

cierta preferencia por los pensadores transpireneicos. “A España —dice, sin atenuar la exageración— le debemos cadenas. A Francia la libertad”.

No compartimos el juicio de Ingenieros, quien creyó encontrar una contradicción entre el jusnaturalismo y el historicismo de Alberdi. Pensamos, en cambio, que sobre el punto exhibe una singular coherencia. Alberdi no profesó —como ya dijimos— un jusnaturalismo racionalista prescindente de la Historia y de la realidad contemporánea. Ni tampoco adhirió a un historicismo inmanentista y dialéctico. Su jusnaturalismo no fue abstracto ni divorciado de los valores objetivos ni de las cosas concretas. Y su historicismo no renegó nunca de las esencias ni de la dimensión trascendente de la vida humana. Por todo ello, no ocultó su aversión hacia el positivismo jurídico. En el “*Fragmento...*” escribe al respecto: “saber leyes no es saber derecho”. Con igual énfasis reaccionó frente al romanticismo inmanentista de Rousseau: “estudiar política por el Contrato Social —escribe— es estancarse en el siglo XVIII”. No aceptó, por ende, que la ley fuera mera expresión de una mitológica voluntad general. La concibió, más bien, como ordenamiento de razón. Se sorprendería, quizá, si le atribuyéramos influencias escolásticas. Pero lo cierto es que con relación al derecho las recibe al menos indirectamente a través de Montesquieu. Basta leer las primeras páginas de “El Espíritu de las Leyes” para comprobar que no en vano su autor tenía en su biblioteca la “Suma Teológica” de Santo Tomás. Por lo demás, su posición ostensiblemente espiritualista le llevó a repudiar a Bentham y a Hobbes. “El orden moral —escribe en el Fragmento— constituye una valla para el ejercicio de todo derecho”.

Ninguno de los puntos sintéticamente reseñados, expuestos por Alberdi en el Fragmento, aparecen abandonados en su discurso de 1880. Lejos de ello, los complementa. A los jóvenes graduados les explica las modalidades absolutistas del Estado antiguo, el significado del Cristianismo como religión de libertad, y la influencia negativa ejercida por Rousseau en los pueblos latinos.

Alberdi, en su discurso a los graduados de 1882, marca el contraste entre el enfoque que de la libertad tenían en el Norte y en el Sur del continente americano. A su juicio, en los Estados Unidos se había comprendido cabalmente la distinción entre *libertad política* —que se traduce en la posibilidad de participar en la actividad cívica de un Estado independiente— y *libertad civil* —que consiste en la rigurosa preservación de los derechos inherentes a la persona humana—. Señala que “las sociedades que operan su felicidad de la mano de sus gobiernos, esperan una cosa que es contraria a la naturaleza”. Agrega que en los Estados Unidos, cuando se necesita “alguna obra o mejoramiento de interés público, sus hombres se miran unos a otros, se

buscan, se reúnen, discuten, ponen de acuerdo sus voluntades y obran por sí mismos en la ejecución del trabajo que sus comunes intereses necesitan ver satisfechos”. En cambio, en los pueblos latinos, los hombres “alzan los ojos al Gobierno, suplican, lo esperan todo de su intervención y se quedan sin agua, sin luz, sin comercio, sin puentes, sin muelles, si el gobierno no se los da todo hecho”.

Alberdi lamenta que la concepción omnipotente del Estado, inspirada en Rousseau, haya producido efectos tan deplorables.

Por momentos parece que Alberdi es un contemporáneo, no un hombre del siglo diecinueve. Vislumbró los efectos destructivos del estatismo con una clarividencia que faltó a innumerables *pseudo estadistas* de nuestro tiempo. Posiblemente no leyeron a Alberdi que ya en 1880 advertía proféticamente: “La materia o servicio de la administración pública, se vuelve industria y oficio de vivir para la mitad de los individuos que se compone la sociedad”. Así, por prescindir de Alberdi, nos hemos visto trabados por una burocracia agobiante, reguladora, intervencionista, que sofoca la libertad por la que Alberdi luchó con tanto empeño.

### **Influencia de las Bases**

La batalla de Caseros, el 3 de febrero de 1852, significó el comienzo de una nueva etapa en la vida institucional argentina. La victoria de Urquiza abrió decisivas posibilidades al anhelo constitucional expresado a lo largo de 42 años en Congresos y proyectos que la anarquía y las guerras fratricidas fueron dejando a la vera del camino. Las Bases de Alberdi no fue el único libro que procuró alumbrar el nuevo derrotero. Sarmiento publicó “Argirópolis”, Juan Ramón Núñez el “Plan de Organización Nacional”; Juan Llerena los artículos sobre “El problema constitucional o indicaciones acerca de la organización más conveniente para la República Argentina”; Mariano Fraguero “Las cuestiones Argentinas”; y Bartolomé Mitre su “Profesión de Fe”.

El propio Alberdi, en su polémica con Sarmiento, expresó con claridad cuales fueron las fuentes de las Bases: “El Preliminar al estudio del derecho de 1837, mi Palabra Simbólica, el Credo de la Asociación de Mayo de 1838, “El Nacional” de Montevideo de 1838, “La Crónica de la Revolución de Mayo” de 1838, El Porvenir de 1839, Memoria sobre un Congreso Americano de 1844, “Acción de la Europa en América” de 1845; “Treinta y siete años después”, de 1847”. “He visto —agregaba Alberdi— venir al General Urquiza a estas ideas, y por eso he abrazado su autoridad”. Y añade, refiriéndose al pensamiento expuesto en la 13ª *Palabra Simbólica*: “la fusión política,

adoptada por él, como base de su gobierno y de la Constitución, es principio que pertenece al Credo de la Asociación de Mayo, y sería irracional de mi parte atacar a un gobierno que adopta mis principios". Está así muy claro que la unión nacional propiciada por él en 1838 fue siempre en su visión un objetivo irrenunciable.

El 30 de mayo de 1852, pocos días después de su publicación en Valparaíso, el tucumano envió un ejemplar al General Urquiza del libro cuyo título completo es "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivadas de la ley que preside el desarrollo de la civilización en América del Sud". "Los argentinos de todas partes —le dice al vencedor de Caseros—, aún los más humildes y desconocidos, somos deudores de V.E. de nuestra perpetua gratitud, por la heroicidad y el ejemplo con que ha sabido restablecer la libertad de la Patria..." "Abrigo la persuasión —agrega— de que la inmensa gloria, esa gloria que a nadie pertenece hasta aquí de dar una Constitución duradera a la República, esté reservada a la estrella feliz que guía los pasos de V.E."

Urquiza, con clara visión de su misión histórica, contestó a Alberdi con palabras elogiosas hacia su persona y su obra: "... su bien pensado libro —le dijo— es, a mi juicio, un medio de cooperación importantísimo. No ha podido ser escrito ni publicado en mejor oportunidad. Por mi parte lo acepto como un homenaje digno de un buen argentino. La gloria de construir la República debe ser de todos y para todos".

Las "Bases" repercutieron inmediatamente en los círculos de opinión argentinos y extranjeros. Alberdi remitió ejemplares de la primera edición a Cané, Gutiérrez, Félix Frías, Santiago Arcos, Mitre, Balbastro, Sarratea y otros amigos de Mendoza y Buenos Aires. Aún no se había producido la insurrección del 11 de septiembre de 1852 y quizá por ello los diarios de Buenos Aires le tributaron francos elogios. "El Nacional", en el número del 22 de julio, expresó: "El Doctor Alberdi ha comprendido nuestra situación, nuestra época, y ayudándose de la Historia, ha derramado en su pequeño libro ideas que bien meditadas podrían servir de base a la próxima Constitución de la República". En términos análogos se expidió "El Progreso" en la edición del 26 de julio: "El libro de Alberdi puede servir de estímulo ilustrado a la meditación de las capacidades argentinas, como el proyecto de Constitución que Benjamín Constant ofreció a la Francia en 1815 abrió una discusión general y útil a los intereses de esa gran nación".

La importancia de las Bases para nuestra organización política fue incluso reconocida por quienes con el correr del tiempo se transformaron en enconados adversarios de Alberdi. Superadas o atenuadas las polémicas,



muchos años después, en 1883, Mitre ratificó desde las columnas de “La Tribuna Nacional”, la importancia institucional de las Bases y, olvidando con grandeza ejemplar las cáusticas críticas que el tucumano le dirigiera en el libro “Grandes y Pequeños Hombres del Plata” y en otras obras, reconoció en Alberdi a una de las columnas de nuestro constitucionalismo republicano y federal; “Hoy mismo —escribía Mitre— después de los años transcurridos desde la publicación de las Bases, pocos libros arrojan más viva luz sobre los accidentes de la política argentina y ninguno contiene ideas más claras, puntos más seguros de partida para el estudio de nuestro Derecho Constitucional. Como todas las obras maestras —concluye Mitre—, poco ha perdido de su interés y oportunidad. Es una fuente considerable de principios y doctrinas, de las que pueden usar varias generaciones sin extinguir su caudal”.

Así lo entendieron los congresistas reunidos en Santa Fe. La influencia de las Bases y del proyecto adjunto en la génesis de la Constitución Argentina es asunto ya poco controvertido. A pesar de la opinión de Ernesto Quesada, proclive a minimizar esa influencia, entendemos que la tradición oral recibida por Mariano Pelliza, volcada en las páginas de su obra sobre “La Organización Nacional”, en la que se le acuerda decisiva incidencia, se encuentra —salvo algunos detalles— suficientemente acreditada. Longhi sostiene que “no es necesario llegar al análisis de la totalidad de la doctrina expuesta por Alberdi en “Las Bases” o articulada en su proyecto, para demostrar que sus ideas no cayeron en el vacío. Existen —agrega Longhi—, en verdad, muchas disposiciones de la Constitución que no son concordantes total o parcialmente con el pensamiento alberdiano, pero aún así, no puede desconocerse que una gran parte de su texto sigue las directivas por él propuestas”. Esta conclusión, como lo ha demostrado Jorge Mayer en su obra sobre Alberdi, se encuentra confirmada por el testimonio de muchos contemporáneos. Menciona, en tal sentido, a Manuel Bilbao, Salustiano Zavalía, Leiva y Seguí, secretarios de Urquiza, Juan María Gutiérrez, Martín Zapata, el Presbítero Centeno, Manuel Leiva, Fray Manuel Pérez y José Benjamín Gorostiaga. El propio autor de las Bases, en carta a Félix Frías, el 13 de diciembre de 1852, le expresa: “Mi proyecto es aceptado en su mayor parte por los diputados reunidos en Santa Fe”. Por su parte, el congresista Zapata, en carta a Alberdi, publicada en “El Mercurio” el 2 de marzo de 1852, le dice: “dentro de pocos días la comisión de negocios constitucionales acabará y presentará a la discusión del Congreso el proyecto de Constitución cuyo fondo será el de usted”. A su vez, Zavalía, en carta del 19 de julio de 1853, poco después de jurada la flamante ley fundamental, escribe al tucumano diciéndole: “Muchos artículos hemos tomado de su precioso libro de usted, que es la expresión de las necesidades del país”. Pasarán algunos años y, el 24 de febrero de 1860, ratificará su opinión mediante otra misiva dirigida

a Alberdi en la que sostuvo con énfasis: “Usted, Toqueville y Story fueron nuestras lumbreras”.

El balance que ha hecho Dardo Pérez Guilhou, sobre la base de las investigaciones exegéticas de Jorge Mayer, Juan José Díaz Arana (h.), Colauti y Jorge R. Vanossi, es categórico: “Resulta que Alberdi influyó, en la parte dogmática, a través de Gutiérrez, en once de los treinta y cinco artículos, y en la parte orgánica, a través de Gorostiaga, en cuarenta y ocho de ciento veintidós cláusulas, considerando artículos e incisos”. Ello al margen de que, como lo ha puesto en relieve Bidart Campos, “no se trata, para calibrar a Alberdi, de confrontar la letra de los artículos de la Constitución con las fórmulas por él elaboradas. Más allá de esas aproximaciones y de esas distancias, el tronco ideológico y programático de la Constitución de 1853 recibe, pragmáticamente, un decisivo aporte alberdiano. El proyecto global que auspició la Constitución, su filosofía política, su raigambre histórica, su originalidad, no pueden desligarse de la interpretación que Alberdi hizo y propuso sobre el curso de toda nuestra génesis constitucional”.

### **Espiritualidad de Alberdi**

Alberdi no renunció jamás a las convicciones religiosas que arraigaron en su alma desde los primeros años de su vida. En los testamentos de 1853 y 1869 se proclamó católico. Fue, por cierto, partidario de la libertad religiosa, en términos análogos a los expuestos por el Concilio Vaticano II en el documento “*Dignitatis humanae*”, y no incurrió en sus escritos en ningún tipo de relativismo ni de sincretismo. Su posición está claramente expresada en el texto del art. 3º de su proyecto constitucional.

A lo largo de su vida exteriorizó en numerosas oportunidades sus convicciones religiosas y su admiración por el Cristianismo. “La idea de un pueblo libre —escribe a Félix Frías el 7 de noviembre de 1865—, sin creencias y costumbres religiosas, es ridícula y pasa por loca ante los ojos de los países más libres de la tierra”. “La religión cristiana —afirma enfáticamente en sus Escritos Póstumos— es la religión de la Libertad, porque enseña el dogma de la igualdad y de la hermandad de los hombres, enseña a ser humilde, manso, indulgente, desprendido, cualidades que reunidas, forman el temperamento del hombre libre”.

En el “*Fragmento...*” sostiene la divinidad e indestructibilidad del Cristianismo. Reconoce a Dios como Supremo Ordenador y rechaza las ideas irreligiosas de Hobbes, Bentham y Voltaire. Afirma que la distinción entre lo que es del Cesar y lo que pertenece a Dios ha sido Principio y Fundamento de la verdadera libertad. “Educado en medio de una revolución —expresa

en carta a Bernabé López, del 8 de octubre de 1858—, no se hallará sin embargo en mis numerosos escritos una sola frase contra la religión católica. Vituperar la propia religión me ha parecido siempre tan bajo como azotar a la misma madre”. Por lo demás, los valores espirituales tienen en su perspectiva jerarquía superior a los materiales.

Germán J. Bidart Campos ha explicado que Alberdi, al escribir las Bases, atribuía gran relevancia al progreso material y económico no porque fuera materialista, “sino porque sin subvenir a las necesidades materiales primarias de una comunidad subdesarrollada, no se puede emprender nada. Pero —agrega Bidart Campos— también acordaba gran relevancia al progreso espiritual y cultural, porque la educación en la libertad es instrumento simultáneo de crecimiento vigoroso. Si nuestro autor dice que el dinero es el nervio del progreso y del engrandecimiento, concibe y señala a la vez el aporte de la moral, de la religión, de la instrucción, de todo eso que él llama civilización, y cuya introducción en nuestro continente reconoce como obra de España. Ferrocarriles, comercio, navegación, industrias, etc., son factores de progreso que requieren integrarse en la obra de civilización con los otros provenientes de la instrucción, la educación y la cultura. El enemigo de nuestro progreso es el desierto —enemigo grande y agobiante según Alberdi—, y para vencerlo era necesario que el tipo de nuestro hombre sudamericano sea el de un hombre formado para esa victoria. He aquí —concluye Bidart Campos— la plenitud del desarrollo en el mismo ámbito de la persona humana, el desarrollo que promueve al hombre en la integridad de su ser —cuerpo y espíritu—, y que cultiva en todas sus dimensiones las aptitudes individuales”.

En abono de la tesis de Bidart Campos digamos que en múltiples ocasiones Alberdi puntualiza en las Bases la importancia relevante de las fuerzas morales y religiosas, y la necesidad de conciliarlas con el progreso económico que auspicia: “No pretendo —dice el tucumano— que la moral sea olvidada. Sé que sin ella la industria es imposible”. Valora, empero, como más genuina, una religiosidad práctica que impregne a las nuevas generaciones de hábitos laborales, que el atiborramiento de especulaciones meramente teóricas: “la religión —sostenía—, base de toda sociedad, debe ser entre nosotros ramo de educación, no de instrucción. Prácticas y no ideas religiosas es lo que necesitamos... Necesita de religión el hecho, no la poesía: y ese hecho vendrá por la educación práctica, no por la prédica estéril y verbosa”.

Son numerosos los párrafos de las Bases en los que Alberdi exterioriza sus convicciones espirituales: “Nuestra religión cristiana —escribe— ha sido traída a América por los extranjeros. A no ser por Europa, hoy Améri-

ca estaría adorando al sol, a los árboles, a las bestias, quemando hombres en sacrificio, y no conocería el matrimonio. La mano de Europa —afirma enfáticamente— plantó la Cruz de Jesucristo en la América antes gentil. ¡Bendita sea por esto sólo la mano de Europa!”

Más adelante, al combatir la aversión al extranjero por considerarla signo de barbarie, dice que “el Hombre-Dios, Nuestro Señor Jesucristo, no nació en América, sino en Asia, en Belén, ciudad pequeña de Judá, país dos veces más distante y extranjero de nosotros que Europa”.

Reconoció, asimismo, la autoridad del sucesor de Pedro llamándolo “nuestro Santo Papa Pío IX, actual jefe de la Iglesia Católica”.

En síntesis, subrayemos que Alberdi fue siempre fiel a la línea espiritualista que impregnó sus escritos de juventud. Su preocupación por el progreso económico no fue —como ya dijimos— signo de materialismo sino una faceta del desarrollo integral que anhelaba para la República organizada.

Tuvo de la política una visión ética. Consideró, además, que la moral era indivisible. El estadista debía ser fiel a valores objetivos tanto en la vida pública como en la privada. Porque, a juicio de Alberdi, la misma moral tenía vigencia “dentro y fuera de casa, en público y en privado, en la luz y en la oscuridad”. Es esta una sagaz observación que lamentablemente tiene en nuestro tiempo inquietante actualidad.

### **Epílogo**

La generación que organizó constitucionalmente la República mantuvo, por encima de los enfrentamientos internos, los valores morales y políticos consagrados en la Constitución de 1853/60 luego de medio siglo de luchas fratricidas.

Alberdi y sus contemporáneos fueron hombres conscientes de su misión. Desarrollaron con el concurso de los medios existentes en su época una pedagogía cívica que orientó a las nuevas generaciones hacia la afirmación de la unidad nacional, la consolidación de la Constitución histórica, el perfeccionamiento paulatino de las prácticas comiciales y el creciente reconocimiento de los derechos de la persona humana y de sus consecuentes deberes cívicos.

Al impulso de esas *ideas-fuerza*, se cumplieron las profecías de Alberdi. El país creció, con los claroscuros de todo período histórico, pero con conciencia nacional, confianza en el futuro y pujanza arrolladora.

Eran hombres que carecían de sapiencia enciclopédica, pero que sustentaban ideas firmes, sólidas, graníticas, sobre las que levantaron un país que, sin exagerar ni disminuir virtudes y defectos, aciertos y equivocaciones, produjo asombro y admiración en el concierto de las naciones, suscitando la adhesión y la esperanza de millares de extranjeros que llegaron a nuestras tierras en busca de paz, justicia y libertad.

A esa obra ciclópea se sumaron hombres que habían colaborado, activa o pasivamente, con el gobierno de Rosas. Sin vacilar, sin mirar hacia atrás, se sumaron al *autonomismo* de Alsina o al *liberalismo nacionalista* de Mitre, y procuraron que se avanzara en el nuevo rumbo impreso a la República.

*Los países —ha escrito Mario Justo López— son, como los seres humanos, un conjunto de posibilidades abiertas hacia todos los rumbos. Cuando los impulsa una fuerza espiritual plasmadora, se convierten en patrias; cuando les falta ese impulso y se dejan seducir y conducir por aventureros o impostores, se convierten en piaras o rebaños.*

Los argentinos deberíamos procurar la regeneración de las esencias de nuestra mejor tradición institucional. No queremos ser un rebaño ni una piara. No debemos aceptar, tampoco, una caricatura ni una adulteración del sistema republicano.

Desde su prolongado exilio, por encima de las ocasionales polémicas con sus contemporáneos, Alberdi nos impartió consejos para que aseguráramos la unión nacional y consolidáramos la paz interior. Era la voz de la conciencia argentina. Sin embargo, muchas veces, en las últimas décadas, hemos preferido no escucharla. Y los resultados están a la vista. La proliferación de enfrentamientos estériles, intolerancias, odios, resentimientos, discriminaciones, asimetrías y revanchismos, ha deteriorado gravemente la pacífica convivencia social. Se han diluido incluso los sentimientos patrióticos que cimentaban la conciencia de pertenecer a una misma Nación.

Hoy, como en los albores de la organización constitucional, las propuestas de Alberdi tienen plena vigencia. Para avanzar en su ejecución y no desviarnos por caminos que conducen a la decadencia y la desintegración, deberíamos con carácter prioritario, como se hizo en otros momentos cruciales de nuestra Historia, después de superar sangrientos enfrentamientos internos, levantar la bandera de la concordia y la reconciliación. Rendiremos así el mejor homenaje a Juan Bautista Alberdi, el *Profeta de la Constitución*.

---



## VI

### DECLARACIONES, DICTÁMENES Y PREMIOS





# PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PARA PERMITIR EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en su sesión plenaria del 28 de junio de 2010, aprobó por mayoría el dictamen que se transcribe a continuación, sobre el matrimonio y la unión de personas del mismo sexo.

1. La familia, institución natural y permanente, constituye el órgano esencial, primario y fundamental de la sociedad, y la general experiencia histórica recogida, ha demostrado que es cohesionando los lazos entre quienes la conforman, como se contribuye al mejor desenvolvimiento de las comunidades. Nuestra Constitución Nacional declara en su artículo 14 bis la necesidad de “la protección integral de la familia”, lo que es también previsto en distintos documentos internacionales, como el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 donde se reconoce la necesidad de la protección de la familia “como elemento fundamental de la sociedad”; o en el inciso 3º del artículo 16 de la declaración Universal de Derechos Humanos también de 1948, donde se consigna que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; o en otras normas de igual significado, como en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por ley argentina de 1986, o en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por ley argentina también de 1986, o en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), aprobado por ley argentina de 1984.

2. Es en particular en los países del occidente, donde esta familia se ha constituido teniendo como base, a partir de sus iniciales agrupamientos, la sólida institución del matrimonio. Matrimonio que jurídicamente ha sido reconocido y establecido, desde las más antiguas compilaciones, para designar a la unión realizada entre el hombre y la mujer con la finalidad de conformar un vínculo perdurable, creando lazos que nacen de la relación intersexual y la filiación.

Así viene definido el matrimonio desde la antigua Roma por Modestino, que en el “Digesto” decía que era “la unión del hombre y la mujer en un consorcio de toda la vida, comunicación de los derechos divinos y humanos” y por el mismo Justiniano que en las “Institutas” de su “Corpus Iuris Civilis” señalaba coincidentemente, que era “la unión del hombre y la mujer que comprende el consorcio indivisible de la vida”. La propia denominación de “matrimonio” deriva del latín “*matris*”, referencia a la madre en tal unión y de “*munium*”, referido a la carga que tal unión para ella significa antes o después de haber tenido descendencia.

Este concepto de matrimonio que partía de la inexcusable base de una unión entre personas de diferente sexo, fue de esa manera contemplado en las más diversas legislaciones posteriores. Para no tomar sino un cuerpo de normas de indudable trascendencia como fue el Código de Napoleón de 1804, destacamos que en la “Exposición de motivos” Portalis precisaba la idea del matrimonio como la “sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino”.

3. A su turno, de los distintos Tratados y Convenciones internacionales que ya antes se han citado, no puede sino extraerse que es a este matrimonio heterosexual al que tienden a referirse sin duda sus disposiciones. El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...”, que tendrá al mismo tiempo el derecho a ser protegida, lo mismo que la “maternidad y la infancia” (artículo 25, 2); el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su inciso 2<sup>a</sup> dice “reconocer el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tiene edad para ello”; el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su inciso 2<sup>o</sup> establece el mismo reconocimiento. El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales encarece la protección de la familia “especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los hijos a su cargo”. A su vez, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” aprobada por la Argentina en 1985, luego de señalar en el inciso 1<sup>o</sup> de su artículo 16 la necesidad de adoptar todas “las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio...” agrega en el inciso g) de esa misma norma, lo referente a asegurar “los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos a elegir apellido, profesión y ocupación”. Ni siquiera se recurre, en ninguna de las normas internacionales, a expresiones como “toda persona” o “todo ser humano”

cuando hay referencia al derecho a contraer matrimonio. Por el contrario, hay mención directa y expresa del hombre y la mujer como se ha dejado consignado precedentemente.

En apoyo de esta debida interpretación, Augusto Mario Morello, que fuera ilustre miembro de esta Academia, traía la opinión de Rolando E. Gialdino del Comité de Derechos Humanos, quien refiriéndose al Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya aludido antes por nuestra parte, dice que del mismo no puede extraerse que los Estados estén obligados a regular el casamiento entre personas del mismo sexo, pues la “obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2º del art.23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión de un hombre y una mujer que desean casarse” (“Desvirtuación del matrimonio” en La Ley 2005-D p.1471, con cita de Gialdino R.E.: “Los derechos civiles y políticos ante el Comité de Derechos Humanos”, “Investigación”, CSJN, 1,(2002), p.171). El propio Morello, en el mismo trabajo, sostiene en sus conclusiones, que es deber del jurista de nuestro tiempo preservar la identidad respecto del matrimonio, “que ha permanecido fiel a sí misma desde su amanecer”.

Por su parte, otro destacado integrante de esta Corporación, como lo fue Germán Bidart Campos manifestaba, que si bien en documentos internacionales al hablarse del “derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio” no se aclaraba si dicha fórmula implicaba el casamiento “entre sí”, “parece cierto que no están imaginando el casamiento como derecho de un varón con otro varón ni de una mujer con otra mujer, sino de un hombre con una mujer; sería bastante rebuscado hurgarle otro sentido...” y continuaba de manera concluyente agregando que “a los tratados de derechos humanos no se han incorporado las valoraciones que tienden a catalogar la unión entre personas del mismo sexo como matrimonio” (“Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo” en El Derecho 164- 723, IV). Añadimos en relación a este mismo jurista, que al comentar el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos que también antes hemos ya mencionado señalaba, en la misma orientación que le venimos destacando, que “el apartado 2º reconoce operativamente el derecho a casarse”, con lo que, dice, “se enfoca un derecho subjetivo de cada persona –hombre y mujer- para contraer matrimonio, con lo que la norma no serviría para cubrir uniones entre personas del mismo sexo” (“Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”,Ediar 1989, t.III p.229). Si alguna ley así lo llegara a permitir, estaría entonces vulnerando, conforme los anteriores comentarios, las cláusulas de los tratados internacionales que se citaron y que según el inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional, tienen jerarquía constitucional por encima de las leyes que pueda dictar el Congreso.

4. Según los antecedentes que se han expuesto, resulta a nuestro criterio evidente que el concepto de matrimonio no ha servido, ni puede servir en nuestros días, para designar otra unión que no sea la del hombre con la mujer que, además, es la única que puede concordar con una finalidad común a las sociedades como es la de procurar a través de ella la perpetuación de la especie humana.

La unión de personas del mismo sexo no se encuentra prohibida y libremente pueden las personas que lo deseen establecerla y tal elección debe ser respetada y como acto libre tendrá garantía constitucional. Pero el concepto de matrimonio no los comprende, pues necesariamente exige la participación del hombre y la mujer para cumplir con el propósito de complementación espiritual y física de los sexos opuestos, dirigido a la conformación de una comunidad de vida con fines de perpetuación de la especie y esto también debe ser respetado. Las personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio no porque se los discrimine, sino porque se eleva una imposibilidad física y natural para llevarlo a cabo: hay una distinción antropológica de los hombres y mujeres que se encuentra en la base del concepto matrimonial. Por eso se dice que la institución del matrimonio es consustancial con la naturaleza humana. Discriminar es tratar de diferente forma a dos situaciones iguales: aquí no son dos situaciones iguales sino distintas. De tal manera la ley 23.592 sanciona las discriminaciones “arbitrarias”, en cuanto a los derechos que puedan corresponder a personas en igualdad de condiciones. El caso del matrimonio entre un hombre con una mujer (heterosexual) y el de la unión entre un hombre con un hombre o una mujer con una mujer (homosexual) son dos situaciones bien diferentes. No hay discriminación pues, ni violación de la garantía de la igualdad ante la ley. El matrimonio, que responde a la definición que se ha venido exponiendo y que deviene por ello de una larga tradición cultural que hemos receptado, exige ser como dijimos, igualmente respetado.

De tal forma nuestro Código Civil expone claramente en su artículo 172, el requisito necesario para la conformación de la familia matrimonial dentro de nuestra sociedad, señalando que “es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo”. Las leyes son fijadoras de principios y orientaciones, que hacen muchas veces a concepciones que tienden a definir los rasgos de la sociedad para la cual han sido concebidas. Máxime en el terreno del derecho de la familia y del matrimonio en especial, cuyas normas regulatorias si bien forman parte del derecho privado son al mismo tiempo de orden público. Por eso, si el vínculo matrimonial no respondiera a la caracterización que marca la legislación vigente y que da lugar al tipo de la familia que se entiende debe ser

la que se proyecte en la sociedad en aras del bien común, podría llegarse a comprometer las bases de su propia organización.

En consecuencia, descartado cualquier sentido discriminatorio, se considera totalmente inconstitucional promover alguna reforma al Código Civil que desnaturalice la institución del matrimonio tal cual fue entendida desde siempre y que no ha sido creada para comprender uniones que no sean las del hombre con la mujer.

Los doctores Aída R. Kemelmajer de Carlucci y Enrique M. Falcón votaron en disidencia, mientras que el doctor Rafael M. Manóvil se abstuvo.

Buenos Aires, 28 de junio de 2010

Fernando N. Barrancos y Vedia	Eduardo Aguirre Obarrio
Académico Secretario	Académico Presidente

#### Disidencia de la doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci

La Cámara de Senadores debe tratar un proyecto de ley, aprobado por la Cámara de Diputados, que extiende la regulación del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo o, en otros términos, habilita el matrimonio a las personas, con independencia de su orientación sexual.

Desde fines del año pasado, diversos tribunales del país han declarado la inconstitucionalidad del art. 172 del Código Civil; otros, resuelven lo contrario; este desorden requiere una urgente intervención de legislador, desde que esta jurisprudencia contradictoria pone en jaque la seguridad jurídica en un campo tan sensible como es la unión matrimonial.

Muchas voces son favorables a dictar una ley que establezca algún tipo de regulación para las parejas homosexuales; de hecho, la ciudad de Bs. As. y otras del resto del país, reglamentan aspectos que están dentro de la competencia local. La posición es correcta: por muy conservador que se sea, sólo el que no quiere ver ignora que en la sociedad existen parejas homosexuales y que ellas requieren la protección de la ley. Las discusiones giran en torno a si esas parejas deben tener la misma opción que las heterosexuales; es decir, tener el derecho a elegir si quieren casarse o simplemente convivir, o por el contrario, no deben tener derecho a celebrar matrimonio y, su derecho se limita a recibir de la ley una protección mínima.

La solución no es idéntica en todos los países. Recientemente, el 24/6/2010, en el caso *Schalk and Kopf v. Austria*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó la situación legislativa de los diversos países de ese continente: de los cuarenta y siete Estados que integran el sistema europeo de Derechos humanos, seis admiten el matrimonio de personas del mismo sexo (Bélgica, Holanda, Noruega, Portugal, España y Suecia); trece, aunque no admiten el acceso al matrimonio, permiten a las parejas del mismo sexo registrar su relación, con distintos efectos (Andorra, Austria, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Islandia, Luxemburgo, Eslovenia, Suiza y el Reino Unido). Irlanda y Liechtenstein tienen pendientes reformas tendientes a permitir a las personas del mismo sexo registrar el vínculo; una ley de Croacia regula las uniones del mismo sexo y les reconoce efectos jurídicos limitados a determinados fines, sin necesidad de registración.

En esa decisión, el TEDH reconoce la variedad de respuestas, la evolución en las últimas décadas, la circunstancia de que mientras el art. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos se refiere al derecho del “hombre y la mujer”, el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deliberadamente, habla de personas, no haciendo referencia a la diversidad de sexos; observa que el matrimonio tiene profundas connotaciones y raíces socio culturales que difieren notoriamente de una sociedad a otra, y concluye, por aplicación de su conocida teoría del “margen de apreciación de los Estados” que la legislación austríaca que entró a regir en Enero de 2010, que otorga una gran gama de efectos a la unión homosexual registrada, no viola la Convención Europea de Derechos Humanos por el simple hecho de que no admita el matrimonio.

O sea, el TEDH reconoce que cada país puede regular la opción matrimonial extendiéndola o no a la pareja homosexual y, en ninguno de los dos casos, se violará la Convención. Es, pues, una cuestión que, por el momento, se mantiene en el nivel legislativo y, consecuentemente, regulada por cada Estado.

En mi opinión, el legislador argentino debe inclinarse por la solución española y admitir que la pareja unida por vínculos afectivos, sea heterosexual u homosexual, tiene la opción de casarse o no casarse. Explicaré brevemente por qué:

La Constitución argentina y los tratados de derechos humanos reconocen el principio de igualdad ante la ley. Por eso, cuando el Estado niega a un grupo de la población un derecho fundamental –y casarse lo es– debe hacerlo por razones que se adecuen a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. De lo contrario, la distinción se convierte en una discriminación arbitraria.

Conforme el criterio de la mayoría de los integrantes de esta Academia el requisito legal de la diversidad de sexos es justo, no arbitrario, en tanto el matrimonio es una institución que naturalmente exige un hombre y una mujer. No coincido con este argumento: el matrimonio no es una institución “natural” sino el fruto de concepciones sociales, culturales, económicas, jurídicas de un momento determinado; por eso, la definición de matrimonio, al igual que la de familia, ha variado a lo largo de la historia. Hasta no hace muchos años, el matrimonio era un acto previamente concertado por los padres; el libre consentimiento de los contrayentes, hoy elemento esencial y no negociable de la figura jurídica, era prácticamente inexistente, tal como lo relatan cientos de obras de la literatura universal. El matrimonio como acto de libre elección y comunidad de afecto responde a la ética de la modernidad. En suma, el error consiste en considerar los hechos sociales como algo “natural”, olvidando que todo cuanto acontece entre los seres humanos tiene una historia, un contexto de aparición y, por lo tanto, de interpretación. Recuérdese que durante siglos, el calificativo “natural” fue usado para “justificar” las diferencias entre hombres y mujeres, incluso, para impedir el voto femenino. El mismo tipo de razonamiento (decir que es conforme a la naturaleza) sirvió para fundar las leyes que prohibían el matrimonio mixto entre judíos y arios, entre negros y blancos, etc. Piénsese que recién en 1967, la Corte Suprema norteamericana declaró inconstitucional una ley del Estado de Virginia que impedía a los blancos casarse con personas de otras razas. Por lo tanto, es un error acudir a la “naturaleza” para decir qué es el matrimonio, no sólo porque nadie puede decir qué es lo natural en esta materia, sino porque se corre el claro riesgo de generar una discriminación injusta y arbitraria.

Por lo tanto, desde la perspectiva de la ley civil la cuestión a decidir es si la diferencia entre pareja homosexual y heterosexual tiene justificación jurídica, cultural y social en el contexto de un país que, como el nuestro, ha suscrito y ratificado innumerables convenios internacionales de derechos humanos que garantizan la igualdad de derechos.

Se intenta justificar la diferencia en la situación de los hijos. La realidad muestra que la distinción tampoco puede pasar por ese ámbito. La ciencia, la tecnología, ayuda –aquí sí– a “la naturaleza” para procrear con vínculos biológicos que darán lugar a la filiación, figura jurídica que no se reduce a lo puramente genético, sino que comprende otros aspectos. De hecho, dos mujeres lesbianas pueden conformar una verdadera familia conjuntamente con un hijo que una de ellas haya gestado con material genético proporcionado por la otra y por un tercero.

Si esta filiación de origen genético es posible, no se advierte por qué no puede serlo la adopción, acto voluntario, fundado en vínculos afectivos

profundos que, incluso, algunas veces, lamentablemente, no existen con los nacidos de la sola "naturaleza". Claro está, como en todos los casos, sea la pareja homosexual o heterosexual, el juez deberá analizar si esa adopción, en ese caso concreto, respeta el interés superior del niño.

En definitiva, la ley debe amparar la familia como núcleo dentro del cual el sujeto puede desarrollar las potencialidades de su personalidad, y en el cual encuentran protección las personas más vulnerables (niños, ancianos, etc). Si la familia no sirve para eso, entonces estamos muy mal.

Esta posición no significa aceptar sin reparos el proyecto aprobado por diputados. Por el contrario, conjuntamente con la Dra. Marisa Herrera, he propuesto las modificaciones que esa normativa debería sufrir en Senadores para que la solución legal se adecue al sistema (Ver, la nota de opinión "Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica", aparecida en la revista *La Ley* 4/6/2010).

#### Disidencia del doctor Enrique M. Falcón

En el día de la fecha he recibido el Dictamen emitido por la comisión de los honorables Académicos que estuvieron a cargo del mismo. Lamentablemente deberé discrepar con ellos y manifestarme expresamente en contra de dicho dictamen. Al respecto haré una muy breve referencia.

A mi juicio, la única observación que podría hacerse al sistema de matrimonio homosexual, es que tradicionalmente la palabra matrimonio define la unión del hombre con la mujer, pero esa es una discusión puramente semántica. En cuanto a la perpetuación de la especie, no habría problemas para las mujeres que pueden realizar inseminación artificial, ni para los hombres con el alquiler de vientres. En lo que hace a la adopción, la ley no prohíbe la adopción por los homosexuales, ni ello figura en la convención sobre derechos del niño. Por otra parte el número de homosexuales, lesbianas y bisexuales es muy bajo.

Hay una cierta fantasía en ese porcentaje.

Un señor Kinsey en los Estado Unidos lo estableció en un 10%. Las críticas que se le hacen es que usó población carcelaria para obtener ese valor, pero no se hicieron comprobaciones posteriores cuando estos presuntos homosexuales salieron de la cárcel, porque el presunto homosexualismo en las cárceles está condicionado. Las estadísticas más confiables indican por ejemplo que 1,51% aproximadamente de la población total de EE.UU. se identifica como gay, lesbiana o bisexual, Existen estadísticas similares



tomadas del Censo de EEUU, de las Estadísticas de Canadá, donde hay matrimonio gay, en Laumann, et al., *The Social Organization of Sex: Sexual Practices in the United States* (1994). Una coalición de los principales grupos de activistas pro-homosexuales ha admitido en un escrito legal que sólo “2,8 por ciento de los varones y 1,4 por ciento de las mujeres, la población se identifican como “... gay, lesbiana o bisexual en un amicus curiae (o “amigo del tribunal”) (escrito presentado ante la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso de Lawrence contra Texas. En el caso, que se decidió en junio de 2003, los activistas homosexuales han tratado con éxito de una ley de Texas de restricción de la sodomía homosexual declarado inconstitucional. El escrito fue presentada por una coalición de 31 grupos de activistas pro-homosexuales, incluyendo algunas de las principales organizaciones nacionales como la Campaña de Derechos Humanos, la Asociación Nacional de Gays y Lesbianas; Padres, Familiares y Amigos de Lesbianas y Gays (PFLAG), la Alianza Gay y Lésbica Contra la Difamación (GLAAD), y la gente de la Vía de la Fundación Americana). En España hacia finales de 2008 se habían celebrado en España 12.648 matrimonios entre personas del mismo sexo. Como España tiene aproximadamente 40 millones de habitantes desde el 2005 al 2008 sólo utilizaron este sistema aproximadamente el 0.6% de la población.

Por otro lado las personas que tienen inclinaciones sexuales diferentes no son por ello enfermos, ni delincuentes, ni siquiera malas personas, y la admisión del matrimonio homosexual, o como quiera llamarse a este sistema, no crea riesgo ni peligro alguno para la sociedad, como se comprueba en los varios países donde se ha adoptado. El hecho de que el matrimonio tradicionalmente se haya considerado entre el hombre y la mujer proviene tradicionalmente de que ello es lo más corriente en la sociedad, pero aunque con una notable minoría de otras inclinaciones sexuales no es la única. Generalmente las instituciones nacen sobre la generalidad mayoritaria de los supuestos, pero con el tiempo admiten varias excepciones a ese sistema dogmático y monolítico, a medida que se van teniendo más conocimientos. Eventualmente podrán discutirse la redacción o alcance de algunas normas en particular, pero en general ello no invalida el proyecto en general.

Por ello, señor Presidente, estoy en desacuerdo con el dictamen emitido por los distinguidos Académicos firmantes y solicito que se deje constancia de ello en el acta del lunes 28 de junio, sin perjuicio de mi presencia en la reunión.

# PREMIO ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

POR HÉCTOR ALEGRIA (\*)

Hoy es un día de júbilo para nuestra Corporación. Es el día en que hacemos entrega del premio "*Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*" correspondiente al año 2009 y de los premios "*Accesit*" discernidos.

La selección de las obras más destacadas de la literatura jurídica y su consiguiente premiación es uno de los objetivos de esta Corporación en pos del progreso de la ciencia jurídica.

Siempre hemos creído que los premios son fundamentales para incentivar actual o potencialmente la producción en nuestra área específica.

Un premio puede ser un estímulo para quien se inicia y puede ser la coronación de una etapa para los que ya transitaron su recorrido. Sin embargo, en ambos casos esta meta no es definitiva, porque este lauro también es una apuesta al porvenir: al de los propios premiados que han de seguir produciendo en beneficio de nuestra comunidad y al de las generaciones sucesivas, a las que se les muestra un hito en el horizonte y un ejemplo, para inducir al mismo esfuerzo y como compensación del sacrificio que todo ello conlleva. En ese sentido las obras distinguidas importan un testimonio y la apelación al futuro, que no solamente es un desafío para los premiados, sino un aporte a la consolidación de la ciencia del derecho del porvenir.

---

(\*) Palabras pronunciadas por el Académico, en la sesión pública del 14 de octubre de 2010, en oportunidad de la entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al doctor Horacio Guillermo Corti por su obra "Derecho Constitucional Presupuestario"; "Accésit", a Alejandro Borda por su obra "El Contrato de Fianza"; a Ernesto C. Wayar por su obra "Tratado de la Mora"; a Renato Rabbi-Baldi Cabanillas por su obra "Teoría del derecho"; a Martín Diego Farrell por su obra "Una Sociedad (Relativamente) Justa" y a Daniel Roque Vítolo por su obra "Sociedades Comerciales. Ley 19.550 Comentada".

En nuestro medio la producción jurídica está particularmente rodeada de dificultades y hasta desincentivos frente a los apremios de la vida cotidiana. Muy pocos pueden dedicarse exclusivamente a la producción y todos lo hacen mediante la renuncia a legítimas alternativas personales.

Jean Guitton decía que “bajo cada uno de sus aspectos, el trabajo intelectual tiene relación con la vida profunda, la intelectualidad no debería separarse de la espiritualidad” y que “buscar la composición es acercarse a la verdad, al igual que la verdad se manifiesta naturalmente en la belleza...expresar es querer traducir por medio del lenguaje una verdad más íntima todavía que la del orden interno y más parecida a la verdad de la existencia de los seres tomados en si mismos” y que, por último, “...el estilo es la marca que pone el obrero en su obra. No basta con que una obra haga pensar en su objeto para que sea humana; es necesario también que refiera discretamente el pensamiento de su autor, y que haga, por transparencia, adivinar su rostro, y esto es verdad incluso en las obras de ciencia”. Podemos decir, sin equivocarnos, que los autores premiados han cumplido con esa tarea y que seguramente también lo han hecho con lo que aconseja el *Eclesiastés*: “Darse gozo en el trabajo y hacer gozar al alma en medio del trabajo”. Nos complace reconocerlo.

Me cabe la misión de hablarles en nombre de la Corporación y como integrante del jurado, todo lo cual me honra, especialmente por la calidad moral y científica de sus otros integrantes, los doctores Félix A. Trigo Represas, Hugo Caminos, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci y Mariano Gagliardo.

El dictamen da cuenta de la calidad de la mayor parte de las obras presentadas para su juzgamiento y los parámetros utilizados para discernir los premios, entre los cuales se ha señalado la importancia del tema abordado, el esfuerzo que cada obra demuestra, la profundidad de tratamiento así como la fundamentación del criterio de autor en los puntos que puedan considerarse controvertidos.

Precisamente al haberse presentado 29 libros y ser la mayoría de gran valor, el jurado ha debido esforzarse para hacer una adecuada y equilibrada selección, llegando a conclusiones que en nada desmerecen la ya indicada calidad de los restantes trabajos. En especial se advierte que al recomendarse también cinco premios “Accesit”, se ha querido aumentar en medida prudente la cantidad otorgada en años anteriores, y dar paso al reconocimiento a otras obras, más allá de la premiada en primer lugar.

Debemos señalar que se han considerado las distintas ramas del derecho en un pie de igualdad en cuanto a su vocación para obtener

el premio, y que se ha apartado toda clase de discriminación o diferenciación por razones personales, de postura científica o de corriente de pensamiento.

Paso ahora a referirme brevemente a las obras premiadas y a la personalidad de su autor. Lo haré en primer lugar con aquélla que recibe el *Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, el libro "*Derecho constitucional presupuestario*" del que es autor Horacio Guillermo Corti. El Dr. Corti es abogado, doctor en derecho, con tesis calificada sobresaliente y posteriormente publicada con el título "*La guerra silenciosa. Lectura de filosofía del derecho*" y es también Administrador Gubernamental. Es profesor titular por concurso en las asignaturas Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Profesor de Finanzas Públicas y Droit Fiscal en la carrera Franco-Argentina de Derecho de la Universidad del Salvador y la Université Paris I Panthéon-Sorbonne; Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Miembro del Consejo de la Magistratura de la misma jurisdicción y autor de numerosos ensayos y libros de filosofía y literatura.

Desde su mismo título el trabajo indica su originalidad, al abordar candentes temas de la actividad financiera pública, desde sus definiciones básicas, aspectos históricos y estructurales del derecho constitucional presupuestario, con especial referencia al federalismo y al principio de reserva de la ley. Analiza con detalle los presupuestos nacionales en su preparación, aprobación, ejecución, modificación y control, no dejando de abordar temas candentes como los decretos de necesidad y urgencia y la delegación legislativa, la referencia al derecho comparado, a la necesaria seguridad jurídica y a las decisiones judiciales, mereciendo especial tratamiento lo referido a la vinculación entre la ley de presupuesto y los derechos humanos, para concluir con el análisis exhaustivo de la cláusula presupuestaria del art. 75 inc. 8 de la Constitución Nacional y el control judicial. La obra está redactada con un lenguaje claro, demostrando una importante investigación, con cita de relevante doctrina nacional y extranjera así como de numerosos fallos judiciales de distintas jurisdicciones e instancias. Entendemos que será una pieza fundamental para el tratamiento de los temas que abarca en lo futuro.

Me referiré ahora a las restantes obras y autores premiados. Lo haré brevemente en homenaje al tiempo de los asistentes, aunque en cada caso merecería un mayor desarrollo por la personalidad de los autores y la calidad de los trabajos.

El libro “*El contrato de fianza*” ha sido redactado por Alejandro Borda, ex profesor titular de Contratos de la Universidad Católica de Salta, de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales y de la Escuela de Abogacía de Buenos Aires del FORES; es profesor titular de Contratos Civiles y Comerciales en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA y profesor adjunto en la Universidad de Buenos Aires; es profesor honorario de las universidades Católica de, de la Inca Gracilaso de la Vega de Lima y de la de San Pedro de Chimbote, todas ellas de Perú. Ha recibido premios anteriores como el denominado “Jorge Joaquín Llambías” de la Universidad del Litoral y el de Honor al Mérito de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima. Es autor de distintos libros y colaborador de varias obras así como redactor de diversos trabajos. Ha dictado conferencias y participado de congresos y jornadas y actualmente dirige la Revista *Doctrina Judicial* publicada por Editorial La Ley. El libro reproduce la tesis doctoral del autor, que fuera calificada como sobresaliente, y contempla exhaustivamente un contrato tan utilizado como el de fianza, con remisión adecuada a la doctrina nacional y extranjera y a la jurisprudencia sobre sus diferentes aspectos.

También se ha premiado el “*Tratado de la mora*” de Ernesto C. Wayar. El autor egresó de la Universidad Nacional de Tucumán con los más altos laudos, pues se le otorgaron los premios Medalla de Oro Facultad, Editorial La Ley, y Medalla de Oro Alfredo Coviello, por ser el egresado de más alto promedio. Es actualmente Presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán; ha sido integrante del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy y es titular de la cátedra de Derecho Civil II y Derecho Civil III de la Facultad de la que egresara, en la que obtuvo también su doctorado. Es autor de varios libros, todos de reconocido prestigio en el mundo del derecho. Su obra importa un tratamiento exhaustivo del tema, con mención de sus antecedentes locales y extranjeros, incluso en modernos cuerpos como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los Proyectos de Reforma al Código Civil, la doctrina más actualizada y un estudio profundo de la jurisprudencia.

También ha recibido “Accesit” la obra “*Teoría del Derecho*” del doctor Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, en segunda edición corregida y aumentada. El autor es abogado de la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra e Investigador Visitante de la Universidad de Münster. Ha recibido becas y subsidios para estudios en distintas universidades e institutos del Estados Unidos, España, Alemania, Francia, Portugal y Argentina. Actualmente es Juez de la Cámara Federal de Salta; profesor regular adjunto de Teoría General y Teoría del Derecho en la Universidad de Buenos Aires; profesor titular

de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán y en la Universidad Católica de Salta, entre otros. Ha redactado varios libros, fundamentalmente sobre filosofía jurídica y teoría del derecho y de numerosos artículos y traducciones. Su obra enfoca desde la óptica del autor distintos temas que hacen a la materia que, como el dice en el prólogo, se acuñó bajo nombres diversos como “Filosofía del derecho”, “Teoría General del Derecho” “Introducción al Derecho”, “Introducción al análisis del derecho”, entre otros. Comienza analizando a la persona como fundamento del derecho, para en sucesivos capítulos tratar la tensión entre el derecho natural y el positivismo jurídico, los “títulos” y “medidas” naturales y positivos del derecho, las fuentes del derecho, el sistema jurídico, y la interpretación jurídica, concluyendo un capítulo sobre la justicia y el derecho. Se hace referencia a doctrina y bibliografía y también a fallos judiciales que contemplan temas vinculados a su desarrollo.

Continuamos con la consideración del libro *“Una sociedad (relativamente) justa”* del Dr. Martín Diego Farell. El autor es abogado y doctor en derecho; Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires; Juez de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal; Profesor invitado de las universidades de Santiago de Compostela, Columbia y New York. Es autor de 16 libros sobre ética, filosofía política y filosofía del derecho y de 70 artículos publicados en inglés, italiano, español y alemán. Advierte que la idea de escribir sobre el tema nació ya en el año 2002 ante la crisis argentina y por ciertas posiciones entonces expresadas, lo que le lleva a presentar en este libro ideas diseñadas para el mundo real y no una teoría para el mundo ideal, aunque reconoce que el libro tiene –adrede– un título ambiguo, que explica. En apasionantes capítulos y con cita apropiada de doctrina, sobre todo extranjera y preponderantemente americana, estudia la importación y exportación del derecho, se pregunta cuánta igualdad de oportunidades debe brindarse al ciudadano y si debe preocuparnos la brecha entre ricos y pobres, para terminar con capítulos de títulos significativos como, “Contratando”, “Castigando” y “Conviviendo”.

Finalmente consideramos la obra *“Sociedades comerciales. Ley 19.550. Comentada”*, de la que es autor Daniel Roque Vítolo. El autor es abogado, profesor titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, y Director del Departamento de Derecho Económico y Empresarial de esa misma Facultad. Dirige el Instituto de Derecho Económico “Isaac Halperín”, de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas. Ha sido corredactor del Proyecto de la actual Ley de Quiebras 24.522 y es autor de numerosas obras jurídicas y disertante en el país y en el exterior. Es una obra extensa de 3524 páginas en

4 tomos, con consideración integral de la Ley Societaria, lo que ha llevado un gran esfuerzo y dotado a la obra de coherencia e integralidad. Cabe destacar, la participación significativa del Profesor Miguel A. Piedecabras, al seleccionar la jurisprudencia y bibliografía que en cada caso se cita.

Dejo así presentada la labor del Jurado y muy someramente los libros seleccionados para los Premios otorgados, felicitando a sus autores en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y en el mío propio y deseándole el mayor de los éxitos en sus investigaciones futuras.

---





# INDICE

## ANALES 2010

### I. INCORPORACIONES

Discurso de recepción por el Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari.....	3
<i>La legislación civil.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Emilio P. Gnecco, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 13 de mayo de 2010 .....	12
Discurso de recepción por el Académico doctor Héctor Alegria	39
<i>Responsabilidad civil nuclear.</i> Disertación pronunciada por el Académico doctor Rafael M. Manóvil, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 10 de junio de 2010.....	42
Discurso de recepción por el Académico doctor Roberto E. Luqui .....	93
<i>El principio de legalidad.</i> Disertación pronunciada por el Académico correspondiente en la República Oriental del Uruguay, doctor Daniel H. Martins, en oportunidad de su incorporación como Académico correspondiente, en la sesión pública del 26 de agosto de 2010 .....	98

Discurso de recepción por el Académico doctor José D. Ray .....	111
<i>Los regímenes internacionales de responsabilidad e indemnización de daños debidos a la contaminación marina. Problemas políticos y legales.</i> Disertación pronunciada por el Académico correspondiente en Suecia, doctor Måns Jacobsson, en oportunidad de su incorporación como Académico correspondiente, en la sesión privada del 28 de octubre de 2010 .....	113

## II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>Clases de acciones y clases de accionistas.</i> Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 8 de abril de 2010 .....	135
<i>El macroproceso.</i> Comunicación del Académico doctor Eduardo Aguirre Obarrio, en la sesión privada del 22 de abril de 2010 .....	142
<i>La coparticipación federal y la mayoría de votos para la aprobación de las leyes: La cláusula "virtual" del inciso 3° del artículo 75 de la Constitución Nacional.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 27 de mayo de 2010 .....	156
<i>Las reflexiones jurídicas sobre la muerte, el suicidio asistido y la eutanasia.</i> Comunicación del Académico doctor Santos Cifuentes, en la sesión privada del 8 de julio de 2010 .....	167
<i>Cosa juzgada y procedimientos concursales en la jurisprudencia del nuevo milenio.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 22 de julio de 2010 .....	183
<i>La revocación de los actos administrativos por razones de legalidad.</i> Comunicación del Académico doctor Roberto E. Luqui, en la sesión privada del 12 de agosto de 2010 .....	268
<i>Sistemas cautelares y bilateralidad.</i> Comunicación del Académico doctor Enrique M. Falcón, en la sesión privada del 9 de septiembre de 2010 .....	295

<i>El asentimiento del paciente y la ley 26.529.</i> Comunicación del Académico doctor José W. Tobías, en la sesión privada del 23 de septiembre de 2010 .....	307
<i>Comportamiento psicológico del simulador.</i> Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 11 de noviembre de 2010 .....	331
<i>De la certeza de las palabras a la majestad de la ley.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge H. Alterini, en la sesión privada del 9 de diciembre de 2010 .....	341

### III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo .....	359
Instituto de Derecho Civil.....	361
Instituto de Derecho Constitucional .....	362
Instituto de Derecho Empresarial.....	364
Sección Derecho de la Navegación del Instituto de Derecho Empresarial.....	375
Sección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Instituto de Derecho Empresarial .....	376
Sección Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial.....	378
Instituto de Derecho Internacional Público .....	381
Instituto de Derecho Procesal .....	383
Instituto de Derecho Tributario .....	386

#### IV. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

- Homenaje a Juan Bautista Alberdi.* Disertación del Académico doctor Gregorio Badeni en el acto evocativo del Bicentenario del Nacimiento de Juan B. Alberdi, realizado en el Salón de Lectura “Arturo Illia” del Palacio del Congreso de la Nación, organizado por el Instituto Federal de Estudios Parlamentarios, de la Secretaría Parlamentaria del H. Senado de la Nación, el 26 de agosto de 2010 ..... 391
- Homenaje al doctor Federico Videla Escalada.* Disertación del Académico doctor José D. Ray en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, celebradas en octubre de 2010, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires ..... 398
- Homenaje al Bicentenario de la Revolución de Mayo.* Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en su carácter de Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, con motivo de la presentación de la obra de las academias nacionales “*En torno a 1810*”, en la Academia Nacional de la Historia, el 7 de diciembre de 2010 ..... 404

#### V. HOMENAJES

- Aproximación a Juan Bautista Alberdi.* Disertación del Académico doctor Alberto Rodríguez Varela en el acto público de homenaje a Juan Bautista Alberdi con motivo de cumplirse el Bicentenario de su Nacimiento, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 24 de junio de 2010 ..... 417

#### VI. DECLARACIONES, DICTÁMENES Y PREMIOS

- Proyecto de ley de modificación del Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo..... 435
- Palabras pronunciadas por el Académico doctor Héctor Alegria, en la sesión pública del 14 de octubre de 2010, en oportunidad de la entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Cien-

cias Sociales de Buenos Aires al doctor Horacio Guillermo Corti por su obra "*Derecho Constitucional Presupuestario*"; "Accésit", a los doctores Alejandro Borda por su obra "*El Contrato de Fianza*"; Ernesto C. Wayar por su obra "*Tratado de la Mora*"; Renato Rabbi-Baldi Cabanillas por su obra "*Teoría del derecho*"; Martín Diego Farell por su obra "*Una Sociedad (Relativamente) Justa*" y Daniel Roque Vítolo por su obra "*Sociedades Comerciales. Ley 19.550 Comentada*" .....























SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE OCTUBRE DE 2011  
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA