

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA  
AÑO LXI - NÚMERO 54  
2016



**LA LEY**

BUENOS AIRES

Anales 2016 / Gregorio Badeni ... [et al.]; dirigido por Gregorio  
Badeni. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley:  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos  
Aires, 2016.  
512 p.; 23 x 15.5 cm.

ISBN 978-987-03-3015-8

1. Derecho. 2. Derecho Constitucional. I. Badeni, Gregorio II. Badeni,  
Gregorio, dir.  
CDD 342

*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  
academiaderecho.org

# 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*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

## SERIE I - ANUARIOS

*Anales* - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 54.

## 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).
- 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.
- 35.- *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?*, XX 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.*
- 16.- *Código Civil y Comercial.*

### 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 INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

### 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.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y Asociaciones en el Código Civil y Comercial.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL  
SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL  
SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*

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  
SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

*Académico Dr. Jorge R. Vanossi*

Vicepresidente

*Académico Dr. Roberto E. Luqui*

Secretarios

*Académico Dr. Emilio P. Gnecco*

*Académico Dr. Rafael M. Manóvil*

**Tesorero**

*Académico Dr. Daniel Funes de Rioja*

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. 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 septiembre 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. 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 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 septiembre 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. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h.)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014



MIEMBROS CORRESPONDIENTES  
*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
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. 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
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Ángel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
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
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016

## ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante  
Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho  
Acta n° 1 del 7-10-1908.

Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavala	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

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

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires decidió designar como Académico Correspondiente en la República Oriental del Uruguay al doctor Ricardo Olivera García en su sesión del día 26 de noviembre de 2015.

Lo ha hecho así para continuar una larga y fructífera tradición que vincula la historia jurídica de ambos países, particularmente en el área del derecho que cultiva nuestro nuevo Académico Correspondiente, quien ha estado intensamente relacionado con la actividad intelectual y académica argentina. Lo testimonia así no sólo su condición de activo integrante del Instituto de Derecho Empresario de esta corporación, sino también la de miembro del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y la de Miembro Correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

En 1976 el Dr. Olivera García se graduó como doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, en la cual inició su carrera docente ya en 1978 y donde hoy reviste la condición de Profesor Titular, Grado 5, que equivale a la de Catedrático, en Derecho Comercial. En la misma Facultad fue director del Instituto de Derecho Comercial entre 2010 y 2014.

Su vasta e incansable actividad docente incluye la de haber fundado la cátedra de Derecho Bancario en la misma Universidad de la República, cuya titularidad desempeñó durante catorce años. Pero también hizo lo propio con las cátedras de Derecho Comercial y de Derecho Bancario en la Universidad Católica del Uruguay, las de Derecho de las Sociedades Comerciales y Derecho Bancario y de los Mercados Financieros en el Programa Master en Derecho de la Empresa y en la carrera de Derecho, ambos en la Universidad de Montevideo. En esta última fue también director del Instituto de Derecho

---

(\*) Discurso de recepción del académico correspondiente en la República Oriental del Uruguay doctor Ricardo Olivera García, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de octubre de 2016.

de la Empresa desde 1987 hasta 2004 y decano de la Facultad de Derecho desde 1997 hasta 2004. Hoy es su decano emérito.

Es, además, presidente del Centro de Estudios Financieros del Uruguay, secretario General del Instituto Uruguayo de Derecho Bancario y miembro del Comité Latinoamericano de Abogados Expertos en Derecho Bancario de la Federación Latinoamericana de Bancos.

Se ha ocupado también, intensamente, de la resolución de conflictos, particularmente en el ámbito internacional. Así, fue fundador del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Bolsa de Comercio, afiliado a la Corte Internacional de Arbitraje para el Mercosur, y durante 20 años fue integrante de su comisión directiva. Fue representante del Uruguay en el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur desde 2004 hasta 2010. Integra la nómina de árbitros designados por el gobierno uruguayo para dirimir conflictos entre los Estados del Mercosur. Es presidente del Capítulo Rioplatense del Club Español de Arbitraje e integrante del ICC *Latin American Arbitration Group* de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París.

Tuvo, asimismo, relevante intervención en tareas legislativas en el Uruguay. Participó en representación de la Bolsa de Comercio del Uruguay en las discusiones que culminaron con la sanción, en 1989, de la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060. Fue autor de los proyectos de reglamentación de la actividad bancaria *off-shore* en Uruguay, y de la de casas de cambio. Integró la comisión redactora de la Ley de Mercado de Valores y Obligaciones Negociables, en representación de la Bolsa Electrónica de Valores del Uruguay. Fue autor de los proyectos de Ley de Fideicomisos 17.703, de Certificados de Depósitos y Warrants 17.781 y de Concursos y Reorganización (Quiebras y Concordatos) N° 18.387.

Es director del Anuario de *Derecho Comercial* y de la Revista de *Derecho Comercial*, esta última fundada en 1946 por el siempre recordado maestro Sagunto Pérez Fontana.

Cuanto he referido hasta ahora es suficiente para dejar al lector, o al oyente, sin aliento, y hasta sin explicación acerca de cómo una persona puede haber abarcado tanta actividad de significativa importancia. Intentar el repaso de sus obras y trabajos constituye tarea aún más ciclópea. Me limitaré a decir que es autor, coautor o autor de capítulos de casi treinta libros, publicados no solo en Montevideo, sino también en Buenos Aires, San Pablo y La Haya, sobre temas de derecho mercantil, societario, bancario, concursal, de la responsabilidad civil, de los mercados de valores, de defensa de la competencia. Una de sus obras más tempranas, *Reforma de estatutos de Sociedades Anónimas y Derecho de Receso*, de 1977, fue ganadora del Concurso Rodolfo Mezzera Álvarez de monografías jurídicas.



Su proverbial generosidad en la tarea académica lo llevó en los últimos años a dirigir no menos de nueve obras colectivas, con la participación de destacados autores, consagrados e incipientes, en varios casos de origen argentino, así como a enriquecer con sus prólogos las obras de otros estudiosos.

Los artículos de su autoría sobre sociedades comerciales, contratos, títulos valores, propiedad industrial, derecho de la competencia, derecho concursal, derecho bancario, mercados de capitales, derecho tributario, arbitraje, deuda externa, deben sumar alrededor de doscientos. Varios de ellos fueron publicados fuera del Uruguay, principal, pero no únicamente, en la República Argentina.

El Dr. Olivera García participa regularmente de actividades académicas en nuestro país, no sólo del Instituto de Derecho Empresario de esta corporación, de cuyas reuniones es muy raro que esté ausente, sino también, desde hace treinta o más años, en los Congresos de Derecho Societario y de Derecho Concursal, siempre con interesantes ponencias o conferencias de su autoría. A lo largo de los últimos años se ha formado la tradición de que la Cátedra a su cargo, junto con dos de las de la misma materia de la Universidad de Buenos Aires, la del Dr. Alfredo Rovira y la que todavía está a mi cargo, organicen todos los años una Jornadas Rioplatenses, alternadamente en Buenos Aires y en Montevideo.

Quien haya leído alguno de sus libros o artículos, quien lo haya escuchado en conferencias o debates sabe de la calidad y profundidad de cuanto dice y escribe. Lejos de los “escribidores”, si se me permite usar una expresión de Vargas Llosa, que escriben para llenar páginas, repitiéndose una y otra vez a sí mismos, o sólo acumulando citas u opiniones de otros, el Dr. Olivera García preserva siempre la tradición de hablar y de escribir cuando tiene algo que decir, o cuando lo requiere su tarea docente. Por ello, leerlo es siempre instructivo, siempre ameno y enriquecedor.

Su destacada actuación, su personalidad sobresaliente, han hecho de él una figura apreciada por la comunidad iberoamericana del derecho mercantil. Por ello fue elegido para pronunciar la Laudatio al académico profesor Héctor Alegría y la Laudatio al catedrático español don Ángel Rojo Fernández-Río cuando se hizo entrega a éstos del doctorado honoris causa de la Universidad de la República, en Montevideo.

Ex profeso, el relato de la personalidad jurídico académica de nuestro nuevo académico correspondiente lo ha sido sin adentrarme en las concretas ideas expuestas a lo largo de su vasta obra, ideas de las cuales sólo diré que responden al sentido moderno de la evolución permanente del derecho mercantil, con orientación al progreso de la actividad productiva, a permitir el uso de instrumentos ágiles y a la justa y razonable ponderación de los intereses

en juego. El sugerente título de la disertación que escucharemos, “Lucro, sociedad y dividendo”, preanuncia que en sus palabras descubriremos, o redescubriremos, la calidad de esas ideas.

Mas no he hablado aún de lo principal, que es de la persona Ricardo Olivera García. He tenido el privilegio de ser invitado a su casa, de haber sido presentado a su mujer, la señora María Celia Amato, Chelita, y a varios de sus siete hijos (Juan Martín, abogado, Alejandra, Concepción, abogada, Luis Eduardo, José Andrés, Belén y María José). Pude pasearme por las largas estanterías de su biblioteca personal y observar la vastedad de las lecturas que frecuenta, no sólo las jurídicas, por cierto, e imaginarme cómo es la vida del distinguido colega. Generoso con su familia, generoso con los demás juristas de su entorno, generoso con sus discípulos, puedo resumir al ser humano diciendo que es un hombre de bien en el más amplio sentido que pueda darse a esta calificación.

Doctor Olivera García: en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, le doy a Ud. la más cordial bienvenida como académico correspondiente en la República Oriental del Uruguay. ♦

# LUCRO, SOCIEDAD Y DIVIDENDO

POR RICARDO OLIVERA GARCÍA (\*)

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, académico Dr. Jorge R. Vanossi; señores académicos presentes en este acto; colegas, familiares y amigos:

Quiero agradecer las gentiles palabras del Sr. presidente de esta ilustre Academia, Dr. Jorge R. Vanossi, así como también la generosa y cordial presentación que de mí ha realizado el señor académico Dr. Rafael Mariano Manóvil, la cual no hace más que reflejar la vieja y entrañable amistad que nos une y que a mí mucho me honra.

También agradezco a los señores académicos que me dispensaron el honor de presentar la solicitud de mi designación, y muy especialmente al académico Dr. Héctor Alegría, quien, hace ya varios años, me hiciera el honor de invitarme a integrar al Instituto de Derecho Empresarial de esta Academia, foro del más alto nivel en la materia, que con ilustre jerarquía personal y académica preside. La presencia en sus sesiones ha implicado para mí una invaluable experiencia y fuente esencial de conocimiento e inspiración para mi actividad académica y profesional.

Quiero también agradecer a mis colegas uruguayos, argentinos y de otras latitudes que, personalmente o a través de sus cariñosas comunicaciones, me acompañan en este acto; y muy especialmente a mi familia, a mi esposa y a mis hijos, por el apoyo que siempre me brindaron, el cual ha resultado y continúa resultando, sin lugar a dudas, un aporte fundamental para el desarrollo que, cada día, procuro realizar de mi vocación por la docencia y la investigación en materia jurídica.

Representa para mí motivo de enorme satisfacción y de inmerecido honor recibir la designación como Académico Correspondiente para la República Oriental del Uruguay que me otorga la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, institución más que centenaria, que

---

(\*) Disertación del académico correspondiente por la República Oriental del Uruguay, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público del 13 de octubre de 2016.

nuclea a los más prestigiosos juristas argentinos y extranjeros, y que representa el foro de estudio y desarrollo del conocimiento jurídico más importante y prestigioso no sólo de la República Argentina, sino de todo el continente. Es realmente un honor pasar a compartir la distinción de que fueran objeto, en el pasado, prestigiosos maestros de mi tierra, como Eduardo Jiménez de Aréchaga, Jorge Peirano Facio, Sagunto Pérez Fontana, Mariano Brito y Daniel Hugo Martins, cuyas memorias quiero evocar en este acto.

Argentinos y uruguayos somos pueblos hermanados por la geografía, por la historia, por la cultura y por el afecto. Somos hijos de la misma conquista española y de la misma inmigración europea, que coadyuvaron para formar un ser y una identidad dotada de tradiciones y valores que nos son comunes. Somos, parafraseando las palabras del inmortal Eduardo J. Couture, “integrantes de una misma comarca” (1).

En el área específica del derecho comercial —disciplina que ha ocupado mis estudios por más de cuatro décadas— compartimos originariamente un mismo Código de Comercio, obra del jurista argentino Dalmacio Vélez Sarsfield y del uruguayo Eduardo Acevedo, que en el Uruguay está cumpliendo su joven sesquicentenario. Los desarrollos legislativos y doctrinarios argentinos tuvieron además una decisiva influencia en la evolución del pensamiento y de la legislación comercial uruguaya del último siglo y medio. Por generaciones, los juristas uruguayos nos formamos en las obras de Lisandro Segovia, Manuel Obarrio, Juan B. Siburu, Carlos Malagarriga, Isaac Halperin, Carlos Juan Zavala Rodríguez, Horacio Fargosi, Héctor Alegría y Julio César Otaegui, entre muchos otros maestros argentinos.

Desde el comienzo de mi vida académica —al igual que ocurrió con otros muchos colegas de mi país— tuve la invaluable oportunidad de vincularme con colegas argentinos, a través de congresos, jornadas rioplatenses, seminarios y publicaciones, transitando los puentes que con esta tierra y su vida académica habían tendido José Ferro Astray, Rodolfo Mezzera Álvarez y Sagunto Pérez Fontana, y que sentimos siempre la obligación de mantener. Tuve la oportunidad de formarme con los grandes maestros comercialistas de este país, muchos de los cuales nos están acompañando hoy. Siempre fui recibido con los brazos abiertos, en una actitud de consideración y respeto intelectual y del mayor afecto personal, haciéndome sentir en la Argentina como uno más de sus ciudadanos.

Esto justifica y redobla mi satisfacción por la distinción que hoy se me otorga, la cual me permite integrarme a esta prestigiosa institución académica, cuya tradición y valores me comprometo a honrar.

---

(1) Eduardo J. COUTURE, *La comarca y el mundo*, 2ª ed., Buenos Aires, 1965, p. 13.

El tema escogido para la conferencia magistral que esta ceremonia impone lo hemos titulado “Lucro, sociedad y dividendo”. El lucro, sea como empeño individual o como componente fundamental del emprendimiento mercantil, permea toda la historia de la humanidad. Este concepto adquiere en nuestros días matices y componentes novedosos, de incuestionable incidencia en materia jurídica, producto de nuevas concepciones respecto al rol de la empresa y del empresario frente al entorno económico y de la sociedad toda.

Corresponde, por lo tanto, analizar el lucro desde su perspectiva histórica y desde su realidad presente, donde el mismo se canaliza predominantemente a través de estructuras societarias, que consolidan la inversión individual y que distribuyen entre sus accionistas el lucro obtenido, mediante el pago de un dividendo.

### **I. El lucro desde los albores de la historia**

El lucro es definido por el Diccionario de la Lengua como “la ventaja o provecho que se saca de algo”. Si bien los términos utilizados para definir el concepto —ventaja, provecho— son esencialmente neutros, la expresión “lucro” ha tenido, en algunos casos, una connotación adversa.

En la Biblia, el Pentateuco (o la Torá, para la religión judía) contiene una valoración ambigua del lucro. Mientras algunos libros, como el *Deuteronomio*, contienen una visión positiva —sujeto al reconocimiento del poder divino en su obtención— (2), otros libros tienen una posición mucho más crítica. En este sentido, por ejemplo, se expresa en el Levítico: “No tomarás usura de [tu hermano], ni ganancia; sino tendrás temor de tu Dios, para que tu hermano viva contigo. No le darás tu dinero a usura, ni tus víveres a ganancia” (3).

Más categórico aún resulta el Nuevo Testamento. Los evangelistas Mateo y Lucas, así como las epístolas de San Pablo, son particularmente críticos con el ánimo de lucro. Dice el evangelio de San Mateo: “Ninguno puede servir a dos señores; porque o aborrecerá al uno y amará al otro, o se llegará al uno y menospreciará al otro: no podéis servir a Dios y a Mamón” (4) (término este último que es utilizado para describir la abundancia y la avaricia material). Por su parte, San Pablo, en la primera carta a Timoteo, expresa: “raíz de todos los males es el amor al dinero, el cual codiciando algunos, se extraviaron de

---

(2) Deuteronomio 8:17-18.

(3) Levítico 25:36-37.

(4) Mateo 6:24.

*la fe*" (5). Esta tradición bíblica contraria al lucro proyectó luego sus efectos en toda la Cristiandad. (6)

El pensamiento griego estuvo igualmente alineado con esta posición crítica. Expresaba Sócrates —en palabras que le atribuye Jenofonte— que *"el dinero, si el hombre no lo sabe usar bien, sea desterrado a los más remotos confines de la Tierra antes que ser contado como riqueza"*. (7) Platón tenía también una opinión francamente adversa a la acumulación de ganancias. (8)

Por su parte Aristóteles, en la *Ética a Nicómaco*, señala que algunos avaros *"se distinguen por el exceso en recibir a manos llenas y tomar todo lo que pueden [...] Toman donde no deberían tomar, y más de lo que deberían tomar. El ávido deseo del más vergonzoso lucro parece ser el vicio común a todos estos corazones degradados; no hay infamia que no cometan con tal que saquen de ella algún fruto, que es siempre bien miserable [...]"*. (9)

Tanto para Platón como para Aristóteles el dinero es estéril; no puede tener otro valor que el nominal, por lo que no puede jugar ningún papel productivo en la actividad económica. (10)

Si bien Roma desarrolló la economía más sofisticada de cualquier civilización hasta el momento y construyó un imperio organizado en torno al dinero, la ganancia económica y las formas de obtenerla fueron también temas que preocuparon a varios de los más destacados pensadores romanos (Catón el Viejo, Cicerón o Séneca), que condenaron el lucro excesivo y la usura. (11)

## II. El resurgimiento del comercio y la aparición del *ius mercatorum*

Como nos recuerda el Maestro Ascarelli (12), los primeros siglos luego de la caída del Imperio Romano de Occidente se caracterizaron por una

(5) 1 Timoteo 6:10.

(6) Ver Raymond de ROOVER, "The Rise and Decline of the Medici Bank", 1397-1494, Beard Books, 1999, p. 10, donde se sostiene que no es posible entender la banca medieval sin considerar la doctrina de la Iglesia en materia de usura.

(7) JENOFONTE, Económico, versión en inglés disponible en <http://www.gutenberg.org/files/1173/1173-h/1173-h.htm>.

(8) PLATÓN, Leyes, Libro V, en Obras de Platón, trad. Patricio de Azcárate, t. 7, Madrid, 1872, p. 232.

(9) ARISTÓTELES, "Ética a Nicómaco", Libro IV, en Obras de Aristóteles, trad. Patricio de Azcárate, t. 1, Madrid, 1873, p. 95.

(10) Yaron BROOK, The Morality of Moneylending: A Short History, en The Objective Standard, vol. 2, N° 3, 2007, p. 4.

(11) *Ibidem*.

(12) Tullio ASCARELLI, Corso di Diritto Commerciale, Milán, 1962, ps. 10 y 43.

economía agrícola que se desarrolló en paralelo al surgimiento del sistema feudal. Durante cerca de mil años, los dominios feudales funcionaron como centros de productividad, creando una de las mayores civilizaciones rurales de la historia. (13) En este período oscuro, el dinero desaparece casi completamente de Europa, y las escasas operaciones comerciales y de crédito se realizan en especie. (14) La cuestión del lucro pierde gran parte de la importancia proveniente del tráfico comercial.

El escenario económico comienza a revertirse con la aparición de la ciudad como ámbito de desarrollo del comercio y de una incipiente actividad económica y espíritu emprendedor. Esto se produce a través de dos clases de profesionales: los mercaderes y los artesanos que, a partir de la segunda mitad del siglo XII se unen en gremios y corporaciones. Junto a ellos surgen también las ferias y los mercados, espacios dedicados al comercio tanto local como internacional de productos. (15)

Surge en este entorno la figura del comerciante, que fuera luego el centro de la legislación comercial decimonónica. El comerciante se define por la realización profesional de actividades lucrativas. Su acto típico es la compra con ánimo de revender, de donde el ánimo de lucro forma parte de la definición propia de su profesión.

Tras un letargo de siglos, el uso del dinero adquiere nuevos bríos durante la era de las Cruzadas, a través del financiamiento de las grandes expediciones militares de la época y de las nuevas rutas comerciales abiertas entre Oriente y Occidente. (16) Despiertan también el transporte marítimo y la actividad comercial y financiera. (17)

En este particular contexto nace el *ius mercatorum*, como un derecho creado directamente por la clase mercantil. (18) Tiene como fuentes los estatutos de las corporaciones mercantiles, la costumbre mercantil y la jurisprudencia de los tribunales comerciales. (19) Marcando una ruptura

---

(13) Jack WEATHERFORD, *The History of Money*, Three Rivers Press, 1997, p. 62.

(14) BROOK, op. cit., p. 5; cf. Weatherford, quien habla de un énfasis en la autosuficiencia, el servicio hereditario y el pago en especie (WEATHERFORD, *ibídem*), y (con matices) Jacques LE GOFF, "La civilización del Occidente medieval", trad. esp., Paidós, 1999, ps. 222-224.

(15) Manuel BROSETA PONT, "La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil", Editorial Tecnos, Madrid, 1965, p. 25; LE GOFF, op. cit., p. 265.

(16) WEATHERFORD, op. cit., p. 63.

(17) BROSETA PONT, op. cit., ps. 25-26.

(18) Francesco GALGANO, "Historia del Derecho Mercantil", trad. Joaquín Bisbal, Editorial Laia, Barcelona, 1987, p. 47.

(19) GALGANO, op. cit., p. 48.

con la economía de subsistencia prevalente en la Alta Edad Media, este nuevo derecho emergente del despertar del comercio se inspira, como dice Galgano, “*en una concepción de la riqueza no dirigida al consumo, ni a la inmediata satisfacción de necesidades, sino a la creación de nueva riqueza*.” (20)

En este período resulta importante la postura de la Iglesia, que protege al comerciante y le ayuda a vencer el prejuicio que contra él tenía la clase señorial ociosa. Se encarga de rehabilitar la actividad que lleva a la prosperidad económica, y del trabajo-castigo descrito en el Génesis hace un valor de salvación. (21) Sin embargo, es categórica en la condena de la usura, actividad penalizada por varios concilios (Nicea, Letrán). El segundo concilio de Letrán prohibió la comunión y el entierro cristiano de los usureros. (22) Tomás de Aquino, en su *Summa Theologica*, condena la usura como un pecado contra la justicia (23) y Dante Alighieri incluye a los usureros en el séptimo círculo del Infierno. (24)

Sin embargo, esta condena de la usura no fue obstáculo para el nacimiento de la actividad bancaria, que conoció como peculiar antecedente la actuación de los Caballeros del Temple —protectores del tráfico con Tierra Santa—, que, hasta su caída durante el reinado de Felipe IV, fungieron como agentes financieros del papado y de la monarquía francesa. (25) La actividad se extendió luego a otros mercaderes en las ciudades-Estado de Pisa, Florencia, Venecia, Verona y Génova, con la aparición de banqueros privados (los Peruzzi, los Bardi, los Acciaiuoli y, más tarde, los Medici). (26)

La preocupación por superar las prohibiciones eclesiásticas sobre la usura motivó además la aparición de diversos instrumentos del comercio, entre los que se destaca la letra de cambio, la cual podía incluir el interés en su monto y ser comercializada, permitiendo obtener ganancias especulativas que no eran formalmente intereses y eludían la condena a la usura. (27)

---

(20) GALGANO, op. cit., p. 52.

(21) LE GOFF, op. cit., p. 72.

(22) Ver Joseph BURKE, Money for Nothing: the Sin of Usury, Ave Maria University, Department of Economics, en <http://mysite.avemaria.edu/jburke/working-papers/wp0801-burke-usury.pdf>; p. 3.

(23) Tomás de AQUINO, “Summa Theologica”, Parte II - II, cuestión 78.

(24) Dante ALIGHIERI, “Divina Comedia”, El Infierno, Canto XVII.

(25) WEATHERFORD, op. cit., ps. 64-65.

(26) WEATHERFORD, op. cit., ps. 72-73.

(27) DE ROOVER, op. cit., p. 11; WEATHERFORD, op. cit., ps. 73-74.



### III. Del Renacimiento al Barroco: el surgimiento de las sociedades de capital

Si bien el Renacimiento se identifica generalmente por el espectacular auge alcanzado por las artes (pintura, escultura, música y literatura), desde el punto de vista económico, el hecho definitorio más importante de esta época fue el descubrimiento de América. (28) Sus minas proveyeron 70% del oro y 85% de la plata del mundo entre los años 1500 y 1800. (29) Como le escribiera Vasco Núñez de Balboa a Fernando el Católico en 1513, refiriéndose al virreinato de Nueva Granada, había “ríos de oro” en el nuevo continente. (30)

La inflación creada por el metal precioso venido de las colonias de ultramar y el aumento de la cantidad de dinero en circulación, producto de la intermediación bancaria, generó un estado de euforia económica, permitiendo a los europeos el acceso a una gama de productos suntuarios de tal naturaleza que una generación antes apenas se habrían podido soñar. (31) Tras la llegada de las riquezas de América, el mundo no volvería a ser el mismo. (32)

El siglo XVI introdujo además radicales alteraciones en la homogeneidad del pensamiento religioso europeo, provenientes de la Reforma Protestante, iniciada por Martín Lutero y continuada por Juan Calvino. Mientras Lutero encontraba muy desagradable el incipiente espíritu protocapitalista de su tiempo (33), se oponía al afán de lucro desmedido y cuestionaba el amor exagerado por los productos suntuarios (34), Calvino adoptó una tesis más contemporizadora. En su *De Usuris Responsum* cuestionó profundamente la visión aristotélico-tomista de la esterilidad del dinero, reivindicando la legitimidad de la obtención de ganancias, las cuales no derivan del dinero, sino de su uso o empleo. (35)

---

(28) WEATHERFORD, op. cit., p. 93 y sgs. Ver también, con carácter general, Hugh THOMAS, “Rivers of Gold: The Rise of the Spanish Empire, from Columbus to Magellan”, Random House, Nueva York, 2003.

(29) WEATHERFORD, op. cit., p. 99.

(30) THOMAS, op. cit., p. XIX.

(31) THOMAS, op. cit., p. 536.

(32) WEATHERFORD, op. cit., p. 108.

(33) Carter LINDBERGH, “Luther on the Use of Money”, en Christian History Institute, <https://www.christianhistoryinstitute.org/magazine/article/luther-on-the-use-of-money/>.

(34) Martín LUTERO, “Sobre el comercio y la usura”, trad. W. H. Carruth (1897), en <http://opensiuc.lib.siu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5018&context=ocj>.

(35) Citado en CALVIN ELLIOTT, Usury, “A Scriptural, Ethical and Economic View”, en <http://www.readcentral.com/chapters/Calvin-Elliott/Usury-A-Scriptural-Ethical-and-Economic-View/012>.

Más allá de las visiones personales de sus iniciadores, la Reforma Protestante introdujo en el pensamiento europeo un aspecto que sería determinante para la consideración del lucro en los siglos venideros. Este elemento consistió en una nueva conceptualización del trabajo como signo de gracia divina, con énfasis en la austeridad, el esfuerzo y la disciplina. La teoría de la “ética protestante” recibió su formulación más famosa en el ensayo homónimo de Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), donde plantea la importancia de la religión en el surgimiento del mundo capitalista. (36)

La convicción de los cismáticos de que era posible servir a Dios en todas las áreas de la existencia humana, así como su comprensión de la naturaleza productiva tanto del trabajo como del capital (37) legitimó y creó un entorno propicio para una serie de emprendimientos que, en definitiva, fueron los creadores de instituciones emblemáticas del ámbito comercial.

El ejemplo más elocuente e interesante de estas instituciones es la sociedad de capital, que encontró en la ética protestante una validación de su fin último, y en las riquezas ingentes del continente americano un objetivo al que orientar sus esfuerzos.

Las primeras grandes empresas de la Era Moderna surgen a partir del siglo XVII y son las Compañías de Indias. Se trata de instituciones que preconizan y anticipan la forma jurídica que, con carácter general, adoptará el emprendimiento capitalista y que aparecen luego recogidas en las codificaciones decimonónicas bajo la forma de las sociedades anónimas o por acciones. (38)

En estas sociedades coloniales se recogen, por primera vez, los caracteres propios de la sociedad anónima: la limitación de responsabilidad de los socios y la división del capital en acciones. (39)

La limitación de responsabilidad aparece inicialmente como fenómeno excepcional, bajo la forma de un privilegio concedido por acto soberano a quienes van a explotar las riquezas de Oriente y del Nuevo Mundo. (40) En el acto fundacional de la Compañía de las Indias Orientales francesa —al igual

---

(36) *La ética protestante y el “espíritu” del capitalismo*, publicada en 1905, es la obra más importante de Max Weber y reúne una serie de ensayos publicados entre 1904 y 1905. La misma representa un estudio de la significación del modo de vida protestante para la cultura y en especial de cómo influyó en la constitución del espíritu capitalista.

(37) Alister MCGRATH, *Calvin and the Christian Calling, First Things*, Institute of Religion and Public Life, N° 94, 1999, ps. 31-35.

(38) GALGANO, op. cit., p. 75.

(39) GALGANO, op. cit., ps. 75-76.

(40) GALGANO, op. cit., p. 76.

que en el de la Compañía de las Indias Occidentales— se establece que “*los directores y los particulares interesados [accionistas] no podrán ser obligados, bajo ninguna causa ni pretexto, a proporcionar suma alguna superior a la que se obligaron en la constitución de la Compañía*”. (41)

La división del capital en acciones, por su parte, incorpora la calidad de socio a un título libremente transferible y de valor realizable con facilidad. La acción convierte a la participación societaria en un valor de cambio autónomo, una nueva y atractiva forma de riqueza mobiliaria. Es también el instrumento que permite encauzar hacia las empresas mercantiles y hacia el lucro que las mismas generan, los excedentes financieros de los particulares. (42)

El surgimiento de la sociedad anónima trae aparejado también el de los mercados de capitales y de inversiones, a través de la creación de las Bolsas de Ámsterdam y Brujas. (43) La efervescencia que se vivía en estos mercados es descrita vívidamente por José de la Vega, un próspero mercader de origen judío español radicado en Ámsterdam, cuyo libro *Confusión de confusiones*, publicado en 1688, explica el funcionamiento de la bolsa de esta ciudad a través de diálogos entre un mercader, un accionista y un filósofo. En la misma describe en forma muy gráfica el furor alcanzado en la sociedad de la época por la actividad especulativa. (44)

El interés del Estado en la sociedad de Indias estaba también íntimamente vinculado al de los inversores particulares, en tanto ambos se veían promovidos y satisfechos con el éxito de la empresa comercial.

A esto se sumó la adhesión de la Iglesia Reformada Neerlandesa, que apoyó a la Compañía de las Indias Occidentales con entusiasmo, considerándola una herramienta divina para destruir el catolicismo y difundir la religión reformada. (45) Muchos de los directores de la Compañía eran además miembros activos de la iglesia pública. (46)

En este esquema de profunda imbricación entre Estado, Iglesia y emprendimiento individual, el afán de lucro ya no parecía tan cercano a los fuegos

---

(41) GALGANO, op. cit., p. 77.

(42) GALGANO, op. cit., ps. 79-80.

(43) BROSETA PONT, op. cit., p. 37.

(44) José DE LA VEGA, *Confusión de confusiones, Diálogos curiosos entre un philosopho agudo, un mercader discreto y un accionista erudito*, Ámsterdam, 1688, Macanaz, Alicante, 2008.

(45) Danny L. NOORLANDER, *Serving God and Mammon: The Reformed Church and the Dutch West India Company in the Atlantic World, 1621-1674*, disertación en la Universidad de Georgetown, 2011, p. 21.

(46) *Ibidem*.

del infierno como en la visión medieval del Alighieri. La ética protestante que imperaba en esta sociedad legitimaba la ganancia en cabeza de estos prósperos ciudadanos. Los mercaderes, lejos de ser trapaceros y defraudadores, asumían la forma de respetables burgueses, líderes de la comunidad civil y religiosa, que cumplían, tanto en su rol de comerciantes como de padres de familia, una función ejemplificadora y modélica.

Los banqueros italianos habían logrado alejar de sí el estigma asociado desde los tiempos bíblicos a la ganancia económica desmedida. Ahora, los inversores holandeses de las Compañías de Indias llevaban el proceso un paso más allá, erigiéndose en pilares y prohombres de la comunidad.

#### **IV. El dividendo como arquetipo del lucro. La Revolución Industrial y el siglo XIX**

El fenómeno de las Compañías de Indias es contemporáneo con la expansión de las políticas absolutistas, que encuentran en el desarrollo del tráfico mercantil una de sus principales bases de apoyo. (47) Como decía el mercader francés Jacques Savary, autor del libro *El perfecto comerciante* e influencia decisiva en la Ordenanza sobre el Comercio de 1673 (“Código Savary”): *“Los reyes obtienen gran utilidad del comercio, tanto por los derechos que los comerciantes pagan a ellos cuando entran en sus reinos o salen, como por ser los banqueros y los comerciantes quienes recogen todo el dinero, disponiendo de sumas inmensas que son necesarias a los reyes para sus grandes empresas”*. (48)

Ya no es la clase mercantil la que dirige el desarrollo económico, sino que lo hace la monarquía absoluta en aplicación de las doctrinas mercantilistas. El éxito del Estado está íntimamente asociado a la fortuna de la clase mercantil. (49)

Los siglos posteriores serán testigos de la consolidación del espíritu capitalista, el cual provocará una profunda transformación de las estructuras políticas y económicas imperantes. Esta transformación involucrará la consagración del principio de libertad de la actividad económica; la superación del intervencionismo; el libre acceso a la propiedad de los medios de producción; y el nacimiento de una concepción individualista de la riqueza. (50)

---

(47) GALGANO, op. cit., ps. 68-69.

(48) Jacques SAVARY, *Le parfait négociant*, París, 1675, p. 2, citado por Galgano, op. cit., p. 69.

(49) GALGANO, op. cit., p. 69.

(50) BROSETA PONT, op. cit., p. 44.

La extensión y sofisticación de la figura de la sociedad anónima generó una nueva forma de ganancia económica que se convertiría en el arquetipo del lucro en nuestra época: el dividendo.

El nuevo concepto involucra la obtención de ganancias derivadas de la actividad económica de una sociedad y su posterior distribución entre los accionistas. Un lucro derivado de la inversión de capital y la especulación a partir de la tenencia del mismo. Este nuevo concepto estuvo sometido a un proceso de evolución, con sucesivos avances y retrocesos (51).

Las incipientes empresas de Indias funcionaban por la vía de obtener capital para cada emprendimiento en particular. La política de dividendos seguía un patrón muy básico y de dudosa eficiencia: al final de cada viaje se liquidaban masivamente los activos y los inversores recibían dividendos en proporción a su participación en el capital. (52)

Este escenario pronto cambiaría. En Holanda y en Inglaterra la distribución periódica de generosos dividendos se transformó en un aliciente para la obtención de dinero de los particulares. En 1602, la Compañía holandesa de las Indias Orientales fue la primera sociedad anónima organizada en forma permanente, pagando inicialmente el 75% de sus ganancias en forma de dividendos. (53)

En Inglaterra, por su parte, el número de sociedades emisoras de acciones aumentó significativamente hacia fines del siglo XVII. También aumentó el valor de las acciones, lo cual produjo una elevada volatilidad de las mismas. El pago o la promesa de un dividendo se transformaron en un factor de valorización de las acciones emitidas y de la demanda por nuevas emisiones. Este proceso expansivo fue detenido por la grave crisis sufrida por la Compañía de los Mares del Sur, motivada fundamentalmente por su equivocada política de pago de elevados dividendos, y que motivó la aprobación de la *Bubble Act* (1720), auténtico freno para la expansión societaria inglesa. (54)

---

(51) Ver Cesare VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, *Le società commerciali*, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1912; Guido ROSSI, *Utile di bilancio, riserve e dividendo*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1957; Joaquín GARRIGUES, "Nuevos hechos, nuevo Derecho de las Sociedades Anónimas", en *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 57 y ss.

(52) H. Kent BAKER, *Dividends and Dividend Policy*, John Wiley & Sons, 2009.

(53) *Ibidem*.

(54) *Ibidem*. Para la caída de la Compañía de los Mares del Sur vé., con carácter general, Malcolm Balen, *The Secret History of the South Sea Bubble: The World's First Great Financial Scandal*, Harper, 2003.

La caída de la Compañía de los Mares del Sur fue una severa admonición contra la obsesión por la compra de acciones, la creación de sociedades inviables y la especulación en general. Sin embargo, la sociedad de capital se había instalado definitivamente como herramienta económica fundamental de los nuevos tiempos, y en ese lugar habría de permanecer hasta nuestra época.

El gran desarrollo de esta nueva forma de masificación del acceso al lucro comercial que representaba la sociedad anónima tuvo su consolidación y desarrollo a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, con el punto de inflexión que significó la llamada “revolución industrial”. De la misma se ha dicho que implicó el mayor conjunto de transformaciones económicas, tecnológicas y sociales de la historia de la humanidad desde el Neolítico, y que vio el paso de una economía rural basada fundamentalmente en la agricultura y el comercio a una economía de carácter urbano, industrializada y mecanizada (55).

Las compañías industriales y ferroviarias florecieron en Gran Bretaña y los Estados Unidos a comienzos del siglo XIX, y muchas sociedades anónimas vinculadas a estos rubros ofrecían en sus estatutos generosos dividendos como forma de atraer inversores. La legislación buscó acompañar la nueva realidad, definiendo el concepto de dividendo y las condiciones bajo las cuales una sociedad podía o no pagarlos. (56)

En 1825, la legislatura de Nueva York aprobó una ley estableciendo que las sociedades anónimas sólo podían pagar dividendos extraídos de las ganancias. Cinco años más tarde, Massachusetts adoptó una ley que prohibía a las empresas insolventes distribuir dividendos, o hacerlo en los casos en que dicha distribución tuviera por efecto volverlas insolventes. Otros Estados aprobaron normas similares. (57) El fenómeno de los *trusts* y la generalización de la inversión en acciones condujeron paulatinamente a una mayor sofisticación del derecho positivo que, hacia finales del siglo, comienza a exigir transparencia y un mayor nivel de revelación de información a las corporaciones. (58)

En los países del sistema de derecho civil, por su parte, el siglo XIX fue el de los movimientos codificadores. Estos cuerpos legales intentaron, desde los primeros años del siglo, regular el fenómeno societario y sentar sus bases

---

(55) Deidre MCCLOSKEY, “Review of The Cambridge Economic History of Modern Britain” (edited by Roderick Floud and Paul Johnson), Times Higher Education Supplement, 15 January 2004.

(56) Cf. BAKER, *ibídem*; ver también George Frankfurter, Bob G. Wood y James Wansley, *Dividend Policy: Theory and Practice*, Academic Press, 2003, p. 19.

(57) BAKER, *ibídem*.

(58) *Ibídem*.

esenciales. Así lo hizo, por ejemplo, el Código de Comercio francés de 1807, que constituyó el primer reconocimiento legislativo de la sociedad anónima en Francia y fue fuente principal de toda la codificación decimonónica europea y latinoamericana. (59)

La regulación del Código francés contenía una normativa *de minimis*, regulando los aspectos básicos de la realidad societaria y dedicando poca atención a su funcionamiento. En este sentido, la regulación de las anónimas no incluye mención alguna a los dividendos.

Sin perjuicio de esto, el Código constituyó un valioso avance en el reconocimiento y tratamiento legal de esta forma novedosa de generar ganancias, que se convertiría, como hemos dicho, en la estructura arquetípica del moderno sistema capitalista.

### **V. Siglos XX y XXI: del “capitalismo salvaje” a la responsabilidad social empresarial**

El siglo XX, con sus Guerras Mundiales y sus secuelas, dividió el mundo en bloques antagónicos, concentrando el fenómeno capitalista en el ámbito geopolítico influido y liderado por los Estados Unidos de América.

Si bien en este país la ética protestante tuvo también una incidencia significativa, el sistema de valores cuya veta podemos rastrear a lo largo de su historia se vincula también con el ideal cultural del *self-made man* u hombre que se ha hecho a sí mismo. Esta idea es un arquetipo esencial en la historia cultural de los Estados Unidos.

El concepto es identificable en el imaginario estadounidense ya a mediados del siglo XIX, a través de las palabras del liberto y abolicionista Frederick Douglass, quien en 1859 se refería a aquellos hombres “*que son lo que son sin la ayuda de ninguna de las condiciones favorables mediante las que otros hombres habitualmente progresan en el mundo y obtienen grandes resultados*”. (60)

Otros han querido ver los orígenes de este ícono cultural en la figura de Benjamin Franklin, uno de los tempranos “Founding Fathers” que en su autobiografía describe el camino transitado desde sus humildes orígenes como hijo de un fabricante de velas hasta convertirse en un exitoso hombre de negocios y baluarte de la sociedad de su tiempo. (61) Ejemplos más

---

(59) Jean ROCHAT, “The various uses of law: The société anonyme in France, 1807-1867”, Octava Conferencia de la Sociedad de Economía Histórica Europea, 2009, p. 1.

(60) Ver BRETT y Kate MCKAY, “Manvotional: Self-Made Men by Frederick Douglass”, The Art of Manliness RSS, 11 July 2009.

(61) Ver Benjamin FRANKLIN, “The Autobiography and other writings”, Signet Penguin Putnam, 2014.

recientes incluyen a John D. Rockefeller (que era hijo de un vendedor y trabajó como tenedor de libros) y Henry Ford (hijo de granjeros de Michigan), entre muchos otros.

En un entorno donde esta figura alcanza la talla de un mito, el lucro no será visto crítica ni desfavorablemente.

Esta aspiración o pauta sociocultural habrá de prevalecer incontestada durante muchos años, asociada a un sistema económico cada vez más complejo que, en su faceta más acendrada, ha merecido la denominación de “capitalismo salvaje”.

## **VI. Nacimiento de la teoría de la sociedad anónima. El concepto de interés social**

El final del siglo XIX y todo el siglo XX fueron testigos del nacimiento y consolidación de la teoría de la sociedad anónima, la cual —como nos recordaba Ripert— (62) representa uno de los aportes más notables realizados por la ciencia jurídica a la economía capitalista. Gran parte de los desarrollos económicos de los últimos dos siglos se han apoyado en sus excelentes cualidades estructurales y funcionales.

Esta “máquina maravillosa” —como le gustaba denominarla al prestigioso jurista francés— (63) permite crear una estructura organizativa que ha demostrado especial aptitud para el desarrollo de todo tipo de actividades económicas. Presenta una polivalencia funcional que permite adaptarla a empresas grandes, medianas y pequeñas; estatales y privadas; a empresas que acceden al mercado a través de la oferta pública de sus acciones y a empresas que recurren a otras fuentes de financiamiento.

Ha permitido además adaptarla a actividades realizadas con o sin finalidad de lucro. La excelencia de la sociedad anónima como estructura organizativa ha permitido quebrar el paradigma histórico de su finalidad lucrativa. La sociedad anónima, herramienta fundamental para el desarrollo del capitalismo moderno, se transforma, en ocasiones, en un vehículo adecuado para el desarrollo de actividades no lucrativas. Esto ha llevado a gran parte de la doctrina a desplazar el elemento esencial de las anónimas del fin lucrativo a la comunidad de fin entre sus accionistas.

Abundan los ejemplos en este sentido, entre ellos las bolsas de valores y las sociedades de garantía recíproca, que claramente tienen una finalidad de servicio a sus integrantes. Las sociedades anónimas deportivas son

---

(62) George RIPERT, “Aspects juridiques du capitalisme moderne”, 2ª ed., París, 1951, p. 109.

(63) Op. cit., p. 113.



definidas por muchas legislaciones (Italia, Francia, España) como sociedades sin fines de lucro. La asimilación entre sociedad anónima y lucro ha dejado de ser una constante.

Sin embargo, el paso más importante de la teoría de las sociedades anónimas lo constituye su proceso de institucionalización.

Los orígenes de este proceso pueden situarse en los trabajos del jurista alemán Otto von Gierke, autor de la llamada “concepción realista” de la persona jurídica. Analizando el fenómeno asociativo a la luz de sus antecedentes históricos germánicos —como los gremios medievales— (64), argumentaba persuasivamente a favor de la personería jurídica de las sociedades, por constituir éstas entidades diferentes y diferenciables de sus integrantes. Las personas jurídicas así constituidas poseen un patrimonio, una voluntad y un objeto propios, que no necesariamente coincide con el de sus miembros. Esta tesis “realista” se contrapuso con la de Savigny, que consideraba a la persona jurídica como una mera ficción legal. (65)

El siguiente paso en este proceso fue el reconocimiento de que la sociedad comercial —en cuanto persona jurídica— tenía un interés propio. Esta cuestión, planteada originariamente por Saleilles a comienzos del siglo pasado, se ha transformado en un concepto central del derecho societario. Como se ha dicho con acierto, en la definición del interés social la doctrina encuentra el problema fundamental de la sociedad por acciones (66).

Si bien alguna doctrina ha negado la existencia de un interés social, la mayoría de los autores la admite y percibe en la misma la válvula por la que se penetran las corrientes ideológicas en la estructura técnica de la sociedad anónima (67).

Estas corrientes contrapuestas se agrupan entre las que definen a la sociedad como un contrato (contractualistas) y las que lo hacen como una institución (institucionalistas). Los contractualistas ortodoxos identifican el interés social con el interés de los socios o accionistas expresado a través del voto. En el otro extremo, se encuentran quienes sostienen que la sociedad es un ente diferenciado respecto de los accionistas y que, además del interés de éstos, la sociedad debe contemplar otros intereses externos (*stakeholders*).

---

(64) Otto VON GIERKE, “Das Deutsche Genossenschaftrecht”, citado por Francesco Ferrara, Teoría de las personas jurídicas, trad. esp., Ed. Reus, Madrid, 1929, p. 185 y ss.

(65) Friedrich Karl VON SAVIGNY, “Sistema de derecho romano actual”, trad. esp., Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1978, t. II, ps. 57-60.

(66) Pier JAEGER, “L’interesse sociale”, Milano, 1964, p. 1.

(67) Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS, “El derecho de suscripción preferente del accionista”, Madrid, 1973, p. 338.

La doctrina (68) ha promovido soluciones intermedias que buscan objetivizar el concepto de interés de los accionistas, entendiendo que no se trata solamente del interés de los accionistas actuales, sino también del de los futuros y eventuales. En tal sentido, dan un paso más, entendiendo que el interés social es el fin común (objetivo), entendido como la maximización del valor de la empresa en beneficio de los accionistas (69). Si esta definición debe ser catalogada de contractualista o institucionalista no pasa de ser un tema semántico y, la mayoría de las veces, teórico. La misma atiende en todos los casos a tomar en cuenta el interés objetivo de la sociedad como ente jurídico diferenciado.

El punto central consiste en establecer una pauta para el actuar de los órganos sociales. Es decir, si en su actuación los mismos deben perseguir solamente el interés de los accionistas o deben igualmente buscar el interés de otros sujetos vinculados con la actuación de la empresa, procurando la conservación de ésta a largo plazo (70).

Habremos de dejar para oportunidad más propicia ingresar en la interesante polémica planteada entre contractualistas e institucionalistas, la cual se encuentra muchas veces impregnada por factores emocionales, históricos, ideológicos y políticos. A los efectos de nuestra presentación —concédasenos la licencia— habremos de considerar el interés social como aquél que se encuentra alineado con la creación de valor para la sociedad, maximizando la rentabilidad y los beneficios sociales, tanto para los accionistas (actuales, futuros y eventuales) como para los terceros (*stakeholders*).

La determinación del interés social no es patrimonio de ninguno de los órganos sociales. Tampoco es exclusivamente el interés común de los socios. Cuando éstos constituyen una sociedad comercial, crean —como lo reconoció Gierke hace más de un siglo— un ente diferenciado, con una actividad separada y propia en el mundo empresarial, frente a la cual los socios pasan a ser titulares de participaciones sociales, que les acuerdan beneficios económicos y derechos políticos. Una vez constituida, la sociedad entra en relaciones económicas no solamente con sus socios sino también con terceros, todos los cuales tienen el legítimo interés personal de hacer valer derechos de naturaleza económica frente a la sociedad.

---

(68) Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, RDM, N° 246, octubre-diciembre 2002, p. 1675 y ss.

(69) Esta es la posición sostenida por el Informe Olivencia. Ver también: Cándido Paz-Ares, “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, en AA.VV., Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Madrid, 2002, vol. II, ps. 1807-1808.

(70) Esta es la posición contenida en los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y en el Informe Aldama.

La asignación de derechos políticos a los socios, a través de su actuación en los órganos sociales, no emana necesariamente del derecho de dominio de dichos socios sobre la sociedad, sino de la circunstancia de que son éstos quienes tienen un interés personal mejor alineado con el interés social. Cuando la sociedad crea valor y genera incrementos patrimoniales, los socios ven satisfecho su interés personal de percibir los beneficios económicos derivados del incremento producido. En el caso de la sociedad *in bonis*, los socios son los mejor capacitados para tomar estas decisiones sociales. (71)

La defensa de este interés social alineado con la creación de valor para la sociedad ha determinado que se ponga muchas veces en crisis el derecho de los accionistas a la percepción de un dividendo. Es tradicional la cita del trabajo de Modigliani y Miller que, ya en la década de 1950 del siglo pasado, sustentaron la tesis de que la política de endeudamiento resulta indiferente en cuanto al valor de la empresa (72), como corolario de la cual sostienen la irrelevancia de la política de dividendos en la creación de valor, tanto para la sociedad como para sus accionistas.

Esta tesis —que ha tenido, a lo largo de los años, numerosos seguidores en el ámbito del análisis económico del derecho— parte de la idea de un mercado perfecto, profundo y transparente donde los accionistas tienen, en todo momento, la posibilidad de realizar el mayor valor de su participación accionaria a través de la negociación de la misma en un mercado formal. Este escenario dista mucho del que se plantea en estas latitudes, en las cuales el dividendo es la contrapartida económica necesaria del accionista por su participación en la sociedad y, como tal, condiciona el valor de la misma y su vocación de inversión.

Sin embargo, sin avanzar sobre este cuestionamiento al derecho al dividendo, es importante destacar que, en las últimas décadas, asistimos a una importante revisión del concepto de lucro social y, por efecto de éste, del lucro de los accionistas a través de la distribución de un dividendo.

## VII. ¿Crisis del capitalismo? La responsabilidad social empresarial

Desde mediados del siglo pasado se ha venido planteando, cada vez con mayor insistencia, la cuestión de la responsabilidad de las sociedades comerciales frente al medio social en su conjunto. (73) Los excesos de la economía capitalista de fines del siglo XIX y del propio siglo XX son los motivantes de

---

(71) Ronald H. COASE, "The Nature of the Firm", *Economica*, vol. 4, N° 16 (1937), p. 386.

(72) Franco MODIGLIANI y Merton MILLER, "The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment", *American Economic Review*, junio de 1958.

(73) Ver Adolf A. BERLE y Gardiner C. MEANS, "The modern corporation and private property", New Brunswick - London, Transaction Publishers, 2007, p. 113 y ss.

este movimiento pendular que sostiene que las sociedades comerciales, además de procurar crear valor para el accionista, deben proteger e integrar los intereses de otros sujetos que tienen relación directa con la actividad de la sociedad (74).

Se trata de un planteo que se extiende más allá de la necesidad de someterse a las regulaciones, cada vez más intensas, que disciplinan el funcionamiento empresarial, las cuales les imponen obligaciones en el ámbito laboral, sanitario, ambiental y en muchas otras áreas, en las que el Estado penetra la órbita de libertad de acción de los particulares, apelando a razones de interés general.

Este análisis parte de la aseveración de que la rentabilidad de la empresa depende no solamente del éxito de su actividad productiva, medida como la relación costo-precio, sino también del éxito de su inserción en la comunidad. Esto supone considerar la protección de intereses de otros terceros, como los empleados, proveedores, consumidores o clientes, y la sociedad toda. La preocupación de las empresas por buscar un mayor desarrollo institucional, a través de la potenciación de su rol social y comunitario, las ha movido a desarrollar políticas tendientes a mejorar la seguridad, salubridad e higiene en el trabajo, y de preservación del medio ambiente. También ha determinado el aumento de las acciones de servicio a la comunidad, a través de contribuciones voluntarias al mejoramiento del entorno social, económico y ambiental en el cual actúan.

Este planteo, que ha recibido la denominación de responsabilidad social empresarial y tiene como su más famoso expositor al pensador austríaco Peter Drucker, sustenta el desarrollo empresarial en una “*triple bottom line*”: crecimiento económico sostenible y ordenado que contemple la continuidad de la empresa; respeto al medio ambiente; y trato digno y humanitario a sus trabajadores. (75)

La fuerza imperativa de la adopción de políticas de responsabilidad social empresarial no surge de ninguna norma jurídica en concreto. Su fuerza vinculante procede de la íntima convicción social de que el incumplimiento de estos principios supone la infracción a una norma de cultura. Se trata de un imperativo social, de contenido ético, que impone a las empresas determinado comportamiento.

---

(74) Rosa María SATORRAS FIORETTI, “Responsabilidad social corporativa: la nueva “conciencia” de las empresas y entidades”, Bosch Editor, Barcelona, 2008, ps. 27-30.

(75) Peter DRUCKER, “La gerencia. Tareas, responsabilidades y prácticas”, trad. esp., El Ateneo, Buenos Aires, 2001.

La globalización de los mercados y el acceso a la información que caracteriza a la revolución tecnológica de nuestro tiempo determina que las empresas se encuentren permanentemente sometidas al escrutinio de sus proveedores, de sus clientes y de la sociedad toda. Esa sociedad reclama a las empresas un mayor compromiso con el entorno social, económico y ambiental. Por lo tanto, la competencia en el mercado trasciende a los meros parámetros de calidad y precio, para proyectarse a la imagen de la empresa y al juicio de la comunidad sobre la forma en que ésta cumple con sus responsabilidades sociales.

La descripción de este proceso pone nuevamente en entredicho la vigencia del concepto de lucro sobre el cual se apoyó el nacimiento y el desarrollo del mundo capitalista. La mayoría de las veces, las decisiones de mejorar la seguridad, salubridad e higiene en el trabajo, de preservar el medio ambiente o de realizar actos de liberalidad en beneficio de la comunidad no son necesariamente las más adecuadas para maximizar la rentabilidad empresarial.

A principios del siglo pasado, la Suprema Corte de Michigan, en el famoso juicio "Dodge v. Ford Motor Co.," expresó que Henry Ford debía administrar la compañía en interés de los accionistas más que de manera benéfica para trabajadores y clientes. No obstante, la jurisprudencia americana posterior flexibilizó este criterio, diciendo que las decisiones de los administradores no podían ser cuestionadas, a menos que éstas no tuvieran ningún punto de conexión racional con los intereses de los accionistas (76).

El vínculo entre responsabilidad social empresarial y lucro se vuelve muchas veces difuso. No obstante, todo parece demostrar que, en la cultura empresarial de nuestro tiempo, el atender a los intereses no sólo de los accionistas sino también de los empleados, proveedores, consumidores, medio ambiente y medio social se perfila como un requisito indispensable para mantener una adecuada relación empresa-comunidad y asegurar la sustentabilidad de la sociedad y de su flujo lucrativo a través del tiempo.

Desde hace décadas, la Harvard Business School ha venido proponiendo que la responsabilidad social empresarial constituye una estrategia esencial para un correcto y sostenible desarrollo de la empresa. Las sociedades pueden utilizar sus esfuerzos benefactores para la mejorar el contexto competitivo y la calidad del clima de negocios en que deben operar. Utilizar la filantropía para mejorar el contexto competitivo alinea los objetivos sociales y económicos y mejora, a largo plazo, las perspectivas de negocio (77).

---

(76) Ver Robert Charles CLARK, "Corporate Law", Little, Brown and Company, Boston-London, 1986, p. 602 y ss.

(77) Michael E. PORTER and Mark R. KRAMER, "The competitive advantage of corporate philanthropy", Harvard Business Review, diciembre 2002.

El contexto social parece transformar la responsabilidad social empresarial en una inversión rentable. Aparentemente, el capitalismo no está muerto.

### **VIII. Reflexión final**

Hace casi cuatro siglos, Giambattista Vico (78) sostenía que, a lo largo de la vida de la humanidad, existen ciclos históricos que muestran períodos de características similares. Sin describir estos ciclos como un círculo cerrado, prefería la imagen de un espiral, en el cual se van incorporando nuevos elementos.

Cabría reflexionar sobre si el actual cuestionamiento a la generación de un lucro ilimitado e irrestricto, y el imperativo impuesto socialmente a las empresas de atender también a otras necesidades sociales aparte del propio beneficio, no constituye una rediviva del cuestionamiento del lucro que inspiró el pensamiento bíblico y de los filósofos griegos.

Como decíamos al comienzo, la cuestión del lucro ha estado siempre presente en nuestra historia. Por milenios, el hombre se ha planteado los mismos cuestionamientos y ha realizado diferentes valoraciones.

No obstante, en este estadio de la evolución de la humanidad, mientras continúe existiendo la opción de una economía capitalista, el lucro habrá de continuar actuando como el motor de las decisiones de inversión y de negocios. Los incentivos derivados de los beneficios que producen las iniciativas personales han sido la causa del mayor avance de la civilización humana en toda su historia.

La supervivencia de este sistema habrá de depender de que este ánimo de lucro logre los razonables equilibrios con la protección de otros intereses comunitarios en juego, y con el necesario objetivo de la sustentabilidad en el tiempo de las estructuras empresariales y de sus consiguientes expectativas de lucro futuro. ◆

---

(78) Giambattista VICO, "Principi d'una scienza nuova intorno alla natura delle nazioni", Napoli, 1725.

# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JORGE HORACIO ALTERINI (\*)

Buenas noches. Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, autoridades presentes, señores académicos, magistrados y profesores, señoras y señores:

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, nunca abstraída de la comunidad que la nutre y la vivifica, pero siempre sin abdicar del especial énfasis en la creatividad de su vida interna, abre hoy todas sus puertas para compartir el beneplácito por la recepción del doctor Marcelo J. López Mesa como académico correspondiente en la provincia de Buenos Aires.

La propuesta del nuevo integrante fue realizada por el actual presidente de la Institución, Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, junto con los académicos Dres. Héctor Alegria, José W. Tobías y quien les habla.

Es sabido que esta Academia Nacional, como otras, producen las designaciones de quienes las componen en alguno de sus estamentos por cooptación o sea por decisión de los propios académicos. Pero esa facultad les genera una especial responsabilidad ante la comunidad, desde que ellas están muy lejos de ser meros clubes de amigos. Tampoco se cumplirían los objetivos si el procedimiento llevara simplemente a elegir entre los afines los mejores; es un deber inexcusable que siempre se procure elegir objetivamente a los mejores, aunque no sean ungidos los más afines a unos u otros de los académicos.

Para determinar si la propuesta y la concordante resolución final de la Academia se ajustaron a las exigencias del Estatuto es ilustrativo recordar sus disposiciones. El art. 10 establece que los miembros correspondientes deberán reunir los requisitos previstos en el art. 5, el que reza: "Son requisitos indispensables para ocupar un cargo en la Academia poseer el título de doctor en derecho, jurisprudencia o ciencias sociales y haber tenido actuación

---

(\*) Discurso de recepción del académico correspondiente por la provincia de Buenos Aires doctor Marcelo J. López Mesa, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 10 de noviembre de 2016.

destacada en la magistratura o en el foro o en la cátedra universitaria o como publicista del derecho y ciencias sociales”. Quiere decir que se impone el título universitario máximo y la “actuación destacada” en alguno de los escenarios jurídicos que se enuncian.

El recipiendario se graduó como abogado de la Universidad Nacional de La Plata en 1988 y en 1991 egresó como Especialista en Derecho Civil y la misma Casa de Estudios en 1998 le reconoció el rango de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y su tesis calificada Sobresaliente fue publicada bajo el título: “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales”.

En cuanto a los ámbitos del derecho en que desplegó su actividad, si bien sólo en alguno de ellos se requiere “actuación destacada”, la tuvo en todos.

En la magistratura se desempeñó desde el 2008 y hasta este año como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trelew, habiendo presidido dicho tribunal en el 2010.

Con anterioridad a su inserción en la Justicia en distintos períodos ejerció la profesión de abogado, ya en la Capital Federal, en la provincia de Buenos Aires o en Neuquén, pero sin duda un logro mayor desde el foro en la función pública lo alcanzó recientemente al ser nombrado Asesor General del Gobierno de la provincia de Buenos Aires. Allí seguramente no será ajeno a la inspiración de ilustres antecesores en dicha Asesoría que fueron actores relevantes en distintas etapas del nacimiento y consolidación de la identidad nacional; así Juan José Paso en 1815, Pedro José Agrelo en 1820, Manuel Vicente Maza en 1829, Roque Sáenz Peña en 1847, José Benjamín Gorostiaga en 1852, el Gran Codificador Dalmacio Vélez Sarsfield en 1854, Valentín Alsina en 1856 y 1860, Carlos Tejedor en 1862 e incluso dos recordados prestigiosos Miembros de Número de esta Academia: Juan Silva de la Riestra en 1932 y Rómulo Etcheverry Boneo en 1935.

Fue Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad Nacional de la Plata, de Derecho Civil I de la Universidad Nacional del Comahue, Profesor Titular de Derecho Civil II de la Universidad Católica de Salta, Titular de Derecho Civil en la Universidad de Palermo, Titular de Derecho Privado II en la Universidad Argentina de la Empresa y del Doctorado en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

Desplegó una valiosa labor en el Postgrado universitario, en la Universidad Nacional de La Plata, en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad Austral.



Es o ha sido Profesor visitante de las Universidades Washington University (EE.UU.), Université Sorbonne-Paris Cité y de Savoie (Francia), de Coimbra (Portugal), de La Coruña y Rey Juan Carlos (España), de Perugia (Italia), de Antioquia, EAFIT, Pontificia Bolivariana y Central (Colombia), Pontificia Universidad Católica (Perú) y Dom Bosco (Brasil).

Finalmente, el Estatuto entre los ámbitos de “actuación destacada” que exige para las designaciones académicas, alude a la condición de “publicista del derecho y ciencias sociales”.

Se trata de la producción doctrinaria, de las contribuciones a la investigación jurídica, en mi criterio decisivas para poder perfilar la figura de un académico.

En una comunicación sobre “La doctrina como fuente del Derecho” y su relación con ella de esta Academia concluí con las siguientes reflexiones: “La doctrina no es una fuente del Derecho vinculante, pero traza rumbos profundos si expresa ciencia y tiene autoridad. Al hablar de doctrina con autoridad, aparte de la consabida profundidad, destreza y fecundidad de los pensamientos, doy por supuesta su independencia de todo interés que haga objetable su imprescindible imparcialidad. También aquí la independencia de criterio es pilar de la credibilidad, ya que la llamada doctrina que no expresara un pensamiento libre, no sería más que una composición lingüística despreciable por traicionar la eticidad y también la confianza del lector desprevenido. Creo haber demostrado que la doctrina tiene una destacable relevancia como fuente del derecho y dado que la función primordial de la Academia es la de producir doctrina, se robustece mi persuasión acerca de que en su vida centenaria su contribución ha sido tanto prolífica como fecunda y de cuánto podrá seguir aportando para alcanzar una seguridad jurídica nutrida de genuina Justicia y vivida con auténtica Libertad” (1).

Es especialmente destacable la abundante y jerarquizada aportación que efectuara el beneficiario a la doctrina, traducida en una veintena de libros, entre los cuales no puede omitirse la mención del “Tratado de responsabilidad civil” en coautoría con el Académico de Número y auténtico Maestro del Derecho fallecido hace poco tiempo, el Dr. Félix Trigo Represas, desarrollado en siete tomos con 7700 páginas. Tampoco puede quedar en silencio su obra *Derecho de las obligaciones*, vertida en dos tomos con 2182 páginas y más allá del Derecho Civil su Dirección del “Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires Comentado y Anotado”, que consta de seis tomos.

---

(1) ALTERINI, Jorge H., “La doctrina como fuente del Derecho”, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 31/05/2012, 1; LA LEY, 2012-C, 1166, en apartado VII.

A la singular producción doctrinaria señalada se le suman más de un centenar de publicaciones en revistas especializadas.

Ha organizado, coordinado o dirigido una treintena de Jornadas Nacionales e Internacionales u otros simposios.

Las conferencias y disertaciones que pronunciara en el país y en el extranjero también exceden el centenar.

No menos significativos son otros de los antecedentes que lucen en el currículum del Dr. López Mesa. Entre ellos, debo señalar que ya en el 2004 se le confirió una investidura similar a la que motiva este acto pues desde entonces revista como académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y también que a partir del 2013 es académico no numerario de la Real Academia Gallega A Coruña.

Podría recrear variadas virtudes del Dr. López Mesa, pero me limitaré a una de sus facetas más acentuadas. Es un jurista indócil, independiente, reacio a la genuflexión. Coherente con ese perfil innegable se ha expresado en el cierre de un trabajo de fecha cercana en los términos que reproduciré. “Nunca hemos sido conformistas y siempre aplicamos esa aguda frase de Ronald Dworkin: ‘en este mundo no hay neutralidad posible: quien no está del lado de la solución, es porque está del lado del problema.’ Cada uno elige de qué lado está y la falta de posicionamiento en temas trascendentes ya constituye en sí misma una elección: los prescindentes suelen estar del lado del problema” (2).

Estoy convencido de que en ocasiones como ésta nuestra corporación parece reverdecer los objetivos, compromisos y entusiasmos que marcaron para todos los tiempos los platónicos de la Academia y los aristotélicos del Liceo. ◆

---

(2) LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La apreciación de la conducta de los profesionales según su capacidad y circunstancias y la *lex artis*”, LA LEY, 2016-D, 1147, en apartado V.

# LA APARIENCIA COMO FUENTE DE DERECHOS Y OBLIGACIONES. LA DOCTRINA DEL ACTO APARENTE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EN EL DERECHO ACTUAL

POR MARCELO J. LÓPEZ MESA (\*)

## I. Apariencia y realidad

Apariencia y realidad normalmente se corresponden; en ese caso la situación no tiene ninguna complejidad jurídica. El problema es que, en ocasiones y cada vez con mayor frecuencia, apariencia y realidad muestran rostros diametralmente opuestos, que generan todo género de complicaciones jurídicas (1).

Agudamente ha expresado el académico de número Julio Rivera que “Los derechos son abstracciones, pero su ejercicio se revela a través de actos materiales. Normalmente esos actos materiales responden a una realidad jurídica subyacente; así, la posesión de una cosa suele responder a la existencia de un derecho de dominio sobre ella; el ejercicio de la representación es consecuencia de la existencia de un mandato o de la posesión de una función representativa (gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, presidente del directorio de una sociedad anónima). Pero también existen situaciones en que los actos materiales no responden a un derecho subyacente, pero parecen traducir su existencia. Así, el poseedor puede no ser el propietario, sino un usurpador; el que ha sido declarado heredero porque no se conocía la existencia de un otro sujeto con mejor derecho; el mandatario que ha dejado de serlo por la muerte ignorada del mandante; el presidente de la sociedad anónima que ha sido removido pero sigue actuando como tal. En estos supuestos se plantea una disyuntiva para el derecho: ¿ha de prevalecer la verdad jurídica subyacente o por el contrario ha de recono-

---

(\*) Memoria escrita de la disertación del autor pronunciada con motivo de su ingreso a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el día 10 de noviembre de 2016, como Académico correspondiente por la provincia de Buenos Aires.

(1) LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, t. I, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, Cap. 2.

cerse efectos jurídicos a la apariencia creada por el... heredero aparente, el representante aparente?" (2).

Se ha enfatizado también que "*a priori*, la apariencia parece corresponder a una situación contraria a la realidad: jurídicamente, ella refleja el conflicto entre un hecho y el derecho. Es que, en nuestro sistema jurídico, el valor concedido al hecho es muy reducido y el triunfo real —la mayoría de las veces— de la apariencia, se produce so capa de la 'necesidad jurídica elemental' que es la seguridad" (3).

Pero, en ocasiones, el choque entre realidad y apariencia es tan violento y la apariencia tiene tales visos de realidad, que se torna moral y jurídicamente irritante el sacrificio de los derechos de quien confió justificadamente en una fachada verosímil.

Para tutelar tales casos se fue consolidando a lo largo del tiempo la doctrina de la apariencia; ella es hija del derecho contemporáneo, como que ha sido engendrada por la aceleración del tráfico jurídico, el apuro de la vida actual y la necesidad de agilización de los negocios.

Sobre los conceptos contrapuestos de apariencia y realidad cabe decir, en primer término, que ellos guardan un delicado equilibrio en el campo del derecho. Son dos polos de una dicotomía que solo ha sido tratada con parches por el derecho argentino, que no le ha dispensado un régimen jurídico coherente y armonioso (4).

Por caso, llama la atención que ya que se sancionó un Código Civil y Comercial enteramente nuevo, cometiendo un verdadero sacrilegio al enterrar completo el Código de Vélez, no se le haya dedicado a esta figura una norma específica en el Título Preliminar o, al menos, un segundo párrafo en el art. 9.

Ha precisado el maestro Falzea que "en los tiempos actuales, la exigencia de agilizar las diversas formas de circulación jurídica de los bienes, ocasionada por la expansión del comercio y del tráfico, así como por la intensificación del ritmo de las relaciones económicas, impuso el reforzamiento de la protección de los terceros y, en sentido contrario, la aminoración de la garantía de los

---

(2) RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil. Parte General", t. I, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 311.

(3) PAGNON, Christine, "L'apparence face à la réalité économique et sociale", Recueil Dalloz 1992, sec. Chroniques, p. 285.

(4) LÓPEZ MESA, Marcelo, "La apariencia como fuente de obligaciones", La Ley 2011-C, 739-752.

derechos y de las situaciones jurídicas pre constituidas. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, los ordenamientos jurídicos de los diversos países fueron creando, a través de sucesivas medidas legislativas, excepciones cada vez más extensas a las reglas tradicionales, en tanto la jurisprudencia fue ampliando el ámbito de aplicación de dichas reglas; asimismo la doctrina, comenzaba a recoger en esquicios de sistematizaciones generales esas nuevas tendencias... En esta corriente innovadora, Alemania fue a la vanguardia, por las tendencias teóricas más acentuadas de los pandectistas y, en especial, de los autores e intérpretes del BGB, lo que unido a las peculiares estructuras de las instituciones jurídicas germánicas, facilitaron la elaboración de conceptos y principios que, finalmente, fueron objeto de una coherente y sistemática formulación en la teoría de la apariencia y, con un mayor alcance, en la teoría de la confianza” (5).

## II. La doctrina de la apariencia jurídica

La doctrina de la apariencia jurídica es entre nosotros una figura borrosa, una construcción de aspecto sombrío, vista como entre brumas por los autores, maltratada por muchos jueces e ignorada por otros. Se la considera una elaboración excesivamente compleja y que no es de indispensable uso, por lo que suele desdeñársela, para ocupar en fruslerías el tiempo que llevaría entenderla correctamente.

Cuando uno se adentra en su estudio descubre que la institución tiene valores que no se aprecian a primera vista. Es más, en muchos repases doctrinales y aplicaciones jurisprudenciales que se ha hecho de ella campea la superficialidad.

Parece no ser solo un problema de la Argentina, ya que en México una prestigiosa autora ha escrito que “La apariencia, en general, es un fenómeno que ha sido casi ignorado en la doctrina jurídica mexicana, si bien, en la europea existen interesantes trabajos monográficos europeos relativos a este fenómeno por autores principalmente franceses, italianos y españoles” (6).

Buscamos aquí construir algo intermedio entre la aridez y la superficialidad; de tal modo, además de analizar con detalle el tema, se suministran ejemplos y precisiones que permitan no solo comprender conceptualmente la doctrina, sino luego ver cómo y a qué supuestos puede resultar de aplicación y cuáles son sus recaudos.

---

(5) FALZEA, Angelo, voz “Apparenza”, en “Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica”, t. II, Dogmatica giuridica, Edit. Giuffrè, Milano, 1997, pp. 809-810.

(6) CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, “Teoría Integral de la apariencia jurídica”, Edit. Porrúa, México, 2006, pp. 3 y ss.

A tratar de desentrañar tales tópicos y problemáticas van dirigidas los párrafos que siguen.

### **III. Indagaciones esenciales sobre la apariencia**

Comenzaremos por preguntarnos ¿qué es la apariencia jurídica?

El maestro Falzea expone que la apariencia es un apareamiento: el apareamiento de lo irreal como real (7). Sin desmerecer la formulación creemos que, en especial la terminología, no termina de entenderse del todo en el idioma castellano.

Por nuestra parte pensamos que la doctrina de la apariencia asigna efectos a una especie de fantasma, a una aparición fantasmagórica de algo que no tiene consistencia o carnadura real.

Trazando un paralelo con la teoría de la inexistencia, donde hemos dicho que el acto inexistente es como una estatua de hielo, cuya inconsistencia desnuda los rayos de la luz o del sol, el anverso de esa doctrina es la apariencia.

En la inexistencia, constatada la falta de un requisito esencial, el acto se deshace y jurídicamente queda privado de todo efecto; en la apariencia, constatada la razonabilidad de la visión o apariencia, se le asignan efectos.

Y en ambos casos hay un descalce manifiesto entre el ser y el parecer, solo que con efectos radicalmente diversos.

Para utilizar un grafismo, las doctrinas del acto inexistente y del acto aparente son como las dos caras de una moneda: nunca puede verse a ambas a la vez, justamente porque se excluyen mutuamente.

La contemplación o puesta en juego de una excluye automáticamente a la otra. Incluso existen ejemplos legales o normativos de esta exclusión: los arts. 1051 del Código de Vélez Sársfield, que fue el Código Civil argentino desde el 1 de enero de 1871 hasta el 1 de agosto de 2015 y el art. 392 del nuevo Código Civil y Comercial *in fine*.

Ambas normas vedan o cierran el paso a la protección de los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso de inmuebles, cuando la transmisión ha sido hecha sin la intervención del *verus domino*, es decir, cuando configura un supuesto de falta de autoría, o en suma, un acto inexistente.

---

(7) FALZEA, A., voz "Apparenza", cit., p. 812.

Recapitulando, si la protección del subadquirente lo amparaba contra actos nulos y anulables en el art. 1051 C. Vélez y lo cobija contra actos nulos en el art. 392 CCC (la categoría de actos anulables desafortunadamente ha sido excluida de este nuevo ordenamiento), y allí termina la protección, fuerza es concluir que la constatación de un supuesto de inexistencia, cierra el paso a la aplicación de la doctrina de la apariencia.

Inevitable conclusión es la de que una y otra se excluyen mutuamente; por ello no participamos de la idea de que la apariencia pueda aplicarse a las enajenaciones a non domino.

Sentado ello, diremos que la doctrina de la apariencia toma en cuenta una situación compleja, no enteramente objetiva, pero sí con un importante margen de objetividad que está dado, por ejemplo, por la razonabilidad de la creencia de negociar con un representante, sin que haya representación expresa del dueño (art. 367 CCC).

Es una doctrina cuyo núcleo es mixto, ni enteramente subjetivo ni del todo objetivo; ni la creencia gnoseológica solitaria de un desprevenido o excesivamente cándido que confía en quien no debió, ni la objetividad absoluta, que prescinde de todo matiz, tornándose excesiva.

Pero la apariencia es doblemente compleja: también lo es porque es un hecho transparente el que toma en cuenta, no un hecho opaco (8).

La apariencia es un fenómeno relacional, que pone en línea o enlaza dos situaciones distintas, una real y otra irreal o engañosa.

La “aparición fantasmagórica” trasluce o transparenta un hecho real; de la conjunción de ambos sale perjudicado un tercero.

La apariencia es como un prisma o una lente que permite ver algo que no estaba a la vista: un fenómeno o hecho que no era perceptible y que se volvió tal solo por conducto de la interposición de una apariencia.

Un ejemplo permite captar mejor lo que decimos: un empleado de un comercio abierto al público, que ejecuta actos de comercio con aparente normalidad allí, hace una importante venta de alambres y postes a un cliente, quien paga en efectivo y se le otorga un recibo con el membrete de la casa de comercio. Como no le llegan a su campo los efectos adquiridos, se presenta en el local comercial unos días después y reclama por la falta de entrega. El encargado le indica que han comprobado una deslealtad del empleado que le atendiera, al que han despedido, porque éste cobraba a algunos clientes y

---

(8) FALZEA, A., voz “Apparenza”, cit., p. 813.

se guardaba el dinero, entregando recibos apócrifos, aunque no distinguibles de los verdaderos y colocándoles el sello del negocio de pagado.

En este ejemplo, el desarrollo de una actividad comercial presuntamente normal es un hecho real, que crea la apariencia de una representación del empleado respecto de su patrón, donde no la hay. La apariencia la da el entorno, el empleo de facturas y sellos del comercio, la utilización de sus instalaciones, sin que nadie confronte al empleado, etc.

Esa apariencia amplifica la magnitud de sus facultades, permitiendo ver una representación donde no la había y facultades suficientes para el cobro donde no existían.

La presencia material o real de un cierto despliegue de actividad del empleado y del uso de signos y símbolos y lugares del establecimiento invocan o hacen ver una representación que no está presente materialmente, sino que es manifestada solo por una inferencia del sujeto pasivo de la situación, que cree ver lo que no existe, pero se le induce a aceptar como verdadero (9).

Puede así decirse que la apariencia es predicable respecto del segundo fenómeno o situación —la representación— y no del primero —la actividad comercial del empleado—; esta última es real pero no lo es la representación que induce a creer.

Dada la necesidad de agilizar el tráfico jurídico y a fin de evitar tediosas indagaciones, el art. 367 CCC, sobre la base de lo que ocurre normalmente en las casas de comercio, ha tipificado —o creado tres *fattispecies* o tipos— de apariencias presumidas.

En el centro de todo acto al que se aplica la apariencia existe un sujeto que realiza ciertos actos y que se encuentra en ciertas situaciones, siendo tales actos y situaciones las que originan o dan pábulo a las falsas inferencias. La figura de la apariencia permite relacionar dos hechos que sin ella permanecerían aislados: un extremo o fenómeno realmente existente que convoca, permite inferior o pone de manifiesto a otro hecho o fenómeno, que no existe o no está presente materialmente y que no es real (10).

Útil es hacer una disquisición de gran interés, llegado a este punto: *la apariencia no es una ficción*.

José Ignacio Cano Martínez de Velazco ha precisado que apariencia y ficción jurídicas son conceptos distintos; ello porque “1. La apariencia es

---

(9) Cám. Apels. Trelew, Sala B, 13/3/2008, “Ramos, Gustavo c. Autos del Sur SA s/ daños y perjuicios” (Expte. Nro. 22316 - año 2007), voto del Dr. Sergio R. Lucero, en sist. Eureka.

(10) FALZEA, A., voz “Apparenza”, cit., p. 814.



realidad, nunca la ficción, aunque es una realidad externa, necesariamente discrepante con la de fondo (p. ejemplo: acreedor o heredero que, en verdad, no son tales, pero lo son para el deudor. Tan es así, que el pago a aquéllos es válido). 2. La apariencia deriva directamente de una norma jurídica. La ficción deriva indirectamente, por la vía de una presunción *de iure*. 3. La apariencia equipara la institución, que falta o falla, con los efectos que tendría si existiese. La ficción sustituye no solo los efectos sino la estructura, que faltan, por otros y otra artificiales. Además, la ficción jurídica es siempre un fenómeno objetivo. La apariencia lo es mixto, puesto que necesita de unas circunstancias externas, que la hagan creíble a los terceros (aspecto objetivo), y además que éstos se la crean (buena fe; aspecto subjetivo). La ficción se refiere a las partes de una relación o cuasi relación jurídica; la apariencia además a los terceros” (11).

Hechas estas precisiones avanzaremos diciendo que la doctrina de la apariencia es una de las principales derivaciones obligacionales del principio cardinal de la buena fe, así como es una de las herramientas “de la equidad en el derecho viviente” (12).

El principio general de la buena fe, receptado en el nuevo Código Civil y Comercial en su art. 9, constituye el anclaje normativo fundamental de esta doctrina. La omisión del legislador que dictó la ley 26.994 de consagrar una norma general expresa dedicada a ella en el Título preliminar y la asistemática de irse en casuismos puede ser remontada por vía interpretativa, a condición de que jueces u operadores jurídicos diestros empuñen el instrumento.

También la seguridad jurídica se vincula estrechamente con la doctrina de la protección a la apariencia jurídica. Bien se ha dicho que esta mínima protección que ella asigna a ciertas situaciones se explica por el simple hecho de resultar indispensable “que quienes operan en el tráfico jurídico tengan la tranquilidad que si ellos actúan motivados por la realidad concreta que se les presenta —y en la que se asienta su actuación— sin contravenir la ley o la buena fe objetiva, estén garantizados en que los efectos de tales actuaciones se van a respetar a ultranza y que en caso de conflicto con una actuación ajena posterior que les perjudica recibirán la adecuada protección”. ¿Cómo se materializa esta protección? Autorizando al tercero perjudicado a desconocer todo aquello que no les fue posible observar o conocer al momento de desplegar su conducta; para el tercero sólo existe y produce sus

---

(11) CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO, José Ignacio, “La exteriorización de los actos jurídicos: Su forma y la protección de su apariencia”, 1ª edición, Edit. Bosch S.A., Barcelona, 1990, pp. 50-51.

(12) CALVO, Roberto, “L’ equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità”, Giuffrè editore, Milano, 2010, pp. 39 y ss.

efectos la apariencia que motivó o justificó su actuación; todo lo demás les es inoponible” (13).

La doctrina de la apariencia jurídica fortalece y asigna fuertes efectos y consecuencias jurídicas al concepto de publicidad, en relación a las formas de adquisición de los bienes, protegiendo al adquirente, frente a maniobras que busquen perjudicarlo, siempre que no se llegue a los actos inexistentes, por ausencia de autoría, supuesto en el cual la protección se detiene (art. 392 CCC *in fine*).

Y en los negocios jurídicos se asigna gran importancia a través de ella a la exteriorización, a la simbología, al uso de espacios, marcas, formularios de no modo público y sin contradicción por quien pudiera oponerse válidamente a ello.

La idea es simple: cuando se está ante una situación jurídica determinada que aparenta existir, aunque realmente no existe, pero sí existen elementos de juicio que la tornaban verosímil y pudieron inducir a un error invencible o, al menos, excusable al sujeto perjudicado, el derecho no puede hacerse el distraído, sino que tiene que zanjar esta disputa dada por la circunstancia de un hecho o situación que aparenta ser pero no es, lo que pone en conflicto intereses humanos relevantes que la ley no puede ignorar y sí debe atender, armonizándolos o tomando partido por alguno.

Puede así decirse que la doctrina de la apariencia busca tutelar la seguridad dinámica de un tercero que actuó de buena fe confiando en lo que verosímilmente se le presentaba como cierto, anteponiéndola a la seguridad estática de quien alega una representación o un derecho que no tiene y del mandante o titular del derecho, que permite que tales apariencias se muestren en su establecimiento o ante su vista, sin hacer nada para evitarlo o acotar tal posibilidad.

Esencialmente tal doctrina es una construcción que intenta atemperar los efectos del principio de que nadie puede transferir a otro un derecho mejor ni más extenso que el que tenía (art. 399 CCC).

Pero debe trazarse una distinción, pues de otro modo cualquier desorientado podría invocar la protección de la ley ante situaciones inverosímiles.

El meridiano de la protección de estas situaciones pasa por constatar la presencia de dos elementos axiales en ellas: por un lado la verosimilitud y

---

(13) VIDAL OLIVARES, Álvaro R., “El efecto absoluto de los contratos”, en “Revista Chilena de Derecho Privado”, N° 6, p. 68.

razonabilidad de la situación aparente y, por otro, algún sedimento de reprochabilidad en la actuación del pseudo representado.

Por eso se ha puntualizado que la protección de la apariencia jurídica constituye una excepción a la teoría de los actos *ultra vires* del dependiente o encargado (14).

La protección de la confianza suscitada y la seguridad de los negocios exigen que quien contribuye con su actuación u omisiones a crear una determinada situación de hecho cuya apariencia resulte verosímil, debe cargar con las consecuencias dañosas causadas a terceros.

El principio de que quien permite que otro cree culposa o dolosamente una apariencia debe someterse a las consecuencias de ella frente a terceros, fundamenta varios dispositivos legales, especialmente en orden al ejercicio del mandato.

Por ello, si se evidencia un sedimento culposo en el actuar del representado, que no ha controlado debidamente al presunto representante, se justifica el sacrificio de su derecho en el altar de la apariencia. Cuando por culpa del mandante se ha creado una apariencia de mandato, como ocurre cuando el mandato se ha redactado en términos ambiguos o equívocos que han podido inducir en error al tercero, cuando ha permitido que el mandatario se extralimite reiteradamente en sus poderes, creando la impresión que son más extensos de lo que en verdad son, cuando le ha permitido actuar de tal manera que induce razonablemente a pensar que lo hace en su representación, resulta aplicable la teoría de la apariencia (15).

Pero, cuidado, la doctrina de la apariencia no es la goma de borrar a la que puede acudir para enmendar errores evidentes de juicio, negligencias imperdonables o malos negocios. Ella no elimina ni suprime los malos negocios del mundo de los contratos, ni permite a los vagos, a los gandules, a los torpes o a los negligentes, invocarla para zafar de las ataduras a las que su propia incuria los ha ligado (16).

La doctrina de la apariencia no es tampoco un cómodo expediente para hacer a un lado el principio rector de que nadie puede alegar su propia

---

(14) MARTÍNEZ GARCÍA DE LEÓN, Fernando, "Los actos *ultra vires* y la protección de la apariencia jurídica", coedición Edit. Porrúa - Escuela Libre de Derecho, México, 2007, p. 39.

(15) C. Civ. Neuquén, sala 1ª, 05/09/1995, "Sepulveda v. Guasti", Juba sum. Q0001221.

(16) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "De nuevo sobre la apariencia como fuente de obligaciones. (Con especial referencia al mandato aparente y sus efectos)", en elDial.com, clave DC181C.

torpeza, ni su propio dolo o sacar ventaja de un fraude del que ha sido parte (arts. 387, 335, 337, 340, 345, 365, 430, 760, 1009, 1048, inc. b; 1556 inc. b; 1581, 1628, 1629 y ctes. del nuevo Código Civil y Comercial).

Por ende, la doctrina de la apariencia exige —siempre— para ser aplicada la existencia de una creencia legítima en quien la esgrime sobre los poderes y facultades de aquél con quien se interactúa, lo que involucra implícitamente la necesidad de buena fe del tercero que actúa en base a ella e invocándola (17).

Esta doctrina ha sido agudamente conceptualizada en estos términos por el maestro Larroumet: “La teoría de la apariencia, según la cual sobre el fundamento de una creencia errónea, un tercero ha cumplido un acto con una persona que no tenía el derecho o el poder de cumplirlo, es tenida en consideración, en ciertas situaciones, para admitir la validez o la oponibilidad del acto así cumplido, mientras que según el derecho estricto este acto sería nulo o inoponible. Bien que no consagrada de una manera general por el Código Civil, la jurisprudencia se ha fundado sobre esta teoría para resolver, en favor de un tercero de buena fe, el conflicto de intereses que opone a aquél con la persona que dispondría normalmente del derecho de invocar la nulidad o la inoponibilidad del acto... Para proteger los intereses de un tercero, víctima de un error común e invencible, es decir, de un error que un hombre normalmente razonable no habría podido remontar, teniendo en cuenta las verificaciones y las investigaciones normales que acostumbra tomarse, se ha decidido que el acto cumplido por el propietario aparente ha sido válidamente celebrado” (18).

Ha expresado el Prof. Alain Bénabent que “como la del enriquecimiento sin causa, la teoría de la apariencia es una creación jurisprudencial, destinada a atemperar el rigor cegador de los principios. El principio puesto en cuestión es aquél según el cual no pueden transmitirse derechos que no se tienen. Es uno de esos casos en que un principio perfectamente lógico debe a veces ser descartado: cuando una persona que ha tomado todas las apariencias de titularidad de cierto derecho, de suerte que los terceros han tratado con ella sobre la base de tal apariencia, la seguridad jurídica exige que se los proteja. Por ejemplo un heredero aparente ha alquilado o vendido diversos bienes de la sucesión hasta que se descubre un testamento en favor de un tercero; en principio, el adquirente o el locatario no tienen un verdadero derecho porque han tratado con un co-contratante sin calidad: pero debe

---

(17) AMELI, François, “Droit civil. Les obligations”, Edit. Montchrestien, París, 1997, p. 123.

(18) LARROUMET, Christian, “Droit civil. Les obligations. Le contrat”, 6ª edic., Ed. Economica, París, 2007, primera parte, pp. 145/147, Nro. 174.

protegérselos cuando era legítimo fiarse de esa apariencia. Es el rol de la teoría de la apariencia” (19).

En similar línea se ha precisado que el principio *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* que, como regla general, significa que nadie puede transmitir válidamente la propiedad si no es el dueño de la cosa, debe ceder en ocasiones ante la teoría de la apariencia. En ciertos supuestos, “los terceros pueden intentar prevalerse de la máxima *error communis facit ius*; su co-contratante era el aparente verdadero propietario; él ha podido válidamente transmitirles la propiedad del bien” (20).

Otro caso en que la teoría de la apariencia funciona es en los casos de declaración de nulidad de un acto. “La retroactividad de la declaración de nulidad puede producir graves efectos sobre la situación de terceros, que pueden ser protegidos por los mismas reglas que en materia de nulidad” por efecto de la doctrina de la apariencia (21).

Bien han dicho dos prestigiosas autoras francesas que la aplicación del principio *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (resuelto el derecho del cedente, resuelto el derecho del adquirente) a casos de nulidad retroactiva de actos en que el allí adquirente había cedido derechos a terceros “implica una solución destinada a generar una gran inseguridad jurídica para los terceros que, a falta de conocimiento de la causa de nulidad que infectaba el contrato inicial, estaban en derecho de tomar por cierta la situación jurídica resultante de ese contrato. El deseo de seguridad explica que tanto la jurisprudencia como la ley descarten la retroactividad (en tales casos), permitiendo así mantener los derechos constituidos a los terceros, a condición de que ellos sean de buena fe. Los actos de administración o de conservación de la cosa, mobiliaria o inmobiliaria, que hayan sido objeto del contrato anulado, son así mantenidos en beneficio de un subcontratante de buena fe...” (22).

Otro supuesto en que se aplica la doctrina es en el caso del mandato aparente; en ausencia de toda culpa de su parte y ante una situación de representación aparente verosímil, quien ha cometido un error invencible o, al

---

(19) BÉNABENT, Alain, “Droit civil. Les obligations”, 11ª edición, Edit. Montchrestien, París, 2007, p. 353, Nro. 500.

(20) CABRILLAC, Rémy, “Droit des obligations”, 9ª edic., Edit. Dalloz, París, 2010, pp. 90/91, Nro. 109.

(21) CABRILLAC, “Droit des obligations”, cit., p. 153, Nro. 180; en igual sentido, FABRE-MAGNAN, Muriel, “Droit des obligations”, Edit. Thémis-PUF, t. 1, París, 2008, p. 443, Nro. 178.

(22) MALINVAUD, Philippe, “Droit des obligations”, 10ª edic., Edit. Litec - Lexis Nexis, París, 2007, p. 283, Nro. 396.

menos, un error común, puede invocar en su favor el adagio *error communis facit ius* (23).

Quien permitió que otra persona actuase de tal manera que razonablemente indujo a creer que lo hacía en su nombre, debe ser reputado como mandante frente a los terceros que sin culpa y de buena fe contrataron con el mandatario aparente (24).

En el mandato aparente el mandante está obligado frente al tercero de buena fe cuando aquello ha permitido que el mandatario se extralimite reiteradamente en sus poderes creando la impresión de que son más extensos de lo que en verdad son, o cuando no obstante no haber culpa del mandante, las circunstancias son tales que, aun mediando la mayor diligencia en el tercero, ha podido confiar en la existencia de poderes (25).

De acuerdo con las directivas del mandato aparente, queda comprometida la responsabilidad del otorgante si el tercero, actuando con diligencia, ha podido confiar en la existencia de poderes. Con frecuencia una persona obra en nombre de otra sin poderes suficientes y, sin embargo, las circunstancias que rodean su gestión hace razonable suponer que obra en ejercicio de un mandato. En el conflicto entre el interés de quien no dio poderes suficientes y el tercero de buena fe que creyó por razones serias que había mandato, la ley se inclina frecuentemente por éste, protegiendo de este modo la seguridad jurídica (26).

Otro territorio de la doctrina de la apariencia es el del pago al acreedor aparente. Bien se ha dicho que “el pago es válido cuando ha sido hecho no al verdadero acreedor, sino a quien se encontraba en posesión del crédito. Debemos entender por tal, no al detentador del título escrito que documenta la deuda, sino a aquel que pasa a los ojos del público como el acreedor: el acreedor aparente. Tal es el caso, particularmente, del heredero aparente, del acreedor original. La validez del pago está siempre subordinada a la buena fe del pagador...” (27).

En esta temática ha escrito un autor francés que “cuando las condiciones de la teoría de la apariencia están reunidas, el *solvens*, cuando el pago ha

---

(23) BUFFELAN-LANORE, Yvaine - LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, “Droit civil. Les obligations”, 12ª edic., Edit. Sirey, París, 2010, p. 51, Nro. 139.

(24) CNCom., sala D, 24/08/2000, “Pedrazzoli v. Meme S.A. y otros”, JA 2002-I-688.

(25) CNCiv., sala D, 03/12/1998, “Balaguer v. Diseños Puntanos”, JA 2002-II-síntesis.

(26) CNCiv., sala H, 28/12/1990, “Barracuda S.A. v. Chapin”, AP online.

(27) FLOUR, Jacques - AUBERT, Jean-Luc - SAVAUX, Éric, “Droit civil. Les obligations”, 3. Le Rapport d’Obligation “, 6ª edic., Edit. Dalloz-Sirey, París, 2009, pp. 88 y ss, Nro. 107.

sido reputado válido y liberatorio, no podrá ser inquirido por el verdadero acreedor. En revancha, aquél podrá volver contra el *accipiens* para obtener la restitución de su acreencia. Este recurso no puede fundarse sobre la repetición del pago indebido....” (28).

Ella es una de las varias concesiones que el derecho privado ha debido hacerle a la seguridad jurídica (29). Pero seguidamente cabe recordar que alguna doctrina de prestigio ha ubicado a la apariencia en el anaquel de los cuasicontratos (30).

Si bien por nuestra parte no sostenemos este criterio, los fundamentos que brindan los autores que la ubican en el casillero de los cuasicontratos, en especial el maestro Bénabent, no son descabellados sino bastante agudos.

#### IV. La apariencia en el derecho positivo argentino actual

Debe distinguirse nítidamente la doctrina de la apariencia, de cuño jurisprudencial y doctrinal, con las normas que el ordenamiento jurídico argentino contiene, para encauzar diversas situaciones en que ciertas apariencias merecen ser tuteladas, lo que podría denominarse gráficamente como “la apariencia *secundum legem*”. Analizaremos seguidamente la distinción.

Las normas que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para tutelar diversas situaciones de hecho aparentes, son diversas y varían según el ordenamiento del país que se analice.

Respecto de ellas ha dicho el prof. Suescún Melo que “es innegable que de vieja data el derecho ha tenido en cuenta diversas situaciones de hecho aparentes para darles un determinado tratamiento. En este supuesto lo que importa es el carácter evidente, ostensible, manifiesto y visible de una situación de hecho. Se trata de tomar en consideración la apariencia en su sentido material. En esta hipótesis la situación de hecho aparente puede producir consecuencias jurídicas por sí misma, o en virtud de ciertos signos o comportamientos exteriores que ponen de manifiesto la existencia de un derecho. Los autores suelen dar como ejemplos —de situaciones de hecho aparentes, que producen efectos jurídicos por sí mismas— diversas normas que le hacen producir consecuencias jurídicas directas e inmediatas a lo que

---

(28) FRANÇOIS, Jérôme, “Les obligations. Régimen général”, 2ª edic., Ed. Economica, París, 2011, Tomo 4, p. 16, Nro. 13.

(29) LÓPEZ MESA, Marcelo - ROGEL VIDE, Carlos, “La doctrina de los actos propios”, Edit. Reus - B. de F, Madrid-Montevideo, 2005, p. 73.

(30) BÉNABENT, Alain, “Droit civil. Les obligations”, cit., p. 354, Nro. 501; FAGES, Bertrand, “Droit des obligations”, Edit. L.G.D.J., París, 2007, p. 446, Nro. 612.

se ve, a lo que es perceptible, precisamente por tratarse de hechos aparentes u ostensibles” (31).

En el derecho argentino, a vuelo de pájaro, pueden mencionarse diversas normas que han receptado situaciones de apariencia; entre otras, las principales son las siguientes:

1) *Las normas sobre herencia aparente*: arts. 2312, 2314 y 2315 del nuevo Código Civil y Comercial.

2) *El régimen del pago al acreedor aparente* (art. 883 inc. e) CCC) o a quien está en posesión del crédito (art. 883 inc. d) CCC).

3) *El respeto de los derechos adquiridos por terceros de buena fe a título oneroso respecto de inmuebles o muebles registrables* (art. 392 CCC primer párrafo), excepto el caso de acto inexistente por falta de intervención del *verus domino* (art. 392 CCC *in fine*).

4) *Régimen de la representación aparente* (art. 367 CCC).

5) *Régimen de protección del consumidor* (varias normas de la ley 24.240, en especial los arts. 4 y 8 de ella y arts. 1067, 1068 CCC).

Son estas las principales situaciones aparentes que el Código Civil y Comercial argentino ha captado, pero existen otras que receptan legislativamente situaciones de derecho aparente.

Aclarando que el elenco que citamos es indicativo y no taxativo, continuaremos con el tema principal de este enfoque, la doctrina de la apariencia, como formulación jurisprudencial y doctrinaria, tema enteramente distinto al que plantean los ejemplos legales brindados.

Lo haremos dejando claro que en nuestro criterio la aplicación de la doctrina no se acota a los casos previstos legalmente en normas específicas, por cuanto como derivación del principio general de la buena fe que es, ostenta también categoría de principio, aunque debe ser aplicada prudencial y subsidiariamente, es decir, cuando no exista una norma específica que brinde la solución para el caso. Pero ello no es más que la aplicación puntual de la llamada “ley de Robinson”, que aplica invariablemente el derecho del *common law* y según la cual, entre diversas normas debe preferirse siempre la más específica para la situación dada, por sobre las más abiertas e indeterminadas.

---

(31) SUESCÚN MELO, Jorge, “Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”, 2ª edic., Legis, Bogotá, 2003, T. I, p. 92.



Julio Rivera se ha preguntado si la apariencia es un principio general o se aplica solamente a los casos previstos legalmente, expresando que “Las leyes contienen supuestos particulares en los que expresamente consagran soluciones que hacen prevalecer la apariencia sobre la realidad jurídica. Algunos casos están contemplados en casi todas las legislaciones (heredero aparente, pago al acreedor aparente, mandato aparente, etc.). Mas la cuestión fundamental radica en determinar si de esas normas puede hacerse una generalización, y obtenerse así una regla conforme la cual —bajo ciertas condiciones— merece protección el derecho adquirido en razón de una creencia errónea (de buena fe), fundada en una realidad visible. La doctrina, tanto nacional como extranjera, se encuentra muy dividida en el punto. Entre nosotros, Andorno sostiene la tesis negativa, lo mismo que Novillo Saravia, pero la opinión contraria ha encontrado respaldo en las Xas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil... De todos modos, quienes consideran que la apariencia puede ser elevada a la categoría de principio general, sostienen su aplicación subsidiaria, es decir, que los jueces podrán recurrir a ella cuando no exista una norma expresa que de la solución para el caso...” (32).

Claramente, esta última es nuestra postura. De otro modo, la apariencia sería una doctrina *secundum legem* y no un principio general, destinado a salvar situaciones aberrantes, que terminarían en un callejón sin salida con las herramientas corrientes. Obviamente que se requiere de un manejo criterioso de la herramienta y de la verificación de la concurrencia de sus presupuestos de empleo.

## V. Condiciones para su aplicación

La doctrina que analizamos resulta aplicable solamente en determinadas condiciones, no siendo un remedio homeopático que puede administrarse a cualquier supuesto (33).

Son requisitos de aplicación de la doctrina los siguientes:

a) *Un primer elemento objetivo*: la existencia de tres personas vinculadas en una situación jurídica (titular real del derecho, titular aparente y tercero contratante).

Estos tres sujetos se hallan trabados en un conflicto de intereses entre los dos extremos de la situación: el tercero contratante pretende un beneficio del contrato que firmara, mientras que el titular real entiende que no se encuentra ligado, porque no ha prestado su consentimiento. Cada uno puede invocar

---

(32) RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 2ª edic., pp. 312/313.

(33) LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2ª edic., Cap. 2.

a su favor la idea de seguridad; el titular real porque la idea de seguridad de los derechos implica que no puede ser despojado sin su acuerdo; el tercero contratante porque la seguridad de las transacciones implica que se puede válida y eficazmente contratar fiándose de una apariencia suficiente. Puede hablarse también de la oposición de dos formas de seguridad: la seguridad estática (que asegura la conservación de los derechos por el titular real) y la seguridad dinámica (que asegura la eficacia de las transacciones, animada de movimiento económico) (34).

Hablamos de una situación jurídica y no de una relación jurídica, porque dos sujetos están vinculados en tal relación (titular aparente y tercero contratante), pero el tercero (titular real o *verus domino*) se ha visto involucrado en una situación jurídica de la cual no ha sido propiamente parte.

“La dificultad que encuentra la jurisprudencia es la de asegurar un equilibrio entre los dos aspectos de la seguridad jurídica: debe someterse al juego de la teoría de la apariencia a condiciones que no sean ni muy estrictas (para proteger realmente al tercero contratante) ni muy laxas (para no sacrificar en exceso al titular real). Este equilibrio se traduce esencialmente por la exigencia de una apariencia suficientemente fuerte, que constituye el elemento objetivo al que viene a añadirse un elemento subjetivo, la buena fe del tercero contratante” (35).

*b) Un segundo elemento objetivo:* es una apariencia suficiente, idónea para confundir a un sujeto que no actúe de modo reprochable.

Para el análisis de la idoneidad de la apariencia deben observarse “las características exteriores que ofrecen notas objetivas de situaciones verdaderas, que llevan a una persona prudente y racional a sufrir un error excusable” (36).

Esa apariencia suele surgir de un engaño, una puesta en escena, una mascarada, aunque no es requisito ontológico que sea deliberadamente creada, bastando con que sea idónea para confundir.

En similar sentido Bustos Pueche coloca como requisito subjetivo para la aplicación de la doctrina un estado de engaño o falsedad de la situación primaria, al que se le adiciona un determinado estado fáctico donde se apoya (37).

---

(34) BÉNABENT, Alain, “Droit civil. Les obligations”, cit., p. 354, Nro. 502.

(35) BÉNABENT, “Droit civil. Les obligations”, cit., p. 354, Nro. 502.

(36) COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H., “Apariencia jurídica y actos ficticios”, en LA LEY 2013-D, 670 y ss.

(37) BUSTOS PUECHE, José Enrique, “La doctrina de la apariencia jurídica. (Una explicación unitaria de los artículos 34 de la L.H. y 464 del C.C. y otros supuestos de apariencia)”, Dykison, Madrid 1999, pp. 21 y ss.

En un fallo argentino se declaró, en esta línea, que la teoría de la apariencia supone una situación de hecho que por su notoriedad sea objetivamente idónea para inducir a engaño a los terceros acerca del estado real de aquella (38).

Se ha indicado que la apariencia debe tener la entidad suficiente para dar nacimiento y sustento a una “creencia legítima” del tercero contratante, especificándose que “la noción de *creencia legítima* implica una apreciación del comportamiento del tercero contratante: las circunstancias le dispensarán o no de tomar precauciones y recaudos suplementarios. Esta apreciación se hace por referencia al ciudadano normalmente diligente y prudente, como la de la culpa en materia de responsabilidad civil...” (39).

La apariencia invocada por el tercero debe haberle permitido formarse una creencia o conciencia errónea de que lo observado por él constituía la realidad efectiva y sin que un dejo de culpa o candidez asomara tras ella.

Según la doctrina o principio de la apariencia la existencia y alcance de un acto debe juzgarse sobre la base de su manifestación exterior o forma externa con la cual sus autores lo han hecho conocido, de modo que produzcan convicción respecto de su regularidad y realidad (40).

Para reconocer a la buena fe-creencia el valor de fuente del derecho es necesario un fundamento real y serio en la formación de la creencia (41).

Se requiere la existencia de una situación de hecho que, por su objetividad, sea absolutamente idónea para llevar a engaño a los terceros acerca del estado real de aquella (42).

El hecho generador de la apariencia debe ser inequívoco en cuanto a su significación. Ello, dado que si fuera dudoso su significado no podría servir de base a la aplicación de la idea. En similar senda dice Tobías que “en la determinación de la noción de apariencia... aquella no existirá sino cuando se presenta una situación de hecho con aptitud de significar un determinado fenómeno. No pueden dar lugar a una situación de apariencia aquellos

---

(38) CNCom., sala B, 27/12/2010, “Cepeda, Diego Mariano c. Argos Compañía Financiera de Seguros S.A. y otros”, RCyS 2011-V, 132.

(39) BÉNABENT, Alain, “Droit civil. Les obligations”, cit., p. 355, Nro. 503.

(40) CNCom., sala F, 16/07/2010, “Helmbold, Daniel Alberto c. Orbis Cía. Argentina de Seguros S.A. y otros s/ ordinario”, en Diegues, Jorge A., “Doctrina de la apariencia”, LA LEY rev. 06/03/2012, p. 6.

(41) CNCom., sala B, 28/9/95, “Occidente S.A. de Seguros v. Compañía de Seguros del Interior”, JA 1996-III-530.

(42) RODRÍGUEZ, Leonardo - HUME, Thomas, “La entrega de un cheque al acreedor “aparente” ¿libera al deudor?”, en JA 2006-IV-551.

hechos de una “estructura opaca”, en el sentido que no es dable atribuirles ningún significado fuera del de su propia existencia” (43).

c) *Un primer elemento subjetivo*: la existencia de buena fe en el tercero contratante.

La buena fe de ese tercero consiste en no haber conocido o podido conocer la verdadera situación, obrando con la debida diligencia (44).

Esta doctrina resulta aplicable solamente cuando el titular del negocio obra sin acierto, pero de buena fe, por un error excusable que tiene su causa en una situación objetiva, idónea para justificarlo (45).

La buena fe del tercero contratante puede definirse como la irreprochable convicción de estar obrando con arreglo a derecho.

Respecto de este requisito se ha puntualizado que “constituye “requisito” o condición esencial para la aplicación de la “doctrina de la apariencia” la buena fe del tercero, consistente en no haber conocido o podido conocer la verdadera situación obrando con diligencia, con “cuidado y previsión”..., que impone a los contratantes una actuación cuidadosa y prevenida y no despreocupada o ligera” (46).

El funcionamiento de la doctrina de la apariencia se sustenta en “...el valor de la buena fe-creencia como fuente de derecho, es necesario: por una parte, que haya un fundamento real y serio para la formación de tal creencia... De otro lado... la parte beneficiada, debe haber confiado ‘razonablemente’ y ‘normalmente’, observando la ‘diligencia’ del tráfico. Es decir, no podrá alegarse cuando el desconocimiento del verdadero estado de cosas proviene de una negligencia culpable” (47).

En otro fallo se indicó agudamente que una persona no está obligada a actuar más allá de las exigencias de buena fe y diligencias razonables, por lo que su creencia en la existencia de un aparente mandato a favor de quien

---

(43) TOBIÁS, José W., “Apariencia jurídica”, LA LEY, 1994D, 323.

(44) CNCom., sala B, 27/12/2010, “Cepeda, Diego Mariano c. Argos Compañía Financiera de Seguros S.A. y otros”, RCyS 2011-V, 132.

(45) GUILLÉN, Horacio, “Nulidad y apariencia”, en LA LEY 1984-A, 772; RODRÍGUEZ, Leonardo - HUME, Thomas, “La entrega de un cheque al acreedor “aparente” ¿libera al deudor?”, en JA 2006-IV-551.

(46) GAGLIARDO, Mariano, “La buena fe diligente en el tercero contratante como presupuesto para aplicar la apariencia prevista por el art. 58, ley 19.550”, en LA LEY 2002-D, 1206 y ss.

(47) CNCom., Sala B, 18/12/86, “Badell, Jacinto c. Compañía de Seguros Unión de Comerciantes SA”, en JA 1987-III-106, voto del doctor Morandi, al que adhirieron los Dres. Carvajal y Williams.

contrata con él, debe darse, para tener efectos, a pesar de su obrar razonablemente diligente, sin necesidad de tener que emplear investigaciones extraordinarias o tener conocimientos especializados para descubrirlo (48).

Quien esgrime en su defensa la buena fe, debe haber cumplimentado en su actuación los recaudos exigidos por la buena fe diligente a todos los agentes (49).

Es así que si no concurriera en el tercero que alega la apariencia el valor moral de la “buena fe diligente”, no procedería en supuesto alguno postergar el valor seguridad, que supone la no imputación al representado de actos extralimitados del representante legal (50).

Bien se ha expuesto que “en la apariencia, el error debe ser causado por una situación fáctica que tenga una entidad tal, capaz de hacer caer en error a cualquier sujeto medio de la comunidad” (51).

Y se ha dicho que “puede bastar el error individual (error legítimo), siempre que el sujeto haya actuado con la diligencia debida según los usos del tráfico” (52).

El verdadero recaudo o *conditio iuris* para que se aplique la doctrina de la apariencia radica en la buena fe engendrada por un error excusable, es decir, que no provenga de una negligencia culpable, lo que se evalúa a la luz de las pautas de apreciación de la culpa que establece el artículo 1725 CCC.

En tal supuesto no se justificaría proteger al tercero indolente o de mala fe, configurando la aplicación de la apariencia a este supuesto un verdadero despojo.

Por ello, en un caso se resolvió que no corresponde hacer extensiva la teoría de la apariencia, arbitrada en beneficio de aquellos terceros contratantes sorprendidos en su buena fe por quien tenía la convicción de que actuaba en representación de un tercero, a supuestos en que el acreedor contó o razonablemente pudo contar con los elementos necesarios para corroborar la representación invocada, pues ello llevaría a situaciones injustas y atentatorias

---

(48) CNCom., Sala A, 31/10/97, “Lizza, Francisco c. Unión Comerciantes Cía. de seguros”, LA LEY 1998-C, 971, J. Agrup., caso 12.793.

(49) LÓPEZ MESA, Marcelo - ROGEL VIDE, Carlos, “La doctrina de los actos propios”, cit, p. 79; en igual sentido, Cám. Apels. Trelew, Sala A, 30/9/09, *in re* “Pastor Neil, B. E. c. Ghigo, C.”, en La Ley online, voto Dr. López Mesa.

(50) GAGLIARDO, Mariano, La buena fe diligente en el tercero contratante como supuesto para aplicar la apariencia prevista por el art. 58, ley 19.550, en LA LEY 2002-D, 1206.

(51) GUILLÉN, Horacio, “Nulidad y apariencia”, en LA LEY 1984-A, 772.

(52) RIVERA, “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, cit., t. I, 2ª edic., p. 313.

contra el derecho de personas obligadas a responder cambiariamente por el accionar de aquellos a quienes no invistieron de la facultad pertinente (53).

Quien actúa de manera indolente creyendo inocentemente una mascarada jurídica, fácil de descubrir para quien obra diligentemente, no puede pretender protección del derecho; ello, simplemente, porque el derecho no protege a los torpes ni a los negligentes (54).

En un inteligente fallo argentino se dijo correctamente que: "...para que la "apariencia" de un derecho sea admitida con carácter decisivo, es necesario que ella sea razonable, de manera que los terceros de buena fe "la puedan considerar como correspondiendo a la realidad, y los actos realizados por el titular aparente pueden producir a su respecto todos los efectos normales, pero para ello es menester que se asiente en hechos reales y probados..." (55).

Por ejemplo, quien se ha dejado confundir por una apariencia inidónea, fácilmente descartable con sólo repasar el texto de la folletería recibida antes de contratar, no puede acusar a otros de haberlo confundido o engañado. Aceptar ello sería aceptar la prevalencia en derecho de la candidez, de la falta de diligencia, hasta de la torpeza (56).

Pero, la buena fe del actuar de quien pretende ampararse en la apariencia es un requisito necesario, aunque no suficiente por sí sólo, para la aplicación de la herramienta (57).

*d) Un segundo elemento subjetivo:* la reprochabilidad de la conducta del titular real del derecho adquirido por el tercero contratante (58).

---

(53) CNCom., Sala A, 31/5/00, "Zeneca S.A. c. Agroimpulso S.A. y otro", LA LEY 2000-E, 114 y DJ 2001-2-420.

(54) Cfr. STRATTA, Alicia Josefina, "Efectos jurídicos de la apariencia", ED, 116-941.

(55) Cám. CC, Laboral y Min. de General Pico, 28/11/03, "Massara, Gustavo C. c. Travel Time S.R.L. y otros", publicado en La Ley Patagonia, año 1, N° 6 (diciembre de 2004), pp. 647 y ss., voto del Dr. José Sixto Marrero.

(56) LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, "Tratado de la responsabilidad civil", 2ª edic., Cap. 2.

(57) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., La apariencia y la buena fe en la relación del agente comercial con un tercero, LA LEY, 1997E, 305; LÓPEZ MESA, Marcelo - ROGEL VIDE, Carlos, "La doctrina de los actos propios", cit, p. 79; en igual sentido, Cám. Apels. Trelew, Sala A, 30/9/09, *in re* "Pastor Neil, B. E. c. Ghigo, C.", en La Ley online, voto del Dr. Marcelo López Mesa.

(58) Alguna doctrina francesa sostiene que este requisito no resulta exigible, planteando que el origen de la apariencia es indiferente; pese a ello se ven precisados de reconocer que "es evidente que cuando puede comprobarse una negligencia del titular real cuyo comportamiento no ha sido totalmente ajeno a la creación de la apariencia, los tribunales protegen mucho más fácilmente la creencia legítima del tercero (cfr. BÉNABENT, Alain, "Droit civil. Les obligations", cit., p. 357, Nro. 504).

Otro requisito, muy trascendente a nuestro juicio, es el de que al verdadero titular del derecho ejercido por otro debe serle imputable una cierta inacción o desidia, pues de otro modo, si su proceder no fuera reprochable, carecería de base la aplicación de la apariencia, mutando ésta en un despojo irrazonable a quien no ha actuado indebidamente.

En un fallo se dijo en esta línea que “si se evidencia un sedimento culposo en el actuar del mandante, se justifica el sacrificio de su derecho en el altar de la apariencia” (59).

Y en otro, que “para reconocer valor a la buena fe-creencia como fuente de derechos es necesario que haya fundamento real y serio para la formación de tal creencia, debiéndose constatar el valor de los factores externos que provocaron la apariencia del derecho. Asimismo, aquel a cuyo cargo produce efectos la apariencia debe haberla originado de un modo que le sea imputable, y la parte beneficiada debe haber confiado razonable y normalmente, observando la diligencia del tráfico” (60).

Se declaró en otro precedente que “la responsabilidad del verdadero titular del derecho se fundamenta en una actitud culposa de su parte, razón por la cual la ley se inclina en favor de los terceros de buena fe. Así, la apariencia de un mandato puede surgir del hecho de que el eventual mandatario utilice para su gestión las oficinas del mandante, tenga acceso a sus documentos y utilice sus papeles, supuesto éste que debe incluirse en los casos de apariencia de mandato creada por culpa del mandatario” (61).

Estos cuatro requisitos deben concurrir necesariamente para que resulte aplicable la apariencia: si alguno de ellos faltara, esta doctrina no sería aplicable. De ello se deriva que sin excusabilidad del error o, lo que es lo mismo, sin correlación del mismo con una apariencia idónea para justificarlo no puede utilizarse esta herramienta, porque las dos coordenadas por las que ella transita son, por un lado, la creación de una apariencia idónea para confundir a un contratante atento y diligente y, en según término, la existencia de un error excusable en cabeza de éste. Si alguna de ambas condiciones falla, la doctrina resulta inaplicable al caso.

En el fondo, en el caso concreto donde se invoca la apariencia jurídica, el juez formula un juicio de valor, una especie de prognosis póstuma, a la manera de una evaluación causal, solo que no enteramente objetiva, sino

---

(59) Cám. CC Neuquén, Sala 1, 5/9/95, “Sepúlveda, Rubén Alejandro c. Guasti, Luz Marina”, en Juba, base Neuquén, sum Q0001221.

(60) CNCiv., Sala H, 22/11/93, “Eisner, Isidoro y otro c. La Panamericana Coop. de Seguros Ltda.”, LL 1994-D, 320.

(61) CNCiv., Sala H, 22/11/93, “Eisner c. La Panamericana”, LL 1994-D, 320.

mixta, es decir, no tomando en cuanto un operador o agente término medio sino una mixtura entre ese término medio y el concreto tercero que invoca la apariencia, con sus capacidades y habilidades concretas para corregir, hacia arriba o hacia abajo, el promedio.

En esa evaluación de conductas, el juez valora un complejo de elementos objetivos, que influyen sobre una creencia subjetiva. El entorno, la simbología, el lugar donde se produce el negocio, el empleo de sellos, formularios, el uso de instalaciones percuten sobre unos sentidos y una conciencia, formando una imagen en ella, haciéndole ver una representación o un derecho o una facultad de disponer, donde no la había.

Si los elementos exteriores descriptos eran idóneos para crear en la mente de quien invoca la apariencia una imagen vívida, creíble, razonable (art. 367 CCC) la apariencia se aplica y los derechos del perjudicado son restañados.

Si ello no ocurre, si ha habido un exceso de candidez, una confianza excesiva, lindante con la torpeza, esos déficit de su conducta no pueden imputarse a otro que no sea él y los sacrificados son sus derechos.

## VI. Función y efectos de la doctrina

Sobre su funcionamiento en el sistema de derecho privado se ha expresado con agudeza y buena pluma que “la apariencia se manifiesta a través de situaciones ostensibles de hecho y que aparecen evidentes, de las cuales emanan, a causa de su verosimilitud, la ilusión de una realidad cierta y jurídica. Es esa ilusión jurídica que el derecho consagra por medio de la teoría de la apariencia, declarando efectivos derechos que, respecto a las normas habituales, no lo serían” (62).

Calificada doctrina francesa ha puntualizado que la doctrina de la apariencia persigue una doble funcionalidad: por un lado, tutela la seguridad de las transacciones y, por otro, su rapidez (63).

Sobre el objetivo de la seguridad que ella persigue, se ha dicho que “por su naturaleza, el derecho civil reposa sobre la seguridad que induce la confianza en las relaciones jurídicas. Así, la prudencia del *bonus pater familias*, no puede llevar a verificar la capacidad de todos con los que se contrata sino solamente de aquellos cuya apariencia despierta las sospechas. Como no se puede estar permanentemente en guardia y, cuando la

---

(62) AMMAR, Daniel, “Pour une doctrine de l'apparence et de la théorie de l'apparence en droit maritime”, Recueil Dalloz 1999, sec. Jurisprudence, p. 729.

(63) PAGNON, Christine, “L'apparence face à la réalité économique et sociale”, Recueil Dalloz 1992, sec. Chroniques, p. 287.



búsqueda de la verdad se revela apremiante, hay motivo para invocar la teoría de la apariencia” (64).

En cuanto a la finalidad de rapidez, atinadamente se ha expuesto que, actualmente, los hechos y las exigencias de la vida de los negocios son tales, que sólo la rapidez permite la eficacia de las relaciones y de las transacciones. La mayoría de las veces, la rapidez puede ser afectada por la realización de comprobaciones pesadas y fastidiosas sobre el estado de los derechos y la calidad efectiva del co-contratante. La apariencia es entonces la marca explícita de lo que se admite por realidad. La estática deja entonces el sitio a la dinámica. Así, la teoría de la apariencia encuentra toda su utilidad y todos sus efectos sólo en las necesidades de la vida comercial. El ejemplo más convincente reside en la reglamentación de los efectos de comercio. El endoso gracias a una firma ata al signatario: la apariencia crea pues el derecho” (65).

En cuanto a los efectos concretos de la aplicación de la doctrina de la apariencia, ellos deben distinguirse en tres órbitas distintas:

*a) efectos entre las partes:* en algunos casos, cuando la doctrina es aplicable, la invalidez del acto queda saneada por la apariencia;

*b) efectos frente a terceros:* ella convalida la adquisición del derecho por el tercero de buena fe; y

*c) efectos frente al titular del derecho:* la pérdida o limitación de su derecho faculta a quien, de buena fe y con error excusable, confió en una apariencia idónea para confundirla a ejercitar las acciones resarcitorias que pudieren corresponder (66).

Recapitulando, el efecto de la aplicación de esta doctrina consiste en la protección de los derechos que el sujeto que ha actuado en razón de ella no habría podido adquirir por conducto del empleo de las normas jurídicas corrientes, es decir, por imperio del juego normal de las reglas jurídicas.

El derecho, tutelado tan especialmente, es oponible al verdadero titular del mismo, a condición de que el caso no degenera en un acto inexistente, por ausencia de autoría, pues en ese caso los efectos de la apariencia no abarcan dicha situación.

---

(64) PAGNON, “L'apparence face à la réalité économique et sociale”, cit., p. 287.

(65) PAGNON, “L'apparence face à la réalité économique et sociale”, p. 288.

(66) HIGHTON, Elena, “La teoría de la apariencia, el artículo 1051 del Código Civil y el justo título para la usucapión breve (Comentario a algunas conclusiones de las X Jornadas de Derecho Civil)”, en LA LEY 1986-C, 768; RODRÍGUEZ, Leonardo - HUME, Thomas, “La entrega de un cheque al acreedor “aparente” ¿libera al deudor?”, en JA 2006-IV-551.

En segundo plano, pueden generarse obligaciones resarcitorias a cargo del titular aparente que ha dispuesto del derecho y a favor del tercero perjudicado por la situación de apariencia.

### VII. Alcances de la doctrina

En palabras de Bénabent, “la teoría de la apariencia es una red de seguridad tendiente a la protección de los contratantes en general. Ella sirve a menudo para consolidar los poderes inciertos del co-contratante, que resultara mandatario aparente. Pero ella también sirve para proteger a los adquirentes de bienes contra los peligros imprevisibles de una anulación retroactiva de los derechos de su autor: con tal que él haya verificado que su vendedor estuviera munido de un título jurídico en el día de la adquisición, título cuya invalidez él no hubiera podido razonablemente sospechar, el comprador encontrará en la teoría de la apariencia el antídoto contra los efectos devastadores que produce la regla *nemo plus iuris...* asociada al juego retroactivo de una anulación o de una resolución ulterior de este título” (67).

Para abordar la doctrina de la apariencia es útil transcribir liminarmente un párrafo de quien certeramente la ha analizado, el querido maestro e insigne jurista Philippe Le Tourneau, quien escribió que “...*Si existe un derecho realista, él es el de la responsabilidad civil... por excepción, en vías de socorrer a la víctima, las acciones de responsabilidad pueden estar fundadas sobre la apariencia. En la responsabilidad personal solamente puede, en principio, ser condenado aquél cuya culpa ha causado el daño (abstracción hecha de las responsabilidades por el hecho del otro). Sin embargo, aquél que es condenado fuera de esta condición, lo es porque ha dado la apariencia de ser el autor del hecho dañoso. Error communis facit jus! Finalmente, su culpa que apareja su condena consiste en haber dejado crear esta apariencia. De ese modo las sentencias que declaran la responsabilidad de un productor por los actos de un comerciante independiente, dejan planteada la ambigüedad sobre la naturaleza de sus relaciones jurídicas con este último, que parece ser uno de sus concesionarios. Sea que el distribuidor continúe apareciendo como tal, mientras que no lo había sido más; sea, a la inversa, que su calidad de comerciante independiente está enmascarada... No obstante, la existencia de la relación de causalidad entre esta culpa y el daño es dudosa, salvo para sostener un daño propio, como el hecho de haber perdido la chance de demandar al verdadero responsable. Cuando ella es conocida, una condena in solidum del responsable aparente y del responsable real podrá sobrevenir... En fin, en virtud de un mandato aparente, la creencia legítima de un tercero sobre los poderes de un mandatario aparente vincula al pretendido mandante, como*

---

(67) BÉNABENT, Alain, “La théorie de l'apparence se miterait-elle?”, en Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 185.

*si él hubiera otorgado un verdadero mandato... En otra época la doctrina afirmaba que la apariencia se había vuelto una fuente nueva y autónoma de obligaciones, quæ vagatur per omnes categorías (que deambulaba en todas las categorías). Pero ese punto de vista no resultaba satisfactorio en la medida en que la creación de una nueva fuente de obligaciones parece exceder los poderes de los jueces. Creemos preferible integrar la apariencia a los cuasi contratos. En efecto el mandante queda vinculado sin haberlo querido (en razón de la creencia legítima del tercero), y esto porque tales vínculos contractuales se corresponden mejor con la definición de cuasicontrato” (68).*

De este párrafo del gran maestro de Toulouse surge claro que son varios los extremos de hecho, imprescindibles para la aplicación de la doctrina de la apariencia; además de ello conviene no soslayar que:

a) aquél que es condenado porque ha dado la apariencia de ser el autor del hecho dañoso es imputable a título de culpa, la que consiste en haber dejado crear esta apariencia;

b) la apariencia no es una fuente nueva y autónoma de obligaciones que deambulaba en todas las categorías, ya que la creación de una nueva fuente de obligaciones excede los poderes de los jueces; la doctrina de la apariencia es de aplicación excepcional (69).

### **VIII. Limitaciones en la aplicación de la doctrina de la apariencia**

Sólo en ocasiones específicas la apariencia desplaza a la realidad como fuente jurígena. Si no se aplicaran estas cortapisas, el instituto se desbocaría y amenazaría al derecho todo, causando una grave inseguridad jurídica (70).

El maestro Alain Bénabent ha prevenido contra los riesgos de la doctrina y de la posibilidad de su contagio a supuestos en que no es aplicable,

---

(68) LE TOURNEAU, Philippe, “Nuevas reflexiones panorámicas sobre la responsabilidad civil”, traducción de los Dres. Marcelo J. López Mesa, Francisco J. Trebucq y Agustín Alvarez en TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, 2ª edic., t. VII, Edit. La Ley, Bs. As., 2011, Cap. 30, Nro. 9.

(69) LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2ª edic., cit, Cap. 2. En igual sentido, Cám. Apels. Trelew, Sala A, 30/9/09, in re “Pastor Neil, B, E. c. Ghigo, C.”, en La Ley online, voto Dr. López Mesa; SC Mendoza, Sala I, 4/3/02, “Transportes Lizana S.C.A.”, LA LEY Gran Cuyo, 2002, 680; ST Corrientes, 31/7/98, “Chiappe, Enrique A. c. Promin S.A. y/u otro”, LA LEY 1999B, 823 (41.410S) y LL Litoral, 19982, 697.

(70) LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2ª edic., cit., Cap. 2. En igual sentido, Cám. Apels. Trelew, Sala A, 30/9/09, in re “Pastor Neil, B, E. c. Ghigo, C.”, en La Ley online.

aconsejando cercar bien sus dominios, so riesgo de su peligrosa expansión o de la inseguridad absoluta que generaría su empleo sin reglas rectoras (71).

En un magnífico trabajo la Prof. Christine Pagnon ha puesto de resalto el peligro de la expansión incontenida de la apariencia, expresando que “por motivos de sencillez y comodidad, no habría que burlarse de la ley a la ligera y pasar “de una protección de la iniciativa a una prima a la imprudencia”. El desorden jurídico tiene que evitarse en toda materia. En efecto, la teoría de la apariencia excluye la mayoría de las veces la aplicación de las reglas jurídicas normales y favorece al tercero en detrimento del titular verdadero del derecho” (72).

Agrega luego la citada autora que entonces la apariencia “abre una brecha ancha en el sistema general de oponibilidad fundado sobre el conocimiento presunto: el tercero, personalmente ignorante de la realidad jurídica, puede tomar la falsa apariencia como la expresión de la verdad. Así es deseable que, para ser eficaz, la aplicación de la apariencia sea puesta en ejecución sólo cuando ella aparezca necesaria y equitativa: la personalidad del tercero víctima, su capacidad de aprehender las situaciones, su actitud mental tienen que ser tenidas en cuenta por los jueces, especie por especie” (73).

Y propone después la jurista gala que “así, para limitar la aplicación de la teoría de la apariencia y para evitar que, de hecho, el orden jurídico sea revolucionado, los tribunales son forzados a tomar en cuenta los hechos que establecen el conocimiento efectivo por el tercero de la realidad que pretende ignorar... Lo mismo, hay que temer el riesgo de una justicia servida demasiado rápidamente. Conocemos el fárrago de los tribunales: los magistrados no deben ceder a la facilidad que consistiría en tomar toda apariencia por realidad jurídica sin que la situación sea examinada por sus ojos de manera profunda” (74).

Es así que no cualquier supuesto es enmarcable dentro de esta doctrina, ni cualquier apariencia es idónea para crear una confianza, ni cualquier actitud del presunto confiado es válida para justificar su actuar, si el mismo actuó sin tomar mínimos recaudos. La doctrina de la apariencia jurídica no tiene por misión borrar los efectos de la candidez, de la negligencia o de la ignorancia más crasa. A esos extremos no hay apariencia que llegue, porque

---

(71) BENABENT, Alain, “La théorie de l'apparence se miterait-elle?”, en Recueil Dalloz 1999, sec. Jurisprudence, p. 185.

(72) PAGNON, Christine, “L'apparence face à la réalité économique et sociale”, Recueil Dalloz 1992, sec. Chroniques, p. 289.

(73) PAGNON, “L'apparence face à la réalité économique...”, p. 289.

(74) PAGNON, “L'apparence face à la réalité économique...”, p. 289.

la apariencia no es caucho tan elástico que a fuerza de tirar de ella pueda llegar a cubrirse cualquier situación.

Un agudo doctrinario francés ha señalado en materia de apreciación de la apariencia un deslizamiento de la jurisprudencia francesa hacia la buena fe caracterizada (75). Es decir, que la magistratura gala aprecia en forma crecientemente severa la buena fe alegada en estos casos.

En otro plano, se ha decidido que una asociación civil no responde por las obligaciones contraídas mediante cheques firmados por quienes fueran integrantes de sus órganos de administración, si al momento de firmarlos habían cesado en sus funciones, pues no juega respecto de ella el principio de la apariencia a favor de terceros; carece de relevancia la circunstancia de no haber notificado al banco el cambio de autoridades cuando el cese fue debidamente inscripto en registro público (76).

En similar sentido, se ha expuesto que si bien se ha sostenido que “al tenedor legitimado de títulos valores no puede exigírsele que indague acerca de la subsistencia de los poderes otorgados por la sociedad, cuando quienes los revestían continuaron, luego de la revocación de tales poderes, disponiendo de cheques de la cuenta corriente del ente y de su sello social”, sin embargo, si el portador del título es una entidad bancaria de vasta trayectoria, no puede estimarse que hubiere sido sorprendido en su buena fe por la apariencia creada. A más, cuando el referido título fue librado por una cooperativa, pues conforme surge de la normativa legal, el representante legal de tal entidad es su presidente y si bien estatutariamente se previó la posibilidad de otorgar poderes, la entidad receptora del título debió asegurarse de la existencia del mismo previo a recibir el título, y no limitarse —como ahora en la especie lo hace— a asegurar su existencia sin ningún otro aporte probatorio (77).

Sobre sus límites y efectos, ha juzgado el Superior Tribunal correntino que: “la llamada “teoría de la apariencia” configura una solución excepcional... En tal caso, existen dos intereses que se enfrentan: a) el del tercero contratante de buena fe que no siempre está en condiciones de averiguar si la persona con quien contrata como representante de una sociedad se está extralimitando en su actuar y b) el de los acreedores sociales, del personal de la empresa y de los socios que a los fines de una mayor seguridad han establecido a través

---

(75) GRIDEL, Jean-Pierre, “La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé”, *Recueil Dalloz* 2002, sec. Chroniques, p. 228.

(76) CNCom., sala E, 28/4/06, “García, Manuel v. Círculo de Suboficiales de la Policía Federal Argentina s/ Ejecutivo”, en AbeledoPerrot online.

(77) CNCom., sala A, 12/2/99, “Banco Francés SA v. Cooperativa Agrícola Ganadera de Tandil y Vela LTDA. S/ EJEC.”, en AbeledoPerrot online.

del estatuto social un sistema en cuya virtud la representación del ente es ejercida por varias personas” (78).

Ello motiva dos reflexiones concatenadas:

a) existiendo dos intereses dignos de tutela en conflicto, la solución correcta no sería prescindir sin más de uno de ellos, salvo casos excepcionales, en donde se constate la existencia de culpa o dolo en quien permitió que se cree la falsa apariencia de que alguien estaba autorizado por él para representarlo, cuando no era así realmente; y

b) tratándose de una doctrina de utilización excepcional, su aplicación a casos concretos debe realizarse con mesura, con tino, incluso restrictivamente (79).

Es así que la generalización de esta doctrina y su empleo extensivo, violentan el sistema normativo argentino, que no ha entronizado a la apariencia como una matriz genérica de casos de obligaciones, sino como un remedio de última instancia, previsto para supuestos en que, si no se recurriera a este procedimiento excepcional, campearía la malicia o la negligencia crasa (80).

Lejos de enseñorearse del derecho todo, creando casos de responsabilidad donde la legislación los ha desechado, la apariencia sirve de mecanismo de extensión de responsabilidad a responsables indirectos, que mínimamente puedan ser encuadrados en alguno de los fundamentos normativos que el sistema legal contempla (81).

La apariencia no es así una caja de sastre donde puede cobijarse cualquier supuesto sino un mecanismo que, puesto en manos diestras, puede dar lugar a soluciones justas (82).

Claro que tampoco cabe adoptar el defecto opuesto y tornarla tan restrictiva que no se aplique nunca. Bien ha advertido el maestro Bénabent sobre el exceso de cuidado y la aplicación timorata de la herramienta, expresando

---

(78) ST Corrientes, 31/7/98, “Chiappe, Enrique A. c. Promin S.A. y/u otro”, LL 1999B, 823 (41.410S) y LL Litoral, 19982, 697.

(79) LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2ª edic., cit., Cap. 2. En igual sentido, Cám. Apels. Trelew, Sala A, 30/9/09, in re “Pastor Neil, B, E. c. Ghigo, C.”, en La Ley online.

(80) TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, cit., Cap. 2.

(81) LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2ª edic., cit., Cap. 2.

(82) En este sentido, AGOSTINI, Eric, “La théorie de l'apparence n'est pas applicable à l'acquisition du droit sur un toponyme déposé comme marque de commerce”, en Recueil Dalloz, t. 1992, sec. Jurisprudence, p. 142.

lo siguiente: “que falte un eslabón en una cadena o una malla en una red, puede llevar a que su función entera pueda ser aniquilada. Lo mismo basta que hubiera un solo caso de nulidad que sea rebelde al juego de la apariencia para que la fluidez jurídica buscada por este mecanismo se agarrote por entero. Así como la seguridad que tiene por objeto asegurar, la teoría de la apariencia no puede dividirse: es o no es” (83).

Se trata de una cuestión de proporciones y ponderación del juez, que con estas herramientas debe ser atinada, lo que no implica ser temeroso, sino prudente y criterioso.

Bien ha sintetizado el problema el Prof. Gregorini Clusellas: “La apariencia enfrenta la disyuntiva entre tutelar al legítimo titular de un derecho o al tercero de buena fe que negocia con quien ostenta legitimación ocultamente insuficiente para disponer del interés. Se contraponen el dogma de la voluntad y el principio *nemo potest plus iuris in alium transferre* (art. 3270, Cód. Civil) (84), frente a la confianza generada por un título formal capaz de crear apariencia de derecho, cuyo acatamiento impone la seguridad del tráfico negocial. Es la opción entre dos formas de seguridad jurídica, la estática y la dinámica, y esta última en determinadas circunstancias excepcionales debe prevalecer logrando el efecto jurígeno que a la otra se priva” (85).

La doctrina jurídica de la apariencia debe así transitar por una tangente o punto de equilibrio entre la realidad y la apariencia (86): no cualquier apariencia es idónea para prevalecer sobre la realidad y generar consecuencias jurídicas (87).

En un decisorio relevante se indicó que: “no corresponde hacer extensiva la teoría de la apariencia, arbitrada en beneficio de aquellos terceros contratantes sorprendidos en su buena fe por quien tenían la convicción de que actuaba en representación de un tercero, a supuestos en que el acreedor contó o razonablemente pudo contar con los elementos necesarios para corroborar la representación invocada, pues ello llevaría a situaciones injustas y atentatorias contra el derecho de personas obligadas a responder

---

(83) BENABENT, Alain, “La théorie de l'apparence se miterait-elle?”, en Recueil Dalloz 1999, sec. Jurisprudence, p. 185.

(84) Principio que permanece en el nuevo ordenamiento en similares o iguales términos, pero ahora enraizado en el art. 399 del nuevo Código Civil y Comercial.

(85) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La apariencia y la buena fe en la relación del agente comercial con un tercero”, LA LEY, 1997E, 305.

(86) A. C. P., “De la apariencia jurídica”, LA LEY 1997B, 567.

(87) LÓPEZ MESA, Marcelo, en TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, 2ª edic., cit, Cap. 2; en igual sentido, Cám. Apels. Trelew, Sala A, 30/9/09, in re “Pastor Neil, B, E. c. Ghigo, C.”, en La Ley online, voto Dr. López Mesa.



cambiarriamente por el accionar de aquellos a quienes no invistieron de la facultad pertinente” (88).

Surge concretamente de todas estas elaboraciones que la apariencia no es una fuente genérica de obligaciones. Se trata de una herramienta de carácter subsidiario (89).

“Fuente de derechos subjetivos, y a la vez ‘correctivo del funcionamiento mecánico de las reglas jurídicas,’ según la expresión de ciertos autores, la apariencia se manifiesta a través de situaciones de hecho ostensibles y que aparecen como evidentes, de las que emanan, unido al hecho de su verosimilitud, la ilusión de una cierta realidad jurídica. Es esta ilusión jurídica que el derecho consagra bajo el modo de la teoría de la apariencia, declarando establecidos los derechos que, bajo la óptica de las normas habituales, no lo estarían” (90).

Esta doctrina es fuente de derechos subjetivos, y a la vez un “correctivo del funcionamiento mecánico de las reglas jurídicas”, según la expresión de agudos autores (91). Pero lejos está de tener un alcance ilimitado (92).

La apariencia no es tampoco un factor de atribución de responsabilidad que desplace a la culpa o al dolo. Por el contrario, para que pueda aplicarse la apariencia a un caso, debe existir en él culpa o dolo del responsable, pues sin la plataforma fáctica para realizar un juicio de reproche, no puede aplicársele la apariencia, por amplio que sea el criterio de los jueces que lo fallen (93). En este punto disintimos con el parecer del maestro Bénabent sobre que no se requiere la culpa del representado (94).

Entendemos, por el contrario, que en el derecho argentino al menos, la concurrencia de apariencia y culpa es así necesaria para que un caso merezca la aplicación de esta solución excepcional.

---

(88) CNCom., Sala A, 31/5/00, “Zeneca S.A. c. Agroimpulso S.A. y otro”, LA LEY 2000-E, 114 y DJ 2001-2-420.

(89) GHESTIN, J. - GOUBEAUX, G., “Introduction générale au droit, (con el concurso de Mme Fabre-Magnan)”, en “Traité de Droit civil”, 4ª edic., París, 1994, LGDJ, N°s. 856 y ss.

(90) AMMAR, Daniel, “Pour une doctrine de l'apparence et de la théorie de l'apparence en droit maritime”, Recueil Dalloz 1999, sec. Jurisprudence, p. 729.

(91) GHESTIN, J. - GOUBEAUX, G., “Introduction générale au droit, (con el concurso de Mme Fabre-Magnan)”, en “Traité de Droit civil”, 4ª edic., París, 1994, LGDJ, N°s. 856 y ss.; AMMAR, Daniel, “Pour une doctrine de l'apparence et de la théorie de l'apparence en droit maritime”, Recueil Dalloz 1999, sec. Jurisprudence, p. 729.

(92) AMMAR, “Pour une doctrine de l'apparence ...”, p. 729.

(93) Cám. Apels. Trelew, Sala A, 30/9/09, in re “Pastor Neil, B. E. c. Ghigo, C.”, en La Ley online, voto Dr. López Mesa.

(94) BÉNABENT, Alain, “Droit civil. Les obligations”, cit., p. 357, Nro. 504.



## **IX. Corolarios**

La buena fe muestra una creciente incidencia en el derecho actual.

Presenta a la vista cada vez más derivaciones; ellas se vuelven más gravitantes, aplicándose a más cantidad de casos y de un modo más creativo.

Este fenómeno es la única forma en que el derecho actual tiene de lidiar eficazmente con la malicia y el aprovechamiento, los que se cuelan por entre las grietas de las normas pétreas.

Tal fluidez, a la par, presenta peligros y acechanzas para la seguridad jurídica.

En manos de jueces no bien formados o de aventureros del pretorio, deseosos de obtener figuración a cualquier costo, estas filosas herramientas derivadas puede fácilmente causar serios daños.

Pero, en el fondo, incluso estos contrastes no hablan del instrumento en sí, sino de los operadores que lo empuñan, con lo que no cabe descalificar la doctrina de la apariencia por sus eventuales operarios.

Creemos que ella tiene un largo camino por delante y que recién estamos asistiendo a la epifanía de su desarrollo, faltando mucho para su apogeo. Claro que con la aclaración fundamental de que su empleo no debe degenerar en exotismos. ◆



## II

# COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS



# LA NO INTERVENCIÓN Y LA ACCIÓN COLECTIVA (OTRA “CUADRATURA DEL CÍRCULO”)

POR JORGE REINALDO VANOSSI (\*)

**I.** La política de la “no intervención” ha tenido un auge considerable —y hasta contagioso— que se propagó por naciones de más de un continente hasta convertirse en una “doctrina” de exportación que fue y es invocada en ocasión de hacer eclosión situaciones que trascienden el incidente interno de un Estado para convertirse en un problema que compromete las actitudes y actuaciones de otro u otros estados que intentan hacer valer su influencia o su poderío en torno a una crisis suscitada en el tercero. Infinidad de autores y tratadistas del derecho internacional y del derecho constitucional han llenado páginas y obras en torno a los alcances y límites de la denominada “no intervención”, ya sea a favor o en contra de la política de injerencia en las cuestiones internas de una Nación; o para determinar en qué medida deben ponderarse las situaciones o vicisitudes allí suscitadas, como para poder justificar la acción o la omisión de una injerencia en redor de la muy alta variedad de las crisis motivantes de una eventual incursión de terceros países.

**II.** El repertorio casuístico es innumerable, como así también es inacabable el debate de las posturas políticas y de los criterios jurídicos que se han traído a colación en cada uno de los hechos. Desde la más extrema manifestación de anti-intervencionismo, hasta los más agudos argumentos elucubrados para confesar una justificación creíble o convincente a favor de quienes preconizaron o practicaron el avance sobre la soberanía del país afectado, fuera éste grande o pequeño y se tratara de intenciones anexionistas o de presiones conducentes a la imposición de beneficios económicos, cambios ideológicos, sustitución de gobernantes, resolución de una guerra civil a favor de un bando o facción, sumisión al pie de una superpotencia; o cualquier otro pretexto que pudiera incluso servir para comprometer a otras naciones en el emprendimiento de acciones que condujeran al “gran cambio” en el *status* preexistente o el aseguramiento de la prolongación o la perdurabilidad de un *statu quo*

---

(\*) Comunicación del académico presidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 14 de abril de 2016.

de “no innovar” en el régimen vigente (sobre todo en cuanto a su política internacional y los alineamientos con bloques o alianzas externas). Entre un lado y otro de tales extremos suelen aparecer también casos híbridos o atípicos —de mayor o menor incidencia— que completan el cuadro complejo de las causas, modalidades de ejecución y secuelas de las políticas llevadas a cabo, como así también el juego de fuerza cuando se registran *casus belli*, es decir, el fuego de la guerra.

**III.** En esta exposición sólo tendrán cabida muy pocos ejemplos que sirvan para tratar de poner de manifiesto las intencionalidades que sirvieron de motor o impulso de expresiones dirigidas a fijar posturas en oportunidades signadas por las inclinaciones políticas del momento, para lo cual sirvieron de ropaje jurídico e institucional todo un manójo de invocaciones que los artífices volcaron en cada caso con la apelación más propiciatoria de las aspiraciones incubadas con antelación al intento y sin tener cabal seguridad sobre el desenlace y las ulteriores secuelas de los sucesos acontecidos en el corto o el largo plazo.

Todo ciclo de intervencionismo o no intervencionismo contiene y arrastra densas dosis de impredecibilidad en cuanto a sus resultados, habida cuenta de que el signo dominante son las eventualidades y nadie conoce a ciencia cierta cómo será el movimiento de las piezas que componen esa partida de ajedrez (sic). Los ejemplos sobran: ¿la “no intervención” de Inglaterra y Francia en el sangriento caso de la Guerra Civil española (ante la injerencia de otras potencias como Alemania, Italia y la URSS en forma ostensible) pudo “anticipar” el desenlace? ¿Se está en condiciones de formular afirmaciones terminantes en torno al complejo cuadro de enfrentamientos que hoy en día dividen internamente y externamente al amplio espectro del islam y a los estados cuya territorialidad cercana y medio-asiática queda superada con incursiones violentas en territorios africanos? ¿Qué puede decirse —por si acaso— del futuro europeo (oriental y occidental) cuando nadie vio a tiempo la implosión soviética de 1989-1990 que se consumó “sin intervención” en el sentido clásico del término? ¿Y qué pensar de las “revoluciones tranquilas” que derribaron a regímenes de “aparente” legitimidad (por usucapión del poder) de raigambre despótica y policíaca, para abrir el paso a nuevas oportunidades democráticas (p. ej., la “revolución del terciopelo” y la “revolución de los claveles”, diferentes entre sí)? ¿Y cómo proseguirá el largo “culebrón” cubano, a partir del deshielo con USA y a tantos años que la OEA votara la exclusión del sistema interamericano (enero de 1962), tratándose de un gobierno que no se confunde con todo un pueblo?

**IV.** A manera de testimonio, es preferible tomar un caso geográficamente cercano, muy peculiar, que se desarrolló en el ámbito rioplatense, habiendo tenido como marco de su desenvolvimiento a la denominada “doctrina

Rodríguez Larreta”, por tratarse de la autoría de una gestión llevada a cabo por el Canciller uruguayo Eduardo Rodríguez Larreta Arocena en ocasión de episodios de mediados de la década del cuarenta, del siglo XX. El mencionado Ministro de Relaciones Exteriores del vecino país desempeñó tales funciones entre el 4 de octubre de 1945 y el 1º de marzo de 1947, en la presidencia de Amé- zaga, quien pertenecía a la sazón al partido colorado mientras que Rodríguez Larreta al ala liberal (y no “herrerista”) del partido blanco o nacional. Nacido en 1888, de familia enraizada en las tradiciones patrias, el Canciller se formó en las aulas de la Universidad de la República, transitando en su intensa vida por los andariveles y los anchos causes del periodismo, la política y la aboga- cía. Se desempeñó en la Asamblea Constituyente de 1917 y como profesor de Derecho Constitucional. Intervino en la fundación del reputado diario *El País* cuya gravitación se prolonga hasta el presente. Su ideario liberal lo condujo —durante la Segunda Guerra Mundial— a militar en la causa de los Aliados, siendo un severo adversario de los partidarios del Eje, como también lo fue contra el comunismo. ¡Un demócrata genuino y coherente! Bien merecido fue que en 1949 recibiera el afamado Premio Moors Cabot por su denodada prédica periodística; continuando con su fecunda trayectoria hasta su fallecimiento a las pocas semanas del golpe de estado de 1973. Pero su rol histórico más destacado se registra por su resonancia con la denominada “Doctrina Larreta”, enunciada con dimensión continental americana en las postrimerías de la guerra y en plena etapa de la constitución de las Naciones Unidas.

#### V. “Doctrina Larreta”

El doctor Eduardo Rodríguez Larreta enunció los lineamientos a los pocos días de asumir el Ministerio (4/X/1945). La guerra había concluido; era menester asegurar la paz, en un nivel de conjunción con los derechos humanos y de plena vigencia de las democracias constitucionales con todos los recaudos pertenecientes a las formas republicanas de gobierno, a saber: democracia representativa, separación de poderes, igualdad ante la ley, publicidad de los actos estatales con acceso a la información, periodicidad de las funciones electivas, control y responsabilidad de los gobernantes. En consonancia con ese pensamiento el Canciller uruguayo remarcó el derecho “a vivir en paz”, defendiendo los principios “con prudencia pero también con firmeza”. A renglón seguido, el 23 de noviembre dirigió a todos los Ministros americanos de Relaciones Exteriores una declaración en la que subrayaba que “el más acendrado respeto al principio de no intervención de un Estado en los asuntos de otro, conquista alcanzada durante la última década, no ampara ilimitadamente la notoria y reiterada violación por alguna república, de los derechos elementales del hombre y del ciudadano y el incumplimiento de los compromisos libremente contraídos, acerca de los deberes externos e internos de un Estado que lo acreditan para actuar en la convivencia internacional”.

*El País* —su diario— editorializó entonces que: “La doctrina uruguaya sobre el paralelismo de la democracia y la paz, es vieja como la independencia de América. El único mérito de nuestra Cancillería consiste en haber reactualizado un ideal americano”. Expresaba en ese sentido: “La doctrina pertenece a Bolívar. La conclusión del Congreso de Panamá, en 1826, dijo así: ‘Si alguna de las partes variase esencialmente sus actuales formas de gobierno, quedará por el mismo hecho excluida de la confederación, y su gobierno no será reconocido ni ella readmitida en dicha confederación, sino por el voto unánime de todas las partes que la constituyeran entonces’”.

Con otras palabras, lo dicho por el canciller equivalía a la premisa de que es una exigencia inexcusable proclamar y practicar (más: predicar con el ejemplo) la democracia republicana en el orden interno como recaudo y requisito para ser parte integrante y participante de la comunidad internacional (o regional) organizada institucionalmente.

Hoy contamos también con un documento que es la “Carta Democrática Interamericana” (OEA, 11/IX/2001): todo un breviario del ideal para nuestras formas de Estado y de gobierno, con derechos y garantías plenas. ¡Pero hay varios Estados del sistema que no la aplican y ni siquiera la citan! Ya sabremos cuáles.

**VI.** La “Doctrina Larreta” mereció apoyos y retaceos. Era evidente que su contenido se dirigía a relativizar la viabilidad de la participación como miembros de la ONU por parte de aquellos países cuyo gobierno no reuniera las prácticas democráticas de rigor. Y, para ese tiempo, el caso más cercano era el de la Argentina, a la sazón gobernada por el Presidente Gral. Edelmiro Farrell. Era conocida la postura “neutralista” que se había sostenido desde el gobierno del presidente Ramón Castillo y proseguido después del golpe de estado del 4 de junio de 1943, que el GOU sostuvo a “rajatabla” en las conferencias interamericanas de esos años y que recién se agotó con una tardía ruptura de relaciones con Alemania y Japón, más la hipócrita “declaración de guerra” en vísperas de la caída de Berlín. La Argentina había rehusado persistentemente la solidaridad latinoamericana con los Aliados y, principalmente, con los Estados Unidos en plena guerra; actitud que solo varió para que se abriera expedito el paso para el ingreso fundacional a la ONU en la Conferencia de San Francisco, de la que quedaron excluidos los derrotados (e inicialmente fue vetada España).

¿Tenía razón el canciller uruguayo? Su mensaje a las cancillerías —en el fondo— proponía e instaba a pasar por encima del principio de la “no intervención”, preconizando las “acciones multilaterales”: “el principio de no intervención no ampara ilimitadamente la notoria y reiterada violación por alguna República de los derechos elementales del hombre y del ciudadano



y el incumplimiento de los compromisos contraídos (...) la no intervención no puede transformarse en el derecho de invocar un principio para violar impunemente todos los otros (...) una acción colectiva, multilateral, ejercida con total desinterés... se ejerce en beneficio de todos, incluso de aquel país que tan duro régimen soportaría". Pienso que acaso lo hayan inspirado algunas páginas de *El crimen de la guerra* de Juan Bautista Alberdi (sic).

Las adhesiones provinieron de USA, Costa Rica, Guatemala, Cuba, Nicaragua, Venezuela y Panamá. El rechazo rotundo emergió del canciller argentino Juan I. Cooke, ex diputado radical "alvearista"... En el Uruguay, los sectores nacionalistas del "herrerismo", como fracción del partido blanco, rechazaron la doctrina de Rodríguez Larreta. En nuestro país, pocos meses después, la fórmula Perón-Quijano triunfaba en las elecciones del 24 de febrero de 1946.

¿Qué quedaba como saldo de la solidaridad hemisférica? Poco. ¿La hubo alguna vez, de manera firme y perdurable? A partir de la Primera Conferencia Panamericana celebrada en 1889 en Washington, la Argentina tuvo una actitud reticente con respecto a iniciativas de USA encaminadas a una unión aduanera y una zona de libre comercio, que tuvieron la adhesión de países como México, Brasil, Colombia y USA entre otros (con discrepancias de Chile). La postura argentina fue asumida por Quintana y Sáenz Peña (ambos serían presidentes de la Nación) y de alguna manera representaron la competencia entre el norte y el sur del Continente; y, acaso, el temor al expansionismo "yankee", por aquello de las diferentes interpretaciones que podían extraerse de la famosa proclama: "América para los americanos...". A tantos años, sigue en pie la suposición de que aquel episodio de 1889 marcó una distancia exagerada entre dos países tan promisorios; y es por ello que deberíamos preguntarnos hoy: ¿fue una actitud precavida o se demostró poca visión de futuro? Si se quiso "precaucionarse" en aras del interés argentino, para prevenir un riesgo, es probable que haya mediado un exceso de cautela. ¿Qué se evitó con ello? ¿Se ganó algo con la rivalidad, que se repitió en otras ocasiones? Saldo negativo.

**VII.** ¿Hasta dónde llegaba la "intervención" postulada por el canciller Rodríguez Larreta? ¿Cabe pensar o admitir que su muy fundada tesis apuntaba a una ocupación militar del territorio de la Nación Argentina? ¿Comprendía la conflagración violenta de un conflicto armado por aire, mar y tierra? ¿Podía ser tan temeraria la prosecución del restablecimiento democrático en un país sudamericano, que si bien es sabido —y así se comprobó— que facilitó el espionaje alemán en escala superlativa? No hay referencias al respecto en la nota cursada a las Cancillerías americanas por el Ministro uruguayo. Si así hubiera sido, sería plausible creer que el gobierno de facto argentino habría roto las relaciones con la República Oriental del Uruguay. Y eso no sucedió. De lo que sí puede decirse, es que en los títulos adjudicados a la famosa

nota que expone la luego llamada “Doctrina Larreta,” hay recomendación de propiciar una “intervención colectiva” del hemisferio para restablecer la democracia en nuestro país; acción que algunos críticos calificaron como “Doctrina de Intervención Multilateral”, sin apelar al extremo de una acción militar (por ejemplo, John William Cooke, en *Apuntes para la militancia*, 1964, así lo interpreta).

Es dable pensar, con la perspectiva brindada por el tiempo, que existían serias diferencias entre la neutralidad guardada por nuestro país en ocasión de la Primera Guerra Mundial (que asemejaba ese conflicto ser una guerra civil europea...) y —por otro lado— la Segunda Guerra Mundial con su generalizada expansión por todo el orbe y con un fuerte impulso hegemónico unido a ideologías absolutamente totalitarias y fundamentalistas. Pero poco tiempo después, las cosas cambiaron, con la instalación de una nueva guerra: la llamada “Guerra Fría”, que se prolonga —con diversos matices— hasta 1990.

¿Es cierto que resurge la “Doctrina Larreta” dentro y fuera de América?

**VIII.** A esta altura del examen de la “Doctrina Larreta” es conveniente poner de relieve algunos aspectos colaterales del tema en debate, o sea, del conflicto o tensión habida en varias oportunidades entre el “principio de no intervención” y las doctrinas que preconizaron la “acción colectiva” en resguardo de la “solidaridad continental americana”. Difícil de armonizar ambas posturas, dado caso de tener que excluir a una para poner en ejecución a la otra. Asimismo, en el plano “intervencionista”, cabría diferenciar la distinción entre las acciones emprendidas “unilateralmente” y las ejecuciones previstas como una “acción colectiva”.

Antes de la enunciación de la doctrina forjada por el canciller uruguayo, se habían producido intervenciones por la acción de un solo Estado, que motivaron críticas y protestas, como los casos del desembarco estadounidense en Tampico y Veracruz en México (año 1914, en plena revolución interna), la intervención en Nicaragua (año 1927) y con las misma procedencia la acontecida en Santo Domingo, también con motivo de discordias civiles internas; para no remontarnos a la fomentada escisión de Panamá en su separación de Colombia (año 1903) surgiendo así un nuevo Estado y la apertura del Canal. Un caso distinto fue el que dio lugar a la “Doctrina Drago” sobre el no cobro compulsivo de la deuda externa de Venezuela (año 1902), de la que nos hemos ocupado en nuestro artículo “*Luis María Drago y la deuda pública externa latinoamericana*” (*El Derecho*, tomo 122, Bs. As., 1987).

La aproximación al desencadenamiento a la Segunda Guerra Mundial condujo a las discrepancias entre naciones del continente americano, con Conferencias y reuniones en las que se pusieron en juego las posturas que se profundizaron a partir de la entrada en guerra de los EE.UU. a raíz del ataque

a Pearl Harbour: la mayoría se solidarizó y la Argentina —replegándose— se aisló, mereciendo el reproche del Secretario de Estado James Byrnes por “incumplimiento” de los acuerdos suscriptos en la Conferencia de Chapultepec. No se llegó a la intervención colectiva (aunque algunos países entraron en la guerra junto a los Aliados, como el Brasil), pero Estados Unidos perdió toda su confianza en el gobierno argentino.

**IX.** No es difícil deducir que la actitud norteamericana fuera reticente con la Argentina en cuanto a la desconfianza que le motivaba el gobierno de facto tan sospechado de simpatía y colaboracionismo con el Eje. El Uruguay, como la Nación más vecina y fraterna con el pueblo argentino como parte de la tradicionalmente histórica hermandad rioplatense, no podía permanecer insensible o indiferente ante las claudicaciones que se producían con el correr del tiempo y los resultados bélicos a la vista (salvo para los recalitrantes que aún soñaban con que se revertirían los resultados finales). En ese clima y con una atmósfera plagada de incertidumbres por los temores de cuáles serían los comportamientos del GOU y de los gobernantes de nuestro país, resulta comprensible la clara posición adoptada por el canciller uruguayo, que si bien era cierto que formaba parte del “blanquismo” (el ala liberal) componía un gobierno compuesto predominantemente por los “colorados”. Ello explica que Rodríguez Larreta, *ab initio* de su gestión ministerial, en nota “reservada” advirtiera a sus colegas que “acordando todo su significado e importancia al principio de no intervención” no creía que este principio pudiera extenderse tanto como para amparar violaciones a los derechos humanos e incumplimiento de los compromisos internacionales de un Estado (1).

Si rastreamos los precedentes citados *ut supra*, comprobaremos que en las Conferencias Interamericanas (o Panamericanas) anteriores a la Segunda Guerra Mundial, la “cuadratura del círculo” configuraba una situación que hoy calificaríamos como de “políticamente incorrecta”, pues casi siempre quedaba soslayada, con excepción de la Conferencia de La Habana (año 1928) a propósito del caso de la intervención en Nicaragua consumada el año anterior, cuando se dijo al pasar que “Ningún estado puede intervenir en los asuntos internos de otro. Los casos de excepción a este principio serán determinados por los mismos Estados que forman parte de este Congreso, en la oportunidad que juzgara conveniente”.

---

(1) Algunos autores atribuyen el mayor énfasis volcado por el Canciller uruguayo a una supuesta influencia del Embajador saliente de Buenos Aires —el famoso Spruille Braden— que en su regreso a Washington habría propuesto en su escala montevideana avanzar en la idea de una “intervención colectiva” (véase, Héctor GROS ESPIELL, “De diplomacia e historia”, Montevideo, 1989, Ed. De la Plaza).

X. Sin menguar de otras consideraciones que añadiremos a mayor abundamiento (*obiter dictum*), hacemos una escala en el denso contenido del tema en examen, para formular una semejanza de “cuadraturas del círculo” con el debate nunca finiquitado en torno a las “*political questions*”, conocido como el planteo de la “justiciabilidad de las facultades privativas” o de las “cuestiones políticas”; tópico éste que suscita reflexiones y acuerdos o desacuerdos en las Cortes de numerosos países que cuentan con el control judicial de constitucionalidad. Siendo la Argentina un Estado federal y estando en pie la “*justicial review*”, me permito transcribir un párrafo de los fundamentos de una sentencia que —*mutatis mutandi*— se vincula con la defensa de los valores que procuraba el canciller Rodríguez Larreta en los basamentos de su doctrina: la paz, la democracia republicana y la protección de los derechos humanos, frente a los regímenes totalitarios que socavaban esos principios fundamentales. Se trata de una cita de José Manuel Estrada que entre otras dotes, tuvo la de haber sido un gran profesor de Derecho Constitucional, en los siguientes términos: “la Constitución de los Estados Unidos sólo garantiza una forma republicana de gobierno. La Constitución argentina garantiza dos cosas: una forma republicana de gobierno y el goce y ejercicio efectivo y regular de las instituciones. De suerte que si en Norte América solamente está obligado el gobierno federal a amparar a un estado cuando su forma de gobierno ha sido invertida, en la República Argentina está obligado el gobierno federal a amparar a las provincias cuando la forma republicana ha sido corrompida, es decir, cuando ha sido interrumpido el ejercicio regular de las instituciones cuyo goce efectivo ella garantiza’ (*Derecho constitucional*, pág. 144, tomo 3º). Y es de toda evidencia que no puede ser de otro modo, ya que el sistema político adoptado y las garantías proclamadas en un estatuto, cuando no tienen en la práctica efectividad y realización ciertas, lejos de hacer la felicidad del pueblo, lo sumen en la desgracia y en el oprobio” (confr., voto del Juez Dr. Luis María Boffi Boggero, en la causa “Tillard”, en Fallos 261:103, del 10/III/1965; Corte Suprema de Justicia de la Nación). Y si bien allí se trataba de “provincias”, los conceptos igualmente valen para los Estados nacionales, corrompidos a veces.

XI. Es correcto lo que se ha repetido en diversas oportunidades en el sentido de que en largos períodos del ciclo histórico, durante el siglo XX la práctica y doctrina de la “no intervención” resultó victoriosa ante la alternativa y la posibilidad de acudir a la “intervención colectiva”. Fueron razones políticas las que principalmente volcaron las decisiones de cada caso en ese sentido; aunque no es dable desconocer que en varias oportunidades mediaron arduas negociaciones y prolongados debates. No huye de nuestro recuerdo la explosiva crisis política interna que se suscitó en la República Dominicana en 1965 (presidencia Juan Bosch), en trance de ser ocupada por la máxima potencia continental y aún en tiempos de la “Guerra Fría”, en que las disputas

ideológicas dominaban el trazado de las soluciones: allí predominó el criterio —luego de amplio debate interno y externo— de que fuera la organización de los Estados Americanos (OEA) la que emprendiera la intervención con ocupación del territorio dominicano, en una “acción colectiva” de la que participaron países miembros de la entidad y que fue dirigida por un general del Brasil y con apoyo de USA: en la votación del Consejo de la OEA la República Argentina votó finalmente en sentido favorable a la realización de ese operativo, no obstante que mediaron discrepancias en varios sectores políticos de este país. El presidente Arturo Illia y su canciller Miguel Ángel Zavala Ortiz —luego de evaluar la gravedad de la situación dominicana y de ponderar cada una de las opiniones en juego— dispusieron el voto pertinente, evitando así que los hechos se agravaron al extremo de que fuera posible un nuevo foco extremista en la ya preocupante escenografía política caribeña. Los hechos confirmaron el acierto oportuno (más tarde, la presencia armada del Che Guevara en Bolivia fue otro dato arcóntico en el catálogo de las peligrosidades corridas).

**XII.** Si el patrón, parámetro o regla de medida para evaluar los datos correspondientes a la opción entre la “no intervención” y la “acción colectiva” recayera en la Carta Democrática Interamericana sancionada en Lima (año 2001) que ya citamos *ut supra*, tenemos pues la impresión (que es algo más que una sensación...) de un déficit democrático muy grande en nuestro Continente, como así también en otros lares del mundo contemporáneo. Huelgan los detalles y los ejemplos, que abundan por doquier, a veces con permanencia telúrica y atávica y en otros casos con interrupciones que abren paso a nuevos (¿y precarios?) “intervalos lúcidos”. Si nos guiáramos por las tabulaciones más exigentes, tan solo cuatro Estados que forman parte de la OEA aprobarían un examen de democracias plenas: Costa Rica, Canadá, Uruguay y los Estados Unidos (USA), según el “*Democracy Index*” que elabora *The Economist* (2). ¿Y quiénes se anima a retar o a “intervenir” en los demás?

---

(2) Las cosas han empeorado en el año que culminó, pues la “falta de progreso en la región es notable; ya que mantiene la misma calificación (6,37) que en 2006. La región está conformada por 24 países, de los que solo uno es considerado como una ‘democracia plena’, Uruguay, y 15 como ‘democracias imperfectas’. El informe Democracia en una era de ansiedad ha retirado a Costa Rica del grupo de 20 ‘democracias plenas’, entre las cuales solo hay dos países americanos: Uruguay y Estados Unidos. La publicación también registra retrocesos en la calidad de este sistema político en Bolivia, Brasil, México, Nicaragua y Venezuela. Estos países están entre los 15 Estados latinoamericanos incluidos en la categoría de ‘democracias imperfectas’, a la que pertenecen un total de 59. El informe incluye 169 Estados independientes y dos territorios, y coloca por cuarto año consecutivo a Noruega en el primer lugar del conteo con 9,93 sobre 10. De acuerdo a la comparación 2014-2015, Argentina y Chile incrementaron ligeramente sus posiciones, y Ecuador y Cuba mantuvieron el mismo puntaje en el grupo de democracias con fallas” (confr., Un informe denuncia el estancamiento democrático en Latinoamérica, El País, Madrid, 23/I/2016).

Nadie. ¿De qué sirven las cláusulas democráticas? ¿Tan solo para los países que siempre se han gobernado y vivido su sociedad respetando las reglas de la democracia? Parecería que tan sólo permanecen en el *status* democrático los Estados que siendo previa o anteriormente democráticos mantienen en vigor su vigencia constitucional durante y después de las crisis y otras situaciones de emergencia o estado de necesidad. Otro sabor tienen los casos de “rupturismo” que afectan en la médula al “Estado de Derecho”. Pero si los cambios se producen dentro del cauce de la supralegalidad constitucional (el caso cercano de Paraguay con el alejamiento del presidente Lugo) no cabe instar a mecanismos de intervención supranacional ni bloqueos o sanciones económicas.

El repertorio de situaciones “intervencionistas” luce como infinito, por cuanto las confrontaciones se repiten o cambian de ropaje según las circunstancias eminentemente políticas que se suceden periódicamente. Nos permitimos “sacar de la galera” (porque lo vivimos de cerca) el caso de Panamá (1989) que no fue precisamente un dato menor, ya que llegado el tema a la Asamblea General de la OEA dio lugar a “reafirmar el respeto a los principios a la libre determinación de los pueblos y de no intervención en los asuntos internos de los Estados” y, a exhortar a los Estados a “que se abstengan de acciones unilaterales que dificulten una solución justa y negociada” a dicha crisis.

### XIII. ¿Perdió actualidad la “Doctrina Betancourt”?

Cierto es reconocer que la Doctrina Betancourt tuvo un alcance circunscrito a fines disuasivos más “golpes de Estados” que los tan frecuentemente asolaron a los países latinoamericanos. En la práctica, sus limitaciones de aplicación respondieron a sus consecuencias aislacionistas por un lado y a una imagen de intervencionismo en las situaciones políticas internas de los Estados; cuando en realidad su propósito era la defensa de las democracias republicanas y representativas. La fundamentación fue eminentemente ética y sustancialmente política; aunque no contemplaba en forma explícita la tan corriente modalidad de los “golpes desde el Estado” (sic) que se suceden con cierta frecuencia con actos de abuso de poder o de desviación de poder, por parte de regímenes que tienen legitimidad de origen pero que la pierden en la etapa del ejercicio de poder. Rómulo Betancourt quiso prolongar y profundizar lo que pensaba Rómulo Gallegos cuando asumió el gobierno de Venezuela en 1948 (el 15 de febrero, siendo derrocado el 24 de noviembre del mismo año al instalarse un régimen militar), pues ambos “Rómulos” compartían el mismo ideario. Y aún con anterioridad, en el primer gobierno de transición, en 1945, Betancourt había anticipado el criterio de que “los gobiernos libres no pueden mantener relaciones diplomáticas con los victimarios de la libertad”; mientras que Gallegos al asumir en 1948

había precavidamente aclarado que su gobierno “no participará en ningún intento de perturbar el orden público en otros países”. Ambos gobernantes fueron apóstoles democráticos: contrarios a todo sistema totalitario, despótico o tiránico, a la vez que no ocultaban su alineamiento con los EE.UU. en medio de la “Guerra fría”. El pensamiento político de Betancourt se apoyaba en la defensa de la dignidad de la persona humana, por lo que desconfiaba de quienes ante las violaciones de los derechos humanos se desentendían bajo el ropaje de “un endeble parapeto constituido por la fórmula jurídica de la neutralidad” (sic).

Es por esa razón que abría así el camino hacia la defensa “colectiva” de los derechos humanos; y en su primer mensaje ante el Congreso venezolano (el 13 de febrero de 1959, anunció el criterio rector: “regímenes que no respeten los derechos humanos, que conculquen las libertades de los ciudadanos y los tiranicen con respaldo de políticas totalitarias, deben ser sometidos a un riguroso cordón profiláctico y erradicados mediante acción pacífica de la comunidad jurídica interamericana”.

Y en la V reunión de cancilleres de la OEA (Santiago de Chile, en agosto, 1959) hizo uso de la palabra para “que se ‘arbitren fórmulas capaces de conciliar el principio de no intervención con la obligación moral y jurídica del sistema regional de tender un cordón sanitario de riguroso aislamiento en torno a los gobiernos despóticos”. Tan fuerte era su convicción al respecto que exclamaba la bondad del “aislamiento profiláctico” de la comunidad interamericana de los gobiernos dictatoriales de derecha e izquierda porque era el medio más adecuado para disuadir a los presuntos o potenciales “golpistas” (sic). Así lo confirmó enfáticamente con la ruptura de las relaciones diplomáticas con Argentina a raíz del derrocamiento del presidente Frondizi (marzo de 1962); del mismo modo aunque por razones diferentes rompió relaciones con el gobierno cubano de Fidel Castro con el argumento que su alineamiento comunista con la URSS se acompañaba con guerrillas y actos perturbadores para el hemisferio, que amenazaban la estabilidad de los estados democráticos. ¡Toda una definición! De igual sustento —pero con otras situaciones ideológicas de por medio— en las presidencias de Betancourt y de Leoni se rompieron relaciones con Perú (1962), Guatemala (1963), Haití (1963), Ecuador (1963), Dominicana (1963) y Honduras (1963); no habiendo cundido esa política por parte de otros países que optaron por el reconocimiento liso y llano de los gobiernos de facto. Pero no obstante esa ausencia de “sanciones colectivas” ante el golpismo, el espíritu ético de la doctrina basada en la defensa de la democracia constitucional y la dignidad de la persona en el goce de los derechos humanos se hizo presente en pronunciamientos de la OEA (Cartagena, 1985, Washington 1992, Compromiso de Santiago de Chile 1991 y las sucesivas “Cumbres” a partir de Miami (1994) y Quebec (2000).



En nuestra modesta opinión, los puntos incluidos en la “Declaración de Santiago” fueron precursores de la “Carta” de Lima (año 2001) (3) que han suscripto todos los Estados con la excepción de Cuba. Es pertinente observar —además— que con el régimen venezolano de Chávez y Maduro no se ha procedido (como debería corresponder) respecto de lo resuelto en la “Cumbre” de Quebec con la cláusula que estipula “que cualquier alteración del orden democrático en un Estado del hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbre de las Américas” (4).

**XIV.** A manera de síntesis. Aunque resulte desilusionante, debemos confesar que la experiencia histórica (latinoamericana en especial) no brinda una respuesta concluyente, más allá del peso que pudieron tener las declaraciones de estadistas como Eduardo Rodríguez Larreta (Uruguay), el Presidente Rómulo Bentancourt (Venezuela) que al iniciar su período presidencial 1959-1964 proclamó la que se ha dado en llamar “Doctrina Bentancourt”, a saber: “Solicitaremos cooperación de otros gobiernos democráticos de América para pedir, unidos, que la Organización de Estados Americanos excluya de su seno a los gobiernos dictatoriales porque no sólo afrontan la dignidad de América, sino también porque el Artículo 1 de la

---

(3) En esa reunión —con presencia de Betancourt— se enumeraron los siguientes requisitos mínimos para tomar en cuenta, a los efectos de la calificación y evaluación debida a los regímenes “democráticos” del sistema interamericano: “1. El principio del imperio de la ley debe ser asegurado mediante la independencia de los Poderes y la fiscalización de la legalidad de los actos del gobierno por órganos jurisdiccionales del Estado. 2. Los gobiernos de las Repúblicas Americanas deben surgir de elecciones libres. 3. La perpetuación en el poder, o el ejercicio de éste sin plazo determinado y con manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio efectivo de la democracia. 4. Los gobiernos de los Estados Americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. 5. Los derechos humanos incorporados en la legislación de los Estados Americanos deben ser protegidos por medios judiciales eficaces. 6. El uso sistemático de la proscripción política es contrario al orden democrático americano. 7. La libertad de prensa, de la radio y la televisión, y en general la libertad de información y expresión son condiciones esenciales para la existencia de un régimen democrático. 8. Los Estados Americanos, con el fin de fortalecer las instituciones democráticas, deben cooperar entre sí en la medida de sus recursos y dentro de los términos de sus leyes para consolidar y desarrollar su estructura económica, y con el fin de conseguir justas y humanas condiciones de vida para sus pueblos”. Es dable entender que los puntos señalados en esa reunión celebrada en Santiago de Chile fueron tenidos en cuenta al tiempo de aprobarse la “Carta” de Lima (año 2001).

(4) Véase: GUERON, C., *La Doctrina Betancourt y el papel de la teoría en la política exterior*, Ed. Politeia, Instituto de Estudios Políticos, UCV, Caracas, 1972; CALVANI, A., “La política internacional de Venezuela en el último siglo”, en *Venezuela moderna*, Caracas, 1979, Ed. Ariel; Rodríguez, Frank, “La Doctrina Betancourt: entre el realismo y principismo político”, en *Tiempo y Espacio* N° 56, v. 21, Caracas, 2011 (ISSN 1315-9496; y diversos libros del propio Betancourt).



Carta de Bogotá, acta constitutiva de la OEA establece que sólo pueden formar parte de este organismo los gobiernos de origen respetable nacidos de la expresión popular, a través de la única fuente legítima de poder que son las elecciones libremente realizadas. Regímenes que no respeten los derechos humanos, que conculquen las libertades de sus ciudadanos y los tiranice con respaldo de las políticas totalitarias, deben ser sometidos a riguroso cordón sanitario y erradicados mediante la acción pacífica colectiva de la comunidad jurídica internacional” (5).

Pero el principio de “no intervención” sigue presente en normas tan importantes como la Carta de la OEA, que en un par de artículos expresa imperativamente:

“Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen” (Cap. IV, art. 19).

“Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza” (Cap. IV, art. 20).

Hay que tener presente que con anterioridad ya contenían pronunciamientos sobre el principio de “no intervención” en la Séptima Conferencia Internacional celebrada en Montevideo que aprobó la “Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados” (año 1933) y el “Protocolo Adicional relativo a la No Intervención” (año 1936) bajo la égida del Canciller Saavedra Lamas, quien preconizaba el principio de la “libre determinación de los pueblos”. Como ha señalado la Prof. Beatriz M. Ramacciotti en su aporte “Hacia un derecho internacional de la democracia” (Agenda Internacional, año 2009, N° 27, ISSN 1027-6750) se han aprobado algunas decisiones de avance hacia las “acciones colectivas” (Resolución AG/RES 1080, año 1991) y la Reforma de la Carta en 1992 para posibilitar la “suspensión” en caso de derrocamiento por la fuerza de un gobierno surgido de elecciones; pero también se han producido rechazos

---

(5) El propio Bentancourt la calificó como “un cordón sanitario” frente a las dictaduras, fueron éstas de derechas o de izquierdas. Se trataba de hacer “entrar en acción” a la OEA y de que USA y los demás regímenes realmente democráticos no se mimetizaran con la actitud de Poncio Pilatos. Tal como subrayó Álvaro Vargas Llosa, la orientación del presidente venezolano se dirigía a que “la política exterior debía regirse por una cierta ética”; y esto molestaba a dictadores, extremistas y demagogos populistas, al punto que varios de ellos alentaron u organizaron atentados contra Bentancourt (Trujillo desde Santo Domingo y Castro desde Cuba).

terminantes como el de México, en 1992, con motivo de la aprobación del “Protocolo de Washington” por parte de la XVI Asamblea General Extraordinaria de la OEA, declarando entonces que: “México expresa su más rotundo rechazo a todo intento de perturbar el orden constitucional en cualquier país. Manifiesta, asimismo, su profundo compromiso con la democracia y con el perfeccionamiento de nuestros sistemas políticos. Pero reitera que no es aceptable que se den al organismo regional poderes supranacionales e instrumentos de intervención en los asuntos internos de nuestros Estados. El Gobierno de México sostiene que no es por la vía del aislamiento, suspensión o exclusión, que se puede coadyuvar a la preservación y fortalecimiento de la democracia en nuestro continente. De ahí que considere que los textos sobre suspensión de Estados Miembros, aprobados aquí el día de hoy, modifican el propósito original de nuestra Organización. En consecuencia, el Gobierno de México deja constancia de su desacuerdo con estas reformas a la Carta, aprobadas”.

Existen —obviamente— disparidades conceptuales, ya que mientras por un lado se manifiesta el acatamiento al clásico principio de la “no intervención” a todo evento; por otra parte se abre la compuerta a la acción directa, aunque se bifurcan los caminos para tan delicado y complejo curso de acción pues mientras perdura para algunos el mal recuerdo de las “intervenciones unilaterales”, surge una mayor contemplación en caso de tratarse de una “acción colectiva” a través de mecanismos puestos en funcionamiento por la vía de los órganos y demás cuerpos competentes de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En la doctrina de los autores —y en el lenguaje de la diplomacia—, estos procedimientos estarían admitidos bajo la denominación de “acciones colectivas prodemocráticas”, que no significarían violaciones al principio de la “no intervención”.

Nos preguntamos: ¿es realmente así?; ¿es más “lícita” una intervención colegiada, invocando parámetros de compleja mensurabilidad como las figuras institucionales atinentes a “la democracia”, la “legitimidad popular”, los “derechos humanos”, el “autoritarismo”, el “totalitarismo”, la “paz interior y exterior”, etc.? Y de repente aparece el viejo adagio: ¿quién controla al control? (¿quién custodia al custodio?).

Todos estos interrogantes conducen a la angustia que puede irradiar una impotencia del derecho para afrontar la solución del problema cuando éste se convierte en conflicto: ¿cómo, cuándo y cuánto puede el derecho regular el curso que va tomando una “acción de intervención (unilateral o colectiva)? Lo que nos mueve a la existencia (o inoperancia) de un Tribunal o Corte que asuma la incumbencia de fijar límites o paralizar las acciones proyectadas o ya emprendidas. La historia del “intervencionismo” es variopinta: predomina la impresión de que en ese último resquicio se

evapora la razón y prevalece el “decisionismo” de los gobernantes de los Estados intervencionistas.

Los problemas han sido más fuertes que las amenazas: ¿de qué sirvieron las famosas —y declamatorias— “sanciones” que la Sociedad de las Naciones aplicó a Italia con motivo de su intromisión en Etiopía, a mediados de los años treinta?

Mis conclusiones son las siguientes:

1º) El paso de advertencia es necesario tomarlo antes que la consumación de los hechos y la aplicación de la fuerza. Suspender las relaciones y el trato diplomático entre Estados tiene un sentido político que concierne de gobierno a gobierno. Hay que evitar que el pueblo del Estado afectado lo somatices como un castigo a la sociedad en todo su conjunto, cuando en realidad el signo es el de la repulsa a políticas y actos que sean inadmisibles para una coexistencia pacífica. Llevar al aislacionismo o al bloqueo crea martirologios que los esgrimen los causantes para exculparse y los sufren los habitantes con sus necesidades insatisfechas.

2º) En América Latina es muy débil el “déficit” de la educación cívica y de la cultura política de gobernantes y gobernados; lo que torna más difícil encarar y solucionar las situaciones de hecho que incuban luego problemas graves para ser resueltos por el derecho y por los tribunales internacionales o regionales. Quizás debamos concederle el acierto al gran escritor André Malraux —Ministro de Cultura del gobierno de Charles de Gaulle— cuando en diálogo amical entre ambos le expresó al ex Presidente: “no es que los pueblos tienen los gobiernos que se merecen, sino que más propiamente puede advertirse que los pueblos tienen los gobiernos que se le parecen” (sic).

3º) Es correcto que la política exterior argentina haya recuperado la coherencia de no acercamiento con los regímenes que violan sistemáticamente los derechos humanos e infringen los principios más elementales que dan basamento al Estado constitucional de derecho y a las reglas internacionales. No se debe pontificar por dentro lo que no se ve respetado afuera. El caso más reciente —y viene de larga data— es el de nuestras relaciones con los gobiernos de Hugo Chaves y Nicolás Maduro, que el nuevo gobierno argentino ha censurado, apartándose así de las complicidades habidas durante las gestiones Kirchner. La nueva actitud es la correcta. Y es así: que con fecha 24/I/2016 el presidente de Venezuela, Nicolás Maduro, acusó a su par argentino, Mauricio Macri, de “agredir” a su país. “O nos respetamos todos o se acabó esta historia. Pido respeto a Venezuela, a la patria de Bolívar. No se metan con Venezuela”, dijo el mandatario, durante un acto partidario. La reacción respondió a la advertencia que Macri hizo en Davos, en la semana anterior: “Venezuela se ha distanciado del respeto a los derechos humanos”.

Maduro calificó al nuevo gobierno argentino de “oligarquía” y advirtió que “se han roto las reglas del juego y nosotros somos los que mantenemos las reglas del juego de la paz y la democracia”.

El presidente argentino también se había referido en Suiza a la situación de los presos políticos en Venezuela. “La vocación de este gobierno es que en Venezuela se respeten las libertades y que los que participan en política no estén en la cárcel sin causas; hemos pedido que se revea esa situación”.

Actualmente, la oposición venezolana denuncia que hay más de 77 presos por ser adversarios del gobierno. El caso más resonante es el de Leopoldo López, que fue encarcelado luego de dirigir una protesta en febrero de 2014.

*Last but not least.* Los cambios registrados en la literatura doctrinaria se pueden ver comprobados con la evolución que exhiben a través del tiempo los dictámenes y resoluciones emitidos por el “Comité Jurídico Interamericano”, que es uno de los órganos principales que incorporó la Carta de la OEA (año 1948, aunque el CJI data de su creación en 1906) y que se ha expedido en varias ocasiones sobre el tema que abordamos (6). Desde su pronunciamiento en

---

(6) Tuvimos el honor de formar parte del CJI (de 1985 a 1992) y de presidirlo en su sede de Río de Janeiro. Con anterioridad a mi actuación en ese cuerpo, el mismo tuvo oportunidad de abocarse en varias ocasiones. Así, por ejemplo, en Dictamen del 23 de octubre de 1959 relacionado con el art. 15 de la Carta de Bogotá (OEA), especificando como “intervención” a “cualquier forma de injerencia o de tendencia atentatoria a la personalidad del Estado o a los elementos políticos, económicos, sociales y culturales que la constituyen”, incluyendo “las actas de coacción que directamente tiendan a imponer otro país, organización o gobierno determinado, así como los actos destinados posteriormente a mantener la situación impuesta” y la “acción que pretenda obligar a un Estado a admitir la interferencia a actividades de otro Estado en su administración de justicia o en cualquier otra esfera de su competencia exclusiva”. En opinión de los relatores Dres. Francisco Villagrán Kramer y Seymour Rubin, la “exclusividad” era el parámetro que jurídicamente permitía deslindar los alcances de la intervención entre los Estados y las organizaciones internacionales y, además, distinguir entre actos ilícitos y actos permisibles.

Con ulterioridad, el 23 de septiembre de 1965 el CJI vuelve al tema con un Dictamen sobre las diferencias entre “Intervención” y “Acción Colectiva”, a fin de dejar en claro la relación entre el principio de la “igualdad” de los Estados y la “no intervención” toda vez que “si los Estados son iguales ninguno de ellos puede pretender intervenir en los demás, es decir, ninguno puede pretender asociarse fecundamente, pues cada uno gozará de los mismos derechos”. De ahí, señaló “que la Carta de Bogotá comprende los dos conceptos —intervención y acción colectiva—, por lo que ha sido necesario crear un orden jurídico que garantice el respeto de los principios en que se basa la existencia de cada Estado y la de la comunidad internacional”.

“Ha habido —agregó— que crear un poder en el campo internacional para que se mantenga un régimen de derecho. En ese poder los Estados han delegado o depositado algunos de sus facultades primordiales con el objeto de obtener que hay una autoridad imparcial y fuerte a la que corresponda velar por el cumplimiento de las normas jurídicas esenciales.

la Conferencia de Chapultepec (1945) donde se manifestó que la facultad de apreciar si un gobierno era democrático o no, significaba un acto de “intervención” en los asuntos internos; hasta la Resolución del 23 de marzo de 1995 (CJI/RES. I-3/95) en el sentido de que el derecho a la elección del sistema político, económico y social de cada Estado en su propia organización es “un derecho que no puede amparar la violación del principio y la obligación de ejercer efectivamente la democracia representativa en dicho sistema y organización; se toma nota de los vaivenes que la “cuadratura del círculo” ofrece en distintas circunstancias del momento político (véase, al respecto, la publicación del CJI titulada “La democracia en el Sistema Interamericano”, Washington D.C., 1998). En igual sentido y para mayor ilustración, adjuntamos como Anexo del presente, el texto de la “Carta Democrática Interamericana” que aprobara la OEA en el año 2001, que enfatiza las concomitantes exigencias de una paralela vigencia en

---

A eso responde la seguridad colectiva. Tal es su finalidad”. Luego, concluyó sobre este tema señalando que la acción colectiva es legítima; pero no perdieron la oportunidad de expresar sus reservas en cuanto al uso de la “fuerza” para establecer la democracia. El párrafo en cuestión expresaba que “atribuir a la OEA la misión de interferir en la composición de los gobiernos de los países miembros y respaldar las facultades correspondientes por medio de la fuerza armada, sería grave error. Ello no contribuiría a fortalecer el sistema interamericano; al contrario, lo debilitaría, porque le traería apasionadas y tenaces resistencias en la opinión pública”.

Y no podemos omitir el Dictamen del 12 de febrero de 1974 de examen de todos los antecedentes registrados por la OEA como así también las Resoluciones emitidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas atinentes al tema de la “intervención”, que permitieron sumar a lo dicho la mención de actos que implican “intervención” por parte de los Estados en otros Estados, más allá de las formas tradicionales, sino nuevas situaciones, entre ellas: “la coacción, el suministro de armas por un Estado a grupos armados que actúan en el territorio de otro Estado, las demostraciones de fuerza tendientes a presionar a los Estados, y la presencia de naves de guerra de un Estado en aguas vecinas de otro”.

Creo necesario y justo destacar que todos los miembros del CJI de la OEA han sido muy cautos en sus relatos como en los dictámenes suscritos por el cuerpo, en cuanto a la recomendación de “sanciones” y, en especial, lo relativo al uso de la fuerza, entendiendo que ésta no es imperativa ni automática, sino una medida extrema y como último recurso (“a measure of last resort”). En opinión compartida de los dos juristas mencionados ut supra (Villagrán y Rubin) “ello es así por cuanto la incompatibilidad en un determinado momento entre la suspensión o interrupción del régimen de la democracia representativa en un Estado miembro y, su carácter de miembro en dicho Consejo, apareja un efecto jurídico y político que no invade la esfera doméstica de dicho Estado, sino tan sólo su relación temporal con el resto de los países miembros. No se trata de usar la fuerza para restablecer el principio de la legalidad ni tampoco de incursionar en terrenos del principio de autodeterminación. El efecto se produce en el seno de la estructura internacional, y toma la forma de suspensión temporal del derecho de membrecía del Estado en el que se produce violación del principio de legitimidad y con ello, de la vigencia de los derechos políticos de sus nacionales” (Documento CJI/SO/II/doc.13/91 del 24/VII/1991; y de este texto hay una segunda versión de fecha 13/VIII/1992 ampliatoria con la crisis institucional de Haití, presidencia de Jean-Bertrand Aristide, derrocado en septiembre del año anterior).

DEMOCRACIA de su legitimidad de “origen” y la legitimidad de “ejercicio” de todo gobierno que se precie de tal. Pero querer combinar los principios de legitimidad con no intervención, con autodeterminación, sumándole las medidas colectivas, da la impresión de un cóctel jurídico-político tan complejo como la combinación del agua con el aceite sumándole la nafta y prendiéndole un fósforo... (Sin comentarios).

Emplazados a actuar, nos topamos con el imperativo de las ideas, que confrontan con los condicionamientos que ponen las realidades fácticas. ¿Es la puja entre David y Goliat? ¿Cuántos “golpes desde el Estado” reiteradamente consuman gobernantes pseudo-democráticos? En el meollo de la cuestión está presente el orden de los comportamientos y de las actitudes antes que el orden de los preceptos; y ello vale tanto para los Estados como para los organismos internacionales o regionales. En el documento elaborado por los miembros del CJI Villagrán y Seymour (citados *ut supra*) expresan que “no pueden desconocerse los factores políticos que, en unos casos, impulsan el cumplimiento de los deberes y, en otros, los enervan”; y esa verificación está siempre presente, no obstante que “los propósitos” y “los principios” que emanan de la Carta de la OEA no deberían ser de ejecución potestativa sino “claramente mandatoria”, para su destino de producir consecuencias jurídicas, pues al decir de los citados juristas “los Estados asumieron, al establecer esos propósitos y adoptar esos principios el deber de concurrir a instrumentar dichas normas”, por lo que la OEA tiene “por consiguiente la potestad requerida para instrumentarlas y, a la vez, los Estados el deber de expedir su cumplimiento” (sic).

Para cerrar, una nota de humor, que ayuda a comprender la problemática de esta “cuadratura del círculo”, con un “dejo” de ironía mordaz —casi sarcástica—, con que fue visualizada la suerte de los organismos internacionales (y también los regionales), a propósito de sus posibilidades de solución de los conflictos; y que dice así: “en caso de conflicto entre dos estados, uno grande y uno chico, desaparece el chico. En caso de conflicto entre dos estados chicos, desaparece el problema. En caso de conflicto entre dos estados grandes, desaparece la ONU”.

Se atribuye a distintas fuentes, pero quedó estampada en una intervención del entonces Embajador del Perú ante las Naciones Unidas, en plena “Guerra Fría”, para poner en evidencia la escasa gravitación de los estados pequeños y más débiles. En esa oportunidad la sagaz “ecuación” de Víctor Andrés Belaúnde —que había presidido la Asamblea General y el Consejo de Seguridad— fue más lejos aún, pues ante la moción de cinco estados pequeños se impuso el veto de los cinco grandes (USA, China, Francia, Gran Bretaña y la URSS) y el texto en cuestión “desapareció”, a lo que Belaúnde sacudió un fuerte reproche: “la ONU es una institución en la que siempre

---

hay algo que desaparece” (7). Algo semejante al ambiente que décadas antes se había vivido en la “Liga” o “Sociedad de las Naciones” a partir del Tratado de Versalles y que se esfumó en rotundo fracaso ante el inevitable desencadenamiento de la hecatombe conocida como la Segunda Guerra Mundial. *Finis coronat opus.* ◆

---

(7) Confr., TRAVIESO, Juan Antonio, “Derecho Internacional Público”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 861; Contracorrientes en Turtle Bay, publicado por Kathleen Telsch en el “New York Times” (1970). Las anécdotas del Embajador Belaúnde (1883-1966) corresponden a la década de 1960.





# PROPIEDAD Y HERENCIA

POR MARIANO GAGLIARDO (\*)

1. Cada época de la historia tiene su grandeza y avatares, según la misión que le toca cumplir en la vida y con las dificultades que está llamada a enfrentar y resolver. A propósito de lo cual, los títulos que motivan esta comunicación tienen una variedad de matices y delicadas connotaciones, cuyo análisis y valoraciones exceden el mero marco jurídico.

Lo más simple que acerca de tales enunciados cabe decir, es que se trata de nociones legales que reciben tal calificativo por ser objeto de consideración en el Código Civil y Comercial. Sin embargo, las reflexiones sobre tales temas están vinculados con los propios orígenes de la humanidad. Y, además, propiedad y herencia son signos de pertenencia. O dicho en otros términos, la herencia es contenido de la propiedad.

Como fuere, el continente, la propiedad es una narración evolutiva de la humanidad.

Es que lo relativo a la herencia y en particular a la propiedad, fueron tratados con el severo peligro e inconveniente de la pasión y bajo un desmesurado interés negativo, desplazando el lugar que sólo corresponde a la razón y a los principios.

Hoy, el enfoque de las cuestiones centrales tiene otro cauce. Mientras que en su día, los conservadores invocaban la realidad; los revolucionarios o los socialistas presentaban enfrente de aquélla, soluciones idílicas que no tenían fundamento, valor, ni practicidad.

En estos tiempos, ya no se plantea así la cuestión.

El sustento racional de la herencia se liga al de la propiedad; es corolario del poder de disposición que integra el concepto de dominio que corresponde al propietario.

---

(\*) Comunicación del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de abril de 2016.

El principio de la propiedad integra la personalidad humana; el individuo, desprovisto de todo poder exclusivo sobre los bienes no puede alcanzar ningún destino humano.

Vale en lo expuesto, una antigua afirmación, en el sentido de que “lo mío jurídico es aquello con lo cual estoy tan íntimamente ligado, que el uso que otro pudiera hacer de él, sin mi consentimiento, me desgarraría”.

Es que la privación del derecho de disposición exclusiva y excluyente de los bienes significaría algo como una desintegración de la personalidad.

Y, de la misma manera, reconocida la facultad de disponer, debe abarcar el doble título: entre vivos y por causa de muerte. La subsistencia y persistencia de la personalidad (humana) después de la muerte, funda de manera inexorable el derecho de la sucesión hereditaria.

2. La propiedad es uno de los institutos jurídicos más antiguos y generales de la humanidad. Cabe recordar que sus orígenes datan de la más alta antigüedad: surge con la humanidad y con transformaciones más o menos profundas y subsiste hasta la actualidad. Sirve de aliciente y estímulo a la variada producción y al adelanto de las ciencias y progreso de las naciones.

La controversia acerca de la misma es ancestral, como el tiempo.

Se trata de una figura que ha dado lugar a discusiones y críticas de toda clase. Los ataques han sido despiadados, pues se la consideró fuente de desigualdades sociales. Las observaciones han sido económicas y sociales, pues, por un lado, se postuló la supresión absoluta mientras que otros insistían en una transformación en su organización, llegando así, a la propiedad colectiva. El quid pasó por la repartición de la riqueza y se centró en la organización individualista.

Es preciso tener en cuenta que la propiedad individual es un hecho histórico, extremadamente antiguo; que su organización actual es el resultado de una lenta evolución y creció en medio de múltiples vicisitudes. Por estas razones y muchas más se debe tener cuidado de no tratarla con ligereza, pues la experiencia corrobora que un pueblo no rompe voluntariamente con sus tradiciones y orígenes. Los pueblos que olvidan —decía Avellaneda— pierden la conciencia de sus destinos.

La propiedad individual justifica ampliamente su existencia por los servicios que ella ofrece a la humanidad. La prueba de dichos servicios se logra comparando entre sí los pueblos que la han practicado con aquellos que no han mantenido la propiedad individual.

Es que la propiedad individual y libre es para las sociedades civilizadas, de poblaciones compactas, una real necesidad económica.

La propiedad privada y su concepción como tal es de la esencia y correspondencia con un sistema republicano y democrático, que respete las garantías constitucionales. Por el contrario, las pautas que anteceden no se compadecen con la utopía marxista-bolchevique, donde se decía que el verdadero reino de la libertad “comenzará cuando se suprima el derecho de propiedad en todo el proceso económico y social”. Es decir, cuando la situación de la producción y de los bienes de consumo y su reparto, fueran determinadas por un centro planificador.

3. Tal como se anticipó, la propiedad privada se enraíza con la naturaleza humana y, a pesar de los inconvenientes que ha padecido, es una institución que ha logrado trascender, más allá de las doctrinas y, posiciones que la han denostado.

Una fugaz referencia a las etapas que atraviesa la propiedad permiten comprender su desenvolvimiento a lo largo del tiempo, comprendiendo, ciertamente, los problemas y temas que en su evolución, la han aquejado.

La propiedad colectiva, en la cual el poseedor tiene el uso y goce de ella durante un cierto tiempo; propiedad familiar, donde el uso y goce corresponde a la familia y se transmite de manera hereditaria a los hijos varones o vuelve al Estado, de no mediar descendencia y, finalmente, la propiedad individualista, tal la concepción de nuestro régimen civil.

Cabe señalar que la impronta respecto de la propiedad privada ha sido tan fuerte y persistente que en su día se irradió en los antiguos pueblos de la humanidad, en particular en civilizaciones no propiamente humanistas, al decir del académico Manuel Río (1), que en algunos pueblos, el derecho de propiedad privada fue sancionado expresamente, del modo más grave. En Éxodo (2) y Deuteronomio (3) se lee: “No robarás”. Y, más adelante, se dice: “No codiciarás la casa de tu prójimo, ni su servidor, ni su servidora, ni su buey, ni nada de lo que es suyo”.

Dice Río que, a pesar del valor y de la fuerza de las realizaciones del derecho de propiedad en las sociedades no específicamente humanistas y, muy en particular, en el pueblo hebreo, es lo cierto que aquel derecho cobró plenamente su carácter de institución y alcanzó el desenvolvimiento sistemático de sus posibilidades a través de las civilizaciones humanistas, esto es, griega, latina y occidental-cristiana.

---

(1) El Derecho de propiedad privada componente necesario de la civilización humanista.

(2) Éxodo, 34.26 y s.s.

(3) Deuteronomio, 6.14 y s.s.

Y en este panorama, forzoso es referirse a un famoso y perdurable pensador, Aristóteles de Estagira.

Hasta donde sabemos, la historia no ofrece otro caso, de concurrencia, como maestro y discípulo, de dos genios igualmente extraordinarios —se alude a Platón—, y entre los cuales nadie se atrevería a discernir a uno el primado sobre el otro.

Sin mengua de la veneración que tuvo siempre por su maestro, Aristóteles acabó por oponérsele en todos los problemas en que su genio le señalaba una solución distinta, y particularmente, en lo que desde entonces fue el punto central de división entre platónicos y aristotélicos, o sea en la teoría de las ideas.

Con relación a la propiedad, el Estagirita tenía ideas muy claras y precisas: decía que, “la posesión de un artículo es un instrumento para la vida; la propiedad en general es una colección de instrumentos...”; agrega en otros párrafos de su obra *Política*: “...propiedad es un término que usamos en el mismo sentido que parte y lo que es parte no sólo es parte de otra cosa, sino que lo es absolutamente, y del mismo modo también lo que es objeto de propiedad...” (4).

Y destacaba en el valor de la propiedad, las dificultades para organizarla, rescatando la importancia de la propiedad individual y privada (5).

Años después, siglo XVIII, un insigne pensador francés cuya obra se desarrolla en la corriente de la Ilustración como el Barón de Montesquieu, argumentaba (6) que “no deben arreglarse por los principios del Derecho Político las cosas que dependen del Derecho Civil” y, del mismo modo que los hombres han renunciado a su independencia natural para vivir bajo leyes políticas, han renunciado a la comunidad natural de bienes para vivir bajo leyes civiles. Las primeras leyes —alude a las políticas— les aseguraron la libertad, mientras las segundas la propiedad. Es preciso —decía— no decidir por las leyes de la libertad, que, como sabemos, no es más que el imperio de la ciudad, lo que debe ser decidido por las leyes que convienen a la propiedad.

4. No podemos desconocer que, en la evolución de la propiedad han existido francos retrocesos, frutos de un socialismo científico, basados en ideas extraviadas que aun con discrepancias entre ellas, aspiraban a una transformación radical en las raíces socioeconómicas del dominio.

---

(4) ARISTÓTELES, “Ética Nicomaquea”. *Política*, Porrúa, México, 1985, n° 70, p. 161.

(5) Ob. cit. Libro Segundo, p. 177.

(6) “El espíritu de las leyes”, Madrid, 1906, t. II, Cap. XV.

Por su marcada trascendencia y abismal derrumbe, mucho tiempo después se llegó a cambiar una civilización e incidir en la geopolítica mundial. Se alude a los tristes sucesos del activista revolucionario con tangibles consecuencias históricas que fuera Karl Marx. No es del caso reseñar su obra y el contenido de su ideología, adoptada por algunos de sus seguidores y adeptos; más de su amistad intelectual con Friederich Engels, la aspiración conjunta, basada en la crítica sistemática del orden establecido y el descubrimiento de leyes objetivas que conducirían a su superación, aspiraban a que la fuerza de la revolución sería la forma de acabar con la civilización burguesa.

Un panfleto revolucionario como el Manifiesto Comunista y su posterior doctrina económica plasmada en *El Capital*, señaló la explotación del trabajador, patente en la plusvalía y, en lo que se refiere a la propiedad privada, su propuesta era abolir la disposición de los medios de producción proceder a la repartición igualitaria de la riqueza y activar el objetivo último de la revolución socialista que añoraba, la emancipación definitiva y global del hombre; así, completaría la emancipación jurídica y política realizada por la revolución burguesa, cuya etapa instrumental sería la dictadura del proletariado, paso previo a la fase comunista en la que, desaparecidas las contradicciones de clase, no sería necesario el poder del Estado.

Opinaba Marx: “El Derecho es la voluntad de la clase dominante erigida en la ley”. Recuerda Bidart Campos en un valioso opúsculo (7), que según Marx entre las formas de producción y el derecho que ellas determinan, se interpone la ideología de la clase dominante y es esta ideología la que, como resultado de las relaciones económicas, determina a su vez, al derecho configurado por la clase dominante. Mediatemente, pues, el derecho proviene de la economía a través de la clase que es producto de ella.

Así, Marx aborrecía al orden jurídico y todos sus sucedáneos, por caso, la propiedad privada.

Uno de los tantos desaciertos de la doctrina marxista resultó aniquilar o empequeñecer la disponibilidad libre y voluntaria del hombre sobre las fuerzas naturales, materiales y económicas, con anulación o atrofia de su libre albedrío.

Debe señalarse que el tema de la familia había preocupado a Marx y Engels. Ambos formularon una crítica del matrimonio y la familia de la sociedad “burguesa”. Ambos los vincularon al régimen de la propiedad privada y los consideraron consecuencia y expresión del sistema económico que objetaban. Pero mientras para dicho régimen propugnaron una solución

---

(7) “Marxismo y Derecho Constitucional”, Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 14 y ss.

—la colectividad de los medios de producción— para la familia omitieron indicar alguna.

Engels, por lo demás, escribió: “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado” y en sus consideraciones negativas, propiciaba, destruir la familia que existía sin trazar líneas para edificar algo nuevo, postura similar a la que resultaba del Manifiesto Comunista.

En el marco de los disensos entre socialistas utópicos, es del caso citar a Pierre Proudhon, autodidacta y autor de un libro revolucionario llamado *La propiedad es un robo* y en su brillantez intelectual, fue autor de una renombrada frase: “Saber para preveer, preveer para prevenir”. Su obra más destacada fue *Filosofía de la miseria o sistema de las contradicciones económicas*, donde se opone al socialismo y comunismo, por considerar que en estos sistemas, el hombre pierde su libertad, entendiendo que la sociedad ideal es aquella en la que el individuo tiene el control sobre los medios de producción.

Mas no han sido sólo estas ideologías las que pretendieran minar o bien desterrar a la garantía y efectividad de la propiedad. En el panorama de nuestra historia y del mundo en general, una serie de modalidades en el vasto concepto de la propiedad y en sus variadas versiones, denotan tendencias políticas que nos enfrentan al concepto de la propiedad individual, se levanta —como se dijo— la propiedad socializada. La frase “socialización de la propiedad” no tiene un sentido unívoco. *Lato sensu* indica que el propietario no puede disfrutar de sus bienes sin tener en cuenta la sociedad de que él mismo forma parte. En un sentido más avanzado, la anulan para transferirla al Estado o a corporaciones públicas.

Es realmente trascendente el mensaje cristiano respecto de la propiedad privada plasmado en importantes encíclicas papales que aunadas conforman la Doctrina Social de la Iglesia.

Tan ponderado análisis, inédito en un enfoque jurídico en nuestro medio, fue realizado en un destacado estudio del académico Alberto Rodríguez Varela (8), quien en un esfuerzo de síntesis, comenta y reflexiona acerca de los variados enfoques que sobre la materia formularan distintos pontífices.

Señala, por sobre todas las cosas, que el orden natural, que deriva de Dios, requiere de la existencia de la propiedad privada y es, en las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino, donde se consolida el derecho de propiedad privada como derivación de la ley natural.

---

(8) Cfr. “Empresa y Doctrina Social de la Iglesia”, en Tratado de la Empresa, Directora A.I. Piaggi, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 718, ap. V.

Recuerda Rodríguez Varela, en línea de pensamiento con su análisis que fue León XIII, en el año 1891, quien advirtió que “para todo orden económico y social normal debe ponerse como fundamento inconcuso el derecho de propiedad” y fue Juan XXIII quien refutando dudas y desviaciones, precisó que “el derecho de propiedad privada de los bienes, aun de los improductivos, tiene valor permanente, precisamente pues es derecho natural fundado sobre la prioridad ontológica y de finalidad de los seres humanos particulares respecto de la sociedad”.

Por su parte, rememora Joseph Höffner (9) que las razones dadas por la doctrina social cristiana a favor del orden de la propiedad privada se remontan en parte a Aristóteles y Santo Tomás de Aquino y, en su sustancia “no proceden en modo alguno de la Ilustración” y fueron sistematizadas e interpretadas “sobre todo por León XIII, Pío XI y Pío XII”.

Dice Höffner (10) que cuando Von Ketteler predicó el 19 de noviembre de 1848 en la catedral de Mainz su célebre sermón sobre la propiedad, interpretó por extenso los correspondientes textos de la Summa Teológica.

A raíz de esta obra insustituible, cito a dos autores “tomistas” que interpretaron cabalmente al conocido “Doctor de la Iglesia”. Uno es José F. Pieper (11), para quien el daño en los bienes a una persona derivan numerosas especies de atentados a la justicia, que son otras tantas violaciones al derecho de propiedad. Este derecho ha dado lugar a muchas controversias, algunos lo han negado, pero no por ello deja de ser un auténtico derecho y es un derecho natural.

El otro autor es un notable estudioso del pensamiento político del Aquinate, Eustaquio Galán y Guitierrez (12), quien con resonancias claramente aristotélicas recuerda que Santo Tomás despliega una argumentación racional para justificar la propiedad privada.

Y en el pensamiento intelectual a través del tiempo, por distintas circunstancias, es del caso citar a un jurista como León Duguit, notable y prolífero publicista, para quien la solidaridad social era el sustento y la única fuente del derecho y, sin abandonar del todo la concepción individualista de la propiedad como un derecho absoluto, la presentaba, como un derecho

---

(9) “Doctrina Social Cristiana”, RIALP, Madrid, 1964, p. 219 y s.s.

(10) Ob. cit. p. 228.

(11) “Introducción a Tomás de Aquino”, Rialp, 3º ed., marzo 2000, p. 551.

(12) “La Filosofía Política de Sto. Tomás de Aquino”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

conferido, ante todo en miras de una función social que el propietario debe cumplir (13).

El autor referido estuvo en nuestro país entre agosto y septiembre de 1911, y se desconoce primero si hablaba lengua hispana y, en segundo lugar, si tuvo oportunidad de tomar contacto con el entonces vigente Código de Vélez.

Pero está claro cuál era su idea acerca de la propiedad.

Y esta aclaración viene al caso pues en oportunidad de presentarse el Código Civil y Comercial, en el año 2014, una de las co-redactoras, sin mayor sustento, le atribuyó a la obra de Vélez el calificativo de “Código aristocrático”.

Nada más inapropiado pues la ideología de Vélez está bien expuesta en una interesante monografía jurídica del académico Pedro León (14), donde destaca la firme adhesión de Vélez a la religión católica, de relieve en sus ideas y formulación —entonces— acerca del matrimonio y su consideración acerca del derecho natural, al que consideraba, no como norma del derecho positivo, sino como el espíritu inspirador que subyace en las soluciones justas.

Y si se trata, además, de desvirtuar tan inmerecido comentario, acerca de la obra de Vélez, reenviamos a la nota del art. 2508, 3º ap. del Código Civil, donde el codificador coincide con la posición de Duguit, seguramente por la época de su redacción para el mismo desconocida. Dice Vélez: “...cuando 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”.

5. La propiedad privada es una de las mayores garantías de la libertad. Y, a la inversa, la propiedad plena del Estado —más exactamente que propiedad colectiva— es la fórmula más totalitaria de dominación por el poder público.

Ya había previsto León XIII que si el hombre fuera despojado del derecho de propiedad privada se produciría “una odiosa e insoportable servidumbre para todos los ciudadanos”.

A modo de cierre de esta primer noción: la propiedad, es tal su gravitación como necesaria, que todas las tesis la admiten y destacan que es una figura de derecho natural.

---

(13) “Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon”, París, 1912, 1º ed., esp. Cap. 6 y s.s.

(14) Ideologías atribuidas al codificador, LL. 135-1307.



Derecho natural cuya función es limitativa de las leyes positivas, en cuanto enuncia los principios que el legislador no puede violar sin quitar, automáticamente, legitimidad a la norma sancionada.

La vislumbra Kant, para quien la propiedad es un supuesto conceptual a priori necesario para lo jurídico; la acepta en una obra publicada en 1797 destacando una propiedad anterior al Estado y al orden jurídico.

La vislumbra Hegel ya en 1817, para quien no hay persona sino cuando se da una esfera externa de libertad, esto es, la propiedad (15).

Y dirá Bidart Campos, el patrimonio estándar para el derecho positivo justo es el Derecho natural, el mismo que invoca nuestra constitución histórica en su Preámbulo, que se remonta al Acta de la Independencia.

6. El derecho es un todo y cada una de las partes que lo configuran, tiene relaciones inmediatas con las otras disciplinas, en especial con el derecho sucesorio, el cual es realmente, por el contrario, parte y derivación del derecho de propiedad con caracteres peculiares y manifiestos que nadie pone en duda su existencia, salvo por alguno que otro preocupado por el interés de clase o de partido (16).

Y el primer antecedente conocido sobre la herencia, en sentido figurado, se encuentra en el libro del Génesis, en el Antiguo Testamento, obra que marca los orígenes del mundo y de la humanidad en cuyo cap. 15, vers. 4, bajo la promesa de Dios a Abrám, se lee: “No, ese no será tu heredero; tu heredero será alguien que nacerá de ti”. A raíz de la cita que antecede, muchísimos siglos después, decía Demolombe (17): “Dios, que ha creado al hombre sociable, le ha dado, al mismo tiempo, el modo de cumplir su destino; es así como Dios mismo ha instituido el derecho de propiedad”.

Y en un enfoque dogmático, cabe señalar que la personalidad jurídica se desenvuelve en la esfera de los poderes y deberes jurídicos. Los lazos que éstos crean no se disuelven por la muerte. No sería factible y hasta inconcebible un régimen jurídico que dispersara o atomizara el patrimonio de los que mueren o que desconociera valor a las obligaciones contraídas durante la vida de los causantes, restringiendo el derecho de asegurar la continuidad y unidad del patrimonio.

---

(15) Cfr. Alejo DE CERVERA, “Anales Academia Matritense del Notariado”, ed. Derecho Reunidas, t. XX, 1976, p. 16 n° 12/3.

(16) AZCÁRATE GUMERSINDO, “Ensayo sobre la Historia del Derecho de Propiedad”, Madrid, 1929, t. I, p. VI.

(17) “Curso del Código Civil”, t. 9, p. 450.

¿Qué decir del sustento filosófico del derecho sucesorio?

Se dirá, en primer lugar, que el régimen hereditario es reconocido por todos los pueblos, antes que la propia ley escrita y proveniente de la propiedad.

La transmisión “mortis causa” radica en fundamentos derivados del derecho de propiedad; en la organización familiar; en los fines para los cuales se utilizan las cosas; en la espiritualidad de la naturaleza humana; en el deseo del hombre de perpetuarse en los hijos, para revivir en la posteridad, y en el desenvolvimiento ordenado, metódico y pacífico de la sociedad, cuyos componentes practican saludable división del trabajo, haciendo de éste la fuente de la prosperidad y la tranquilidad.

Si a la muerte de una persona se apropia de sus bienes la comunidad, no habría propiedad individual, o debería repartirlos entre sus miembros. El colectivismo y el reparto han sido desechados por múltiples motivos, pero el más importante por ser contrario al orden social existente considerado como el más conveniente y si los bienes del muerto fueran “res nullius” —cosa de nadie— y su propiedad pasara al primer ocupante, la fuerza, la violencia y el crimen serían los más fuertes puntales del derecho de propiedad; el más fuerte o el más taimado se convertiría en rico propietario y la plutocracia, en un baño de sangre y enfrentamientos, se erigiría en sistema de gobierno.

7. Se aludió a la familia y a la organización familiar, núcleos sustanciales que resultan el elemento material de la sucesión hereditaria. Familia que no es la mera unión de sexos, sino una representación moral; valioso y notable instrumento de la paz social, imagen de la jerarquía indispensable a toda convivencia, reaseguro de la continuidad histórica.

La concepción de la sucesión se sustenta sobre la comunidad familiar que asegura un orden público y en defecto de ella, el poder de disposición de la propiedad, y funda el testamento. De aquí nacen los dos sistemas sucesorios: el legítimo y testamentario.

En cuanto a una explicación, brevemente racionalista de la sucesión hereditaria, se dirá que es el derecho natural, metafísico o racional el que anima al individuo con fines trascendentales.

La propiedad resulta conforme a esta premisa una facultad implícita en la naturaleza humana y el poder de disposición un atributo de la voluntad real (testamento) o presumida por la ley (sucesión ab-intestato).

Y en la perspectiva de sucesión y propiedad, el fundamento racional de la sucesión hereditaria se vincula al del dominio o propiedad; es una consecuencia del poder de disposición que integra el concepto de dominio y que corresponde al propietario.

Lo hasta aquí expuesto se vincula con el dogma de un indiscutible instituto que es la sucesión hereditaria en cualquiera de sus modalidades. La muerte de un ser humano genera la herencia como una sustitución de propietario. Sustitución que de manera específica afecta a un conjunto de bienes y obligaciones, integrantes de una universalidad de derecho vinculado con la propiedad.

Y la referida sustitución se logra mediante un lenguaje normativo, que es el lenguaje sucesorio, donde las palabras tienen su propia significación.

Es que el escenario y panorama del derecho hereditario tiene una riqueza singular por configurar una zona del derecho civil, colindante con otras parcelas de que es complemento, especialmente el patrimonio familiar.

En este fugaz panorama donde confluyen dos figuras inescindibles cada una con sus particularidades, la civilización humanista ha comprendido y dado trascendencia a la fecundidad incomparable de ambos institutos. Además, las ha tutelado como un elemento y recaudo necesario del mantenimiento y progreso de la sociedad.

En los últimos años —y ello deseamos que sea parte de la historia superada— una de las entonces innovaciones de la llamada “ola progresista” umbral del avasallamiento de garantías constitucionales, fue la instalación del lenguaje de los derechos como forma casi monopólica del discurso político. Hasta las decisiones más circunstanciales se justificaban recurriendo a este concepto. Parecía que en política, nada podía ser legítimo si no se concretaba con “la agenda de derechos”.

El problema no es, desde luego que el concepto de “derechos” sea malo en sí mismo. Más bien, al contrario, se trata de modelos y legados valiosos de esa admirable tradición que es el liberalismo político.

Pero el uso prepotente que se hiciera del término lo convirtió en una amenaza para la convivencia democrática y el pluralismo.

¿Y cuáles son los riesgos que acarrea esa recurrencia obsesiva a “derechos”?

Primero, esa retórica quita legitimidad a quienes discrepan con el discurso dominante. Si formulo mi programa político y sustancial en el lenguaje de los derechos, aquél que discrepa conmigo no es sólo alguien que piensa diferente, sino un ser abominable que quiere discriminar al resto. Son los enemigos del pueblo, movidos por la perversidad y el egoísmo.

La universalización del lenguaje de los “derechos” tiende a convertir las discrepancias políticas en un enfrentamiento de clases. Y este camino nos conduce a una situación paradójica: los derechos, que nacieran para proteger

a las minorías y a los individuos frente al poder de la multitud y del Estado, terminan justificando la prepotencia de sectores que creen ejercer el monopolio de la decencia política en una sociedad.

De allí, la importancia de no devaluar la entidad, importancia y trascendencia de un concepto tan primario pero valioso como lo es el de la propiedad y su derecho a la misma. Es que la progresiva banalización del término tiende a erosionarlo como mecanismo institucional.

Si cualquier reivindicación política o social se formula en el lenguaje de los derechos y se lo relaciona con la propiedad, entonces perdemos nuestra capacidad de alarmarnos cuando ese mismo lenguaje es utilizado para denunciar atentados reales contra la igual dignidad de las personas.

Por ello, no cabe olvidar —además— que el materialismo histórico ignora que en toda creación, incluso en la económica, hay un sustrato espiritualista que no cabe anular.

Reteniendo, asimismo que para los cultos y seguidores de una tendencia socialista, colectivista, intervencionista, extremada, la propiedad, el orden justo y los grandes valores, siembran el infortunio, el celo y hasta el crimen entre los hombres, enajena y afecta la vida. Tales supresiones y sus deméritos —para estos detractores— significarán, pues, el regreso a un origen feliz, a una edad de oro, a una convivencia decorosa.

La propiedad individual en cualquiera de sus manifestaciones, fuere el dominio o la habida vía hereditaria, sigue hoy constituyendo, en los hechos, uno de los pilares de la civilización moderna, más allá de los embates o aspiraciones subalternas a que nos tienen acostumbrados los nubarrones de la política. Ante estos es cuando más debemos rendir tributo a estas excelsas figuras que está visto, a través de los tiempos, la útil función que han sabido cumplir. En estas materias, tan delicadas, cabe aborrecer un supuesto liberalismo egoísta, capaz de instituir mediante la coalición de turbios intereses, un verdadero dirigismo privado y de destruir la libertad invocando, precisamente, la libertad. Ese supuesto liberalismo, es tan odioso como el colectivismo despiadado.

No es lo último dicho una formulación ambiciosa, sino un afianzar en el presente para consolidar un buen y loable futuro, sin pretender anticipar el paraíso, pues está dicho que por este valle que habitamos correrán siempre algunas lágrimas. ◆

# LA CORTE SUPREMA Y SUS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD EN LOS CASOS DE REINSTALACIÓN POR TUTELA SINDICAL Y DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS GREMIALES

POR DANIEL FUNES DE RIOJA (\*)

## I. Introducción

Muchas cuestiones se han suscitado en relación a los alcances de la tutela sindical y a la protección antidiscriminatoria por motivos gremiales que han surgido, incluso, de fallos de la Corte Suprema.

Su trascendencia es innegable y repercute tanto en la definición del sistema de relaciones laborales como en la naturaleza y niveles de conflictividad.

En el campo del amparo y de la protección gremial han tenido una notable expansión en estos últimos años en los estrados judiciales laborales, las decisiones de reinstalación tanto de representantes sindicales como de candidatos o activistas.

Ello así, por un resquebrajamiento del modelo sindical histórico basado en criterios de unicidad a la par que la aparición del activismo y de formas irregulares desde una perspectiva de representación pero que han ido ganando espacios en la realidad cotidiana de la vida sindical y —consecuentemente— los jueces han reconocido la ampliación del ámbito de la representación y la tutela.

Especialmente hay un tema que concita interés en estos tiempos y es el de los recaudos formales y sustanciales para el ejercicio de la pretensión jurídica del derecho a la tutela a través de la acción de reinstalación en caso de despido de un trabajador que se considera amparado por el régimen sindical o discriminado por motivos gremiales.

---

(\*) Comunicación del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de mayo de 2016.

Nos referimos a la amplitud con la que la jurisprudencia laboral había venido considerada los presupuestos que hacen a la viabilidad de dicha reposición, dejando de lado aspectos procesales —a nuestro entender de cumplimiento inexcusable— o la valoración objetiva de circunstancias que hubieran obstado a la procedencia de tal acción.

Lo verificable ha sido una creciente corriente favorable a la admisibilidad “amplia” de la acción judicial al respecto y, como resultado de ello, la consecuente decisión de reinstalar al reclamante, más allá de las objeciones técnicas sobre extremos reunidos en relación a la procedencia de dicha vía o a la debilidad o inconsistencia de los elementos que fundan el pedido de amparo.

Sin embargo —y a nuestro criterio, acertadamente—, dos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han venido a clarificar la materia en lo que hace a los recaudos o extremos —según sea el caso— necesarios para la admisibilidad del reclamo y por ello merecen un análisis particular tanto desde el punto de vista del contenido de dichos decisorios como de sus eventuales consecuencias jurídicas.

## **II. Los conceptos de tutela y protección**

### ***a) Los alcances de la protección legal***

El art. 14 bis de la Constitución Nacional determina que “*Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo*”, de conformidad con lo establecido por el Convenio 98 de la OIT.

Siguiendo dicho mandato constitucional y asimismo en concordancia con lo establecido por la Organización Internacional del Trabajo, nuestra legislación ha implementado medios contra actos tendientes a coartar o, más aún, impedir la libertad de actuación de los representantes sindicales.

Esta tutela se establece garantizando la estabilidad de dichos representantes en sus empleos, protegiéndolos de sanciones que no se correspondan con reales faltas disciplinarias de los mismos y limitando la facultad de modificar las condiciones de trabajo de dichos trabajadores. El alcance de la protección es el término de sus respectivos mandatos y luego de ello, un año más “a partir de la cesación”.

Así, la ley incluye:

1. Los delegados, que, por ser quienes permanecen trabajando en las empresas, son los más expuestos.

2. Los funcionarios de los sindicatos, o sea, los miembros de la comisión directiva, los congresales, los integrantes de las comisiones revisoras y de la junta electoral, tanto en el ámbito nacional, como en los que corresponden a cada una de las delegaciones del interior del país.

3. Los miembros de comisiones paritarias.

4. Quienes ocupen cargos en poderes políticos nacionales, provinciales o municipales.

5. Los candidatos.

Cabe aclarar que lo concreto es que la misma corresponde solo a los representantes gremiales provenientes de un sindicato con personería gremial pues son los que están cubiertos por la estabilidad según lo preceptuado por la ley 23.551.

Los aludidos textos llevaron a Julio Martínez Vivot a decir: *“La Constitución Nacional garantiza solo la estabilidad laboral a los representantes gremiales”,* aclarando que se trata de *“los representantes sindicales vinculados a las asociaciones con personería gremial, no a los que pertenecen a las simplemente inscriptas en el Registro pertinente”* (*“La Discriminación Laboral”,* Ciudad Argentina, USAL, ps. 86/7).

Sin embargo, relevantes fallos de esta Corte Suprema sobre inconstitucionalidad de las normas restrictivas en la materia, establecidos por la ley sindical con el consecuente monopolio de la representatividad que se reconocía a la asociación con personería gremial, han revisado claramente el criterio para la tutela, estableciendo que la misma es amplia en términos legales, pues ha sido extendida a “otros” representantes de los trabajadores y “no solo” a los del sindicato con personería gremial (*“Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo” dictado el 11/11/2008 - “Rossi, Adriana maría c. Estado Nacional - Armada Argentina” del 9/12/2009 - “Asociación de Trabajadores del Estado s/Acción de inconstitucionalidad”, dictado el 18/6/2013*).

Hecha esta aclaración y para precisar los alcances del concepto de discriminación, es menester recordar que —según la Real Academia Española—, “discriminar” tiene dos acepciones: para la primera es: *“distinguir, separar, diferenciar”,* en tanto que la segunda es: *“Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad, por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.”*

La prohibición de discriminar, a la que nos referimos en todo nuestro análisis, alude a esta segunda, que se asocia a motivos reprobados por la sociedad, arbitrarios o carentes de razonabilidad y la Corte invariablemente

ha interpretado la prohibición de discriminar como *igualdad entre iguales y en igualdad de situaciones*.

La Corte, por lo general, ha optado por resolver la cuestión en cada caso particular, sin desarrollar una doctrina o principio general que pueda servir de criterio para situaciones futuras.

Orlansky recuerda que “... *no existe una definición en ninguno de los textos legales y terminan por recurrir a la mala técnica legislativa de ejemplificar, en lugar de tipificar claramente la acción que se castiga. La jurisprudencia tampoco ha ayudado y en los fallos de la Corte Suprema se ha optado por resolver la cuestión en cada caso particular, sin desarrollar una doctrina o principio general que pueda servir de modelo, patrón o criterio para la solución de los casos futuros...*” (“Los Derechos Fundamentales y las relaciones del trabajo (individuales y colectivas”) Daniel Orlansky, XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social).

Cabe recordar que el texto histórico de nuestra Constitución no contenía mención al término “discriminación”, aunque conceptualmente estaba implícito, en:

— El *art. 14 bis* (igual remuneración por igual tarea).

— El *art. 16* (“igualdad ante la ley” o igualdad entre iguales).

— El *art. 37* (igualdad de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios).

Y es recién en el año 1994 que se explicita de la siguiente manera:

— *Art. 43* (facultad de interponer acción de amparo contra cualquier forma de discriminación).

— *Art. 75 inc. 19* (atribución del Congreso de promoción de “*la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*”); *inc. 23* (atribución del Congreso de “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato...*”).

En función de ello y en el marco constitucional aludido y a los compromisos internacionales vigentes, son varias las leyes que reglamentan la garantía constitucional de “no discriminación”, tanto estableciendo prohibiciones generales o específicas, como fijando sanciones, o consagrando acciones positivas.

*a.1. Ley de Contrato de Trabajo: arts. 17, 81, 172 y 187*

El tema adquiere particular trascendencia en el campo de las relaciones del trabajo y la LCT prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los



trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad (art. 17).

Como principio general, se afirma que el empleador debe dispensar igualdad de trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a las tareas (art. 81).

Del mismo modo, el art. 172 de la misma ley prohíbe que en las Convenciones Colectivas de Trabajo o en cualquier otra reglamentación se consagre algún tipo de discriminación en el empleo, fundada en el sexo o en el estado civil de la trabajadora.

Por otra parte, el art. 187 que se refiere al trabajo de menores, establece que las reglamentaciones, CCT, o tablas de salarios que se elaboren, garantizarán al trabajador menor la igualdad de retribución, cuando cumpla jornadas de trabajo o realice tareas propias de trabajadores mayores.

#### *a.2. La ley 23.551 (Asociaciones Sindicales)*

La ley gremial —en general— pone a resguardo a los afiliados de las Asociaciones Sindicales (art. 7º) y a quienes puedan ser víctimas de discriminación por cuestiones gremiales. En particular, la protección sindical surge de los siguientes artículos:

*“Art. 47.— Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical.*

*Art. 48.— Los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran representación gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos, dejen de prestar servicios, tendrán derecho de gozar de licencia automática sin goce de haberes, a la reserva del puesto y ser reincorporado al finalizar el ejercicio de sus funciones, no pudiendo ser despedidos durante el término de un (1) año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediere justa causa de despido. El tiempo de desempeño de dichas funciones, será considerado período de trabajo a todos los efectos, excepto para determinar promedio de remuneraciones. Los representantes sindicales en la empresa elegidos de*

*conformidad con lo establecido en el art. 41 de la presente ley continuarán prestando servicios y no podrán ser suspendidos, modificadas sus condiciones de trabajo, ni despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato y hasta un año más, salvo que mediare justa causa.*

Art. 50.— *A partir de su postulación para un cargo de representación sindical, cualquiera sea dicha representación, el trabajador no podrá ser suspendido sin justa causa, ni modificadas sus condiciones de trabajo, por el término de seis (6) meses. Esta protección cesará para aquellos trabajadores para cuya postulación no hubiere sido oficializada según el procedimiento electoral aplicable y desde el momento de determinarse definitivamente dicha falta de oficialización. La asociación sindical deberá comunicar al empleador el nombre de los postulantes; lo propio podrán hacer los candidatos.*

Art. 52.— *Los trabajadores amparados por las garantías previstas en los arts. 40, 48 y 50 de la presente ley, no podrán ser suspendidos, despedidos ni con relación a ellos podrán modificarse las condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al procedimiento establecido en el art. 47. El juez o tribunal interviniente, a pedido del empleador, dentro del plazo de cinco (5) días podrá disponer la suspensión de la prestación laboral con el carácter de medida cautelar, cuando la permanencia del cuestionado en su puesto o en mantenimiento de las condiciones de trabajo pudiere ocasionar peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa. La violación por parte del empleador de las garantías establecidas en los artículos citados en el párrafo anterior, dará derecho al afectado a demandar judicialmente, por vía sumarísima, la reinstalación de su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo. Si se decidiere la reinstalación, el juez podrá aplicar al empleador que no cumpliera con la decisión firme, las disposiciones del art. 666 bis del Código Civil, durante el período de vigencia de su estabilidad. El trabajador, salvo que se trate de un candidato no electo, podrá optar por considerar extinguido el vínculo laboral en virtud de la decisión del empleador, colocándose en situación de despido indirecto, en cuyo caso tendrá derecho a percibir, además de indemnizaciones por despido, una suma equivalente al importe de las remuneraciones que le hubieren correspondido durante el tiempo faltante del mandato y el año de estabilidad posterior. Si el trabajador fuese un candidato no electo tendrá derecho a percibir, además de las indemnizaciones y de las remuneraciones imputables al período de estabilidad aún no agotado, el importe de un año más de remuneraciones. La promoción de las acciones por reinstalación o por restablecimiento de las condiciones de trabajo a las que refieren los párrafos anteriores interrumpe la prescripción de las acciones por cobro de indemnización y salarios caídos allí previstas. El curso de la prescripción comenzará una vez que recayere pronunciamiento firme en cualquiera de los supuestos. XIII.*

Art. 53.—... *inc. j) Practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por este régimen...*”

*a.3. La ley 25.212 (Pacto Federal de Trabajo)*

En su art. 4 del anexo II tipifica como falta muy grave, las decisiones del empleador que impliquen discriminación en el empleo u ocupación por razones de raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares.

*a.4. Ley 23.592*

Esta norma, con amplitud que trasciende el ámbito laboral, precisa el alcance de las conductas discriminatorias y sin perjuicio de volver sobre su contenido ulteriormente, podemos anticipar que:

a) Los motivos determinantes de la discriminación contemplados en esta norma, superan a los previstos en los arts. 17 y 81 de la LCT.

Pero:

b) A los efectos de esta figura y específicamente en el campo laboral, se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

*a.5. Otras disposiciones legales*

Leyes como la nro. 25.689 (obligación de empresas públicas de contratar personas discapacitadas); 25.788 (destinada a impedir que la diabetes pueda ser impedimento para ingreso al empleo) y 25.404 (protección de la persona que padece epilepsia), están también destinadas a la protección contra formas específicas de discriminación por la vía también de acciones positivas (*affirmative action*).

***b) Convenios Internacionales. Su aplicación en nuestro derecho. Los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo***

Las disposiciones ya mencionadas de nuestra legislación son perfectamente compatibles al respecto con los Tratados Internacionales y los Convenios de OIT ratificados oportunamente por la Argentina ya que, como expresamente dispone nuestra Constitución, en su art. 75, inc. 22, los tratados “tienen jerarquía superior a las leyes” y específicamente “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Así, el Convenio 100 de OIT determina el principio de igual remuneración por igual tarea, principio que en nuestro derecho positivo se encuentra consagrado en el ya citado art. 81 de la LCT y en el art. 14 bis de la CN.

Por otro lado, el Convenio 111 de la OIT define discriminación en el art. 1º:

*“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:*

*a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.*

*b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.*

Si bien no menciona la discriminación por opiniones o motivos gremiales, de la redacción del inciso b) puede inferirse que la norma es meramente enunciativa.

Cabe recordar que tal convenio no establece sanción alguna, sino que dispone que todo miembro que ratifique el convenio debería determinar una política nacional que tenga por objeto eliminar cualquier discriminación.

Asimismo, los Convenios 87, 98 y 135 en sus articulados se refieren a la protección de los representantes sindicales. Veamos dichas normas ratificadas y por ende constituyendo derecho positivo, en nuestro régimen legal:

- El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, nro. 87 (1948) consigna en su art. 2º que *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”*, mientras que el art. 3º dispone que: *“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.*

Por su parte, el art. 8º consagra que “*La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio*”.

- El Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, nro. 98 (1949), en su art. 1º reconoce que:

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

- El Convenio sobre los representantes de los trabajadores, nro. 135 (1971) establece en sus arts. 1º, 3º y 4º que:

*i*: Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

*ii*: A los efectos de este Convenio, la expresión representantes de los trabajadores comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate:

(a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos o,

(b) de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos.

*iii*: La legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las decisiones judiciales podrán determinar qué clase o clases de representantes de los trabajadores tendrán derecho a la protección y a las facilidades previstas en el presente Convenio.

### III. La discriminación en la ley 23.592

Como se ha dicho, la ley de “Penalización de Actos Discriminatorios” de 1988 determina que *“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”* (art. 1º).

La cuestión que se suscita, en forma inmediata como consecuencia del dictado de este texto legal, es si influyó en la consideración del criterio clásico de la “estabilidad”, relativa o impropia, emergente del régimen de la LCT.

Hasta entonces, el legislador había dejado en claro su posición respecto al mantenimiento del régimen de estabilidad imperfecta, aun en caso de despido discriminatorio, ya que la ley 25.013, publicada el 24 de setiembre de 1998, que se refería a dicho tipo de despido, sancionaba el mismo, en su art. 11 (ya derogado), con una indemnización agravada, pero, de ninguna manera, quedaba sin efecto la rescisión del contrato de trabajo.

El análisis jurisprudencial sobre los alcances de la aplicación del art. 1º de la ley 23.592 a las relaciones laborales, comenzó a insinuarse en algunos fallos de Tribunales del Trabajo, especialmente referidos a trabajadores que tenían actividad sindical, sin ejercer cargos sindicales en la asociación con personería gremial.

Tales los casos “Balaguer c. Pepsico” (CNAT, Sala IV, 10/3/2004); “Stafforini c. Ministerio de Trabajo” (CNAT, Sala X, 29/6/2001) y “Álvarez c. Cencosud” (CNAT, Sala II, 25/6/2008); entre otros. Allí se sostiene la aplicación del art. 1º de la ley 23.592 para los supuestos de discriminación, considerando que los despidos son nulos y, en consecuencia, deben reincorporarse a los despedidos a sus tareas, debiendo abonárseles los salarios del tiempo en que han estado privados del trabajo.

“Álvarez c. Cencosud” (CSJN, 7/12/2010) fue decidido por 4 votos contra 3 y se consideró aplicable la ley 23.592 a los supuestos de reinstalación por discriminación en el contrato de trabajo, pero ella había sido planteada en los términos de la ley 23.551 y finalmente fue resuelta por aplicación de la ley antidiscriminación.

Los votos en disidencia de Lorenzetti, Argibay y Highton de Nolasco sostienen que es procedente disponer la reinstalación y el pago de indemnización con motivo de un despido discriminatorio; pero, ante la negativa del empleador a reinstalar, sólo corresponde reconocer al trabajador el derecho a una compensación adicional similar a la establecida en el art. 182 de la LCT. Volveremos sobre este fallo, más adelante en este trabajo.

Continuando con la doctrina sentada en la causa “Álvarez” en cuanto a la aplicación de la Ley de Antidiscriminación 23.592, la Corte se expide, tiempo después, en relación a la carga probatoria. Señala que “*En los despidos denunciados como discriminatorios, la carga de la prueba recae sobre la parte demandada, a quien —sobre la base de indicios— se reprocha la comisión del acto cuestionado*” (“Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo” —CSJN, 15/11/2011—).

De la lectura de los considerandos de este pronunciamiento se puede advertir que, si bien la Corte no exime en forma absoluta de prueba a la supuesta víctima del acto discriminatorio que debe acreditar hechos que *prima facie* sean idóneos para generar indicios serios de su existencia, pone en cabeza del demandado la obligación de probar que el acto no ha sido discriminatorio.

Tanto en “Cejas, Adrián Enrique c. FATE S.A. s/ juicio sumarísimo” como “Ledesma Florencio c. Citrus Batalla S.A.” (CSJN, 9/9/2014), el máximo Tribunal revoca decisorios que no habían hecho lugar a reclamos por la reinstalación de un trabajador despedido supuestamente como represalia por su actividad sindical, sosteniendo que la ley antidiscriminatoria, nro. 23.592, es aplicable al ámbito del derecho individual del trabajo.

En autos “Monteagudo Barro, Roberto c. Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación” (CSJN, 28/10/2014), el actor que se desempeñaba en el BCRA había reclamado la nulidad del despido por considerar inconstitucionalidad el art. 18 del Estatuto para el Personal del Banco Central que autorizaba la extinción del contrato sin causa.

La Corte reafirmó la vigencia del principio de congruencia, pero señala que la fundamentación en derecho o calificación jurídica efectuada por los litigantes, no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde “decir el derecho” y considera procedente la reinstalación por evaluar que el despido había sido discriminatorio en los términos de la ley 23.592 basándose en las constancias del expediente y no por la invocada causa de inconstitucionalidad del art.18 del Estatuto del Personal del Banco demandado.

Entre los que rechazan ese criterio —en oposición a las decisiones judiciales comentadas— puede citarse a Rodríguez Mancini, quien en su obra *Derechos*



*Fundamentales y Relaciones Laborales* (Astrea, ps. 246 a 252) expone los argumentos en los que se funda.

En primer lugar, el autor hace notar que la ley 23.592 es una norma general, que protege a todos los habitantes del país. Por lo tanto, si un empleador despide a un trabajador o si éste es el que se considera despedido, debe aplicarse la ley especial, que es la de contrato de trabajo, que protege a los trabajadores y que determina el pago de un resarcimiento tarifado, *“puesto que de lo contrario no se trataría de una aplicación subsidiaria sino de un reemplazo de una norma especial por la general y esto es francamente contrario a los principios elementales de coordinación normativa en el sistema general de derecho”*.

Por otra parte, sostiene que tampoco puede admitirse la aplicación subsidiaria de la ley 23.592 a las relaciones laborales, ya que la aplicación subsidiaria de una norma solo corresponde cuando la misma sea compatible con los principios propios del derecho del trabajo. En el caso, la aplicación de la ley 23.592 puede dar lugar a la reinstalación del empleado y *“..esa posibilidad de reinstalación se enfrenta con un principio básico del sistema regulador del contrato de trabajo, consistente en la admisión del derecho a la estabilidad relativa, según el cual el empleador siempre puede poner fin al contrato, aun injustificadamente, haciéndose cargo en tal caso del pago de una indemnización tarifada, pero sin que pueda objetarse la eficacia de esa medida para disolver definitivamente el contrato. Esto constituye una base central del sistema y, por lo tanto, nada que lo contraría puede admitirse”*.

#### **IV. Sobre el alcance de la estabilidad**

Nuestra postura es que no existe en nuestro país el sistema de estabilidad absoluta como medio de protección contra el despido arbitrario para el empleo privado.

El mismo art. 14 bis que consagra la *“estabilidad del empleado público”*, distinguió la situación del empleado público de la del empleado del sector privado (regido por la LCT). Así, mientras que en el primero de los casos se optó por reconocer al empleo público un sistema de estabilidad absoluta, en lo que hace a la actividad privada la Constitución establece *“la protección contra el despido arbitrario”*. Si la intención hubiera sido la de dotar a ambas situaciones del mismo sistema protectorio, no se hubiera hecho esta distinción.

Cuando el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional reconoce la protección contra el despido arbitrario, según el Convencional Bravo, miembro informante de la Convención Constituyente de 1957, la norma apuntaba



a garantizar la permanencia en el empleo, en aras de la estabilidad de la relación laboral y se podía reglamentar de distintas maneras, entre otras, imponiendo al sector patronal una indemnización ante despidos sin causa o reincorporando al dependiente.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en autos “De Luca, José c. Banco Francés del Río de la Plata S.A.” (DT, 1969, 159), declaró inconstitucional el régimen de estabilidad propia o absoluta de los empleados bancarios (Fallos 273:87). El tribunal argumentó que, una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto, debe reconocerse al empleado una indemnización razonablemente proporcionada al daño sufrido, pero no puede admitirse como legítima la carga patronal de seguir abonando remuneraciones que afectan las bases sobre las cuales se apoya la libertad de contratar y, además, porque se pagarían sueldos que no responden a contraprestación alguna de trabajo.

En posteriores pronunciamientos el mismo tribunal ha considerado inconstitucional suprimir el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal, en menoscabo de la garantía del art. 14 de la CN que consagra la libertad de comercio e industria (Fallos 303:266; 304:535; 306:1208). Con la misma integración dicta un fallo con el mismo criterio, el 11/11/1971, en los autos “Álzaga c. Cervecería Córdoba”. Con otros miembros, el 4/9/1984, se dicta el fallo “Figueroa c. Loma Negra”, que considera inválida la cláusula de un convenio colectivo de empresa, que establece la estabilidad perfecta.

Con una nueva integración del máximo tribunal, se produce un nuevo fallo de la Corte, el 26/12/1991, en la causa “UOM c. SOMISA”, mediante el cual se revoca una medida cautelar, pedida por la asociación gremial, con el fin de hacer cumplir un acta por la cual la empleadora se comprometió a no efectuar despidos.

Por último, la Corte, con su conformación actual, dicta el fallo “Madorrán c. ANA”, el 23/5/2007, por el cual se reconoce la estabilidad del empleado público. Pero, en la sentencia, se deja muy claro que otra cosa es la prevista para el empleo privado, señalando que: *“En el campo de las relaciones de derecho privado, la situación es distinta (de la del empleado público). El poder discrecional, que constituye la excepción en la administración pública, representa en este campo la regla. Resulta muy difícil obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyos servicios desea no utilizar más”*.

Por otra parte, las facultades de organizar y dirigir la empresa, reconocidas al empleador por nuestra legislación, hacen que sea a éste a quien corresponda determinar cuáles son los trabajadores que pueden ser desvinculados con o

sin invocación de causa, asumiendo las responsabilidades indemnizatorias que —en su caso— correspondan.

## **V. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los *leading cases* sobre el tema**

Los ya mencionados precedentes jurisprudenciales del Máximo Tribunal, en los casos “A.T.E.” y “Rossi”, han generado un significativo incremento de reclamos de reinstalación de trabajadores, principalmente alegando discriminación por su actividad gremial, además de la inconstitucionalidad de los arts. 41 inc. a) o 52 de la ley 23.551.

Las declaraciones de inconstitucionalidad de tales prescripciones legales no han sido solucionadas legislativamente y ello convirtió en meramente teórico, el número legal de representantes sindicales con tutela gremial dentro del ámbito de la empresa toda vez que una gran cantidad de dependientes (muy superior a los límites que establece la ley 23.551), se consideran con derecho a protección gremial sin cumplir mínimamente con los requisitos de los arts. 41, 52 y ccs. de la referida Ley de Asociaciones Sindicales.

Las reinstalaciones son concedidas como sentencia definitiva luego del trámite de un proceso sumarísimo (art. 498 del CPCCN); o son producto de una medida cautelar —muy cuestionable por cierto—, ya que el objeto de la misma suele coincidir con la petición de fondo del proceso.

Entendemos que la gravedad que lleva en sí mismo la medida de reincorporación de un trabajador despedido, alterando un estado de hecho y de derecho, debería ser una decisión de carácter excepcional.

Por ello, en esta materia hay dos fallos de la Corte Suprema que han tenido importante trascendencia. Por un lado, el referido a la calificación en sí de la discriminación (Caso “Pellejero”). Por otro, los pasos formales para el acceso a la tutela de los candidatos (Fallo “De Caso”).

En la primera de estas situaciones hubo dos pronunciamientos de la Corte el mismo día, mostrando las dos soluciones posibles para definir si se configura discriminación en los términos de la ley 23.592 o —si por el contrario— no se dan los supuestos que permiten avalar dicha calificación.

En la ya referida causa “Álvarez. Maximiliano y otros s/ acción de amparo”, se califica como discriminatorio y se ordena la reincorporación de quienes revistiendo el carácter de “*representantes de un sindicato simplemente inscripto*” fueron despedidos sin invocación de causa y, de la prueba aportada, se induce la conexidad que permite a la Corte mantener la calificación de

discriminatorio del despido, rechazando el Recurso interpuesto por la demandada.

Sin embargo, tres de los Ministros de la Corte, encabezados por el Dr. Lorenzetti y con la adhesión de las Dras. Highton de Nolasco y Argibay —como ya se ha dicho anteriormente— sostuvieron que era necesario compatibilizar los derechos constitucionales del trabajador con los de la empresa y por ello limitaron las consecuencias de la referida discriminación.

Esta cuestión es central por cuanto la tesis amplia —adoptada por la mayoría— termina consagrando “de hecho” una suerte de estabilidad propia por la falta de determinación del lapso durante el cual rige la tutela judicial por el acto discriminatorio, mientras que en todos los supuestos legales donde puede existir tal calificación o tal conducta condenable, las consecuencias son acotadas desde el punto de vista temporal y resarcitorio.

Como ha señalado en reiteradas oportunidades la Corte, los derechos constitucionales deben armonizarse y, si hay colisión de derechos, debe buscarse la solución más equitativa. En este caso, existe una protección para el trabajador contra el despido arbitrario, con lo cual, mantiene su garantía constitucional. Contrariamente, resolver la nulidad del despido y obligar al empleador a continuar una relación laboral en contra de su voluntad, afecta la libertad de contratar.

— La nulidad del despido y la posterior reinstalación del trabajador son temas extremadamente delicados, ya que confrontan derechos fundamentales de raigambre constitucional.

— Es por ello que el constituyente en primer lugar, y luego el legislador interpretando y reglamentando la manda constitucional, en cuanto se refiera a normas de orden laboral y más específicamente de empleo privado, optaron por una protección distinta a la estabilidad propia o absoluta. Y esto ha quedado plasmado en los supuestos de despido por causa de matrimonio o maternidad, donde la LCT establece una indemnización agravada.

— Aun en el caso de los representantes sindicales se establece una indemnización agravada o una protección temporalmente limitada (supuesto expresamente regulado en una norma de carácter laboral).

— Llegamos a la conclusión de que el estar fuera de estas “categorías protegidas”, parecería generarle un mejor derecho o beneficio de acceder a una estabilidad absoluta.

En la obra de Jorge Rodríguez Mancini, *Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales* (Astrea, ps. 246 a 252), al referirse a la aplicación de la ley

23.592 al caso de los despidos, el autor descarta totalmente la posibilidad de declarar su nulidad o, de cualquier manera, dejar sin efecto los mismos, con argumentos tan consistentes como los siguientes:

*“...la norma del derecho común no actúa cuando ya existe norma que regule el punto... si el trabajador decide considerarse despedido y lo mismo si ha sido el empleador el que adoptó la medida rescisoria sin causa justificada, el juez tendrá que aplicar la norma especial relativa al resarcimiento tarifado que regula la LCT o, en su caso, el estatuto profesional correspondiente, porque la norma de derecho común encuentra ocupado el espacio dentro del cual hubiera podido actuar, es decir el modo de sancionar el incumplimiento del deber del empleador de respetar el derecho fundamental del trabajador.*

*El segundo motivo que autoriza la aplicación subsidiaria del derecho común se ha visto que consiste en que, ante la ausencia de norma, la que se pretende traer a la relación laboral sea compatible con los principios propios del derecho del trabajo. Esto representa, en el caso, un obstáculo insalvable para la admisión de la traslación de la norma de manera subsidiaria... esa posibilidad de reinstalación se enfrenta con un principio básico del sistema regulador del contrato de trabajo, consistente en la admisión del derecho a la estabilidad relativa, según el cual el empleador siempre puede poner fin al contrato, aun injustificadamente, haciéndose cargo —en tal caso— del pago de una indemnización tarifada, pero sin que pueda objetarse la eficacia de esa medida para disolver definitivamente el contrato. Esto constituye una base central del sistema y, por lo tanto, nada que lo contraría puede admitirse.*

*La circunstancia de que otras normas —de orden constitucional o inter-nacional— establezcan la prohibición de la discriminación no es suficiente argumento, por cuanto las nulidades que traen aparejados los actos prohibidos sólo operan cuando no existe otro efecto previsto en la ley para el caso de infringir la prohibición. Es precisamente el caso del art. 245 de la LCT, que indica claramente que —cuando se produce un despido sin causa justificada— surge un efecto concreto, cual es el de la obligación de abonar la indemnización allí establecida”.*

Como nos tocara señalar en “La aplicación de la ley antidiscriminación 23.592 a las relaciones laborales. Recientes fallos de la Corte Suprema” (IMP 20113, 257) nuestro sistema jurídico adoptó tradicionalmente el régimen de estabilidad impropia, o sea que, según la legislación imperante desde las primeras reglamentaciones del derecho laboral, el empleador puede rescindir los contratos de trabajo cuando lo crea conveniente, con la única obligación de abonar las indemnizaciones establecidas para el caso en que los despidos no tengan causa justificada.

Más aún, en las situaciones en que el legislador consideró necesario proteger en forma especial la estabilidad de los trabajadores, por considerar que existían razones suficientes para ponerla en peligro (maternidad, matrimonio, enfermedad), dispuso la validez de los despidos, pero mediante el pago de una indemnización agravada.

Esta posición, incorporada al régimen laboral argentino, hizo sostener a la doctrina tradicional que, la única forma de dejar sin efecto un despido, era el mutuo acuerdo entre el empleador y el trabajador.

### **El caso Pellejero**

En el caso Pellejero se demandó por reinstalación no teniendo tutela por no cumplir función gremial, pero se adujo que, como el ex cónyuge de la accionante era dirigente gremial, se había discriminado en su perjuicio al despedirla por supuestos incumplimientos laborales. La Corte destaca que *“..el desarrollo argumental del pronunciamiento recurrido partió de la premisa de que el despido dispuesto por la institución bancaria importó un “acto discriminatorio”, en perjuicio de la actora, que encuadraba en el marco normativo de la ley 23.592. Se aprecia, sin embargo —a diferencia de lo que resulta del pronunciamiento dictado por el superior tribunal de la causa en el expediente A.1023.XLIII ‘Álvarez, Maximiliano y otros s/Cencosud S.A. s/ Acción de amparo’ (sentencia de la fecha)— que, como lo advierte la apelante, la formulación de tal premisa exhibe una alta cuota de dogmatismo. En efecto, en ningún tramo del fallo se aplica de qué modo o mediante qué hechos o circunstancias concretas habría quedado patentizada la alegada conducta discriminatoria de la empleadora. Tampoco se individualizan los elementos de juicio incorporados al expediente cuya ponderación podría conducir a tener por probado ese extremo”* y que *“.. la falta de solidez de la imputación de discriminación que se efectuó en la demanda ha quedado claramente en evidencia en el transcurso de la audiencia pública celebrada ante el tribunal, especialmente a través de las respuestas dadas por el representante de la actora a las diversas preguntas que le fueron realizadas”,* por lo que *“..el desmoronamiento de la proposición inicial del razonamiento del a quo, al dejar al descubierto que en el caso quedó demostrada la no configuración de un supuesto de discriminación susceptible de ser encuadrado en el art. 1º de la ley 23.592, determina la pérdida de sustento de las conclusiones que se extrajeron en el fallo con arreglo a ese régimen legal e impide que se proyecte aquí la doctrina establecida por esta Corte en la citada causa A.1023. XLIII ‘Álvarez’”.*

### **El fallo “De Caso”**

En el segundo de los supuestos, es decir, las condiciones para acceder a la protección como candidato, se enrola el fallo “De Caso, Andrea Lorena

c. Cascada S.R.L. s/ reinstalación (sumarísimo)” (CSJN, 23/02/2016). Allí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante un pedido de reinstalación de una empleada que se había postulado como representante sindical, desestima la interpretación amplia de la garantía que la ley 23.551 otorga a los postulantes de cargos gremiales, revocando sentencia del Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro que ordenaba reinstalación de la trabajadora.

La actora se había postulado ante el Sindicato de Gastronómicos para ser elegida como delegada, pero la empresa aún no había recibido la notificación formal de esa candidatura cuando decidió despedirla.

En consecuencia, reclamó judicialmente que se la reinstalara en su puesto de trabajo alegando que la garantía legal de estabilidad en el empleo regía desde el momento mismo en el que el sindicato recibió la lista de candidatos a delegados, aunque la empleadora no estuviera enterada de tal circunstancia.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, con remisión a un precedente propio (“Tobio, Carlos A. y otro c. Arelauquen Golf & Country Club S.A. s/ Sumarísimo”), sostuvo que se enrolaba en la interpretación amplia de los arts. 48 y ss. de la Ley de Asociaciones Sindicales, reconociéndole protección sindical al trabajador a partir de su postulación para el cargo electivo, es decir, a partir del momento en que el órgano de la asociación sindical con competencia para ello tuvo por recibida la lista que lo incluía como candidato, con las formalidades necesarias para pasar a expedirse acerca de su oficialización.

Sin embargo, la Corte consideró que esa interpretación normativa es inadmisibles, pues desvirtúa su contenido y no lo armoniza con otras disposiciones de la ley. Al efecto, señala el Máximo Tribunal que *“...la solución dada al caso por el a quo se fundó... en una interpretación amplia de la garantía que la ley otorga a los postulantes de cargos gremiales en virtud de la cual el inicio de la protección se ubicaría en el momento de la recepción por el sindicato de la lista de los candidatos en condiciones de ser oficializado, con prescindencia de la comunicación de tal circunstancia al empleador”*.

Continúa el tribunal: *“...Tal conceptualización no se compadece con la específica previsión legal que rige el punto, esto es el art. 50 de la ley 23.551. Ciertamente el precepto, en su tramo inicial, determina que “A partir de su postulación para un cargo de representación sindical, cualquiera sea dicha representación, el trabajador no podrá ser suspendido sin justa causa, ni modificadas sus condiciones de trabajo por el término de (6) seis meses”*. Mas, en su párrafo final, la norma establece que *“La asociación sindical deberá comunicar al empleador el nombre de los postulantes; lo propio podrán hacer los candidatos”*; previsión esta última que solo tiene sentido si se entiende que

*el efectivo goce de la tutela legal en relación con el dador de trabajo —principal obligado a respetarla— se encuentra condicionado al cumplimiento del recaudo de notificarlo de que la candidatura se ha formalizado”*

Consecuentemente, si bien la ley no dice expresamente que para que el candidato goce de tutela el empleador debe estar notificado previamente, la Corte rechaza cualquier tipo de interpretación amplia para ampararse en la garantía de tutela de los candidatos y privilegia un criterio que consideramos equitativo y razonable, que garantice un sistema previsible para el empleador y basado en el cumplimiento de las formalidades que la norma respectiva consagra como recaudo.

El Alto Tribunal va más allá y enfatiza que la observancia de la comunicación al empleador es indispensable para que surta efecto la garantía de estabilidad gremial en todos los demás supuestos que la ley contempla (tutela referida a trabajadores que ocupan cargos electivos o representativos, dentro o fuera del establecimiento).

## **VI. Conclusiones**

1) La aplicación del art. 1º de la ley 23.592 en materia laboral ha generado controversias en doctrina y jurisprudencia.

2) En particular, sobre si correspondía aplicar una norma no específica del derecho laboral que, entre las sanciones a actos discriminatorios, prevenía la nulidad del distracto, lo cual implica una reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo.

3) En todo caso, la conducta discriminatoria debe ser sancionada con el máximo rigor del orden jurídico, pero ese castigo no debe llevar consigo una mutación de garantías constitucionales, que genere mayormente un desequilibrio entre los contratantes.

4) Por ello, el criterio de establecer la nulidad de despido y reinstalación del trabajador afectado, puede llegar a generar situaciones inconciliables con la realidad e incompatibles con la naturaleza misma del contrato laboral regido por la LCT.

5) A nuestro entender, la imposición de una vigencia indefinida de un vínculo laboral, contra la voluntad del empleador, es contraria a las garantías establecidas en la Constitución Nacional, pues está claro que no puede sostenerse la vigencia por tiempo indefinido de un contrato cuando una de las partes de cuya autonomía debe emanar la voluntad imprescindible para su formación, carece de intención de mantener el vínculo y de libertad para no tenerlo.



6) No se encuentra comprendida en las consideraciones precedentes, la tutela contemplada en la ley 23.551, ya que la protección que establece esa norma, se encuentra temporalmente limitada y se justifica en la tarea legalmente reconocida de la defensa de los intereses de los trabajadores.

7) La solución normativa de la Ley de Asociaciones Sindicales (en el supuesto de estabilidad gremial), como las soluciones de la Ley de Contrato de Trabajo (en los supuestos de maternidad, matrimonio y enfermedad), han compatibilizado la necesidad de adecuar protección contra la discriminación; con otros derechos o garantías que también están protegidos por la Constitución y que podrían verse afectados, como el derecho de propiedad y libertad de contratación.

8) Finalmente, reviste trascendencia acotar las condiciones bajo las cuales la protección se otorga, a saber:

a. Quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, características físicas, etc.) deberá, en primer lugar, demostrar poseer características que considera motivantes del acto que ataca y los elementos de hecho o, en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente.

b. Todo aquel que alega un hecho tiene que probarlo, es uno de los principios más antiguos del derecho procesal. Sin perjuicio de ello, en los supuestos de discriminación —por las características de este tipo de conductas—, una parte de la doctrina y jurisprudencia han atenuado ese principio: aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba.

c. Si se tratara de un candidato, deberá demostrar que se cubrieron formalidades que la propia ley establece al respecto. ◆



# OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: CUATRO SUPUESTOS EMBLEMÁTICOS

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI (\*)

## I. Introducción

Previamente al análisis del significado y alcance de la denominada *objección de conciencia*, debemos ver lo que es la *conciencia*, entendiéndose por tal, según uno de sus significados, la realización de distintos procesos cognitivos interrelacionados que nos llevan a un proceso interior sobre el bien que debemos hacer y el mal que debemos evitar. Con la conciencia distinguimos una acción correcta de una incorrecta, así como un acto moral o ético de uno inmoral o antiético, como en su momento distinguí, para poner un ejemplo, Tomás Moro, o los primeros cristianos cuando se negaban a abjurar de sus creencias. Para los católicos la conciencia tiene un valor relevante, habiéndose afirmado en la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* que “en la profundidad de su conciencia, el hombre descubre una ley, que él no se da a sí mismo sino que debe obedecer, y cuya voz, permanente invitación a amar el bien y evitar el mal, no deja de resonar claramente a su oído interior en el momento oportuno: haz esto, evita aquello” (nro. 16).

Por lo que bien se puede afirmar que la conciencia se aplica a lo ético, a los juicios que podemos y debemos practicar sobre lo que está bien y lo que está mal, tanto de nuestros actos como de los de terceros, siendo la conciencia moral una condición innata e intrínseca al hombre. Como afirmó San Juan Pablo II en el Mensaje para la Jornada Mundial por la Paz, del año 1991, la conciencia moral sería la capacidad de discernimiento que tiene el hombre para descubrir y obrar según la ley que Dios ha inscrito en cada hombre, la que debe conformarse en función de la verdad objetiva, universal e igual para todos, siendo una obligación de cada persona ir en búsqueda de esta verdad. Lo cual me lleva a afirmar que cuando hablamos de *objección de conciencia* nos estamos refiriendo a un juicio crítico con relación a determinados actos o disposiciones legales que se nos requiere que realicemos o cumplimentemos,

---

(\*) Comunicación del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 26 de mayo de 2016.

con las que disentimos y rechazamos por antiéticas, con fundamento tanto en la libertad de conciencia —según la cual nadie puede ser constreñido a realizar un acto que se considera ilícito— como en la libertad religiosa, calificando nuestra conciencia esos actos como un mal que debemos evitar. Se trata de actos que debemos realizar personalmente y que, por tanto, nos son moralmente imputables, por lo que los rechazamos en conciencia.

## II. El derecho a ejercer la objeción de conciencia

Cuando a una persona se le reclama —aún con fundamento en una norma jurídica— que practique determinados actos que la conciencia no acepta por considerarlos inmorales, puede tomar una decisión adversa a su cumplimiento. Dicho de otra manera: en el supuesto de que el acto que alguien debe realizar en razón de lo establecido en una disposición legal dictada por la autoridad competente, lesione las convicciones más íntimas de la persona, ésta puede objetarlas en conciencia y, como consecuencia, negarse lícitamente a practicarlas, con lo que la misma queda eximida de cometer lo que en su fuero íntimo considera un mal grave. (1)

Claro que no sólo es cuestión de invocar la lesión alegada, sino que el objetor debe dar razones fundadas de su objeción, que deben ser coherentes con sus convicciones (2); en especial, cuando la ley reconoce en forma condicional —por contraposición a incondicional— la posibilidad de ejercer el derecho. En tal sentido, en el caso “Portillo” —sobre el que más adelante volveré— la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la objeción de conciencia debe ser sincera.

La objeción de conciencia deriva de la libertad de conciencia, habiéndosela reconocido como una forma de resistencia pacífica con respecto al

---

(1) Jorge SCALA afirma que la cuestión de la objeción de conciencia recién surge en forma generalizada cuando, en épocas recientes, leyes inicuas obligaron a destruir matrimonios, esterilizar o matar seres humanos (“La objeción de conciencia como antesala del *ius resistendi*”, E.D., 227-124, 2).

(2) Con cita de Ilva Myriam Hoyos, Jorge Scala afirma que “las cuatro notas esenciales que caracterizan jurídicamente a la objeción de conciencia son las siguientes: a) la existencia de un deber legal que exige realizar una acción contraria a las convicciones morales de quien objeta en conciencia, b) la existencia de una situación singular y concreta que genera el conflicto personal entre el cumplimiento del deber legal y el del deber moral, c) la existencia de una razón eximente de la realización de ese deber legal, y d) el incumplimiento del deber legal por el cumplimiento del deber moral (SCALA, Jorge, ob. cit., E.D., 227-124, 3). Afirma Rodolfo L. VIGO que en esa lista de derechos humanos que resultan indisponibles está el derecho a desobligarse de lo prescrito por una norma jurídica invocando las convicciones racionales íntimas, pues un derecho con rostro y al servicio del hombre no puede dejar de reconocerlo” (“Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias”, E.D., 264-549, 2).

cumplimiento de una norma, por constituir su cumplimiento un conflicto entre la disposición objetada y su conciencia. Debe quedar en claro que lo que el objetor pretende —mediante un acto no violento— no es obstaculizar ni modificar la norma de que se trata, sino obtener el debido respeto a su conciencia. La obligación legal presupone que la persona debe actuar en un determinado sentido, implicando en cambio su comportamiento una conducta omisiva, debido a que su conciencia moral lo obliga a objetarla.

El objetor no trata de cambiar la ley, sino de proteger su conciencia. La conducta del objetor de conciencia tiene su fundamento en la existencia de principios superiores a las disposiciones legales, derivados de la ley natural, que deben prevalecer por sobre lo que la ley manda, que no siempre es justa, lo que ocurre cuando carece de un basamento moral, indispensable en toda norma jurídica, puesto que la operatividad del derecho es inescindiblemente moral. Lo que lleva a la afirmación de que una norma puede ser *legal*, por haber sido dictada de acuerdo a las formalidades exigidas al respecto, pero a su vez, *ilegítima*, por transgredir la norma moral. Como recuerda Rodolfo Vigo, para las teorías no positivistas “no cualquier contenido puede ser derecho, por ende, funciona un límite moral racional respecto de éste, de manera que si se supera ese umbral de *la injusticia extrema*, lo que intenta formularse como derecho no alcanza a serlo en virtud de que si bien tiene unos elementos necesarios a esos fines, carece del elemento racional, moral o ideal que también necesita”. Por lo que —agrega dicho autor— “las convicciones íntimas pueden esgrimirse por el destinatario del derecho a los fines que jurídicamente se lo desobligue”. (3) Debo a todo evento aclarar que para ejercer la objeción de conciencia con respecto a una disposición legal, no se requiere necesariamente que la misma sea injusta o inmoral, en abstracto, pues también puede ejercerse ese derecho con relación a una ley que no sea injusta ni inmoral en sí misma —como puede ocurrir al negarse a la práctica del servicio militar con el uso de armas—, pero que hiera la conciencia del objetor; aunque bien puede afirmarse que en el primer caso —cuando la ley es injusta o inmoral— el ejercicio del derecho es todavía más claro, si así pudiera decirse. Como, asimismo, puede ocurrir que un acto puede ir contra la conciencia y las convicciones de una determinada persona, pero no de otra, como en el caso de la jura de la bandera, a lo que se niegan los Testigos de Jehová.

De lo antes dicho puede afirmarse que la objeción de conciencia —que de ser ejercitada suele suponer el incumplimiento de una norma jurídica—

---

(3) Véase al respecto, LAFFERRIERE, Nicolás, “Aborto y objeción de conciencia”, en El médico frente al aborto, AA.VV., publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, junio de 2012. Análogamente, Jorge Guillermo MOLINA PORTELA afirma que el objetor debe probar la autenticidad de su objeción (“Algunas consideraciones acerca del divorcio y la objeción de conciencia”, E.D., 189-305).

consiste, como sostiene María Inés Franck, en “el derecho a eximirse, total o parcialmente, del cumplimiento de una obligación legal, debido a que ésta violenta la conciencia religiosa o moral de una persona”, lo que la lleva a solicitar una excepción a cumplir con dicha obligación, circunstancia esta que no debe confundirse con incitar a otros a desobedecerla. (4) A su vez, Lafferriere afirma con relación a la objeción de conciencia, que la misma es “la posibilidad de eximirse de acciones prescriptas por la ley sin que, a consecuencia de ello, tenga que sufrirse discriminaciones o renunciar a derechos, en razón del conflicto existente entre lo mandado y las propias convicciones”. Porque —agrega dicho autor— el derecho a la objeción de conciencia se desprende de las garantías constitucionales relativas a la libertad de culto, de conciencia y de religión. (5) Mientras que Fernando Arlettaz dice que “en un sistema democrático, la objeción de conciencia es un instrumento que, en el contexto de la libertad de conciencia y de religión, permite proteger las convicciones de quienes disienten de la perspectiva de la mayoría”. (6) Navarro Floria pone el acento en que la negativa individual y pacífica a cumplir una obligación legalmente impuesta, proviene del hecho de contravenir la norma un mandato obligatorio en conciencia, con un fundamento religioso o meramente ético. (7)

Por su parte, la Academia Nacional de Medicina emitió con fecha 28 de septiembre de 2000 una declaración, en el sentido de que “la objeción de conciencia es un testimonio pacífico y apolítico por el cual un médico puede no ejecutar un acto reglamentariamente permitido, sin que ello signifique el rechazo de la persona y el abandono del paciente. En tal sentido, la Academia Nacional de Medicina aboga por el derecho de los médicos a actuar, en el ejercicio de la profesión con total libertad de conciencia acorde con la ética y conocimientos científicos”. Y el art. 48 del Código de Ética de la Asociación Médica Argentina dispone en su última parte, que “ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional”.

---

(4) VIGO, Rodolfo L., “Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias”, E.D., 264-549, 2, y p. 550, 3.

(5) “El derecho a la objeción de conciencia en Argentina y en América”, en *El Derecho Administrativo*, 2015, nro. 13.862, del 25/11/2015. Agrega Franck que la objeción de conciencia se diferencia de la desobediencia civil, por cuanto aquélla no cuestiona la ley en sí, objetivamente, sino la obligatoriedad de determinado aspecto de la misma, en determinadas circunstancias para un individuo específico. Véase asimismo al respecto, ARLETTAZ, Fernando, “Matrimonio homosexual, oposición religiosa y objeción de conciencia en Argentina. A cinco años de la ley de matrimonio igualitario”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, nro. 1, año 2015.

(6) Ob. cit., ps. 29 y 31.

(7) Ob. cit., nro. 3, 3.1.

El derecho a la objeción de conciencia puede fundarse en el art. 14 de la Constitución Nacional, que tutela la libertad de culto, lo que también resulta de varios tratados internacionales incluidos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución, entre los que debo destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 18 dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. (8)

De todo lo cual bien se puede afirmar que para ejercer lo que se considera el derecho a oponer la objeción de conciencia para eximirse de la realización de un determinado acto que legalmente es exigido, no se requiere la existencia de una norma que en forma explícita permita ejercerlo, resultando a mi juicio suficiente que violente la libertad de conciencia y de religión. Naturalmente que, en el supuesto de que la norma admitiese expresamente la posibilidad de objetarla en conciencia, la actitud del objetor pasará a ser el legítimo ejercicio de un derecho. Aunque es claro que de no existir una norma en tal sentido, la posibilidad de ejercer ese derecho no resulta tan evidente; más aún, quizás, porque de la Constitución no resulta en forma explícita que se pueda incumplir una norma por violentar la conciencia.

En definitiva, no reconocer el derecho en cuestión significa ni más ni menos que no reconocer la libertad de pensamiento, debiendo al respecto recordar que de conformidad a la Resolución 46 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del año 1987, “la objeción de conciencia... debe ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, que además de en la ya citada Declaración Universal de Derechos Humanos, también se encuentra reconocido, entre otros instrumentos internacionales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados a la Constitución en el art. 75, inc. 22. Es que como recientemente dijo el Papa Francisco, la objeción de conciencia debe estar presente en cada estructura jurídica, porque se trata de un derecho humano, habiendo sostenido con respecto al aborto, que una vez que una ley que lo admite ha sido votada, el Estado debe respetar las conciencias. (9)

---

(8) NAVARRO FLORIA, Juan G., “Un caso de objeción de conciencia laboral”, E.D., 208-357, 1.

(9) Conf. el art. 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también incluido en el art. 75, inc. 22 de la CN.

### III. La situación legal en nuestro país y en Latinoamérica con respecto al reconocimiento de la objeción de conciencia

Varias son las leyes vigentes en nuestro país con relación al reconocimiento de la objeción de conciencia, que, por lo general, admiten ese derecho con distintos requisitos. Recordamos al respecto, entre otras, la ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable, en la que se reconoce la llamada *objeción de conciencia institucional*, según la cual se admite que ciertas instituciones pueden exceptuarse de la práctica de determinados actos médicos en razón de su ideario. (10) En tal sentido, el art. 10 de dicha ley establece que “las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse de lo dispuesto en el art. 6º, inc. b), de la presente ley”, que se refiere a la distribución masiva de anticonceptivos. Es que como ha sostenido Neydy Casillas, asesora jurídica de la organización legal *Alliance Defending Freedom* (ADF), “los centros médicos son instituciones que están conformadas por personas. No son edificios vacíos que se administran solos, son personas que en su ejercicio al derecho a asociarse se han unido con un fin que va de acuerdo con sus fines personales y creencias propias”. (11) Por su parte, el decreto 1282/2003, reglamentario de la precitada ley 25.673, también admite la objeción de conciencia personal, disponiendo al respecto que a tal fin los objetores deben efectuar la presentación pertinente ante las autoridades sanitarias locales.

La ley 26.130, de Contracepción Quirúrgica, permite a toda persona —ya sea médico o personal auxiliar del sistema de salud— ejercer su objeción de conciencia con respecto a las prácticas médicas que enuncia el art. 1º de dicha ley, sin consecuencia laboral alguna; aunque agrega que ello no exime de responsabilidad a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, respecto de la realización de las prácticas requeridas, que están obligadas a disponer de manera inmediata los reemplazos necesarios. (12)

De igual manera, la ley 26.150, del Programa Nacional de Educación Sexual Integral, reconoce en su art. 5º la posibilidad de cada comunidad educativa a incluir en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, “la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros”.

Poco tiempo después de dictado el fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa “F., A. L.”, del año 2013, al que más adelante haré referencia, el

---

(10) Declaración hecha con fecha 16 de mayo de 2016 al diario francés *La Croix*.

(11) Hay quienes, en cambio, entienden que el ejercicio de la objeción de conciencia constituye un derecho estrictamente personal.

(12) Nota de Bárbara BUSTAMANTE en ACIPRENDA, Santiago de Chile, 29 de abril de 2016.

Ministerio de Salud de la Nación dio a conocer, aunque únicamente por Internet, un Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, en el que si bien se incorporó un apartado relativo a la objeción de conciencia, se limitó su ejercicio al personal médico en forma individual —y no, en cambio, con un alcance institucional—, no pudiendo tampoco plantearse, como se estableció, cuando implicara “la dilación, retardo o impedimento para el acceso a esta práctica médica”.

A su vez, la ley 298 de enfermería, de la Ciudad de Buenos Aires, establece que los profesionales y auxiliares de la enfermería tienen derecho a “negarse a realizar o colaborar en la ejecución de prácticas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que de ello no resulte un daño en las personas sometidas a esa práctica”. (13) La ley 1044, también de la Ciudad de Buenos Aires, reconoce el derecho de los profesionales que integran los servicios de obstetricia y tocoginecología, de oponer la objeción de conciencia ante situaciones de embarazos con patologías incompatibles con la vida, como en el supuesto de la anencefalia.

En distintas jurisdicciones de nuestro país se contempla a la objeción de conciencia, generalmente con relación al aborto, como ocurre en la provincia de Entre Ríos, en que el médico debe comunicar la objeción en cada caso a la mujer o a sus representantes legales. En Salta la objeción de conciencia se puede ejercer en forma amplia, sin necesidad de registrarse previamente. En otras Provincias, en cambio, se exige un registro previo, como ocurre en Mendoza (ley 7456, de contracepción quirúrgica), Chaco (ley 5409, del año 2004, de procreación responsable), Santa Cruz, Tierra del Fuego, Santa Fe. En la provincia de Buenos Aires, la forma de registrarse corresponde a cada institución sanitaria. (14)

La ley I-0650-2008 de la provincia de San Luis, reconoce en forma genérica el derecho “a no actuar en contra de la propia conciencia personal” (art. 1º), debiendo en caso de alegarse ese derecho, ser decidida la objeción que se pretenda, por la autoridad administrativa o judicial, por el procedimiento de amparo. En el art. 2º se define a la objeción de conciencia como “el derecho subjetivo a desobedecer una norma jurídica que imponga acciones u omisiones contrarias a las convicciones religiosas, morales o éticas indubitadamente

---

(13) En el corriente año 2016 se presentó en el Congreso Argentino un Proyecto de ley (Expte. 0930-D-2016) que propone anular la figura de la objeción de conciencia admitido en las leyes de esterilización quirúrgica (nro. 26.130) y de salud sexual y procreación responsable (nro. 25.673) y su decreto reglamentario (nro. 1282/2003).

(14) Varias provincias también han dictado leyes de enfermería en las que se reconoce el derecho a la objeción de conciencia. Véase al respecto, ARLETTAZ, Fernando, ob. cit., nota 50.



acreditadas, aceptando cumplir prestaciones sustitutivas, cuando éstas correspondieran”.

Cabe asimismo señalar que son varios los países de Latinoamérica que en su legislación interna reconocen con mayor o menor amplitud, el derecho a ejercer la objeción de conciencia, entre los cuales recuerdo a la ley 19.987 del Uruguay (año 2012); el Código de Moral Médica de Costa Rica (2008), que pone como límite cuando se ponga en peligro la salud del enfermo; la ley 29.635 del Perú, del año 2011; la ley 783 de 1995, del Paraguay, y el art. 37 de la Constitución de ese país (15); el art. 66 de la Constitución Política del Ecuador; el art. 19 de la Constitución Política de Chile, que asegura a todas las personas “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público” (16); el Código de Conducta Ética del Servidor Público del año 2007, de Honduras, según el cual el objetor de conciencia debe presentar una solicitud de reconocimiento de su objeción ante la máxima autoridad de la institución para la cual trabaje. Recuerdo, asimismo, el art. 18 de la Constitución Política de Colombia, que establece que el Estado “garantiza la libertad de conciencia”, y que “nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”. (17) En México, las normas que permiten el matrimonio homosexual no incluyen cláusulas que admitan la objeción de conciencia.

#### **IV. Distintos supuestos en los que se suele invocar la objeción de conciencia**

Hay supuestos que podrían ser denominados *emblemáticos*, en los que debido a la relevancia de las cuestiones que se hallan en juego, se suele invocar la objeción de conciencia. Seguidamente me referiré a cuatro de ellos: el aborto, la transfusión de sangre en el caso de los testigos de Jehová, la eximición de realizar el servicio militar, y la celebración del matrimonio homosexual. (18)

---

(15) Con respecto a estos datos, seguimos lo dicho por PADILLA, Norberto, “Aborto y muerte digna en la Argentina (Objeción de conciencia según la Corte Suprema y protocolos de aplicación)”, en Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, año 2015.

(16) Dicha norma establece que “se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley la admitan”.

(17) Un reciente proyecto de ley sobre aborto presentado por la Presidenta Michelle Bachelet, contempla la objeción de conciencia —aunque no absoluta— únicamente por parte de los médicos, y no, en cambio, de las instituciones. Véase al respecto, GERI, Leonardo, “La objeción de conciencia institucional, un debate pendiente en Chile”, E.D., 262-903.

(18) Dicha disposición fue de alguna manera ratificada por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-728, del año 2009. Sobre dicha legislación, véase FRANCK, María Inés, “El derecho a la objeción de conciencia en Argentina y en América”, cit., y



**a) El ejercicio de la objeción de conciencia en los casos de aborto**

Cabe por de pronto señalar con respecto al derecho a la atención sanitaria de las personas, que no se debe ver limitado u obstaculizado por el ejercicio de una objeción de conciencia mal entendida, que sea utilizada en forma inapropiada, como una manera de eludir las responsabilidades profesionales por parte de los médicos, abusándose de tal manera de los derechos de las personas, con grave menoscabo de su salud.

Lo que, a mi juicio, no ocurre con relación al aborto, por tratarse del derecho a la vida —que es un derecho esencialísimo sin el cual no pueden ejercerse los demás derechos—, consistiendo en tal caso la objeción de conciencia en negarse a ejecutar o cooperar en forma directa o indirecta con un acto de esa naturaleza, por considerar esa conducta como contraria ya sea a la ley moral, a las normas deontológicas o a las religiosas. En los últimos años se han dictado en la Argentina sentencias relacionadas con el accionar médico, en algunas de las cuales se han impuesto determinadas restricciones al derecho que asiste a toda persona —y en particular a los profesionales de la medicina y al personal sanitario—, de objetar la realización de ciertos actos, como el aborto, que se considera que ofenden a la conciencia. Ya la Asociación Médica Mundial aprobó en el año 1970 la llamada Declaración de Oslo, en la que se contempla la objeción de conciencia al aborto, debiendo asimismo recordar el reconocimiento que de la objeción de conciencia efectuó la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio nro. 106, del año 1971. Asimismo, este último organismo aprobó en el año 1977 la Recomendación nro. 157, en que se reconoce el derecho a la objeción de conciencia por parte de los enfermeros.

Con relación al aborto, recordamos la sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 2012 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el denominado caso “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva” (19), en que dicho tribunal efectuó una interpretación amplia y, a nuestro juicio, errónea, con respecto a la práctica de los abortos no punibles, habiendo, entre otras argumentaciones, afirmado que la objeción de conciencia de los profesionales de la salud debe ser practicada ya sea en el momento en que las autoridades legislativas implementen un protocolo sobre la forma de proceder ante una

---

“Las buenas prácticas de América Latina respecto de la objeción de conciencia”, E.D., 260-914.

(19) Naturalmente que en dichos casos no se agota la posibilidad de objetar actos en conciencia, debiendo entre muchos otros casos ocurridos en la práctica, recordar el de negarse a trabajar en días de descanso religioso, el caso de los testigos de Jehová que se niegan al uso de escarapelas, la negativa a realizar intervenciones quirúrgicas esterilizantes o de adelantamiento del parto, la obligatoriedad del voto, etc., etc.

violación, o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente. (20) Estimo equivocada dicha restricción, puesto que no se puede limitar el tiempo en el que los médicos pueden ejercer el derecho a la objeción de conciencia para negarse a practicar abortos. Lo que es así porque pasado ese tiempo, se les estaría imponiendo una obligación a participar en abortos, lo que constituiría un atentado al sentido último de la profesión médica, e incluso a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad, al tratarse de profesionales que por su vocación se encuentran llamados a la defensa de la vida humana. (21) El fallo desconoce que el ejercicio de la objeción de conciencia no se puede limitar de la forma en que se pretende, porque constituye un derecho de raigambre constitucional (22) que consiste en que nadie debe ser forzado a contrariar las propias convicciones morales y científicas, ejecutando o haciendo ejecutar actos incompatibles con ellas. En otras palabras, como más arriba recordé, en la objeción de conciencia se está frente al derecho a negarse a observar determinadas conductas cuando ellas violentan la propia conciencia, por lo que limitar su ejercicio se opone a la esencia misma del instituto, verdadero derecho fundamental que se posee en forma continuada en el tiempo y no sólo en una oportunidad determinada. (23) Asimismo, ese derecho a la objeción de conciencia no puede ser conculcado alegando una supuesta interferencia de las convicciones de la persona con la práctica de su profesión de médico.

Dos años después del precitado fallo, en un caso en el que una persona de cincuenta años de edad que con motivo de un accidente automovilístico había quedado en un estado vegetativo en el que se mantuvo aproximadamente durante unos veinte años, sus hermanas (que fueron designadas sus curadoras) reclamaron que dado la irreversibilidad de su estado, se le retirara la alimentación e hidratación, que se le proporcionaba junto con cuidados paliativos. Al revocar la sentencia de Segunda Instancia, nuevamente la Corte Suprema de Justicia resolvió con respecto a la objeción de conciencia en el sentido de que el personal sanitario debía ejercer ese derecho en el

---

(20) La Ley, 2012-B-241, con múltiples comentarios doctrinarios.

(21) Considerando 29 de la mayoría del Tribunal. Ello se dijo, como resulta del fallo, “de forma tal que toda institución que atienda esta clase de situaciones cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual”.

(22) LAFFERRIERE, Nicolás, ob. cit., p. 30. Conf., entre otros, BERTI GARCÍA, María Milagros y Bernardita - NASAZZI, Fernando, “El derecho de ejercer la objeción de conciencia a un año del fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, E.D., 252-823.

(23) Fallos 312-496. Véase al respecto, VIDAL, Elisabet, “El aborto y la pretensión de limitar la objeción de conciencia”, E.D., 261-900.

momento de la implantación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente. (24)

Resulta por demás innegable que la conciencia no puede congelarse en el tiempo, pudiendo toda persona cambiar de creencias, como se reconoce, entre otras Convenciones incorporadas a la Constitución, en el art. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos del año 1969, y en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 1966. La persona puede evolucionar, incluso moralmente, y lo que una determinada acción —como un aborto— que en una época o momento admitió como válida, puede luego cuestionarla cuando se le requiera proceder a sacrificar una vida humana contra el juramento hipocrático que oportunamente prestó, de velar por la vida de sus pacientes. Como afirma Siro De Martini, “los problemas de conciencia deben plantearse cuando se presentan. El hombre no es una máquina cuyas convicciones o decisiones morales pueden ser tomadas de una vez para siempre, y mantenidas de esa forma de modo inalterable”. (25) En similar sentido, al criticar el fallo de la Corte en el caso “F. A. L.”, Norberto Padilla considera con relación a los requisitos que dicho Tribunal exige para poder ejercer la objeción de conciencia, que éstos constituyen una “curiosa forma de inmovilizar la conciencia, ya que si con el correr del tiempo, quizás después de practicar varios abortos, quizás tras una nueva reflexión ética o religiosa, el profesional replantease sus pautas morales, se vería imposibilitado de ser atendido y respetado”. (26)

Lo cierto es que aun cuando se considerara lícito limitar de alguna manera la posibilidad de hacer valer la objeción de conciencia, por ejemplo, para evitar practicar un aborto (por más que éste sea considerado, en el caso particular, como no punible), aun cuando se entendiera que una persona no podría hacer valer la objeción de conciencia por no haberse inscripto dentro de un plazo predeterminado en un Registro de objetores de conciencia, no por ello se le puede obligar a cometer un aborto. Lo que es así porque, como bien afirma Siro De Martini, “ninguna autoridad en nuestro país, ni los jueces (de la Corte o de cualquier otro tribunal), ni los funcionarios públicos

---

(24) Véase al respecto mi nota, “El fallo de la CSJN sobre aborto”, *La Ley*, 2012-B-277.

(25) Véase al respecto nuestro trabajo “La supresión de la alimentación e hidratación constituye un supuesto de eutanasia”, *Revista La Ley*, diario del 15 de julio de 2015.

(26) DE MARTINI, Siro M. A., “Ni los médicos ni los centros de salud están jurídicamente obligados a practicar abortos”, en *El médico frente al aborto*, AA.VV., publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, junio de 2012, p. 17. Agrega dicho autor que “una cosa es sostener que no se va a castigar a una persona que mate a otra y otra muy distinta es decir que, por eso, alguien está obligado a matarla. No hay ninguna relación lógica (ni jurídica) entre una cosa y otra”. Y agrega que “si los jueces no tienen facultades para autorizar que se mate a una persona por nacer ¿cómo habrían de tenerlas para ordenar o exigir a un tercero que la mate?”

(Presidente de la Nación, ministros, gobernadores, etc.), ni el Congreso de la Nación, pueden exigirle a una persona que mate a otra. Más aún en un país como el nuestro en que no existe la pena de muerte...” (27) Resulta aquí aplicable el art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

### ***b) El caso de los Testigos de Jehová***

Otro de los casos emblemáticos es el de los Testigos de Jehová, que, como es sabido, con fundamento en la objeción de conciencia se niegan a que se les transfunda sangre, no obstante que de acuerdo a su estado de salud sea lo que en el caso particular aconseje la ciencia médica. Contrariamente al supuesto recordado en el inciso que antecede, en éste el objetor de conciencia no viola —en dicho aspecto— ninguna ley positiva, aunque sí lo hace, por ejemplo, cuando con el mismo fundamento se niega a enrolarse en el ejército en los casos en que ello es legalmente obligatorio. (28)

Con relación a la transfusión de sangre recuerdo un conocido caso “Bahamóndez” de una persona de esa religión que en el año 1994 se encontraba internado en un Hospital y que había manifestado claramente su negativa a que le efectuaran una transfusión de sangre, la que había sido considerada necesaria por los médicos para salvarle la vida. Éstos consiguieron por medio del Hospital una orden judicial para realizar la transfusión, pues entendían que se debían adoptar todas las acciones necesarias cuando, como en el caso, peligraba la vida del paciente. Apelada la resolución de 1ª instancia, la Cámara la confirmó con fundamento en la afirmación de que la vida es un valor supremo, por lo que la libertad de cada persona de ejercer sus derechos y aún sus opciones religiosas no puede ser practicada de manera tal que se extinga la vida misma (dijo la Cámara que la negativa a recibir sangre constituía un supuesto de suicidio por omisión), aunque se aclaró que en ciertas situaciones ello es posible, ya sea para salvar a la patria o a la bandera, o a vidas ajenas. (29) Ante ello, Bahamóndez acudió a la Corte Suprema de Justicia por recurso extraordinario, la que resolvió

---

(27) Ob. cit., nro. 1.

(28) Ob. cit., p. 12.

(29) Otra situación planteada por un Testigo de Jehová consistió en su negativa a prestar el juramento de lealtad a la bandera nacional, con fundamento en la objeción de conciencia. Si bien la Corte Suprema de Justicia rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia denegatoria del reclamo en tal sentido, uno de los jueces del Tribunal votó en favor de la procedencia de la acción (Fallos 328-2966). Muchos años antes, el mismo Tribunal había rechazado una acción iniciada por un Testigo de Jehová, que con igual fundamento se había querido negar a la exigencia de prestar juramento en la instancia de la entrega de un título universitario (Fallos 214-139).

que al mismo le asistía derecho a negarse a la transfusión, lo que hizo con fundamentos múltiples (30), dentro de los cuales destaco el argumento que puede considerarse central, consistente en la necesidad de respetar la objeción de conciencia de cada persona en particular, con base en el art. 19 de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentales. La Corte afirmó que “la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho de no cumplir una norma u orden de autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común”. (31)

Al comentar el fallo, Jorge Guillermo Portela afirmó que cuando no se advierta daño a terceros, el objetor de conciencia debe ser sujeto de protección jurídica, constituyendo la objeción de conciencia un derecho de la personalidad, por lo que el Estado que no reconoce a los individuos el derecho a ser fieles y obedientes a la propia conciencia, es un Estado totalitario. A su vez, Germán J. Bidart Campos puso de relieve que quien no quiere someterse a una terapia recomendada y ordenada por el médico, y con esa negativa pone en riesgo su salud o su propia vida, no comprometiendo derechos ajenos, no puede ser compelido a prestarse al tratamiento que rechaza. Néstor P. Sagüés, a su vez, sostuvo que la negativa a aceptar una transfusión de sangre cuando ella es indispensable, reviste una decisión indirecta de suicidio, aun cuando el paciente no quiere directamente matarse, sin perjuicio de lo cual, dicho autor entiende que debe respetarse la decisión personal de no admitir la transfusión. (32) El fallo también mereció un comentario de Carlos E. Colautti, en el que dicho autor afirmó la inexistencia de norma alguna —constitucional o infraconstitucional— que pueda obligar a un habitante a aceptar un tratamiento médico específico, dado que el conocimiento humano es, por esencia, falible, no pudiendo las conclusiones científicas ser impuestas. Entre otros conceptos, dijo también Colautti que no se puede someter a una persona mayor y capaz sin su consentimiento, a una intervención sobre su propio cuerpo, y ello, con independencia de si afecta derechos

---

(30) La resolución de la Cámara fue criticada antes del fallo de la Corte, tanto por HERRENDORF, Daniel E., “Una solución judicial que no descubre ninguna solución para nadie”, como por BIDART CAMPOS, Germán J., “Terapias obligatorias en oposición a las convicciones religiosas y morales del enfermo”, E.D., 134-295 y 296, respectivamente.

(31) Para una ampliación de dichos fundamentos, véase nuestro trabajo “Derecho y Eutanasia”, Buenos Aires, 2005, ps. 127 y ss.

(32) Fallos, 316-479. Pocos años después se reiteró esa doctrina en Fallos 329-2966 (autos “Asociación Testigos de Jehová c. Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/ inconstitucionalidad”, del año 2005).

de terceros, así como de las motivaciones del paciente, siendo irrelevante, agregó que la decisión del mismo tenga fundamentos religiosos, éticos o científicos. (33)

***c) La objeción de conciencia para evitar la realización del servicio militar***

Como es entendible, esta cuestión se ha planteado fundamentalmente en los Estados en que el servicio militar es obligatorio, por contraposición a voluntario, siendo por lo general los objetores personas pertenecientes a grupos religiosos pacifistas, minoritarios. (34) Hace ya más de treinta años que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió intervenir con motivo de la pretensión de seguidores de los Testigos de Jehová de no querer realizar el servicio militar, en ese entonces obligatorio en la Argentina. En casos resueltos en los años 1982 (35) y 1983 (36), la Corte rechazó los pedidos de eximición de dicho servicio, que había sido requerido con fundamento en la objeción de conciencia.

Pero en el año 1989 dicho tribunal modificó su jurisprudencia en el caso "Portillo" (37), que había cuestionado la constitucionalidad de la ley de servicio militar por violentar la libertad ideológica y de conciencia (art. 14 de la CN), y al que en sede penal se había condenado a cumplir el servicio militar más un año adicional como pena. Portillo sostuvo que su credo católico le impedía el uso de armas contra otra persona, ya que entendía que implicaba la violación del quinto mandamiento, y ofrecía prestar cualquier servicio alternativo que no implicara el uso de armas. La Corte le reconoció a Portillo el derecho a la objeción de conciencia, aunque sólo con el alcance de no obligarlo a portar armas, debiendo el mismo, no obstante, cumplir con el deber de contribuir a la defensa de la Nación. En ese precedente la Corte reconoció el valor de la libertad religiosa, y extendió la protección de la libertad de conciencia a quienes "establezcan una determinada jerarquía en cuanto a sus valores éticos, adjudicando especial primacía al de no poner

---

(33) "¿Derecho constitucional a no curarse?", La Ley, 1993-D-126.

(34) "Precisiones e imprecisiones en el caso 'Bahamóndez'", La Ley, 1994-B-785.

(35) Se recuerda que durante la guerra de la independencia de Holanda, en el año 1575, los menonitas quedaron exceptuados de participar en la vigilancia armada de sus ciudades.

(36) Fallos 304-1524. En el caso, la Corte Suprema sostuvo, entre otros argumentos, que el derecho a la libertad de culto no era absoluto, y que el mismo debía conciliarse con el deber, también constitucional, de prestar el servicio militar obligatorio. Dijo también dicho Tribunal que "la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la Nación misma..."

(37) Fallos 305-809, del año 1983.

en riesgo la vida de un semejante”. Sostuvo, además, que en los casos en que resulte posible, debe tratarse de conciliar el cumplimiento de los deberes legales con el respeto a las convicciones del objetor. (38)

También la Corte Constitucional de Colombia reconoció la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia para no realizar el servicio militar, habiendo sostenido al respecto que los fines que se buscan con la práctica de dicho servicio pueden también ser conseguidos por otros medios. (39) Recuerdo asimismo lo expresado con fecha 8 de marzo de 1989 por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que afirmó que la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio “es inherente al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”, e igualmente, lo afirmado en similar sentido en la Resolución del Alto Comisionado de las Naciones Unidas del mes de marzo de 1995, sobre la objeción de conciencia al servicio militar. También en el artículo 2 de la Resolución del Parlamento Europeo de fecha 7 de febrero de 1983, se reconoció en forma expresa el derecho a la objeción de conciencia como negativa al servicio militar, debiendo igualmente recordar la Recomendación 1518 de ese Organismo, del año 2001, con relación al ejercicio de ese derecho en los Estados miembros del Consejo de Europa.

***d) La objeción de conciencia por parte del funcionario público obligado a celebrar un matrimonio entre personas de igual sexo***

Sabido es que en distintos países ha sido legalmente admitida la posibilidad de la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo. En la Argentina dicha posibilidad existe desde el año 2010, con motivo del dictado de la ley 26.611, lo que ha sido mantenido con la ley 26.994, que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación (conf. art. 402).

En su momento se produjeron diversos cuestionamientos al proyecto que finalmente se transformó en la ley que permitió el matrimonio homosexual, lo que ocurrió por entenderse que el matrimonio constituye una institución que debe ser celebrada por dos personas de distinto sexo. Ello derivó, luego de la aprobación de la ley 26.611 y aunque dicha ley nada contempló al respecto —como tampoco el nuevo Código—, en el ejercicio del derecho de objeción de conciencia por parte de distintos funcionarios que debían celebrar esos matrimonios, con la finalidad de abstenerse de celebrarlos, en razón de que dicho acto vulneraba sus convicciones. Los cuales, en nuestro

---

(38) Fallos 312-496.

(39) Los criterios expuestos por la Corte en el caso “Portillo” fueron más adelante recogidos por la ley 24.429, donde se reguló la posibilidad de poder ejercer la libertad de conciencia en el nuevo servicio militar voluntario que estableció dicha ley.



país son funcionarios del Estado, ya que el matrimonio religioso no tiene efectos jurídicos.

Ante el silencio de la ley, se produjo un debate al respecto, habiéndose distintos funcionarios públicos negado a participar en la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, como ocurrió en el año 2010 con una Jueza de Paz en la provincia de La Pampa, o con el Director del Registro Civil de Concordia, en la provincia de Entre Ríos. Lo que desde el punto de vista práctico no trajo problemas, al haber sido esos funcionarios reemplazados por otros, por lo que no se afectaron derechos de terceros. Con relación a la procedencia de la objeción, se argumenta que el carácter de funcionarios públicos les impediría negarse a la aplicación de la ley, en contra de lo cual se sostiene que aparte de funcionarios, son personas a las que no se les puede negar su derecho a ejercer su libertad de conciencia y de religión. (40) No obstante, se ha dicho que “quien entra a un ámbito estrictamente reglado como es el de la administración pública puede verse sometido a restricciones en sus derechos en pos del correcto funcionamiento de esa administración y de la protección de los derechos de los administrados”, lo que se refuerza —se agrega— si se tiene en cuenta que la celebración de matrimonios es una práctica monopólica regulada por el Estado: sólo puede ser realizada por quienes forman parte del cuerpo de funcionarios del Estado. (41) Concluye Arlettaz que “en ausencia de una regulación específica (leyes sobre objeción de conciencia, leyes sobre el Registro Civil o reglamentos y resoluciones sobre su funcionamiento) los funcionarios del Registro Civil no pueden negarse a intervenir en la celebración del matrimonio”, sobre todo si se tiene en cuenta que lo que constituye verdaderamente el matrimonio es el consentimiento de los contrayentes, cumpliendo el oficial público una función de mero registrador.

Por mi parte, con fundamento en lo dicho en el transcurso de esta nota, creo que los oficiales públicos del Registro Civil pueden negarse a celebrar matrimonios de personas del mismo sexo, cuando en conciencia, ello va contra sus más íntimas convicciones morales.

## V. Conclusiones

Como conclusiones de lo hasta aquí analizado, señalo las siguientes:

1° Toda persona tiene derecho, con fundamento en la moral y en sus convicciones más íntimas, así como en la libertad de conciencia y religiosa, de ejercer la denominada *objeción de conciencia* a fin de no realizar

---

(40) Conf. sentencia C-728 del año 2009.

(41) Véase al respecto, NAVARRO FLORIA, Juan, “La objeción de conciencia de los jueces y funcionarios al llamado matrimonio homosexual”, E.D., 234-382.



determinados actos que le son requeridos, lo que constituye un derecho intrínseco a la dignidad humana.

2º Al constituir la objeción de conciencia un derecho fundamental de la persona, ningún Estado tiene el derecho de derogarlo, como tampoco de otorgarlo, puesto que la omisión de otorgar dicho derecho no impide que sea ejercido sin interferencias o impedimentos. No obstante, es conveniente que lo prevea, señalando sus modalidades, aunque sin limitaciones arbitrarias ni irrazonables.

3º El derecho de ejercer la objeción de conciencia para negarse a la realización de cierta clase de actos que sean requeridos, también puede ser ejercido por las instituciones que tienen determinados idearios éticos o religiosos que le impidan la realización de tales actos.

4º El objetor debe dar razones fundadas de su objeción, que deben ser coherentes y consecuentes con sus convicciones.

5º El ejercicio de la objeción de conciencia no puede ser restringido de ninguna manera, con la salvedad de que en razón de su ejercicio se ponga en riesgo el orden público, la vida o los derechos de terceras personas o, de forma significativa, la salud de las mismas. ◆



# PENETRACIÓN DE LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO EN EL ORDEN JURÍDICO ARGENTINO

POR SIRO M. A. DE MARTINI (\*)

1. Cuando en la mañana del sábado 12 de septiembre de 2015 unos transeúntes vieron que en el semáforo ubicado en la intersección de bulevar San Juan y Obispo Trejo de la ciudad de Córdoba la esquemática figura del hombrecito había sido sustituida por una no menos esquemática figura de mujer, no podían saber que se encontraban frente a un hecho de pretensiones revolucionarias.

Este llamado “semáforo igualitario” podría ser calificado de muchos modos —no siempre halagüeños— si se lo analiza en su realidad objetiva, pero conviene detenerse en los fundamentos que tuvieron los cordobeses para modificar de este modo su sistema de señalización peatonal. En efecto, en palabras de la concejal Miriam Acosta, autora del proyecto, “si logramos ver a la mujer en la ciudad, la mujer comienza a tomar un rol protagónico y a verse distinta. Va a disminuir la violencia que se ejerce sobre ella por este sistema patriarcal que viene desde hace años” (1).

De inmediato surgen algunas preguntas: ¿Qué es esto de “sistema patriarcal”? Según el DRAE, “patriarcal” dice relación a “patriarca”, que es la “persona que por su edad y sabiduría ejerce autoridad en una familia o en una colectividad”. En una segunda acepción, si se lo refiere al poder, significa que este es “ejercido autoritariamente bajo una apariencia paternalista”. No parece que el Concejo Deliberante cordobés haya tenido la intención de referirse a ninguna de estas dos formas a sus gobernantes. Pero además, ¿por qué este sistema patriarcal —sea lo que fuere— ejerce violencia sobre la mujer? Por fin, ¿por qué esa violencia va a disminuir “si logramos ver a la mujer en la ciudad”, si “la mujer comienza a tomar un rol protagónico y a verse distinta”?

---

(\*) Comunicación del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 9 de junio de 2016.

(1) En *Infobae* del 13/9/15. La experiencia tiene antecedentes en otros países como Alemania y Holanda.

En este ejemplo francamente menor aparecen, sin embargo, algunas características que suelen acompañar a la ideología de género: la vida social entendida en clave de confrontación entre varón y mujer; la generación histórica de sistemas de dominación de la mujer por medios violentos (en un sentido sumamente amplio de la palabra); la resignificación de términos de uso común; o la modificación del lenguaje simbólico.

El propósito de esta comunicación es analizar los orígenes y significado de las principales líneas de pensamiento de la ideología de género para mostrar, luego, como esta ideología ha penetrado nuestro orden jurídico y, antes de él o junto con él, nuestra vida social y cultural, ante la indiferencia, apatía y, algunas veces, desconocimiento de la mayor parte de la población.

2. Digamos para empezar que la ideología de género es la forma cultural e instrumental que ha adoptado el feminismo radical (2) o de género en las últimas décadas, con una singular eficacia.

Christina Hoff Sommers fue quien acuñó la fórmula “feminismo de género” para distinguirlo del “feminismo de la equidad” (3). Este último, sumamente conocido, es el que ha bregado a lo largo de los tiempos por la igualdad moral y legal de los sexos. El feminismo radical, en cambio, es una ideología, es decir, un “un sistema cerrado de ideas que se postula como modelo según el cual ha de reestructurarse toda la vida humana en sociedad” (4), totalitario —en el doble sentido de que en su pretensión por imponerse no admite contradictores y en cuanto supone abarcar toda la realidad— y con una matriz de pensamiento marxista. Esta última característica abarca, en rigor, las dos anteriores.

Como veremos, el feminismo de género interpreta la diferencia entre varón y mujer como de oposición mutua e irreductible y en una permanente e inevitable confrontación. En esta confrontación pueden fácilmente seguirse los pasos de afirmación o tesis, negación de la afirmación o antítesis y síntesis o negación de la negación, propios del modo dialéctico de entender la realidad por parte del marxismo (5). En rigor, el feminismo

---

(2) Radical en el sentido de raíz, desde la raíz.

(3) En “Who stole Feminism?”. Simon & Schuster, New York, 1997.

(4) WIDOW, Juan A., “La corrupción ideológica del lenguaje en las ciencias prácticas”, *Revista Internacional de Filosofía Práctica Circa humana Philosophia*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2003, T. I, pág. 59.

(5) Mi trabajo “Raíces ideológicas de la perspectiva de género”, en *Prudentia Iuris*, publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, N° 75, 2013, págs. 67-89, está estructurado siguiendo estas tres fases del pensamiento de Marx.

reemplaza clase social por tipo de sexo, producción por reproducción, explotación del proletariado por explotación de la mujer, trabajo por sexualidad. Y si el marxismo sueña con un mundo en el que desaparecerán las clases sociales y cada cual se ocupará de lo que quiera ocuparse, el feminismo de género sueña con un mundo en el que desaparecerán los sexos y, como veremos, aun los géneros. Las diferencias en la praxis revolucionaria son, por supuesto, muchas, pero el modo de entender la realidad, la estructura de su pensamiento, la lógica argumental, la metodología de análisis son las mismas (6).

Creo que en el camino que conduce a la formulación de la ideología de género por parte del feminismo radical pueden reconocerse cuatro hitos correspondientes a cuatro pensadores. Son ellos Federico Engels, Simone de Beauvoir, Kate Millet y Shulamith Firestone. Me referiré brevemente al núcleo de su pensamiento en cuanto expresión de una etapa del camino.

3. En *La ideología alemana*, Marx y Engels, en una concepción algo excesiva del trabajo, habían dicho que, originariamente, la división del trabajo no pasaba de la división del trabajo en el acto sexual (7). Y si bien en su pensamiento la división del trabajo siempre implica confrontación, lo cierto es que la idea no la desarrollaron en ese momento.

Ya muerto Marx, Engels escribió y publicó en 1884 *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. En esta obra, suerte de ejecución del testamento intelectual de Marx (8), se encuentra el primer y nunca abandonado —aunque sí criticado— fundamento de lo que luego sería el feminismo radical y, en última instancia, la ideología de género.

La idea central —ciertamente no probada por el autor— es que la abolición del derecho materno fue la gran derrota histórica del sexo femenino. A partir de entonces, el hombre tuvo todo el control. “La mujer fue envilecida, dominada, transformada en esclava de su placer y en simple instrumento de reproducción” (9). Engels va a sostener que la monogamia inauguró una etapa radicalmente distinta en la relación entre el varón y

---

(6) Una buena síntesis de similitudes y diferencias y de críticas mutuas, desde una común concepción de pensamiento puede leerse en el primer capítulo (“El problema del marxismo y del feminismo”) del libro de Catharine A. Mac Kinnon: *Hacia una teoría feminista del Estado*. Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, España, 1989.

(7) *La ideología alemana*. Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, Uruguay, 1974, p. 32.

(8) ENGELS, Federico, “El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado”, Ed. Claridad. Bs. As., 1964, p. 7.

(9) Ídem, p. 65.

la mujer: a partir de su instauración, y en permanente continuidad hasta nuestros tiempos, la monogamia implicó una suerte de esclavitud, de total sometimiento de la mujer por parte del varón. Y con ello, el comienzo y la permanencia de un conflicto entre ambos sexos. “El primer antagonismo de clases que apareció en la historia —son sus palabras— coincide con el desarrollo del antagonismo entre el hombre y la mujer en la monogamia; y la primera opresión de clases, con la del sexo femenino por el masculino” (10).

Esta singular coincidencia o identificación de la lucha de clases sociales o, con más precisión, del sometimiento de una clase bajo el poder de otra, con el enfrentamiento entre los sexos y la esclavización de la mujer por parte del hombre, tendrá sin dudas consecuencias perdurables. Por la pronto, implica afirmar que la situación de la mujer como objeto de placer y mero instrumento de reproducción es inevitable mientras exista matrimonio monógamo. Pero lo que resulta más significativo aún es que la idea de Engels importa radicar la lucha de clases en la existencia del matrimonio. Dicho de otro modo, mientras exista el matrimonio tal como lo conocemos en Occidente el estado de confrontación familiar y social es inevitable. El mismo Engels se hace cargo parcialmente de esta consecuencia al escribir que “el hombre es en la familia el burgués; la mujer representa en ella el proletario” (11).

Allí detuvo Engels su pensamiento sobre esta cuestión. Quizás le haya parecido ya demasiado forzado seguir su desarrollo por el camino lógico al que estaba necesariamente destinado. Esto es, que si el hombre representa al burgués en el matrimonio, la mujer (el proletariado) tiene que haber surgido como su antítesis, como un ente generado por la misma realidad del hombre. Y que la confrontación a la que ambos están destinados tiene que pasar por una etapa de violencia, de dictadura de la mujer para concluir, por fin, en una nueva y feliz humanidad sin sexos. Quizás fuera el mundo el que no estaba preparado para oír semejantes cosas. Tuvieron que pasar unas décadas hasta que hiciera su aparición la filósofa existencialista, atea y marxista Simone de Beauvoir.

4. En *El segundo sexo*, obra escrita en 1949, de Beauvoir llega hasta algunas de aquellas conclusiones que Engels no había podido o querido alcanzar: la mujer, esto que llamamos mujer, es un segundo sexo, un ser inferior construido por el hombre un objeto pasivo sin libertad. “Desde los primeros tiempos —escribe— los hombres consideraron útil mantener a la mujer en un estado de dependencia: establecieron códigos contra ella y

---

(10) Ídem, p. 74.

(11) Ídem, p. 84.

así la constituyeron como lo Otro, lo cual servía a sus intereses económicos, pero también a sus pretensiones ontológicas y morales” (12).

Tal como había sostenido Engels, las instituciones que creó el hombre para someterla, para hacer de ella lo que hoy conocemos como mujer, han sido el matrimonio y la familia. Porque a través de ellos ha sido posible reglarla a la maternidad. Hay que ver que para de Beauvoir las actividades de procreación y maternidad son actos repetitivos que impiden trascender, que la hacen pasiva, que no la diferencian de los animales. Engendrar, amamantar, dirá, no constituyen actividades, son funciones naturales; ningún proyecto les afecta, por eso la mujer no encuentra en ello el motivo de una altiva afirmación de su existencia; sufre pasivamente su destino biológico. Las faenas domésticas a que está dedicada, puesto que son las únicas conciliables con las cargas de la maternidad, la confinan en la repetición y la inmanencia; son faenas que se reproducen día tras día, bajo una forma idéntica que se perpetúa casi sin cambios siglo tras siglo; no producen nada nuevo (13).

Nuestra autora reconoce que hay, al menos en la base de este segundo sexo que el varón ha históricamente construido, una realidad biológica. Por eso escribe, refiriéndose a la mujer, que “su desgracia consiste en haber sido biológicamente destinada a repetir la Vida, cuando a sus ojos la Vida no lleva en sí sus razones de ser y cuando esas razones son más importantes que la vida misma” (14). Es curioso que esas razones que están por encima de la vida y la justifican, la lleven a una suerte de envidia de lo masculino, a un nada disimulado deseo de que la mujer sea como el hombre. Así, escribe: “La peor maldición que pesa sobre la mujer es hallarse excluida de esas expediciones guerreras; no es dando vida, sino arriesgando la propia, como el hombre se eleva sobre el animal; por ello en la Humanidad se acuerda la superioridad, no al sexo que engendra, sino al que mata” (15).

Pero si Simone de Beauvoir ha sido tan importante para la historia del feminismo radical es porque no se detiene ni en el condicionamiento biológico ni en la construcción histórico-cultural a través de la cual los varones han creado este segundo sexo. Por el contrario, su propuesta es una liberación de ese estado de opresión. ¿Cómo lograrlo? Construyéndose de otro modo a sí misma, modo que ha de tener como característica central la liberación de la maternidad.

---

(12) BEAUVOIR, Simone de, “Le deuxième sexe”. Gallimard, París, 28ª Edición, 1949, T. I, p. 231.

(13) Ídem, p. 110.

(14) Ídem, p. 112.

(15) Ídem, p. 111.

“On ne naît pas femme: on le devient”. Uno no nace, sino que se hace mujer (16). He ahí, en una síntesis que nunca dejará el feminismo de repetir, lo que se anuncia como el camino único que conduce a la liberación revolucionaria: la mujer debe construirse a sí misma. Lo cual supone la ruptura con los determinismos biológicos y con lo que el hombre, a lo largo de la historia, ha construido y llamado mujer. Por supuesto que la frase es una expresión fiel de la filosofía existencialista y, por ello, podría decirse de todo ser humano, con todo tipo de consecuencias. Pero la realidad es que con ella de Beauvoir apunta a la autoconstrucción de la mujer y así ha sido entendida por sus miles de seguidoras y admiradoras.

Uno no nace, sino que se hace mujer. De este modo aislado, casi como un slogan, es que suele citarse la frase de de Beauvoir. Sin embargo, para hacernos una idea algo más completa de su significado hay que analizar el párrafo con el que se continúa y completa. En efecto, el texto completo es: “Uno no nace, sino que se hace mujer. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino. Hasta los doce años, la niña es tan robusta como sus hermanos y manifiesta la misma capacidad intelectual; no existe ninguna esfera en donde le esté prohibido rivalizar con ellos. Si, mucho antes de la pubertad, y a veces incluso desde su más tierna infancia, se nos presenta ya como sexualmente especificada, no es porque misteriosos instintos la destinen inmediatamente a la pasividad, la coquetería y la maternidad, sino porque la intervención de otro en la vida del niño es casi original y porque, desde sus primeros años, su vocación le ha sido imperiosamente insuflada” (17).

Es decir, a) la mujer es un producto intermedio entre el macho y el castrado; b) es la civilización quien ha elaborado este producto, c) la misma civilización —es decir, los hombres— es quien la fuerza a ser lo que es, d) lo que especifica esta femineidad construida es la pasividad, la coquetería y la maternidad, e) la mujer tiene todas las condiciones para ser como el varón.

En Engels resaltábamos la concepción de la relación entre el varón y la mujer como una lucha de sexos coincidente con la lucha de clases, y el sometimiento y explotación de la mujer por parte del varón como algo análogo a la explotación del proletariado por parte de la burguesía. Esta situación aparece como una consecuencia inevitable del matrimonio monógamo.

---

(16) Op. cit., T. II, p. 13.

(17) Ídem, ps. 13/14.



En Simone de Beauvoir, que sigue críticamente a Engels, aparece la idea de que la mujer no solo ha sido sometida por el hombre y la civilización que éste ha creado, sino que ha sido construida como un producto ciertamente deforme, como un ente puramente pasivo. Pero, a la vez, aparece la clave para su liberación y para que pueda hacer de sí misma un nuevo ser similar al hombre; esa clave es también la condición imprescindible para el salto revolucionario y se trata, como hemos visto, de liberarse de la maternidad. Lo demás —matrimonio, familia y la moral y la religión tradicionales que también de Beauvoir menciona— no son más que los medios históricos, los instrumentos de los que el hombre se ha valido para la dominación.

No debemos dejar de destacar, para que luego se nos haga más evidente el progreso ideológico que supuso la perspectiva de género, que de Beauvoir entiende solo a la mujer (y al matrimonio y a la familia) como construcción cultural, no así al hombre. Y, por otra parte, que el panorama que nos presenta es el de la alternativa entre la mujer —ente intermedio entre el macho y el castrado, ser pasivo y frustrado— producida por el hombre, es decir, la mujer tal como la conocemos; y ese nuevo ser (también llamado mujer), caracterizado por su liberación de la maternidad, del trabajo doméstico, del matrimonio y la familia, de la cual lo único que sabemos es que se construirá a sí misma.

5. Me ha parecido que un tercer hito en el desarrollo del feminismo radical debe llevar el nombre de Kate Millet, quien ganó una extraordinaria fama con la publicación, en 1969, de su libro *Política Sexual* y con su activismo feminista lesbiano. Millet es quien se vale de la palabra “patriarcado” para designar el sistema de opresión y explotación de la mujer que, de distintos modos, habían descrito Engels y, sobre todo, Simone de Beauvoir. Pero si su pensamiento implica un notable progreso en el sendero de la revolución es sobre todo por el análisis de dos ideas: la primera es que el patriarcado es el sistema de dominación básico sobre el que se asientan todos los demás sistemas (18). La segunda es que toda relación sexual es política en tanto implica una relación de poder. Como es de imaginar, ambas ideas tendrán profundas consecuencias. Por una parte, si la relación sexual es una relación política, la conquista del poder (en sus más diversos aspectos) debe llevarse a cabo a través del sexo, es decir, de una revolución sexual. Por el otro, esta revolución debe extenderse de modo transversal a todas las instituciones sociales ya que, como hemos visto, todos los sistemas de dominación están íntimamente ligados y dependen del sistema de dominación que está en la base de todos ellos,

---

(18) En POOLE, Diego, “El derecho de la Nueva Ciudadanía”. En [www.eticayderecho.com/Tema10\\_NuevaCiudadania.pdf](http://www.eticayderecho.com/Tema10_NuevaCiudadania.pdf).

que es el patriarcado. Pero, además, al ser el patriarcado el sistema de dominación fundamental, radical, la única revolución que tiene sentido es aquella que busca la destrucción del patriarcado. Efectivamente, si se lo destruye se destruirán a la vez y necesariamente todos los demás sistemas de dominación.

La teoría del patriarcado implica, por cierto, la idea proveniente de Simone de Beauvoir de que lo femenino, la mujer tal como la concebimos, es un género inferior creado por aquel sistema de dominación.

Pero avanzando un enorme paso más dentro de esta doctrina, se afirmará que la heterosexualidad no es tampoco una realidad dada o natural, sino una construcción cultural del patriarcado; un artificio, en suma, para el control de las mujeres.

Adrienne Rich escribirá: “la heterosexualidad es algo que ha tenido que ser impuesto, gestionado, organizado, propagado y mantenido a la fuerza” (19).

Vale la pena detenerse a reflexionar sobre esta afirmación que luego será asumida y difundida por la ideología de género: si la heterosexualidad no es una realidad natural sino una construcción social —que conlleva, además, un propósito de dominación social y política—, no existe ya ninguna base natural en la cual se pueda afirmar el matrimonio y, por consiguiente, la familia (20).

6. En cuarto lugar —y para terminar de describir las bases de sustentación doctrinaria del feminismo radical a partir de las cuales se desarrollará la ideología de género— hay que referirse a Shulamith Firestone y a su libro, publicado en 1970, *La dialéctica del sexo*.

Aunque sus ideas se encontraban en germen en sus antecesores, con Firestone se produce una radicalización del pensamiento y de las propuestas feministas.

Su misma idea del feminismo es profundamente revolucionaria. Para ella el objetivo del feminismo es cambiar la misma realidad biológica. Su cuestionamiento se dirige a toda la cultura occidental y, aun más allá, a la misma organización de la cultura e, incluso, a la organización de la naturaleza (21).

(19) En *Sangre, pan y poesía*. Icaria, Barcelona 2001, p. 41.

(20) En mi artículo “Raíces ideológicas”, cit., ps. 76/7.

(21) FIRESTONE, Shulamith, “The dialectic of sex”. Quill, William Morrow, New York, 1970, p. 12. El texto original es “feminist have to question, not just all of Western culture, but the organization of culture itself, and further, even the very organization of nature”.

Es un error, dirá, tratar de explicar la opresión de la mujer a través de la interpretación económica de la historia, ya que se trata de algo más profundo, hay todo un sustrato sexual en la dialéctica histórica marxista que Engels no pudo percibir, precisamente porque solo podía ver la sexualidad a través del filtro económico propio del pensamiento marxista (22).

La centralidad de la cuestión sexual y de la noción de clase sexual resulta para Firestone de una profundidad tal que puede resultar invisible y, ciertamente, va más allá de un tema de inequidad o de reforma social. Se trata de algo que las categorías tradicionales (como la de "política" u otras similares) no pueden abarcar porque las sobrepasa a todas. De hecho, la cuestión de la confrontación sexual es anterior a la de lucha de clases sociales.

En el terreno de la praxis revolucionaria utiliza pedagógicamente el símil de la revolución política marxista, y los pasos y acciones que propone son a la vez una explicitación y una profundización de todo lo que hemos visto. Por supuesto que el punto central de todo su programa seguirá siendo el mismo de todo el movimiento al que pertenece, esto es, la liberación de la maternidad.

En un texto clave en el que nuestra autora expresa lo que acabamos de decir (junto con algunas profecías y utopías) podemos leer:

"Así como para asegurar la eliminación de las clases económicas se requiere la sublevación de la clase dominada (el proletariado) y, a través de una temporaria dictadura, su apoderamiento de los medios de producción; del mismo modo, para asegurar la eliminación de las clases sexuales se requiere la sublevación de la clase dominada (las mujeres) y su apoderamiento del control de la reproducción. Es decir, no solo la completa restauración a las mujeres de la propiedad sobre sus propios cuerpos sino, también (temporariamente), su apoderamiento del control sobre la fertilidad humana, incluyendo tanto las nuevas tecnologías como todas las instituciones sociales de nacimiento y cuidado de niños. Y así como la meta final de la revolución socialista era no solo acabar con el privilegio de la clase económica, sino con la distinción misma entre clases económicas, la meta definitiva de la revolución feminista debe ser no solo la eliminación del privilegio masculino, sino la distinción de sexos misma: las diferencias genitales entre los seres humanos ya no importarán más culturalmente. Una vuelta a un libre pansexualismo probablemente reemplazará la hetero/homo/bi-sexualidad. Por fin, la reproducción de la especie hecha por un sexo en beneficio de ambos será reemplazada por la

---

(22) Ídem, ps. 12 y 14.

reproducción artificial. Y la tiranía de la familia biológica será destruida y con ella la psicología del poder (23).

Creo que podríamos destacar los principales puntos de este riquísimo e influyente pensamiento del siguiente modo:

a) En una perfecta continuidad con la idea de Engels de que las mujeres son el proletariado y el varón la burguesía, la revolución feminista exige los mismos pasos que la revolución política. El alzamiento del proletariado es la sublevación de las mujeres; el apoderamiento y control de los medios de producción tiene su equivalente en el control de los medios de reproducción; y la eliminación de las clases sociales es figura de la eliminación de las clases sexuales. Ahora, hay que retener que para Firestone, como para el feminismo radical en general, la verdadera y posible revolución es ésta y no la política. O, quizás mejor, ésta —la revolución feminista— es la auténtica revolución política.

b) Como hemos visto, Firestone no se limita a proponer el control de la reproducción, sino que explica su significado y el modo de lograrlo. Restauración a las mujeres de la propiedad sobre sus propios cuerpos, apoderamiento del control sobre la fertilidad humana. ¿Tiene esto un significado real?, ¿es posible?

No tendría sentido pretender determinar con precisión la relación causal que pueda existir entre las ideologías dominantes y el desarrollo científico. Pero creo que no puede dudarse de que la ciencia es hija de su tiempo

---

(23) Ídem, p. 19: "So that just as, to assure elimination of economic classes requires the revolt of the underclass (the proletariat) and, in a -temporary dictatorship, their seizure of the means of production, so to assure the elimination of sexual classes requires the revolt of the underclass (women) and the seizure of control of reproduction: not only the full restoration to women of ownership of their own bodies, but also their (temporary) seizure of control of human fertility - the new population biology as well as all the social institutions of child-bearing and child-rearing. And just as the end goal of socialist revolution was not only the elimination of the economic class privilege but of the economic class distinction itself, so the end goal of feminist revolution must be, unlike that of the first feminist movement, not just the elimination of male privilege but of the sex distinction itself: genital differences between human beings would no longer matter culturally. (A reversion to an unobstructed pansexuality Freud's 'polymorphous perversity' - would probably supersede hetero/homo/bi-sexuality.) The reproduction of the species by one sex for the benefit of both would be replaced by (at least the option of) artificial reproduction: children would be born to both sexes equally, or independently of either, however one chooses to look at it; the dependence of the child on the mother (and vice versa) would give way to a greatly shortened dependence on a small group of others in general, and any remaining inferiority to adults in physical strength would be compensated for culturally. The division of labour would be ended by the elimination of labour altogether (through cybernetics). The tyranny of the biological family would be broken".

y las necesidades o exigencias sociales que se perciben en el ambiente determinan, hasta cierto punto, el rumbo que toman los científicos en sus investigaciones y la técnica en su desarrollo. A esto debe agregarse, como dato nada menor, la provisión de mayores recursos económicos para aquellas áreas que política-ideológicamente se consideran prioritarias. Es decir que en una época marcada por las revoluciones sexuales, la liberación femenina, la revolución feminista y el permanente avance en la cultura occidental de los movimientos homosexuales, no es extraño que hayan tenido un colosal progreso los descubrimientos y desarrollo de técnicas anticonceptivas y de reproducción humana artificial. Por supuesto que nuestra época está también marcada por el relativismo, el subjetivismo, la libertad entendida como norma moral y jurídica; y, por cierto, también, que las técnicas mencionadas sirven a muchos otros propósitos que poco o nada tienen que ver con nuestro tema. Pero es un hecho que pusieron a disposición del feminismo instrumentos que, en el plano cultural y en el de la praxis, permitieron un gran avance en el logro de sus objetivos.

Porque desde un punto de vista feminista, estas técnicas aparecen como doblemente revolucionarias. En primer lugar, porque los anticonceptivos permiten disociar la procreación del placer sexual, y la fecundación artificial, la reproducción de la relación sexual.

En segundo término —y con esto volvemos a Firestone— porque ambas técnicas permiten un real apoderamiento y control de la reproducción por parte de la mujer y, de este modo, una liberación de la maternidad. En efecto, los anticonceptivos ponen en manos de la mujer la decisión de no tener hijos o de tenerlos cuando a ella le parezca, con o sin conocimiento de su pareja permanente u ocasional. La fecundación artificial permite el control casi total sobre la reproducción ya que, por un lado, la mujer puede tener un hijo sin necesidad siquiera de pasar por una previa relación sexual con un varón y, por otro, mientras continúan los estudios para la elaboración de úteros artificiales, puede desligarse del embarazo, a través de esa forma moderna de esclavitud que es el alquiler de vientres.

A todo esto debe agregarse la legalización del aborto. Hay que reparar que, en todos los países en que el aborto está autorizado (y en los proyectos de ley que procuran su legalización en los demás), el aborto aparece siempre como un derecho privativo de la mujer. El varón, vale decir, el padre del niño que se ha de matar, no tiene intervención alguna. En “Roe vs. Wade” se argumenta a partir del derecho a la intimidad o privacidad de la mujer y, consiguientemente, al derecho sobre su propio cuerpo (y, en este caso, sobre el cuerpo humano que está dentro del suyo). La restauración a

las mujeres de la propiedad sobre sus propios cuerpos había escrito Firestone tres años antes del fallo de la Corte Suprema de los EE. UU.

c) Veíamos que la fase final de la revolución feminista es para Firestone no solo la eliminación del varón en cuanto tal (al igual que ocurrirá con la burguesía), sino la eliminación de las clases sexuales (o sea, también de la mujer) en un comunismo que se expresa en el pansexualismo. Ya no habrá distinción entre heterosexuales, homosexuales y bisexuales: todos seremos todo. Por cierto, que esto no supone una imposible eliminación de la diversa conformación genital sino de su interpretación cultural como correspondientes al varón y a la mujer.

Años después, Marina Laski expresará esta última idea con estas palabras: “La diferencia sexual no es meramente un hecho anatómico, pues la construcción e interpretación de la diferencia anatómica es ella misma un proceso histórico y social. Que el varón y la hembra en la especie difieren es un hecho, pero es un hecho también siempre construido socialmente [...]. El sexo y el género no se relacionan entre sí como lo hacen la naturaleza y la cultura pues la sexualidad misma es una diferencia construida culturalmente” (24).

Pero la liberación de la maternidad y de las instituciones que podríamos llamar de soporte (matrimonio, familia) no se detiene en la supresión cultural de los sexos sino en la perfecta separación de relación sexual y reproducción. Porque si en la etapa de control sobre los medios de reproducción la fecundación artificial será un idóneo y eficaz instrumento, en el tiempo último y definitivo, la reproducción artificial permitirá cambiar radicalmente la historia de la humanidad. En palabras de Firestone, la reproducción de la especie hecha por un sexo en beneficio de ambos será reemplazada por la reproducción artificial. Lo que nos trae a la mente el recuerdo de *Un mundo feliz* de Huxley, en el cual la producción de seres humanos es manejada por técnicos, mientras que para los seres humanos el sexo es solo placer.

En el punto final de la revolución feminista, decía Firestone, la tiranía de la familia biológica será destruida y con ella la psicología del poder. En coincidencia con Millet, entonces, suprimida la esclavitud de la maternidad, y con ella la familia, es decir, vencido el patriarcado, toda otra forma de dominación (fundada en la “psicología del poder”) habrá cesado.

Quizás sea innecesario remarcar, en estas ideas de Firestone y de sus predecesores y continuadores (como Laski), lo que será el punto básico

---

(24) LASKI, Marina, “Mujeres, vulnerabilidades y género”, incluido en el Cuaderno Mujer Salud nº 3, de la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe, 1998, p. 119.

y capital del feminismo radical y de su ideología de género: no existe la naturaleza, solo hay construcciones sociales y culturales que se expresan en el tiempo.

7. Decíamos al principio que la ideología de género es el instrumento que ha utilizado el feminismo radical para una eficaz penetración cultural y, como consecuencia, jurídica en varios países del mundo y, en lo que particularmente nos interesa destacar, en el orden jurídico argentino.

Aunque pueden rastrearse los orígenes de la expresión —y de otras vinculadas con la noción feminista de “género”— en la literatura especializada, lo cierto es que, en lo que importa fundamentalmente al objeto de esta comunicación, la utilización de la palabra “género” en el mundo jurídico comenzó a producirse a partir de la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer que se llevó a cabo en Beijing en 1995 (25). Se trató del resultado de un muy eficiente lobby llevado adelante por las feministas radicales quienes lograron imponer la nomenclatura del “género”, no obstante las muchas discusiones a que dio lugar por su sospechosa ambigüedad. A partir de entonces, su uso no hizo más que extenderse en documentos y en el lenguaje habitual de múltiples agencias internacionales.

La referida ambigüedad ha sido, y sigue siendo, fuente de continuas confusiones y discusiones y origen de dificultades interpretativas en el orden jurídico.

A veces podría reemplazársela por la palabra “mujer”, pero otras hace referencia a lo que hoy suele denominarse como colectivo LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales). En ocasiones reemplaza a la palabra sexo (género masculino y género femenino), en otras aparece como contrapuesta al sexo.

Podemos tomar como ejemplo —y sin necesidad de abundar en desarrollos dogmáticos— la reforma introducida al Código Penal argentino por la ley 26.791 conocida, sobre todo, por haber incorporado a nuestra legislación la agravante del femicidio.

En el nuevo texto del artículo 80 del CP aparece ahora varias veces utilizada la palabra “género”. Así, en el agravante del inciso 4°, relativo al móvil

---

(25) BASSET, Úrsula C., “La búsqueda de la igualdad y la inequidad de género, problemas lógicos, semánticos, axiológicos, convencionales, constitucionales y sus derivaciones”, en Rivera Julio César y otros, *Tratado de los derechos constitucionales*. La Ley, Bs. As., 2014, T. I, p. 945, menciona como la incorporación más remota la de la Conferencia de El Cairo (1994), aunque se impuso en Beijing. Este importante artículo hace un profundo estudio del tema desde la perspectiva de la igualdad.

del autor, leemos que se agrava la pena del homicidio cuando es cometido: "... por odio... de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión". En el primer caso la palabra "género" parece significar sexo (masculino o femenino), ya que a continuación aparece la referencia a la "orientación sexual" como cosa distinta. Pero cuando la palabra es empleada luego en la fórmula "identidad de género" está haciendo referencia a la autopercepción de pertenecer a un sexo distinto al que se posee biológicamente (caso de los transexuales), lo que puede manifestarse o no en el aspecto exterior. Y decimos esto porque así aparece caracterizada la identidad de género por la ley 26.743, como luego veremos.

En el inciso 11 aparece el femicidio descrito de este modo: "(al que matare) A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género".

Es decir que ahora "género" se refiere al sexo femenino. Porque evidentemente no se trata del homicidio de una mujer, a secas, sino de una mujer por el hecho de serlo —lo que supone ser vista como un ser inferior, de cuya vulnerabilidad se abusa, en la línea (podríamos decir) del segundo sexo de Simone de Beauvoir—. Tenemos entonces, en una misma y breve ley, la utilización de una misma palabra en tres sentidos distintos.

8. Hemos destacado ya —y habrá que seguir haciéndolo— la importancia decisiva que tiene para el feminismo radical la idea de que todo puede reducirse a construcciones culturales, sociales e, incluso, individuales. Pues bien, la más importante construcción cultural que ha realizado el mismo feminismo es esta de "género". En la cual no es cosa de menor importancia la ambigüedad porque esta le permite, a su vez, una gran maleabilidad, flexibilidad y consiguiente adaptabilidad y facilidad de penetración en el mundo de la cultura.

Por otra parte, esta característica es una nota esencial de la ideología. En efecto, la ideología de género se vale continuamente de la manipulación del lenguaje para tratar de modificar la realidad de acuerdo con los objetivos permanentes del feminismo radical, ya que la idea que subyace a esta manipulación es que el lenguaje no expresa la realidad sino que la crea.

El "género", como construcción cultural, le ha permitido al feminismo radical avanzar considerablemente en el logro de dos objetivos claves: la indiferenciación sexual (con la cual había soñado Firestone, y quizás de Beauvoir, y con ellas y tras ellas, innumerables feministas) y la destrucción del matrimonio, el cual desde un comienzo fue visto como el medio por excelencia del que se había valido el varón para someter y, más aún, construir a la mujer. Para ello —mientras se ha logrado la aceptación



sumamente generalizada de la palabra género como equivalente a sexo femenino (por ejemplo en la fórmula “violencia de género”)— se la ha utilizado como contrapuesta a sexo en fórmulas como “identidad de género”. Este último es, por cierto, el sentido revolucionario del término, ya que permite progresar en el camino de la supresión de la diferenciación sexual.

Otra importante feminista, Judith Butler, dice que “el género es una construcción cultural; por consiguiente no es ni resultado causal del sexo ni tan aparentemente fijo como el sexo [...]. Cuando se teoriza que el género es una construcción radicalmente independiente del sexo, el género mismo viene a ser un artificio libre de ataduras; en consecuencia, hombre y masculino podrían significar tanto un cuerpo femenino como uno masculino; mujer y femenino, tanto un cuerpo masculino como uno femenino” (26).

El trasfondo de este pensamiento es, entonces, que no solo las palabras significan lo que yo quiero que signifiquen, sino que las mismas cosas son lo que yo quiero que sean. Y quizás más allá de todo esto: que no existe nada en sí mismo sino que todo se reduce a construcción.

A partir de este pensamiento las nociones de varón y mujer pierden toda entidad. En rigor, habíamos visto que mucho antes de que esta ideología hiciera su aparición en la escena de la historia, ya el feminismo sostenía que la mujer y la heterosexualidad eran construcciones de las que se había valido el varón —a través del patriarcado— para crear a ese ente sojuzgado, a ese segundo sexo. Lo novedoso de la ideología de género es que al disolver el sexo (tanto femenino como masculino) como realidad biológica, psicológica, afectiva y espiritual, coloca en su lugar los géneros bajo la forma de opciones sexuales sin que ninguno de ellos pueda considerarse más natural (porque no existe lo natural), ni más normal (porque no hay norma alguna). De este modo, ser varón o mujer aparecen como meras alternativas junto a ser lesbiana, transexual, gay, travesti o bisexual.

Una buena explicación del significado profundo de esto lo encontramos a propósito del lesbianismo (que se propagó tanto entre las feministas) en palabras de Monique Wittig. El lesbianismo, escribe Wittig, es la única forma social en la que podemos vivir libres, porque el lesbianismo está más allá de las categorías de sexo (varón y mujer). Es decir, las lesbianas no son mujeres —ni económica, ni política, ni ideológicamente— porque lo que hace que una mujer sea tal es su específica relación con un

---

(26) BUTLER, Judith, *El género en disputa*, Barcelona, Paidós, 2007, ps. 54-55.

hombre (27). Las lesbianas no son mujeres. Son, podríamos decir, una construcción en sí misma. Y otro tanto ocurre con los gays y los demás géneros nombrados.

9. La aceptación, por parte de nuestra clase política no solo de algunos de los objetivos sino de los mismos fundamentos de la ideología de género, es un hecho de una enorme gravedad institucional, ya que transforma una perversión intelectual en una norma jurídica, con el carácter ejemplar y pedagógico que toda ley tiene según su misma naturaleza. Y hago referencia a la clase política y no a la sociedad porque leyes como la de identidad de género o la de matrimonio entre homosexuales no formaban parte de las plataformas políticas, ni de las campañas electorales de los principales partidos que terminaron aprobándolas.

La mención de estas dos leyes y, como veremos, al completo desarrollo de la segunda de ellas en el CCC, se debe a que aunque la ideología de género aparece —y probablemente seguirá apareciendo— reflejada en varias normas, en ninguna otra alcanza a expresarse con tanta claridad como en aquellas.

Comenzaré por la ley 26.743 de “identidad de género”, sancionada y promulgada en mayo de 2012.

La norma define en su art. 2° a la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento” (28). En otras partes la ley hace referencia a la identidad de género “autopercebida” (arts. 3° y 11°) y considera la identidad de género como un “derecho humano” (art. 13). Al tratarse de un mero sentimiento o modo de percibirse a sí mismo, la ley no exige intervenciones quirúrgicas previas, ni tratamientos médicos o psicológicos. Ni ningún fundamento más que la expresión de la subjetividad.

---

(27) WITTIG, Monique, “One Is Not Born A Woman”. En <http://www.oocities.org/sai-dyoungman/wittig01.htm>: “lesbianism provides for the moment the only social form in which we can live freely. Lesbian is the only concept I know of which is beyond the categories of sex (woman and man), because the designated subject (lesbian) is not a woman, either economically, or politically, or ideologically. For what makes a woman is a specific social relation to a man”.

(28) Esta definición de la “Identidad de género” fue tomada literalmente de los llamados “Principios de Yogyakarta” relativos a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Es llamativo que, al menos de lo que surge del trámite parlamentario y del debate en ambas Cámaras, haya sido aceptada sin discusión esta concepción de la identidad de género y del sexo.

Conviene detenerse aquí para resaltar dos aspectos: 1) que la identidad de género, vale decir lo que cada cual es, no está vinculada para nuestra legislación con cuestiones biológicas, ni psicológicas, ni afectivas, sino con la mera voluntad o deseo de cada uno, fundado en su percepción sensible de sí mismo, es decir, a como se “siente”. Hay que reflexionar sobre el doble efecto que tiene esta autonomía ilimitada: por un lado otorga el poder de elegir el sexo que se desea —aunque fuera caprichosamente—, por el otro, su contracara, se deja a la persona absolutamente sola ante una decisión quizás irreversible o que, cuando menos, marcará toda su vida; 2) el segundo aspecto que quisiera resaltar es que la norma habla del “sexo asignado al momento del nacimiento”. Coherente entonces con el extremismo feminista para el cual aun el sexo en un sentido biológico es fruto de una construcción cultural, pero a contramano de la verdad científica al alcance de cualquiera, nuestra normativa piensa y enseña que el sexo —aun entendido como genitalidad— es algo que la sociedad “asigna” (al momento del nacimiento) y no algo que se tiene o, mejor aún, que se es, desde el estado de embrión unicelular o cigoto.

Es interesante señalar que la “Guía de orientación educativa sobre la identidad de género” del Ministerio de Educación de la Ciudad de Buenos Aires (de la gestión concluida a fines de 2015) define la identidad de género diciendo que “es la pertenencia a un sexo u a otro es, decir, sentirse hombre o mujer”, haciendo hincapié, para que así se enseñe a los niños, que la pertenencia a un sexo está determinada por lo que se siente. El mismo documento remarca que el “género”, vale decir, la pertenencia a un sexo u otro, “es una construcción social de deseos y discursos en torno de la diferencia sexual” (29).

Con el solo requisito de esa autopercepción, cualquier persona mayor de 18 años puede pedir la modificación de su partida de nacimiento en cuanto al nombre de pila y al sexo, y un nuevo Documento Nacional de Identidad (el que deberá conservar el número original), como también la realización de intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales. En el caso de menores, si no se cuenta con la conformidad de los representantes legales, ésta puede ser suplida por los jueces (art. 5°).

Volvamos sobre la idea central que expresa esta importante ley: el sexo no es algo en sí mismo, no es natural, no conforma la identidad de las personas desde el primer instante de vida, sino que es una determinación social, algo que la sociedad o el derecho asigna a las personas en el momento del nacimiento. Dicho de otro modo, no habría ninguna relación real, esto es, fundada en la realidad o en la naturaleza de las cosas, entre la

---

(29) En [www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/diversidad.pdf](http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/diversidad.pdf) (consultado el 5/6/15).

persona y el sexo asignado. De ahí que, ya desde niño, cada cual verá qué se siente, cómo se percibe a sí mismo. Sus maestros le enseñarán que es lo mismo ser heterosexual, homosexual o bisexual y el niño se construirá a sí mismo, movido por sensaciones, inclinaciones infantiles o adolescentes, influencia del medio en general, sabiendo que nada es permanente, que lo que se construye puede deconstruirse y luego volverse a construir de otro modo. La “guía de orientación educativa” que citaba antes, dice que “la conexión entre derechos humanos y sexualidad implica conocer y comprender que existen diversas formas de amar, de sentir placer y de construir familias, lo cual se da tanto en relaciones heterosexuales, como en las lésbicas, gays, bisexuales y transexuales”.

Esta indiferenciación sexual es, en el campo de las ideas, un triunfo de la ideología feminista de género; pero en la práctica es una victoria y una escalada al poder de la comunidad lesbiana, gay, bisexual y transexual (LGBT).

Lo cual nos lleva a una reflexión más: la ambigüedad de la palabra “género” ha permitido a esta ideología presentarse como defensora de los derechos de la mujer y, a la vez, actuar como potente lobby de los homosexuales. Los logros alcanzados en este último campo no siempre han favorecido a la mujer. Claro que, para ser coherentes, debe admitirse que lo que nosotros llamamos “mujer” es alguien que el feminismo radical siempre ha considerado una creación del hombre a través de la imposición de la heterosexualidad. Por lo tanto, era de esperar que en la búsqueda de la liberación o construcción de sí mismas recorrieran caminos alejados de la heterosexualidad y buscaran difundir e imponer social y jurídicamente la cultura homosexual. Es un hecho que las más importantes feministas han sido (o son) lesbianas o bisexuales (v. gr. Simone de Beauvoir, Kate Millet, Adrienne Rich, Monique Wittig, Judith Butler, etc.).

10. Pero, sin dudas, el mayor éxito alcanzado por la ideología de género en el mundo jurídico (y, por tanto, en el cultural, social y, quizás incluso ético) ha sido la aprobación legal del llamado matrimonio igualitario.

Es un hecho notable que, en la ceremonia que se realizó para promulgar la ley, la entonces presidente argentina se haya expresado utilizando una fórmula directamente proveniente de la ideología de género. En efecto, Cristina Fernández de Kirchner dijo en aquella ocasión: “No hemos promulgado una ley, hemos promulgado una construcción social transversal, diversa y amplia” (30). No podía caracterizarse de mejor modo la

---

(30) Discurso del 21 de julio de 2010. En [http://es.wikisource.org/wiki/Discurso\\_de\\_Cristina\\_Fern%C3%A1ndez\\_en\\_el\\_acto\\_de\\_promulgaci%C3%B3n\\_de\\_la\\_ley\\_de\\_Matrimonio\\_Igualitario](http://es.wikisource.org/wiki/Discurso_de_Cristina_Fern%C3%A1ndez_en_el_acto_de_promulgaci%C3%B3n_de_la_ley_de_Matrimonio_Igualitario).

convicción profunda de la ideología que dio vida a esa ley: el matrimonio no es una institución natural sino una construcción social, una obra del hombre. En otras palabras, no tiene ninguna característica ni contenido propio. El matrimonio, como el varón, como la mujer, como todas las instituciones sociales, pueden ser deconstruidos y vueltos a construir por quien tiene el poder.

Esta construcción social es, además, transversal porque, como siempre ha sostenido el feminismo, la revolución sexual —en este caso a través de la supresión de las diferencias sexuales— debe extenderse de modo transversal a todas las instituciones sociales. La nota de diversidad implica tanto como ser comprensiva de seres o situaciones distintas y desemejantes, y la de amplitud parece reforzar la idea de una construcción que penetra toda la realidad social y cultural.

Como ha escrito Trillo-Figueroa, el matrimonio entre personas del mismo sexo “es el paso más importante dado por el feminismo en su camino hacia la supresión de la diferencia sexual, porque el ámbito donde la diferencia sexual se manifestaba socialmente, y así era reconocido y protegido por el derecho como un bien digno de ser jurídicamente protegible, era precisamente el matrimonio entre personas de diferente sexo... Una cosa era la igualdad ante la ley como una legítima aspiración a la justicia, sin que pudiera haber discriminaciones por razón del sexo; y otra muy diferente, que sea la ley la que cree la igualdad de lo que la realidad establece como diferente”. En otro pasaje de la misma importante obra, Trillo-Figueroa dice que la ley del matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido una conquista del feminismo socialista en el contexto de la “guerra contra la heterosexualidad, cuya manifestación jurídica institucional por excelencia es el matrimonio; es por ello que el objetivo inmediato de la ley es este: el matrimonio; pero el objetivo mediato es la normalización de la homosexualidad como equiparación a la heterosexualidad desde un punto de vista jurídico y ético” (31).

Creo, en esta misma línea de pensamiento, que el matrimonio entre homosexuales —aprobado por la ley 26.618— ha operado como una suerte de caballo de Troya en la destrucción del matrimonio. En realidad, como hemos visto, el objetivo del feminismo radical y, por tanto, de la ideología de género, nunca ha sido participar del matrimonio (más allá de los deseos personales de algunos homosexuales) sino destruirlo. Recordemos que el matrimonio siempre ha sido considerado como el instrumento por excelencia para el sometimiento y explotación y, aún más, para la creación del

---

(31) TRILLO FIGUEROA y MARTÍNEZ CONDE, Jesús, “Una revolución silenciosa: La política sexual del feminismo socialista”, Madrid, Libroslibres, 2007, p. 241.

sexo femenino. Sin dudas hubiera sido difícil, sino imposible, destruirlo a través de la pura confrontación. Lo que se ha logrado ahora es destruirlo desde dentro. Me explico, la ley 26.618 igualó la homosexualidad a la heterosexualidad y permitió que los homosexuales se casaran. La institución matrimonial perdía así uno de sus fines distintivos: la procreación. Pero el CCC vino a completar la obra al permitir la disolución del vínculo a través de un trámite, incluso unilateral, sin sujeción temporal alguna; de este modo los deberes de cohabitación y de fidelidad —que siempre han sido deberes básicos y elementales de los cónyuges— podrían quedar sin sanción en caso de incumplimiento. Es decir, la legislación argentina vació al matrimonio de contenido. Lo transformó en una cáscara vacía. En definitiva, lo destruyó dejando en su lugar un nombre y una apariencia.

### **Conclusiones**

1. La ideología de género es la forma cultural e instrumental que ha adoptado el feminismo radical en las últimas décadas.

2. El feminismo radical sostiene que la mujer ha sido construida culturalmente por el varón como un segundo sexo sometido y explotado. La clave de esta explotación es la maternidad. Para lograr su finalidad el hombre se ha valido de otras construcciones históricas como el matrimonio y la familia biológica y la que le da sustento a ambas, esto es, la heterosexualidad. Este sistema de dominación es llamado patriarcado.

3. A partir de una lógica marxista, la historia es entendida como la historia de la lucha de sexos, de un nivel más profundo que la lucha de clases sociales. El fin de la lucha es, en primer término, la destrucción del patriarcado y, con él, la de todo otro sistema de dominación social.

4. Esta revolución feminista busca liberar a la mujer de la maternidad a través de la apropiación de los medios de reproducción humana. Los anticonceptivos, la fecundación artificial y el aborto por la sola decisión de la mujer han sido funcionales a este propósito.

5. Vencido el patriarcado, la meta final es la abolición misma de las clases sexuales en una suerte de pansexualismo, en el que no habrá ya varón y mujer sino una indiferenciación sexual.

6. La búsqueda de la destrucción de las diferencias sexuales se lleva a cabo a través de la ideología de género. Aunque “género” es una palabra ambigua que a veces es utilizada para significar mujer o defensa de la mujer (p. e.: violencia de género), en el contexto del feminismo radical se contraponen a “sexo” y busca reemplazarlo. Los géneros serían así los diversos y siempre cambiantes modos de expresar la sexualidad sin que

alguno de ellos pueda considerarse natural o normal (varón, lesbiana, travesti, bisexual, mujer, gay, transexual).

7. El concepto central de toda la ideología es el de construcción (y deconstrucción). El género individual, el matrimonio, la familia, la heterosexualidad, la homosexualidad son todas construcciones sociales. Es decir, la ideología de género supone un relativismo y una negación de la existencia de una naturaleza humana.

8. Su penetración jurídica ha sido múltiple, variada y continúa en expansión. Las dos principales manifestaciones de este fenómeno han sido: a) la ley 26.743 de “identidad de género” por la que se afirma que el sexo es algo que ha sido asignado al momento de nacer y se autoriza a toda persona a cambiar su nombre de pila y sexo —y a realizarse tratamientos hormonales o intervenciones quirúrgicas— según su autopercepción de su género. Es decir, por su sola voluntad y sin necesidad de intervención médica, psicológica o judicial alguna; b) la ley 26.618 de matrimonio igualitario y su complementación a través del CCC. A través de estas normas se ha tratado explícitamente al matrimonio como una construcción social, se han suprimido las diferencias sexuales y se ha vaciado de contenido a la institución matrimonial llevándola al punto de su disolución jurídica. ♦





# LA PROGRESIVA APERTURA E INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS POR MEDIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

POR ALFONSO SANTIAGO (\*)

## I. Presentación

El fin de la Segunda Guerra Mundial en 1945 significa el comienzo de una nueva era en la vida del Derecho, del Derecho Público y del Derecho Constitucional, en particular. Los juicios de Nüremberg, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la sanción de la Constitución alemana de 1949 son hitos del inicio de una nueva era jurídica.

En ese contexto general, a lo largo de estas siete décadas ha tenido lugar el desarrollo de, al menos, cuatro procesos fundamentales en el específico ámbito del Derecho Constitucional:

*a) La expansión de las democracias constitucionales como forma de Estado, a través de las distintas olas democráticas que se sucedieron a partir de 1945: Italia en 1947 y Alemania Federal en 1949 sancionan sus nuevas constituciones y retornan al sistema de las democracias constitucionales como forma de organización estatal; a fines de la década del 70 ello mismo ocurre en España, Portugal y Grecia; a lo largo de la década del 80 numerosos países latinoamericanos retoman el camino democrático; tras la caída del muro en 1989, ese fenómeno se traslada los países de Europa Oriental. También Sudáfrica pone en esos años fin al régimen del apartheid.*

*b) La progresiva constitucionalización de los ordenamientos jurídicos: a partir de las nuevas constituciones y de la influencia de los nuevos tribunales*

---

(\*) Comunicación ofrecida del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 23 de junio de 2016.

constitucionales, en particular el alemán, se produce una fuerte constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos y se intensifica ese fenómeno en los países que siguen el modelo constitucional norteamericano. Se pone énfasis en el carácter normativo directo de la constitución que es considerada como estructura axiológica cuyos principios y valores permean las leyes y normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico. (1)

*c) El surgimiento y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción en los ámbitos nacionales:* el 10 de diciembre de 1948 tuvo lugar uno de los mayores hitos en la historia mundial: la proclamación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos. (3) Este acontecimiento, con notables y profundas repercusiones culturales, éticas, políticas y jurídicas, tenía como antecedentes inmediatos la cruel experiencia de las dos guerras mundiales y de los regímenes totalitarios que gobernaron durante las décadas anteriores algunos países europeos. Mediante ese documento los estados nacionales y los propios organismos internacionales se comprometían ética y jurídicamente a aceptar como base de la convivencia humana, tanto interna como externa, el principio de la dignidad humana y el respeto de los derechos intrínsecos e inviolables que de ella dimanaban. (4) La Declaración Universal de los Derechos Humanos es una muestra sublime de civilización (5) uno de los acontecimientos que ponen de manifiesto la grandeza del espíritu humano, una expresión que es motivo de orgullo para la conciencia ética de la Humanidad. (6) Este documento inicial motivó

---

(1) Para ampliar el análisis de este proceso remito al Cap. VI de mi libro "En la frontera entre Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho", Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

(2) La Carta de las Naciones Unidas establece en su art. 55 inc. "c" que ella promoverá "el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades".

(3) La Declaración Universal sobre los Derechos Humanos resultó aprobada en la Asamblea General de la ONU por 48 votos a favor, con la abstención de ocho países: los seis del bloque soviético (totalitarismo marxista), más Arabia Saudita (fundamentalismo islámico) y Sudáfrica, en donde entonces existía el régimen de apartheid (régimen racista).

(4) Afirma el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, "la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

(5) Cfr., en este sentido, CARRILLO, Salcedo, J. A., "Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después", Madrid, Trotta, 1999.

(6) Ha afirmado recientemente el Papa Benedicto XVI que la Declaración Universal de los Derechos Humanos "fue el resultado de una convergencia de tradiciones religiosas y culturales, todas ellas motivadas por el deseo común de poner a la persona en el corazón de las instituciones, leyes y actuaciones de la sociedad, y de considerar a la persona humana esencial para el mundo de la cultura, de la religión y de la ciencia. Los

más tarde la firma de otras Convenciones y Tratados, dando así origen a lo que se ha dado en llamar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal vez la transformación más profunda de los sistemas jurídicos de la historia occidental reciente, cuyos efectos aún no se han puesto total y plenamente de manifiesto. (7) De las primeras simples Declaraciones de 1948 (primero, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (8) y, pocas meses después, la Declaración Universal de los Derechos Humanos), se pasó en años posteriores a Pactos que contenían compromisos jurídicos más firmes por parte de los Estados. (9) Entre ellos cabe mencionar especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. (10) También se firmaron

---

derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales". Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, 12/04/2008.

(7) "El no reconocer la importancia histórica y el carácter sin precedentes de este continuo desarrollo es estar ciego y sordo con respecto a la más fantástica transformación del curso de la sociedad que haya ocurrido jamás en la historia del hombre", CAPPELLETTI, M., "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6 nro. 17, mayo-agosto 1986, p. 43.

(8) Sobre la importante influencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la elaboración de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos, puede verse el muy interesante artículo de Mary Ann GLENDON, profesora de la Universidad de Harvard y embajadora de Estados Unidos ante la Santa Sede, titulado "La aportación de los países de América Latina a la Declaración universal de derechos humanos", publicado en *L'Osservatore Romano*, 23/05/2008. Señala esta autora, remarcando el papel decisivo que tuvieron los países latinoamericanos en la génesis de la decisión de establecer esa Declaración Universal, que: "después de la segunda guerra mundial la idea de que entre los objetivos de las Naciones Unidas pudiera incluirse la tutela de los derechos humanos estaba muy lejos de la mente de las grandes potencias. En el borrador de la respuesta, los derechos humanos sólo se citaban una vez y de forma accidental. La cuestión podía considerarse casi cerrada, pero dos meses antes de la Conferencia de San Francisco, que se tuvo en abril de 1945, algunos miembros de las delegaciones latinoamericanas habían participado en un encuentro del organismo predecesor de la Organización de Estados Americanos (OEA) en Chapultepec (Ciudad de México), en el ámbito del cual se invitó a los participantes en la Conferencia de San Francisco a esforzarse por incluir una declaración transnacional de los derechos de la Carta de las Naciones Unidas. La decisión tomada en México tuvo una amplia repercusión. Con ocasión de la Conferencia de fundación de las Naciones Unidas, el grupo latinoamericano y caribeño constituía el bloque más amplio de naciones, veinte entre cincuenta". En el mismo sentido puede verse el trabajo de CAROZZA, Paolo, "From Conquest to Constitutions: retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights", *Human Rights Quarterly* 25 (2003), p. 281.

(9) Existen diferencias entre las Declaraciones y las Convenciones. Las primeras surgen por decisión de los organismos internacionales, regionales o universales, en donde están representados los distintos países. En cambio, las Convenciones son tratados internacionales firmados y ratificados por cada uno de los países partes, que asumen las obligaciones que allí se establecen.

(10) Estas dos Pactos recién entraron en vigencia en el año 1976, diez años después de su celebración, cuando fueron ratificados por, al menos, 35 Estados.

Convenciones regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, que crearon órganos específicos para el juzgamiento de la violación a los compromisos de los Estados. Además, se promovieron muchas otras Convenciones específicas o sectoriales sobre determinados temas de la problemática iushumana, entre las que se puede mencionar: la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948); las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949), destinadas a proteger a las personas que no toman parte en las hostilidades; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención de los Derechos del Niño (1989); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006); y muchos otros documentos internacionales en materia de Derechos Humanos, nuevos o complementarios de los anteriores (11), que progresivamente fueron elaborados por los organismos internacionales y han ido entrando en vigencia mediante su ratificación por parte de los Estados Nacionales. (12) Tras la caída del muro de Berlín en 1989 y el surgimiento de una nueva ola democratizadora a partir de la década de 1990, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha experimentado un nuevo impulso global. (13) Con el paso de los años, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha ido convirtiendo en un nuevo *ius commune*, *ius gentium* o *lex universalis*, un nuevo orden público internacional, un derecho global (14), sin

---

(11) P. ej., en el ámbito regional latinoamericano, se firmó en 1994 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

(12) Cfr., entre otros, NIKKEN, Pedro, La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1987.

(13) En los últimos quince años más de veinte países que antes estaban bajo la égida comunista se han incorporado al Consejo de Europa y a su sistema de protección de los Derechos Humanos; en el ámbito latinoamericano, se ha intensificado claramente la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; varios países han dado jerarquía constitucional a los Tratados sobre Derechos Humanos (cfr. p. ej. Colombia, Perú y Argentina); numerosos tribunales constitucionales de distintos países han adoptado una postura más activa en la tutela de los derechos humanos, utilizando también para ello las herramientas que en esta materia les ofrece el derecho internacional (cfr., entre otros, la tarea llevada a cabo por los tribunales de Sudáfrica, Colombia, Hungría, Argentina, etc.).

(14) “El derecho global, al rescatar la noción de persona —viviente humano— preserva el paradigma racional, romano y cristiano, alejándolo del voluntarismo legalista, propio de un positivismo agónico. Lejos del cientificismo matemático que enaltece la Ilustración el derecho global apuesta por una renovada ciencia del derecho sin reduccionismos, anclado en una ética, de la que ya no es protagonista el Estado, artificialmente laico, sino cada persona

fronteras (15), con una clara fuerza de penetración y transformación de los propios ordenamientos jurídicos locales. (16) Del mismo modo que el derecho constitucional ha ido permeando y modificando los distintos sectores de la legislación interna, hoy el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está también transformado el derecho constitucional e interno de los estados. (17) Este proceso produce, en términos políticos, un claro traspaso de soberanía de los estados nacionales en favor de entidades supranacionales. (18) La determinación y protección efectiva de los Derechos Humanos no sólo es asumida desde el ámbito nacional, sino que se reconoce una clara y creciente competencia de la comunidad y de los organismos internacionales para intervenir en esta materia. Inicialmente las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, se ocuparon, principalmente, de las violaciones más graves de los Derechos Humanos (genocidios, desaparición forzada de persona, *apartheid* racial, etc.), ante la imposibilidad o insuficiencia de las normas y competencias nacionales para hacer frente a esos atentados más

---

considerada en su dimensión espiritual. El derecho ha de ser un instrumento más en el diálogo de las civilizaciones, no una imposición unilateral que menoscabe la gran herencia cultural de otras regiones del mundo. Será también un factor clave en las relaciones poder global”, DOMINGO, Rafael, “Derecho y razón. Reflexiones de un jurista con ocasión del Discurso de Benedicto XVI en Ratisbona”, en ARANDA, Antonio (Ed.), *Identidad cristiana. Coloquios universitarios*, Eunsa, Pamplona, 2007, pág. 230.

(15) Como afirma Alfredo Vítolo (con remisión a TEITEL, Ruth, “Comparative Constitutional Law in a global age”, 117 *Harvard Law Review*, 2570, 2004), “el derecho internacional de los derechos humanos comienza a operar, en estos tiempos, como un régimen constitucional no escrito para un orden global”.

(16) Había profetizado Hans KELSEN en 1934 que “en la misma medida en que el Derecho Internacional penetra en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos... Paralelamente, se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas”, *Teoría Pura del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 1981, p. 203.

(17) Cfr. ALBANESE, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.

(18) Ferrajoli afirma que uno de los desafíos más arduos que se plantean actualmente al Estado Constitucional de Derecho “es el dirigido a la dimensión constitucional del Estado de Derecho por la pérdida de soberanía de los Estados por el desplazamiento de las fuentes del Derecho fuera de sus confines y por el consiguiente debilitamiento del papel garantista de las Constituciones nacionales. Frente a éstos procesos, la única alternativa al ocaso del Estado de Derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política, hoy ya irreversible, y por tanto el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado, a la altura de los nuevos espacios, ya no estatales sino supraestatales, a los que se ha desplazado el poder y las decisiones: por un lado, un constitucionalismo europeo y, por el otro, un constitucionalismo internacional, idóneos para limitar el absolutismo de los nuevos poderes”, FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 24.

graves y evidentes a la vida y libertad de las personas humanas. Sin embargo, con el correr del tiempo y a raíz de la actividad de los organismos y tribunales internacionales, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha comenzado a definir y resolver también otras cuestiones jurídicas más sutiles (p. ej., vigencia del derecho de réplica, existencia y extensión de la doble instancia en materia penal, prohibición del uso del velo islámico en los establecimientos públicos, posibilidad y alcance de la revisión judicial de la actividad administrativa y los procesos de responsabilidad política, procedencia de la acción de amparo frente a los actos judiciales, validez de la legislación penal en materia de libertad de expresión, régimen sindical único o plural, etc.), que anteriormente estaban ordinariamente sujetas al criterio final de las normas y jueces nacionales. (19) Este proceso ha tenido un especial desarrollo en Europa y más tardíamente en América Latina, gracias a la actividad de la Corte Europea de Derechos Humanos (20) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es en estos dos ámbitos geográficos y jurídicos, donde la temática que estamos aquí desarrollando cobra un especial relieve, a la que se ha sumado más recientemente la Corte Africana de Derechos Humanos y de los pueblos. Otro aspecto novedoso de esta revolución “copernicana” producida con el surgimiento del nuevo paradigma jurídico, es que la persona humana ha pasado a ser un sujeto de derecho internacional, con capacidad jurídica para exigir, en sede nacional e internacional, el cumplimiento por parte de su propio estado o de otro extranjero de las obligaciones que han asumido en materia de Derechos Humanos. (21) Esto ha producido una

---

(19) Cfr. SLAUGHTER, Anne-Marie - BURKE-WHITE, William, “The future of International Law is domestic (or, the European way of Law)”, 47 *Harv. Int’l L.J.*, 327 (2006).

(20) “La Corte, en forma creciente, ha estado dispuesta a fallar que los Estados han violado la Convención. En sus primeras decisiones, la Corte parecía ansiosa por asegurar a los Estados que ella sería comprensiva de sus intereses y tradiciones. Por ejemplo, en 1961, en su primera sentencia sustantiva, *Lawless*, la Corte decidió que si bien Irlanda habría violado los arts. 5º y 6º de la Convención al detener a un sospechoso del IRA por cinco meses sin juicio, el Estado se encontraba autorizado para desviarse de las estrictas reglas de la Convención porque según el art. 15 de la Convención se encontraba justificado al declarar “una emergencia pública que amenazaba la vida de la nación” y al tomar medidas extraordinarias. Si bien decisiones como las de *Lawless* pueden haber dado garantías a los Estados, ellas hicieron poco por promover las peticiones individuales. Sólo en 1968, 18 años después de la firma de la Convención Europea de Derechos Humanos y casi 10 años después de que la Corte pasó a ser competente para conocer casos, una decisión se adoptó en contra de un Estado miembro, *Neumeister* (...). Aún más esperanzadoras para los litigantes privados, comenzando a partir de fines de los 1970, han sido las sentencias más recientes de la Corte. Muchos de los jueces de Estrasburgo parecen estar más dispuestos a molestar a los Estados miembros ahora que antes, mediante decisiones que estiran el lenguaje de la Convención”, JANIS, Kay Bradley, *European Human Rights, Law. Text and Materials*, 3ra. ed., Oxford University Press, New York, 2008, ps. 75 y 76.

(21) Ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC 2/82 que los Tratados sobre Derechos Humanos “no son tratados multilaterales del tipo tradicional,

profunda transformación del Derecho Internacional, ya que se han ampliado considerablemente sus fronteras y campos de acción. La persona humana no sólo se ha convertido en sujeto del Derecho Internacional, sino que de modo creciente se va reconociendo su legitimación para participar en los procesos y plantear sus demandas y reclamos ante los tribunales internacionales, especialmente ante los de carácter regional. (22) Los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales no son meramente derechos naturales, ya que ellos han sido objeto de un proceso de positivización y formalización que concreta y especifica su contenido y los torna operativos y exigibles ante los órganos de gobierno de un Estado y frente a los tribunales nacionales e internacionales. Sin embargo, su formulación suele realizarse mediante cláusulas amplias y abiertas. Esta característica de los documentos internacionales otorga un importante margen de acción a su intérprete y favorecen su desarrollo progresivo. Se podría hablar, en este sentido, de un carácter germinal, proteico y evolutivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una de las premisas fundamentales del nuevo paradigma jurídico y político es que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fuesen sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.” (23) Como hemos ya señalado, en este proceso han tenido un lugar destacado la labor jurisprudencial de los tribunales internacionales de carácter permanente que se fueron poniendo en marcha, de modo particular la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica. Más recientemente, ha sido un hito relevante en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la creación, mediante el Tratado de Roma, de la Corte Penal Internacional para entender en los casos de las

---

concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin es la protección de los Derechos Fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, ellos, por del bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”

(22) Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.

(23) Cfr. Declaración y Programa de Acción de Viena elaborado luego de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU y celebrada en Viena en 1993.



violaciones más graves y masivas a los derechos fundamentales. (24) En numerosas ocasiones, estos tribunales internacionales han optado, en su labor jurisprudencial, por una interpretación amplia, dinámica y evolutiva de los Tratados sobre Derechos Humanos, potenciando así el efecto expansivo de la normativa internacional. (25) De una “*res legislata*” contenida en los textos de los Tratados se ha pasado a una “*res iudicata*” contenida en los fallos de los tribunales regionales que condenan a un determinado Estado (26) y, finalmente, a una “*res interpretata*” que pretende hacer obligatorias las doctrinas jurisprudenciales de estos tribunales a todos los Estados partes, aun cuando ellos no hayan intervenido en el proceso judicial en que ellas fueron establecidas. (27) Este proceso ha aumentado notablemente la fuerza expansiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Junto al tradicional control de constitucionalidad de las normas y actos estatales y de los particulares, se extiende progresivamente, particularmente en el ámbito latinoamericano, la exigencia del ejercicio, tanto por parte de los tribunales internacionales como de los nacionales, del

---

(24) Este tribunal penal de carácter permanente tiene como antecedentes otros creados previamente para juzgar sobre graves violaciones a los derechos humanos: los Tribunales Penales Militares de Núremberg y del Lejano Oriente, establecidos en 1945 para juzgar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial; los Tribunales Penales Internacionales de Yugoslavia y Ruanda, para juzgar las violaciones cometidos en estos países durante las guerras civiles en la década de los 90; los Tribunales mixtos, con participación de los estados afectados, de Sierra Leona, del año 2002, y Camboya, del año 2003.

(25) Cfr., p. ej., Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 10/1989, 14/07/1989.

(26) El art. 68 de la CADH establece la obligatoriedad de sus fallos en los siguientes términos: “1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”

La Corte Suprema argentina en el caso Espósito ha afirmado, en relación a la obligatoriedad para los tribunales nacionales de los fallos de la Corte IDH, que “el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”, ya que esas sentencias “resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenidos de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”, Caso Espósito, CS, 23/12/2004, consid. 6.

(27) Así, el Tribunal Constitucional del Perú en su fallo del caso Arturo Castillo Chirinos sostiene que “la vinculatoriedad de las sentencias de la [Corte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*”, Expediente nro. 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13. La Corte Suprema argentina también ha afirmado la necesidad de que los jueces nacionales utilicen como pauta de interpretación la jurisprudencia emanada tanto de la Corte Interamericana como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: cfr., entre otros, las sentencias de los casos “Giroldi” (Fallos 318:514, 1995), “Bramajo” (Fallos, 319:1840, 1996) y “Simón” (Fallos, 328:2056, 2005).



denominado “control de convencionalidad” (28), es decir, de la verificación de su adecuación a las normas, principios y pautas jurisprudenciales del nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (29) Esto ha modificado profundamente la concepción y la práctica jurídica de los países que se han ido abriendo paulatinamente al derecho internacional de los Derechos Humanos. (30) Incluso, las propias constituciones nacionales estarían sujetas al control de convencionalidad, lo que pareciera convertir a éste último en un control de “supraconstitucionalidad”. (31)

*d) El nacimiento de las instituciones y del derecho comunitario:* la puesta en marcha del proceso de integración europeo con la firma del Tratado de Roma de 1951 y su posterior desarrollo hasta llegar a la situación actual de

(28) Acerca de la problemática de este novedoso concepto, puede verse ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, obra que reúne una buena cantidad de trabajos sobre esta temática.

(29) En su fallo del caso “Almonacid Arellano y otros c. Chile” (sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154), la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que ella “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermaidadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (párr. 124). Poco tiempo después la resolver el caso de “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vuelve a señalar que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones” (párr. 128).

(30) Afirma Juan Carlos Hitters que este fenómeno “ha adquirido tanta altitud que a ningún abogado que inicia hoy un proceso de cualquier tipo —ni al juez que debe resolverlo— le puede pasar inadvertido que el pleito no termina ya —como antes— dentro de la frontera, sino que puede trascender sus límites y dirigir sus pasos hacia una senda trasnacional”, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad”, LL, 2008-E-1169.

(31) Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *Revista La Ley* (en prensa), Bs. As., 2008.

la Unión Europea dieron lugar al fenómeno de las instituciones y derecho comunitario, que está en permanente interacción con los ordenamientos jurídicos nacionales. En mucha menor medida el derecho comunitario se ha desarrollado también en algunas regiones de América Latina, con el Mercosur y el Pacto Andino.

Vemos, por tanto, que la segunda parte del siglo XX y el comienzo del siglo XXI es testigo del desarrollo y convergencia de dos notables procesos jurídico-políticos: la consolidación y expansión del constitucionalismo y el nacimiento y la progresiva expansión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (32)

Estos dos fenómenos de tanta trascendencia jurídica y política son complementarios y tienen numerosos objetivos en común, en particular, la protección de la dignidad de la persona humana y su consecuencia inmediata que son los Derechos Humanos y el sometimiento del proceso político a las reglas, procedimientos y principios jurídicos. Sin embargo, tienen cierta autonomía entre sí y se requiere el establecimiento de criterios y principios para su adecuada armonización.

Los Derechos Humanos han sido objeto de tutela jurídica, fundamentalmente, por parte de las constituciones nacionales desde los albores del constitucionalismo a fines del siglo XVIII. Desde mediados del siglo XX, esa protección de los Derechos Humanos por parte de las normas y tribunales nacionales, es reforzada, complementariamente, mediante su tutela a través normas, organismos y tribunales, que actúan cuando las instancias de carácter local resultan insuficientes o ineficaces. (33) Sin embargo, gradualmente el carácter complementario de la tutela internacional va cediendo paso a una protección cada vez más amplia y directa por parte del orden internacional. Así como la aparición de la Constitución como norma jurídica suprema “destronó” a la ley ordinaria de su sitio de preferencia, hoy las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como ellos son interpretados por los organismos y tribunales internacionales, han puesto en jaque no sólo ya la primacía y centralidad de la ley, sino aún de la propia Constitución nacional.

Esta realidad plantea complejos problemas de coordinación entre las normas y jurisdicciones locales e internacionales que, actualmente, están en

---

(32) Nos hemos referido a estos dos fenómenos en los Caps. VI y VII de nuestro libro *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Buenos Aires, 2010 (en prensa).

(33) Así, en el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos se afirma que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

pleno proceso de armonización. (34) La protección jurídica de los Derechos Humanos parecería ser, en los momentos actuales, un sistema “multifocal” en el que operan simultáneamente y sin una plena coordinación, ni una jerarquización clara y rígida, las normas y tribunales nacionales e internacionales, aunque progresivamente éstos últimos pretenden establecer una supremacía sobre los primeros.

Situados en este marco general, en esta comunicación pretendemos describir, analizar y valorar el papel que ha correspondido a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en la tarea de articular, armonizar y generar un diálogo recíproco entre el derecho constitucional nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en los últimos veinticuatro años transcurridos desde el dictado del fallo “Ekmekdjian” en 1992. Nos centraremos, por tanto, en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en sus dos últimas etapas: la décimo primera (1990-2003) y la décima segunda (2003 hasta nuestros días). (35) Es dentro de estas últimas dos etapas donde tiene lugar un desarrollo notable de la temática elegida a través de importantes decisiones y criterios establecidos por nuestro máximo tribunal.

## **II. La progresiva recepción y armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema jurídico argentino**

A lo largo de estas dos décadas y media la Corte Suprema argentina ha ido resolviendo cuestiones y fijando criterios que han permitido, facilitado y promovido la progresiva recepción en nuestro medio de los contenidos y principios del derecho internacional de los derechos humanos y su armonización con el sistema normativo nacional.

En ese itinerario cabe mencionar nueve cuestiones o puntos claves que han sido abordados y definidos por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, con algunas lógicas e inevitables marchas y contramarchas y zigzagueos jurisprudenciales.

Veremos cada una de esas cuestiones abordadas y resueltas por las integraciones de la Corte Suprema de las dos últimas etapas:

1) *Monismo de fuentes*: inicialmente cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ha adherido a las tesis monistas, de modo tal que el

---

(34) Sobre este tema puede consultarse con provecho el trabajo de SAGÜES, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica” *Ius et Praxis*, v. 9, nro. 1, Talca, 2003.

(35) Cfr., SANTIAGO, Alfonso (director), *Historia de la Corte Suprema argentina (1863-2013)*, Marcial Pons, Bs. As., 2013.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno constituyen un único sistema jurídico y la entrada en vigencia en el orden internacional de un Tratado de Derechos Humanos significa su inmediata entrada en vigencia también en el orden interno. La Constitución argentina originaria de 1853-60 adhirió ya implícitamente a ese modelo cuando señaló que los Tratados Internacionales son parte de nuestro Derecho Federal (art. 31) y los jueces federales tienen competencia para resolver los casos regidos por esas normas (art. 116). Se trata de un monismo con primacía final de la Constitución de acuerdo a lo establecido en el art. 27 de nuestra carta magna.

2) *Carácter operativo directo de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales*: la Corte Suprema reconoció en su fallo del caso “Ekmekdjian” (36) de 1992 la plena operatividad a los derechos humanos consagrados en estos instrumentos internacionales. La doctrina fijada en ese fallo se apartó del criterio anterior del tribunal sostenida en el caso “Ekmekdjian c. Sofovich” del año 1988, acerca del carácter programático del derecho de réplica reconocido en el art. 13 de la CADH y de la necesidad de una ley de una ley interna que lo haga operativo. Otros fallos posteriores confirmaron la adopción del nuevo criterio. Pueden mencionarse, entre muchos otros, como ejemplo de lo dicho, el caso “Petric” (37) en materia de derecho de réplica; el caso “Girolidi” (38), sobre el derecho a la doble instancia en materia penal; los casos “Serra” (39), “Brusa” (40) y “Hagelin” (41), sobre tutela judicial efectiva.

3) *Supremacía de los Tratados Internacionales sobre las leyes internas*: en el caso “Ekmekdjian” de 1992 nuestro máximo estableció otro criterio de suma importancia: la supremacía de los tratados sobre las leyes internas. De este modo nuestro máximo tribunal dejó de lado la pauta anterior acerca del mismo nivel normativo que tenían los tratados y las leyes. (42) Dos años después el Poder Constituyente de 1994 incorporó dicho criterio al establecer en el art. 75 inc. 22.1 que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Numerosos fallos jurisprudenciales posteriores dan cuenta del

---

(36) Fallos 315:1492 (1992).

(37) Fallos 321:885 (1998).

(38) Fallos 318:514 (1995).

(39) Fallos 316:2454 (1993).

(40) Fallos 326:4816 (2003).

(41) Fallos 326:3268 (2003).

(42) Desde el caso “Martín” de 1963 (Fallos 257:99, 1963), la Corte Suprema había sostenido el principio de la igualdad jerárquica entre los tratados internacionales y la ley interna, cuyos conflictos normativos se resolvían de acuerdo a los principios generales que sostienen que la norma posterior prevalece sobre la anterior y la especial sobre la general. Esta postura fue luego reiterada en el caso “Esso, S.A. Petrolera Argentina c. Nación”, Fallos 271:7 (1968). De modo aislado, la Corte Suprema sostuvo en el caso “Merck” (Fallos 211:162, 1948) que en tiempo de guerra los Tratados Internacionales predominan sobre las normas internas, aún la propia Constitución.

seguimiento de este claro criterio constitucional, entre los que se puede mencionar por su importancia a los casos “Fibraca” (43) y “Café La Virginia”. (44)

4) *Jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos*: el Constituyente de 1994 otorgó jerarquía constitucional a once Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que, sin formar parte de la Constitución, tienen, sin embargo, ese nivel normativo. (45) Ello ha provocado una profunda transformación de nuestro sistema jurídico en casi todas sus ramas a partir de la interpretación que de ellos han realizado los jueces nacionales. (46) La decisión del Constituyente otorgaba un carácter

---

(43) Caso “Fibraca Constructora SCA c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, Fallos 316:1669 (1993).

(44) Caso “Cafés La Virginia S.A.”, Fallos 317:1282 (1994).

(45) Señala el art. 75 inc. 22 en su segundo y tercer párrafo: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Desde 1994 a la fecha el Congreso ha otorgado jerarquía constitucional a tres Tratados sobre Derechos Humanos: la Convención Americana sobre la desaparición forzada de personas; la Convención sobre Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad; la Convención sobre personas con discapacidad.

(46) La Corte Suprema ha reconocido esta transformación operada en nuestro sistema jurídico en el consid. 16 del caso “Arriola” (CS, 26/08/2009) cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 *in re* “Mazzeo”, Fallos: 330:3248). Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional. Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables (“Verbitsky” Fallos: 328: 1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales (“Casal” Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal (“Maldonado” Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias (“Tufano” Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad (“Quiroga” Fallos: 327:5863, “Llerena” y “Dieser” Fallos: 328:1491 y

complementario a las normas internacionales que en ningún caso podrían modificar lo establecido en los primeros 35 artículos de nuestra constitución, entre ellos el art. 27 que establece con claridad la subordinación de los tratados internacionales a lo dispuesto en la Constitución. Continuó en un modelo monista con supremacía final de la Constitución.

5) *Establecimiento por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de una presunción “iure et de iure” de que hay una plena compatibilidad entre la primera parte de la Constitución Nacional y los once Tratados sobre Derechos Humanos a los que el Constituyente de 1994 ha otorgado jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22.2:* señala esta disposición constitucional en su parte final que los mencionados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. A instancias del Dr. Boggiano, en varios votos los jueces de la Corte Suprema adhirieron a la tesis de que el Constituyente hizo un juicio definitivo sobre la compatibilidad del contenido de los Tratados Internacionales a los que otorgó jerarquía constitucional con el propio texto de la Constitución Nacional, particularmente con su primera parte. Ese juicio de compatibilidad no es susceptible de revisión judicial. Por lo tanto, hay que presumir *iure et de iure*, sin admitir prueba en contrario, que todas las disposiciones de esos Tratados son plenamente compatibles con la Constitución argentina y que deben ser interpretados de modo armónica con ella, como normas que tienen el mismo rango normativo. (47) Esta tesis estuvo presente en numerosos votos a partir del año 1996. (48)

---

329:3034, respectivamente); defensa en juicio (“Benitez” y “Noriega” Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (“Barra” Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad (“Gramajo” Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas (“Santillán” Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos (“Arancibia Clavel” Fallos: 327:3312; “Simón” Fallos: 328:2056 y “Mazzeo” Fallos: 330:3248), entre otras cuestiones.

(47) Así en el consid. 10 del voto de la sentencia del caso Canela (Fallos 321:2637, 1998) se señala: “conviene recordar que el art. 75 inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los Tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece en su última parte, que aquellos ‘no derogan artículo alguno de la primera partes de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los Tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se producen derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos, desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los Tratados y la Constitución, es un juicio constituyente. No pueden ni han podido, derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir”.

(48) Cfr., entre otros, “Monges”, Fallos 319:3148; “Chocobar” Fallos 319:3241; “Petric” Fallos 321:885, votos de los Dres. Moliné O’ Connor y Boggiano; Rozemblum, Fallos 321:2314,

6) *Seguimiento de las pautas interpretativas de los Tratados Internacionales establecidas por los tribunales y organismos internacionales*: otra cuestión interpretativa que se planteó es si la jurisprudencia emanada de los tribunales y organismos internacionales establecidos en los Tratados Internacionales que gozan de jerarquía constitucional, tiene que ser seguida por los tribunales argentinos, ya que esa doctrina jurisprudencial integraría de modo complementario y accesorio la normativa a la que el Constituyente le ha querido otorgar jerarquía constitucional. Este sería, para la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, un nuevo significado de la expresión “en las condiciones de su vigencia” (49) contenida en el art. 75 inc. 22.2. (50) La voluntad del Constituyente de 1994 al incorporar esa expresión era decir que esos Tratados Internacionales regían para nuestro país con las reservas que nuestro país había formulado a la hora de aprobarlos o ratificarlos. La Corte Suprema añadió un nuevo significado a esa expresión, con vastas consecuencias prácticas.

La Corte Suprema argentina utilizó a lo largo de las últimas dos décadas distintas expresiones para referirse al seguimiento de las interpretaciones provenientes de la Corte IDH y de la CIDH. Ya en el caso *Ekmekdjian* (51) de 1992, el voto mayoritario del tribunal, al acudir a la interpretación que la Corte IDH había hecho del derecho de réplica en su Opinión Consultiva nro. 7, señaló él debía “guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (cfr. consid. 21). (52) Más adelante, en el caso “*Bramajo*” (53) de 1996, se señaló que también los informes

---

disidencia del Dr. Boggiano; “S., V.”, Fallos 324:975, voto de los jueces Moliné O’Connor y López y de los jueces Boggiano y Vázquez.

(49) En cambio, para otros autores, entre ellos el Dr. Barra quien fue miembro de la Comisión Redactora de la Convención Constituyente de 1994, esa expresión aludía a que cada uno de los instrumentos internacionales a los que se le dio jerarquía constitucional rige en “las condiciones de su vigencia”, es decir, con las aclaraciones y reservas que el gobierno argentino estableció al momento de comprometer su voluntad internacional: cfr. BARRA, Rodolfo, *Declaraciones, tratados y convenciones internacionales, en La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión Redactora*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 167.

(50) “La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia... Esto es, tal como la Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales para su interpretación y aplicación”, caso “*Giroldi*”, Fallos 318:514 (1995).

(51) Fallos 315:1492 (1992).

(52) Allí se dijo: “las palabras “en las condiciones que establezca la ley” se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas [...]. En este sentido, puede el Tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercerá en el caso concreto”.

(53) Fallos 319:1840 (1996).



de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debían “servir de *guía para la interpretación* de los preceptos convencionales”. En el año 2006, al resolver el caso “Simón” (54), la Corte Suprema señala de modo más enfático que “las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una *imprescindible* pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana” y que “la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana (...) al caso argentino resulta *imperativa*, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”. (55) Finalmente, en el caso “Mazzeo” (56) del año 2007, la Corte Suprema argentina recepta la noción del control de convencional (57) y señala que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana” y se afirma que ella es una “*insoslayable* pauta de interpretación”. (58) A partir de ese fallo, el máximo tribunal aludirá y realizará en numerosos casos, junto al control de constitucional tradicional, el control de convencionalidad de oficio establecido por la Corte IDH. (59)

No obstante lo anterior, se pueden mencionar varios otros fallos de años atrás, en los que la Corte Suprema argentina relativizó en algunos casos esa obligación de seguimiento, en particular sobre las recomendaciones dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

---

(54) Fallos 328: 2056 (2005).

(55) Consid. 24 del voto del Dr. Petracchi. Expresiones similares se pueden encontrar en el consid. 15 del voto del Dr. Zaffaroni, consid. 29 del voto de la Dra. Highton de Nolasco y consid. 25 del voto del Dr. Lorenzetti.

(56) Fallos 330:3248 (2007).

(57) Se afirma en el consid. 21 del voto mayoritario “Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C Nº 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124).

(58) Consid. 20.

(59) Cfr. casos “Aparicio”, “Videla”, etc.



Así, en el caso “Acosta” (60) de 1998, la mayoría del tribunal señaló que el seguimiento por parte del Estado argentino de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial... La jurisprudencia internacional por más novedosas y pertinentes que se reputen no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales —equiparable al recurso de revisión— pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica es vigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”. Algo similar se sostiene en el voto de mayoría en el caso “Felicetti” (61) en el año 2000 respecto a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (62)

Sin embargo, la Corte Suprema, al resolver en el año 2013 el caso “Carranza Latrabusse” (63) establecerá el carácter vinculante no sólo de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH, sino también de las recomendaciones de

---

(60) Fallos 321:3555 (1998).

(61) Fallos 323:4130 (2000).

(62) Refiriéndose a este criterio seguido en ocasiones por la Corte Suprema, afirma Sagüés: “conviene alertar que la doctrina del seguimiento ha tenido en Argentina importantes repliegues, no obstante su difusión inicial. En ‘Acosta’, la mayoría de la Corte Suprema dio a entender que el seguimiento de los jueces nacionales a la jurisprudencia de los organismos de la jurisdicción internacional nacional emergente del Pacto de San José de Costa Rica no era inexorable, en el sentido que no había un deber jurídico vinculante en tal sentido, y menos que obligase a modificar sentencias firmes (consid. 13). En ‘Felicetti’ (consid. 6º), reiteró tal postura, sosteniendo que los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tampoco obligaban irremediablemente a la Corte Suprema, máxime si alteraban el principio de la cosa juzgada, aunque de todos modos el Estado debía realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión. En ‘Alonso’, una sentencia del 19 de septiembre de 2002, la Corte vuelve a ratificar la doctrina de ‘Acosta’, pero un voto del juez Boggiano insiste en que el hecho de que los jueces argentinos deban tener en cuenta los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no impide que ‘esa racional indagación conlleva la posibilidad de apartarse del contenido de los informes y recomendaciones cuando resulten incompatibles con los derechos reconocidos por la Convención’. El mismo juez concluyó que el informe 2/97 de la Comisión Interamericana careció de una ponderación razonada de los elementos del caso, con arreglo a las puntuales circunstancias del mismo (considerando 14)”, SAGÜES, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, v. 9, no 1, Talca, 2003.

(63) Fallos 336:1024 (2013).

la Comisión IDH. (64) Este criterio será reiterado en el año 2014 al resolver el caso “Arrillaga, Alfredo Manuel”. (65)

Parte de la doctrina constitucional ha criticado fuertemente la pretensión de extender la obligatoriedad de su jurisprudencia de la Corte IDH a los Estados que no han sido parte en el proceso en que fueron establecidos esos criterios jurisprudenciales, sosteniendo que esa pretensión constituye un exceso en relación a las obligaciones asumidas por los estados nacionales al momento de ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos (66) y, también, el asignarle un carácter obligatorio a las simples recomendaciones que formula la Comisión IDH.

---

(64) Los hechos del caso son los siguientes: el actor es un juez provincial que fue destituido por el golpe militar de 1976. Tras el regreso al orden democrático inició acciones para obtener su restitución en su cargo, lo que no le fue concedido alegando que se trataba de una cuestión política no justiciable. Tras agotar las instancias locales, el actor denunció al Estado argentino ante la Comisión IDH. Este organismo mediante el Informe 30/97 reconoció la responsabilidad del Estado argentino por considerar que al no resolver el fondo del reclamo del actor, se violó su derecho a la tutela judicial efectiva. En base al mencionado informe el actor inicia acción de daños y perjuicios contra el Estado Nacional por privación del servicio de justicia, que es acogida favorablemente en primera y segunda instancia. El dictamen del Procurador General, en lo que a nosotros nos interesa, se inclina por el rechazo de la demanda. Señala que “las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, y ello, por un lado, dentro de los términos del art. 68.1 de la Convención Americana y, por el otro, siempre y cuando esas sentencias no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del ordenamiento jurídico interno, tal como ha sostenido el Ministerio Público Fiscal cuando en oportunidades anteriores, criterio éste similar al reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”.

(65) CS, A. 917. XLVIII, 30/12/2014.

(66) Sostiene, en este sentido, Alfredo Vítolo: “La reforma de 1994 al otorgar ‘jerarquía constitucional’ a ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos lo hizo ‘en las condiciones de su vigencia’ que, al decir de nuestra Corte Suprema no significa sino ‘tal como (dichos instrumentos) rigen en el ámbito internacional’. Así se produce en nuestro sistema un reenvío del derecho nacional a lo que el derecho internacional dispone en la materia. Y en este sentido, observando las normas de derecho internacional aplicables, resulta claro que ni de ellas, ni de su interpretación, puede extraerse la obligatoriedad de seguimiento de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana tiene como una de sus atribuciones, la de resolver ‘casos’ relativos a la interpretación y aplicación de las disposiciones de (la) Convención”. Las decisiones recaídas en estos casos resultan obligatorias exclusivamente para los estados que hayan participado como partes del mismo, más allá del valor doctrinario que pudieran tener sus argumentos. Así lo establece con claridad meridiana el art. 68 de la Convención, al expresar: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. El principio de buena fe que rige en las relaciones internacionales impide otorgarle al artículo 68 una extensión que el mismo no posee: la de transformar la jurisprudencia del tribunal en una regla de cumplimiento obligatorio para aquellos estados que no han sido parte del proceso. En este sentido, la pretensión de la Corte Interamericana de Derechos

Más allá de estas críticas doctrinarias, parece consolidarse a nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina el seguimiento de la doctrina y jurisprudencia de la Corte IDH y de las recomendaciones de la Comisión IDH y la obligación de todos los jueces y funcionarios públicos de realizar el denominado control de convencionalidad al momento de ejercer sus funciones.

7) *Recepción del control de convencionalidad ex officio*: a partir del caso “Mazzeo” (67) del año 2007 la Corte Suprema argentina recibe, adopta, hace propia y pretende imponer a los jueces de todas las instancias la doctrina del control de convencionalidad *ex officio* desarrollada por la Corte IDH a partir del caso Almonacid Arellano del año 2006. (68) Ya no se trata tan sólo del

---

Humanos en su sentencia en el caso Almonacid Arellano, de asignarse a sí misma, en dictum, y sin norma alguna que lo autorice (ni, enfatizamos, procurar tampoco justifica tal aserto), el papel de “intérprete final de la Convención”, claramente ha significado una extralimitación de sus atribuciones, no resultando procedente pretender extraer de dicha conclusión, la de extender universalmente el alcance de sus decisiones, incluso frente a tribunales respecto de los cuales la Corte no es órgano superior jerárquico. No puede perderse de vista, en este sentido, que la instancia contenciosa ante la Corte Interamericana no tiene por objeto revisar la decisión de un tribunal nacional, sino simplemente determinar el grado de responsabilidad internacional en el que puede haber incurrido un estado por la violación de normas internacionales de derechos humanos. Así, no puede olvidarse que la Corte, en oportunidad de emitir su primera opinión consultiva señaló la posible discrepancia de criterios que podría eventualmente darse entre los argumentos de la Corte y los de otros tribunales: “En todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones resulten conclusiones contrarias, o por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho”, criterio reiterado en 1999. Si hubiese sido intención de los redactores de la Convención otorgar tal poder a la Corte, otra hubiera sido la redacción dada a su artículo 68, máxime en un sistema como el derecho internacional, que hace de la precisión del lenguaje un verdadero culto. Pero ello no ha ocurrido, y pretender interpretar la Convención en otro sentido que el que dispone su clara redacción, no es sino un vano ejercicio de voluntarismo carente de todo sustento jurídico. En definitiva, el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por parte de las jurisdicciones en instancias nacionales no dependerá tanto de argumentaciones sofistas para pretender extender los alcances de una norma más allá de lo que las reglas lógicas autorizan, sino del prestigio que el tribunal (que parafraseando la doctrina norteamericana sobre su poder judicial no tiene “ni la bolsa ni la espada”) pueda ganarse por el contenido de sus sentencias, VÍTOLO, Alfredo, “La obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Fores*, Boletín junio 2011.

(67) Fallos 330:3248 (2007).

(68) Así, en el consid. 21 del voto mayoritario en el caso “Mazzeo”, con remisión al parágrafo 124 de la sentencia de la CIDH en el caso “Almonacid” del 26/9/2006, se puede leer: “...el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. El juez “... debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

seguimiento de la jurisprudencia que fije este tribunal sino de una obligación de realizar en todos los casos un control de convencionalidad de todas las normas que un juez está llamado aplicar, más allá de que exista jurisprudencia interamericana sobre ese punto o la parte lo haya pedido. La obligación y facultad reconocida a los jueces de todas las instancias de ejercer simultáneamente el control de constitucionalidad y de convencionalidad aumenta enormemente su ámbito de decisión.

8) *Cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH que afectan el contenido de los fallos pronunciados por la Corte Suprema argentina*: también ha sido zigzagueante el criterio de nuestro máximo tribunal respecto del cumplimiento de las sentencias condenatorias del Estado argentino por parte de la Corte IDH (69), cuando ello implicaba dejar sin efecto sentencias de la propia Corte Suprema. Veamos en este sentido lo ocurrido en los casos “Cantos” (70), “Espósito” (71) y “Derecho”. (72)

El caso “Cantos” es un claro ejemplo de posibles dificultades que pueden surgir en la articulación entre la jurisdicción nacional e internacional con motivo del cumplimiento de sentencias emanadas de los tribunales internacionales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos había dictado sentencia en la causa “Cantos”, decidiendo que, al haber aplicado al caso la ley de tasa de justicia y de honorarios profesionales, el Estado argentino había violado el derecho de acceso a la justicia consagrado en los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pretendiendo cobrar al actor sumas exorbitantes una vez terminado el juicio. En consecuencia, se dispuso que el Estado argentino debía: a) abstenerse de cobrar a Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago de la misma, levantado todas las cautelares trabadas al efecto; b) fijar en un monto razonable los honorarios que habrían sido regulados en el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y c) asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado y de la provincia de Santiago del Estero. A raíz de esta sentencia del tribunal interamericano, el Procurador del Tesoro de la Nación se presenta ante la Corte Suprema a los fines de que este tribunal instrumente el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Interamericana. La mayoría de la Corte declina la intervención solicitada por el Procurador del Tesoro. Se dice que, de hacerlo, se estarían infringiendo

---

(69) Hasta el año 2016, la Argentina ha sido demandada en diecisiete casos contenciosos ante la Corte IDH por incumplimiento de sus obligaciones contraídas en la CADH, siendo condenada en catorce de ellos. Ocupa el séptimo lugar entre los países más demandados ante ese tribunal interamericano.

(70) Fallos 326:2968 (2003).

(71) Fallos 327:5668 (2004).

(72) CS, 11/07/2007.

ostensiblemente los derechos constitucionales de los profesionales que habían intervenido en la causa. En efecto, la reducción de honorarios ordenada por el tribunal interamericano, importaría violar, no sólo el derecho de propiedad de los mentados profesionales, sino también su derecho a la defensa en juicio, toda vez que no habían tenido oportunidad de participar en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional. Por lo demás, señala la mayoría que no corresponde sustanciar pedidos de esta índole fuera de una causa judicial. En suma, la Corte se resiste en este caso a ordenar el cumplimiento de una sentencia del tribunal interamericano, no sin antes deslizar una aguda reflexión, al hacer notar que “bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional, se llegaría a la inicua —cuanto paradójica— situación, de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca”.

En el caso “Espósito” (73) la Corte Suprema resuelve un recurso extraordinario contra la resolución de la Cámara que había declarado prescripta la acción en el conocido caso “Bulacio”. Los hechos de la causa habían sido tratados y conocidos por la Corte IDH que declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino debido a la deficiente tramitación de la causa judicial que se tradujo en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva de los familiares de la víctima. En su sentencia la Corte IDH estableció que “el Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos: que los familiares de la víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados”. Aunque la acción estaba prescripta para el derecho argentino, la Corte Suprema, teniendo en cuenta la sentencia de la Corte IDH, declaró inaplicables al caso las normas generales sobre la extinción de la ley penal y ordenó la prosecución de la causa. Señaló el tribunal que “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1 CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. No obstante esta decisión, el tribunal argentino señala su discrepancia con el fallo de la Corte IDH por entender que es lesivo de las garantías penales establecidas en el art. 18 de la CN. (74)

---

(73) Fallos, 327:5668 (2004).

(74) Afirma Emilio Ibarlucía que “el fallo Espósito es particularmente importante dado que la Corte dijo que estaba obligada a acatarlo resuelto por la Corte IDH en el caso ‘Bulacio c. Nación Argentina’ del año anterior pese a que no estaba de acuerdo y a que no se compadecía con sus propios precedentes”, “La recepción del derecho internacional en la jurisprudencia de

Una situación similar al caso “Espósito” se presentó en la causa “René Derecho” (75), en el que también se discutía la prescripción de la acción penal iniciada contra un agente de las fuerzas de seguridad acusado de apremios ilegales. En un primer pronunciamiento el 11 de julio de 2007, la Corte Suprema argentina declaró la prescripción de la acción penal y cerró la causa, dejando de lado su anterior postura asumida en el caso Espósito y no siguiendo la doctrina sentada en ese caso por la Corte IDH. (76) Previamente, en

---

la Corte Suprema argentina y el control de convencionalidad”, LL, Suplemento de Derecho Constitucional, agosto 2011, p. 4.

(75) CS, 11/07/2007.

(76) Afirmaba el dictamen del Procurador General en el caso “Acosta”: “el hecho de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales no significa, por ello, su aplicación irreflexiva y automática. Esta jurisprudencia debe ser evaluada y ponderada en el marco del orden constitucional y, por ello, a la luz de las demás normas constitucionales, desde luego obligatorias para los tribunales nacionales. Estimo, entonces, que con el fin de honrar de la manera más profunda los compromisos asumidos internacionalmente por nuestro Estado, los tribunales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos encargados del control de aquellos instrumentos internacionales que gozan de rango constitucional en el orden jurídico argentino, sin desconocer, por supuesto, en dicha tarea, los principios y reglas supremos del orden jurídico interno y la competencia misma asignada por la Constitución a los tribunales nacionales para decidir los procesos judiciales internos, competencia que, en última instancia, nuestra Carta fundamental ha atribuido a V.E. A fin de dar debido cumplimiento al deber de tener en tener en consideración la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos, pienso que podría resultar conveniente razonar, a modo de test, con arreglo a los siguientes pasos. En primer lugar, es preciso verificar si existe jurisprudencia de la Corte y/o Comisión Interamericanas sobre la cuestión debatida en el proceso interno (identificación de la jurisprudencia). En segundo lugar, hay que determinar cuál es la doctrina o razón subyacente (*ratio decidendi*) que se desprende de la sentencia o sentencias pertinentes (identificación de la doctrina de la jurisprudencia). En tercer lugar, se debe examinar minuciosamente la aplicabilidad prima facie de esa doctrina al caso concreto, esto es, evaluar si el caso particular bajo examen en el proceso interno es una instancia del caso general (doctrina) que se infiere de la jurisprudencia de tales órganos (aplicabilidad de la doctrina al caso concreto). En cuarto lugar, es preciso todavía examinar si existen razones jurídicas basadas en el ordenamiento constitucional que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano internacional pertinente. Al respecto, el tribunal nacional debería discutir razonadamente esa doctrina en el marco de todo el orden constitucional argentino y, con base en este análisis, decidir si, en el caso concreto, corresponde seguirla o no, proponiendo una debida fundamentación de la decisión tomada (examen de compatibilidad de la doctrina prima facie aplicable con el orden jurídico constitucional). Estimo que tanto la ausencia de consideración de la jurisprudencia de los órganos internacionales, cuanto la falta de enunciación de las razones que pudieran existir para no seguir la doctrina derivada de la jurisprudencia de tales órganos afectarían el deber de adecuada fundamentación de una sentencia, vicio que, si estuviera contenido en una decisión de un tribunal inferior, podría ser controlado por vía del recurso extraordinario”, PGN, “Acosta, Jorge Eduardo y otro s/recurso de casación”, S.C. A. 93.L. XLV, dictamen del 10 de marzo de 2010.

mayo de 2007, la Corte IDH en el caso “Bueno Alves c. Argentina” había establecido la responsabilidad internacional del Estado argentino en relación a su deber de investigar los hechos denunciados en esta causa. La Corte Interamericana consideró que los hechos denunciados por el señor Bueno Alves —víctima del delito reprochado a derecho— constituía un caso de torturas y por ende una vulneración a derechos humanos, por lo que entendió que el Estado Argentino debía realizar las investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades que surgieran de ellas y aplicar las consecuencias que la ley prevea. Esa sentencia recién fue notificada oficialmente a la Corte Suprema argentina el 21 de septiembre de 2007. Cuatro años después, en noviembre de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en decisión dividida (77), hizo lugar al recurso de revocatoria de la parte querellante, dejó sin efecto la sentencia dictada por el propio Tribunal el 11 de julio de 2007 y dispuso devolver las actuaciones para que un tribunal inferior dé cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —sentencia “Bueno Alves c. Argentina” —.

Como podemos observar, tanto en materia de seguimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana como de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina es algo ambigua e inconsistente y no se ha consagrado aún de modo definitivo una supremacía tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre las disposiciones Constitucionales, como de las decisiones de la Corte IDH sobre los fallos de la propia Corte Suprema argentina. Estaríamos en presencia no solamente de un conflicto entre normas, sino entre tribunales nacionales e internacionales, en el que la Corte Suprema pretende mantener su carácter de tribunal final y supremo del sistema político argentino, sin admitir una plena subordinación a las instancias internacionales. (78) Sin

---

(77) Integraron la mayoría los ministros Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda (por su voto) y Eugenio Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco. En tanto, que Carlos Fayt y Carmen Argibay entendieron que debía rechazarse la presentación.

(78) Se puede ver en una postura con puntos coincidentes a la aquí expuesta el trabajo de Alfredo VÍTOLO, “El doble (y curioso) estándar de la jurisprudencia argentina frente a las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos”, ponencia presentada en las “Jornadas Argentino-Chileno-Peruano-Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional”, Montevideo, junio de 2011. Sostiene allí el autor que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina carece al respecto de una postura clara, pudiendo advertirse la aplicación de un doble estándar según que el tribunal considere que al seguir o no la regla internacional menoscaba su rol de ‘último intérprete’ del ordenamiento jurídico nacional, llegando incluso al extremo de incumplir ella misma la obligación internacional asumida por el estado argentino (del cual la Corte forma parte). En este sentido, y analizando los casos y las situaciones en las que nuestro tribunal se ha pronunciado al respecto, parecería que sus posturas obedecen no tanto a un genuino respeto hacia las decisiones de los órganos internacionales, sino a conveniencias coyunturales de política doméstica”.



embargo, en las decisiones de la Corte Suprema de los últimos años se advierte una mayor apertura y tendencia al cumplimiento más estricto tanto de las sentencias de la Corte IDH como de las recomendaciones de la Comisión.

9) *Posible existencia de conflictos insalvables entre las normas constitucionales y los textos o jurisprudencia internacionales*: más allá de estas pautas de armonización entre el derecho interno y el derecho internacional de los Derechos Humanos que hemos analizado en los acápite anteriores, se puede plantear la cuestión de cómo un juez nacional debe resolver un conflicto insalvable entre la Constitución Nacional y una norma o criterio interpretativo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (79)

Las preguntas decisivas que corresponde plantear y resolver en torno a esta problemática son las siguientes:

— ¿A qué norma, la constitucional o la convencional, corresponde el máximo rango normativo en el sistema jurídico argentino?

— ¿En caso de conflicto insalvable, el juez nacional por cuál norma tiene que elegir: la constitucional o la convencional?

— ¿Corresponde realizar el control de convencionalidad de las normas constitucionales (80) o, más bien, lo procedente es hacer el control de constitucionalidad de las disposiciones convencionales y/o de las interpretaciones que de ella hagan los tribunales internacionales?

---

(79) Cfr., SAGÜÉS, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad,’ en particular sobre las constituciones nacionales,” *Revista La Ley*, Bs. As., 2008, donde este destacado constitucionalista argentino hace un llamado a la prudencia por parte de la Corte Interamericana en el ejercicio del control de convencionalidad. De lo contrario, el propio tribunal debilitaría su natural autoridad y ascendiente.

(80) Cabe recordar que la Corte IDH ha analizado, al menos implícitamente, la convencionalidad de normas constitucionales al menos en los siguientes casos: — La OC 4/84 sobre las propuestas de modificación a la Constitución Política de Costa Rica. — Caso “La Última Tentación de Cristo”, en el que la Corte analizó la Constitución Política y concluyó que sus disposiciones que establecían la censura previa eran violatorias de la Convención, y que debían ser reformadas (párr. 88). — Caso “Causar c. Trinidad y Tobago”, en el que la Corte también ordenó al Estado enmendar su Constitución (párr. 133), por establecer en su sección VI que determinadas normas no podían ser objeto de impugnación judicial. — Caso “Tristán Donoso c. Panamá”, en el que la Corte destacó la importancia de adoptar las medidas necesarias “para implementar [una] reforma constitucional” en materia de intercepción de comunicación (párr. 206). — “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana”, en el que la Corte analizó las Constituciones dominicana y haitiana, y ordenó la adopción de las medidas “inclusive, si fuera necesario, constitucionales” (párr. 470), en relación al trato de refugiados o inmigrantes. En párr. 235 también hay una apreciación sobre el tratamiento del Tribunal Constitucional doméstico sobre un tema en particular. Agradecemos a Gisela Ferrari el aporte de estos precedentes.



— ¿Cuál es la instancia jurídica suprema? ¿A quién debe lealtad final el juez nacional?

No se trata de meras elaboraciones “de laboratorio”, sino de cuestiones que comienzan a plantearse en nuestra práctica jurídica. Alcanza para ello mencionar tres ejemplos:

— En el caso “Brusa” (81) se planteó la cuestión de si, aun teniendo en cuenta que el art. 115 de la CN establece el carácter irrecurrible del fallo del Jurado de Enjuiciamiento, corresponde o no su revisión judicial para no cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la CADH.

— En el caso “Mazza” (82), en un *obiter dictum* del voto individual del Dr. Zaffaroni, se señala que, no obstante que el art. 60 de la CN permite la inhabilitación del funcionario destituido por juicio político, en virtud que esa inhabilitación es una pena y las penas sólo pueden ser establecidas de acuerdo con las disposiciones del derecho internacional de los Derechos Humanos por los integrantes del Poder Judicial, el Senado, que es un tribunal político, no puede imponer más esa medida accesoria a la destitución (83).

— Se ha planteado la cuestión de si la prohibición constitucional derivada del art. 89 de la CN de que un ciudadano naturalizado pueda ser candidato a la presidente puede ser considerada contraria o no a las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

— En los casos “Simón” (84) y “Mazzeo” (85), invocando la doctrina de la Corte IDH sobre persecución y castigo a los responsables de delitos de lesa humanidad, se han dejado de lado las garantías constitucionales en materia

---

(81) Fallos 326:4816 (2003). Hemos comentado ampliamente este fallo de la Corte Suprema, en el trabajo “La previsibilidad de los fallos del Jurado de Enjuiciamiento según la jurisprudencia de la Corte Suprema: el caso Bruza”, ED, Suplemento de Derecho Constitucional, diario del 23/08/2005, donde remitimos.

(82) CS, 06/10/2009.

(83) “Se ha considerado que el juicio político constitucional no era antes de 1994 un juicio de naturaleza puramente política, sino político/jurisdiccional. Cualquiera sea la opinión al respecto antes de 1994, después de la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos en el inc. 22 del art. 75, que sanciona definitivamente la tesis del derecho único y los coloca al mismo nivel que las normas de la Constitución Nacional, la conclusión acerca de la naturaleza del juicio político constitucional debe invertirse: precisamente por tratarse de una pena, el juicio debe mantenerse como puro juicio político y la pena de inhabilitación no puede ser ya impuesta por el Senado”, consid. 6.

(84) Fallos 328, 2056 (2005).

(85) Fallos 330:3248 (2007).

penal como son los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal y cosa juzgada. (86)

— También, como hemos visto en el apartado anterior, se han planteado algunos casos en los que la Corte Suprema argentina se negó a dejar sin efectos sus propias decisiones, que habían sido declaradas “inconvenientes” por parte de la Corte IDH por entender que de dar cumplimiento a los fallos de la Corte IDH se estarían violando algunos derechos y garantías constitucionales.

La respuesta a los interrogantes arriba planteados aún no ha sido aún respondida de modo claro y definitivo por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina (87), si bien en varios de los pronunciamientos arriba reseñados el máximo tribunal argentino pareciera de modo implícito flexibilizar el seguimiento de las normas constitucionales para acoger de modo creciente las decisiones o doctrinas jurisprudenciales emanadas de la Corte IDH.

Señala Kelsen al referirse a las relaciones que guardan entre sí el derecho internacional y el interno que “ambos sistemas son igualmente correctos e igualmente justificados. Es imposible, a partir de una especulación jurídico-científica, adoptar una decisión jurídico-científica a favor de uno de los dos”; en otras palabras, la decisión de cuál debe prevalecer “escapa a la ciencia del derecho”. (88) No siendo de origen estrictamente jurídico el establecimiento de la primacía es una decisión política que establece cada comunidad soberana.

Consideramos que en el estado actual de la organización jurídico-política la instancia última normativa de derecho positivo le corresponde a la Constitución Nacional. Nos parece que es más realista afirmar que las normas internacionales, excepto las que constituyen el *ius cogens* (89), adquieren

---

(86) Hemos analizado detenidamente esta cuestión en nuestro libro “Tiempo, Constitución y ley penal”, Lexis-Nexis, Bs. As., 2008, obra escrita en coautoría con el Dr. Héctor Sabelli.

(87) Hemos abordado esta cuestión en nuestro trabajo “Supremacía constitucional y primacía normativa”, en AA.VV. El Derecho Constitucional de cara al Bicentenario 2010-2016, EDUCA, Bs. As., 2011.

(88) HANS KELSEN, Teoría pura del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 334.

(89) Sostuvo el juez Maqueda en su voto en el caso Simón: “la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía —al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa— un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente —dentro de este proceso evolutivo— como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción —desarrollada sobre todo en

en general su validez por medio del consentimiento que brindan los poderes públicos nacionales en base a las competencias establecidas por una Constitución, que el sostener que las constituciones nacionales son dictadas por una habilitación contenida en las normas internacionales. La sanción de una constitución por el Constituyente significa la máxima expresión del derecho positivo de un Estado y el punto de partida para el reconocimiento y la sanción de las restantes normas incluidas las internacionales.

Nos parece que la *supremacía* es siempre constitucional, si bien cabe la posibilidad de que sea el propio texto constitucional el que establezca la *primacía* del derecho internacional o comunitario sobre toda norma interna, incluida la constitucional. En ese caso, el intérprete privilegiando la norma internacional da plena operatividad a la propia Constitución. Nos parece que estos criterios son los que se corresponden con el estado actual de evolución de los Estados Nacionales en el marco del proceso de globalización. Éste ha debilitado Estado Nación moderno, ha relativizado partes importante de la soberanía estatal, pero aún estamos lejos de poder decir que ha desaparecidos. Los Estados Nacionales siguen siendo los principales sujetos y protagonistas del sistema político y jurídico y las instituciones y el derecho internacional aún está en proceso de conformación.

El Constituyente de 1994 podría haber establecido la primacía del derecho internacional aún sobre las propias normas constitucionales como lo han hecho algunas constituciones. Sin embargo, no lo hizo, sino que optó por darle al Derecho Internacional de los Derechos Humanos un carácter complementario de las disposiciones constitucionales.

### III. Conclusiones

En los últimos veinticinco años se han producido profundas transformaciones en el sistema jurídico argentino con motivo de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos.

Tanto a nivel constitucional como de la jurisprudencia de la Corte Suprema de sus últimas dos integraciones, se ha notado una creciente apertura a las normas internacionales y a la recepción de las doctrinas jurisprudenciales establecidos por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Parecería ser esta una tendencia consolidada, más allá de algunos reparos y críticas que ha merecido por parte de la doctrina constitucional.

Los criterios que ha fijado la Corte Suprema en esta materia parecerían ir incluso más allá de la decisión del Constituyente de 1994, quien ya había

---

la segunda mitad del siglo XX— en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas”, Fallos 328:2056, voto Dr. Maqueda, consid. 45.

adoptado una postura aperturista hacia el derecho internacional de los derechos humanos, pero estableciendo su carácter complementario y reconociendo la supremacía final de la Constitución. Se podría hablar en algunos puntos de un excesivo aperturismo, activismo e internacionalismo de los criterios que ha ido fijando nuestro máximo tribunal, fruto de una interpretación “expansiva”, “aditiva” y en alguna medida “infidel” del texto y las decisiones del Constituyente de 1994.

#### **IV. Bibliografía**

BARRA, Rodolfo, “Declaraciones, tratados y convenciones internacionales”, en La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión Redactora, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, Revista Europea de Derechos fundamentales, nro. 18, 2° semestre 2011, ps. 63 y ss.

BERCOVICH, Lucila, “El diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el orden doméstico argentino en materia de doble conforme: garantía exclusiva del imputado en el proceso penal”, Cuaderno de Derecho Judicial, Universidad Austral-La Ley, Bs. As., 2014.

BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional - A.D. 2000 (en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 1863-2000)”, La Ley, Bs. As.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence - MONTOYA CESPEDES, Nicolás, “El diálogo judicial entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos”.

DULITZKY, Ariel, “An inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights”, Texas International Law Review, vol. 50, p. 45 y ss.

FAYT, Carlos, “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia”, La Ley, Bs. As., 2005, Cap. XX.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, V Revista IUS, julio-diciembre 2011.

GARCÍA ROCA, J. - FERNÁNDEZ, P.A. - SANTOLAYA, P. - CANOSA, R. (eds.), “El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos”, Civitas, Thomson, Madrid, 2012.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana

de Derechos Humanos en Chile”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX, Bogotá, 2013, ps. 551 y ss.

RABBI-BALDI, Renato, “La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos”, *El Derecho*, 180-1386.

SAGÜÉS, María Sofía, “*Ius Comune* Latinoamericano y Corpus Juris Interamericano ¿simbiosis u oposición?”, ponencia presentada en el XXI Encuentro de Profesores de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 2015.

SAGÜÉS, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad,’ en particular sobre las constituciones nacionales”, *Revista La Ley*, Bs. As., 2008.

SAGÜÉS, Néstor P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis*, v. 9, no 1, Talca, 2003.

SANTIAGO, Alfonso - SABELLI, Héctor, “Tiempo, Constitución y ley penal”, *Lexis-Nexis*, Bs. As., 2008.

SANTIAGO, Alfonso, “Supremacía constitucional y primacía normativa”, en AA.VV., *El Derecho Constitucional de cara al Bicentenario 2010-2016*, EDUCA, Bs. As., 2011.

SANTIAGO, Alfonso, “En la Frontera entre Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho”, *Marcial Pons*, Buenos Aires, 2010.

VÍTOLO, Alfredo, “La obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Fores*, Boletín junio 2011. ◆



# LA ELECCIÓN DE LOS SENADORES NACIONALES POR LAS PROVINCIAS: INAPLICABILIDAD DE CLÁUSULAS PERIMIDAS A PARTIR DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994. SU INCONSTITUCIONALIDAD

POR JORGE REINALDO VANOSI (\*)

I. En el derecho constitucional argentino existe un criterio inconcuso, firme, sin duda ni contradicción, según el cual los componentes de los órganos correspondientes a los poderes que integran el Gobierno Federal son elegidos o designados a tenor de los requisitos y de las formas que establece la Constitución Nacional. Ni la ley del Congreso puede agregar o suprimir esos enunciados, en virtud de los cuales se habrán de componer los cuadros rectores de la organización nacional. No son meros recaudos, sino “requisitos” cuya exigencia es de carácter taxativo y no meramente enunciativo. Así se forman los poderes que estatuye la Ley Suprema: ni uno más ni uno menos que los requisitos que ella fija como condición *sine qua non* para el acceso a las más altas jerarquías del gobierno creado mediante las reglas fijadas por el Poder Constituyente ejercido por el pueblo de la Nación (1).

En el “bloque federal” se determina todo lo atinente a las cabezas visibles de los Poderes de Estado, desde su integración hasta las competencias respectivas y los límites pertinentes; no resultando que sean admisibles normas del “bloque local” (provincial) que implanten disposiciones que interfieran o desvíen las reglas nacionales. En cuanto al Poder Ejecutivo y al

---

(\*) Comunicación del Académico Presidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 14 de julio de 2016.

(1) La postura de la doctrina y de la jurisprudencia de los Estados Unidos es muy terminante al respecto, más allá de las dudas iniciales. Afirma Bernard SCHWARTZ en “Los Poderes del Gobierno”, Ed. UNAM, Facultad de Derecho, tomo II, p. 130: “Una cuestión más difícil es la del poder del mismo Congreso para añadir requisitos con respecto a sus miembros. Desde el punto de vista de la letra de la ley, la respuesta, también en este punto, es fácil. Los requisitos de las personas que pueden ser elegidas para el Congreso, como Hamilton declaró en *The Federalist*, “se definen y fijan en la Constitución, y no pueden modificarse por la legislatura”. Lo poco que hay sobre el particular en el derecho de precedentes parece confirmar la opinión de Hamilton.

Poder Legislativo los requisitos son de interpretación estricta, por lo que las provincias no pueden aplicar más condiciones (materiales o temporales) que correspondan a la elección de los Diputados de la Nación y a los Senadores Nacionales, pues ninguno de ellos son funcionarios “locales” y, por lo tanto, no pueden estar afectados por restricciones o postergaciones fundadas en el previo ejercicio de magistraturas locales. Tal es el caso del art. 155 de la Constitución de la provincia de Mendoza, que además de su extinción (desde 1994) implicó con anterioridad un avance invasivo de la supremacía constitucional federal.

II. Según el art. 31 de la Constitución Nacional, las normas nacionales dictadas a partir de ella (leyes y tratados) son “supremas”, añadiendo que “las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a aquéllas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”

El principio constitucional de la supremacía debe ser acatado por las autonomías provinciales y, ciertamente, por parte de los constituyentes locales, quienes no tienen incumbencia en lo que se refiere a las reglas que rigen la formación de los cuerpos nacionales (2). Es así como no se han admitido los intentos de establecer, por ejemplo, que los cuerpos legislativos provinciales pudieran imponer “mandatos imperativos” a los Diputados de la Nación o a los miembros del Senado Nacional. La doctrina es unánime al respecto y las opiniones vertidas en otros niveles han sido desechadas por ser inadmisibles.

En la técnica —con base doctrinaria— de la doble representación en los Estados federales (diputados representan al pueblo de la Nación y el Senado a las provincias o estados), el modelo adoptado por la Constitución Argentina y siguiendo al de la Constitución Federal de los EE.UU. de Norteamérica, se inició con el régimen de elecciones indirectas o de “segundo grado”, a cargo de las Legislaturas locales; para pasar más tarde al de elecciones directas por parte del pueblo: así fue en EE.UU., en abril de 1913 a través de la Enmienda XVII y en la Argentina por la Reforma constitucional de 1994 (existía el antecedente de la Enmienda Constitucional de 1972 que se aplicó

---

(2) Véase Bernard SCHWARTZ en “Los Poderes del Gobierno”, tomo II, Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos, Ed. UNAM - Facultad de Derecho, México 1966, ps. 129 y 130; cuya doctrina es análoga, pues dice: “Estos son los únicos requisitos para miembros de la legislatura nacional contenidos en el documento orgánico. ¿Pueden añadirse otros requisitos? Por lo que toca a los estados, la respuesta es clara. Ningún estado puede agregar más requisitos de los prescriptos en la Constitución para los senadores y representante. Así, una ley estatal no puede exigir que un candidato al Congreso presente una certificación de que no es una persona subversiva que trate de derribar por la fuerza al Gobierno. Similarmente, una ley estatal que prohibiera a un juez participar como candidato en elecciones para cualquier otro cargo durante su período, no podría tener validez para prohibir la elección de un senador o representante que fuera candidato en las elecciones mientras todavía era juez”.



en las elecciones generales del año siguiente), sin que mediaran impedimentos electivos por el desempeño de cargos anteriores. Fue bueno que se siguiera la experiencia norteamericana puesto que la elección indirecta “con frecuencia eran obstaculizadas o paralizadas hasta que los grupos de interés lograban imponer sus candidatos”, lo que hizo perder su vigencia; pero a partir del cambio por la elección directa “el Senado empezó a mutarse con personalidades surgidas de la elección popular, lo cual debilitó la posición de los que pretendían mantener el sistema indirecto” (véase Alberto Bianchi, *Historia constitucional de los EE.UU.*, Tomo I, ed. Cathedra, Bs. As. 2008, págs. 409 a 413).

**III.** El régimen de inhabilidades o interdicciones en el acceso al Congreso Nacional es de interpretación restrictiva o, mejor y más claramente dicho, debe atenerse a lo que estrictamente disponen las cláusulas respectivas que emanan del texto de la Constitución nacional y de “las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso” (conf. art. 31, C.N.) (3).

En consecuencia, las Constituciones provinciales no pueden invadir esa zona de reserva que es propia del orden supremo establecido por la jerarquía constitucional. Por ende, los “requisitos” para ser elegido Senador emanan del art. 55 de la Constitución Nacional, el que indica que únicamente se debe cumplimentar lo atinente a la edad, la antigüedad en la ciudadanía y “ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella” (4). Si bien el art. 73 dispone que “Los eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso, ni los gobernadores de provincia por la de su mando”, se entiende para lo segundo que puede ser candidato y resultar elegido, pero para su incorporación al Congreso nacional y el ejercicio de su función debe cesar previamente al cargo ejecutivo provincial (5).

---

(3) El art. 36 dispone la inhabilidad “perpetua” para los que produzcan o intenten la ruptura del orden constitucional. El art. 60 contempla la inhabilidad para cargos públicos de quienes fueren condenados en juicio político (accesoriamente). En cuanto a la legislación nacional, surgen inhabilidades que incluye el Código Electoral (ley 19.945) y la Ley Orgánica de Partidos Políticos (ley 23.298); como así también para los reclusos, penados dolosos, sordomudos, desertores, en rebeldía, y otros casos previstos en la ley 19.945 (inhabilidades temporarias).

(4) El requisito establecido en 1853/1860 consistente en “disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente” (art. 55) es un arcaísmo que se lo puede considerar derogado por desuetudo (es impensable el monto actual de esa cifra, habida cuenta de los cambios de moneda habidos hasta la fecha). Además, cabe tener en cuenta que la Constitución Nacional vigente (1994) consagra el concepto de la “igualdad de oportunidades” (art. 75, incisos 19 y 23) cuya orientación es incompatible y reñida con exigencias de riqueza para acceder a las Cámaras que componen el Congreso Nacional (ídem, art. 16, igualdad ante la ley).

(5) Conf. Gregorio BADENI, “Tratado de Derecho Constitucional”, tomo III, Ed. La Ley, año 2010, 3ª ed., ps. 254 y sigts.; ídem Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN, “Derecho Constitucional Argentino”, tomo II, p. 283, Ed. Lajouane, año 1930.

IV. La Constitución de la provincia de Mendoza fue debatida en el seno de una Convención constituyente reunida en el año 1915 y que la mayoría de sus cláusulas perduran hasta la actualidad (con excepción del período comprendido entre 1949 y 1955). Es sabido que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 54 del texto de la Constitución Nacional aprobada en 1994 los Senadores nacionales son “elegidos en forma directa y conjunta” por el voto del pueblo de cada provincia. Ello conduce a la caducidad del párrafo del art. 99 de la Sección III del Capítulo V de la Constitución mendocina que atribuye al poder Legislativo local la facultad de “Nombrar senadores al Congreso Nacional”. Consecuentemente, también ha caducado la cláusula final del art. 115 (Sección IV, Capítulo I) de esa misma Constitución, que penetrando o invadiendo el ámbito de la Ley Suprema que rige la elección de los Senadores no ha tolerado ni aceptado proscripciones temporales de ninguna clase. El texto en cuestión —y cuestionable— expresa textualmente que “El gobernador tampoco podrá ser electo senador nacional hasta un año después de haber terminado su mandato”.

Acá ya no se trata de una simple “desuetudo” del texto de marras, sino lisa y llanamente de la inconstitucionalidad de una norma que está reñida con el sistema de elección senatorial que determina imperativamente la Constitución Nacional, imponiendo el voto directo, admitiendo las reelecciones legislativas y excluyendo todo tipo de “proscripción”, exclusión o postergación en relación con el término de previo ejercicio de otra función constitucional. Por lo tanto, nada impide que el gobernador saliente pueda ser candidato y eventualmente electo para el cargo de Senador Nacional conforme al criterio distributivo que fija el art. 54, C.N. (“correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos”).

V. No está de más traer a colación el debate en torno al art. 115 citado, en el transcurso de las sesiones de la Convención constituyente mendocina de 1915, al tratarse las cláusulas correspondientes a la Sección Cuarta correspondiente al “Poder Ejecutivo”. Varios diputados participaron y —ciñéndonos al tema específico— haremos mención de algunas intervenciones. Uno de los principales expositores del proyecto constitucional fue el diputado Barraquero que portando la voz de la Comisión redactora puso de manifiesto las prevenciones propias de la experiencia política de la época en el ámbito del derecho público provincial.

Por ejemplo, se reducía el período ejecutivo a dos años (sic) por cuanto así se pretendía corregir “uno de los vicios fundamentales del sistema este, del vicio crónico... que consiste en que el poder Ejecutivo absorbe el funcionamiento de los demás poderes”; para continuar afirmando que “Las Legislaturas han sido simples máquinas sin voluntad propia, sin iniciativas. Esta ha sido la situación

durante más de cuarenta años." Y luego pronosticaba: "ya no vamos a encontrar el carácter de mansedumbre que antes tenían sino que, por el contrario, en esta Cámara van a estar reflejadas todas las opiniones políticas". Resultado final: la duración del período ejecutivo (gobernador y vicegobernador) fue fijada, al votarse, en un período de tres años.

Pero a renglón seguido pidió la palabra el diputado Maturana, proponiendo el agregado de la prohibición de la elección como senador nacional del gobernador o del vice "hasta después de haber transcurrido un año de su mandato"; invocando el antecedente de la Constitución de Jujuy, aunque aclarando (textualmente) que "no sé si todavía estará en vigencia" (sic). Los argumentos expuestos brevemente por el diputado Maturana fueron los siguientes, a saber:

a) "...y tiende a evitar que los gobernadores ejerzan influencia, en las Legislaturas para hacerse nombrar Senadores Nacionales, dando esto lugar a que vayan al Congreso Nacional personas que no tienen capacidad ni preparación suficiente para poder representar bien a la provincia. Aprobándose este agregado, se elegiría a los hombres más capacitados para desempeñar el puesto de Senador Nacional. Por estas razones me he permitido proponer a la H. Convención este agregado".

b) Y citando al Dr. Cárcano, gobernador de la provincia de Córdoba, repite:

"Pero, si transcurrido el plazo de un año la Legislatura quiere elegirlo Senador, entonces ya no habría inconveniente en aceptar esta elección; mientras tanto, es necesario que el pueblo juzgue a ese funcionario sin presión alguna y se dé cuenta si ha cumplido bien con sus deberes de gobernador; si ha sido buen gobernador podría obtener el beneplácito del pueblo y de la Legislatura".

De los párrafos que *ut supra* mentados hemos transcripto del diario de sesiones de la Convención se desprende (o se puede interpretar) que la "prohibición" durante un año estaría dirigida a abrir la instancia de una suerte de "juicio de residencia" de los gobernadores, al estilo de los que estaban sujetos los virreyes en la ya lejana época del período colonial. No parece razonable interdictar la vida política de un reciente ex gobernador, con la sola finalidad de aguardar la opinión sobre su gestión, aunque no medien inhabilitaciones que acompañen a sanciones penales judicialmente dictadas. Esta es nuestra conclusión acerca de la desconfianza hacia los gobernantes, quienes ejercían el cargo durante un tiempo ciertamente breve, al que además se pretendía acortar más, de tres a dos años. La inspiración pudo haber sido sana y de buena fe, por el fin que perseguía; pero el medio adoptado es a todas luces desproporcionado al generar una especie de incompatibilidad temporal, que por asumir proporciones de irrazonabilidad adoleció el vicio

de inconstitucionalidad, por lo que debe procederse a su inaplicabilidad por parte de la Justicia Electoral.

**VI.** Pero no todo fue unánime ni pacífico en ese debate. A renglón seguido de la exposición del convencional Maturana hizo uso de la palabra su colega Arenas quien estimó que no era aceptable el agregado propuesto, ni convincentes sus fundamentos. Sus argumentos —rotundos— merecen una transcripción:

“Seguramente, los hombres que han ejercido el cargo de gobernador y vice-gobernador en una provincia, son hombres preparados y, por tanto, no debe existir el temor de que representen sin eficacia a la provincia.

“Por otra parte, no es posible que por el hecho de haber sido gobernador o vice-gobernador se les cree una interdicción, se les incapacite para un cargo, interdicción que puede ser perjudicial para los mismos intereses de la provincia, que siente la necesidad de llevar al Senado Nacional a hombres de cierto volumen, de cierta talla, concedores de la política y de las necesidades de su provincia, por el mismo puesto que han desempeñado, puesto que les dará mayor espectacularidad y una mayor consideración en el propio Senado Nacional, todo lo cual se traducirá en beneficios para la misma provincia”.

A la réplica siguió una dúplica; esta vez a cargo del diputado Morey, que adhirió a la “proscripción” temporaria; quien calificó lisa y llanamente de “una corruptela” a “la práctica extendida de elegir para el cargo de Senador Nacional a los gobernadores salientes”, debiéndose evitar “que los gobernadores hagan carrera política” (sic). A su criterio se debía dejar “que los Senadores sean el fruto de la voluntad de las Legislaturas de las provincias, sin intromisión alguna por parte del Poder Ejecutivo”. Dicha explicación basta y sobra para poner en claro que la desconfianza estaba dirigida hacia la Legislatura local; por lo que al haberse modificado el régimen de elección de los Senadores Nacionales quedando éste a cargo del voto popular directo, no tiene más sentido ni razón de ser el interregno temporal anual en espera del no-veto de la opinión pública.

Fue en esas circunstancias que el Convencional al Barraquero sorprendió con dos argumentos, que coronó asignándoles el rango de consideraciones “de orden fundamental” en cuanto a la cuestión de fondo se refiere; y que fueron, a saber:

a) “Si establecemos el voto secreto, si establecemos el régimen del padrón nacional, desde que parece que vamos a entrar a la vida institucional de verdad, no debemos suponer que con este mecanismo institucional puede ningún gobernador en la provincia de Mendoza, si llegara a ser electo Senador, ser electo por presión o porque su nombramiento haya sido fraguado en

la Legislatura, porque, si fuera cierto, estaríamos ya de antemano confesando que estamos sancionando una Constitución que no va a corregir los vicios”.

b) “¿Con qué derecho pueden las provincias fijar condiciones de elegibilidad a los miembros de un Poder Federal? Es la Constitución Federal, son las leyes federales, las únicas que pueden y deben fijar los requisitos que se requieren para ejercer este cargo eminentemente federal”.

Esta fundamentación parecía tener todo el viso y sentido de resultar decisiva y decisoria a los efectos de la suerte a correr por el agregado proscriptivo que había sido propuesto en el decurso del debate. Sin embargo, al tiempo de la votación, el diputado Morey insistió con el “agregado”, aunque limitando el impedimento solamente para el gobernador (quedando eximido el vice), con el resultado final de catorce votos contra diez.

Este mismísimo tema ya había sido planteado en el Congreso Nacional cuando en 1890 fue rechazado un proyecto que apuntaba a cláusulas prohibitivas, de igual tenor que las de las provincias de Jujuy y Mendoza. La Comisión de Asuntos Constitucionales rechazó la iniciativa “proscriptiva” con el siguiente despacho:

“En este caso la razón del rechazo aconsejado por la Comisión obedece a un fundamento más serio. Se trata por este proyecto de establecer nuevas condiciones, además de aquellas que la Constitución ha establecido, para tener derecho a ser elegido senador o diputado al Congreso de la Nación; y la Comisión de Negocios Constitucionales ha entendido que, respecto de las condiciones que deben tener los electos para estos cargos, nada se puede disponer en sentido restrictivo, sobre lo ya prescripto por la Constitución. De manera que entiende que sería una violación de nuestra Carta Fundamental exigir otras condiciones que las que ella requiere como indispensables para ser miembros del Congreso. Es por estas razones que la Comisión aconseja el rechazo del proyecto” (6).

**VII. Conclusión:** así quedó finiquitada la cuestión, recaída en torno a una muy discutible interdicción para acceder a la senaduría nacional. De lo que no puede quedar duda es que a partir de la Reforma constitucional nacional de 1994 el tema no ofrece mayor discusión: el art. 115 de la Constitución de Mendoza no tiene aplicación posible alguna, pues la elección que contempla el art. 54 de la Constitución Nacional es directa; y ni esa norma ni la del art. 55 condicionan la elegibilidad de los gobernadores provinciales para el cargo de senadores nacionales, quienes pueden ser candidatos desde

---

(6) Confr. “Diario de sesiones,” sesión del 31 de mayo de 1890, p. 167.

el momento mismo de la convocatoria electoral. Así debe reconocerlo la Justicia Electoral (7).

Tan sólo el Poder Constituyente nacional, que es “la competencia de las competencias”, en su ejercicio reformador podría modificar las “reglas del juego” que la Ley Suprema fija para regir el proceso eleccionario de los Senadores Nacionales, sin injerencia alguna de los órganos provinciales que estén investidos del poder constituyente que corresponde a las autonomías locales dentro de un Estado que es federal (art. 1º de la C.N.) y no una confederación. Las provincias son autónomas y no soberanas. La soberanía recae en la Nación. ◆

---

(7) No hay que ver fantasmas mientras no se trate de tergiversaciones del sistema constitucional, del que el federalismo es uno de sus componentes, pero no el único. Coincidimos con Gregorio Badeni cuando afirma: “las presiones legítimas que pueden ejercer los ex gobernadores provinciales en su condición de diputados o senadores, no constituye un defecto sino una virtud en el marco de un sistema federal de Estado. Representando y defendiendo los intereses provinciales, contribuyen a evitar la concentración del poder y ponen en funcionamiento un control de poder vertical que es fundamental en el federalismo” (confr. ob. cit., ps. 254 y sigts.).

# DISTINTOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI (\*)

Seguidamente me ocuparé de distintos aspectos puntuales del régimen de filiación establecidos en el Código Civil y Comercial, referidos fundamentalmente a la filiación derivada de la aplicación de alguna de las técnicas de procreación asistida.

## I. Fuentes de la filiación

Según resulta del artículo 558 del Código Civil y Comercial, *la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción (1) humana asistida, o por adopción*, modificándose de tal manera la anterior normativa, según la cual la filiación podía tener lugar por naturaleza —ya sea matrimonial o extramatrimonial— o por adopción. De lo que resulta que se ha agregado una nueva fuente de filiación, la obtenida mediante técnicas de procreación asistida.

No obstante, un análisis puntual de la cuestión no puede sino llevar a la conclusión de que la filiación obtenida por aplicación de las técnicas de procreación asistida no constituye una nueva fuente de filiación, sino que, en todo caso, esa nueva fuente lo sería la denominada *voluntad procreacional* (2), tan

---

(\*) Comunicación del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de julio de 2016.

(1) Como he afirmado en otra oportunidad con cita de Jorge Mazzinghi, el término “reproducción” es criticable, por cuanto el mismo se asemeja a un proceso de fabricación en el que los progenitores concurren con la materia prima —los gametos—, cuya unión en un laboratorio mediante una manipulación técnica, se encuentra sujeta a los recaudos propios de la elaboración industrial (“La procreación asistida y la manipulación del embrión humano”, Buenos Aires, 2001, p. 19). Más adecuado parece ser desde el punto de vista terminológico, el término procreación asistida. Conf. BASSET, Úrsula C., “La democratización de la filiación asistida”, Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo, año LXXIV, n° 30, 17-11-2014, p. VI.

(2) Véase al respecto, entre otros, ZABALETA, Daniela, “La falta de reconocimiento del derecho a la identidad de los niños nacidos por fecundación artificial en el Proyecto de Código Civil”, ED, 249-882; AZPIRI, Jorge O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de

es así que en los Fundamentos del Anteproyecto del Código que finalmente fue sancionado, se afirma que “la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas”.

## II. Determinación de la filiación

Con relación a la determinación de la filiación, cabe en primer lugar poner de relieve que en todos los casos, sea que el nacimiento se haya producido con motivo de una relación sexual natural entre hombre y mujer, o por aplicación de una de las varias técnicas de procreación asistida, la gestante es siempre madre del nacido.

En cuanto a la determinación de la filiación del o de la cónyuge o de la pareja de la gestante, el nuevo Código establece una distinción decisiva según que el nacido haya sido gestado por aplicación de alguno de los procedimientos de procreación asistida, o no, pues en este último supuesto, padre del nacido —ya sea matrimonial o extramatrimonial— es el hombre que tiene relación genética con el niño, por haber sido quien tuvo una relación sexual con su madre. Mientras que, en cambio, si el niño hubiera nacido mediante un procedimiento de procreación asistida, contrariamente a lo que resultaba del Código Civil derogado, el artículo 562 del nuevo Código dejó de lado a la aportación genética o biológica para la determinación ya sea de la paternidad o de la comaternidad, apartándose de tal manera —en una especie de giro copernicano— de la relación genética como determinante de la filiación (3).

Ya no interesa, por tanto, que —aparte de la gestante— la otra persona que presta el consentimiento para la procreación asistida sea hombre o mujer, estén o no casados, vivan o no juntos, y ni siquiera que se conozcan entre ellos. Lo que supone una alteración injustificada de los principios fundamentales para la determinación de las relaciones filiatorias (4) —que hasta

---

Derecho de Familia y de las Personas, año IV, n° 6, julio de 2012, p. 116, 2; FAMÁ, María Victoria, “Algo más sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 63, marzo de 2014, p. 293.

(3) Véase BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, *RDFyP*, año 4, n° 6, julio de 2012, p. 143.

(4) Véase al respecto, LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás y BASSET, Úrsula C., “Dos madres, padre anónimo presunción de maternidad en parejas de hecho no comprobadas, un



la reforma era la relación genética, lo que era tenido como una especie de pauta sagrada e inamovible—, llegándose de tal manera a la disponibilidad de los vínculos filiatorios, que de por sí son indisponibles (5).

En efecto, además de a la gestante, se considera como padre o segunda madre del nacido, a la persona que expresó en la forma requerida por la ley la *voluntad procreacional*, o sea, a quien prestó consentimiento para ser padre o segunda madre, debiendo ese consentimiento ser previo, libre e informado. Y si me refiero a *segunda madre* del niño (o *co-madre*), es debido a que de acuerdo a las disposiciones del nuevo Código, tanto un hombre como una mujer pueden prestar el consentimiento requerido para ser considerado —además de la gestante— como progenitor o progenitora del nacido.

La voluntad procreacional constituye una creación del nuevo Código sin antecedentes en la legislación argentina, que deja de lado un aspecto objetivo para la determinación de la filiación, como lo es la relación genética, que es desplazada, para pasar a depender en los supuestos de procreación asistida, de un aspecto subjetivo, como lo es la voluntad. Lo que es criticable, puesto que, como norma general, la identidad de toda persona en relación con sus predecesores o ancestros resulta del nexo genético y no, en cambio, de la voluntad de ser padres.

El nuevo Código argentino ha priorizado ciertos intereses y derechos que no son los de los menores, sino los de los adultos (6), siendo tratado el niño

---

niño con identidad paterna pretoriamente silenciada”, RDFyP, año 3, n° 6, julio de 2011, p. 57, 5.

(5) Afirma Mercedes Ales Uría la exigencia de que biología y filiación formal coincidan, dado que es la mejor manera de salvaguardar el derecho a la identidad del nacido: “Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado”, RDFyP, año V, n° 2, marzo de 2013, ps. 121 y sig.

(6) DI LELLA, Pedro, “Filiación y autonomía de la voluntad (A propósito de la ley 26.618)”, Derecho de Familia. RDF, Jurisprudencia n° 50, julio de 2011, ps. 137 y sigs., y 147; MIZRAHI, Mauricio Luis, “Observaciones al Proyecto en materia de filiación”, RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, p. 124, II. Recuerda dicho autor la jurisprudencia invariable de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el interés primordial de los niños orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, lo que hace que se requiera adoptar medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad; LAJE, Alejandro, “Las derivaciones inmediatas y mediatas del vínculo materno-filial por el Proyecto”, RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, p. 138, III; BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, cit., RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, p. 142, II; AZPIRI, Jorge O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, cit., RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, p. 116, 3; CORRAL TALCIANI, Hernán, Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia, Santiago de Chile, 1994, ps. 167 y sigte.; BELLUSCIO, Augusto César, “La filiación en el Código Civil y Comercial”, J.A., diario del 27-05-2015, I; QUINTANA, Eduardo Martín, “Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado”, RDFyP, año VI, n° 8, Septiembre de 2014, ps. 218, 2.1 y 219, 2.3.

nacido por procreación asistida de manera desigual y, por tanto, discriminatoria, en comparación a los concebidos por una relación sexual natural, ya que de acuerdo a la nueva normativa, el nacido por aplicación de una de esas técnicas tiene limitado el derecho a saber quiénes son sus padres, en otras palabras, a conocer sus verdaderos orígenes (7), violándose así de manera flagrante la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo que permite afirmar que en el caso no se ha cumplido con lo expresado en los Fundamentos del Código, donde entre los principios que lo han guiado se afirma que es un Código de la igualdad basado en un paradigma no discriminatorio.

Las normas sobre filiación en materia de procreación asistida pueden llevar a una clara afectación del derecho a la identidad del hijo, al que se lo priva deliberada y planificadamente de la complementariedad antropológica de varón y mujer en la conformación de su carácter y proceso de crecimiento y madurez, además de ocultar la identidad de los dadores de gametos bajo un anonimato que, como dije, priva al niño de conocer su origen (8). La disposición según la cual la voluntad procreacional define la identidad del niño, conduce a su cosificación, puesto que de tal manera

---

(7) ALESURÍA, Mercedes, “Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado”, cit., RDFyP, año V, n° 2, marzo de 2013, ps. 119 y sig., 1 y 2, y p. 132, 4. Agrega dicha autora que “ambos intereses son comunes a todos los nacidos y, junto con la lucha por alcanzar la igualdad, constituyen los motivos esenciales —como vertientes de la protección del interés del menor y la igualdad de los hijos— que vertebran la transformación sufrida por el Derecho de Filiación a partir de la segunda mitad del siglo XX”. Véase, de la misma autora, “Reproducción heteróloga y determinación de la filiación”, RDFyP, año V, n° 6, julio de 2013, pág. 207, donde afirma con relación al entonces Anteproyecto de 2012, que si bien sostiene en sus Fundamentos la importancia de algunos derechos y principios rectores, como el derecho a la identidad y la verdad biológica como criterio guía, “presenta serias dificultades al momento de conjugar de manera coherente estos principios con las disposiciones del régimen de filiación que propone”. Véase, asimismo, PERRINO, Jorge Oscar, “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, LA LEY, 2012-A, 581, I, y ps. 582 y 588, VI. Véase también del mismo autor, “Hijos de primera e hijos de segunda”, ED, 255-786, III; BASSET, Úrsula C., “La suprema potestas del juez contencioso administrativo porteño para gestar la paternidad, hacer la ley y negar la identidad. Otro niño que tendrá dos madres y ningún padre”, ED, 243-783, h); y “La democratización de la filiación asistida”, cit., ADLA, Boletín Informativo, año LXXIV, n° 30 del 17-11-2014, págs. VI y VII; GARCÍA de SOLAVAGIONE, Alicia, “Filiación por naturaleza o biológica”, en Derecho de Familia y de las Personas, AA.VV., Córdoba 2014, págs. 138 y sig.

(8) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La ley 26.618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño”, RDFyP, año IV, n° 2, marzo de 2012, pág. 37. Remitimos asimismo con respecto a la crítica de la denominada “voluntad procreacional”, a la nota de QUINTANA, Eduardo Martín, “Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado”, RDFyP, año VI, n° 8, septiembre de 2014, págs. 217 y sigs., donde entre otras afirmaciones, sostiene que “la nueva categoría introducida en la reforma obedece a la intención de superar cualquier resabio natural presentando un procedimiento procreador consecuencia de una construcción semántica cuya finalidad reside en el establecimiento de que esta novedosa filiación tenga sus fines y reglas específicas totalmente ajenas a la realidad”.

deja de ser persona para pasar a ser un objeto a merced de la decisión voluntaria de sus padres en la definición de los elementos más determinantes de su identidad (9).

En definitiva, la voluntad procreacional no constituye, a mi juicio, una pauta valiosa para la determinación de la maternidad o la paternidad en la procreación asistida, ya que puede crear graves confusiones que no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad que debe tratar de lograrse en esta materia, no debiendo olvidarse que en este tipo de cuestiones se encuentra involucrado en importante medida el orden público, que no deja casi margen para la actuación de la voluntad de las personas involucradas.

### **III. Por aplicación de la voluntad procreacional, el niño puede tener dos madres que entre ellas sean madre e hija**

Las normas establecidas en materia de procreación asistida, que no establecen límites para la prestación del consentimiento que se requiere para ser progenitores, trastocan todo el sistema de parentesco y de filiación, lo que puede desembocar en situaciones insolubles. Y así, se pueden multiplicar hasta supuestos insospechados los casos en los que por aplicación de la doctrina de la voluntad procreacional, se llegaría a situaciones francamente inconvenientes en materia de filiación, además de violatorias del derecho a la identidad del nacido (10).

En efecto, por aplicación de dichas normas, además de poder ser madres de la persona nacida dos mujeres casadas entre sí o que conviven, también pueden serlo una madre y su hija que prestaron el consentimiento previo exigido por el Código para que la hija geste un niño con un óvulo de ella o de otra mujer, y semen donado. En esa hipótesis, la madre de la gestante va a ser madre del nacido —puesto que prestó el consentimiento legal—, a la vez que abuela del mismo, ya que el nacido también es hijo de su hija. Mientras que la gestante también va a ser madre del niño, por haberlo gestado, además de hermana, en razón de ser hijo de su madre. Como se puede ver, un verdadero disparate ciertamente

---

(9) LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “Dos madres por reconocimiento sucesivos, voluntad procreacional y manipulación de la de la identidad de los niños por activismo judicial en la Ciudad de Buenos Aires”, ED, 243-754, 3. Conf., en que la voluntad procreacional como atributiva de filiación cosifica al hijo, ORTELLI, Ana, “Dos madres para un niño sin derechos. Entre la verdad y la voluntad”, ED, 243-774.

(10) En definitiva, se darían supuestos similares a los que podrían ocurrir en materia de clonación de seres humanos, trastocándose de tal manera, tal como recién dijimos y como bien ha afirmado Aída Kemelmajer de Carlucci al ocuparse de la clonación, “las nociones de filiación y parentesco” (“Determinación de la filiación del clonado”, en J.A., Número especial del 19-12-2001, Bioética, 2ª parte, p. 34).

inadmisible, que es perfectamente factible por aplicación de la normativa del nuevo Código.

Es cierto que lo mismo es si lo relatado ocurre entre un hombre y su hija, ya que no cabe duda de que sin necesidad de la existencia de ley alguna de filiación, puede ocurrir que un hombre tenga un hijo con motivo de una relación sexual natural habida con su hija; pero resulta que en tal caso puede llegar a cometer un delito penal, lo que no es así si en lugar de por una relación sexual natural, el hijo lo tienen por procreación asistida con su hija, lo que permite la ley.

Es dable preguntarse la razón por la que ello ha sido admitido. La respuesta es múltiple: porque quienes redactaron el Código quisieron que en el caso de la celebración de matrimonio entre dos mujeres —lo que en la Argentina se encuentra permitido desde el año 2010—, se ha querido que ambas tengan un hijo de otra forma que por adopción, que es lo que debió haber sido; también, porque ninguna de las dos Cámaras del Congreso de la Nación analizó seriamente el contenido del Código, votando lo que se les mandó votar; y además, porque los redactores de la nueva normativa no aceptaron crítica alguna al contenido del Proyecto, no obstante las voces disidentes que se oyeron tanto con respecto al tema en análisis, como también con relación a muchos otros aspectos del nuevo Código.

#### **IV. La presunción de filiación matrimonial**

Con la finalidad de tratar de equiparar los matrimonios de personas de distinto y del mismo sexo, en la primera parte del artículo 566 del Código Civil y Comercial se presume, excepto prueba en contrario, que son hijos del o de la cónyuge de la gestante, *los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.*

Como se advierte, la presunción comprende a los hijos nacidos tanto de un matrimonio heterosexual, como de uno compuesto por dos mujeres. Sin embargo, toda presunción debe tener un fundamento racional, derivado del hecho de que lo que se presume es lo que habitualmente ocurre dada una determinada situación. Una presunción de filiación como de la que se trata tiene sólo su razón de ser en la circunstancia de ser los progenitores de distinto sexo, de cuya unión pueda nacer un ser humano, lo que supone la observancia del débito conyugal, de imposible cumplimiento entre dos mujeres, que no pueden procrear entre ellas (11). Por lo que en este último

---

(11) Conf., BASSET, Úrsula C., Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, dirigido por ALTERINI, Jorge, Buenos Aires, 2015, t. III, págs. 520 y 522; y “Filiación. Con-

supuesto, la presunción carece de fundamento racional, constituyendo, en consecuencia, una solución artificial, lo que ha llevado a Belluscio a afirmar que la ley argentina consagra una falsedad legal al disponer que la presunción también se aplica en el caso de que la madre se encuentre casada con una mujer, ya que es materialmente imposible que un hijo tenga dos madres (12).

Por otra parte, del artículo 566 resulta que la presunción de paternidad o de comaternidad no alcanza a los nacidos después de los trescientos días de ocurrido cualquiera de los supuestos que dicha disposición contempla, lo que en el caso del marido se fundamenta en la suposición de la interrupción de la convivencia entre los esposos, situación que carece de relevancia en el caso del matrimonio de dos mujeres, en que nada influye la existencia o no de cohabitación (13).

Pero además, de acuerdo a la segunda parte del artículo 566 del Código, la presunción de filiación no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida en el supuesto de que la cónyuge no hubiera prestado el consentimiento previo legalmente requerido para poder ser considerada madre junto con la gestante. Por lo que, bien mirado, además de irracional,

---

sideraciones generales”, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, AA.VV., Buenos Aires, 2012, p. 297, donde también afirma que con el art. 566 el Código “no está creando una presunción, sino atribuyendo una filiación dogmáticamente”; FORNÓS AMORÓS, Esther, “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: Estado de la cuestión, propuestas y retos”, *RDF*, n° 49, mayo de 2011, p. 172; NAVARRO MICHEL, Mónica, “Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España”, *RDF*, n° 57, noviembre de 2012, p. 110, V; AZPIRI, Jorge Osvaldo, “Los matrimonios homosexuales y la filiación”, *RDFyP*, año 2, n° 9, octubre de 2010, p. 4, n° 3; MEDINA, Graciela, “Matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho comparado. Filiación, objeción de conciencia, matrimonio entre extranjeros y constitucionalidad”, en *RDFyP*, año 2, n° 10, noviembre de 2010, p. 20, III, 2; ROVEDA, Eduardo G. y MASSANO, María A., “La reforma de la ley 26.618 en materia filiatoria”, en *Anales de Legislación Argentina*, año LXXI, n° 8, de fecha 31-03-2011, pág. IV, n° IV; PERRINO, Jorge Oscar, “Una sentencia que modificó el Código Civil”, *ED*, 243-749 y sig.; GALLI FIANI, María Magdalena, “Paternidades limitadas”, *RDFyP*, año VI, n° 1, enero-febrero de 2015, p. 63, III (57); Contra, KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Filiación y Homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo actual”, *La Ley*, 2010-E, 982, V.

(12) BELLUSCIO, Augusto César, “La Filiación en el Código Civil y Comercial”, cit., J.A., diario del 27 de mayo de 2015, III. Agrega dicho autor, que lo expresado vale en el estado actual de la ciencia, no pudiendo de todas maneras desecharse la posibilidad de que en un futuro se logre fecundar el óvulo de una mujer con una célula del cuerpo de otra, supuesto en el que la doble maternidad sería real. Por nuestra parte, señalamos que a esta altura no parece inadecuado recordar la sabiduría del dicho popular sobre que “madre hay una sola”.

(13) Véase al respecto, POLVERINI, Verónica, “La voluntad procreativa como causa fuente de filiación”, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, AA.VV., Buenos Aires, 2012, pág. 309.

la presunción es claramente innecesaria, pues aunque la misma no hubiera existido, para poder también ser madre de la persona nacida, la cónyuge de la gestante debió de haber prestado dicho consentimiento, ante cuya ausencia la presunción resulta inaplicable. De lo que se desprende que, en realidad, la maternidad de la cónyuge de la gestante no surge de la presunción de filiación que establece el artículo 566, sino de la prestación del consentimiento requerido por la ley (14).

### **V. Solución establecida en el Código para el supuesto de que en la procreación asistida el marido no hubiera prestado el consentimiento requerido**

Continuando con la presunción establecida en el artículo 566 del Código y la necesidad en los supuestos de procreación asistida de la prestación del consentimiento previo para poder ser padre de la persona nacida por aplicación de una de esas técnicas, puede ocurrir que por inadvertencia del centro de salud, por estar de viaje el marido o por cualquier otra circunstancia, el mismo no haya prestado el previo consentimiento, supuesto en el cual no será tenido por padre del niño ni lo podrá reconocer, aunque hubiera aportado su semen y la gestante haya sido su esposa. A esa criticable solución se llega por aplicación del nuevo Código, que no admite en tales casos la procedencia de un lógico reclamo de paternidad con fundamento en la relación genética del marido y aportante del semen con la persona nacida. El marido de la gestante únicamente podrá ser el padre si lo adopta, o si oportunamente el nacido inicia una acción de reclamación de estado y obtiene sentencia favorable (15).

También puede ocurrir que en lugar del marido, haya sido un tercero ajeno a los esposos el que haya prestado el consentimiento requerido por la ley para ser padre de la persona nacida por aplicación de alguna de las técnicas de procreación asistida. Pues bien, en tal caso, por aplicación del Código, además de hijo de la gestante, el nacido será hijo del tercero, aun cuando el marido de la gestante haya aportado su semen, resultando inadmisibles cualquier reclamo al respecto. Lo que es así, por aplicación de los artículos 562 y 577.

---

(14) Conf. ALES URÍA, Mercedes, “Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado”, cit., RDFyP, año V, n° 2, marzo de 2013, p. 131, donde afirma que la presunción se vuelve inoperante.

(15) Por lo que se ha propuesto como solución —hasta ahora sin respuesta— la fijación de un mecanismo ulterior de subsanación de la falta del consentimiento en supuestos taxativa o enumerativamente previstos por ley, como podría ser para casos de ausencia o privación temporaria de la capacidad, entre otros. Véase al respecto, BASSET, Úrsula C., “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, diario del 14 de julio de 2015, X.

## **VI. Con relación a la cantidad de vínculos filiales que puede tener una persona**

El Código Civil y Comercial establece en la última parte del artículo 558 que *ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.*

Dicha disposición es ciertamente encomiable, la cual evitará resoluciones como la tomada con fecha 22 de abril del año 2015 por el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, que oportunamente critiqué (16) y que resolvió hacer lugar a la solicitud de reconocimiento paterno requerida por el hombre que había aportado sus gametos para fecundar el óvulo de una mujer casada con una persona de su mismo sexo, las que también suscribieron de conformidad la solicitud; el hijo resultante, nacido poco más de un año antes por un procedimiento de procreación asistida, se encontraba inscripto desde su nacimiento a nombre de ambas cónyuges. Por lo que el niño quedó con tres padres: dos madres y un padre.

Pero no obstante el contenido del precitado artículo 558, el artículo 621 del Código establece una excepción a la regla de que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, puesto que en el caso de la filiación por adopción, dispone en su segunda parte que *cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena...*

Asimismo, el artículo 631, que se ocupa de la filiación de integración, en su inciso b) establece que *si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621*; lo que significa que no obstante haber sido adoptado por el segundo marido de su madre, puede mantener el vínculo filiatorio con su padre de origen (17). O sea que puede tener tres vínculos filiales. Lo erróneo, a mi juicio, es permitir que el segundo marido de su madre pueda adoptarlo mientras viva su padre y éste no haya perdido la denominada *responsabilidad parental*.

## **VII. Alcance de la negativa a la realización de la prueba genética en los juicios de filiación**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 579 del Código, en las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que

---

(16) Conf. nuestra nota "La inscripción de tres padres para un hijo: una resolución contra legem", LA LEY, diario del 26 de mayo de 2015. Contra, FERRARI, Gustavo y MANSO, Mariana, "La triple filiación como ampliación de derechos: el rol del Estado", LA LEY, diario del 31 de julio de 2015.

(17) Véase asimismo al respecto, POLVERINI, Verónica, "La voluntad procreativa como causa fuente de filiación", cit., pág. 304, A.



pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Dispone además dicha norma que ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado, debiendo priorizarse a los más próximos. Según la última parte del artículo, *si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente* (18).

Como se advierte, el Código no establece la obligatoriedad de la prueba genética (19). En efecto, del artículo 579 resulta la consecuencia que trae aparejada la negativa —un indicio grave en contra del renuente—, lo que no puede sino significar un reconocimiento de la posibilidad válida de negarse a la práctica de los análisis, que, por tanto, no pueden imponerse contra la voluntad de quien se opone a su realización. Va de suyo que si no fuera así, si la persona pudiera ser objeto contra su voluntad de la realización de los análisis biológicos, la ley no hubiera establecido una consecuencia para la negativa, sino que, simplemente, hubiera bastado con la realización del análisis aún contra la voluntad del renuente. Lo cual no ha sido admitido en distintos fallos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (20).

A su vez, la jurisprudencia ha llegado a la conclusión predominante de que la sola negativa del presunto padre a realizar la prueba genética, no

---

(18) A su vez, el artículo siguiente dispone que en caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste. Y ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver, pudiendo el juez optar entre esas posibilidades, según las circunstancias del caso.

(19) Lo que despertado críticas en la doctrina. Véase al respecto, entre otros, FAMÁ, María Victoria, “La prueba genética en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-E, 952 y sig., VI; GALLI FIANT, MARÍA Magdalena, “Pruebas biológicas en la filiación”, LA LEY, 2014-A, 849 y sigs., IV; MIZRAHI, Mauricio Luis, “La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen”, ED, 206-852, IV; y “La compulsión en la ejecución en la prueba genética para determinar la identidad de origen”, ED, 206-856, VI; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, “La identidad en serio: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 33, marzo/abril 2006, pág. 89; LLOVERAS, Nora y Salomón, Marcelo J., “La filiación presuntiva y la filiación verdadera: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas”, en RDE, n° 36, Buenos Aires, marzo/abril 2007, pág. 110; LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga, “La prueba biológica y la negativa del demandado: ¿Cosa juzgada material?”, RDE, 2009-II-67, págs. 110 y sigte., IV.

(20) Fallos, 313:1113. Conf. CSJN, LA LEY, 1991-B, 470, con nota aprobatoria de MAZZINGHI, Jorge Adolfo, “Cabal interpretación de una supuesta garantía constitucional”; LA LEY, 2003-F, 434, con nota aprobatoria cit. de BIDART CAMPOS, Germán J., “El examen hematológico mediante prueba obtenida compulsivamente”. Véase asimismo sobre este último fallo y otros casos similares, CARBONE, Carlos Alberto, “La negativa de la víctima a la extracción de sangre para pericia de ADN en los casos de lesa humanidad y según el art. 218 bis del CPPN”, ED, 254-523.



resulta suficiente para la acreditación del nexo biológico, requiriéndose otros elementos probatorios (21).

### VIII. Final

En lo que antecede me he referido a algunos aspectos puntuales del régimen de filiación establecido en el Código Civil y Comercial, cuya aplicación de varios de los cuales a distintos supuestos que pueden ocurrir en la práctica, pueden dar lugar a situaciones que, a mi juicio, resultan inadmisibles. Por lo que es de esperar que el Congreso de la Nación los modifique mediante el establecimiento de soluciones que eviten, en materia de procreación asistida, situaciones como aquellas a las que me he referido a lo largo de esta nota, o similares.

De tal manera se cumplirá la exigencia racional de que, en lo posible, lo jurídico coincida con lo biológico, situación que responde a que usualmente es la vía más indicada para tutelar los intereses del menor, como instrumento de salvaguarda del derecho a la identidad del nacido, logrando así que el hombre y la mujer que lo engendraron asuman los deberes y derechos propios de la responsabilidad parental. ◆

---

(21) CSBA, LA LEY, 2000-A-558, 42.299-S y ED, 180-216; ídem, Ac. 51.583, 17/10/1995; Ac. 62.514, 15/04/1997; Ac. 67.883, 21/04/1998; Ac. 73.293, 24/08/1999; RDF, 2009-II-67, con nota cit. de LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga, "La prueba biológica y la negativa del demandado: ¿Cosa juzgada material?"; CNCivil, Sala C, ED, 157-270; ídem, Sala E, LA LEY, 1988-D-310, con nota aprobatoria de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Las implicancias de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en el nuevo enfoque para determinar la filiación"; ídem, id., LA LEY, 1990-C-440; ídem id., RDF, 2012-III, junio de 2012, pág. 52, con nota de CASEY, María Inés, "Lo que no se tuvo en cuenta para la procedencia del daño moral: Cargas probatorias dinámicas y conducta procesal del demandado en un proceso de filiación"; ídem, Sala I, LA LEY, 2001-E-739, con nota de SOLARI, Néstor E., "Valoración de la prueba biológica. Cuestiones constitucionales y procesales" (El fallo también fue publicado en LA LEY, 2002-E, 278, con nota de CASSANI, Daniel H., "¿Dos garantías en peligro?"); Capel.CyC de Junín, ED, 169-22, con nota de ÁLVAREZ, Osvaldo Onofre, "Posesión de estado en los juicios de filiación extramatrimonial"; Trib.Col.de Familia n° 4 de Rosario, LA LEY, 2000-B-836 y sigte., 42.465-S.



# DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y DIVERSIDAD JURÍDICA. VISIÓN ARGENTINA

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (\*)

## I. Introducción

Estas reflexiones tienen origen en las Jornadas franco-argentinas sobre Diversidad Biológica y Derecho, organizadas por las universidades argentinas de Mendoza y Gastón Dacharie, en asociación con el Ministerio de Ecología de la provincia de Misiones, la universidad de París XIII y el IRDA (Instituto de Investigación por un Derecho Atractivo), desarrolladas la primera semana de junio de 2016. Como en las reuniones anteriores, la función de los profesores argentinos fue trabajar en paralelo, es decir, comparar, traer al ordenamiento nacional, las descripciones y propuestas de nuestros colegas franceses. En esta oportunidad, debí hacerlo con la estupenda ponencia introductoria de las jornadas presentada por el decano de la Universidad de París XIII, Didier Guével. Sus reflexiones parten de señalar los estrechos lazos entre *biodiversidad* y *diversidad cultural*, conforme el siguiente esquema lógico:

- a) El ser humano pertenece a la naturaleza.
- b) Los vínculos entre las ciencias llamadas exactas y las ciencias humanas son mucho más estrechos de lo que generalmente se cree.
- c) Hay una evolución de las especies naturales; podría hablarse, en paralelo, de una evolución de las culturas jurídicas.
- d) Del mismo modo que el derecho protege la diversidad biológica, debe amparar la diversidad cultural.

En la República Argentina, diversas normas y posiciones doctrinales prestan adhesión a esta visión que no construye un muro, sino que tiende un puente entre las llamadas ciencias exactas y humanas.

---

(\*) Comunicación de la académica, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de agosto de 2016.

En primer lugar, tiene fuerte apoyo en el art. 41, segundo párrafo de la CN: “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio *natural y cultural y de la diversidad biológica*, y a la información y educación ambientales” (1).

En la misma línea, el art. 8 del Convenio de Biodiversidad (en adelante CBD), aprobado por ley 24.375, entre las obligaciones de los Estados, enumera:

“j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

Según la teoría de la evolución, “gracias a la existencia de diversidad genética dentro de las especies, éstas pueden adaptarse a los cambios del ambiente que marcaron la historia de la tierra” (2). Incluso desde el creacionismo religioso se dice: “La cultura produjo diversidad, categorías para clasificarla, políticas para administrarla. La creación es biodiversa. Contemplamos la naturaleza y observamos que el mundo de lo creado está expandido en la no uniformidad y genera su propio equilibrio, donde no todo es igual ni simétrico. Gracias a la ciencia, la interpretamos, establecemos jerarquías, estructuramos explicaciones” (3).

Aunque con alguna expresión (“domar”) que hoy rechazamos respecto de la naturaleza, Mario Bunge resume magistralmente la función de la ciencia como puente entre ambos mundos: “La ciencia es valiosa como herramienta

---

(1) Para un análisis del artículo ver CAFFERATTA, Nestor, “Bienes y valores colectivos del patrimonio cultural, Revista Derecho Público”, Infojus, Bs. As., año IV - N° 11 - noviembre 2015, p. 35. De esta norma, algunos autores derivan la condición de sustentabilidad, que consiste, precisamente, en la utilización humana de los recursos naturales preservando la integridad del patrimonio natural y, dentro de éste, la biodiversidad (compulsar VALLS, Mariana, “Derecho ambiental. Los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo”, ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1999, p. 94).

(2) Lévêque, citado por BONESSO DE ARAÚJO, Luiz Ermani, “Destruição e apropriação da biodiversidade na América Latina: a negação do futuro”, en Bonesso de Araújo y otro, Integración y Derecho, ed. Ediar, Bs. As., 2007, p. 24. Según el autor citado, la palabra biodiversidad fue introducida por los ambientalistas que se quejaban de la destrucción de las especies.

(3) BERGMAN, Sergio, “Celebrar la diferencia. Unidad en la diversidad”, ed. B. Argentina SA, Bs. As., 2009, p. 85.

para domar la naturaleza y remodelar la sociedad; es valiosa en sí misma, como clave para la inteligencia del mundo y del yo; y es eficaz en el enriquecimiento, la disciplina y la liberación de nuestra mente” (4).

En suma, el punto de partida es que la diversidad de las diferentes formas de vida y de la especie humana, incluidas las diferencias étnicas de quienes la componen, debe mantenerse, protegerse y garantizarse (5).

Intentaré reflexionar sobre ambas clases de diversidad, la de la naturaleza y la del ser humano. Comienzo por el concepto.

## II. Biodiversidad

### II.1. Terminología. Significados

En el año 1995, Héctor Gros Espiell (6) señalaba que la palabra biodiversidad no aparecía en el Diccionario de la Real Academia española. En cambio, sí estaba en el Oxford Dictionary of New Words, de 1992, que la definía como “*the richness of variety of the biosphere*”; y en el Collins, que decía “*the existence of a wide variety of plant and animal species in their natural environment, which is the aim of conservationist concerned about the indiscriminate destruction of rain forest and other habitats*”.

El maestro uruguayo indicaba que, aunque la palabra no estaba incorporada oficialmente, se abría camino por ser necesaria en el lenguaje científico, jurídico, político y ético. Hoy, en 2016, ese diccionario la describe como la “variedad de especies animales y vegetales en su ambiente”.

### II.2. Definiciones

El art. 2 del CBD dice expresamente:

Por “diversidad biológica” se entiende la *variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas*.

La definición de la ley francesa “sobre la recuperación de la biodiversidad natural y del paisaje”, finalmente aprobada en julio de 2016, es muy semejante,

(4) BUNGE, Mario, “La ciencia, su método y su filosofía”, ed. Siglo Veinte, Bs. As., 1980, p. 36.

(5) GROS ESPIELL, Héctor, “Biodiversidad, ética y derecho”, en A.V., Un homenaje a Don César Sepúlveda, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, ps. 201 y 203.

(6) GROS ESPIELL, Héctor, Biodiversidad, ética y derecho, en op. cit., ps. 197.

pues hace referencia a “todos los organismos vivos, de cualquier origen, provengan de ecosistemas terrestres, marinos, o de otros ecosistemas acuáticos, así como el complejo ecológico al que pertenecen. Incluye la diversidad de las especies, y la diversidad entre las especies, así como la de los ecosistemas”.

De la definición de la CBD surgen tres niveles de diversidad:

a) De los *ecosistemas* (por ej. terrestres, marítimos, etc.).

b) Entre las *especies*.

c) Dentro de cada *especie*, o diversidad *genética*, variedad de diferentes genes o genomas en una especie. Se la define como la “variabilidad de la información genética contenida en el material genético de los especímenes de todas las especies de vegetales, de animales o de microorganismos que pueblan la tierra” (7).

En suma, el término biodiversidad recoge todos los tipos y variedades en que la vida se manifiesta, ordenándolos en tres niveles de organización: ecosistemas, especies y genes (8). La diversidad biológica, entonces, es la variedad de la vida en todas sus formas, niveles y combinaciones: plantas, animales y microorganismos, ecosistemas y procesos ecológicos de los que aquellos forman parte (9). La biodiversidad no es un simple catálogo o suma de genes, especies o ecosistemas, sino un conjunto *dinámico e interactivo* entre los diferentes niveles de la jerarquía biológica (10).

La diversidad biológica es, pues, un concepto abstracto; en cambio, sus componentes son concretos y, por eso, adquieren particular relevancia. “En efecto, los derechos y los deberes referidos a la biodiversidad sólo pueden ser ejercitados sobre sus componentes tangibles, es decir, sobre los ecosistemas, las poblaciones, los especímenes o su material genético. De hecho, la conservación

---

(7) PÉREZ SALOM, José R., “Recursos genéticos, biotecnología y Derecho internacional. La distribución justa y equitativa de beneficios en el Convenio sobre biodiversidad”, ed. Aranzadi/Thomson, Madrid, 2002, p. 27. La CBD entiende por “material genético” todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.

(8) TRILLO, José A.P., “Biodiversidad: convenio y estrategias nacionales”, en SÁNCHEZ, Vicente, La Convención de diversidad biológica: problemas y oportunidades, en Da Cruz, Humberto (dirección) Conservación de la Naturaleza, ed. Complutense, Madrid, 1996, p. 33.

(9) PÉREZ SALOM, José R., “Recursos genéticos, biotecnología y Derecho internacional”, op. cit., p. 35.

(10) ZAMUDIO, Teodora, “Protección jurídica de las innovaciones”, ed. Ad Hoc, Bs. As., 2001, p. 130.

y la utilización sostenible de la diversidad biológica se traduce siempre en la conservación y utilización sostenible de sus componentes” (11).

“Dado que la naturaleza puede ser entendida como una red de sistemas o de todos los sistemas vivos, imbricados en múltiples niveles jerárquicos, la desaparición o modificación de uno de éstos implica la variación de parte de la jerarquía que éstos comprendan o de la cual hacen parte. Así, la extinción de una especie de insecto polinizador de un bosque tropical, por ej., puede suponer, en muchos casos, la desaparición conjunta de la especie arbórea dependiente de la labor polinizadora de ese insecto. De esta manera, la pérdida de un insecto despreciado por la economía monetarista puede representar la pérdida consecuente de una importante factura monetaria por la comercialización de una madera tropical valiosa” (12).

### *II.3. Algunas dificultades en el acceso al conocimiento*

Gros Espiell decía, con cita de trabajos publicados en la afamada revista *Science*, que sabemos muy poco del porqué de la existencia de la biodiversidad. Podemos entender los procesos de selección natural en la evolución, pero no hemos descubierto aún qué es lo que da origen a la diversidad de los organismos vivientes. Más aún, los científicos no se han puesto de acuerdo ni siquiera acerca del número total de especies presentes en la tierra (13).

Según *Global Biodiversity Information Facility* (GBIF, una infraestructura internacional de información abierta, fundada por los gobiernos) (14) existe un total de 1.634.951 especies. Sin embargo, un informe que se suele citar, cuya última edición es de 2009, el *Numbers of Living Species in Australia and the World* (15) estima ese número en cerca de 1.900.000. Otros calculan alrededor de 11.000.000, mientras que otro *paper* hace mención a 8.700.000 (16).

### **III. Biodiversidad humana. Concepto**

La biodiversidad humana, o sea, la referida a las personas humanas, presenta elementos propios. Como dice el profesor Didier en su informe,

---

(11) PÉREZ SALOM, José R., “Recursos genéticos, biotecnología y Derecho internacional”, op. cit., p. 37.

(12) TRILLO, José A.P., “Biodiversidad: convenio y estrategias nacionales”, en Sánchez, Vicente, op. cit., p. 41.

(13) GROS ESPIELL, Héctor, “Biodiversidad, ética y derecho”, en op. cit., p. 199.

(14) <http://www.gbif.org/>.

(15) CHAPMAN, “Australian Biodiversity Information Services”, Department of Environment, Government of Australia (<http://www.environment.gov.au/node/13866>).

(16) MORA et. al 2011 <http://journals.plos.org/plosbiology/article?id=10.1371/journal.pbio.1001127>.

la razón de estas peculiaridades reside en que el ser humano ha sido y es el factor que más ha incidido en la alteración de la biodiversidad natural; es el ser que, a través de su hacer y de lo que resulta de la civilización que ha creado, tiene una especial capacidad de transformación del entorno ecológico.

Además, “el hombre es el único ser vivo que, por medio de las normas que se impone (morales, jurídicas y convencionalismos sociales), regula su conducta respecto de la diversidad de su propia especie y de todas las otras especies con las que convive. El efecto del impacto humano sobre la biodiversidad no es una materia que el hombre observa y analiza desde el exterior. Es, por el contrario, un asunto en el que está implicado, en el que está ínsito” (17).

#### **IV. La variabilidad de la diversidad. El problema**

La biodiversidad no es invariable ni en el tiempo ni en el espacio. Evolucionaria y cambia constantemente. La actual no es igual a la que existía en el pasado, ni lo será a la que ha de existir en el futuro.

Tampoco es la misma en todas las regiones. Hay una variación y distribución *biogeográfica*. Así, por ej., científicos que han trabajado en la Patagonia argentina afirman que se han descubierto, al menos, 200 especies de dinosaurios y 60 especies de tiranosaurios (18) que, obviamente, no se encuentran en otros lugares de la tierra.

Por lo tanto, los cambios, en sí mismo, no deben ser objeto de preocupación. Nuevas especies reemplazan las anteriores.

El problema radica en que la alteración alcance un grado incompatible con el mantenimiento correcto de los ecosistemas.

Ciertamente, en el pasado existieron extinciones masivas de especies vivas, pero:

a) Al parecer, no ocurrieron con tanta rapidez. Los estudiosos calculan que durante la era de los dinosaurios las especies se extinguieron a una velocidad de una cada mil años; en los primeros tiempos de la era industrial moría una por decenio, y hoy perdemos tres por hora (19). Otro autor

---

(17) GROS ESPIELL, Héctor, “Biodiversidad, ética y derecho”, en op. cit., ps. 201 y 203.

(18) Entrevista a Matthew Lamanna, especialista del Museo Carnegie de Historia Natural de Pittsburgh, Diario Jornada, de Chubut, 28/4/2016, p. 20.

(19) RIFKIN, Jeremy, “El siglo de la biotecnología. El comercio genético y el nacimiento de un mundo feliz”, trad. por Juan Pedro Campos, ed. Paidós, Barcelona, 2009, p. 32.



estima que durante 650.000.000 de años se produjeron 17 períodos de extinciones masivas de especies y que, de acuerdo con las estadísticas, cada día se extinguen 150 especies, lo que llevaría a 50.000 especies desaparecidas irreversiblemente cada año (20).

b) El hombre no las causó; los factores de la transformación provenían de la propia naturaleza.

Los cambios actuales obedecen a razones naturales, pero también humanas.

Así, por ej., se distingue entre *desertización* y *desertificación*. La desertización es una aridez endémica que hace muy difícil la vida animal y vegetal por falta de humedad; o sea, la degradación progresiva de los ecosistemas se debe a agentes naturales. La desertificación es un fenómeno más complejo; es el resultado de la combinación de condiciones geográficas, climáticas y socio económicas y de las formas humanas de utilización de los recursos naturales, especialmente para la producción agrícola y el desarrollo rural; de allí que se afirme que la desertificación es el empobrecimiento de los ecosistemas terrestres *por el impacto humano* (21).

c) Hoy nacen especies nuevas, pero no siempre son las más benignas; al parecer, al mismo tiempo que nacen especies malignas, desaparecen las que pueden servir para la cura de los males creados (22).

## V. Importancia de la biodiversidad

Hace más de veinte años, Gros Espiell (23) enseñaba que la biodiversidad es importante desde varias perspectivas:

a) *Económica*, pues de ella resulta la materia prima necesaria para la alimentación y todo lo que se requiere en la actividad productiva; en este sentido, se calcula que más del 90% de los alimentos humanos provienen de los seres vivos (24).

---

(20) PÉREZ SALOM, José R., "Recursos genéticos, biotecnología y Derecho internacional", op. cit., p. 53.

(21) LÓPEZ BERMÚDEZ, Francisco, "Erosión y desertificación; los problemas de las zonas áridas", en Da Cruz, Humberto (dirección) *Conservación de la Naturaleza*, ed. Complutense, Madrid, 1996, p. 106.

(22) VALLS, Mariana, "Derecho ambiental. Los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo", ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1999, p. 90.

(23) GROS ESPIELL, Héctor, "Biodiversidad, ética y derecho", en op. cit., p. 199.

(24) Como señala el profesor Didier en su trabajo, el hombre común no es consciente de la ayuda que le prestan los seres más insignificantes. En el siglo XIX, Darwin reconocía la

b) *Social*, porque la sociedad humana vive en el marco de esa diversidad.

c) *Científica y tecnológica*, pues la ciencia resulta de ese mundo diverso, y la tecnología, en cuanto forma de aplicación del progreso científico, actúa sobre elementos naturales que resultan de la diversidad biológica, como la protección y la conservación de suelos, las cuestiones climáticas, etc.; se calcula que cerca de la mitad de los medicamentos que elabora la industria farmacéutica occidental se obtienen de productos extraídos de especies silvestres (25).

En esta línea de pensamiento, Rifkin explica: “Las fuerzas políticas y económicas que controlan los recursos genéticos del planeta ejercerán un formidable poder sobre la economía mundial del futuro. Las multinacionales y los gobiernos están explorando los continentes en busca del nuevo oro verde con la esperanza de encontrar microbios, plantas, animales y seres humanos con caracteres genéticos raros que puedan tener futuro potencial de mercado. Una vez localizados los caracteres deseados, las compañías biotécnicas los modifican, e intentan proteger su “innovación”. Por eso, quienes controlen los recursos genéticos tendrán seguramente cada vez mayor poder sobre la economía mundial” (26).

d) *Artística*, porque de esa diversidad resulta la visión del mundo y los elementos humanos de los que se nutre la inspiración y la creación.

e) *Moral o ética*.

Otros autores (27) también hacen mención a algunos beneficios indirectos, como son desarrollar las actividades turísticas y recreativas; limpiar el aire, el

---

importancia de los gusanos para la humanidad. Más recientemente, un científico chileno, de origen catalán, a principios de la década de 1990, investigó el uso de lombrices de tierra para limpiar aguas residuales. Uno de sus alumnos, Alex Villagra fundó una empresa que cuenta con 129 plantas para tratar aguas residuales y está presente en seis países, uno de ellos Estados Unidos.

(25) TRILLO, José A. P., “Biodiversidad: convenio y estrategias nacionales”, en Sánchez, Vicente, op. cit., p. 35.

(26) Conf. CASELLA, Aldo Pedro, “Recursos genéticos, patentes y biodiversidad”, en Rev. de Derecho Ambiental, 2005, n° 4, p. 139. Rifkin compara el “algenista” con el alquimista. Así como éste creía que con el fuego podía llegar a fabricar el oro, el algenista tiene por meta final crear, el organismo perfecto mediante la ingeniería genética. El estado áureo es el de la eficacia óptima. La naturaleza es vista como un orden jerárquico de sistemas vivos cada vez más eficientes. El algenista es el ingeniero definitivo. Su tarea es acelerar el proceso natural mediante la programación de nuevas creaciones que, cree, rinden más que las existentes en la naturaleza (RIFKIN, Jeremy, “El siglo de la biotecnología”, ob. cit., p. 67).

(27) PÉREZ SALOM, José R., “Recursos genéticos, biotecnología y Derecho internacional”, op. cit., p. 45.

agua y la tierra; descomponer residuos; equilibrar el clima; brindar alimentos, resinas, fármacos, materiales para la construcción, fibras textiles, etc. (28).

## **VI. Un mundo sin fronteras para la defensa de la biodiversidad**

La preocupación de la humanidad por la conservación de ciertas especies y ecosistemas es tan antigua como la propia civilización; sin embargo, el interés internacional surgió sólo en el siglo XX (29), al tomarse conciencia de que el ambiente no reconoce fronteras políticas.

En este sentido, el profesor Didier admite que “la aprehensión actualmente planetaria de los problemas conduce, necesariamente, a la elaboración de normas internacionales de mínima”.

No obstante, este tipo de regulación presenta numerosas dificultades debidas, entre otras causas, a la existencia de múltiples intereses en conflicto.

Así, por ej., se calcula que hacia 2025, “la agricultura de todo el planeta podría encontrarse con un volumen creciente de alimentos cultivados en interiores, en gigantescos baños bacterianos, a un precio que sería una fracción de lo que cuesta cultivar en la tierra. El paso a la agricultura de interiores presagiaría el ocaso de la era agrícola, que empezó hace unos diez mil años, con la revolución neolítica, y se ha prolongado hasta la revolución verde de la segunda mitad del siglo XX. La agricultura de interiores podría suponer precios más baratos y una oferta de alimentos más abundante, pero millones de campesinos, tanto del mundo desarrollado como de los países en vías de desarrollo serían quizás arrancados de sus tierras, desencadenándose una de las grandes perturbaciones sociales de la historia” (30).

De cualquier modo, mal o bien, la Argentina ha ratificado no pocas convenciones internacionales relativas a la biodiversidad; véase, entre otras, las siguientes leyes que las ratifican:

a) Ley 22.344, Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora, suscripta en Washington, el 3/3/1973.

---

(28) ZAMUDIO, Teodora, “Protección jurídica de las innovaciones”, ob. cit., p. 131. Ver DUTIHIE, David, “Perspectivas globales y locales sobre biodiversidad: Un cuento cautelar sobre la diferencia entre el dicho y el hecho en Kenya”, en Da Cruz, Humberto (dirección) “Conservación de la Naturaleza”, ob. cit., p. 51.

(29) PÉREZ SALOM, José R., “Recursos genéticos, biotecnología y Derecho internacional”, op. cit., p. 59.

(30) RIFKIN, Jeremy, “El siglo de la biotecnología. El comercio genético y el nacimiento de un mundo feliz”, ob. cit., p. 24.

b) Ley 24.376, Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales, firmado en París, en 1962, revisado en Ginebra en 1972 y 1978.

c) Ley 24.375, Convenio sobre la diversidad biológica (CBD), firmada en Río de Janeiro, 5/6/1992.

### **VII. Algunos puntos relevantes del Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica (CDB) (31)**

Creo conveniente hacer algunas breves referencias al Convenio Internacional sobre la Diversidad Biológica, aprobado por ley de la Nación n° 24.375, de ahora en adelante, CDB.

Su prólogo (i) reconoce los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes; (ii) marca el valor *intrínseco* de la diversidad biológica.

#### *VII.1. Algo de historia y situación actual*

El CDB fue abierto a la firma en Río de Janeiro el 5/6/1992, luego de cuatro años de difíciles negociaciones; en esa conferencia, llamada Cumbre de la Tierra, estuvieron presente alrededor de 9000 periodistas y concurrieron 116 jefes de estado. En Convenio fue firmado por los representantes de 152 países y en dieciocho meses logró las 30 ratificaciones requeridas, por lo que entró en vigor el 29/12/1993. La República Argentina, como se adelantó, lo aprobó por ley 24.375 del 7/9/1994.

Actualmente, lo han ratificado ciento noventa y seis Estados, entre ellos, todos los Estados miembros de la ONU, con excepción de los Estados Unidos.

#### *VII.2. Objetivos del Convenio. Bases fundamentales*

El Convenio pretende mantener un delicado equilibrio de intereses (32). A ese fin, el art. 1 declara que sus objetivos son:

1. la *conservación* de la diversidad biológica,
2. la *utilización sostenible* de sus componentes (33),

---

(31) Me he referido brevemente a este convenio, hace ya varios años en mi artículo "Proyecto genoma humano sobre diversidad", en A.V., Bioética y Genética, ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 2000, p. 143 y en JA, 1999-IV-910, punto VII.

(32) SÁNCHEZ, Vicente, "La Convención de diversidad biológica: problemas y oportunidades", en Da Cruz, Humberto (dirección) Conservación de la Naturaleza, ob. cit., p. 27.

(33) Para algunos este es el principal de los objetivos. Ver BONESSO DE ARAÚJO, Luiz Ermani, "Destruição e apropriação da biodiversidade na América Latina: a negação do futuro", en Bonesso de Araújo y otro, Integración y Derecho, Bs. As., ed. Ediar, 2007, p. 29.

3. la *participación justa y equitativa en los beneficios* que se deriven de la *utilización* de los recursos genéticos, mediante:

- el acceso adecuado a esos recursos;
- la transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes;
- los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías;
- una financiación apropiada.

Para construir en equilibrio, el CDB califica a la diversidad biológica de "*interés común de la humanidad*". A diferencia de anteriores documentos internacionales, no dice que la biodiversidad sea "*patrimonio común de la humanidad*".

En realidad, el concepto de "*patrimonio común de la humanidad*" es más filosófico que jurídico, desde que no hace referencia a una titularidad real; aunque tiene antecedentes en los siglos XVII y XVIII, su sentido moderno fue acuñado en un discurso pronunciado por Arvid Pardo, representante de Malta ante las Naciones Unidas, refiriéndose a los fondos marinos y a sus recursos.

La principal distinción entre patrimonio común e interés común reside en la posibilidad de explotación de los recursos naturales. El *patrimonio común* impide su apropiación individual (34). El *interés común* no contiene la prohibición de apropiación, pero implica la obligación de conservación.

Antes del CBD, algunos consideraban que la biodiversidad es patrimonio común de la humanidad y de allí la necesidad de su internacionalización; por el contrario, otros entendían que es propiedad soberana de cada país.

Durante la negociación, los países desarrollados pretendían la internacionalización de la diversidad biológica y defendían la noción de patrimonio común; los Estados en vías de desarrollo, en cambio, exigían un reconocimiento inequívoco de los derechos soberanos sobre los recursos biológicos y refutaban cualquier intento de internacionalización.

La construcción del acuerdo no fue fácil. Fue, como en tantas otras convenciones internacionales, una gran disputa entre el Norte y el Sur: los Estados desarrollados (ricos en tecnología), porque querían que se le reconocieran

---

(34) Grupo de trabajo Guillermo CABANELLAS, "El compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos; análisis del concepto jurídico de patrimonio común de la humanidad y sus implicaciones en el ámbito del derecho internacional", en *Ambiente y Recursos naturales*, vol. II n° 4. Octubre-diciembre 1985, p. 80.

los derechos de quien patenta estos recursos (35); los países en desarrollo (ricos en genes), porque se sienten expoliados, desde que no participan de los beneficios que derivan de la utilización del material genético y del conocimiento que proviene de su territorio.

La posición de los países desarrollados no deja de ser contradictoria. Afirman que los recursos biológicos son patrimonio común de la humanidad, calificación que los habilita a usarlos; pero, por otro lado, reclaman el derecho a patentar las formas de vida y el material genético, idea contrapuesta a la de patrimonio común. De allí que el concepto amplio de propiedad intelectual o industrial protegible, aceptado en los países más desarrollados, comprensivo de los recursos biológicos, constituye una grave amenaza para la diversidad biológica, pues no hay interés en preservarla porque los agricultores terminan pagando un royalty a las compañías que compraron los derechos sobre esas semillas y, en cambio, los recursos biológicos carecen del valor que realmente tienen para sus dueños (36).

Después de intensas negociaciones, el Convenio optó, entonces, por reconocer la soberanía del país sobre sus recursos naturales (art. 15, lo que implica el derecho de cada Estado a legislar sobre sus recursos), pero al mismo tiempo, imponer claramente las responsabilidades de cada Estado en cuanto a la conservación y uso sustentable que la posesión de esos recursos implica.

Además, los países en desarrollo lograron incluir, como uno de los *objetivos* del convenio, junto a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, la distribución de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos (37).

---

(35) El tema preocupa a la doctrina desde hace varios años. Ver CABRERA MEDAGLIA, Jorge, "Propiedad intelectual, comercio y biodiversidad: posibilidades y opciones para establecer sinergias entre los sistemas de propiedad intelectual y los tratados ambientales", en *Rev. de Derecho Ambiental*, 2011, n° 25, p. 1 y ss. (se trata de un trabajo de más de 150 páginas); CASELLA, Aldo Pedro, "Recursos genéticos, patentes y biodiversidad", en *Rev. de Derecho Ambiental*, 2005, n° 4, p. 139; ZAMUDIO, Teodora, "Protección jurídica de las innovaciones", *ob. cit.* p. 148, entre muchos.

(36) La Justicia argentina ha negado el derecho emergente de esas patentes. En este sentido, se afirma: "La semilla transgénica no es una cosa mueble fungible y consumible sino una "idea" que se renueva con cada mejora incremental, con lo cual, cada patente del material genético renovado implica el reconocimiento de una suerte de monopolio sobre una parte de la naturaleza por un lapso que nadie está en condiciones de precisar, en detrimento de la biodiversidad, que fue declarada como un objetivo de toda la humanidad en el ámbito de las Naciones Unidas" (Cám. Nac. Fed. CC, sala III, 26/11/2015, "Monsanto Technology c/ Instituto Nacional de la propiedad industrial"; LA LEY, 2016-B, 93, comentado favorablemente por BERGEL, Salvador D. "Una sentencia destacable sobre patentabilidad vegetal" y en LA LEY, 2016-B, 546, con nota adversa de OTAMENDI, Jorge, "Sobre la patentabilidad de inventos en reino vegetal. Una réplica").

(37) CABRERA MEDAGLIA, Jorge, "Propiedad intelectual, comercio y biodiversidad: posibilidades y opciones para establecer sinergias entre los sistemas de propiedad intelectual y los tratados ambientales", en *Rev. de Derecho Ambiental*, 2011, n° 25, p. 35.

En realidad, la discusión se insertó en el problema más extenso de las relaciones entre ambiente y desarrollo sustentable; puede afirmarse que son dos caras de una misma moneda (38).

Varias cuestiones tomaron relevancia: el costo de tomar medidas para conservar la biodiversidad vs. el costo de no tomarlas; el acceso a los recursos genéticos (mayoritariamente en el sur) y las posibles maneras de regulación; si debían o no incluirse las especies domesticadas o solo las silvestres; el impacto sobre el desarrollo económico y el comercio internacional; la transferencia de tecnología, incluyendo a la biotecnología, necesaria para la conservación y utilización sustentable de los componentes de la diversidad biológica, etc. (39).

### **VIII. Otros intereses en conflicto. El multiculturalismo**

#### *VIII.1. Una observación previa*

La necesidad de coexistencia entre diversos pueblos ha existido siempre (40).

En nuestros tiempos, es evidente que la transfiguración de la sociedad occidental en dirección multiétnica y multicultural es progresiva e imparable (41); que las modernas sociedades occidentales son pluralistas, culturalmente des-homogéneas, caracterizadas cada vez más por la presencia de minorías que reclaman el reconocimiento de la propia y específica identidad (42); que son pocos los Estados que no acogen comunidades culturales diversas; que a lo largo del siglo XX se ha presenciado un proceso intenso de fractura y recomposición de las fronteras culturales. En definitiva, “resulta incuestionable que la homogeneidad cultural y la unidad religiosa han desaparecido como componentes identitarios esenciales en que se basó el nacimiento del Estado moderno” (43).

---

(38) CHAUVET, Michel y GALLAND, Jean Paul, “La diversité biologique et les ressources génétiques”, en *Droit et génie génétique*, ed. Elsevier, Paris, 1994, p. 24; conf. CALAFAT, Ana, “Introducción. Convenio de biodiversidad”, en *Rev. Colegio de Abogados de General Roca*, año X, n° 28, julio de 2001, p. 13.

(39) SÁNCHEZ, Vicente, “La Convención de diversidad biológica: problemas y oportunidades”, en Da Cruz, Humberto (dirección) *Conservación de la Naturaleza*, ob. cit. p. 26.

(40) Compulsar BARIATTI, S. y DANONI, A.G. (a cura di), “La familia senza frontiere”, ed. Cedam, Padova, 2008.

(41) CHIEFFI, Lorenzo (a cura di), “Il multiculturalismo nel dibattito bioetico”, ed. Giappichelli, Torino, 2005, p. 5; VIGNUDELLI, Aljs, “Multiculturalismo e sviluppo della società italiana”, en Vignudelli, Aljs (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Multiculturalismo, comunicazione, federalismo*, ed. Giappichelli, Torino, 2005, p. 3.

(42) PASTORE, Baldassare y LANZA, Luigi, “Multiculturalismo e giurisdizione penale”, Torino, ed. Giappichelli, 2008.

(43) RUIZ-RICO RUIZ, Genaro, “Los derechos y principios constitucionales como límite y garantía de la identidad cultural”, en Baldini, Vincenzo (a cura di) *Multiculturalismo*, Cedam, Padova, 2012, p. 131.

### VIII.2. *El multiculturalismo y dos problemas vinculados a la biodiversidad*

La difícil cuestión del multiculturalismo presenta, frente a la biodiversidad, difíciles cuestiones. Abordaré sólo dos: (a) la primera, vinculada a los derechos de los pueblos originarios de nuestro territorio; (b) la segunda, al rol de la mujer en la protección de la biodiversidad.

### VIII.3. *Los pueblos originarios de América y la biodiversidad. La biopiratería*

En los puntos anteriores he intentado señalar algunas de las conexiones entre el mundo de la naturaleza y el mundo de los seres humanos.

Al parecer, América Latina presenta un “plus”.

Según un autor colombiano (44), en el mundo existen parques nacionales y otros espacios protegidos que abarcan más del 6% de la superficie de la tierra; serían alrededor de 2840, de los cuales, 2000 se encuentran en América Latina. “En un solo árbol de nuestra selva tropical hay la misma cantidad de especies de hormigas que en todas las islas británicas”. No sé cuánto hay de exageración en esta frase, pero desde los diferentes países latinoamericanos se señala la alta significación de la cuestión (45). Así, desde el Brasil se afirma que la biodiversidad es “ante todo, una cuestión *brasileña* (por la zona de la Amazonia), pero puede afirmarse que es, antes que nada, una cuestión de América Latina pues su biodiversidad no se resume a la Amazonia, sino que atañe a todos los países y hace reflexionar sobre un punto fundamental de este continente: pensar el futuro teniendo como base esa situación” (46). En Perú se dice que “para nadie es un secreto que actualmente el Perú es uno de los países con mayor variedad y diversidad biológica del mundo; alberga, entre otros, cuatro mil especies de productos naturales, variedades vegetales y plantas. Lo que sí puede ser desconocido es que una gran cantidad de esas plantas son utilizadas por las comunidades nativas e indígenas que allí viven con fines medicinales, según lo han venido haciendo sus ancestros durante miles de años, siendo utilizadas en la llamada medicina tradicional. No obstante, la globalización ha generado gran preocupación por la erosión que ella trae a las culturas tradicionales y a los estilos de vida ancestral, así como por la pérdida de conocimientos y la constante negativa de los integrantes más

---

(44) DA CRUZ, Humberto, “La protección de los espacios naturales en un marco de desarrollo sostenible”, en DA CRUZ, Humberto (dirección), Conservación de la Naturaleza, ob. cit., p. 13.

(45) PADILLA HERNÁNDEZ, Eduardo, “Tratado de derecho ambiental”, Bogotá, ed. Librería del profesional, 1999, p. 13.

(46) GARCÍA DOS SANTOS, cit. por BONESSO DE ARAÚJO, Luiz Ermani, “Destruição e apropriação da biodiversidade na América Latina: a negação do futuro”, en Bonesso de Araújo y otro, Integración y Derecho, ob. cit. p. 27.



jóvenes de la comunidad por mantener vivas esas prácticas. A eso se suma que, en muchos casos, los países tercermundistas ricos en diversidad biológica y conocimientos tradicionales han observado cómo se ha procedido a una indebida apropiación de sus recursos naturales, avalados por los países desarrollados, generando lo que se denomina *biopiratería*" (47).

Efectivamente, en un mundo estandarizado, las empresas transnacionales se aprovechan de los pueblos originarios, "buenos guardianes de la biodiversidad" que, por siglos, no han utilizado la tecnología para su sostenimiento (48).

El concepto de biopiratería no es unívoco. Para algunos, se trata de la "apropiación de conocimientos y de recursos genéticos de comunidades de agricultores y comunidades indígenas por individuos o por instituciones que procuran el control exclusivo del monopolio sobre estos recursos y conocimientos" (49). Otros, con mayor casuismo, la describen como la "adquisición de recursos genéticos y conocimiento tradicional sin el permiso del país o titular del recurso o conocimiento cuando no se establecen reglas de distribución de beneficios que sean justas y equitativas; cuando se protegen por Derechos de propiedad intelectual innovaciones que son copias o modificaciones cosméticas de los primeros, o cuando se protegen con esos mismos derechos, invenciones biotecnológicas basadas en ellos; independientemente de la existencia de consentimiento fundamentado previo" (50).

La puesta en marcha del CBD impone una nueva forma de colaboración internacional para el cumplimiento de todas las medidas tendientes a

---

(47) FERRERO DIEZ CANSECO, Gonzalo, "Protección de los conocimientos tradicionales, biodiversidad. El tratado de libre comercio", en *Derechos intelectuales*, Bs. As., ed. Astrea, 2005. N° 11, p. 176.

(48) SENENT DE FRUTOS, Juan A., "Sociedad del conocimiento, biotecnología y biodiversidad", en Ruiz de la Cuesta, Antonio, "Bioética y derechos humanos; implicaciones sociales y jurídicas", Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, p. 165.

(49) BONESSO DE ARAÚJO, Luiz Ermani, "Destruição e apropriação da biodiversidade", ob. cit., p. 28. El tema no es sólo de las comunidades de pueblos originarios, sino también de los agricultores que no pertenecen a esos grupos. Advuértase que, regularmente, en el interior de la República Argentina, el INTA organiza reuniones en las que los agricultores hacen intercambios de semillas y conocimientos con la idea de "preservar variedades y fomentar la diversificación y el autoconsumo"; a tal efecto, se dan charlas sobre métodos de conservación, diversidad de los cultivos y derecho a elegir qué comer (ver diario *Uno* de Mendoza, domingo 14 de agosto de 2016 que bajo el título "Particular trueque de semillas y de saberes entre agricultores" informa sobre una feria realizada en la localidad de San Carlos, en el sur mendocino).

(50) CABRERA MEDAGLIA, Jorge, "Propiedad intelectual, comercio y biodiversidad: posibilidades y opciones para establecer sinergias entre los sistemas de propiedad intelectual y los tratados ambientales", en *Rev. de Derecho Ambiental*, 2011, n° 25, p. 4.

alcanzar los objetivos (conservar, utilizar de modo sustentable, distribuir equitativamente los beneficios).

Hay que reconocer la dificultad de la tarea:

Por un lado, los pueblos originarios no reconocen la propiedad privada, por lo que el mecanismo de toda toma de decisión exige el consenso dentro de la comunidad (51) y en ocasiones se corre el riesgo de destruir tal método de convivencia. Así, por ej., la tribu kani de Kerala tiene conocimientos en torno a una fruta conocida como Arogyappacha; el acuerdo suscripto por algunos de sus integrantes contribuyó a crear animosidad dentro de una tribu ya dividida, y el problema de cómo compartir los beneficios con quienes se oponen, siguen en gran medida sin resolverse (52).

Por el otro, la naturaleza oral de la transmisión de los conocimientos tradicionales implica que, en ausencia de un registro escrito, el examinador de una determinada patente no siempre tiene acceso a documentación que le permita impugnarla.

De cualquier modo, hay que cumplir con el CBD, no sólo porque se lo ha ratificado, sino porque coincide con otros instrumentos internacionales vinculados a la cuestión.

Así, por ej., el convenio 169 de la OIT, relativo a *“Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”*, ratificado mediante ley 24.071, persigue que los gobiernos desplieguen *“...medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades*

---

(51) La Corte Interamericana de Derechos Humanos insiste en la relación del mantenimiento de la biodiversidad con los derechos sobre la tierra. En los casos *Awas Tigni v Nicaragua* y *Saramaka v Surinam*, entre otros, ha afirmado: “Las culturas indígenas tienen una vinculación muy particular con la tierra secular de sus antepasados, en la cual cumplen su ciclo vital y donde buscan alcanzar su plenitud espiritual y material. Sin el uso y goce efectivos de sus tierras, los pueblos indígenas estarían privados de prácticas, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia. Así como la tierra que ocupan les pertenecen, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y de poder desarrollarlas en el futuro”. “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en un grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente de sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra deber ser reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, sus vidas espirituales, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futura”.

(52) PÉREZ SALOM, José R., “Recursos genéticos, biotecnología y Derecho internacional”, op. cit., p. 30.

*que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”.*

Por eso, los países latinoamericanos comienzan a interesarse en esta cuestión, dictándose leyes en muchos de ellos (53). Argentina está aún en deuda (54).

#### *VIII.4. Un segundo aspecto del multiculturalismo: el rol de la mujer en la defensa de la biodiversidad*

Como he señalado al comienzo, el informe francés defiende el multiculturalismo jurídico, en paralelo con la biodiversidad.

Me pregunto ahora: ¿todos los derechos protegen los derechos humanos de las mujeres?

El interrogante obedece a que diversas corrientes del llamado “ecofeminismo” (55) atribuyen a la mujer un rol protagónico en la protección de la biodiversidad.

---

(53) Para el tema compulsar ROVERE, Marta Brunilda, “La ley 24.375: incorporación del convenio sobre la diversidad biológica al derecho nacional. Necesidad de establecer un sistema legal eficaz que regule el acceso a los recursos genéticos”, en Suplemento de Derecho Ambiental La Ley, 6/12/1994, p. 3; BURHENNE GUILMIN, Françoise, “L'accès aux ressources génétiques. Les suites de l'article 15 de la convention sur la diversité biologique”, en Les hommes et l'environnement, en hommage à Alexandre Kiss, París, ed. Frison-Rochem 1998, p. 549; DEJEANT-PONS, Maguelonne, “La strategie paneuropeenne de la diversité biologique et paysagère”, en Les hommes et l'environnement, cit. p. 583 y ss.

(54) Ver, fundamentalmente, FIGUEROA, Viviana Elsa, “Derecho de los Pueblos Indígenas sobre sus Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos: Acceso a los Conocimientos Tradicionales Asociados a Recursos Genéticos y la Participación en los Beneficios por su Utilización”, tesis doctoral (inédita), 2016. Tuve la satisfacción de integrar el tribunal que juzgó esta tesis con calificación sobresaliente, conjuntamente con el Dr. Salvador D. Bergel y la Dra. Silvina Zimerman.

(55) La bibliografía sobre el denominado “ecofeminismo” y sus numerosas manifestaciones es muy extensa. Dado el sentido de este artículo, me limito a citar: ALONSO VIDAL, Martha, “Género y ambiente. Recursos naturales y estratégicos y la condición de vida de las mujeres”, Informe Farn 2010; BELLVER CAPELLA, Vicente, “Ecofeminismo y solidaridad”, en Justicia, solidaridad, paz. Estudios en homenaje al profesor José M. Rojo Sanz, Valencia, ed. de la Universidad de Valencia, 1995; HOLLAND-CUZ, “Ecofeminismos”, ed. Universitat de Valencia, 1994; NUÑEZ, Paula, “Distancias entre la ecología y la praxis ambiental; una

Más aún, esta función está reconocida, expresamente, en el prólogo del CBD: *“Reconociendo asimismo la función decisiva que desempeña la mujer en la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y afirmando la necesidad de la plena participación de la mujer en todos los niveles de la formulación y ejecución de políticas encaminadas a la conservación de la diversidad biológica”*.

Ahora bien, multiculturalismo y feminismo están muchas veces en tensión (56); no en vano la doctrina se ha preguntado si el multiculturalismo no es malo para las mujeres (57), dado que, algunos de esos grupos humano, todavía piensan, como lo sintetizó magníficamente Simone de Beauvoir en su libro *El segundo sexo*, que la mujer pertenece con exclusividad al mundo de la naturaleza (de allí que la naturaleza se representa bajo forma femenina: la Madre Tierra, la Pachamama etc.); por eso, dado que lo importante es sólo su cuerpo, que sirve para la reproducción, su función exclusiva es dedicarse a las tareas domésticas que, ciertamente, no son remuneradas; en definitiva, únicamente la mujer tiene la obligación de conservar la naturaleza y mejorar la especie. Por el contrario, en el hombre prevalece la mente sobre su cuerpo; por lo tanto, su función es mejorar la civilización, dedicándose

---

lectura crítica desde el ecofeminismo”, ed. Conicet y otros, 2011; PAPUCCIO DE VIDAL, “Mujeres, naturaleza y soberanía alimentaria”, ed. Librería de Mujeres editorias, Bs As., 2011; PULEO, Alicia, “Ecofeminismo para otro mundo posible”, Valencia, ed. Cátedra, 2011; RAMIREZ GARCIA, Hugo S., “Biotecnología y Ecofeminismo”, ed. Titant lo Blanc, Valencia, 2012; TABAU, Frédéric, “Féminismes et droit international de l’environnement”, en TOURME, Juannet et autres, “Féminisme (s) et Droit International”, ed. Societé de Législation comparé, Paris, 2016, p. 443; VANDAVA Shiva, “Abrazar la vida. Mujer, ecología y desarrollo”, trad. A Guyer, Madrid, ed. Horas y Horas, 1995; WARREN, Karten (ed), “Filosofías ecofeministas”, trad. de Soledad Iriarte, ed. Icaria, Barcelona, 1996.

(56) Compulsar interesante artículo de AMORÓS, Celia, “Feminismo y multiculturalismo”, en López Sáenz, M y otra (editoras), Paradojas de la interculturalidad, ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2008, p. 93. La autora destaca como, a lo largo de la historia, es la mujer la que “no puede discutir las reglas de la tribu”. Afirma que, contrariamente, las mujeres debemos promover y alentar la interpelación intercultural en todas las direcciones; debemos criticar el velo de las musulmanas y, a la recíproca, dejar que ellas destapen todas nuestras zonas de vulnerabilidad. Ver también los trabajos publicados en KNOP, Karen, “Gender and Human Rights”, University Press, Oxford, 2006. Ver también PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, “Feminismo y multiculturalismo. Una versión de Ariadna en el laberinto de las identidades”, en AA.VV., Perspectivas sobre feminismo y derecho, ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 123.

(57) Ver MOLLER OKIN, Susan (with respondent), “Is Multiculturalism Bad for Women?”, Princenton University Press, New Jersey, 1999; CROXATTO, Guido L., “¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres? Respondiendo a la famosa pregunta de Susan Moller Okin a partir de un caso argentino”, en Rev. Pensar en derecho, año 3, n° 5, p. 137; RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, “Universalismo vs. Multiculturalismo en la encrucijada contemporánea de los derechos humanos. Algunos ejemplos jurisprudenciales argentinos”, LA LEY, 2014-B, 923.

a la producción, y gozando, en consecuencia, de poder de dominación, especialmente económica.

Las metáforas de la *feminización de la naturaleza* y la *naturalización de la mujer* perjudicaron tanto a la mujer como a la naturaleza:

En efecto, por un lado, la naturaleza se convirtió en el ser vulnerable del que se puede abusar; por el otro, la mujer quedó subordinada a cuidar de lo orgánico, minusvalorado económica y socialmente, mientras el hombre se convierte en el dueño de la *técnica*.

Obviamente, cuando el CBD menciona a la mujer no es con esa visión retardataria; al contrario, afirma categóricamente que ella debe tener "*participación en todos los niveles de la formulación y ejecución de políticas encaminadas a la conservación de la diversidad biológica*".

Parece reconocer, entonces, a un tipo de ecofeminismo, que la destrucción ambiental afecta en especial a las mujeres y al conjunto de las poblaciones pobres del Tercer Mundo, y que parte de la responsabilidad la tienen los grupos dominantes que monopolizan el poder y controlan los recursos.

## IX. Conclusiones provisionarias

Coincido plenamente con algunas conclusiones estupendamente expuestas por diversos autores:

a) "Se puede creer, con el biólogo Santiago Castroviejo, que cuando se extinguieron los dinosaurios no pasó nada; ellos y muchas otras especies desaparecieron, pero en su lugar se desarrollaron los mamíferos y llegamos nosotros, los humanos.

Puede entenderse, entonces, que también con la pérdida constante de la biodiversidad no pase nada, pues se abre un futuro cósmico sin seres humanos, que quizás dé lugar a formas de vida aún superiores a la nuestra (58).

Desde esta ilusión, el mundo está lleno de dinosaurios en sentido biológico, de especies que están esperando desaparecer y cuya destrucción abre el camino de la creación para dar paso a nuevas formas de vida. Este camino de *destrucción creadora* revela una crisis de utilidad.

---

(58) Después de todo, como decía mi admirado Lisandro de La Torre, "El hombre es un habitante de última hora del universo. El universo no necesitó su presencia ni su colaboración para vivir millones de millones de años" (DE LA TORRE, Lisandro, "Intermedio filosófico. La cuestión social y los cristianos sociales. La cuestión social y un cura", Bs. As., Anaconda, 1937, p. 17).

Entonces, cabe preguntarse: *¿por qué no debemos perder biodiversidad?*

Y la respuesta es: porque es un indicador que vamos en el mal camino para nuestro propio futuro. Si el ser humano quiere seguir existiendo tiene que renunciar a su trono, a su despotismo. El ser humano existe si la naturaleza existe” (59).

b) La supervivencia de la naturaleza no es solo responsabilidad de la mujer.

“Las mujeres no somos ángeles del ecosistema, ni representantes de la naturaleza. Un rápido recorrido por la política ambiental internacional nos facilitaría nombres de mujeres que contribuyen con entusiasmo a la destrucción ambiental; basta recordar a la candidata ultraconservadora a la vicepresidencia de USA, Sarah Palin, cuya devastadora política ambiental como gobernadora de Alaska incluyó el ametrallamiento de la fauna local desde helicópteros y la promoción de explotaciones petrolíferas en zonas silvestres protegidas. Las mujeres somos personas y, como tales, cada una de nosotras puede decidir prestar o no su voz a quienes no tienen voz. Defender la naturaleza, luchar por un mundo sostenible en este momento decisivo de la historia humana es una decisión libre. No es consecuencia automática de una esencia femenina. Razón y emoción tienen que estar conectadas para que los humanos seamos seres equilibrados capaces de alcanzar una calidad de vida que no pase por la multiplicación *ad infinitum* de los objetos materiales, sino por la mejora de las relaciones interpersonales en la igualdad” (60).

c) La conservación de la biodiversidad no es sólo responsabilidad de los pueblos originarios. Ellos no tienen por qué estar sumidos en la pobreza, respetando la biodiversidad, mientras las empresas aprovechan económicamente estos recursos.

d) “Si queremos mantener la biodiversidad, se debe cerrar de forma urgente la brecha entre las palabras y la acción. Sólo los esfuerzos combinados de las fuerzas globales y locales pueden lograrlo, a través de coaliciones nacidas de la necesidad” (61). ◆

---

(59) CASTROVIEJO, Santiago, entrevista en diario *El País* del 24/9/2003, cit. por SENENT DE FRUTOS, Juan A., *Sociedad del conocimiento, biotecnología y biodiversidad*, ob. cit., p. 189.

(60) PULEO, Alicia, “Ecofeminismo. Para otro mundo posible”, Cátedra, Madrid. 2011, p. 17.

(61) DUTIHIE, David, “Perspectivas globales y locales sobre biodiversidad: Un cuento cautelar sobre la diferencia entre el dicho y el hecho en Kenya, en Da Cruz, Humberto (dirección) ob. cit., p. 67.

# ALGUNAS INCIDENCIAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

RAFAEL M. MANÓVIL (\*)

## **I. Introducción. Sobre la calificación y prevalencia de las normas**

Como lo ha expuesto la doctrina societaria tradicional en forma prácticamente unánime, el régimen de responsabilidad de los directores de la Ley de Sociedades se rige por los principios del ordenamiento general aplicable a toda responsabilidad civil. Es decir, para la imputación de responsabilidad deben existir todos sus elementos: el daño, la antijuridicidad, el factor de atribución y el nexo causal.

La necesidad de que en la ley se hubiera establecido un régimen específico de responsabilidad de los directores y, en particular, de éstos más que de los administradores sociales en general, responde a la función principal de precisar deberes y conductas, supuestos de liberación y extinción específicos, la solidaridad y, sobre todo, la mecánica de ejercicio de las acciones (1).

Para determinar si, como consecuencia de la sanción del Código Civil y Comercial, se ha producido, o no, una modificación al régimen societario sobre la materia, se requiere prestar atención a sus normas en dos aspectos: por una parte, a las normas generales relativas a las personas jurídicas y, por la otra, a los efectos de la sustitución íntegra del régimen de responsabilidad del Código Civil por uno nuevo, legislado a partir del art. 1708 del CCyC.

---

(\*) Comunicación del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 8 de septiembre de 2016.

(1) Véase la Exposición de Motivos de la ley 19.550, N° 10 Cap. IX.



Ello deberá ser analizado, en ambos casos, a la luz de las nuevas pautas generales establecidas en el CCyC en materia de interpretación de la ley y de prelación en la aplicación de las normas en ciertos supuestos.

En este aspecto, debe comenzarse por señalar que el art. 2º del CCyC establece que *“la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*. Aunque alguna autora ha señalado que *“la enumeración contenida en el artículo no implica una escala sucesiva y jerárquica de métodos de interpretación, ni la exclusión de otros elementos que pueden contribuir a desentrañar el sentido o sentidos de una norma”* (2), lo cierto es que en toda hermenéutica razonable del derecho deberá estarse, en primer lugar, a lo que establece el texto de la norma. Por ello debe tomarse con cuidado toda propuesta de recurrir al pintorescamente llamado *diálogo de fuentes*, cuando con ello se procura hacer decir a la norma algo distinto de lo que ella claramente establece (3).

En materia de sociedades es primordial tener en cuenta que el art. 150 CCyC establece para las personas jurídicas constituidas en la República que ellas *“se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; ... c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título”* (4). Como curiosidad que, tal vez, tenga

---

(2) FERREIRA RUBIO, Delia, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Rubén H. Compagnucci de Caso, T. 1A, Hammurabi, Bs. As., 2016, pág. 50.

(3) Otra autora que invoca esta figura para predicar alteraciones del régimen con fundamento en diversas normas del CCyC es BOQUIN, Gabriela Fernanda, Reformas a las acciones societarias y concursales según las normas del Libro III, Título V, Capítulo I del Código Civil y Comercial, en Mar del Plata 2016, págs. 275 y siguientes, y también en Las acciones de responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia y la normativa del Código Civil y Comercial, Revista Código Civil y Comercial, Ed. La Ley, N° 2, agosto 2015, pág. 185.

(4) Para una aplicación estricta del orden de prelación citado, véase MARSILI, María Cecilia, La ley 19.550 reformada como microsistema normativo autosuficiente para los sujetos regulados. Aplicación e interpretación, en El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema de Derecho Privado —XIII Congreso Argentino de Derecho Societario—, Mendoza, 2016, T. I, pág. 63. Con motivo del análisis de la superposición del art. 144 CCyC con el art. 54, tercer párrafo, LGS, y comentando el primero de ellos, sostiene la aplicación de la ley especial “sobre todo, cuando dicha adopción no ha sido literal, lo cual en ningún caso justificará la aplicación del texto de la norma adoptada a los supuestos bajo regulación de la especial. Más aún cuando hay contraposición entre las soluciones adoptadas en cada regulación. Si el legislador se hubiera propuesto la aplicación de soluciones diversas de las previstas en la ahora LGS, no hubiera dudado en modificar preceptos de ésta última, tal y como lo hizo en otros casos. Cuando, en cambio, el Código contiene normas, ausentes de la LGS



alguna relevancia, nótese que en lo relativo a las normas imperativas la referencia es al Código en su integridad, mientras que en lo que concierne a las normas supletorias, son sólo las del Título II del Libro Primero. Además, aunque puede no tener relevancia en relación con el tema aquí tratado, téngase en cuenta que, con respecto al orden de prelación en la aplicación de las normas imperativas, el texto aprobado difiere del contenido en el art. 146 del Proyecto de 1998: no sólo en éste se equiparaban ambas normas por medio de la conjunción “o”, sino que, además, la categoría tratada era la de *normas inderogables* y no la de *normas imperativas*. Esto último tendrá la eventual relevancia que se señalará enseguida. No está de más, tampoco, citar otra reflexión en pro de la inexorable prevalencia del *microsistema* por sobre la normativa del CCyC: este cuerpo ofrece “*un derecho supletorio del derecho privado, aplicable sólo cuando los microsistemas normativos ... no alcancen, sean insuficientes o no prevean (en caso de laguna o vacío legal) las conductas en análisis*”. (5)

Para los contratos —y lo menciono porque la sociedad es un contrato plurilateral de organización, aunque sea discutible la calificación cuando la sociedad es instituida por una sola persona— el art. 963 CCyC establece como orden de prelación el de “*las normas indisponibles de la ley especial y de este Código*” (inc. a) en forma conjunta. A su vez, el art. 1709 CCyC dispone que “*en los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código*”. Es decir, aunque la enumeración esté aquí invertida, también se equiparan las normas *indisponibles* del Código y de la ley especial. (6)

---

que, integradas a ésta cubren situaciones huérfanas de ordenamiento específico societario, vacío o lagunas legales, la aplicación supletoria no es objetable. Es lo que ocurre, por ejemplo con los artículos 158, incisos a) y b) y 161 del CCyC cuya aplicación extensiva, según el caso, podría considerarse”. Y en nota 71 aclara: “Véanse también los arts. 159 y 160 del CC y C versus los arts. 59 y 274 de la LGS, que desde luego desplazan a los primeros en su aplicación a los sujetos societarios en la interpretación que sostenemos”.

(5) BARREIRO, Marcelo, Algunos apuntes sobre la responsabilidad de los administradores de la persona jurídica a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema de Derecho Privado —XIII Congreso Argentino de Derecho Societario—*, Mendoza, 2016, T. II, pág. 1326.

(6) BARREIRO, Marcelo, Algunos apuntes ..., págs. 1327/8, aún ante esta inversión de los términos, sostiene la prevalencia del microsistema de responsabilidad por sobre el general, en función del principio de especialidad jurídica (*lex specialis derogat legi generali*), apoyándose para ello en BETTI, Emilio, interpretación de la Ley y los actos jurídicos, traducción de José Luis de los Mozos, Madrid, 1975, *Revista de Derecho Privado*, pág. 119.

Esto obliga a plantearse de inmediato la compleja pregunta acerca de si *norma imperativa* es sinónimo de *norma indisponible* o, más genéricamente, qué es lo que exactamente significa esta última categoría. El uso reiterado del término *indisponible* a lo largo del texto del código, es llamativo. Cuando el art. 962 CCyC (copiado del art. 902 del Proyecto de 1998) dispone que “*las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto, resulte su carácter indisponible*”, nos pone ante un dato aún más desorientador: pareciera que la noción de *indisponibilidad* de una norma incluye tanto a las imperativas que protegen intereses privados, como a las imperativas que protegen intereses públicos, que son las verdadera y definitivamente indisponibles. Ello así, porque cuando se protegen intereses privados es irrenunciable la protección como tal, mientras que cuando esa protección ya operó, la decisión no queda en manos de nadie más que del sujeto protegido, que puede renunciar a ella, ejercer, o no, el derecho que derivaba de su protección, dejar que prescriba, etc., sin que ningún juez, de oficio, pueda disponer la nulidad o la inaplicabilidad de esa renuncia. Nada de esto ocurre con las normas que protegen intereses públicos, sobre las cuales no puede haber disposición privada en ningún tiempo.

No existió una explicación suficiente con motivo del Proyecto de 1998, ni existe ahora respecto del CCyC, acerca de las razones por las que se modificó la terminología tradicional. Por ejemplo, al comentar Leiva Fernández el art. 962 CCyC, habla de la supremacía de las reglas imperativas en diversos ordenamientos, dando por equivalente lo *indisponible* con lo *imperativo*. Pero a la hora de definir, escribe que “*es imperativa la norma que excluye la voluntad privada de tal modo que la regulación que establece se impone a los interesados sin poder ser modificada ni sustraerse a sus consecuencias*”. (7) Y luego insiste: “*norma indisponible es equivalente a norma imperativa, es decir aquella que la voluntad de las partes no puede soslayar. Llambías explica que son leyes imperativas ‘aquellas que prevalecen sobre cualquier acuerdo diverso de los particulares sometidos a ellas. Su contenido se aprecia que es de orden público y consiguientemente el comportamiento previsto se impone incontrastablemente, no obstante el deseo de alguien de quedar sujeto a una regulación diferente’*”. (8)

---

(7) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis E. P., en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Jorge H. ALTERINI, Ed. La Ley, Bs. As. 2015, T. V, pág. 53, con cita de RIVERA en el Código Comentado dirigido por éste y Graciela MEDINA, T. III, pág. 415.

(8) *Ibidem*, pág. 56, con cita de LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado, Parte General, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978, T. II, pág. 56, cita que tal vez sea incompleta, porque Llambías, a diferencia de Borda, diferencia normas imperativas de normas imperativas de orden público.

Mas cuando en la misma obra Alferillo comenta el art. 1709 explica que “*el legislador adoptó el término “indisponible” entendiendo que los sujetos tienen impedimento para tomar una decisión conforme su voluntad que modifique el contenido de la norma. Parellada asimila en su significado a las normas indisponibles con las imperativas a lo cual cabe agregar para su análisis la vinculación de estas últimas con las normas denominadas de orden público, que son aquellas que receptan los principios ... cardinales de una comunidad jurídica, cuya existencia prima sobre todos los intereses individuales o sectoriales*” (9). Razón por la cual, estableciendo la diferenciación, señala lo que dijo la buena doctrina sobre las normas imperativas a secas, a saber, que “*algunas normas indisponibles, una vez adquirido el derecho, podrán ser renunciadas, como acontece con los plazos de prescripción acaecidos*” (10).

Para mayor confusión terminológica en el Código, milita todavía el art. 12, el cual, bajo el título “*Orden público. Fraude a la ley*”, dispone que “*las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado esencialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*” (11). Esta norma, por su contenido, parece referirse a lo que son genuinamente normas indisponibles en razón de un interés público, y no de mera protección de un interés privado. Sin embargo, el artículo transcrito comienza llamándolas como de *orden público* y termina refiriéndose a normas *imperativas*. Mas cuando estas últimas están destinadas a proteger un interés privado, como ya se señaló, una vez operada la protección, son disponibles por el sujeto que fue protegido. Con lo cual, nuevamente, estas normas no parecen ser indisponibles: no cabe que autoridad alguna, por decisión propia, fuerce la aplicación de la norma imperativa eventualmente eludida.

A ello cabe agregar que, para entender a qué se refiere el legislador cuando, por una parte, establece un orden de prelación de normas im-

---

(9) ALFERILLO, Pascual E.A., en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Jorge H. ALTERINI, Ed. La Ley, Bs. As. 2015, T. VIII, pág. 11, con cita de Carlos PARELLADA, La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos, LL, T. 2013-E, pág. 840.

(10) *Ibidem*.

(11) Véase la crítica a la vinculación de la elusión de una norma de orden público con el fraude en LUQUI, Roberto Enrique, Reflexiones sobre el concepto de orden público, Anticipo de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año LX, Segunda Época, Número 53, octubre de 2015, pág. 14.

perativas y cuando, por la otra, equipara la aplicación de normas indisponibles, es preciso tener presente que *es conceptualmente inconcebible que existan dos normas de orden público que se hallen en conflicto* (12): el orden público es uno solo y no pueden existir normas de interés general que protejan principios que estén en contradicción entre sí, ni que lo estén con los que protegen normas simplemente imperativas, porque siempre prevalecen las primeras. Estas últimas sí pueden hallarse en conflicto, porque los intereses particulares protegidos son susceptibles de ser diferentes o porque la protección de esos mismos intereses se estructure de modo opuesto.

Toda esta materia merece un estudio mucho más profundo, que excede el objeto de esta comunicación. Aquí baste con señalar que el trato confuso y disímil de conceptos que no son de significado idéntico dentro del mismo Código, puede dar sustento a sostener que cuando el Código utiliza el concepto de normas *indisponibles* en los arts. 962, 963 y 1709 del CCyC, equiparando para su aplicación las de la ley especial con las del propio Código, *se refiere a las que son genuinamente de orden público, pero no a las imperativas que protegen otros intereses*. Esto también se proyecta sobre la selección del régimen y de las normas aplicables a la responsabilidad de los administradores de sociedades.

Establecidos estos presupuestos, es preciso señalar las normas del CCyC que tratan de la responsabilidad civil y son invocadas como incidentes en el régimen vigente para aquellos y, en particular, para los directores de sociedades anónimas.

## II. Normas específicas del CCyC relativas a los administradores

A diferencia del Proyecto de 1998, que callaba al respecto, la parte general de personas jurídicas incorporada al Código trae dos normas

---

(12) BARREIRO - FERRO - SCAMPINI - MADERO - GARCÍA - ARECHA - RESEMBLIT - WINIK - PASTORE - CAMINOS - RAMÍREZ BOSCO - DE LEÓN - ONORTI - CULTRARO, La prelación normativa del artículo 150 del Código Civil y Comercial, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema de Derecho Privado —XIII Congreso Argentino de Derecho Societario—*, Mendoza, 2016, T. I., pág. 50. Concluyen estos autores en que: “(i) en primer lugar se aplica el microsistema societario por sobre el código; (ii) pero cuando exista una norma de orden público del Código ésta resulta aplicable por sobre las normas imperativas de la ley especial; y (iii) cuando se da la colisión de dos normas de orden público, una del microsistema y otra del texto codificado, habrá que sopesar la importancia del interés público en juego en cada caso, sin aplicar en esa circunstancia ningún orden de prelación en función de lo establecido en textos legales, sino que se deberá establecer cuál de esos intereses jurídicamente protegidos es más elevado de acuerdo con los “principios y los valores jurídicos” que en el artículo 2 del Código impone como pauta interpretativa básica”.

aplicables a los deberes de conducta y a la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas privadas. Son los arts. 159 (13) y 160 (14).

El texto de estas normas plantea el interrogante, entonces, acerca de si, a la luz de lo dispuesto en el art. 150 CCyC, ellas son o no aplicables a los administradores de sociedades y, en particular, a los directores de sociedades anónimas. Me inclino por la respuesta negativa, aun reconociendo que ello tendrá escasa importancia práctica en el caso del art. 159 CCyC. En efecto, en materia de directores de sociedades anónimas, la calificación de la diligencia debida en función del estándar del *buen hombre de negocios* garantiza la calidad de su actuación profesional, y las disposiciones de los arts. 271, 272 y 273, ya les imponen abstenerse de competir y de actuar en conflicto de intereses.

Con relación al art. 160 CCyC, en cambio, aunque la culpa por omisión ya se consideraba incluida en las causales de responsabilidad (15), la diferencia con el régimen societario puede ser importante, ya que esta norma

---

(13) “Art. 159.- Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario. Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia”. Esto es mera extrapolación de los principios establecidos en el art. 59 de la LGS. “No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica”. Es de toda evidencia que esta última es una imposición absurda, inadecuada a cualquier persona jurídica que no sea una sociedad cotizante, de cuyo ámbito, en la Ley de Mercado de Capitales y en su antecedente, el Decreto Delegado 677/2001, se la copió”. NISSEN —con cita de CALCATERRA en un trabajo de esta autora en *Doctrina Societaria y Concursal*, mayo 2015, pág. 243— dice que el deber de implementar medios preventivos para evitar conflictos de intereses, es vago y no tiene precedentes (NISSEN, Ricardo Augusto, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Societario*, Hammurabi, Bs. As., 2015, pág. 80), olvidando, sin embargo, su presencia en las leyes sobre mercados de capitales, como se indicó.

(14) “Art. 160.- Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión”. Con ello, el legislador adoptó las interpretaciones más amplias y extensivas de las expuestas respecto del primer párrafo del art. 274 LGS, incluso agravándola, como se expone en el texto.

(15) Que la responsabilidad sea tanto por acción como por omisión, más que una innovación (la omisión dañosa en este terreno es siempre el incumplimiento de deberes de actuación), parece responder a la voluntad de acentuar una formulación admonitoria para quienes cumplan esas funciones.

incluye el deber de responder por daños causados por simple culpa también *con ocasión* de sus funciones, y no solo *en ejercicio* de ellas. En cambio, el régimen del primer párrafo del art. 274 LGS fue interpretado como que el factor subjetivo de atribución, dolo o culpa, por los daños causados por mal desempeño del cargo o por violación de la ley, el estatuto o reglamento, aplica a los daños causados en ejercicio de la función, mientras que sólo la última parte del párrafo (“*y cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave*”), con factores de atribución más restringidos, o sea, por lo menos mediando *culpa grave* —además del dolo y el algo ambiguo concepto de abuso de facultades— se refiere a daños causados *en ocasión de las funciones* (16).

Al derogarse los dos Códigos históricos, el CCyC resolvió las complejas discusiones habidas en materia de prescripción de las acciones de responsabilidad contra administradores sociales, respecto de las cuales, no sólo se habían sostenido diversas clases de plazos de acuerdo con la concepción de cada autor sobre la naturaleza del vínculo del administrador con la sociedad, sino también respecto del comienzo de cómputo del plazo (17). El nuevo plazo de prescripción es de tres años, como lo dispone el art. 2561, segundo párrafo (18). Es equivocada una aislada posición que, en disidencia, sostiene que, por la especialidad del régimen societario y por la de su régimen de responsabilidad, sería de aplicación el plazo general de cinco años del art. 2560 (19). El único ordenamiento especial que contiene una regla diversa,

---

(16) Véase ZALDÍVAR - MANÓVIL - RAGAZZI - ROVIRA, Cuadernos de Derecho Societario, Abeledo Perrot, Bs. As., 3ª ed., 1983, T. III, págs. 657/8, donde, rebatiendo la opinión de Jorge MOSSET ITURRASPE (Responsabilidad de quienes dirijan o administren sociedades comerciales, JA, 1973, pág. 670), se dice que “la última parte del artículo, al referirse a cualquier daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave, no está calificando las condiciones para la responsabilidad genérica, sino agregando nuevas razones para hacer responder a los directores por cualquier otro daño producido en esas condiciones”. También OTAEGUI, Julio César, Responsabilidad civil de los directores, RDCO, año 11, 1978, págs. 1299/1300, desarrollando estas ideas, señala expresamente que la última parte del primer párrafo del art. 274 no son “daños resultantes de la indebida conducta del director en ejercicio de sus funciones, sino con ocasión de sus funciones”.

(17) Ver las distintas posiciones en ROITMAN, Horacio, Ley de sociedades comerciales comentada, La Ley, Bs. As., 2ª ed. 2011, T. V, págs. 327/9.

(18) “Art. 2561.- Plazos especiales. .... El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”.

(19) VÍTOLO, Daniel R., Aspectos controvertidos del plazo de prescripción en las acciones de responsabilidad contra directores, Errepar, año 2016, donde invoca que se trataría de una responsabilidad propia típica. Pero si se sostiene la especialidad del régimen hasta este extremo, debería también descartarse íntegramente la aplicación de todo el Código Civil y Comercial a las sociedades, cosa que no se aventura a sostener.

que prevalece, es la acción de responsabilidad específicamente concursal del art. 173 LCQ (20).

Ya con motivo de una comunicación anterior señalé mi disidencia con la solución del CCyC sobre la suspensión del curso de la prescripción, contenido en el inc. d) del art. 2543 (21), suspensión que, en rigor, implica una postergación en el comienzo del cómputo del plazo. La norma, originaria del Proyecto de 1998 es injustificada: a diferencia de los otros supuestos de suspensión contemplados en la disposición (entre cónyuges y convivientes, por la relación; entre incapaces y sus padres, tutores o curadores o apoyos), en los que no es concebible que pueda ejercerse una acción hasta que no cese la relación o la incapacidad, respecto de los administradores de personas jurídicas y, en particular, de sociedades, no existe impedimento moral o de autoridad para que el órgano de gobierno, y hasta los socios o accionistas individualmente, decidan ejercer las acciones pertinentes. Se instala así una situación que puede llegar a una cuasi imprescriptibilidad cuando los administradores permanecen largo tiempo en su cargo, como es frecuente que ocurra en la realidad societaria. A ello debe agregarse que si un administrador cesa en su cargo y luego es nuevamente designado, el curso de la prescripción vuelve a suspenderse si la prescripción no se produjo en el interregno.

### **III. Normas con incidencia en el régimen de responsabilidad de administradores y directores**

Algunos autores ya han analizado el nuevo régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual unificado que establecen los arts. 1708 y sigtes. del CCyC a fin de fundar su potencial incidencia en diversos aspectos de la responsabilidad civil de los administradores sociales. En algunos casos ello ha sido para predicar el agravamiento de las responsabilidades civiles en general y, en particular, de las que son objeto de esta comunicación.

No puedo menos que ser crítico con la corriente que, en general, busca expandir a cualquier costa las causales de responsabilidad y el elenco de sujetos pasivos a quien imputarlas. Es pertinente recordar unas reflexiones del académico Rivera, quien habla de *“una suerte de panresponsabilismo”*: *siempre que alguien sufre un daño busca un responsable solvente a quien reclamar una indemnización*” y de *“una forma de infantilización de nuestra*

---

(20) BARREIRO, Marcelo, Algunos apuntes ..., op. cit., pág. 1335.

(21) “Art. 2543.- Casos especiales. El curso de la prescripción se suspende: ... d) entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo”.



sociedad”, lo que ha causado “*varios efectos: (i) el incremento del costo de las primas de seguros; (ii) la desaparición de ciertos productos del mercado, o su sustitución por productos importados; (iii) el no aseguramiento de ciertas actividades o bienes; (iv) la crisis de los aseguradores; (v) en fin, la imposibilidad de hacer efectivas las indemnizaciones por la insolvencia del demandado y de su asegurador*” (22).

Si ello es así en general, tanto más lo es para los administradores sociales, porque “*dirigir una empresa no es fácil, y hacerlo sin cometer errores que pudieran afectar los intereses de socios o terceros es prácticamente imposible. Esto es así porque toda decisión empresarial genera consecuencias que son interpretadas subjetivamente por aquellos a quienes perjudican o benefician. No obstante ello, los dirigentes de una empresa no pueden dejar de tomar decisiones ya que la inacción es tanto o más perjudicial que las medidas que pudieran tomar, y pone en serio riesgo el futuro de la empresa. Algunas de esas decisiones suponen un riesgo propio para el director o gerente que debe tomarlas, ya sea porque podrían comprometerlo penalmente o porque podrían poner en riesgo su patrimonio personal. ... Cargar las tintas en forma exagerada sobre la responsabilidad de los directores podría llevar al incremento del empleo de testaferros, con las dificultades de todo tipo que tales acciones originan*” (23). En otros términos, todo cuidado y ponderación es poco a la hora de construir interpretaciones y doctrinas fundadas en las nuevas normas.

De entre éstas, la primera que se cita es la del art. 1708 CCyC, en cuanto, al lado de la función reparadora de las disposiciones sobre la materia, predica su función preventiva. Ello, se dice, generaría nuevos deberes en cabeza de los administradores sociales (24). Sin embargo, nada se deduce de ello para estos últimos, porque ese deber forma parte del más genérico de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios. Este estándar obliga por sí mismo a obrar con prudencia y previsión, de modo que no se agrega nada nuevo para ellos. Como ha señalado la doctrina, la función preventiva de la responsabilidad civil no importa la adopción del *principio precautorio* (25). Por otra parte, a poco que se indague en el contenido de las nuevas disposiciones del CCyC referidas al deber de prevención, se advierte que el art. 1710 se refiere a la obligación de

---

(22) RIVERA, Julio César, Estudios de Derecho Privado (1984-2005), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2006, págs. 610/11.

(23) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) - FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), Mecanismos para la limitación de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, Errepar, DSE, N° 298, tomo XXIV, septiembre de 2012.

(24) BOQUIN, Gabriela F, Reformas a las acciones societarias ..., op. cit., pág. 276.

(25) ALFERILLO, Pascual, en el Código Civil y Comercial, op. cit., T. VIII, págs. 7/8.



toda persona, quienquiera sea, de prevenir un daño, “*en cuanto de ella dependa*”. Esto último puede variar, es obvio, de caso en caso. Pero es claramente erróneo, en este terreno, sostener que para juzgar el cumplimiento del deber de prevención no son necesarios factores de atribución de ninguna clase (26). Esta falta de exigencia de que concurren factores de atribución en el art. 1711 CCyC no se refiere a la responsabilidad como tal, ni al ejercicio de las acciones para hacerla efectiva, sino que, lejos de ello, se limita a prever la posibilidad de iniciar una acción preventiva: “*la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento*”, y sólo para el ejercicio de esta particular acción, “*no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”. Ello está lejos de establecer, o siquiera de predicar, que la eventual responsabilidad por no cumplir con el deber de prevención pueda configurarse sin que concorra un adecuado factor de atribución (27).

También genera dudas interpretativas el art. 1717 CCyC, en cuanto, con el título de *antijuridicidad*, establece que “*cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”. Más que proyectar consecuencias sobre la responsabilidad de los administradores de sociedades, esta disposición sirve para fundar escepticismo sobre la razonabilidad de equiparar la responsabilidad extracontractual con la contractual (28). La norma está pensada y puede operar sólo para actos u omisiones que generan daños extracontractuales, pero no para el caso de incumplimiento de una obligación contractual, ni siquiera para negarse a celebrar un contrato. Para una actividad compleja como la administración de los negocios de una sociedad, de la aplicación literal de esta norma resultaría que toda pérdida sufrida por un tercero, por acción u omisión, se presumiría siempre antijurídica hasta la difícil demostración de que estaba justificada. El siempre presente daño causado por la omisión de contratar con un tercero, ¿podría justificarse por haber los administradores preferido a otro co-contratante, o por haber desistido de hacer el negocio? Al margen del semillero de litigios que provocaría una irracional lectura de la norma ¿qué clase

---

(26) Es lo que sostiene NISSEN cuando para referirse a supuestos de sociedades infracapitalizadas, hace referencia a estas normas: “los arts. 1710 y 1711 prevén el deber de toda persona de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, promoviendo la acción preventiva correspondiente, sin que sea exigible la concurrencia de ningún factor de atribución” (NISSEN, Ricardo Augusto, *Incidentes del Código Civil y Comercial. Derecho Societario*, Hammurabi, Bs. As., 2015, pág. 78).

(27) Cfme.: BARREIRO, Marcelo, *Algunos apuntes ...*, pág. 1331.

(28) El tema excede, es obvio, el marco de esta comunicación.

de justificación es la que debe aceptarse? ¿Tendrá el administrador de una sociedad que demostrar los motivos de negocios, o de afecto, o de confianza, por los que eligió dejar de lado la contratación con un tercero para preferir a otro? Si el art. 1717 se aplicara de este modo a las relaciones contractuales podría ser tachado de inconstitucional por no pasar el *test* de razonabilidad (29).

En otro terreno, también se menciona como elemento determinante de nuevos alcances de la responsabilidad civil de los administradores sociales a la caracterización del dolo del art. 1724 CCyC, cuando establece que “*el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”. Sin embargo, como elemento intencional del delito civil o del incumplimiento, la norma sólo agrega de manera explícita a la materia civil el concepto del dolo eventual. Para los administradores de sociedades, sin embargo, esta idea no resulta novedosa, porque, como ya se señaló, sus expresos deberes de actuación siempre constituyeron un impedimento para desentenderse de los intereses afectados por sus actos y decisiones, o de las consecuencias dañosas de éstos.

Se ha querido ver en la redacción del art. 1725 CCyC un “*mayor deber de previsibilidad de las [consecuencias]*” que en el régimen del Código Civil sustituido (30). Empero, comparada esta norma con el art. 902 del Código Civil no se advierten diferencias en su esencia. Sólo se agregó la previsión de que “*cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes*”. Empero, en lo que concierne a los administradores de sociedades, el correlato de la confianza depositada en ellos es el deber de lealtad expresamente previsto en el art. 59 LGS, con la enorme riqueza y amplitud de consecuencias que derivan de él. Precisamente, la última parte del art. 1725, cuando establece que “*para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes*” y que, “*en estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente*”, da la pauta de que la regla general cede ante el particular alcance del deber de lealtad de la norma especial societaria ya citada.

#### **IV. La pretensa pero inexistente responsabilidad objetiva de los directores por su actuación en circunstancias supuestamente *peligrosas***

No puede sino responder a una particular visión del derecho y del modo

---

(29) Sobre la racionalidad de las normas, véase MANÓVIL, Ezequiel, Razonabilidad de las leyes: ¿un principio “supraconstitucional”? LL, T. 2006-E, pág. 1049.

(30) BOQUÍN, Gabriela F., op. cit., pág. 185.

en que deben expandirse responsabilidades, la construcción según la cual, en supuestos en que una sociedad ha quedado infracapitalizada pero, no obstante, sigue ejerciendo su actividad económica, los administradores que así lo disponen o permiten estarían ejecutando una actividad riesgosa o peligrosa “*por las circunstancias de su realización*” (art. 1757 CCyC). Por tanto, de conformidad con la última parte de la misma norma, la responsabilidad de los administradores sería objetiva. El fundamento se ampliaría, todavía, porque “*en caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirva u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros*” (art. 1758 CCyC) (31).

Además del esencial rechazo a la aplicación del factor de atribución objetivo en materia mercantil en general (32), para desestimar ese tipo de construcciones bastará con analizar la génesis de la incorporación al derecho de la noción de resarcimiento por actividades riesgosas y se concluirá que nunca este concepto fue previsto ni imaginado para establecer una responsabilidad objetiva en cabeza de administradores sociales por el modo en que ejercen esa actividad o cumplen con los deberes inherentes al cargo.

El origen de esta noción se halla en el art. 2050 del Código Civil italiano de 1942 (33). En nuestro país, el Anteproyecto de Código Civil de 1954, obra principalmente de Jorge Joaquín Llambías, previó por primera vez una responsabilidad originada en el ejercicio de una actividad peligrosa “*por su naturaleza o por la índole de los medios empleados*”, aunque no fuera ilícita, y con la salvedad de la culpa inexcusable de la víctima. En el Proyecto de Unificación de 1987 se agregó un párrafo al art. 1113 que a los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa equiparaba también “*los daños causados por actividades que sean riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización*”. En el Proyecto de la Comisión creada por el decreto 468/92, el art. 1590 decía que “*lo previsto para los daños causados por o con intervención activa de las cosas es aplicable a los daños causados por actividades que sean peligrosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización*”. En todos estos proyectos se preveía que la

---

(31) BOQUÍN, Gabriela F., op. cit., pág. 189. Sin embargo, terminantemente en contra, BARRERO, Marcelo, Algunos apuntes ..., pág. 1336, con apoyo en que el CCyC no adoptó el sistema del denominado derecho de daños, sino que mantiene los principios de la responsabilidad civil substancialmente fundado en el factor subjetivo. Ello excluye la responsabilidad objetiva de los administradores sociales, excepto respecto de la obligación de implementar sistemas de prevención de conflictos y la de llevar libros.

(32) DASSO, Ariel Ángel, ¿La responsabilidad objetiva, es aplicable al derecho mercantil?, en El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema de Derecho Privado -XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Mendoza, 2016, T. II, págs. 1275/1280.

(33) Seguido por numerosos otros Códigos, como el de Portugal, el de Hungría, el de México, el de Perú, el de Bolivia y el de Paraguay.

responsabilidad establecida sería objetiva. En cambio, en el proyecto de la Comisión Federal de 1993 se optó por no incluir el párrafo del proyecto de 1987, no sin ciertas hesitaciones y disidencias, como lo explica el Informe con el que el Proyecto se elevó a la Cámara de Diputados. Y el Proyecto de 1998, con buena redacción, retoma los precedentes anteriores al establecer en su art. 1665 que “*quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirva u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad*”. A ese efecto “*se considera actividad especialmente peligrosa a la que, por su naturaleza, o por las sustancias, instrumentos o energía empleados, o por las circunstancias en que es llevada a cabo, tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves*”. Ello, en todo caso, dejando “*a salvo lo dispuesto por la legislación especial*”.

Esta redacción se presentaba como mejor y más clara que la del CCyC. En todo caso, es indicativa de qué es aquello a que, en todo el derecho comparado, alude la idea de una responsabilidad objetiva por ejercer una actividad peligrosa. En efecto: en contraste con el precedente, el art. 1757 del CCyC, como ya se vio, a lo peligroso de la actividad le quita la calificación de serlo *especialmente*, al *peligro* le agrega el *riesgo* (34), descarta como eximentes la autorización administrativa, así como el cumplimiento de las técnicas de prevención y omite la referencia a los instrumentos o a la energía utilizados, pero no innova en cuanto a que la responsabilidad pueda darse en razón de las circunstancias en que es realizada (35).

En todo caso, es importante recurrir a los antecedentes relativos al significado y a la razón de ser de esta especial responsabilidad objetiva, y a tal fin es preciso tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana sobre el ya citado art. 2050 del Código Civil que, para la aplicación de la norma, exigió que la actividad represente una notable o relevante potencialidad de daño a terceros, presuponiendo una actividad que por sus características propias e intrínsecas presente esa aptitud dañosa (36). Como con acierto y de modo concordante enseña el académico de Córdoba

---

(34) En rigor son sinónimos. La Real Academia define peligro como “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal” y riesgo como “contingencia o proximidad de un daño”.

(35) No agrega nada relevante a los efectos aquí discutidos el art. 1758, que enuncia los sujetos responsables: “en caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

(36) Corte de Casación de Italia, 29.5.89, Giur. Ita. 1990, T. I, pág. 234, citada por BIANCA, *Diritto civile*, T. 5, pág. 301, citado por PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código*, en LL, 2015-D, pág. 997.

Ramón Pizarro, “*una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza (esto es, por sus características propias, ordinarias y normales, por los medios empleados, o por las circunstancias de su realización (v.gr. por algún accidente del lugar, tiempo o modo) genera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros, ponderable conforme a lo que regularmente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas. ... El carácter riesgoso de la actividad deviene de su relevante y especial peligrosidad intrínseca, o de circunstancias extrínsecas, instrumentales, de persona, tiempo o lugar. Puede vincularse, de tal modo, con su propia naturaleza, con los medios o elementos utilizados y con las metodologías empleadas para desplegar ciertas actividades, las cuales deben ser gobernadas por su titular. ... La ponderación de esas circunstancias y de su incidencia en la riesgosisdad de la actividad debe realizarse en abstracto, con total prescindencia del juicio de reprochabilidad que podría merecer la conducta del sindicado como responsable en concreto. ... Para ser considerada actividad riesgosa es indispensable que la misma tenga una notable intrínseca potencialidad de dañosidad para terceros o, lo que es igual, que sea especial o particularmente riesgosa. Por tal motivo, una actividad normalmente inocua que se torne riesgosa o peligrosa por la conducta de quien la ejerce no entra en el estándar normativo que nos ocupa. Con ello se quiere significar que no cualquier riesgo que dimane de una actividad será apto para generar la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva estatuido por los arts. 1757 y 1758. Una interpretación en contrario llevaría a incluir en esta tipología la casi totalidad de los supuestos de responsabilidad civil, pues casi no hay actividad que de uno u otro modo no genere riesgos o peligros para terceros. De seguirse una conceptualización semejante, la inmensa mayoría de los supuestos de responsabilidad por daños debería ser atrapada en dicha normativa, lo cual es inadmisibile y carente de antecedentes en el derecho comparado*” (37).

Con lo dicho queda descalificada la pretensión de un encuadre para el que, claramente, las normas no fueron previstas. No está incluida entre las peligrosas o riesgosas la actividad empresaria en tanto tal, sino sólo el riesgo o peligro del contenido concreto de esa actividad. La doctrina de los autores especializados en la responsabilidad civil sin excepción refieren la norma a las consecuencias del industrialismo, del progreso tecnológico, el uso de productos potencialmente dañosos, siempre en función de los

---

(37) *Ibíd*em, págs. 998/1001. También GOLDENBERG, Isidoro H., La responsabilidad derivada de actividades riesgosas en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial, JA, 1998-II-552. En forma no tan terminante, MEZZINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, pág. 258, citado por LORENZETTI en el Código Comentado, T. VIII, pág. 586.

hechos y actividades en sí mismos, pero jamás respecto de circunstancias económicas o jurídicas de una actividad empresarial (38).

### V. La supuesta habilitación de la acción individual por daños proporcionales a la participación del accionista en el patrimonio social

La posición de que da cuenta el título deriva, según quienes la sostienen, de que en el CCyC, la Sección 4ª del Título V del Libro III, relativa al daño resarcible, el art. 1739 establece que “*para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente*” (39). En la misma orientación, con particular énfasis para el caso de quiebra, también se ha tachado de injusta la tradicional postura negatoria de la acción individual del art. 279 LGS para reclamar el daño indirecto producido por la merma o desaparición del valor de la acción o participación social (40). La misma autora sostiene, asimismo, que el nuevo art. 1739 CCyC, al establecer que “*para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto ...*”, habilitaría lo que la doctrina y jurisprudencia pasada negaban al accionista individual. Para sostener su tesis, equipara la noción de *daños indirectos* con la de *consecuencias mediatas* (41), categorías que la doctrina civilista ha mantenido separadas porque son conceptualmente independientes. Tampoco faltó un autor que publicó

(38) Véase ALFERILLO, Pascual J., en Código Civil y Comercial, op. cit., T. VIII, págs. 339 y sigtes., con amplia cita de caracterizada doctrina, como Kemelmajer de Carlucci, Parellada, Messina de Estrella Gutiérrez, etc.

(39) NISSEN, Ricardo Augusto, Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Societario, Hammurabi, Bs. As., 2015, escribe que “La responsabilidad de los administradores por los daños causados a la entidad, sus miembros y/o terceros comprende no sólo los daños directos, sino también los indirectos, actuales o futuros, ciertos y subsistentes (art. 1739 CCCN). La aclaración es importante, porque a partir de la vigencia de este nuevo ordenamiento legal se pondrá fin a la absurda jurisprudencia de los tribunales mercantiles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que descartan la acción individual de responsabilidad del administrador societario frente a los socios o accionistas ... cuando el daño no hubiera sido directo, con lo cual privan de toda posibilidad de resarcimiento a quien ... haya sufrido en su patrimonio como consecuencia del menor o nulo valor de las acciones o participaciones ...” (pág. 78). A lo cual agrega que “la inadmisibles distinción entre daños directos y daños indirectos efectuada por la jurisprudencia en torno a la procedencia de la acción individual de responsabilidad prevista por el art. 279 ... violaba incluso lo dispuesto por los arts. 1068 y 1079 del CC, conforme a los cuales quien ha causado un daño debe resarcir sus efectos en la medida necesaria para restañarlos. .... El concepto jurídico de daño, salvo restricciones requeridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley” (pág. 199). No obstante, pese a la afirmación de que en realidad los arts. 1068 y 1079 del Código de Vélez ya preveían el daño indirecto, celebra que el art. 1739 haya puesto fin a la jurisprudencia e interpretación tradicionales (pág. 200). Con esta contradicción él mismo demuestra que el CCyC nada ha cambiado en este aspecto ni se justifica una interpretación diversa de la tradicional.

(40) BOQUÍN, Gabriela F., op. cit., pág. 190.

(41) *Ibidem*, pág. 191.



un artículo afirmando, ya en el título, que con el CCyC los administradores sociales deben responder por los malos resultados, como si su obligación de administrar no fuera ya de medios, sino de resultados económicos (42).

Estas interpretaciones sobre el alcance de lo establecido en el art. 1739 CCyC cuando habla de daño *indirecto* deben ser desestimadas mediante la demostración de que esa disposición en nada altera el alcance tradicional otorgado a la acción individual del accionista prevista en el art. 239 LGS.

Este análisis puede comenzar con la cita de Halperín, cuando escribe que “*el accionista goza de una acción individual cuyo ejercicio le corresponde ministerio legis (art. 279). Esta acción individual se refiere a daños que reciba personalmente o como integrante de una clase de acciones (esto es, no es un daño que sufre indirectamente, integrante del daño mayor que soporta la sociedad y de la misma naturaleza que la de todos los demás accionistas)*” (43). Los ejemplos que da son el de una conducta dolosa que haya inducido al accionista a comprar acciones, la dilación en inscribir su transferencia, el impedimento puesto al ejercicio del derecho de suscripción preferente, o la violación de alguno de los derechos individuales del accionistas establecidos en la ley, el estatuto o el reglamento (44). En otra obra de esa época también se ha dicho, con referencia a la acción individual de accionistas y terceros, que “*en este supuesto se persigue la reparación del daño sufrido en el patrimonio personal del accionista, no como participante del interés general de la sociedad*” (45). Reiterada jurisprudencia resolvió

---

(42) MARTORELL, Ernesto E., Los administradores de sociedades ahora deberán responder por los malos resultados, LL, 2016-C, pág. 1085, con apoyo en un artículo periodístico publicado en el diario El Cronista. Además de decir que nunca estuvo de acuerdo con la restricción clásica a la aplicabilidad del art. 279, afirma que sobre la base del art. 1739 CCyC, “se podrá hacer juicio a los directores si las acciones bajan por mala gestión”. Esto ha sido categóricamente rebatido. Véase MIRANDE, Javier Miguel - ORQUERA, Juan Pablo, ¿Existe una responsabilidad de los administradores sociales por los malos resultados de su gestión?, en El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema de Derecho Privado —XIII Congreso Argentino de Derecho Societario—, Mendoza, 2016, T. II, págs. 1281/92.

(43) HALPERÍN, Isaac, Sociedades Anónimas, 2ª ed. Actualizada por Julio C. Otaegui, Depalma, Bs. As., 1998, pág. 557.

(44) Así, por ejemplo, un fallo reconoció una indemnización por medio de la acción individual por haber incurrido el directorio en una dañosa falta de información al accionista (Cám. Com., Sala C, 30.6.2011, Goldadler c. Blacher, en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 13, 2012, N° 3, pág. 45, con comentario de Camilo E. GARÓFALO y Federico R. DIANI (págs. 57/81), La violación del derecho de información del socio, ¿es un daño resarcible? A propósito de una polémica visión de la Cámara Comercial como presupuesto de la acción individual de responsabilidad art. 279 LSC.

(45) ZALDÍVAR, Enrique - MANÓVIL, Rafael Mariano - RAGAZZI, Guillermo Enrique - ROVIRA, Alfredo Lauro, Cuadernos de Derecho Societario, Vol III, 3ª ed., Abeledo-Perrot,

que “*para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad del art. 279 de la Ley de Sociedades no basta con demostrar que los administradores desplegaron una conducta irregular en el desempeño de sus cargos... sino que es menester acreditar un perjuicio concreto, directo y personal en el patrimonio del demandante*” (46).

Esta clara delimitación no es exclusiva del legislador argentino, ni de su doctrina, ni de su jurisprudencia. Las citas en el derecho comparado son abrumadoras. Así, para España, Esteban Velasco comienza por diferenciar los daños causados al patrimonio de la sociedad de la “*responsabilidad por daños causados directamente en el patrimonio de socios o terceros, exigible a través de la acción individual de responsabilidad. Del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas emerge con claridad el criterio de distinción entre las dos categorías de acciones: el patrimonio sobre el que incide el daño causado por la conducta de los administradores. Si el patrimonio perjudicado es el social, se podrá poner en marcha como mecanismo de reintegración la llamada acción social, mientras que en el caso de que se lesionen directamente los intereses de socios o terceros, entra en juego la llamada acción individual. ... es muy importante ... tener en cuenta que no se permite al tercero (ni al socio) reclamar vía acción individual la parte individualizada y refleja del daño al patrimonio social. Lo contrario altera el sistema legal y abre graves incógnitas sobre su funcionamiento y coordinación*” (47). Añade luego

---

Bs. As., 1983, pág. 665. Lo mismo dicen RICHARD, Efraín Hugo - MUIÑO, Orlando, Derecho Societario, Astrea, Bs. As., 1998, págs. 546/7; GAGLIARDO, Mariano, Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, pág. 736; ODRIOZOLA, Carlos, Acerca de la responsabilidad de los directores. Derecho empresarial actual, Cuadernos de la Universidad Austral, 1996, Depalma; OTAEGUI, Julio César, Responsabilidad Civil de los Directores, RDCO, N° 65, pág. 1292.

(46) Cám. Com., Sala C, 18.4.96, Gómez c. Confitería Los Leones SA, LL, T. 1997-B, pág. 132, con nota de Jorge José SOROS, Acción individual de responsabilidad en la ley 19.550. Daño directo en el patrimonio de un accionista o tercero, con cita de otros antecedentes en la nota. También el juez BUTTY señaló en un voto que “la acción individual también requiere la existencia de daño, pero la lesión debe ser personal y directamente sufrida por el socio sobre su patrimonio, es decir, ambas pueden derivar del mismo hecho dañoso, diferenciándose por el carácter general o especial del perjuicio sufrido” (Cám. Com., Sala B, Rivas c. Calvo y Rodríguez, en Revista de Sociedades y Concursos, marzo abril 2000, pág. 59). Otra Sala resolvió que “la acción individual sólo puede referirse a los daños personales sufridos por el accionista pero éste carece de legitimación cuando se trata de un daño que sufre indirectamente, integrante del daño mayor que soporta la sociedad y de la misma naturaleza que la de todos los demás accionistas... Pero dicha acción individual está condicionada a que el accionista sufra un perjuicio directo en su patrimonio. La acción individual requiere como presupuesto que el perjuicio se le ocasione personalmente, es decir en su patrimonio en forma directa o inmediata y no en forma indirecta o mediata a través de la afectación del patrimonio social” (Cám. Com., Sala A, Gatti c. Bulad, ED, T. 188, pág. 693).

(47) ESTABAN VELASCO, Gaudencio, La acción individual de responsabilidad, en ROJO, Ángel - BELTRÁN, Emilio (directores) La responsabilidad de los administradores, Tirant lo



que “*ciertamente, los daños al patrimonio social repercuten indirectamente en el patrimonio de socios y acreedores en cuanto disminuyen el valor de sus acciones, las expectativas de ganancias o la garantía de satisfacción de sus créditos, pero esos daños indirectos están cubiertos por la acción social de responsabilidad... La expresión lesión directa se contrapone a la lesión indirecta de los intereses de socios y acreedores*” (48).

También se ha escrito que “*junto a la responsabilidad frente a la sociedad por el daño causado directamente a la misma, e indirectamente a los socios y a los terceros, ... la Ley prevé una responsabilidad de los administradores frente a los socios y a los terceros por el daño causado directamente en el patrimonio de éstos*” (49), a cuyo fin el art. 135 de la LSA, bajo el título de *acción individual*, establece que “*no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos*”.

En otro importante trabajo del derecho español se destaca que “*del estudio del Derecho comparado ... se deduce con toda claridad que ... los respectivos ámbitos de aplicación de las acciones social e individual de responsabilidad por daños se han delimitado siempre en función de cuál hubiere sido el patrimonio perjudicado por el comportamiento antijurídico de los administradores*” (50). Desde el análisis económico del derecho agrega: “*en este sistema, el criterio de ordenación de las acciones social e individual de responsabilidad de administradores por actos en el desempeño del cargo debe ser el “carácter individual o colectivo de los deberes infringidos por la conducta de aquéllos*” (51). El autor comparte la idea, según dice, “*de que el criterio de ordenación “patrimonio*

---

Blanch, Valencia, 2005, Capítulo 5, págs. 156/7.

(48) *Ibidem*, pág. 158.

(49) DIAZ ECHegaray, José Luis, La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima, Ed. Montecorvo, Madrid 1995, pág. 471, con cita concordante de Ferri, *Le società*, pág. 533.

(50) MARIN de la BÀRCENA GARCIMARTÍN, Fernando, La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA), Colección Garrigues, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 77.

(51) *Ibidem*, pág. 81, donde agrega que “el ejercicio de la acción social procede cuando los administradores infringen alguno de los deberes que integran el contenido de la relación obligatoria que les vincula con la sociedad (o grupo instrumentalmente unificado de socios). Tales deberes se denominan “deberes colectivos” y se caracterizan porque su satisfacción (o infracción) beneficia (o perjudica) a todos los socios. ... Mediante la reconducción de los supuestos de infracción de los deberes colectivos a la acción social de responsabilidad se logra la eficiencia económica, porque los costes de la acción deben ser asumidos por todos los socios y beneficiarse todos de la indemnización conseguida. La acción individual será el instrumento para que los socios o terceros (a su costa) exijan responsabilidad a los administradores por el incumplimiento de los deberes que (la ley o el estatuto) les impongan en protección de sus intereses individuales”.

sobre el que incide el daño" debe servir como rector del sistema de acciones de responsabilidad por daños de los administradores porque es expresión de principios fundamentales de caracterización de las sociedades de capital" (52).

Otro autor español, al tratar las diferencias de la acción individual con la acción social, se centra en el bien jurídico protegido: *"la acción social es la ejercitada por la sociedad y, en su defecto, por determinados accionistas y acreedores en defensa del patrimonio social lesionado por la actuación de sus administradores (aunque indirectamente puedan lesionar el patrimonio del accionista o del acreedor ...). La acción individual, por el contrario, es la atribuida a cualquier persona, sea o no accionista, o acreedor por la sociedad, por actos de los administradores que lesionan el patrimonio individual de aquéllas, no el patrimonio social ... En esta acción el bien jurídico protegido es el patrimonio individual del socio o del tercero, para cuya defensa se le otorga la titularidad de esta acción"* (53).

En el derecho alemán no está legislada una acción de responsabilidad individual del accionista y, en caso de daño a su patrimonio, sólo dispone de la acción de responsabilidad del derecho común (54). En derecho italiano rige la diferenciación del art. 2395 del Código Civil de 1942, aun luego de la reforma de 2003, que sólo cambió el plazo de prescripción. El presupuesto de la acción individual no se alteró, ni la legitimación para su procedencia. Se ha escrito que ella es la acción *"consistente en la ejecución por los administradores de un acto ilícito que ha dañado directamente al socio singular o al tercero. Por lo tanto, mientras el daño incida directamente sobre el patrimonio de la sociedad, el socio singular y el tercero no tienen título para ejercer acción alguna, porque el perjuicio que hayan sufrido sería solamente un perjuicio indirecto"* (55).

Para el derecho inglés, en la obra más clásica sobre la materia (56), luego de explicarse el mismo tipo de diferencias substanciales, se cita un fallo del

---

(52) *Ibidem*, pág. 82, donde enseguida establece el paralelismo con el art. 2395 del Código Civil italiano.

(53) GARRETA SUCH, José María, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 3ª ed., 1995, págs. 163 y sigtes. A partir de pág. 165 comienza a citar jurisprudencia que hace la clara distinción por el interés jurídico protegido.

(54) RAISER, Thomas, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 3ª edición, Franz Vahlen, München, 2001, págs. 173 y sigtes.

(55) FRANCHI, Antonio, *La responsabilità degli amministratori di SpA nel nuovo diritto societario. I principi per una disciplina "Europea" e il riflessi dell' ámbito delle società bancarie*, Giuffrè Editore, Milano 2004, pág. 38.

(56) GOWER and DAVIES, *Principles of modern Company Law*, 8ª ed., Thomson - Sweet & Maxwell, London 2008, pág. 625.

House of Lords (57) en el que se ratificó la doctrina de que *el accionista no puede recuperar una pérdida que es simplemente el reflejo de la pérdida de la compañía*, aunque la causa de acción (*cause of action*) sea independiente de la de ella. Entre los fundamentos de la regla se cita la *prevención de un doble recupero*, respecto de lo cual Davies señala que la regla se aplica haya, o no, la compañía recuperado el daño porque, *si el accionista es individualmente indemnizado, le está quitando un activo a la compañía*.

La ortodoxia de estas claras distinciones fue sólo perturbada en nuestro derecho por la sanción del decreto delegado 677/2001, sobre transparencia en los mercados de capitales, que agregó el art. 75 a la ley 17.811 y bajo el título de *Acción social de responsabilidad* dispuso que “*en las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, la acción de responsabilidad prevista en el artículo 276 de la ley N° 19.550 y sus modificaciones, cuando correspondiere ser ejercida por los accionistas en forma individual, podrá ser ejercida para reclamar en beneficio de la sociedad el resarcimiento total sufrido por ésta o para reclamar el resarcimiento del daño parcial sufrido indirectamente por el accionista en proporción a su tenencia, en cuyo caso la indemnización ingresará a su patrimonio*” (58). Estas disposiciones fueron literalmente reiteradas en el art. 76 de la Ley 26.831 de Mercado de Capitales. En otras palabras, la heterodoxa solución legislativa, que quedó instalada en nuestro derecho para las grandes sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, tiende a facilitar el acceso a la justicia y a disminuir la litigiosidad con esta permisión excepcional.

La novedad produjo, en su momento, comentarios y críticas. Así, de modo un tanto extremo, se concluyó que “*tratándose de acciones “individuales” de responsabilidad contra los administradores sociales, el legitimado activo ya no es la sociedad sino los socios o terceros (p. ej., acreedores por los daños ocasionados en su patrimonio personal por la actuación irregular de los directores (art. 279, ley 19.550)*” (59). Otro autor, luego de recordar que la acción

---

(57) Johnson v. Gore, Wood & Co. (2002, 2 AC 1, HL).

(58) Ello fue acompañado por un segundo párrafo que estableció que “cuando el demandado por responsabilidad lo haya sido por el total del perjuicio que se alega sufrido por la sociedad, podrá optar por allanarse al pago a los accionistas demandantes del resarcimiento del perjuicio indirecto que se determine como sufrido por aquéllos, en proporción a su tenencia accionaria”. En los considerandos del decreto se hace mención a que de ese modo “se facilita el planteo y la resolución de cuestiones vinculadas a la responsabilidad de los integrantes de los órganos de las emisoras” y “se equilibran los derechos de los accionistas minoritarios respecto de los controlantes, evitando posibles situaciones de abuso de las minorías”.

(59) BORETTO, Mauricio, Responsabilidad Civil del Sujeto Controlante por los Daños Ocasionados a la Sociedad Controlada, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pág. 230. El mismo autor se pregunta allí si el art. 75 del decreto delegado 677/01 había establecido una nueva acción societaria, como lo sostuvieron algunos autores.

social de responsabilidad “*atiende la reparación de todo perjuicio colectivo que ... afecte directamente a la sociedad, por lo que su producido tiende a reconstituir el patrimonio del ente*” (60), agrega que ello es coherente con que “*los deberes infringidos ... integran el contenido de una relación obligatoria cuya titularidad está atribuida al ente*”. La contraposición de este supuesto con los intereses individuales (61), que son atendibles cuando la conducta vulnera un deber que es parte de una relación obligatoria cuyo titular es individualmente cada uno de los socios (62). Luego de decir que una misma acción puede infligir ambas clases de daños, como la distribución de un dividendo ficticio, señala que *las acciones* no son acumulables porque, si se admitieran ambas “*respecto de los mismos hechos lesivos... los administradores... podrían verse obligados a indemnizar dos veces a dos sujetos distintos por una misma actuación*” (63).

A ello agrego, el dato relevante de que esa doble obligación indemnizatoria *sería por un mismo y único daño* y, ciertamente, no es esto lo que establece la nueva normativa del CCyC en materia de responsabilidad civil.

## VI. Continuación: qué es daño indirecto

Señalados los datos precedentes, y en especial el explicitado por Davies para el derecho inglés, o sea, la inadmisibile superposición de pretensiones indemnizatorias por un mismo y único daño producido en el patrimonio social, a mayor abundamiento, es útil repasar la doctrina que se ocupó de precisar el concepto de *daño indirecto*.

---

(60) BALBIN, Sebastián, Sobre un nuevo tipo de acción societaria de responsabilidad, RDCO, año 36, 2003, pág. 877.

(61) Con cita de José Llebot Majó, El sistema de la responsabilidad de los administradores, Revista de Sociedades, año IV, Nº 7, Aranzadi, Navarra, 1996, pág. 49.

(62) Con amplia cita doctrinaria, el autor señala que la acción individual del art. 279, es la que, “a diferencia de la social, tendiente a reparar el daño que se infiera al accionista individualmente considerado... en forma personal y directa en sus patrimonios” (ibídem, pág. 882, con citas de Verón, Sánchez Calero, José Fernández, Cadena Escuder, Bonelli, Broseta Pont y de Juglart, Michel - Ippolito, Benajamin, Cours de droit commercial, Montchrestien, Paris, 1988, T. 2, pág. 514).

(63) Con cita de CALBACHO LOSADA, Fernando, El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 367. En razón de las claras distinciones hechas en el texto, cuando BALBÍN comenta la acción del art. 75 del decreto 677/01, la califica de sui generis, y afirma que la norma “conjugada de manera irresoluta la acción social con la individual, consagrando una excepción a los criterios doctrinarios mayormente aceptados... dando vida a un nuevo tipo de acción... de carácter indeterminado” (ibídem, pág. 885). En sus conclusiones llega a decir que la acción “violenta tanto la naturaleza de la acción social como la de la individual a la que equívocamente parece emparentarse” (pág. 888).

En esa indagación vale citar a Zannoni: “se llama directo al daño que se ha inferido inmediatamente un menoscabo o perjuicio en el patrimonio de la víctima, es decir, en sus bienes ... Se llama, en cambio, indirecto, el daño que se ha inferido a bienes jurídicos extrapatrimoniales de la víctima, es decir, a los llamados derechos de la personalidad —su integridad física, el honor, la intimidad, la propia imagen, etc.— que, sin embargo, en forma mediata se traducen en perjuicios o pérdidas patrimoniales (v.gr., gastos realizados para solventar la curación de lesiones corporales)” (64). El mismo autor menciona el criterio sustentado por Boffi Boggero y por Caseaux-Trigo Represas, según el cual “hay daño directo cuando el perjuicio es consecuencia inmediata del evento dañoso, y, en cambio, hay daño indirecto cuando el perjuicio resulta de la conexión del evento dañoso con un hecho distinto; se llama, también, daño mediato” (65). Zannoni señala como idea fundamental que “es posible hablar de un damnificado indirecto toda vez que por causa de un evento dañoso, quien no fue su víctima inmediata —directa— experimentalmente no obstante un daño propio en razón de su vinculación o relación con la víctima inmediata” (66). Como se advierte, se trata siempre de un daño propio del tercero, que es un daño distinto al sufrido por la víctima inmediata. Los ejemplos que da Zannoni se refieren a la mutua médica que tuvo que hacerse cargo de reparar el daño sufrido en la salud de una

(64) ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, Astrea, 1982, pág. 91. En nota aclara que ese es el criterio de distinción del art. 1068 del Código velezano. Pero agrega que “desde otro punto de vista se llama daño directo al que sufre la misma víctima del evento dañoso, y, en cambio, daño indirecto, al que experimentan terceros en razón de ese mismo evento. En el primer caso, coinciden el damnificado (es decir, la víctima del daño) con la víctima del evento dañoso; en el segundo caso son distintos” (págs. 91/92, señalando que es el criterio de distinción del art. 1079 del Código Civil). La misma distinción en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 9ª edición, 1997, pág. 177.

(65) *Ibidem*, pág. 92, donde sin embargo ZANNONI critica la postura citada por considerar una cuestión vinculada con el nexo causal y no con el daño propiamente dicho.

(66) *Ibidem*, pág. 134, con cita de Henoch AGUIAR, Hechos y actos jurídicos, T. II, pág. 139, y de Juan M. Farina, autor de la voz Damnificado directo o indirecto, en la Enciclopedia Jurídica Omeba, T. V, pág. 497, quien se refiere a la incidencia mediata “por repercusión del agravio inferido directamente a otra, respecto de la cual aquélla se encuentra vinculada”. Pero el mismo Zannoni precisa luego que “esta vinculación o relación con la víctima inmediata constituye una situación jurídica objetiva que conecta el evento dañoso con el perjuicio que experimenta el damnificado indirecto. Viene a constituir... un “acontecimiento distinto” (a los términos del art. 901, Cód. Civil), que incide en la relación de causalidad “inmediata y necesaria” entre el evento dañoso y el perjuicio. ... Parafraseando los mismos arts. 903 y 904 podría decirse: tanto quien es damnificado a consecuencia inmediata del hecho o acto ilícito como quien es damnificado como consecuencia mediata, pero previsible, del mismo hecho, pueden invocar el daño sufrido para exigir su reparación” (*ibidem*, págs. 134/5). Luego precisa que se trata de “una situación jurídica objetiva, en razón de la cual una persona requiere, necesita, que un bien jurídico ajeno no sufra perjuicio o daño porque ese bien jurídico ajeno, satisface, también un interés propio” (*ibidem*, pág. 135).

persona, y en el ámbito contractual, el de un artista que requiere de ciertos elementos que contrata con un artesano para una función en un teatro: ante el incumplimiento del artesano, éste debe responder al artista y también al empresario teatral, porque era un daño previsible la lesión del tercero (67). Otra vez: se trata siempre de un daño *distinto* que se causa a uno y a otro, y *no* del resarcimiento del mismo e idéntico daño, que sufre el damnificado directo y también el damnificado indirecto, en quien repercute.

En el exclusivo marco del daño en la responsabilidad extracontractual también se ha escrito que “*el perjuicio experimentado por la víctima inmediata es el daño directo, el agravio sufrido por otra persona distinta de la víctima inmediata, se conoce como daño reflejo, indirecto o en terminología francesa ‘per ricchet’ (de rebote)*” (68).

Atilio Alterini ha enseñado, asimismo, que “*el daño debe ser propio o personal del reclamante. Ello no obsta a que la pretensión incluya daños inferidos a terceros, en la medida en que el reclamante deba, a su vez, soportarlos*” (69). Y Rivera escribe que “*es damnificado directo quien sufre un daño directamente en las cosas de su dominio o posesión o en su persona, derechos o facultades (art. 1068, Cód. Civ.). Daño indirecto es el que rebota sobre un tercero, o sea cuando hay un damnificado distinto del damnificado directamente (art. 1079, Cód. Civ.)*” (70). El mismo autor refiere luego que “*son damnificados indirectos los que sufren la lesión de un interés legítimo o un interés simple.... Concubinos, madre de crianza, novios, hermanos, acreedores, tutor, orden religiosa, convivientes*” (71). Pero todos los ejemplos que presenta (salvo la mención ocasional y tal vez irreflexiva de los acreedores) son ejemplos en los cuales el daño indirecto es un daño distinto al del daño directo. O sea, siempre en estos ejemplos, el daño indirecto no desaparece con la reparación del daño directo y por ello tiene acción el damnificado indirecto.

(67) *Ibidem*, págs. 142/3.

(68) TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo, Tratado de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, La Ley, 2004, T. I, pág. 449. No hacen igual distinción respecto del daño de origen contractual, y se sobreentiende que también estos autores se refieren a un daño propio y distinto, y no al mismo daño sufrido por la víctima principal y directa.

(69) ALTERINI, Atilio Aníbal, Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pág. 126, donde hace referencia también a los arts. 1068 y 1079 del Código de Vélez. Agrega: “Es damnificado directo quien sufre un daño directamente en las cosas de su dominio o posesión o en su persona, derechos o facultades (art. 1068, Cód. Civ.). Daño indirecto es el que rebota sobre un tercero, o sea cuando hay un damnificado distinto del damnificado directamente (art. 1079, Cód. Civ.)”.

(70) RIVERA, Julio César, Estudios de Derecho Privado (1984-2005), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2006, pág. 575.

(71) *Ibidem*, pág. 576.

En contraste con ello, en el caso del daño al patrimonio social, reparado éste, desaparece el daño consistente en la disminución del valor de la participación social (72).

Es imposible, por fin, dar cuenta de todas las notas al art. 1739 incluidos en los distintos Códigos comentados aparecidos hasta ahora. Basta con señalar que en uno de los más completos, el dirigido por el académico Jorge Alterini, el comentario de Alferillo (73) no da pie alguno para sostener una ampliación de los legitimados para permitir que, bajo la calificación de haber sufrido un daño *indirecto*, se demande la reparación del mismo e idéntico daño sufrido por el sujeto pasivo del daño directo.

### VII. Conclusión

De lo dicho se desprende que, a estar a la prevalencia de la normativa especial por sobre la general del CCyC en materia de personas jurídicas, y a la luz del análisis de las normas relativas a la responsabilidad civil en general, contra lo que dicen algunos autores, el régimen de responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y las acciones para ejercerla, no han sufrido alteraciones. ◆

---

(72) Por eso, el mismo RIVERA, cuando en otro estudio publicado en el mismo tomo (pág. 607) enlista sujetos con un interés simple dañado e incluye a acreedores, socios, empleadores y asalariados, cita a Genviève VINEY (La responsabilité: conditions, en *Traité de Droit Civil*, dirigido por Jacques Ghestin, París 1982, pág. 385) cuando refiere que la jurisprudencia francesa rechaza acciones promovidas por esas categorías de sujetos ante la muerte de una persona, excepto para los dependientes por la pérdida de su fuente de trabajo.

(73) ALFERILLO, Pascual E.A., en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Jorge H. ALTERINI, Ed. La Ley, Bs. As. 2015, T. VIII, págs. 221/27.





# LA FILOSOFÍA POLÍTICA DEL ESTADO POPULISTA

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (\*)

La filosofía política precede casi siempre a la acción revolucionaria. No es cierto aquello que decía Goethe “*en el principio era la acción*”, frase que implicaba atribuir primacía a la acción sobre la filosofía. De lo contrario, no se explica que los grandes revolucionarios de la época moderna (Marx, Engels, Lenin y Trotzky), hayan transitado por los caminos de la filosofía, de la teología y aún de la metafísica (1).

La tesis que pretendemos demostrar consiste en sostener que las raíces filosóficas del nuevo populismo latinoamericano no son autóctonas y que se trata de un modelo político que constituye una derivación o modalidad de los regímenes europeos más totalitarios (comunismo, nazismo y fascismo), con los que tiene en común una filiación filosófica similar al igual que resultan análogas las características típicas que exhiben. Tal es la hipótesis de la que partimos para confirmar una tesis que aspira a cubrir un vacío que, en mayor medida, se observa en la literatura política adversa a la razón populista.

Este camino no ha sido hasta ahora seguido y se observa, en general, con algunas excepciones (2), la ausencia de una crítica integral (3) del fenómeno

---

(\*) Comunicación efectuada por el académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 22 de septiembre de 2016.

(1) Véase: BARBE PÉREZ, Héctor, Actualidad de Santo Tomás de Aquino, conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República el 13 de noviembre de 1974, Los principios, Montevideo, 1975, p. 15 y ss. Apunta que la frase de Goethe es como una metáfora que utiliza como réplica a la frase del Evangelio según San Juan: “en el principio era el Verbo y el Verbo era Dios”.

(2) SOLANET, Manuel A., “Las huellas del populismo en Argentina”, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2012, p. 5 y ss., LARIA ALEARDO E, “La religión populista”, ed. Nuevo Hacer, Buenos Aires, 2011, p. 21 y ss.

(3) En cambio, la literatura que propugna el populismo es tan amplia y variada como intelectualmente profunda, véase entre otras obras: LACLAU, Ernesto, “La razón populista”, cit., y las citas de los distintos trabajos sobre el populismo producidos en el mundo anglosajón, particularmente el de CANOVAN, Margaret, “Populismo”, Junction Books, London, 1981, cit. por Laclau en op. cit. p. 16, nota 3; y de LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal, “Hegemonía

populista latinoamericano, que ha quedado como en la superficie de su propia historia. De ahí el interés que el estudio y análisis filosófico-político de este fenómeno (que parece extenderse hacia España) tiene que necesariamente provocar en los operadores políticos y en los ideólogos que actúan como consejeros o inspiradores de los gobernantes de turno los cuales, cuando triunfan sobre los populismos, suelen desconocer las fortalezas y debilidades de quienes han sido desalojados del poder.

No vamos a exponer aquí una visión exclusivamente personal sino más bien de bucear en el interior de las concepciones filosóficas políticas europeas mostrando su conexión con los regímenes totalitarios populistas para luego examinar la transmisión de esa genética en los populismos latinoamericanos, particularmente al que denominamos Estado Populista, con el objetivo de marcar las afinidades y las diferencias sustanciales existentes entre las raíces populistas europeas y de Latinoamérica. Si cabe alguna originalidad ella se encuentra en el análisis de esas conexiones, a la luz, sobre todo, de pensamientos más ajenos que propios. Es el mismo camino que recorrieron los ideólogos populistas pero en sentido contrario, pues no existe otro modo lógico de captar y criticar su pensamiento.

Cabe advertir que muchas de las notas que permiten caracterizar a un determinado régimen latinoamericano como populista también están presentes en los regímenes democráticos cuyos gobernantes tienden a concentrar y abusar del poder, de la manera tan bien descrita, por Montesquieu, hace más de dos siglos.

El acervo común de los populismos —como en los inicios del régimen chavista de Venezuela— lo anticipó Brewer-Carias: radica en el ejercicio de la violencia que practican todas las revoluciones, aún la bolivariana, que se autodefinió como una revolución pacífica (4), enmascarándose en formas aparentemente democráticas. Al respecto, Brewer-Carias expresaba en 2001 que:

“La mayoría de nuestro país, sin duda, quería cambios radicales, pero no para que un Presidente pretendiera encarnar, el solo, la Ley y el Estado. Queríamos un cambio en libertad y sin autoritarismos. Por ellos preocupa el discurso oficialista de la supuesta “revolución pacífica”, lo que

---

y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia”, reimpresión de la 3ª edición, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015.

(4) Véase: BREWER-CARIAS, Allan Randolph, “Historia y crisis política en Derecho y Sociedad”, Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monte Ávila N° 3, Caracas, 2002, ps. 217/244, texto de la conferencia pronunciada por el distinguido jurista venezolano en el año 2001 y reproducido en el libro “La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis permanente”, Caracas, 2015, p. 34 y ss.

es contradictorio con la historia, que enseña que las revoluciones son siempre violentas, y con la práctica de las ejecutorias públicas del gobierno, que han sido más bien violentas. Por ello los venezolanos comienzan a tomar conciencia de que la libertad puede quedar perdida, por haber quedado el país en manos de un liderazgo antidemocrático. Por ello, el dilema que continuamos teniendo los venezolanos es cómo lograr los cambios inevitables, indispensables y necesarios que requiere el país y la sociedad en libertad y sin perder la democracia, la cual no es, precisamente, la culpable del deterioro, ni está en su destrucción el camino para la reconstrucción de la Nación” (5).

El advenimiento del chavismo al poder en Venezuela producido a comienzos del nuevo siglo pronto extendió su influencia a otros países de Latinoamérica (como Argentina, Bolivia y Ecuador y, en menor medida Brasil) echando por tierra la esperanza en la instauración de regímenes de izquierda moderada (ej. la presidencia de Lagos en Chile) que exhibían por entonces los partidos socialistas democráticos de Europa y América (6).

### **I. Las características del Estado populista y de los movimientos populistas**

En cierto sentido, todos los partidos o movimientos políticos son populistas en tanto buscan halagar y seducir a diferentes sectores del pueblo —preferentemente las masas— para conseguir sus votos. Pero, en el plano de la lógica estricta del poder, el populismo latinoamericano representa otra realidad: el Estado Populista, caracterizado por la construcción de una identidad colectiva, una suerte de estadio superior de la demagogia, cuyo objetivo consiste en configurar una lógica de poder en el que una parte del pueblo, mediante una operación hegemónica, asume la representación del todo social y la conducción del Estado, bajo un liderazgo de duración indefinida, generando un permanente antagonismo con los sectores dominantes de la sociedad e incluso, con opositores políticos o personas independientes, que no ejercen dominio económico alguno sobre la sociedad.

El populismo constituye un género que aglutina distintos modelos de Estado, los cuales, en mayor o menor medida, son totalitarios. En la escala de los modelos populistas hay un orden de mérito según sea el grado de los significantes y formas totalitarias que imponen. Los máximos exponentes han sido los comunismos soviético y chino, el nazismo y el fascismo en

---

(5) *Ibíd.*, p. 36.

(6) GNECCO, Emilio P., “Renovación de las ideas y algunos otros artículos”, con prólogo del Académico Juan R. Aguirre Lanari, Del Candil, Buenos Aires, 2007, ps. 49/57.

Europa, el castrismo y, últimamente el chavismo venezolano así como los modelos que han intentado replicar éste último —aunque parcialmente— en algunos países de Latinoamérica (como Argentina y en menor medida, en Ecuador y Bolivia), si bien la copia no es del todo fiel al arquetipo que se proponen seguir. No hay, pues, un solo modelo de populismo, pero ninguno propugna la democracia basada en el principio de legalidad y en el respeto de los derechos individuales (7), la limitación del poder y su control por los jueces, la posibilidad de alternancia en el gobierno de fuerzas opuestas y la protección de las minorías.

La Europa del siglo XX tuvo que soportar sistemas populistas (tanto de izquierda como de derecha) francamente totalitarios, caracterizados por la absorción, por parte de un líder omnipotente y su gobierno, de las personas y organizaciones de la comunidad. La característica que exhibieron los regímenes populistas más extremos no radica tanto en el significativo político que utilizaron sino en la técnica de estructuración del poder. Su influencia sobre el populismo latinoamericano no puede ser desmentida, a la luz de la realidad de los hechos históricos.

En efecto, hubo una similitud en los ejes en que se apoyó la construcción tanto del nazismo como del fascismo para estructurar el poder. Estos ejes, estrechamente interrelacionados, fueron principalmente el decisionismo de un líder carismático y la hegemonía política absoluta centrada en el liderazgo personal que promovía la confrontación con determinados sectores de la sociedad. El proceso implicó una abierta ruptura con el principio de separación de poderes que constituye uno de los presupuestos basales de cualquier democracia auténtica. Esta última concepción —como es sabido— articula un sistema de frenos y contrapesos que impide que el poder sea ejercido en forma abusiva, a diferencia de los regímenes populistas en los que un líder omnipotente e infalible basa su poder en una legitimación de origen popular a partir del triunfo obtenido en una primera elección democrática.

Para mantener la hegemonía política, los líderes del populismo totalitario del siglo pasado echaron mano a mecanismos de confrontación permanente, basados en la dualidad amigo-enemigo, llegando hasta la cárcel y muerte de opositores y disidentes, algo que la legitimidad de origen jamás podría justificar.

Esa confrontación se lleva a cabo por un líder que ejerce el poder sin límite temporal alguno. De ahí que se postule su reelección indefinida como consecuencia de un liderazgo, que invierte los términos de la ecuación

---

(7) BIDART CAMPOS, Germán J., "Filosofía del Derecho Constitucional", Ediar, Buenos Aires, 2010 (reimpresión), p. 271.

representativa al pasar a ser la encarnación del pueblo y su guía espiritual. El líder no representa al pueblo sino que una parte del pueblo representa al todo y encarna al líder.

Con esa inversión, al convertirse una parte en todo el pueblo se pretende justificar que el líder disponga de la suma de poder público y que la función de los jueces deje de ser la de controlar sus actos para pasar a legitimar el poder hegemónico del Ejecutivo.

Ello no constituye un mero matiz del sentido de la representación sino que es la verdadera esencia del poder populista que se nutre del afecto que prodiga el líder con habitual hipocresía hacia los sectores más necesitados de la población a los que halaga con medidas demagógicas que, lejos de resolver las carencias sociales, las acrecientan.

Como otra cara de la moneda, en el ejercicio de su poder absoluto, el movimiento populista va acumulando múltiples reacciones en el seno de la sociedad, las cuales, al no encontrar solución a sus demandas, en algún momento se unifican provocando la caída del régimen populista, ya sea por el voto popular o por la fuerza (por ejemplo, la caída del muro de Berlín).

En ese escenario se opera una transmutación de los valores democráticos y de los derechos humanos que pierden vigencia y efectividad (principalmente, el derecho a la vida), prohibiéndose la difusión de toda crítica al líder y al movimiento o partido que encarna al régimen populista.

Mientras las voces opositoras carecen de posibilidades para expresar sus opiniones e ideas, los sistemas populistas buscan la homogenización del pueblo mediante el despliegue de un relato que procura mantener vivo el conflicto fabricado contra un enemigo elegido como blanco del ataque y consecuente exterminio.

Con distintos significantes políticos seleccionados como enemigos (el imperialismo o el capitalismo norteamericano) la revolución cubana, acudió a similares técnicas, para estructurar su poder hegemónico, combinándolas con algunas provenientes del marxismo-leninismo y de otras vertientes del socialismo revolucionario, en un proceso que alcanzó a confundir, en su momento, a más de una cabeza pensante del llamado progresismo democrático.

Algo similar acontece con el populismo latinoamericano, que tiene al chavismo de Venezuela como su máximo exponente, el que no difiere mayormente, del clásico populismo europeo, aunque reniegue de sus raíces y desconozca su ligazón con las técnicas totalitarias de esos regímenes, simulando que adopta una forma de socialismo compatible con

la democracia, en un proceso de acceso al poder en el que la operación hegemónica resulta decisiva.

A ese denominador común, los teóricos del populismo le adjudican el nombre de significante, el cual no constituye un símbolo totalmente vacío de contenido, ya que su vacuidad obedece a que es un significante sin significado político predeterminado, es decir, que será el que elija el líder hegemónico de turno. En cualquier caso, el líder tratará de que el significado coincida con la demanda social insatisfecha de mayor centralidad.

Todo ello demuestra que, como acontece en todas las ideologías post-marxistas que procuran imponer el llamado socialismo del siglo XXI, estamos en presencia de una construcción artificial cuyo verdadero objetivo es impedir el juego de las fuerzas espontáneas y reales de la sociedad y de la democracia para mantener la hegemonía política del movimiento populista.

En su afán hegemónico, el populismo latinoamericano eligió a la prensa independiente como el símbolo que aglutina la confrontación aun cuando este significante difícilmente pueda ser compartido por los diversos sectores de la sociedad civil (8). Este ha sido su gran error pues, a la corta o a la larga, esa política conduce a la destrucción de la identidad colectiva que se pretende construir y el régimen sólo puede mantenerse por la fuerza revolucionaria y la de los grupos de choque —civiles o paramilitares— que mantienen una militancia activa y violenta subordinada a los líderes autoritarios de turno.

Como todo populismo, el que se instaló en Iberoamérica continúa la herencia de variadas filosofías y teorías políticas, nacidas en el proceso de secularización. Aunque este no es el lugar para hacer un análisis a fondo de estas influencias no podemos dejar de advertir que las corrientes que alimentan los populismos, cuando entronizan al respectivo líder, practican una especie de religión política en la que el carisma y el espíritu gnóstico (9) juegan un papel central.

## **II. Influencias filosóficas y políticas sobre el populismo**

En el campo de la filosofía moderna, la prescindencia de lo real y la primacía consecuente de la idea o pensamiento sobre la realidad que postula Hegel constituye el punto de partida de la mayoría de los movimientos populistas.

---

(8) El diario *Clarín*, uno de los medios periodísticos independientes argentinos, fue seleccionado como el enemigo número uno del gobierno kirchnerista difundándose, hasta por vías oficiales, letreros con la frase “Clarín miente”, lo que constituyó un claro error habida cuenta que se trataba de un medio de gran difusión en el pueblo.

(9) Véase VOGELIN, Eric, “Las religiones políticas”, 1ª ed., Trotta, Madrid, 2014, p. 27 y ss.

En este sentido, si bien el marxismo sustituye el idealismo hegeliano por el materialismo histórico, echa mano a buena parte de los elementos que componen el sistema de hegeliano y, al igual que otros populismos, utiliza las piezas y fundamentos que caracterizan esta construcción filosófica.

Hegel ha sido, en general, mal comprendido por muchos filósofos y pensadores que no captaron en profundidad sus efectos en la política moderna (10). La excepción más notable se encuentra en la temprana obra de Maritain (11), que describió su influencia sobre la construcción marxista, así como su proyección a los movimientos populistas totalitarios.

Por de pronto, conceptos como alienación, liberación y metodologías afines a la clásica dialéctica hegeliana pueden considerarse la base del pensamiento de Marx y Engels y aunque estrictamente no sean sus discípulos, no se puede desconocer que Hegel ejerció una fuerte influencia sobre ambos, al punto que Maritain llegó a decir que Marx ha sido, en cierto sentido, “*el más consecuente de los hegelianos*” (12).

En primer lugar, al definir Hegel al Estado como “*la realidad en el acto de la idea moral objetiva*” (13) manipula la realidad de tal modo que todo lo racional es real y viceversa, lo que hace posible, entre otras consecuencias, la construcción de la “*razón populista*” de Ernesto Laclau (14), principal inspirador de los movimientos populistas latinoamericanos. La construcción filosófica hegeliana abandona la concepción de la realidad como sustancia para pasar a la realidad como sujeto, o sea, como idea que se va creando en forma sucesiva. Hegel parte de una síntesis a priori que lo lleva juntar el sujeto con el objeto. Concibe esa síntesis como una unión de los opuestos, en la que lo negativo es algo positivo y viceversa, así como lo finito es también infinito, superándose los opuestos mediante

---

(10) Entre los que advirtieron la influencia de Hegel sobre Marx, véase: WEIL Eric, Hegel y el Estado, traducción del francés del libro Hegel et l'État, Negelkop, Córdoba, 1970, p. 7 y ss., y KOMAR, Emilio, El Nazismo. Una perspectiva transpolítica, “Sabiduría Cristiana”, Buenos Aires, 2005, p. 79 y ss.

(11) MARITAIN, Jacques, “Humanismo integral”, cit., p. 52 y ss.

(12) Cfr. MARITAIN, Jacques, “Humanismo integral...”, cit. p. 53. Esa interpretación ha sido objeto de la crítica de un sector de los filósofos comunistas como ALTHUSSER Louis, “La revolución teórica de Marx”, 26ª reimpresión, traducción del francés, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 134 y ss. Sin embargo, Laclau (sin citar a Maritain) opina que Marx “no cambió las cosas en lo más mínimo con su inversión de la dialéctica hegeliana” (cfr. LACLAU, Ernesto, “Los fundamentos retóricos de la sociedad”, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014, p. 88).

(13) HEGEL, Jorge Guillermo Federico, “Principes de la Philosophie du Droit”, traducción de Jean Hippolitte, 6ª ed., Gallimard, París, 1944, p. 190.

(14) LACLAU, Ernesto, “La razón populista...”, cit., p. 15 y ss.

su conciliación a través de la unión de lo universal con lo individual, de la libertad objetiva (o voluntad sustancial) con la libertad subjetiva (conciencia individual) (15). Esa síntesis pretende realizar el espíritu del pueblo que encarna el monarca. En los movimientos populistas se persigue algo similar, aunque invirtiendo generalmente los términos de la representación ya que se sostiene que el pueblo representa al líder hegemónico, a quien se le adjudican las decisiones de mayor trascendencia política.

A su vez, tanto el marxismo colectivista como los movimientos populistas latinoamericanos encuentran en la dialéctica hegeliana el método por el que llegan a una construcción colectiva sobre la base de la síntesis de elementos sociales opuestos (la llamada unidad de los contrarios) y de su confrontación con un enemigo seleccionado a priori, solo que, mientras en Hegel el proceso dialéctico es sucesivo (16), en el sentido que la realidad (en rigor la idea) se afirma y se niega al mismo tiempo y así sucesivamente, en el marxismo teórico el proceso se detiene cuando el proletariado conquista el poder, situación en la que desaparece el Estado. Como esto no ocurre nunca, los marxistas leninistas y, sobre todo, los stalinistas, se vieron obligados a detener el proceso revolucionario convirtiéndose en conservadores del nuevo orden. Algo similar aconteció con otros populismos que fueron derrotados en elecciones en las que la sociedad optó por el cambio democrático, cuando la construcción colectiva había perdido su identidad y sus dirigentes se mantenían no por la unión de los opuestos sino por el despotismo que ejercían sobre los ciudadanos. En el nazismo, este proceso fue algo diferente porque su filosofía política estaba directamente inspirada en Nietzsche.

Otros aspectos del sistema ideado por Hegel, que despertaron la atracción de Marx, fueron la clasificación de la sociedad en clases opuestas, el concepto de alineación o enajenación (como separación de sí mismo o pérdida de conciencia que implica una forma de alineación), el cual resulta explotado al máximo por las diversas corrientes populistas totalitarias.

A ello se añade el tema de la liberación de la historia. Según Hegel el proceso comienza con la liberación de todo lo particular anterior que se refunde y pasa a otra cosa, lo vuelve a refundir en un movimiento que nunca se detiene y de esta manera el mundo universal se libera (17). No obstante, algunos teóricos exponen el proceso de liberación hegeliana

---

(15) HEGEL, Jorge Guillermo Federico, "Principes...", cit., p. 191.

(16) El proceso dialéctico se compone de tesis, anti-tesis y síntesis, aunque esta formulación no fue descrita expresamente por Hegel y constituye una inferencia lógica del sistema.

(17) KOMAR, Emilio, "El nazismo...", cit., p. 82.



como liberación de los pueblos oprimidos de Latinoamérica confundiendo a la opinión pública, mediante fórmulas o significantes que son repetidas por los políticos populistas de turno que suelen deformar la raíz de las concepciones filosóficas, por ignorancia o afán de poder.

Al respecto, Hegel que por lo general es poco claro si lo es cuando señala que “este movimiento es camino para la liberación de la sustancia espiritual de ese espíritu universal, el hecho mediante el cual el fin absoluto del mundo se realiza en el mundo. El espíritu que libera es solamente en sí, llega a la conciencia, a la autoconciencia, por tal modo a la revelación de la realidad de su esencia en sí y de por sí y se hace espíritu del mundo” (18). Es obvio entonces que se trata de una liberación espiritual y universal (que hace al espíritu del mundo) que nada tiene que ver con la liberación material ni menos aún, con la de un pueblo en particular, como el latinoamericano.

Como punto final de este análisis cabe recordar que Hegel, exhibe un desprecio mayúsculo por la democracia porque, en definitiva, su filosofía se basa en el imperio absoluto de lo total sobre lo particular, lo que es compartido por Marx en cuanto a la democracia formal (19).

### III. El nihilismo nietzscheano

El nihilismo fue un movimiento filosófico de las postrimerías del siglo XIX que expresa una concepción del mundo que adopta un pesimismo radical, o bien, postula la destrucción o aniquilación de la cultura filosófica, sobre la base de la negación de la realidad sustancial. A diferencia de Hegel que tuvo seguidores (Crocce) en el liberalismo, Nietzsche, considerado una genialidad por Ortega y Gasset en varios de sus ensayos filosóficos (20), fue utilizado por los totalitarismos europeos (nazismo y fascismo) que propiciaron la transmutación nietzscheana de los valores tradicionales (21).

---

(18) *Ibidem*, ps. 82/83. La cita pertenece a un párrafo de la Enciclopedia de Hegel, Juan Pablo, México, 1974.

(19) WEIL, Eric, “Hegel y el Estado...”, cit., p. 144.

(20) Véase: ORTEGA Y GASSET, José, “Obras completas”, Tº 1, Alianza Editorial, Revista de Occidente, Madrid, 1983, ps. 16, 47, 74, 88, 91, 159, 314, 339, 351, Tº 4, p. 14, 79, 136, 175, 462, 477 y Tº 6, p. 147, 253 y 316, entre otras citas. Sin embargo, al referirse en un artículo titulado “El lado jovial de la filosofía” afirma que para Nietzsche “pensar era malabarizar con las ideas, casen o no con la realidad y que no llegó a saber... lo que era la filosofía” (op. cit., Tº 8, ps. 307/308, nota 1).

(21) NOCE, Augusto del, Appunti per una definizione storica del fascismo, conferencia del 19 de abril de 1969, pronunciada en la Sezione milanese dell’Unione Italiana per il Progresso della Cultura, disponible en [http://www.totustuustools.net/pvalori/delnoce\\_fascismo.htm](http://www.totustuustools.net/pvalori/delnoce_fascismo.htm), ps. 8/14 destaca la influencia que tuvo Nietzsche sobre Mussolini.

En Alemania, aparte de la postura pesimista que asumió en su momento Shopenhauer, fue sin duda Nietzsche quién más influyó en los populismos totalitarios europeos. Su obra *La voluntad de poder*, en la que plantea una transmutación de los valores tradicionales y cristianos, tuvo resonancia en el nazismo y, en general, en el pensamiento del marxismo-leninismo (22). La filosofía de Nietzsche se desenvuelve alrededor del problema de la rebelión del hombre frente a Dios (una de sus frases más conocidas es “Dios ha muerto”), la divinización del hombre con voluntad de dominio y la consecuente construcción del “súper-hombre”, con su moral de dominación y de fortaleza. Esta tesis fue la más radical de su filosofía ya que, con repercusiones políticas evidentes —que quizás Nietzsche no alcanzó del todo a visualizar— constituyó uno de los fundamentos del poder hegemónico de los líderes populistas que, en su afán dominador, dejan de lado los valores más trascendentes del ser humano (objetividad, bondad, amor al prójimo, humildad etc.).

Como decía Unamuno, en el fondo, en la concepción nietzscheana hay una sed de inmortalidad, al atribuir a cada uno de los momentos de la existencia un valor infinito, como algo que debe repetirse eternamente, razón por la cual su filosofía, al no poder cumplirse en la realidad, conduce a un callejón sin salida entronizando a un gobernante eterno sin moral ni límites humanos, algo que el propio Nietzsche reconoce al decir que “cuando los fines son grandes la humanidad utiliza otra medida y no juzga ya el crimen como tal, aunque cumpla los medios más espantosos” (23).

Esta postura revela nada menos que la justificación filosófica nietzscheana de los crímenes hitlerianos y los que ocurrieron durante el comunismo ruso y los fusilamientos en la primera etapa de la revolución cubana.

El nihilismo nietzscheano también justifica la mentira con basamento en un perspectivismo filosófico según el cual la verdad no es algo que habría que descubrir ni buscar sino una construcción artificial, una ficción lógica, es “algo que hay que crear y que da el nombre a un proceso, mejor aún, a una voluntad de subyugar que en sí no tiene fin” (24). La verdad está siempre subordinada a la voluntad del poder y la falsedad del juicio no es para Nietzsche una objeción, o sea, que si la voluntad de poder lo exige es admisible la mentira. Con esta nueva epistemología perspectivista “emerge un nuevo lenguaje para la filosofía y un nuevo modo de ejercer la crítica y la sospecha, un modo novedoso de entender el objetivo y el decurso de ambas” (25).

---

(22) CAMUS, Albert, “El hombre rebelde”, cit., p. 65 y ss.

(23) *Ibidem*, p. 76.

(24) NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, “Fragmentos póstumos”, Tecnos, Madrid, 2006, p. 260.

(25) CANO, Virginia, “Nietzsche. Estudio preliminar y selección de textos”, 1ª ed., Galerna, Buenos Aires, 2015, p. 36.

Ese nuevo lenguaje resulta aprovechado y explotado al máximo por todos los nuevos populismos latinoamericanos que justifican la mentira en aras de la voluntad del poder hegemónico que pretenden ejercer de un modo infinito sobre la sociedad y los ciudadanos. En estos modelos populistas suele hablarse de un relato oficial que, bajo la idea de que se encuentra más allá del bien y del mal (como en la perspectiva nietzscheana), no vacila en propalar la mentira como instrumento de sus programas. De ella han abusado y aún abusan todos los populismos latinoamericanos (26), mintiendo sobre las cifras estadísticas (por ejemplo, los índices de pobreza) y llegando hasta prohibir y sancionar a las consultoras privadas que difundían los verdaderos datos estadísticos, tal como aconteció en Argentina.

Pero el nihilismo nietzscheano revela otras conexiones con el populismo, elaboradas en forma consciente o inconsciente, que, incluso, pueden generar conductas provenientes del subconsciente colectivo (Jung) que va creando el clima de hegemonía y sumisión que ha organizado el sistema populista como un mecanismo de relojería (en el sentido de que opera sin interrupciones) mediante intimidaciones y persecuciones sistemáticas sobre los opositores.

Esas conexiones que derivan del libro *La Gran Política* de Nietzsche, han sido correctamente descritas y criticadas por Emilio Komar (27).

El primer punto de *La Gran Política* se refiere al desconocimiento de los derechos del hombre y del orden natural lo cual, desde el perspectivismo populista se lleva a cabo de diferentes maneras, siempre bajo la voluntad del poder del líder de turno. Mientras en Venezuela y Cuba se ahogaron las libertades y se encarceló a los opositores impidiendo el ejercicio de la prensa libre, en Ecuador y Argentina, se puso el acento en apoderarse de los medios de prensa y en asfixiar a los medios independientes. En estos últimos países la persecución de los opositores fue también desplegada, por medios físicamente no tan brutales pero no menos agresivos a las libertades personales.

La perspectiva nietzscheana lleva a los populismos latinoamericanos a extremar una política masiva de votantes cautivos (Nietzsche prefirió hablar de “esclavos insatisfechos”) a quienes halaga con demagogia concediéndoles una serie de prebendas y privilegios para que no escapen del

---

(26) El número de desaparecidos durante la última dictadura militar es un buen ejemplo de ello pues mientras la CONADEP denunció que no pasaba de ocho mil, el gobierno kirchnerista difundió como eje central de su relato la cantidad de treinta mil desaparecidos.

(27) KOMAR, Emilio, “El nazismo...”, cit., p. 98.

sistema del poder hegemónico que ha querido atraparlos en la jaula dorada del populismo.

Pero, al fracasar la economía que propugna un Estado que funciona sin controles, como un barril sin fondo colonizado por la burocracia y la corrupción, el votante cautivo se convierte en un ciudadano insatisfecho y comienza a luchar para el restablecimiento de las libertades fundamentales y de la dignidad perdida.

Los Estados populistas de Latinoamérica pretenden instituir un nuevo orden o modelo de Estado aunque sin valores ni principios morales, en suma, un orden artificial, como sus antecesores europeos (comunismo, nazismo y fascismo) atacando los valores de la democracia (vgr. la separación de poderes y particularmente, la independencia del poder judicial) y alabando (según expresiones del propio Nietzsche) el placer “causado por la arbitrariedad de todas las manifestaciones del poder” (28), poder que obra con total prescindencia de la realidad, la que es sustituida por la primacía a la praxis (Marx).

Las huellas del idealismo alemán nietzscheano aparecen constantemente en el lenguaje que emplea Hitler cuando se refiere a la superioridad de la raza alemana y de las personas que dirigen a un pueblo destinado a ser amo de la tierra, habida cuenta que “no es la masa la que crea ni la mayoría la que organiza o reflexiona sino siempre y en todas partes el individuo aislado”, es decir, el individuo superior (29).

Puede decirse que la lógica rebelde de la concepción de Nietzsche lo erige “un maestro de la mentira y de la violencia”, culmina con la exaltación del mal (30) y permite legitimar los crímenes y abusos que cometen los superhombres que dirigen los pueblos. La analogía entre lo que acontece en el populismo latinoamericano y el pensamiento nietzscheano se proyecta en la transmutación de los valores que provoca en la medida en que el populismo fomenta el odio hacia un sector de la sociedad, persigue a los opositores, monopoliza o controla la prensa y unifica el relato para armar una construcción política ideal o artificial, cuyo objetivo es la voluntad del poder o dominación para mantener cautivos o sumisos a los ciudadanos,

---

(28) *Ibíd.*, p. 117.

(29) Véase: CHEVALIER, Jean Jacques, “Los grandes textos políticos. Desde Maquiavelo hasta nuestros días”, traducción del francés, Aguilar, Madrid, 1965, p. 397 y ps. 393 y 401, obra en la que analiza el pensamiento de Hitler, bastante mediocre por cierto, en el que advierte la influencia de la perspectiva nietzscheana. En el mismo sentido: KOMAR, Emilio, “El nazismo...”, *cit.*, p. 98 y ss.

(30) CAMUS, Albert, “El hombre rebelde...”, *cit.*, ps. 73/78.

usando incluso la violencia, ya sea oficial o privada como la que practican grupos de choque que actúan con total impunidad, encubriéndose bajo el derecho a la protesta.

#### IV. La construcción de Laclau sobre la razón populista

En el campo intelectual, especialmente en el ámbito de la teoría política, la irradiación que han tenido las ideas del politólogo argentino Ernesto Laclau (31) en el populismo latinoamericano ha sido realmente extraordinaria, siendo la fuente nutricia de los diversos modelos de estados populistas.

La concepción diseñada por Laclau, preanunciada en obras anteriores, cobra mayor trascendencia (32) con el advenimiento de Chávez al poder en Venezuela hacia el final del pasado siglo, de quien fue su mentor político, al igual que de los anteriores gobernantes argentinos (los Kirchner). Su obra central, *La razón populista*, fue publicada en el 2005 y es, en cierto modo, el más valioso diseño intelectual de justificación del populismo, sobre hipótesis basadas en el post-estructuralismo y en la teoría lacaniana (33).

La tarea de Laclau puede parangonarse con la que realizan las hormigas al ir juntando pacientemente las variadas hojas que alimentan su hormiguero intelectual, no importándole su procedencia, siempre que le sean útiles para la construcción de una teoría que no reniega de su base marxista pero que, al propio tiempo, descrea de las posibilidades reales del marxismo clásico, al cual reinterpreta. De ese modo, su teoría es como una suerte de máscara de la democracia, porque salvo el principio electivo inicial para acceder al poder no reconoce los demás valores y principios democráticos, inscribiéndose en la ideología (34) de la llamada izquierda radicalizada.

---

(31) Sus tesis han sido volcadas en diferentes libros y trabajos, destacándose entre otros "La razón populista..." cit., p. 9 y ss. y *Fundamentos retóricos de la sociedad*, cit., p. 21 y ss., del que se publicó una edición en inglés, cuyo prefacio figura en la edición argentina.

(32) LACLAU, Ernesto, "Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda" (con Judith Butler y Slavoj Žižek), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, además de los numerosos artículos y libros publicados en el extranjero, principalmente en el Reino Unido.

(33) Las ideas principales de Laclau fueron expuestas, sucesivamente, a partir de la publicación de *Politics and Ideology in Marxist Theory. Capitalism-Fascism-Populism*, editada en 1978 en español como *Política e ideología en la teoría marxista, Siglo XXI, España* editores, y reimpressa en 2015.

(34) LACLAU, Ernesto, "Los fundamentos retóricos..." cit. p. 21 y ss., apunta que el fin de las ideologías, asociadas generalmente a prácticas administrativas y no políticas, constituye un sueño imposible que "nos garantiza que seguiremos viviendo en un universo ideológico" (op. cit., p. 50). Una de las claves de la ideología que late en la concepción de la razón popu-

La concepción radical de Laclau sobre la democracia es, esencialmente política y configura una lógica social del poder, al que considera el principal escenario en el que sucede la historia. Aunque acude a la técnica lacaniana de sustituir el carácter subjetivo del poder por una estructura (la construcción de una identidad colectiva homogénea) no tiene más remedio que poner al frente de la estructura a un líder omnipotente porque de otro modo la heterogeneidad social provocaría rápidamente la fragmentación del poder y la consecuente caída del movimiento populista que pretende enraizarse en el gobierno.

Ante el fracaso de la concepción clasista del marxismo ortodoxo y como consecuencia de haber dejado de ser la clase trabajadora o proletaria el eje de la revolución socialista (hecho sucedido en la revolución cubana) los teóricos del nuevo populismo, como Laclau, siguiendo en este punto a Gramsci, trataron de buscar un nuevo diseño para la lógica social de acceso y conservación del poder político.

El hecho de haber dejado atrás la idea de simplificar la estructura social (con base exclusiva en el proletariado) hizo que los ideólogos pasaran a interrogarse acerca de cómo se podía llegar a estructurar una nueva formación social que tuviera en cuenta la gran heterogeneidad que había generado el desarrollo del capitalismo en la sociedad (algo no previsto por el marxismo). El proceso culminó con el abandono, por buena parte de los ideólogos marxistas, de lo que denominaron “el reduccionismo de clase” (35), habida cuenta la heterogeneidad social existente tras las dos guerras mundiales.

En este trance, el papel de estructurar la nueva construcción social de una identidad colectiva fue cubierto por la noción de hegemonía proveniente del pensamiento gramsciano. La operación hegemónica que le permite a Laclau unificar su teoría aplicable a los gobiernos populistas consiste en aprovechar la serie de demandas radicales insatisfechas de la sociedad en determinados momentos históricos. Como estas demandas son, por lo común, diferentes e individuales, precisa encontrar una demanda que las aglutine y les confiera una cierta centralidad, aunque fuera por razones circunstanciales (36).

---

lista de Laclau radica —siguiendo al estructuralismo lacaniano— en desubjetivar el sujeto individual, es decir, en dejar vacío el lugar que ocupa la persona humana en la sociedad para insertar una estructura o conjunto de estructuras y la idea de ser colectivo. Como es sabido, Lacan rechazó la idea del sujeto como una realidad individual centrada en sí misma, algo que antes habían hecho Marx y Freud. En el plano ideológico, tanto Laclau como Gramsci pueden calificarse como marxistas no ortodoxos, lo que se revela, entre otras cosas, en la dialéctica que utilizan.

(35) LACLAU, Ernesto, “Política e ideología marxista”, cit., especialmente p. 119 y ss.

(36) LACLAU, Ernesto, “La razón populista...”, cit., p. 124.

Como apunta certeramente Quintana, la noción de hegemonía gramsciana difiere de la de Lenin, en cuanto no radica en el poder coercitivo del Estado sino en “quienes ejercen la orientación intelectual de la sociedad” (37).

Porque “la hegemonía se ejerce mediante la penetración en la sociedad civil de todo un sistema de valores, actitudes, creencias que contribuyen a mantener el dominio del grupo de poder. De aquí la trascendencia que asumen en la sociedad contemporánea los medios culturales, tanto los formativos como los informativos. Sin ellos el dominio político a la larga se vuelve estéril y desgastado. Para él, este dominio solo logra eficacia cuando es acompañado por un consenso que se obtiene mediante la internalización por parte de los gobernados del “buen sentido” de los gobernantes (38)”.

Ahora bien, el populismo precisa consolidar el vínculo de equivalencias (demandas no satisfechas) mediante el deslinde de una frontera interna que defina cuál es el enemigo común (lo que responde a la misma lógica articulada por Carl Schmitt en su teoría decisionista), la que combina con la categoría del significante lacaniano como denominador común con el objeto de evitar las dispersiones y proliferación de los agentes que actúan en una sociedad heterogénea.

Para la concepción decisionista de Schmitt (39), inspirado en la teoría voluntarista del soberano presente en el *Leviatán* de Hobbes (40), ella “significa que un orden social, de un valor jurídico, resulta del procedimiento de voluntad que los crea... en el que la decisión del soberano no está limitada por un ordenamiento preexistente, porque la decisión soberana es una omnipotencia estatal cuya absoluta discrecionalidad puede imponer decisiones contrarias al derecho natural” (41).

El líder ocupa un lugar central en la teoría de la razón populista de Laclau y en este sentido —sin exhibirlas de un modo explícito— asoman advertibles

---

(37) QUINTANA, Eduardo Martín, “Aproximación a Gramsci”, EDUCA, Buenos Aires, 2000, p. 159.

(38) *Ibidem*, p. 162, Gramsci señaló la necesidad de crear un bloque histórico entre gobernantes ya que según él, así se realiza la vida en conjunto como fuerza social hegemónica.

(39) Véase VANOSSI, Jorge Reinaldo, “La actuación y la obra de Hans Kelsen en el Derecho Constitucional”, La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Anticipo de Anales, Año XLVI, Segunda Época, Número 39, Buenos Aires, 2002, p. 5 y ss., especialmente la nota 1 (ps. 5/7).

(40) MEDRANO, Juan Manuel, Historia de las ideas políticas, EDUCA, Buenos Aires, 2009, p. 461 y ss.; SAMPAY, Arturo Enrique, Introducción a la Teoría del Estado, 2ª ed., Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Buenos Aires, 1964, ps. 16/17.

(41) SAMPAY, Arturo Enrique, “Introducción...”, cit., p. 17, cita un trabajo de Schmitt *Ober die drei Antem des RechtsWissenschaftlichen Den Keus*, Hamburg, 1934, ps. 24/29.



analogías con el decisionismo schmittiano (42) lo cual Laclau se ha empeñado en esquivar, probablemente por el temor, que acucia a todo el progresismo radicalizado, de apoyarse en intelectuales que dieron sustento doctrinario y apoyo científico al régimen hitleriano (43).

Un asunto no menor es el relativo a las discrepancias y coincidencias con sus fuentes filosóficas. En efecto, como la construcción social que propone Laclau pretende asumir un carácter universal y totalizador (aunque constituida solo por una parte del pueblo), coincide con Gramsci y con Marx en el sentido de que lo universal de la construcción social hegemónica no implica una barrera que separe al Estado de la sociedad civil, como pensaba Hegel. Pero, está de acuerdo con éste último y no con Marx, en que esa nueva construcción colectiva, dotada de universalidad, no configura una clase determinada sino una voluntad colectiva, es decir, una construcción política integrada por elementos heterogéneos. De ahí, mientras Marx postuló la extinción del Estado, Gramsci habla del *Estado Integral* (44) (construcción a la que denominó hegemonía), de manera de provocar una identificación entre la nueva construcción colectiva y el Estado, o sea, una absorción de la sociedad civil por el Estado (45).

## V. Prospectiva

No todo es color de rosa para el populismo latinoamericano, ya que la acumulación de reacciones en su contra se potencia por la generación de sus efectos disvaliosos caracterizados por la alta inflación que provoca una política distributiva demagógica que desalienta el trabajo y la productividad

---

(42) SCHMITT, Carl, *Les trois types de pensée juridique*, traducción del alemán por Mirta Koller y Dominique Seglard, con presentación de esta última jurista, PUF, París, 2015, p. 97 y ss. y ps. 62/67 de la presentación de Seglard.

(43) VANOSI, Jorge Reinaldo, "Derecho Constitucional", Tº I, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 39 y ss., efectúa un valioso análisis político-jurídico sobre el pensamiento de Schmitt y las posteriores etapas de su pensamiento. Coincidimos con Arturo E. Sampay en que su teoría sobre el orden concreto que hace surgir el derecho y la justicia de la voluntad del conductor (el Führer) no supera el decisionismo (Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica, Abeledo Perrot, Buenos aires, 1965, p. 41) y que "restablece con su prístina pureza el decisionismo de Hobbes". Al respecto, Vanossi apunta que "no se conoce ninguna reelaboración de su primitivo concepto" (se refiere el decisionismo schmittiano) en la evolución posterior de su teoría que finalmente termina ocultando bajo una máscara historicista en la que sostiene la necesidad de preservar la ciencia jurídica de occidente y sus derechos fundamentales (dignidad de la persona, garantía del debido proceso legal etc.).

(44) La expresión Estado Integral, fue adoptada en 1931 por la Constitución republicana española.

(45) El dualismo Estado-Sociedad representa uno de los principios de mayor relevancia en el derecho natural Cristiano, véase: MESSNER, Johannes, "Ética social, política y económica a la luz del derecho natural", Rialp, Madrid, 1967, ps. 346/347.



al dilapidar recursos públicos que invierte en obras innecesarias y en publicidad oficial, entre otras cosas prescindibles. La inseguridad, el narcotráfico y la corrupción generalizada así como la ausencia de instituciones sólidas y confiables en el seno del Estado son factores que influyen en la caída de los regímenes populistas y, en ese escenario, hablar de inclusión social constituye otra de las grandes falsedades del relato pues en vez de lograr disminuir la pobreza, el populismo ha adoptado medidas que provocan su crecimiento.

Los supuestos logros que exhibe el relato populista, basado en la mentira sistemática, no sólo dejan de convencer a los ciudadanos sino que producen, como principal reactivo, la unificación de las demandas de una auténtica democracia, en la que el populismo ya no puede enmascararse para subsistir. La experiencia concluye con la derrota en las urnas, como ha ocurrido con el chavismo en Venezuela y el kirchnerismo en Argentina, así como con la frustrada reelección de Evo Morales en Bolivia.

Aunque sus raíces provengan del populismo europeo del siglo XX, el nuevo populismo latinoamericano pretende ser democrático y social (46). Esta pretensión implica una de las simulaciones o hipocresías más absurdas de la historia política porque la democracia es incompatible con la noción de hegemonía de determinados grupos sociales sobre otros la que conlleva el desprecio de las minorías producto de la confrontación permanente que alienta la praxis revolucionaria así como con la justificación de la violencia (47), como característica de los totalitarismos y, en particular, del Estado Populista, si bien en diferentes grados (48).

---

(46) LACLAU, Ernesto, "Política..", p. 121, nota 36. Lo expuesto en esta nota revela que cuando Ernesto Laclau habla de democracia (una condensación entre socialismo y democracia) lo hace desde la dialéctica postmarxista del antagonismo o confrontación entre sectores sociales, si bien no limitada a la clase trabajadora sino al conjunto de fuerzas heterogéneas (que denomina sujetos populares) que se unen en una construcción colectiva para disolver el bloque de poder dominante (el capitalismo). La simplificación de esta teoría es por demás obvia e implica algo tan artificial como suponer que todos los que llama sujetos populares (v.gr. trabajadores, empleados, profesionales, pequeños comerciantes.) pertenecen a una misma clase cuyos intereses se oponen a la clase capitalista. El fondo marxista del pensamiento de Laclau queda evidente cuando apunta que "el avance hacia una democracia real es una larga marcha que solo será completada con la eliminación de la explotación de clase"; algo así como la profecía de Marx y Lenin, que ni en Rusia alcanzó a cumplirse (al igual que en China y en Cuba) (op. cit., ps. 121/122 nota 36).

(47) MCFADDEN, Charles J., "La filosofía del comunismo", 2ª ed., traducción del inglés, Sever-Cuesta, Valladolid, 1961, ps. 180/181.

(48) CROCE, Benedetto, *Storia d'Italia del 1871 al 1915*, Laterza, Bari, 1942, p. 279, cit. por Augusto del Noce, *Appunti...*, cit., ps. 7/14, señala que Mussolini procuró infundir al socialismo un nuevo espíritu empleando la teoría de la violencia de Sorel.

Con respecto a la filiación filosófica de la razón populista de Laclau hay en su trasfondo una dialéctica afín al materialismo histórico marxista-leninista. Si bien no apoya el desarrollo de su pensamiento exclusivamente en la teoría económica del marxismo presenta un esquema en el que opone a sectores heterogéneos de la sociedad (trabajadores, empleados, profesionales etc.) a la estructura capitalista. La lucha de clases producto de las relaciones de producción se sustituye por una confrontación permanente con los sectores dominantes del capitalismo y grupos afines (que llama bloque de poder) cuyo papel, como cabe deducir de su lógica, pasaría a ser ocupado por el Estado, al igual que lo que aconteció en Venezuela.

Por cierto que no solo los auténticos valores y principios democráticos (vgr. separación de poderes) sino que el bien común, la justicia y la moral también están ausentes en la formulación de la teoría de la razón populista.

La lucha contra el populismo no puede basarse exclusivamente en la construcción de un relato neutro. Hay que prevenir la recaída de la enfermedad mediante el desarrollo de todas las instituciones y potencias sociales en un clima de libertad y justicia en el que impere la democracia y recordar que el populismo, que siempre surge en situaciones de peligrosidad y de graves crisis económicas e institucionales, tiene una capacidad extraordinaria para reaparecer bajo formas aparentemente democráticas. De ahí que la necesidad de fortalecer las instituciones del Estado de Derecho con sentido social y que la unión de fuerzas afines sean los objetivos primordiales de una restauración democrática que afirme el respeto por los que piensan diferente y promueva la concordia. En pocas palabras, la acción política pasa por hacer que los intereses y fuerzas heterogéneas de la sociedad confluyan en consensos comunes que reflejen los auténticos valores de la democracia formal y material con el fin de desplazar el absurdo que implica alentar la confrontación entre distintos sectores de la sociedad, basada en una hegemonía que tiende a una lucha permanente antes que a la paz y a la unión del pueblo. ◆

# ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD

POR ENRIQUE M. FALCÓN (\*)

## I. Introducción

Para comprender la acción autónoma de nulidad es necesario primero considerar la cuestión relativa a la cosa juzgada. A diferencia de la ciencia que resulta esencialmente *fallible*, el derecho tiene por objeto la solución del conflicto de modo definitivo y en un tiempo exiguo, porque por un lado la vida humana es corta y por otro es necesaria la paz social para la vida en comunidad. De manera que una vez que se ha juzgado una causa la misma establece una “verdad”, que puede coincidir o no con la de la realidad, aunque es de suponer que la mayoría de las veces coincida. En este campo se distingue el simple efecto de irrevocabilidad de la decisión que se conoce como cosa juzgada formal, de cuando a la *irrevocabilidad* de la decisión se le une la *inmutabilidad* de la misma, en cuyo caso se habla de cosa juzgada material. Esta inmutabilidad fija la verdad jurídica que está protegida por el efecto de la sentencia denominado *cosa juzgada material* (1).

---

(\*) Comunicación del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de octubre de 2016.

(1) Al respecto Vellani (VELLANI, Mario, “La naturaleza de la cosa juzgada”, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires 1963; p. 115) dice: “la declaración de certeza no modifica la realidad objetiva” sólo crea una nueva forma o título. Liebman (LIEBMAN, Enrico Tulio, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1980; p. 596) ve la cosa juzgada como un modo de manifestarse y producirse los efectos de la misma sentencia, ya que la inmutabilidad se produce con el paso de cosa juzgada de la sentencia y sintetiza (íd., p. 384): Esta eficacia está estrictamente limitada al objeto sobre el cual la sentencia se ha pronunciado, identificados con los tres conocidos elementos de los sujetos, del *petitum* y de la *causa petendi*” (que podemos sintetizar en los sujetos, la cosa demandada, y los hechos que la fundan). Clariá Olmedo (CLARIÁ OLMEDO, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Bs. As. 1960/68, t. IV, p. 305) expresa: “Ha de tenerse por verdad aunque sea inicua e injusta, ante la necesidad de establecer definitivamente el orden jurídico y social”; íd., PALACIO, “Derecho Procesal Civil”, t. V, p. 499; el concepto de cosa juzgada es originario de Grecia (ver PLATÓN en Critón, p. 50 b, Espasa Calpe, 1966, p. 37). Pero este concepto cede ante el recurso de revisión (CLARIÁ OLMEDO, cit., “Tratado”, IV, p. 304), y ante la “cosa juzgada fraudulenta” que se liga con la nulidad absoluta del proceso (COLOMBO, Carlos J., “Código Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 97; igual consideran VÉSCOVI, Enrique, “La naturaleza de la cosa juzgada”, en E. D. 1979-835; RUBIANES, Carlos J., “Manual de Derecho Procesal Penal”, t. II, Buenos Aires 1978, p. 152; HITTERS, Juan C., “Revisión de la cosa juzgada”, LEP, La Plata, 1977). Ya vemos, entonces, que los hechos pasados pueden conocerse y fijarse con error, pero

Palacio (2) puntualiza que la propia utilidad de la función judicial del Estado, unida a la consideración de seguridad jurídica, determinan la necesidad de asegurar no sólo la inimpugnabilidad que es propia de las sentencias firmes, sino también la consistente en dotar a estas últimas del atributo en cuya virtud su contenido no pueda ser alterado en ningún otro proceso ulterior, tornando por lo tanto inadmisibles toda nueva discusión o resolución acerca de las cuestiones decididas con carácter firme en el anterior proceso (*non bis in idem*).

Quiere decir que para el proceso, en principio, la cosa juzgada cierra el conflicto definitivamente. Sin embargo el derecho no abandona la búsqueda de la verdad aunque la misma represente un objetivo general amplio, difuso y que tengamos que contentarnos en la mayor parte de los supuestos con la certeza y en muy pocos con la evidencia y que en otros casos prescindamos de la prueba para la solución del conflicto. El hecho es que el proceso no puede constituir una vía para crear lo inexistente en el mundo de la existencia real. De allí que en determinados casos, la verdad se impone sobre la cosa juzgada, y del modo de revisar esta última surgen dos institutos, uno reglado en diversos ordenamientos, el recurso de revisión, y otro no reglado derivado de lo pretoriano, pero igualmente aplicable, la revocabilidad de la cosa juzgada fraudulenta, o írrita, o más propiamente la acción autónoma de nulidad de revocación de la cosa juzgada firme (3).

---

que la cosa juzgada cierra, en general, la posibilidad de revisión. Pero si la investigación está bien hecha, el margen de error será mínimo o desaparecerá.

(2) PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", primera edición, cit., t. V, Buenos Aires 1975, p. 498.

(3) Maier explica en el mismo sentido, para el supuesto del proceso penal en particular, "Pero, como observamos anteriormente, es también posible que la función de recomponer la paz y la seguridad jurídicas, que cumple la decisión definitiva, se frustre en algunos casos, en homenaje a valores del individuo superiores en rango. Así sucede cuando se permite la revisión del procedimiento cerrado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada mediante el recurso de revisión a favor del condenado, en casos excepcionales: tradicionalmente, cuando después de la sentencia se descubre un error en la valoración de un elemento de prueba decisivo para el juicio fáctico expresado en la sentencia; entre nosotros y también para aplicar el principio de la ley penal posterior más benigna (CP, 2)" (MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", t. I, Fundamentos, Buenos Aires 1996, p. 902). Si la cosa regularmente juzgada no es verdad absoluta que pueda perjudicar a terceros, menos lo es la cosa juzgada fraudulenta, obtenida en un proceso aparente, en circunstancias y por procedimientos que no admite la ley. La admisión genérica de la institución de la cosa juzgada no significa que su reconocimiento no pueda condicionarse a la inexistencia de dolo en la causa en que se expidió la sentencia. Esta posibilidad es también valedera para desconocer eficacia final a la sentencia dictada en juicio en que se incurrió en estafa procesal (CSJN, 23-10-70-Kaswalder de Bustos, Malvina Rosa Nicéfora, Fallos CSJN: 278:85). Si bien es cierto que la cosa juzgada reviste jerarquía constitucional, en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en los derechos de propiedad y defensa en juicio, y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituye un presupuesto ineludible para la seguridad jurídica;

## II. La denominación de la revisión de sentencia firme

La revisión de la sentencia firme ha recibido distintos nombres, porque ellos vienen de distintas instituciones históricas. Aunque los antecedentes de la revisión de la sentencia una vez dictada puede rastrearse hasta el derecho romano, cuando el Pretor debió contemporizar el estricto *ius civile* (donde aparece por primera vez el concepto de *non bis in idem*), con el derecho de gentes. En el presente trabajo saltaremos los antecedentes históricos (4) para ocuparnos de la revisión de la cosa juzgada en un tiempo más cercano y en nuestro país.

Se ha denominado a la institución en estudio recurso de revisión, recurso de revisión de jurisprudencia, revisión de la sentencia írrita, revisión de la cosa juzgada, acción de revisión de la sentencia firme y acción autónoma de nulidad, entre las voces más corrientes. Inclusive se ha considerado equivocadamente que este recurso corresponde a la casación, y se lo ha confundido con el recurso de rescisión (otorgado a la parte declarada en rebeldía). La expresión “recurso de revisión” fue de las primeras voces que consideraron este tema en la Argentina que estableció la regla en la ley 27, art. 7º, inc. 3, para las causas originarias ante la Corte, pero en lo restante se reguló en lo penal en el 551 del Código de Procedimientos en materia penal. De modo general se lo encuentra en la ley 50, art. 241 y sgtes., luego en la ley 4055, art. 4º, y en la ley 13.998, art. 24 inc. 3º, todas leyes que fueron sustituidas por la ley procesal civil 17.454, que no mantuvo el recurso de revisión en sede civil, aunque sí lo hizo la reforma del Código de procedimientos en materia penal por el Código Procesal Penal, ley 23.984, art. 479 y sgtes., lo mismo que el nuevo Código Procesal Penal, aún no vigente, ley 27.063, art. 318 y sgtes. En el sistema provincial, en materia procesal civil fue el Código de La Rioja el que receptó este recurso, art. 265 (5), pero generalmente fue

---

existen numerosas excepciones, entre otros supuestos, en los casos de estafa procesal, debiendo admitirse, en tales hipótesis, que la existencia de resoluciones que formalmente se apartan de lo dispuesto en una sentencia firme “lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque salvaguardan su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible” (CSJN, 19-5-97-Duart, Víctor vs. Banco Central de la República Argentina; Rubinzal Online; RC J 2745/07).

(4) Los orígenes de este instituto son remotos. Sus modalidades actuales tiene su raíz, por una parte en la “querella nuttatis insanabilis” que dio vida a la revisión de tipo germánico, y por otra parte en la *restitutio in integrum* que constituyó la fuente del sistema francés. Este país a nuestra legislación procesal penal de cuño antiguo a través del derecho español, y a los códigos modernos a través del derecho italiano que lo receptó después de la Revolución francesa (CLARÍA OLMEDO, Jorge, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, V, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 565 con citas de Beling y Manzini). Un estudio extenso y completo de la historia de la institución puede verse en HITTERS, J. C., “Revisión de la cosa juzgada”, LEP, La Plata, Argentina, 1977, pp. 37 a 129.

(5) En el ámbito legislativo esta revisión (por vía de recurso o de acción autónoma) se asienta en sistemas normativos en los Códigos Procesales Civil y Comercial de Córdoba

incorporado a los Códigos procesales penales, recibiendo recién acogida en el campo del derecho procesal civil en las más recientes modificaciones de los Códigos Procesales Civiles, o en leyes especiales como la ley nacional n° 26.853 de Casación aún no vigente por no haberse integrado los tribunales respectivos. En los demás casos, se siguió la vía de la acción autónoma de nulidad por vía pretoriana, ya que la nulidad procesal civil es de un carácter totalmente distinto a la acción autónoma de nulidad.

### III. La revisión en materia penal

Ha explicado claramente Clariá Olmedo que “Entre los medios impugnativos excepcionales hemos incluido también la revisión, que en nuestro derecho procesal penal positivo tiene una regulación independiente y claramente delimitada frente a otros recursos. Esto no es común en la legislación procesal civil de cuño antiguo, donde el nombre de *revisión* adquiere un significado más extenso, captando motivos que son propios del recurso de casación y aun de la inconstitucionalidad de carácter local. La excepcionalidad de este medio ha sido puntualizada ante la circunstancia de la exclusividad de su objeto, vale decir del acto atacado, que lo distingue de todo otro tipo de impugnación en materia penal. Este debe consistir en una sentencia condenatoria, abstracción hecha de que haya adquirido autoridad de cosa juzgada. Ataca la firmeza de la condena penal, aunque en algunas legislaciones pueda actuarse antes de su obtención. Pero no es éste el único rasgo que distingue la revisión penal de las otras impugnaciones o recursos. Para caracterizarlo en toda su extensión, también son importantes los siguientes: 1) En nuestro sistema queda excluida (en materia penal) como objeto impugnabile la sentencia absolutoria. Si bien esto podría mostrar una desigualdad, ya que tan injusta podría ser la absolución como la condena, resulta como consecuencia de la aplicación del principio *non bis in idem* y de la prohibición de la *reformatio in peius*. 2) Los motivos que permiten su fundamentación no pueden consistir en errores de hecho o violaciones de ley que fluyan del material histórico y jurídico considerado o que pudo considerar la sentencia o debió observarse en el trámite. Debe tratarse de circunstancias externas o extrínsecas del proceso concluido con la resolución impugnada. 3) La legitimación para impugnar se extiende a personas que no han tenido participación alguna en el proceso, y se conserva o adquiere

---

(art. 392 y ss.), Mendoza (art. 155 y ss.), Río Negro (art. 303 y sgtes.); San Juan (art. 283 y ss.), Tierra del Fuego (art. 301 y ss.), Anteproyecto de la Ciudad de Buenos Aires (art. 676 y ss.), Anteproyecto de la Provincia de Buenos Aires (art. 691 y ss.), y en el CPCCN, arts. 297 a 301 conforme ley 26.583, según señalamos, entre los principales supuestos. La nulidad de la sentencia ya sea por vía de recurso o por vía de acción participa de caracteres de la nulidad de los actos jurídicos y por específicas causales procesales. Ya sea por vía de recurso o de acción, en ambos casos se trata de una acción de nulidad autónoma por sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

aun después del fallecimiento del imputado condenado. 4) No existe término alguno de caducidad para la interposición del acto impugnativo. Esto es suficiente para demostrar por qué no es posible en ningún caso atribuírsele efecto suspensivo, aunque los códigos no prevean expresamente la excepción. 5) La circunstancia de tratarse de un condenado que soportó parcial o totalmente las nefastas consecuencias de una pena injusta, hace que el acogimiento favorable de la revisión implique una pública reivindicación del afectado, abriendo la posibilidad, en la medida que la ley lo determine, de un pronunciamiento de reparación material. A más de la especialidad, las características anotadas demuestran la trascendencia de la revisión y su indispensabilidad en los pueblos de alcurnia democrática. Ello justifica que no sea ajeno a las previsiones de algunas de nuestras constituciones provinciales y que se la haya incluido en todos los códigos del país” (6). Dicho esto nos concentraremos, en este trabajo, en el recurso de revisión y la acción autónoma de nulidad en el proceso civil (sin perjuicio de que muchos de los conceptos que se verterán puedan traspolarse al proceso penal) en razón de que el recurso de revisión penal ha sido ampliamente estudiado y existe un cierto consenso tanto en lo que hace a su fundamento, cuanto a los supuestos en que corresponde su aplicación.

#### **IV. El recurso de revisión no es un recurso**

Aunque la institución ha recibido en numerosos ordenamientos nacionales y extranjeros la denominación de recurso, en realidad no se trata de tal. No obstante, en este campo la doctrina se encuentra dividida, aunque poco a poco las tendencias se orientan hacia la consideración de que no se trata realmente de un recurso, cualquiera sea la denominación que se le haya dado. Ya Clariá Olmedo había señalado que tanto ese origen (es decir el romano-germano) como las características anotadas (véase párrafo anterior), nos permiten reiterar nuestro criterio en el sentido de que este medio impugnativo no constituye un recurso en sentido estricto. Mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidos o haberse presentado con posterioridad (7). Otros autores también se inclinaron por este criterio (8), con distintas variantes y considerando varios aspectos rela-

---

(6) CLARIÁ OLMEDO, “Tratado”, cit. V, pp. 563 a 565 (hemos omitido las notas del autor).

(7) CLARIÁ OLMEDO, “Tratado”, cit. t. V, p. 565 con citas de Ibañez Frocham, Fenech y Bartolini Ferro.

(8) BERIZONCE, Roberto O., “Cosa juzgada fraudulenta y acción de nulidad”, en *JUS* 10-75; Medios de impugnación de la cosa juzgada, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata* 26-259; COLERIO, Juan Pedro, “La inmutabilidad de la cosa juzgada frente al proceso fraudulento” en *L. L.* 1991-B-259; EISNER, Isidoro, Contenido y límites de la cosa juzgada, en



cionados con la suspensión de la sentencia, las medidas cautelares posibles a tomar, los temas que daban lugar a la presentación, etc.

Ahora ¿por qué no es un recurso? Un recurso es una institución del derecho procesal que se desarrolla dentro del proceso. Esta característica lo aísla de la realidad. Efectivamente la pretensión y la defensa introducen al proceso un conflicto de la realidad, o por lo menos, que dicen que pertenece a la realidad. El proceso se separa de la realidad para resolver el conflicto, cualquiera sea su naturaleza. Ese conflicto puede ser entre dos o más partes, entre particulares, entre particulares y el Estado o la sociedad, de modo colectivo, etc. La solución del conflicto por vía de la sentencia definitiva que conlleve el efecto de cosa juzgada material, transfiere nuevamente al mundo real la solución de ese conflicto, mediante un acto jurídico particular, pero acto jurídico al fin, la sentencia. En el interín, desde el inicio de la instancia hasta la sentencia se pueden producir los recursos, que tienen por objeto corregir tanto errores *in iudicando* cuanto errores *in procedendo*. Pero dictada la sentencia y pasados los plazos por los cuales ella puede ser impugnada, o resultando la misma final del proceso, no nos hallamos en la discusión del proceso, sino que, eventualmente habrá que cumplir lo que la sentencia manda. Esa sentencia, acto jurídico que irrumpe en el mundo real, está gobernada por las reglas del derecho sustancial, referidas a los actos jurídicos. Y tal es así que, aunque a mi juicio con error respecto del plazo, el nuevo Código Civil y Comercial, establece que prescribe al año... “la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada” (art. 2564, inc. f) (9).

---

L. L. 1981-A-35; FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, “Cuestiones litigiosas amparadas por la cosa juzgada”, en L. L. 1988-E-334; la doctrina ha admitido la revocación de la cosa juzgada fraudulenta; MAURINO, Alberto Luis, “Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad (antecedentes y derecho comparado)”, RDProcesal N° 2, Rubinzal-Culzoni, Argentina 1999; GIANNINI, Leandro J., “La revisión de la cosa juzgada”; LA LEY, 2001-E, 1259. ARAZI, Roland, “Acción de revisión de cosa juzgada írrita” - RDProcesal - Año 1999 - N° 2 - Pág. 377, Rubinzal Culzoni. Ver también ALSINA, Hugo, “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, IV 1961, p. 172; CARBONE, Carlos Alberto, “La impugnación de la sentencia firme no es un recurso”, en “Tratado de los recursos”, en homenaje al prof. Adolfo A. Rivas, dir. por Marcelo Midón, t. I, pp. 379 y sgtes. También puede verse: COUTURE, Eduardo, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Segunda Edición Ampliada y Actualizada, Buenos Aires, 1951, p. 364: Id. “La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta”, LA LEY, 16-104; VÉSCOVI, Enrique, “Los recursos judiciales y demás medios impugnativos”, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 338. Pero casi sin duda el estudio más completo y desarrollado es el de HITTERS, “Revisión de la cosa juzgada, a quien ya hemos citado y más recientemente: Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual”; L.L. 1999-F, 996. Puede también verse, aunque con otra extensión: MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El error judicial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999.

(9) Independientemente de que el plazo es, a mi criterio, exiguo, el artículo en consideración deroga implícitamente el art. 298 de la ley 26.853 (más allá de la falta de vigencia de esta ley que dispone que: El recurso de revisión se deberá interponer por escrito, fundado con arreglo a las causales previstas en el artículo 297, ante la Cámara de Casación correspondiente,



Esta norma no solamente nos da una pauta para la prescripción, sino que además adopta a la acción autónoma de nulidad como revisora de un acto jurídico de los previstos en el Código mencionado (art. 257 y siguientes) y que al mismo le cabe la aplicación de las normas de Ineficacia de los actos jurídicos (art. 382 y sgtes.) una de cuyas categorías es la nulidad (art. cit.). Luego la nulidad de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no es un recurso. Se articula por medio de una acción en una demanda principal que es autónoma y prevé una nueva instancia. La jurisprudencia la ha fundado especialmente en varios fallos, entre los que se destaca “Campbell Davidson” (10). En dichos fallos la revisión no procura superar deficiencias de procedimiento, ni errores de criterio en la decisión. Se trata de que la sentencia es el resultado de un ilícito, una violación de los principios y garantías constitucionales, o un error esencial plasmado en la sentencia y conocido o advertido con posterioridad a que la misma quedó firme.

#### **V. El recurso de revisión y la acción autónoma de nulidad son el mismo instituto**

Veamos ahora los supuestos del recurso de revisión civil, que al igual que la acción autónoma tuvo su origen en el concepto de “proceso fraudulento”, para luego extenderse a otros casos. Pues bien, las distintas denominaciones que se dan a una misma institución, tienden a la confusión las más de las veces. Ya Carrió se hizo cargo de esta situación y la detalló claramente en una obra magnífica en el capítulo “Sobre los desacuerdos entre los juristas” (11). La denominación que parecería diferenciar los institutos no tiene mayor importancia. Marcos Marín expresa que los fenómenos de vaguedad sólo podrían ser evitados teniendo para cada apreciación de nuestra realidad un signo distinto, es decir, si diéramos un significante distinto para cada significado; la economía del sistema se vale del papel desempeñado por la complementación (12). De manera que, utilizar distintos significantes (nombres distintos) para iguales significados (contenido al cual se refieren esos significantes) sólo crea una confusión que para poder solventarla es necesario ir a la comparación de esos contenidos, aunque en general la

---

dentro del plazo de treinta (30) días contados desde el momento en que se tuvo conocimiento del hecho o desde que se conoció el fallo posterior irrevocable. En ningún caso se admitirá el recurso pasados tres (3) años desde la fecha de la sentencia definitiva. Véase PALACIO, Lino Enrique, *La cosa juzgada fraudulenta y los límites temporales de su impugnación*, en L. L. 1997-E-584; Id. *Derecho Procesal Civil*, ed. actualizada por Carlos Enrique Camps y Alberto Tessone, en este tomo V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 319 a 328.

(10) CSJN, 19/02/1971 “Campbell Davidson c/ Pcia. de Buenos Aires”, Fallos: 279:54.

(11) CARRIÓ, Genaro, “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1965, p. 63 y 4ª edición aumentada y corregida de 1990, p. 91.

(12) MARÍN, Marcos, “Aproximación a la gramática española”, p. 307.

vaguedad se disuelve cuando se establece una definición, una explicación o se incluyen los términos en un contexto.

Para hacer esta comparación, debido a que cada legislación tampoco es concordante en los mismos significantes de la expresión “recurso de revisión”, tomaremos un listado de ellos indicando de donde provienen y los comparemos con los correspondientes a la jurisprudencia y doctrina sobre el tema. Primero veamos este cuadro referido a los recursos de revisión.

Norma Tema	CCC Córdoba	CCCMendoza s/ Const. Art. 144, inc. 9	CCC Río Negro	CCC San Juan	CCC Tierra del Fuego	Ley 26.853
Documentos declarados falsos o desconocidos. En fallo posterior irrevocable (a)	sí	sí	sí	sí	sí	X
Documentos decisivos ignorados hasta entonces, extraviados o detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiere dictado aquélla (a)	sí	sí	sí	sí	sí	X
Testimonios declarados falsos. En fallo posterior irrevocable (a)	sí	sí	sí	sí	sí	X
Pericias declaradas falsas en fallo posterior irrevocable (a)	X	X	sí		sí	X

---

(a) En todos estos casos la prueba de referencia tiene que haber sido un elemento que permitió que la sentencia se dictara de un modo que de no haberse alterado la prueba hubiera tenido otra solución distinta favorable al apelante.

Prueba de confesión falsa (b)	X	X	X	sí	sí	X
Sentencia obtenida en virtud de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, incluyendo el dolo	sí	sí	sí	sí	sí	sí
Sentencia que resuelve cosas no pedidas u omitidas (c)	X	sí	X	sí	X	X
Sentencias Dictadas por Jueces cuyo nombramiento no reúna los requisitos establecidos en la Constitución provincial (d)	X	X	X	sí	sí	X

(b) La prueba de confesión falsa solamente puede ser considerada cuando la misma se organizza entre las partes para poder producir un efecto en la sentencia que perjudique a terceros.

(c) Este es el supuesto de *infra petito* que no corresponde ni al recurso ni a la acción autónoma de nulidad porque se tuvo que pedir en la instancia respectiva por vía de un recurso ordinario o en su caso por aclaratoria.

(d) Aunque los Códigos se refieren a la Constitución Provincial, el recurso debe ser admitido en todos los casos en que se trate de jueces designados fuera de las normas legales, porque de lo contrario se viola el artículo 18 de la Constitución nacional. Uno de los supuestos que ha dado lugar a soluciones de emergencia fue el de los jueces subrogantes (13).

(13) El art. 2º del Anexo "Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación, de la Resolución del Consejo de la Magistratura 76 de 2004 dispuso: "Art. 2 - En caso de que se produzca una vacante o ausencia transitoria en un cargo de juez de primera instancia, y por un plazo de hasta sesenta (60) días corridos, a contar desde la fecha en que se produjo, excepto para los casos previstos por el artículo 9 del presente reglamento, la Cámara de Apelaciones de su jurisdicción procederá de inmediato, mediante acto fundado, a la designación de un subrogante, decidiendo de conformidad con uno cualquiera de los siguientes criterios: o por un juez de primera instancia, con preferencia de aquel que resida en la misma ciudad y, si no lo hubiera, por el magistrado a cargo del juzgado

Colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes, siem pre que hubiere causado per juicios al recurrente o al interés público (e)	X	X	X	X	sí	X
---	---	---	---	---	----	---

(e) Este caso se emparenta de alguna manera en el b) aunque con una amplitud mayor.

más próximo de la jurisdicción de la Cámara donde se produjo la vacante o ausencia; o por un magistrado jubilado que corresponda de acuerdo a la reglamentación vigente, que haya sido designado con acuerdo del Senado de la Nación, con preferencia de aquel que haya ocupado el cargo de la vacante por cubrir; o por un abogado de la matrícula federal que reúna las condiciones legales para ocupar el cargo, sorteado de la lista que a tal efecto formará la Cámara de Apelaciones (es obligatoria para la confección de estas listas la previa consulta con los Colegios o Foros de Abogados que correspondan a la jurisdicción del juzgado por cubrir, la antigüedad requerida para integrar dicha lista se considerará desde la fecha de expedición del título que acredite la condición de abogado); o por los secretarios, de ambas instancias (o prosecretarios de Cámara), a cuyo efecto la Cámara de Apelaciones también deberá formar una lista con quienes estén en condiciones de ejercer la subrogación. Para el caso en que el secretario (funcionario) no pertenezca al juzgado que deba subrogar, previamente a ser designado se deberá consultar con el juez o tribunal donde se desempeña. La designación así efectuada durará hasta que cese la ausencia o venza el plazo de sesenta (60) días, según cual se cumpla antes.

El designado será excluido de futuros sorteos para el caso de otras vacantes transitorias, hasta tanto se complete la nómina". El texto fue modificado por el art. 1° de la resolución N° 232/2004 del Consejo de la Magistratura B.O. 29/6/2004, que agregó lo indicado entre paréntesis y quitó lo tachado. Esta resolución era totalmente inconstitucional y fue objeto de diversas manifestaciones de rechazo hasta que llegó el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Rosza, Carlos Alberto y otro s. Recurso de casación" (CSJN., 23-5-2007; Fallos 330-2361, Número de causa: R.1309.XLII), que declaró inconstitucional la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura de la Nación, pero el problema radicaba en las causas falladas y el caos que se produciría de anular todo. Por ello (por mayoría) confirmó la sentencia apelada en cuanto declara la validez de las actuaciones cumplidas por quien se desempeñó como magistrado al amparo del régimen declarado inconstitucional y resolvió mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes han sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encuentran vacantes hasta que cesen las razones que originaron su nombramiento o hasta que sean reemplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido que deberá dictarse en el plazo máximo de un año. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT (según su voto) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (en disidencia) - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia).

Comparemos ahora las soluciones legales del recurso de revisión con la jurisprudencia de la acción autónoma de nulidad, jurisprudencia que contó con gran apoyo en la doctrina.

En primer lugar hay que considerar que se debe a la Corte Suprema haber abierto el camino dándole cabida al principio de la excepcionalidad de la inmutabilidad de los fallos firmes (o inmutabilidad relativa de la cosa juzgada como la llama la mayoría de la doctrina) a través fallos como “Tibold”, “Bemberg”, “Atlántida” y “Campbell Davidson” que señalaron, que la inmutabilidad de las sentencias judiciales sólo puede ser quebrada ante la existencia de un vicio de la voluntad, o la configuración de un juicio irregular (sin observar las reglas del debido proceso) y no fallado libremente por los jueces (14).

Los distintos fallos incorporaron como fundamento la prueba testimonial o pericial decisiva y esencial para el dictado de la sentencia, cuando posteriormente hubiesen sido condenado los testigos o los peritos por falso testimonio sobre esos mismos hechos, o se reconociere o declarase posteriormente que la pericia fue falseada en cuanto a sus conclusiones científicas, o el perito la hubiese dado por dolo, violencia, cohecho o cualquier maquinación fraudulenta. La doctrina ha admitido la revocación de la cosa juzgada fraudulenta, manifestándose en el mismo sentido (15).

Se tuvo en cuenta especialmente también el caso de la sentencia obtenida mediante un delito (cohecho, maquinación fraudulenta), o que excluyó la voluntad jurisdiccional (dolo, violencia o cualquier maquinación fraudulenta), o cuando el juez fuere incapaz al momento de dictarla o incompetente absoluto (16), o cuando existe connivencia dolosa de las partes dejando a terceros sin defensa, o el decisorio esté fundado en un hecho ilícito o es la

---

(14) Fallos CSJN: Tibold, 23/11/962 (254:320); Campbell Davidson, 19/2/971 (279:59); Atlántida, 26/6/972 (283:66) y Bemberg (281:421).

(15) ALSINA, “Tratado”, cit., IV, pág. 172; COUTURE, Fundamentos, cit. pág. 364; HITTERS, Revisión de la cosa juzgada, cit. 1977. La revocación de la cosa juzgada permite restituir los bienes al estado anterior a la sentencia. Manuel IBAÑEZ FROCHAM ha sostenido aplicar la excepción de la cosa no juzgada (JA 1955-III-16, comentario a fallo). Es la acción autónoma de nulidad, y no el incidente, la vía idónea para la revisión de fallos firmes, cuando existen graves vicios que producen una evidente situación de injusticia (SCJust. Mendoza, sala 1ª, 2/9/1999, “Puebla, Ricardo A. en Banco de Previsión Social S.A.”; JA 2000 - III, 792).

(16) Si después de dictada sentencia de trance y remate se acompañaron constancias de una causa penal en la que se declaró que la firma puesta en el cheque no pertenece al ejecutado, debe entenderse que existe una denuncia de cosa juzgada írrita y corresponde devolver las actuaciones a primera instancia para que el planteo sea sustanciado y se dicte la resolución pertinente (CNCOM., sala C, 8/2/2005 - “Remotti S.A. c/ Ilvento Gastón, Amanda”, JA. 2005-II, fasc. 9, p. 67).

derivación de una estafa procesal, lo que también lleva a la inexistencia de un verdadero y auténtico proceso judicial (17).

Además de los vicios formales o sustanciales que derivan de la violación del debido proceso, hay causales de nulidad que atienden a la existencia de error judicial o de derecho y de injusticia propiamente dicha provenientes del tribunal actuante, mas para que prospere la pretendida nulidad debe tratarse de un error grave o de extrema injusticia (18), es decir que el error debe ser esencial (19), que en lo jurídico puede apreciarse con gran facilidad cuando se ha aplicado una norma que no se encuentra vigente.

En consecuencia, los motivos de seguridad jurídica, economía procesal, y necesidad de evitar sentencias contradictorias que dan fundamento a la institución de la “cosa juzgada”, no sólo no son absolutos en los casos precedentes, sino que ceden frente al deber de afirmar otros valores jurídicos de raigambre constitucional, porque no a toda sentencia judicial puede reconocérsele fuerza de resolución inmutable, sino sólo a aquellas que han sido precedidas de un proceso contradictorio y en el que el vencido haya tenido adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba, con base en lo cual puede obtenerse la revisión de la “cosa juzgada” (20). Es la aplicación del principio del debido proceso establecido en la Constitución Nacional y consagrado en los Tratados y Convenciones internacionales.

Claro que para que resulte admisible la revocación de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada firme, tiene que fundarse en motivos que constituyen un verdadero “novum”, es decir, tratarse de hechos no originados o no advertidos antes de que el fallo quede firme por haberse agotado todos los recursos admisibles porque si así no fuese no procedería el recurso ya que el interesado tendría que haber seguido las vías procedimentales corrientes. Además los motivos deben ser trascendentes al proceso anterior, es decir, no inmanentes, habida cuenta de que estos últimos se atacan en el mismo

---

(17) CNCiv., Sala H; 09-may-2011; “Mansini, María Dolores vs. Louge, Enrique Eugenio s. Nulidad” -Rubinzal Online; RC J 10324/11. La doctrina ha hecho referencia a la figura de cosa juzgada írrita o nula al señalar, en concreto, que no puede reconocerse fuerza vinculante, es decir, el valor institucional de cosa juzgada, a la sentencia dictada en juicio donde se ha incurrido en dolo o estafa procesal. En virtud de ello, el actor no puede solicitar la ejecución de la sentencia que adquirió autoridad de cosas juzgada (CFed. SS., Sala II; 18-set-2009; “Rollieri, Sixto Pedro vs. Administración Nacional de Seguridad Social (Anses) s. Reajustes varios -Secretaría de Jurisprudencia de la CFSS”; RC J 10654/10).

(18) CFed., Sala II, La Plata; 14-08-2012; “Banco de la Nación Argentina vs. C. D. L. y otros. Ordinario” Rubinzal Online; RC J 9922/12.

(19) SCJust. Mendoza, sala 1ª, 2/9/1999; JA.2000 - III, 792.

(20) CSJN., 19-02-1971 “Campbell Davidson, Juan c/ Provincia de Buenos Aires”; Fallos: 279:59; Id. 29-12-1971, id., “Bemberg, Otto E. y otros c/ Gobierno Nacional”; Fallos 281:421;

pleito y antes de que se forme la cosa juzgada pues luego no resulta factible invocarlos. Y todo ello se puede sistematizar en tres grupos: 1) prueba documental incompleta o inexacta; 2) prueba testimonial o pericial viciada; 3) delitos u otras condenas dolosas, 4) violación del debido proceso que excluya la posibilidad de defensa y 5) vicios de los actos jurídicos que llevan a la nulidad absoluta sustancial (21).

## VI. Final

Una observación más detenida de las cuestiones que han sido objeto de este tema nos permite ver que algunas de las posiciones e intereses en juego parten de distinto ángulo en el cual se plantean los objetivos y dependen de los distintos momentos en que se observa el fenómeno probatorio. Asimismo, pocas veces se ha tenido en cuenta la prueba suficiente para establecer una decisión, que puede no ser la opción de máxima, ni siquiera la estándar, tal como sucede en las medidas cautelares (v. gr. embargo, prisión preventiva, etc.) o en los procesos colectivos (22). Aquí lo que se pretende es lograr un marco de verosimilitud, convencimiento suficiente que podrá ser modificado a medida que nuevos elementos aporten certeza en otros sentidos, pero básicamente establecidos sobre el normal suceder y obrar de las cosas.

La opción por la verdad, en sentido absoluto, aparece como un objetivo general de aspiración, que trasciende el derecho y comprende el campo filosófico y naturalmente excede las posibilidades humanas. Dentro del campo humano, ciertamente en algunos casos podrá lograrse una verdad absoluta relacionada con nuestros conocimientos y nuestro entender (ADN en la paternidad, evidencia del delito en flagrancia con confesión, delito que deja de serlo, o cometido antes de la ley que lo sanciona, etc.), pero no es lo habitual. Generalmente, la verdad jurídica será la certeza a la que llega el decisor respecto de la prueba al sopesar los distintos elementos y darles mayor valor a unos que a otros y siempre observando las reglas y principios procesales para llegar a esas conclusiones, sin abandonar las reglas científicas que son la base y el apoyo general de la prueba (23). A esa certeza se llega

---

(21) CNTrab., 24/4/2009, "Iparraguirre Enrique c/ Ministerio de Economía s/ Part. Acc. Obrero", SAJ: SUE0017803.

(22) Por ejemplo en el Proyecto Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, se dispone en el art. 33.- Cosa juzgada.- "En las acciones colectivas de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, en cuyo caso cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba". En el mismo sentido la segunda parte del art. 33 de la Ley de Política Ambiental Nacional n° 25.675.

(23) Este tema se relaciona íntimamente con las Reglas de la Sana Crítica, cuyo desarrollo exceden este trabajo, para lo cual remito a mi "Tratado de la Prueba", 2ª edición, Astrea 2009, T. I. Capítulo IX, páginas 637 y sgtes.

por evidencia, o por persuasión, o por alta probabilidad. La certeza fija los hechos en la decisión y se transforma en una verdad jurídica amparada por la *cosa juzgada*.

No obstante, el derecho no prescinde de la búsqueda de la verdad, y en algunos casos salta la cosa juzgada porque la verdad debe estar por encima del juego de ficciones, del fraude, del error esencial, etcétera. Allí aparecen el recurso de revisión y la acción autónoma de nulidad como remedios finales destinados a que la verdad lleve a una mejor justicia, dentro de la falibilidad humana. Como señala Bunge, “el hecho es que ni podemos esperar hasta que estén resueltas todas esas dificultades ni tampoco podemos prescindir del concepto de verdad, porque sin él carece de sentido la contrastación de ideas” (24).

Concretando entonces los elementos que configuran la Acción autónoma de nulidad, podemos decir que ella tiene carácter *excepcional*. La posibilidad de ejercer una acción autónoma de nulidad de cosa juzgada, se ciñe a hipótesis muy excepcionales de ostensible irrazonabilidad en la solución y en casos en los cuales la gravitación patrimonial en perjuicio del Estado resulta de una magnitud tal como para no aferrarse a meros ritualismos (25). Esta excepcionalidad en la impugnación de una sentencia por esta vía, para levantarse contra la “cosa juzgada nula o írrita” puede representar una batalla constitucional y

---

(24) BUNGE, Mario, “La investigación científica”, Siglo XXI editores, México, 2000, p. 720.

(25) CSJN, 20 de marzo de 2003 - “Banco Central de la República Argentina s/ Inc. de Verificación tardía en: Centro Financiero SA Cía. Financiera”; Id. CNTRAB., 29/7/2005; “Delfino, María y otros c/ Figueroa, Sergio s/ Despido”, SAIJ: SUE0017811. En una sentencia que no tenía precedentes en Córdoba, en 1993, el Tribunal Superior de Justicia revocó un fallo que el mismo cuerpo dictó en 1987 y que se encontraba firme, dejando sin efecto la regulación de honorarios por más de 52 millones de pesos en favor de dos abogados. Un monto que, sumándose los intereses correspondientes y según estimaciones extraoficiales, asciende hoy más de 85 millones de pesos. La trascendente decisión anuló esa regulación y ordenó practicar una nueva estimación sobre valores históricos del crédito en cuestión, lo que llevará a establecer una suma que no superaría los 500 mil pesos para ambos letrados. Se sostuvo que los jueces del anterior Tribunal Superior incurrieron en ese error, porque “no advirtieron la iniquidad de su fallo, desde que no tradujeron en cifras el resultado de las pautas fijadas para practicar la regulación de honorarios, colocando al juez de primera instancia, a la hora de regular, en la obligación de fijar en un valor desatinado la regulación de los doctores Ruiz y Mierez”. Se trata de un caso que tuvo honda repercusión en su momento, referido a los honorarios que reclamaban los abogados Daniel Ruiz, ex senador provincial por el radicalismo, y Jorge Alberto Mierez, por su intervención como patrocinantes del síndico en la liquidación de Centro Financiero SA. Pese a que su tarea profesional sólo se extendió por espacio de pocos meses y consistió en la presentación de algunos escritos para verificar créditos, solicitaron que la regulación de honorarios se efectuara conforme a las pautas de la ley 7.269 por entonces vigente, sobre la base del monto total que comprendía el juicio. Ello implicaba la determinación de una suma millonaria, cuyo pago debía afrontar el Banco Central de la República Argentina como organismo liquidador de Centro Financiero SA, pese a que la entidad no habría recuperado más de 300 mil pesos del total de la deuda generada por la financiera.



procesal necesaria para privilegiar la verdad objetiva, y afianzar la justicia, imperativo de nuestra Carta Magna (26). Pues es siempre procedente por violación del debido proceso o garantías constitucionales (27), aspectos que resultan por supuesto, como hemos dicho, *a posteriori* de la sentencia y no durante el proceso, a menos que la sentencia resulte ser la final por el último tribunal que pueda tratarla, en cuyo caso quedaría el reclamo ante los tribunales internacionales, si fuese procedente.

En cuanto a la competencia, se discrepa, pues algún tribunal dice que cuando el objeto de la solicitud actoral consiste en su pretensión de invalidar las sentencias de primera y segunda instancia por considerar configurado un caso de “cosa juzgada írrita”, la aptitud jurisdiccional le corresponde al órgano que intervino en la causa cuya revisión se pretende y no cabe admitir que lo allí decidido pueda ser revisado por este tribunal, que no fue el que emitió el pronunciamiento y posee idéntica jerarquía institucional. Ello conforme doctrina elaborada respecto del art. 6 inc. 1° del CPCCN referida a la “perpetuatio iurisdictionis” y a la naturaleza de una demanda que impone el análisis de una única relación (28). A la inversa se ha señalado que cuando se persigue la declaración de nulidad de un pronunciamiento con invocación de la cosa juzgada írrita, no se trata de un supuesto de conexidad, por lo que no es aconsejable que el mismo magistrado conozca en la pretensión autónoma dirigida a invalidar el proceso precluido, por lo que no podría soslayarse el sorteo (29). A mi entender, en el magistrado que dictó la sentencia írrita, sólo puede ser separado cuando haya estado incurso en la causal que dio lugar al reclamo, pero no en caso contrario.

En cuanto al procedimiento. No es óbice para el reconocimiento de la facultad de ejercer una acción autónoma declarativa invalidatoria de la cosa juzgada que se considera írrita, la falta de un procedimiento ritual expresamente previsto (30). La existencia de error debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de sentencia, y mediante el cual se

---

(26) CNCCom., Sala A; 17-04-2012; “Boeing S.A. vs. Alteño, Mónica Pilar y otro s. Ordinario -Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCCom.”; RC J 7375/12, con cita Bidart Campos, Germán J., “La raíz constitucional de la nulidad de la cosa juzgada”, ED, 136-619.

(27) TSJust. Córdoba, sala Civ. y Com.; JA.1999 - IV, 730.

(28) CNTrab., 29-04-2008; “Compañía Láctea del Sur c/ Piana, Ricardo s/ Acción de nulidad” SAIJ: SUE0017775.

(29) CNTrab., 20-03-2007-Troncoso, “Roberto c/ Expreso Oro Negro SA y otros s/ Despido” SAIJ: SUE0017810.

(30) CSJN; 20-03-2003; “Banco Central de la República Argentina (BCRA) en: Centro Financiero S.A. s. Incidente de verificación tardía - Recurso de Inconstitucionalidad y recurso directo” - Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RC J 103017/09.

determinen la naturaleza y gravedad del yerro (31). La acción de nulidad destinada a conmovier la cosa juzgada írrita debe tramitar en un proceso pleno y autónomo, y no puede ser esbozada en un marco incidental (32). Pero no hay litisconsorcio pasivo necesario entre diversos promotores de las actuaciones que se pretenden invalidar, cuando no se cuestiona una relación o estado jurídico que pueda calificarse como común a todos ellos, pues cada sentencia en cada proceso tiene su propia particularidad. Y aún cuando estos procesos pueden reconocer como antecedente común un vicio en la notificación de la demanda, presentan secuelas procesales y resoluciones diversas que impiden considerar comunes a los distintos supuestos planteados, lo cual desaconseja su análisis y resolución conjunta (33).

Y sin agotar la temática de esta materia, siempre sujeta a variaciones y nuevos desafíos, hay que examinar el tema los fundamentos de la decisión atacada, ya que no es suficiente para tener éxito con la revisión invocar la injusticia del fallo anterior, porque de esa manera se corroería el instituto fundamental de la cosa juzgada. Sólo puede haber retractación si hubo vicios sustanciales, y toda esta apertura solo puede admitirse interpretándola con un criterio notoriamente restringido. En principio, no es posible revisar lo que decide un pronunciamiento judicial después de haberse dado la oportunidad a las partes para ejercer sus defensas e interponer los recursos del caso, si ellos dejaron voluntariamente de valerse de éstos, salvo que hubiese existido un supuesto de “dolo” o “fraude” o algún otro supuesto configurativo de lo que en doctrina se ha dado en llamar “cosa juzgada írrita” (elementos desconocidos o escondidos) (34), como tampoco si no se hallan reunidos los requisitos a los cuales ésta se subordina, en el caso de que el planteo no configure sino un vano intento de ampliar los fundamentos invocados por el peticionario para sostener el recurso de reposición deducido contra el pronunciamiento que reincide en impugnar, el cual fue desestimado (35). Así, por ejemplo, se ha resuelto que corresponde rechazar la acción autónoma de nulidad por fraude procesal respecto de una sentencia dictada por la Corte, fundada en

---

(31) CSJN; 05-12-2000; “Rodríguez, Luis Emeterio vs. Provincia de Corrientes s. Daños y perjuicios” -Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RC J 103127/09.

(32) CNTrab., Sala VII; 30-06-2011; “Gleria, Ramón Agustín vs. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. (YPF) y otro s. Partición accionariado obrero” -Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 10910/11.

(33) CNTrab., 16-05-2007; “Lodeiro Neira de López Carmen c/ Palavecino, Miguel y otros s/ acción declarativa” SAIJ; SUE0014842.

(34) CNCom., Sala A; 17-04-2012; “Boeing S.A. vs. Alteño, Mónica Pilar y otro s. Ordinario” -Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 7375/12; con cita de Hitters, Juan Carlos; “Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual”; L.L. 1999-F, 996.

(35) CSJN; 28-07-2005; “Albero, Mario Isaac vs. Provincia de Corrientes s. Daños y perjuicios” -Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RC J 103068/09.

que mediante un ardid se indujo maliciosamente a error al tribunal acerca de su competencia originaria, ya que al haber sido precedida dicha sentencia de un proceso contradictorio, en que el vencido tuvo adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba, no se hallan reunidos los requisitos a los cuales se subordina la acción autónoma declarativa de invalidez de la cosa juzgada írrita (36).

Brevemente podemos agregar que la acción autónoma de nulidad se aplica también al arbitraje. No obstante, cuando el arbitraje es internacional deben considerarse las normas aplicables al mismo.

## VII. Conclusiones

Más allá de lo expuesto, el planteo de la revocación de la cosa juzgada firme deja muchas preguntas sin contestar, como ser: 1) si deben legislarse ambas instituciones (acción y recurso). A mi modo de ver debería concentrarse todo en un solo sistema, pero si coexisten ambos, la acción autónoma de nulidad debe considerarse *complementaria* del recurso de revisión; 2) si las condiciones de excepcionalidad son abiertas o cerradas. Entiendo que pueden ser abiertas a situaciones que se presenten en el futuro, pero observando los mismos requisitos que para los temas actuales y siempre con carácter de excepcionalidad; 3) cuál es el plazo en el que puede plantearse. Bien aquí encontramos que quienes lo consideran un recurso le otorgan un plazo dentro del mismo proceso, como continuación de él. Pero aún en este caso debería admitirse la acción autónoma que superase esos plazos; 4) cuál es el tribunal competente. En la generalidad de los supuestos, salvo que el tribunal se encuentre incurso en la nulidad que se peticiona, será el mismo tribunal quien debe entender en la causa, 5) quiénes son los legitimados. El legitimado es siempre quien es perjudicado por la sentencia írrita, 6) cuáles son los efectos respecto del acto impugnado. Hay dos teorías la que entiende que se debe declarar la nulidad y consecuentemente reiterar el proceso y la que considera que el tribunal que declara la nulidad debe resolver la cuestión, 7) cuáles son los efectos de la transmisión *a non domino*, etcétera. Más allá de las ideas que hemos sostenido o comentado, tanto la jurisprudencia como la doctrina tiene diversos conceptos y soluciones con bastantes variables para cada interrogante. Pero en todos los casos hay que distinguir el proceso aparente, sin efecto vinculante, como cuando se ha objetado una sentencia mediante un proceso que repugna a las buenas costumbres, o si se opone a la idea de comunidad, en algunos regímenes, del proceso fraudulento, “o cuando ha existido una desnaturalización de la función jurisdiccional, por causas imputables directamente al juez (prevaricato) o por una (prácticamente) invencible, grave y directa presión,

---

(36) CSJN.; 16-05-2000; “Provincia de San Luis vs. Dimensión Integral de Radiodifusión S.R.L. (DIRA)” -Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RC J 103126/09.

desde luego fehacientemente comprobada, de otro poder público. En estos casos se admite que la cosa juzgada írrita pueda ser dejada sin efecto, y ello significa un pedido de nulidad de la sentencia, lo que se tiene que hacer por vía de acción más allá del proceso (37).

En su esencia final, nos encontramos ante un acto jurídico sentencia, que como tal es susceptible de nulidad sustancial, nulidad que puede alcanzar sólo a la sentencia o a todo el proceso. Sin perjuicio de ello vemos que la jurisprudencia resulta vacilante en estos campos, aunque es interesante hacer notar que la Corte Suprema ha dicho que sus sentencias no son susceptibles de acción de nulidad (38), pero no ha dado los fundamentos del porqué de ello. En algún supuesto ha dicho que corresponde desestimar *in limine* la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita contra el pronunciamiento dictado por la Corte admitiendo el recurso extraordinario deducido por el esposo de la ahora recurrente y haciendo lugar a la demanda, ya que la pretensión importa un intento tardío por obtener la revocación del fallo mediante argumentos que, valorados a la luz del criterio restrictivo con que debe juzgarse la admisibilidad de la vía intentada, no permiten tener configurada la nulidad pretendida, máxime cuando la parte pudo deducir los remedios que el ordenamiento procesal contempla para la defensa de los derechos que entiende vulnerados (arts. 172 y 238 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (39), aunque en este último fallo se advierte que no se refiere a una nulidad sustancial sino procesal. ◆

(37) Ver ARAZI, Roland, "Acción de revisión de cosa juzgada írrita", en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Nº 2, p. 377; BERIZONCE, Roberto O., "Cosa juzgada fraudulenta y acción de nulidad", en JUS, Nº 10-75; "Medios de impugnación de la cosa juzgada", en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 26-259; COLERIO, Juan Pedro, "La inmutabilidad de la cosa juzgada frente al proceso fraudulento", en L. L. 1991-B-259; EISNER, Isidoro, "Contenido y límites de la cosa juzgada", en LL 1981-A-35; FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, "Cuestiones litigiosas amparadas por la cosa juzgada", en LL 1988-E-334; MAURINO, Alberto Luis, "Revisión de la cosa juzgada. Acción autónoma de nulidad (Antecedentes y Derecho Comparado)", en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Nº 2, p. 109; MIDÓN, Gladis E. de, "¿Potestad cautelar en la acción de nulidad por cosa juzgada írrita o fraudulenta?", en Revista de Derecho Procesal, Nº 1, *Medidas cautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 269; PALACIO, Lino Enrique, "La cosa juzgada fraudulenta y los límites temporales de su impugnación", en L. L. 1997-E-584.

(38) CSJN, 22-05-1990; "Arango, Daniel s/ art. 94 del Código Penal" - Causa Nº 19.037-A. 78. XXIII, Fallos 313:508; Id. Antecedentes citados en el fallo: Daniel P. Lescombés- Fallos: 262:34, año 1965, aclarando que no procede en caso de sentencias en ejercicio de la jurisdicción apelada del tribunal; "SRL. Imprimex Industrias Gráficas vs. Dora Inés Tamplín de Barbero", Fallos 291:80, año 1975; "SA. Fábrica Argentina de vagones y Silos vs. EMEPA", aunque se refiere a el incidente de nulidad y al recurso de nulidad del art. 253 del CPCCN, Fallos 297:543, año 1977 y Valentina Enriqueta Campos, Fallos 303:241, año 1981; entre otros, aunque en este último caso se refirió al recurso de reconsideración.

(39) CSJN, 12-06-2013, "D.S.D. s/promueve acción de nulidad en autos: 'W., D c/ S.D.D. - W.S s/ restitución de menor", D. 173. XLVIII. PVA-Fallos: 335:868.

# EL INTERÉS FAMILIAR

POR EMILIO P. GNECCO (\*)

**1.** ¿Como debe interpretarse el llamado interés familiar en el ámbito del derecho en el que natural y claramente existe por un lado el interés público y por otro el interés privado? Se trataría en todo caso de ver si resulta posible, como ya lo ha advertido algún jurista, identificar tal interés familiar como algo propio y con verdadero significado por si mismo, y en esa apreciación verificar como debe apreciarse tal interés frente al que puedan sustentar los integrantes de la familia.

Indudablemente se encuentra comprendido dentro del interés privado (nada hay mas privado que lo que se deriva de las relaciones familiares), pero será un interés privado con cierta especialidad. Además, también adelantamos, no se trata de un concepto meramente abstracto, sino de algo concreto al que se refieren o remiten específicamente varias normas jurídicas.

**2.** En este tema, resulta insoslayable y me resulta particularmente interesante recordar las posiciones que asumiera el profesor de la Universidad italiana de Macerata (provincia de Italia central) Antonio Cicu, de las que se derivan conceptos vigentes muchas veces para una concepción adecuada de la familia (1).

---

(\*) Comunicación del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de noviembre de 2016.

(1) En la mirada de Cicu este afirma que la distinción entre lo público (der. públ.) y lo privado (der. priv.) se halla en la diversa posición que el Estado reconoce al individuo y que es la dependencia en el primer caso y de libertad en el segundo (la reglamentación jurídica de tal libertad encaja en el contenido del derecho privado). Existe con carácter general un interés, siendo que en el ámbito de lo público no se admite que el interés del individuo constituya una antinomia con el del Estado, y como el interés último es superior al individual, la voluntad se subordina a aquel interés (coordinación de voluntades con un fin único al cual se supeditan). Aunque ahora no es la intención de extenderse en este tema, de por si atrayente, debe reconocerse la clásica distinción entre derecho público y derecho privado. Entendido el derecho publico como el conjunto de normas que regulan la actividad del estado en cumplimiento de sus fines esenciales, reglando al mismo tiempo las relaciones entre las personas o entidades privadas con los órganos del poder público cuando estos actúan en ejercicio de sus legítimas potestades públicas (hay relación de subordinación y son normas irrenunciables y obligatorias) y entendiendo al

Inicialmente, el profesor Cicu sostuvo que entre el derecho público y el derecho privado había una zona intermedia ocupada por el derecho de familia y, aunque no participaba de la teoría de la familia como persona jurídica, decía que la familia era un *organismo* “dentro del cual existía entre los componentes una relación de interdependencia que funcionaba —según su criterio— en razón de un *interés superior y general* —lo destacaba insistentemente— *que prevalece sobre los individuos*. Esta idea del organismo familiar implica que existe; y que existe una *voluntad familiar que debe comprender a la voluntad individual*. Por esa *voluntad familiar despersonalizada* —siguiendo siempre al autor italiano— tenemos que se realizan los actos jurídicos familiares *no solo en función del interés de las personas que componen la familia, sino en función de la familia misma, como algo distinto y comprensivo de los intereses de los que la integran* (2). Precisamente, se ha remarcado que de la teoría de Cicu lo que queda más entero es ese *principio del interés familiar*, que lo considera un interés superior y general que muchas veces debe dominar el interés individual (3).

Por lo demás, la teoría sobre una división tripartita del derecho fue rectificada por el propio Cicu, reconociendo al derecho de familia como parte autónoma y especial del derecho privado (4). Agregando que la

---

Derecho Privado como el conjunto de normas que rige la relación entre los particulares (y el estado cuando no ejerce funciones de poder público: actúa en carácter de persona privada): normas de carácter dispositivo. Las normas del D. público —nos recuerda Luqui— tienen por finalidad satisfacer intereses públicos (el legislador es además quien califica las normas como de orden público para conferirles carácter imperativo, pero no todas las normas imperativas son de orden público, puede haberlas como en el derecho de familia, normas imperativas como las que regulan los efectos del matrimonio que son imperativas —como también el régimen patrimonial del matrimonio— pero que no puede calificárselas de orden público porque están referidas a un interés que es eminentemente particular,... (LUQUI, Roberto E., “Reflexiones sobre el concepto de orden público”, AcNac. de Der.y CS., del 08/10/2015).

(2) DÍAZ DE GUIJARRO, “Rectificación de Cicu...” JA.1969, Sec. Doctr., pág. 200. El ordenamiento jurídico siempre es una emanación del Estado, pero no por ello significa que siempre sea derecho público. “El derecho público —dice— va a estar determinado por la naturaleza de la relación y va a girar esencialmente en torno a la idea de la soberanía y de la dependencia del individuo frente a los fines que son propios del Estado”.

(3) De tal manera, siguiendo en esa línea (que bien marca el profesor Díaz de Guijarro), puede decirse que la expresión interés familiar sería una especial manera de expresar dentro del derecho de familia el concepto dilatado y genérico de orden público”: Enrique DÍAZ DE GUIJARRO, ob. cit., pág. 200. A raíz de de la regulación de las relaciones jurídicas familiares debemos observar como juegan las mismas: nos fijaremos si hay solo un *interés individual* o un *interés familiar*: y si hay pugna: *prevalencia del interés familiar*.

(4) Cicu, no obstante, continúa afirmando que no es extraño al derecho de familia la idea de interés superior (poder), pero este es sobre individuos determinados y de duración limitada, a diferencia del poder público que es sobre todos los individuos y de duración ilimitada. Ob. cit., pág. 201.

especialidad del derecho de familia “consiste en que al regular las relaciones familiares *siempre tiene en cuenta la existencia del núcleo vital social, o sea la familia*”.

3. Ahora bien, este interés familiar no resulta ser un concepto insustancial, sino que debe ser algo determinable, pues en nuestro derecho se encuentra contemplado en varias disposiciones legales, tanto del Código Civil anterior como del actual Código Civil y Comercial.

Por ejemplo, en el Código Civil anterior, y en el nuevo, al aludirse al *ejercicio de la patria potestad* (ahora responsabilidad parental) y a la necesidad de contar con el consentimiento de ambos progenitores para determinados actos que involucraran a sus hijos (menores: contraer matrimonio, ingreso a comunidades religiosas o militares, salir de la república, disponer bienes inmuebles o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, actos de administración de los bienes de los hijos) *se prevé que en caso de no contarse con el consentimiento de uno de los padres o hubiera imposibilidad de prestarse, resolvería “el juez lo que convenga al interés familiar”* (art. 264 quater, incorporado al Código por la ley 23.264 de 1985. La misma remisión efectúa el art. 645 del nuevo Cód. Civil y Comercial).

Otras disposiciones hacen similar referencia, como la relativa a *reglas comunes a todos los regímenes patrimoniales del matrimonio* (y sobre los actos que requieren el *asentimiento de ambos cónyuges como pueden ser la disposición de derechos sobre la vivienda familiar, o los muebles indispensables de la misma,...*) que dispone en el art. 458 *que si la negativa de uno de los cónyuges no se justifica “por el interés de la familia” puede el otro ser autorizado judicialmente a otorgar el acto.*

También *se remite expresamente al interés familiar* el art. 470 en cuanto al asentimiento de ambos cónyuges exigido para enajenar o gravar bienes, acciones o establecimientos, y uno de ellos lo omitiera. En el mismo régimen de comunidad, cuando se trata de bienes adquiridos conjuntamente por los dos cónyuges, el art. 471 señala que en caso de disenso entre ellos para administrarlos o disponerlos se recurrirá a lo que se decida jurídicamente *teniendo en cuenta el interés familiar* (remisión al art. 458), *lo mismo si se trata de la división de un condominio de los cónyuges que cualquiera de ellos puede solicitar y que el juez puede negarla si “afecta el interés familiar”*. En el régimen de separación de bienes también se establece por el art. 506 *que la división de un bien en condominio entre los cónyuges puede ser negada por el juez si “afecta el interés familiar”*. Y en relación a los efectos de las uniones convivenciales y a la necesidad de proteger la vivienda familiar se dice por el art. 522 que ninguno de los convivientes puede disponer de derechos sobre ella, ni sobre los muebles indispensables de esta, siendo que el juez,



en todo caso, *podrá autorizar su disposición “si el bien es prescindible y el “interés familiar no se encuentra comprometido”* (5).

4. En todos los supuestos en que las disposiciones legales, como las que se acaban de señalar, remiten al “interés familiar”, estaremos, llegado el caso, ante la necesidad de contar con una decisión judicial que impone contemplarlo.

Desde ya que el interés familiar no puede entenderse sino ligado directamente con la defensa de la familia como institución fundamental de la sociedad. Los propios intereses de quienes la componen no se encontrarán realizados si los mismos no responden al sentimiento de unidad y solidaridad que informa la idea de familia. Y la apreciación de tal conveniencia lo será en orden a la conservación de la unidad de la familia en sentido final, a través de decisiones que no la disgreguen y que, por el contrario, permitan su aseguramiento espiritual y económico necesario. Interés familiar entonces, refirmando, dirigido a la estabilidad de la institución, su protección, la cohesión familiar, la solidaridad de sus miembros, y también si fuera, la protección filial.

---

(5) A título de referencia recordamos que en el anterior Código Civil también otras disposiciones hacían jugar el interés familiar, por ejemplo el *art. 211*, que en el capítulo correspondiente a los efectos de la separación personal y con referencia específica al inmueble en el que habitaban los cónyuges y si este “fuese propio” del cónyuge a quien no se le otorgó la tenencia del mismo, “el juez podrá establecer a favor de éste una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar (fijando el plazo de la locación). Asimismo y cuando se regulaba la administración de los bienes de la sociedad conyugal en el *art. 1277* se establecía que (si se trataba de inmuebles gananciales) era necesario el consentimiento de ambos cónyuges (consentimiento o asentimiento) para disponer o gravar los bienes gananciales, diciendo en su parte segunda que igual consentimiento sería necesario para disponer del “inmueble propio de uno de ellos en que este asentado el hogar conyugal y hubiere hijos menores o incapaces (disposición que se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátase en este caso de bien propio o ganancial), pero agregando finalmente la norma, en su último apartado, que “el juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y si el interés familiar no resulta comprometido”. De la misma manera en el año 1954 al distarse la ley 14.394 (llamada ley ómnibus: porque además de ausentes con presunción de fallecimiento legisló sobre muy distintos y variados temas), en cuyo *art. 49*, al referirse al “bien de familia” y a la cancelación o desafectación de su inscripción en el registro inmobiliario, establecía que ello podía ocurrir a) a instancia del propietario del bien con la conformidad de su cónyuge, y si ello no era posible por falta del cónyuge o si este fuera incapaz “se admitirá el pedido siempre que el interés familiar no resulte comprometido”; y en el inciso b) cuando el bien de familia se hubiera constituido por testamento (bien de familia que la ley señalaba que podía ser constituido respecto de un inmueble urbano o rural cuyo valor no excediera las necesidades de sustento y vivienda de la familia: *art. 34 de la ley*) o a solicitud de la mayoría de los herederos, se procederá a la desafectación salvo que exista disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual al juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar”.



Los intereses que puedan esgrimir los componentes del grupo deben ser debidamente conjugados de tal manera que si se verifican contraposiciones habrá que decidir con cuál de esos intereses se está cumpliendo de la mejor manera con el interés general familiar que, en rigor, es el que debe prevalecer.

5. En los tiempos actuales hay una tendencia que representa un verdadero “desplazamiento de la familia como institución hacia la persona de sus integrantes”, lo que conduciría a juzgar muchas veces preponderantemente la autonomía del sujeto en el ámbito familiar”. La familia necesariamente aparecería desdibujada y despojada de valores propios, pues en la dinámica familiar lo que existiría serían solo relaciones interpersonales entre sus miembros. Desde esa posición quedaría muy acotado o directamente no se debería hablar más de interés familiar porque ahora se trataría solo del interés individual de cada uno de los que integran el grupo. Sin embargo, bien se ha podido hacer notar, no obstante, desde la perspectiva de la familia como institución, que se debe entender que la “personalización del interés en la familia” (que lleva a identificarlo con el interés del miembro de la familia involucrado) debe ser en *la medida en que la pretensión esgrimida (por el miembro de la familia) sea legítima y encuadre entre la exigencia que marcan las normas, dentro de las reglas de la solidaridad familiar*” (reglas conducentes a la caracterización del llamado “interés familiar” propiamente dicho) (6). Recordemos la afirmación que muchas veces se ha puesto de relieve: el interés individual puede ser la causa y el impulso de la acción, mientras que *en el interés familiar se encontrará la medida de la acción* (7).

Aun cuando debe admitirse que ciertas transformaciones sociales, que también inciden en el derecho, han conducido naturalmente a elevar la consideración del individuo y de sus derechos, y que ello puede tener la intención de proyectarse en la estructura familiar, eso en nuestro criterio no puede llevar a desnaturalizar el concepto fundamental que debe tenerse sobre la familia (aun también cuando tal concepto se lo extienda abarcando otro tipo de uniones, no solo las matrimoniales entre personas de distinto sexo), ni hace desaparecer, por ello mismo, frente al interés individual el interés solidario del grupo, que es el que caracteriza el interés familiar correspondiente con la idea de familia como institución. Belluscio ya hacia notar que la familia como unión de personas es la institución de la que se vale la sociedad para cumplir y hacer cumplir de manera regular, formal y definida las reglas de derecho que la regulan en orden a la unión de las

---

(6) Conf. ZANNONI, Eduardo A., “Derecho de familia”, t. I, 2006, pág. 21 y ss.

(7) DÍAZ DE GUIJARRRO, E., “Tratado de derecho de familia”, t. I, pág. 32.

personas, la procreación, educación de los hijos y en general la protección de quienes la conforman (8). No parece posible desconocer la idea de la familia que constituye una institución fundamental, portadora de valores (ayuda, unidad, solidaridad) y que es esencial para el Estado como elemento inigualable e irremplazable para la cohesión de la sociedad.

Como lo dice el autor italiano Santoro Pasareli, los individuos dentro de la familia “participan desempeñando una función de intereses que en general son del organismo y no de sus componentes” (9). “La familia, cualquiera sea su definición, no puede sobrevivir sin un fenómeno de unidad, y aquella unidad se denomina en derecho solidaridad” (10). Por su parte, más recientemente, en un interesante trabajo, Nicolás Laferriere ha observado que la tendencia contemplando solo intereses individuales en la familia, “...debilita los vínculos familiares en pos de una autonomía del individuo”. Agrega, que “tal tendencia no contribuye al bien común y conduce a sutiles formas de desprotección de la persona humana, que al ver debilitada la familia, queda a merced de cualquier poder (del Estado y de las organizaciones más poderosas) sin los suficientes resguardos que le ofrece la familia” (11). En todo caso volvemos a recordar a Cicu que ya sostenía que “el interés individual esta reemplazado por un interés superior que es el de la familia, y la regulación normativa de la familia debe responder muchas veces a necesidades del núcleo por sobre las del individuo” (12). A su turno la doctora Castro Sánchez del Instituto de Ciencias para la familia de la Universidad Austral señalaba con agudeza refiriéndose al “refugio”

---

(8) BELLUSCIO, Augusto C., “Manuel de derecho de familia”, 2011, pág. 11 y ss.

(9) PASSARELI, Santoro, “Doctrine generali del diritto civile”, 1089, pág. 28 y ss.

(10) El nuevo Código Civil y Comercial al iniciar el Libro Segundo referido a las “Relaciones de familia” se inicia en el Primer Capítulo involucrando al matrimonio, sentando como principios rectores la “libertad y la igualdad” (principios en general para todas las personas resguardados incluso por nuestra Constitución Nacional: arts. 16 y 19), pero a nuestro entender, y como ya lo han puesto en evidencia otros autores, han dejado de lado principios que si son propios y básicos en las relaciones familiares matrimoniales (que por lo demás son la base de la familia que aspiramos a defender y reconocer) y en definitiva del grupo familiar, como lo son, esencialmente, “la solidaridad y la unidad”. Se ha dicho que la libertad e igualdad son aplicables a los individuos, a sus derechos, a sus opciones, a sus aspiraciones... (FULCHIRON, H., “Del derecho de familia a los derechos del individuo” en LL. 2014 B-875, citado por BASSET, Úrsula en “CCyC comentado”, dirigido por Jorge Alterini, t. III, pág. 4).

(11) LAFERRIERE, Nicolás, “Análisis del nuevo Código Civil y Comercial”, en ED, del 14/10/2014, número 13.587.

(12) Dice asimismo Cicu en cuanto a la familia, el fin superior de la sociedad implica la prevalente intervención del Estado para establecer la regulación jurídica de la familia”; hay “imposibilidad individual por restringir o condicionar los efectos jurídicos de la relación familiar”, DdG, pág. 275.

que ofrece la familia en momentos difíciles que deban atravesar sus integrantes, que ese “anclaje que proporciona gran solidez” se sostiene en base a la unidad del núcleo familiar. Dice esta autora “sin unidad no hay un yo, ni un otro, ni un nosotros, agregando que “...el ideal de la unidad de la familia exige sobreponernos a la tendencia del descompromiso que hoy nos interpela como sociedad, en el entendimiento que no lograremos crecer sin un principio de unidad que implica la integración y la consolidación de un proyecto de vida común” (13).

La familia y, consecuentemente, *el interés familiar que se teje en su entorno tienen entonces implicados sentimientos de pertenencia, de afecto, de solidaridad y de ayuda (que concurren a definirlo y sobre los que reposa el propio concepto) y que lleva a considerarla una comunidad de aspiraciones y de esfuerzos (único ámbito en el que se ha de poder desarrollar la familia),* (sentimientos que, de cualquier manera se podrían extender alcanzando uniones (de hecho) formadas con sentido de perdurabilidad y exclusividad por quienes conviven bajo un mismo techo) (14).

Esa relación entre la familia como institución y el propósito que debe tener el Estado de preservarla y protegerla lleva a que las normas que la regulan tengan, sin duda, en cuenta la posición que puedan esgrimir sus componentes, pero al mismo tiempo apreciando el interés general, lo que podría conducirnos a decir que tales normas del derecho de familia si bien pertenecen al derecho privado se reconocería que encierran en el fondo un innegable interés público; en cuanto éste hemos visto se dirige al bien común de la sociedad el que se resguarda al defender y robustecer la cohesión del grupo familiar. El interés familiar, venimos destacándolo de manera reiterada, consiste en la realización de los fines esenciales del grupo, lo que debe significar la protección de los intereses individuales dentro de ese grupo familiar, pero *siempre que armonicen con dichos valores (fines)*

---

(13) CASTRO SÁNCHEZ, María Ángeles, “La familia, el mejor refugio en tiempos difíciles”, L.Nac., 13/05/2016.

(14) El interés familiar se asocia por lo tanto a la familia, considerada como “institución de que se vale la sociedad para cumplir y hacer aplicar de manera regular y formal las reglas de derecho que la organizan en orden —y ahora lo afirmamos con mayor despliegue— a la unión de las personas, la procreación, la educación de los hijos y en general la protección de quienes la conforman”. Mazzinghi Jorge alude a este interés que era el que tendía a “asegurar la existencia y desarrollo de la comunidad de personas vinculadas por el matrimonio y la filiación en orden a procurar a todos sus integrantes el logro del mejor destino”. A. C. BELLUSCIO cit. Interés familiar ligado a la idea de la familia como institución en cuanto ella “reúne y es referente del conjunto de normas, orientadas por principios propios, destinadas a establecer los distintos derechos y distintas obligaciones en una determinada esfera de la vida social”. V. Jorge MAZZINGHI, “Tratado de derecho de familia” 2006, t. I, pág. 19.

*esenciales, pues en caso de colisión cederán frente a los mismos, como única manera de que la familia se realice*" (15).

De tal manera, la idea del interés familiar, como se ha expuesto, en realidad queda al mismo tiempo correspondida con el de las personas que integran el grupo familiar del que son parte, pues se basa en principios centrales indiscutibles que no puede entenderse sino como aceptados por todos los que concurren a formarla: remarco: la idea de preservar la unidad, la cohesión y la ayuda y solidaridad familiar, porque los intereses individuales se protegen realizándose el interés general del grupo (16) (17).

**6.** Refiero algunos casos en que la jurisprudencia hace jugar el concepto e idea del *interés familiar* por aplicación directa de lo normado.

Tomando, por ejemplo, el caso de la autorización del hijo para viajar se ha consignado "...si alguno de los padres niégale consentimiento para autorizar la salida del país del hijo, la ley faculta al juez para que resuelva lo que más convenga al *interés familiar* (CNC Sala A en ED. 133-476). En realidad, ocurre que debe elegirse entre uno u otro de los intereses esgrimidos, en cuyo caso la directiva de la ley no se dirige hacia la protección de un interés particular (del hijo o el del padre), sino a lo que convenga al interés de la familia (evitando el ejercicio abusivo de la patria potestad) (CSJN LL. 1988-D, pág. 122), y más claramente se ha dicho: "el interés familiar a que se refiere el art. 264 quater del CC (ahora 645 del CCC)

(15) DÍAZ DE GUIJARRO, "Tratado de derecho de familia", t. I, pág. 275 y ss., 291 y ss.

(16) BELLUSCIO, Augusto, "Manual de derecho de familia", 2011, ¿Qué significado o, en todo caso, que alcance debe atribuirse al "interés familiar", expresión utilizada y a la que se recurre en varias de nuestras normas jurídicas? Si bien la familia no constituye jurídicamente una "persona jurídica" que pueda adquirir derechos o contraer obligaciones (que en todo caso deberán ser atribuidas a las personas que la componen), parecería portadora de intereses legítimos que se le adjudican como propios. En ese sentido tales intereses se desprenden de la *familia concebida como "institución"* fundamental de la sociedad. Si bien la familia es una unión de personas, es al mismo tiempo una institución (u órgano) de que se vale la sociedad para, como dice Belluscio, cumplir y aplicar de una manera regular, formal y definida las reglas de derecho que la regulan, en orden a la unión de las personas, la procreación, la educación de los hijos y en general la protección de quienes la conforman". Página 11.

(17) Al entender de muchos juristas el reconocimiento y la plenitud del desarrollo de las personas que forman la familia se ha de apuntalar decidiendo, en los casos que corresponda —y que las normas legales plantean ante la posibilidad de contraponerse las posiciones entre algunos de sus integrantes—, *lo que más conviene al interés familiar*. Mazzinghi, por su parte, nos dice que la institución familiar está referida a un "conjunto de normas de derecho que tienen por fin *asegurar la existencia y el desarrollo de la comunidad de personas vinculadas por la unión matrimonial y la filiación en orden a procurar a todos sus integrantes el logro del mejor destino*", MAZZINGHI, Jorge, "Tratado de derecho de familia", 2006, t. 1, pág. 19, nro. 17.

impone que la consideración judicial se efectúe meritando que si satisfacer el interés individual (del hijo) resulta gravemente perjudicial para el interés familiar, caso en el que debe prevalecer este último (CNC, Sala F, en ED. 137, pág. 434).

Por eso, alrededor del mismo tema, en otros casos, la jurisprudencia ha venido advirtiendo que la autorización para sacar un hijo fuera del país por distintas razones podría ser justificado si fuera por un tiempo no prolongado y a un lugar cercano como puede ser un país vecino (Uruguay), cuando la familia tiene su domicilio en la Argentina en donde siguen residiendo la madre y sus hermanos; en cambio, parecería en principio (salvo razones particulares de importancia) no ser aconsejable al interés familiar que la salida del país fuera para residir por tiempo prolongado y a un lugar distante. En el primer caso el interés familiar de evitar la disgregación del grupo se preservaría, cosa que podría no serlo en el segundo supuesto. La Cámara Nac. de Apel. en lo Civil ha insistido decidiendo que el interés familiar a que se refiere la norma del Código “impone que la consideración judicial se efectúe meritando que si el satisfacer el interés individual del hijo (o de uno de los componentes de la familia) resulta gravemente perjudicial para el interés familiar, éste debe prevalecer” (CNC, Sala F, 14/09/1999 en ED. 137-434). (En el propio texto del art. 645 del CCyC ante la necesidad de resolver la cuestión que contrapone el interés del hijo, no se habla de atender al interés del menor sino de toda la familia).

A su vez, en el mes de junio del año pasado la Corte Suprema de Justicia refirmó la *gravitación del interés familiar* al decidir que un niño que se consideraba en situación de ser adoptado por haber estado en abandono volviera con su familia de origen (biológica). Resolvió (revocando una decisión de las instancias inferiores), en un caso bastante singular, que un niño de 4 años que había pasado por etapas difíciles que pudieron hacer suponer un estado de abandono (un retraso madurativo de la madre llevó a impedirle una comunicación con el menor que vivió prácticamente en instituciones alejadas de su domicilio) y por ello puesto en situación de “adoptabilidad” y por encima del “interés superior del niño” que había sido invocado en los fallos que se recurrieron, se evaluó el perjuicio que se ocasionaría a ser criado por otra posible familia (en este caso adoptiva), lejos de su madre biológica, que si bien había padecido de un retraso madurativo, había vuelto a tener un nuevo hijo que ya hacia dos años que se encontraba a su cargo (aun con las limitaciones que pudieran tener), razón por la cual *predomina la consideración del interés familiar*, o sea, de la conveniencia a favor de la institución de la familia de mantener el vínculo con el grupo familiar y así lo resolvió la Corte revocando la sentencia apelada y restituyendo el vínculo y ordenando al Estado que, valorando el “interés familiar”, “se ocupara de fortalecerlo”. En el dictamen de la Procuración fiscal, cuyos fundamentos

la Corte hizo suyos (18), se señalaba que la integración del hijo en cuestión al hogar familiar no resulta contraria a su interés, sino propia del interés familiar a resguardar. Media un dispositivo de sostén y apoyo familiar e institucional que permite la convivencia del niño con la familia, con su madre, y que por el contrario *es desaconsejable dejar de lado este interés familiar* separando al niño del vínculo con el resto de la familia de origen.

Y podríamos aún agregar, siempre en este terreno, otro caso en el que un padre que pretende que su hijo haga un viaje de placer o de estudios en el exterior (lo que también aparece deseado por el propio hijo), pero precisamente en momentos en que la madre se opone porque se encuentra padeciendo una enfermedad grave (física y con incidencia en su estado espiritual), por lo cual aparece como necesario en esa especial circunstancia la permanencia y presencia de su hijo. “Si surge que la salud de la madre depende en buena medida de continuar manteniendo su contacto directo con el hijo adolescente en cuestión, la solución del caso es *que los intereses que invoca el hijo a través de su padre deben ceder, y por lo tanto quedar pospuesto el viaje al exterior*”. Son evidentemente, en definitiva, “dos intereses que se contraponen”. Dice el autor que cita el fallo, y coincidimos, *que la posición de la progenitora representa el verdadero interés familiar por cuanto esa posición de la madre no es abusiva y se enmarca dentro de la solidaridad familiar y la unidad de la familia* (19).

7. Naturalmente que la consideración del interés familiar lleva a que éste sea valorado según las circunstancias que en cada supuesto se den. Hay autores, como Bossert Gustavo, que destacan que el interés familiar aparece más configurado cuando se presenta como una “suma de coincidencias o de vinculaciones de los intereses de los miembros de la familia, o sea como *el interés que abarca la comprensión de lo necesario o conveniente para la agrupación familiar vista en su integridad*” (20). Se trata *en todos los casos del interés que debe predominar acerca de la unidad del grupo, de su cohesión, de su solidaridad*.

En el caso que hemos recién referido del menor que no viaja al exterior no obstante su voluntad, por cuanto la salud de la madre aconseja que se

---

(18) Los diagnósticos y pronósticos de técnicos autorizaba a inferir que la estructura familiar de sostén desplegada estaba rindiendo resultados en el ejercicio de la maternidad de la persona con discapacidad madurativa en relación al otro hermano menor y por tal motivo se hacia predominar el interés familiar: V. ED. 25/07/2016, pág. 1.

(19) MIZRAHI, Mauricio, “Responsabilidad parental”, pág. 25.

(20) BOSSERT, Gustavo A., “Protección del hogar familiar y conflicto conyugal” en LL.1982, pág. 715 y BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, “Régimen legal de filiación y patria potestad”, pág. 306.

mantenga la comunicación con su hijo, se hace prevalecer este interés que sería entonces el familiar (coincidiendo con el de la madre) ante el interés particular del hijo. Es cierto que podría decirse que se contraponen dos intereses particulares, el del hijo y el de la madre, pero a los efectos de inclinarse hacia uno u otro, *son los principios que alimentan el llamado interés familiar los que deciden el caso*. Se reconoce así que “el interés familiar para la ley en muchas situaciones no sería otro que el propio interés del sujeto involucrado —en el supuesto el de la madre— con el que se identificará, dada su invocación legítima, no abusiva y encuadrada dentro de la regla de la solidaridad” (21). En algunos casos, entonces, la jurisprudencia ha podido juntar el interés particular de un miembro de la familia y el llamado interés familiar.

Al mismo tiempo, para analizar si el interés personal de un miembro de la familia concuerda con el del grupo familiar, se tendrá *que verificar la vigencia de dos notas de peculiar gravitación en el derecho de familia: la sanción del abuso del derecho y el requisito de solidaridad —que tantas veces venimos invocando— con el que necesariamente se deben desenvolver las relaciones familiares*” (22). No se trata por lo demás de subordinar el interés unilateral de alguno de los miembros de la familia a los colectivos del grupo, sino en todo caso a verificar si los intereses del grupo se encuentran valorados convenientemente al hacer lugar a las pretensiones de alguno de los integrantes de la familia. Quien valora la institución familiar debe concluir que la satisfacción de un interés particular de alguno de sus integrantes no se logra en rigor, repetimos aquí, si lo es en desmedro de la unidad familiar (23).

Tomando como ejemplo el caso de los derechos o intereses del niño, se dice que “no corresponde interpretar el interés familiar como un estándar contrapuesto al interés superior del niño, sino “como pautas valorativas complementarias”. Citando a Zannoni se dice que “el interés familiar y el del menor no se contraponen por principio, sino que están recíprocamente vinculados: el primero abarca la comprensión de lo necesario o conveniente para la familia vista en su integridad, y el segundo debe ser preservado sin contraponerlo al interés familiar” (24). Sin duda cabe plantearse que si los intereses en la realidad aparecen como contrapuestos, ¿por cuál ha de tener que decidirse el magistrado? Ha de ser una valoración muy afinada

---

(21) MIZRAHI, Mauricio, “Interés familiar”, en Enciclopedia de Derecho de familia, de Lagomarsino y Salerno, t. II, pág. 559.

(22) MIZRAHI, ob. cit., págs. 560/561.

(23) MAZZINGHI, “Tratado...”, 2006, t. I, pág. 19.

(24) BASSET, Úrsula en Alterini “Código C y C. comentado”, t. III, pág. 645 y ZANNONI “Derecho de familia”, t. I, pág. 696.



y lo que parece evidente es que *los intereses de la familia como institución (cohesión, unidad, solidaridad) no pueden ceder ante el interés particular de uno de sus integrantes*. La valoración a veces será forzando en alguna medida el interés predominante de que se trate, pero nunca provocando el trastocamiento o debilitamiento de la familia propiamente.

**8.** El interés familiar, por lo demás, constituye un límite a la intervención de organismos gubernamentales con el propósito de fijar “políticas de familia”: el Estado debe ser garante del bien común y de la robustez y protección de la institución, primordialmente de su estabilidad. *El interés familiar pone los límites dirigidos precisamente a esa garantía de estabilidad y cohesión del grupo*. Se pueden valorar las mutaciones que el interés familiar pueda mostrar, pero nunca desatendiendo la naturaleza jurídico-social del grupo y *la trascendencia que tiene el interés familiar para que puedan desarrollarse sus integrantes. En la familia sin bases seguras que hagan a su unidad, a su cohesión y a su solidaridad es poco probable que puedan sus integrantes proyectarse adecuadamente*.

**9.** Dos palabras finales: el poder reconocer al concepto de interés familiar una significación definida y de indudable trascendencia para tomar posiciones en determinadas cuestiones que el derecho de familia puede plantear *debe significar el apuntalamiento y defensa de la familia que valoramos como institución fundamental de la sociedad en que vivimos*. Los antecedentes que se han venido mencionando dejan significado, cuando menos, que *es imposible ignorar el interés familiar, no solo cuando las normas directamente lo proponen, sino porque aparece como una necesidad para abordar y dar respuesta a cuestiones familiares desde la óptica de afianzamiento siempre de la institución*. ♦



# POLÍTICAS LEGISLATIVA Y JUDICIAL EN MATERIA DE DERECHO TRANSITORIO

POR JULIO CÉSAR RIVERA (\*)

A mis maestros:

Alberto D. Molinario porque me enseñó que no hay temas agotados, solo hay hombres agotados en los temas.

Guillermo Borda porque fue quien renovó las ideas sobre esta materia con su ponencia al III Congreso Nacional de Derecho Civil.

## **I. Introducción. Objetivos de esta comunicación**

La abrupta entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) es causa de infinitas preocupaciones, dudas y controversias. No puedo dejar de señalar que Aída Kemelmajer de Carlucci —cuyos siempre agudos comentarios y observaciones debo agradecer pues señalan mis errores y me obligan a seguir estudiando el tema— cree en cambio que la aplicación del nuevo Código es más sencilla de lo que algunos comentarios agoreros —entre ellos los míos— anticipaban (1). Con el máximo respeto por nuestra colega creo que su optimismo nace de una visión parcial, la de los profesores, y quizás la de algunos jueces. Los abogados hemos —por un lado— sumado infinitas dudas sobre la extensión e interpretación de algunos textos cruciales (los contratos de opción, las facultades de los jueces para modificar los contratos aun de oficio, la adecuación de los conjuntos inmobiliarios, la satisfacción de las obligaciones en moneda extranjera, los recursos contra el laudo arbitral, etc., etc.), lo cual —por cierto— es lo que sucede siempre que entra en vigencia una nueva ley y se requiere de tiempo para que se consoliden las interpretaciones. De modo que no es una crítica al Código —cuyos beneficios he destacado ya varias veces (2)— sino

---

(\*) Este trabajo fue presentado en la Sesión Privada de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires del 1 de diciembre de 2016.

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las situaciones jurídicas preexistentes a un año de vigencia del Código Civil y Comercial”, LA LEY, 1/8/2016, cita online AR/DOC/2312/2016.

(2) RIVERA, Julio César, “En defensa de los Códigos (el viejo y el nuevo)”, LA LEY, 2015-E, 895, cita online AR/DOC/3337/2015, y citas allí efectuadas.

la simple exteriorización de un proceso inexorable; el CCyC está “en ablandecido” y por ello tenemos que leerlo despacito y quizás en algún momento no muy lejano haya que someterlo a un *service* o sea a algunas reformas parciales que superen incongruencias o cambien algunas soluciones que se adviertan inconvenientes.

Pero además los litigantes sabemos de las dilaciones y conflictos que se han planteado en los juicios en trámite al tiempo de la entrada en vigencia del Código; y aun en los iniciados después como consecuencia de la inadecuación de los Códigos Procesales a la nueva legislación de fondo.

Y, finalmente, la inexistencia de adecuadas reglas de derecho transitorio, reducido al limitadísimo art. 7° —y algunas otras normas dispersas, como el art. 2537 relativo a los plazos de prescripción; y el art. 2472 sobre la forma del testamento— causa también inconvenientes que se ven reflejados en múltiples decisiones judiciales que se publican todos los días, representando —como es obvio— sólo la punta del iceberg pues hay multitud de resoluciones y sentencias que tratan de la aplicación del Código en el tiempo que no se publican.

Este punto en concreto de la aplicación del CCyC a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, ha dado lugar a una intensa actividad doctrinaria (3).

---

(3) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones jurídicas existentes. Rubinzal, Sta. Fe, 2015; “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia”, LA LEY, 22/04/2015; “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, LA LEY, 2/07/2015; RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso)”, LA LEY, 4/03/2015; “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite”, LA LEY, 17/06/2015; JUNYENT BAS, Francisco, “El sistema de derecho transitorio en la legislación patria. A propósito del nuevo art. 7 del Código Civil y Comercial”, en Semanario Jurídico nro. 2004, 13.05.2015; GALDÓS, Jorge Mario, “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, LA LEY, 16/11/2015; BERGER, Sabrina M., “Eficacia temporal de las leyes en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art.7)”, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (noviembre), p. 17; BIRRI, Vilma N., “El acuerdo plenario de la Cámara de Trelew y la aplicación inmediata del Código Civil y Comercial”, LA LEY, 4/11/2015; JALIL, Julián Emil, “La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil”, RCCyC 2015 (octubre), 151; DELL'OREFICE, Carolina - PRAT, Hernán V., “La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio”, RCCyC 2015 (julio), p. 19; JUNYENT BAS, Francisco A., “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2015-B, 1095; UZAL, María Elsa, “Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal, con especial referencia al Derecho Internacional Privado”, RCCyC 2015 (julio), 50; HEREDIA, Pablo D., “El derecho transitorio en materia contractual”, RCCyC 2015 (julio), p. 30; ITURBIDE, Gabriela A. - PEREIRA, Manuel J., “Efectos de la aplicación de la ley en el tiempo con relación a los derechos reales y a los privilegios”, Publicado en: RCCyC 2015 (julio), p. 30.

En este informe trataremos de sintetizar nuestra opinión sobre algunos aspectos controvertidos en materia de lo que comúnmente se denomina “aplicación de la ley en el tiempo” y que nosotros preferimos identificar como “transiciones legales”, tema que excede de la aplicación del nuevo CCyC. Es que el problema de la sucesión de las leyes se produce permanentemente y creemos que es necesario abordar la cuestión de modo de proponer una política legislativa en la materia distinta de la que actualmente rige.

En concreto, dedicaremos las páginas que siguen a tratar estos temas:

(i) Si se puede o no codificar o regular el derecho transitorio; y en su caso, cómo.

(ii) La siempre vigente controversia acerca de la aplicación del CCyC —y en general de las nuevas leyes— a los juicios en trámite.

## **II. Se puede (o se debe) o no regular el derecho transitorio**

### *1. La tesis negativa*

Ha sido nada menos que Guillermo Borda quien sostuviera entre nosotros la tesis de la “imposibilidad de formular un derecho transitorio” (4), con el argumento de que no se puede reducir a normas rígidas, a principios inflexibles, lo que está sujeto a las infinitas variaciones y matices de la política legislativa, pues en presencia de un cambio de legislación se enfrentan dos principios que en abstracto son muy dignos de respeto: por un lado la seguridad jurídica, interesada en conferir a la vieja ley el máximo de vigencia posible; por el otro, la justicia y el progreso interesados en atribuir a la nueva ley el mayor campo de aplicación, siendo imposible pronunciarse de antemano en un sentido u otro. Y ejemplificaba con las leyes obreras que necesariamente tienen que aplicarse inmediatamente aun cuando afecten contratos en curso.

En sentido opuesto hemos sostenido que el establecimiento de ciertas reglas es necesario, en particular cuando se trata de la entrada en vigencia de un texto de la extensión del CCyC, que afecta a todas las relaciones y situaciones jurídicas. Es el camino que han seguido antaño Alemania e Italia cuando consagraron los Códigos de 1900 y 1942 respectivamente, y más cercano en el tiempo es el ejemplo de Quebec de 1994.

---

(4) BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, 11ª ed. actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., t. I, núm. 169, ps. 181 y ss.

Mi opinión fue controvertida por Gil Domínguez. Dijo el autor citado que:

“...el principal problema de la postura esgrimida por Rivera es que sigue confinada en la ley como techo del ordenamiento jurídico, la Constitución como una norma política sin fuerza normativa y los jueces como meros subsumidores silogísticos, sin percibir que dicho paradigma ha sido modificado por el Código Civil y Comercial a través del sistema de fuentes establecido, del particularismo aplicativo y del rol de los jueces como concretizadores y ponderadores de derechos que el Código debe garantizar pero no estructurar. En otras palabras: ¿por qué si los jueces deberán aplicar el Código según el caso que tengan que resolver realizando interpretaciones conforme a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales de derechos humanos o bien aplicándolos directamente ante las lagunas del derecho secundario, estarían inhabilitados para realizar el mismo procedimiento frente a una antinomia normativa entre el viejo y el nuevo Código? ¿Si por imperio del art. 7° los jueces deben aplicar las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo en los contratos en curso de ejecución porque van a estar inhibidos para aplicar la norma que mayor tutela constitucional y convencional otorgue a la persona respecto de las normas de transición?”. (5)

Antes que nada debería decir que creo ser uno de los primeros civilistas que en este país escribió sobre el denominado “derecho civil constitucional”, destacando el proceso de constitucionalización del derecho civil y el valor normativo, interpretativo y derogatorio de la Constitución Nacional (en adelante CN) (6).

Pero adviértase que aquí el núcleo de la cuestión no radica en interpretar una norma jerárquicamente inferior —el CCyC— a la luz de la jerárquicamente superior —la CN— o de determinar la eficacia de un derecho reconocido por la CN que puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad de la norma inferior, sino de saber cuál ley se aplica: la anterior o la nueva. Y ello referido tanto al Código como a cualquier otra ley que viene a regular situaciones o relaciones jurídicas existentes.

Dejar a los jueces la determinación en cada caso de qué ley se aplica de acuerdo a cuál es la que brinda mayor o menor tutela constitucional, es lisa y llanamente prescindir de toda idea de seguridad jurídica, amén de que evidencia una concepción del derecho limitado a la resolución de casos judiciales.

---

(5) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El art. 7 del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional”, RCCyC 2015 (julio), 1.07.2015, 16, cita online: AR/DOC/1952/2015.

(6) RIVERA, Julio César, “Derecho privado constitucional”, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, n° 7, ps. 27 y ss., año 1996.

Me explico con mayor detenimiento.

El derecho —comprendiendo en tal noción a la ley y demás fuentes invocadas en el art. 1° del CCyC— no tiene por misión exclusiva resolver “casos” como parece predicarlo el art. 1° del CCyC en su primera frase. Allí —en esa primera frase que alude a “los casos que este Código rige”— radica probablemente un error serio del CCyC (7). Como se ha señalado recientemente la misión primera del derecho no reside en impartir pautas a los jueces para resolver los casos, sino más bien en generar reglas destinadas a ordenar las conductas de los ciudadanos a fin de evitar que existan casos que lleguen a los jueces (8).

En fin, el art. 1° del CCyC refleja un alcance limitado, que omite considerar que el derecho no se limita a la resolución de casos sino que es pauta de conducta de los ciudadanos a los que va dirigido; es guía de conductas.

De otro lado, como enseñaba Sebastián Soler, toda acción humana presupone un cálculo anticipatorio pues los hombres sólo ponen en marcha un plan cuando conocen los márgenes de riesgo que comporta (9). De allí que no pueda dejarse exclusivamente a los jueces la determinación de qué ley rige una determinada relación jurídica cuando haya una transición legal. Ello así pues los costos y beneficios de muchas acciones dependen de eventos futuros, incluido el régimen legal que estará en vigor; en consecuencia, la perspectiva de transiciones legales —cambio en las reglas— es relevante para las más significativas decisiones que toman los individuos y las entidades (10).

Es evidente entonces que ese juicio anticipatorio de las conductas humanas requiere saber, conocer, tener certidumbre, acerca de cuál es —y cual será— la ley aplicable y no quedar sometido a la interpretación de un juez acerca de si la norma anterior o la nueva reflejan una más intensa tutela constitucional y convencional como simplifica Gil Domínguez.

---

(7) Una crítica terminante del art. 1° en GARAY, Alberto, “El Nuevo Derecho Común, la Constitución y los Tratados”, Revista Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, n° 2, p. 25. Comienza señalando este autor la misma ambigüedad de la palabra casos. A nuestro juicio cómo el CCyC ha querido emplear la palabra casos en este poco logrado art. 1° lo aclaran los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto, donde se lee que los dos primeros capítulos del Título Preliminar están principalmente dirigidos a jueces y juezas, con lo cual está usando la palabra casos en el sentido de conflicto que llega a la resolución del juez.

(8) LÓPEZ DE ZAVALÍA (h.), Fernando, “Código Civil y Comercial: subsistencia de reglas previstas en textos ya derogados”, LA LEY, 7/10/2016, cita online: AR/DOC/1526/2016.

(9) SOLER, Sebastián, Las palabras de la ley, México, 1969, II, ps. 25 y 26, recordado por López de Zavalía (h.), ob. cit.

(10) KAPLOW, Louis, “Transition policy: a conceptual framework”, en Journal of Contemporary Legal Issues, 2003.

Con mayor razón todavía cuando se trata de determinar si se va a promover o no un proceso judicial: todos los clientes de un abogado le preguntan si el pleito se va a ganar o perder, y si bien el abogado no debe asegurar el resultado obviamente se ve enfrentado a diario a arriesgar un porcentaje de posibilidades de éxito o fracaso. Hoy en día el abogado que tenga un asunto regido por la ley civil, debe advertir a sus clientes que además de los avatares propios de los pleitos, se suma una incertidumbre más, cual es nada menos que la determinación de cuál ley se aplica, lo que queda sujeto al prudente saber judicial...

Por lo demás, los códigos y las leyes no contienen sólo principios generales, ni la Constitución se convierte en una fuente excluyente de la normativa de jerarquía inferior. Si todo se reduce a la aplicación de una serie de principios más o menos vagos —el interés superior del niño, la familia integrada (11)— no sólo se está limitando el derecho a su función de resolución de casos judiciales, sino peor aún, se está restando toda relevancia al derecho infraconstitucional y abriendo el cauce a lo que Irti denuncia recientemente como puro subjetivismo judicial absolutamente contradictorio con el funcionamiento de un Estado de Derecho (12) en el cual los ciudadanos no están obligados a hacer lo que la ley no manda ni privados de lo que ella no prohíbe (art. 19 CN). Casi es superfluo decir que esta versión *aggiornada* y elegante del derecho libre que se propone en Argentina no rige en ningún país del sistema romano germánico, pues aun el Código Civil suizo pone mayores exigencias (13). Sobre el punto hemos dicho antes de ahora —siguiendo a Elías P. Guastavino— que los “...principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas

---

(11) GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit., dice: La lógica del Código Civil y Comercial se enmarca en la fuerza normativa de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos, los cuales pueden ser aplicados de oficio, mediante interpretaciones conformes o bien de forma directa. Está basada en la garantía del derecho a la libertad de intimidad, la protección de la familia ampliada, el interés superior del niño, la protección del más débil, la no progresividad tuitiva, el derecho al uso del uso y goce de los bienes vinculado al interés social y el derecho a la no discriminación como norma de cierre. También en un iura novit curia constitucional y convencional que no puede responder de forma legicentrista y abstracta ante el ejercicio de derechos en situaciones concretas (aunque sean antinómicas) ni en los juicios pendientes ni en los que se inicien cuando el Código Civil y Comercial entre en vigencia. Diría Víctor Hugo en el rudo lenguaje del Midi “palabre, palabre”.

(12) IRTI, Natalino, “Nomoe e Lex (Stato de Diritto come Stato della Legge)”, *Rivista di Diritto Civile*, 2016-3-589 y ss.

(13) Cod. Civil suizo, art. 1: A. Application de la loi. 1. La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. 2. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. 3 Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado” (14).

Y aun cuando no se adhiere a la visión rigurosamente positivista de Natalino Irti, no cabe duda que es imposible compartir la afirmación de que el Código garantiza derechos pero no los estructura porque entonces se daría razón a Guibourg cuando dice que:

“Basta leer los artículos 1, 2, 3 y 10 para advertir que el legislador se siente más próximo del Sermón de la Montaña que de la descarnada precisión del Código Napoleón, ... [y] que, luego de leer el título preliminar, todo el resto del Código ha de tenerse por no escrito, hasta tal punto su contenido queda sujeto a principios imprecisos, a criterios de interpretación subjetivos y cambiantes y a procedimientos de ponderación de derechos y valores que siempre terminan reducidos al ojo de buen cubero (tan parecido al ojo de mal cubero que no hay método objetivo que permita distinguir entre los dos)” (15).

---

(14) RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, 6ª ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, núm. 122 bis, p. 163 con cita de GUASTAVINO, Elías P., “Los principios generales del Derecho”, *Anales de la Academia de Córdoba*, ts. XVII y XVIII, a partir de p. 135.

(15) GUIBOURG, Ricardo A., “El sincero ocaso del derecho”, *LA LEY*, 2015-D, 1229, cita online: AR/DOC/2309/2015. Como todo lo que publica este destacado autor —por muchos años juez de la Cámara de Apelaciones del Trabajo— merece ser leído íntegramente. Por ello me permito transcribir algunos párrafos imperdibles por su agudeza. Dice Guibourg: Basta leer los artículos 1, 2, 3 y 10 para advertir que el legislador se siente más próximo del Sermón de la Montaña que de la descarnada precisión del Código Napoleón, y que, al reservarse una función moralmente rectora, renuncia a la función de establecer criterios operativos para cederla, en la práctica, a los jueces. En efecto, si la interpretación de la ley adquiere el margen de discrecionalidad que le confieren los derechos y principios constitucionales y convencionales, si la interpretación y la comparación de estos últimos dependen de las decisiones judiciales, si estas decisiones (de las que se requiere una controvertible razonabilidad) y las opiniones de los autores se influyen recíprocamente todo el tiempo manteniendo, a la vez, su indeterminación y su pluralidad, todos los límites entre las fuentes del derecho se vuelven tan maleables y difusas como el derecho mismo. En síntesis, el contenido de las normas, incluso las del propio código, depende de un juego circular de conceptos vagos a la espera de algún “deus ex machina” que los llene de luminosas (y justas) verdades. Pero ese personaje no viene (nunca vino) del cielo mismo, sino de la tramoya teatral del sistema político: son los jueces quienes se ven conminados a asumir ese papel y se espera de ellos que satisfagan a todos, bajo pena de linchamiento mediático, jurídico o aun físico. En efecto, quien se vea perjudicado por una decisión judicial tenderá a pensar que el magistrado no ha sabido o no ha querido comprender el verdadero sentido de derechos, principios y valores, por lo que ha ejercido deficientemente la función encomendada. Un verdadero presente griego para quienes sólo cuentan con su conciencia, conocen y ejercen los disensos y saben que en un proceso hay quien gana y quien pierde. En estas condiciones, el nuevo código aparece como un sincero y entusiasta registro del ocaso del derecho, precisamente en el único punto donde su aporte fue alguna vez efectivo. En tono de chanza algo exagerada, podría decirse que, luego de leer el título preliminar, todo el resto del Código ha de tenerse



En fin, como solía decir Alberto D. Molinario, podría sancionarse un Código Civil de dos artículos: art. 1º: la ley es lo que los jueces dicen que es; art. 2º de forma. O quizás en versión más moderna el art. 1º podría decir “Los casos que este código rige se resolverán según lo que cada juez crea justo”.

## 2. *La tesis positiva*

Más allá del debate doctrinario, lo cierto es que cuando se han sancionado códigos civiles el legislador se ha ocupado más o menos detalladamente del derecho transitorio. En Alemania, cuando se sancionó el Código de 1900 se siguió la técnica de resolver múltiples supuestos particulares; en Italia el Código Civil contiene algunos principios generales básicos y se sancionó también una ley de aplicación que resolvió infinidad de casos particulares.

En Francia es interesante comentar el proyecto de Código Civil que estuvo a cargo de la comisión designada en la posguerra —presidida por Julliot de la Morandière— y que resultara frustrado por la caída de la IV República. Ello así porque la tarea de redactar la parte relativa al derecho transitorio fue encargada nada menos que a Paul Roubier (16), el profesor de Lyon que ya para esa época había publicado la primera edición de su obra bajo el título *Le conflit des lois dans le temps*. Ese proyecto optó por establecer ciertos principios generales, método que Roubier considera mejor que el de la resolución de casos particulares (17). Del citado proyecto resulta que la parte de derecho transitorio, atribuida por la comisión a Roubier, comprendía 8 artículos en los que se establecían los principios generales en materia de efectos de las nuevas leyes con relación a las situaciones y relaciones jurídicas preexistentes (18).

Más cercano en el tiempo es el caso de Quebec; esta provincia canadiense sancionó una ley para poner en ejecución el Código Civil de 1994; ella contiene unos pocos artículos en los que sienta ciertos principios generales (19)

---

por no escrito, hasta tal punto su contenido queda sujeto a principios imprecisos, a criterios de interpretación subjetivos y cambiantes y a procedimientos de ponderación de derechos y valores que siempre terminan reducidos al ojo de buen cubero (tan parecido al ojo de mal cubero que no hay método objetivo que permita distinguir entre los dos).

(16) BAREÏT, Nicolas, “Un projet oublié: la codification du droit transitoire”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 2015-551.

(17) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Las situaciones jurídicas preexistentes a un año de vigencia del Código Civil y Comercial”, citado.

(18) El texto completo de la regulación del derecho transitorio en el Proyecto está transcrito en Bareït, ob. cit.

(19) La regulación quebequense se inspira en las enseñanzas de Roubier y seguramente ha tenido en cuenta el Proyecto de la Comisión Julliot de la Morandière. La mera compara-



y luego en una larguísima serie de preceptos establece reglas que resuelven casos concretos de posible conflicto entre ley anterior y ley posterior (20). Como la puesta en acción del Código Civil de esta provincia canadiense no fue el resultado del apresuramiento y la improvisación, al mismo tiempo esa ley revisó todo el resto de la legislación vigente para ajustarla al nuevo Código Civil; así, por ejemplo, se adecuó el Código Procesal, tarea a la cual los argentinos recién nos estamos dedicando a un año y medio de vigencia del nuevo Código de fondo con los consiguientes conflictos para las partes de los procesos y sus abogados.

En Argentina leyes importantes, como las de concursos y sociedades —y sus reformas— vinieron acompañadas de reglas —a veces insuficientes— de derecho transitorio para resolver el tema de su aplicación a las situaciones en curso. Como enseña Vítolo, si se cambia el régimen de la contabilidad, es preciso saber si esas nuevas reglas se aplican al ejercicio en curso o al primero que se inicie con posterioridad a su entrada en vigor (21).

Y más aún, la reforma constitucional de 1994 introdujo una serie de disposiciones transitorias. Si bien es obvio que no todas son propiamente normas de derecho transitorio, las disposiciones cuarta y quinta que se refieren a como se elegirán los senadores sí lo son. (22)

Por lo demás, el mismo CCyC contiene normas de derecho transitorio; el art. 7° y los ya citados arts. 2472 y 2537 lo son, el primero estableciendo

---

ción entre ambos textos permite inducir que el legislador quebequense ha seguido los lineamientos propuestos por el Decano de Lyon; así el art. 2° de la ley quebequense es prácticamente idéntico al art. 23 del Proyecto francés. Y el art. 25 del proyecto francés, relativo a los efectos de la ley nueva sobre los procesos en curso, prevé la misma solución que adoptaría años después el art. 7° de la ley de aplicación del Código Civil de Quebec; sobre este tema volvemos más adelante. La influencia del pensamiento de Roubier sobre el legislador quebequense es confirmado por la doctrina: COTÉ, Pierre-André - JUTRAS, Daniel, *Le Droit Transitoire en La Réforme du Code Civil*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, Quebec, 1993, t. III, a partir de p. 935, núm. 11, p. 940.

(20) Conf. BAUDOIN - RENAUD, "Code Civil de Québec Annoté", 3eme ed., 2000, Wilson & Laffleur, Montreal, núm. 11, p. XII.

(21) VÍTOLO, Daniel, "Derecho transitorio aplicable a las sociedades", LA LEY, 2015-C, 1025, cita online AR/DOC/1540/2015. Una regla tan simple como esa soluciona un tema que de otro modo no encontraría como resolverse, y no parece que afecte el poder normativo de la constitución ni que convierta a los jueces en aplicadores silogísticos de la ley. Sólo le dice a las sociedades, comerciantes y contadores qué norma aplicar a la confección de sus estados contables.

(22) Que la reforma constitucional vino munida de disposiciones de derecho transitorio me fue hecho notar por el Académico Alfonso Santiago en el debate posterior a la presentación de este informe en la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires el 1 de diciembre de 2016.

principios generales y los segundos reglas particulares para la forma de los testamentos y los plazos de prescripción.

Pero estos principios y reglas son insuficientes frente a la serie de cuestiones que se plantean en la realidad. Hemos señalado en trabajos anteriores los conflictos que pueden existir sobre desde cuándo se computa el plazo de dos años que hace producir efectos a la unión convivencial (art. 510), y el de diez años de la exótica prescripción adquisitiva del donatario prevista en el art. 2459 (23); si la posibilidad del cumplimiento por equivalente que prevé el art. 765 se aplica o no a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia del CCyC; qué ha sucedido con el bien de familia atento la derogación de la ley 14.394 (24); y sobre todo si las nuevas leyes se aplican o no a los juicios pendientes, tema al que dedicaremos unos párrafos más adelante.

Nos parece más que obvio que incluir reglas de este tipo no afecta en absoluto la normatividad de la Constitución y antes bien ellas resuelven

---

(23) La ley de aplicación del Código Civil de Quebec contiene una regla expresa sobre los plazos introducidos por la ley nueva que no existían en la ley anterior. Dice así: Si un délai, qui n'existait pas dans la loi ancienne, est introduit par la loi nouvelle et prend comme point de départ un événement qui, en l'espèce, s'est produit avant son entrée en vigueur, ce délai, s'il n'est pas déjà écoulé, court à compter de cette entrée en vigueur (art. 6, párrafo tercero). En español sería: Si un plazo que no existía en la ley antigua es introducido por la ley nueva y toma como punto de partida un evento que, en el caso, se ha producido antes de su entrada en vigor, ese plazo, si él no ha ya transcurrido, corre a contar desde la entrega en vigor. Nuestro art. 7° no prevé nada sobre esta materia; y el art. 2537 se refiere expresamente a los plazos de prescripción; con lo cual queda en la nebulosa como se computarán los plazos incluidos en el CCyC que no estaban previstos en la legislación anterior y que además refieren a situaciones o instituciones novedosas como son la unión convivencial y la prescripción del donatario: sobre el punto v. en Quebec: COTÉ, Pierre-André - JUTRAS, Daniel, *Le Droit Transitoire en La Réforme du Code Civil*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1993, t. III, a partir de p. 935, en particular núm. 198, p. 1009.

(24) La derogación de la ley 14.394 y la inexistencia de una norma que autorice a aplicar la nueva legislación sobre "Vivienda" al bien de familia constituido bajo aquél régimen hoy suprimido, causa numerosos problemas. Por lo demás, el texto vigente sólo autoriza a afectar inmuebles destinados a vivienda, mientras que la ley 14.394 permitía hacerlo con inmuebles productivos, por lo cual no es claro si los inmuebles productivos que eran (¿o son?) bien de familia siguen existiendo como tales o no y en su caso cuál es el alcance de la protección: v. ITURBIDE, Gabriela - PEREYRA, Manuel J., "Efectos de la aplicación de la ley en el tiempo con relación a los derechos reales y a los privilegios", *RCCyC 2015* (julio), 01.07.2015, 30, cita online AR/DOC/1423/2015. Es obvio que ningún juez razonable va a resolver que el bien de familia constituido bajo la ley 14394 ha desaparecido, pero pueden presentarse otros problemas interpretativos; por ejemplo: quien constituyó un bien de familia bajo la ley 14394 ¿puede pretender adquirir otro inmueble en sustitución de aquél y ampararse en el régimen de "vivienda" del CCyC con vigencia desde la fecha de constitución del bien de familia original?; adviértase que en este caso el régimen de "vivienda" vendría a tener eficacia desde antes de haber entrado en vigor. Los autores citados en la nota señalan la existencia de 30 (treinta) posibles conflictos entre la legislación derogada y la vigente en el ámbito de los derechos reales.

de antemano cuestiones que pueden ser complejas dando a los ciudadanos la posibilidad de formular sus juicios anticipatorios y con ello tomar decisiones sobre bases ciertas.

Por lo demás, y esto para nosotros es crucial, los civilistas son los que más han lidiado con este tema y lo han hecho desde el punto de vista de las relaciones entre particulares que son las normalmente relacionadas con su materia. Pero el tema de las transiciones legales va mucho más allá pues los cambios de política legislativa se dan en todas las áreas. De allí que en otros ámbitos el tema de las transiciones legales se estudia fundamentalmente con relación al derecho tributario y con menor intensidad en el campo de la responsabilidad civil y el derecho penal (25). En fin, el tema del derecho transitorio evade el limitado campo del derecho civil para extenderse virtualmente a todas las ramas del derecho legislado (26).

Es por esas razones que nos afirmamos en algunas ideas: (i) es conveniente que existan ciertos principios generales en materia de derecho transitorio, al modo del art. 7° del CCyC; (ii) sin perjuicio de lo cual en el caso de entrada en vigencia de un cuerpo de tal extensión como lo es el CCyC han de incluirse reglas que resuelvan posibles conflictos como los que hemos señalado. Reglas que incluso pueden no responder a los principios generales y convertirse en excepciones a ellos, pues nada indica que la transición óptima entre dos regímenes legales deba ser siempre igual; pueden haber diferencias, matices que, como lo señalaba Guillermo Borda, justifiquen que una determinada ley tenga efecto inmediato, retroactivo o por el contrario conviva durante largo tiempo con la anterior. Pero también es cierto que resulta razonable suponer que la política en materia de transiciones legales debería ser la misma en la generalidad de los casos, a no ser que existan buenas razones que justifiquen un apartamiento de ella (27).

### **III. La aplicación de las nuevas leyes a los juicios en trámite. Crítica de la doctrina de la CSN**

Una cuestión que merece ser tratada con detenimiento es la de la aplicación de las nuevas leyes a los juicios en trámite. Y esto refiere tanto al CCyC como a cualquier otra ley que se ponga en vigencia. El tema ha adquirido

---

(25) KAPLOW, ob. cit.

(26) Quien advirtió esta cuestión con toda claridad fue Paul Roubier; en la primera edición de su obra, publicada bajo el título *Les effets des lois dans le temps* (París, Sirey, 1928-1933), trata de la retroactividad de la ley “fuera del derecho privado” lo que comprende las leyes de derecho público, el derecho penal y las leyes de procedimiento: ver t. II, “Quatrième partie”, a partir de n° 121, p. 461.

(27) KAPLOW, ob. cit.

mayor relevancia a partir de los pronunciamientos de la Corte Suprema Nacional en los casos “Terrén” y “B., O. F.” que trataremos más adelante.

Para ello nos vemos obligados a reproducir algunos conceptos que fueron vertidos en trabajos anteriores (28).

*1. Algunos antecedentes sobre el art. 3° reformado por la ley 17.711*

a) La jurisprudencia antigua. Regla y excepción

En un trabajo anterior hemos recordado que Bidart Campos verificaba una corriente jurisprudencial que sostenía que las partes en juicio adquieren derecho, al trabarse la litis, para que la sentencia se dicte en aplicación de la ley en vigor en aquélla ocasión, descartando la ulterior que sobreviene entre la litis trabada y la decisión judicial (29). Este era el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (30).

b) La excepción

El mismo Bidart Campos apuntaba que la Corte Suprema resolvió que las leyes de orden público deben aplicarse a las causas pendientes en tanto la propia ley así lo estableciera, y siempre que ello no vulnerara derechos adquiridos; o, lo que es lo mismo, que las partes en juicio no adquieren derecho a que la causa se falle conforme a la ley vigente al trabarse la litis, si posteriormente y antes de la sentencia firme se dicta otra ley de orden público que determina su aplicación a los procesos en curso (31).

De modo que normalmente se aplicaban al caso pendiente las nuevas leyes que fueran de orden público y que dispusieran expresamente su aplicación a los juicios en trámite. Esto se justificaba en que esta legislación tendía a tutelar a los sujetos débiles, tales como los locatarios de inmuebles y los trabajadores en relación de dependencia. Así, la legislación de emer-

---

(28) RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite...”, citado.

(29) BIDART CAMPOS, Germán José, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Bs.As., 2001, t. I-B, p. 360. El distinguido constitucionalista resume allí su posición expuesta en “Tres enfoques constitucionales en torno de la ley de alquileres”, LA LEY, 138-689, nota a CNFed., sala Civil y Comercial, 2.9.1969, allí publicado.

(30) SCBsAs., 15.5.62, JA 1962-V-117; ídem 30.4.57, LA LEY, 89-718; en materia de acciones de estado lo resolvió así la CNCiv., sala C, 6.6.58, LA LEY, 94-625.

(31) La CSN se había pronunciado en el sentido indicado en el texto en sentencia del 13.4.1966, LA LEY, 123-317. También puede verse la sentencia de la SCBsAs, 30.8.1966, LA LEY, 124-395 en la que se adecua a la jurisprudencia de la CSN, con dos disidencias.

gencia dictada con motivo de la crisis del 2002 llegó a aplicarse en la etapa de ejecución de sentencia.

c) El III Congreso Nacional de Derecho Civil

Es sabido que la reforma del art. 3° del Código Civil original hecha por la ley 17.711 tiene como antecedente directo la ponencia presentada por el Dr. Borda al III Congreso Nacional de Derecho Civil, y el dictamen de la comisión que tratara el tema, de la que fue miembro informante Alberto Spota habiendo participado en el debate nada menos que Alfredo Orgaz, Brebbia, Novillo Saravia.

Pero curiosamente el debate de la comisión, extraordinariamente rico para la interpretación del antiguo art. 3° y por lo tanto del actual art. 7°, nada agrega al tema de los juicios en curso al tiempo de la sanción de la nueva ley.

d) La jurisprudencia relacionada con el art. 3° reformado por la ley 17.711

La jurisprudencia se ocupó del tema con motivo de la sanción y puesta en vigencia de la ley 17.711 de reforma al Código Civil, habiendo sido muy prolífica (32) pues la reforma de la ley 17.711 fue de gran intensidad —ya que cambiaba algunos conceptos fundamentales en materia de responsabilidad civil, contratos y familia— y a la vez introducía normas de derecho transitorio que reemplazaban a las que había previsto Vélez Sarsfield.

Muchos fallos desestimaron la aplicación de las nuevas reglas introducidas por la ley 17.711 cuando la entrada en vigencia de esa ley era posterior al inicio del juicio (33), aunque también se prescindió de este dato (34) y aun se resolvió que “no se afecta ningún derecho o garantía aplicando el agregado hecho al art. 2736 a un juicio cual la litis se trabó con anterioridad a la vigencia de la ley 17.711” (35).

---

(32) Pueden verse dos extensas notas de jurisprudencia: ED 36-729; AMADEO, José Luis, “Efectos de la ley con relación al tiempo”, LA LEY, 1976-D, 592.

(33) Ver voto de Margarita Argúas en CNCiv., sala F, 30.9.69, ED 30-264; CNCiv., sala A, 24.4.69, ED 27-100; CNCiv., sala A, 24.4.69, ED 27-100; íd., sala C, ED 27-63; íd., sala D, 27.12.68, ED 27-102; íd., sala E, Ed 24.854; íd., sala C, 23.9.69, ED 30.585.

(34) Jorge Joaquín Llambías sostuvo que no era procedente la aplicación del art. 1078 relativo a la indemnización del daño moral por haberse producido el hecho ilícito antes de la entrada en vigencia de la ley 17.711, “independientemente del adelanto del trámite del juicio”, CNCiv., sala A, 24.4.69, ED 27-100.

(35) CNCiv., sala B, 4.6.69, ED 30-558; en el mismo sentido CNCiv., sala D, 11.9.68, ED 24-668.

## 2. Antecedentes relacionados con la aplicación del CCyC

Es sabido que el art. 7° del CCyC reproduce —en lo sustancial— el art. 3° del Código derogado según el texto que le había dado la ley 17.711.

De modo que inicialmente podemos identificar algunos principios rectores de la aplicación de la ley en el tiempo:

- No retroactividad: principio dirigido no al legislador sino a los jueces (36), pues la ley puede disponer su aplicación retroactiva siempre que no afecte garantías constitucionales.

- Efecto inmediato: la ley nueva se aplica a las consecuencias (37) de las relaciones y situaciones jurídicas.

- Las nuevas leyes supletorias no aplican a los contratos celebrados con anterioridad, a no ser que resulten más favorables para el consumidor.

Ahora bien, el art. 7° no prevé regla explícita alguna sobre las nuevas leyes y los procesos judiciales en trámite.

Ello ha dado lugar a alguna polémica causada inicialmente por una acordada emitida por la Cámara Civil de Trelew conforme a la cual los recursos contra sentencias dictadas bajo la vigencia del Código derogado serían resueltos conforme a ese Código; en otras palabras, la acordada daba una sobrevida al derecho antiguo.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci publicó un trabajo criticando esa acordada y a partir de allí se dio un intercambio de opiniones de lo que dan cuenta algunos trabajos publicados por la profesora Kemelmajer y por el autor de esta comunicación (38).

### a) Opinión de la profesora Kemelmajer de Carlucci

Aída Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que el efecto inmediato de la ley no se impide por la existencia de un proceso judicial, que no está

(36) ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps*, tomo II, Sirey, París, 1933, núm. 148, p. 753.

(37) Veremos más adelante que el quid de la interpretación del art. 7° radica en determinar cuáles son esas consecuencias que pueden ser incididas por la nueva ley.

(38) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia”, *LA LEY*, 22.04.2015; “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, *LA LEY*, 2/07/2015; RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso)”, *LA LEY*, 4/03/2015; RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite”, *LA LEY*, 17/06/2015.

en juego la defensa en juicio y que en definitiva la aplicación de la nueva ley sería una manifestación del principio *iura curia novit* (39). La Dra. Kermelmajer ha hecho hincapié en la doctrina sentada por Roubier y en muy valiosos aportes propios.

#### b) Nuestra opinión

El efecto inmediato del derecho nuevo está sujeto al mismo límite que la aplicación retroactiva, esto es, no puede afectar garantías constitucionales (40). En relación a los juicios en trámite la aplicación inmediata produce una afectación inconstitucional de la garantía de defensa en juicio si las partes no tienen —como mínimo— la oportunidad de invocar, alegar y probar sobre el derecho “nuevo”, pues no es de aplicación el principio *iura curia novit* en tanto no es un derecho que las partes pudieron haber invocado. La sustancial diferencia es que el derecho vigente es conocido —y por lo tanto las partes pudieron ajustar sus pretensiones a él e invocarlo o no pues de todos modos si no lo hacían podría suplirlo el juez—, mientras que en la situación que nos ocupa las partes lisa y llanamente no pueden conocer algo que no existe.

Y, como hemos señalado antes, puede conducir incluso a la vulneración del principio de congruencia si de la aplicación del derecho “nuevo” resultara una sentencia que no reflejara las pretensiones de las partes. El principio de congruencia está ligado a la garantía del debido proceso según la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación (41).

Hemos señalado también que la adecuación de los procesos a la nueva legislación es un camino erizado de dificultades prácticas —esas que suelen ignorar los profesores y conocen y sufren los abogados—, conduce a dilaciones enormes de los procesos y con ello beneficia a los litigantes de mala fe.

(39) KERMELMAJER DE CARLUCCI, trabajos citados en la nota precedente.

(40) El ejemplo clásico es el que da Borda en el III Congreso de Derecho Civil: una ley que suprimiera el derecho de propiedad no sería retroactiva pero sí de aplicación inmediata; o, como señaló Spota, lo mismo una ley que suprimiera un derecho real como la enfiteusis y no previera una indemnización para el enfiteuta. Las actas del III Congreso Nacional de Derecho Civil están transcriptas en ED 36-729; la afirmación de Spota en página 739.

(41) Hemos dicho antes de ahora que no es superfluo recordar que la sentencia que viola el principio de congruencia es un típico supuesto de sentencia que viola la defensa en juicio. Así lo ha resuelto la CSN, en la actual composición, diciendo: “Como tuvo oportunidad de señalar la Corte en Fallos: 331:2578, ‘la vigencia real de la garantía constitucional de la defensa en juicio, reclama el acatamiento del denominado principio de congruencia o correspondencia’ (Fallos 237:328; 256:504, entre muchos otros)”, CSN, 6.3.2014, “Mansilla, Carlos Eugenio el Fortbenton Ca. Laboratories S.A. y otros despido”, LA LEY, 2014-D, 413, Fallos: 337:179.

Y finalmente, hemos advertido sobre el riesgo político o institucional. Si se establece como regla general que las nuevas leyes se aplican a los procesos judiciales en curso se abre la puerta a que los legisladores —nacionales, provinciales, municipales— terminen los juicios por ley o por decreto. Así, si existe un pleito que el intendente de cierto municipio tiene complicado, consigue una ley en la legislatura de la provincia que cambia el resultado previsible del proceso. Lo mismo podría hacer el Congreso de la Nación si hay procedimientos que el Estado Nacional “no quiere perder”.

A nuestros argumentos en defensa del tribunal chubutense deberíamos agregar que el hecho de que se hubiera dictado sentencia ha sido tomado en cuenta por doctrina y jurisprudencia francesas (42).

c) La jurisprudencia de los tribunales inferiores

Tal cual era previsible, desde la entrada en vigencia del CCyC se han conocido infinidad de pronunciamientos judiciales sobre su aplicación a los procesos en trámite.

Sería inconducente examinarlos muy detenidamente.

Digamos entonces que se han ido consolidando algunos criterios.

Así, por ejemplo, los tribunales resuelven que la responsabilidad por hechos ilícitos se juzga por la ley vigente al tiempo de la producción del daño, con lo cual se sigue el criterio que ya inspiró a la mayor parte de la jurisprudencia cuando se sancionó la ley 17.711. Sin perjuicio de ello algunos tribunales invocan los preceptos del CCyC como un argumento de autoridad que viene a confirmar la interpretación del derecho anterior aplicado al caso.

También se ha resuelto de manera consistente que el art. 765 que autoriza el cumplimiento por equivalente de las obligaciones concebidas en moneda extranjera, es una norma supletoria y como tal no se aplica a los contratos celebrados con anterioridad. A nuestro juicio esta jurisprudencia va a cambiar al primer cimbronazo financiero, pues es claramente una disposición tendiente a proteger a la parte que —al menos como principio— es la más débil de la relación. La ley de contratos de participación público-privada expresamente excluye la aplicación del art. 765, lo cual demuestra que para el legislador la norma del CCyC no es renunciable en el contrato y por ello la suprime por vía legal.

---

(42) El tema lo trata inicialmente Roubier en “De l’effet...”, citado, ps. 525 y ss. invocando decisiones de la Cour de Cassation que declararon que el beneficiario una sentencia, aun cuando apelada, estaba en posesión de un derecho adquirido del que no podía ser privado por una ley sancionada en el curso de la instancia de apelación.



Y los derechos de los herederos se juzgan conforme a la ley vigente a la fecha de la muerte del causante.

Lo que demuestra que hay grandes sectores del derecho que siguen regidos por la ley precedente.

Donde los tribunales se muestran proclives a aplicar el CCyC es en materia de capacidad, particularmente en lo relacionado con los procesos de declaración de incapacidad promovidos antes del 1° de agosto de 2015. Es una solución obviamente correcta; las leyes sobre capacidad son de aplicación inmediata (43) y muchas de las nuevas normas son de carácter procesal. Pero las nuevas normas sobre capacidad no serían aplicables para dilucidar la validez o invalidez de un acto jurídico celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC, pues esas condiciones de eficacia hacen a la constitución de la relación o situación jurídica y por ello no son afectadas por cambios posteriores (44). De modo que si un acto jurídico fuera nulo porque quien lo otorgó era menor al tiempo de hacerlo seguiría siendo inválido aun cuando la nueva ley redujera la edad a la cual se adquiere la plena capacidad civil (45).

Sin perjuicio de ello cabe señalar que la materia conserva algunos bolsones de incertidumbre causados por la carencia de normas específicas de derecho transitorio; así, no se sabe cuál es el estatus de los insanos declarados antes de la entrada en vigencia del CCyC ni cuáles son las funciones de sus curadores mientras no se adecue la situación de esas personas al nuevo régimen legal.

La CSN también ha aplicado de manera inmediata el CCyC en materia de nombre de las personas, en un caso en que se pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la imposición legal del apellido del padre a los hijos (46).

---

(43) Sobre el tema ver OLMO, Juan Pablo - PRACH, Eliana Mara, "Aplicación de la ley en el tiempo en materia de restricciones a la capacidad jurídica en el nuevo Código", LA LEY, 15/07/2016, 7; OLMO, Juan Pablo, "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos en trámite: jurisprudencia en materia de persona, familia y sucesiones", RCCyC 2016 (abril), 113, cita online AR/DOC/936/2016.

(44) De allí que sea errada una sentencia que declaró no aplicable el art. 26 del CCyC a un conflicto relativo al consentimiento prestado por un menor para la publicación de fotografías, con el argumento de que esa norma atribuye capacidad para la disposición del propio cuerpo y no se refiere a vínculos comerciales o laborales. En realidad no es aplicable porque el acto jurídico se celebró bajo la vigencia del código anterior, CNCiv., sala B, 10.2.2016, "N., F.N. c/ Editorial Televisa Argentina SA", JA, 2016-III-fascículo 1.

(45) Sobre el punto v. las propuestas de Brebbia en III Congreso Nacional de Derecho Civil, citado, en ED 36-729, en particular p. 738, segunda columna.

(46) CSN, 6.8.2015, "D. I. P., V. G. y otro el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo", Fallos 338:706.

Otro sector en que los tribunales aplican el CCyC de manera inmediata aun existiendo juicios en trámite es el derecho de familia lo cual se justifica en que las sentencias en materia de divorcio o filiación son constitutivas y no meramente declarativas. Pero si la relación jurídica se había extinguido antes de la entrada en vigencia del CCyC no es posible invocarla para pretender sus efectos; por ello los tribunales han rechazado la pretensión de atribución de una prestación compensatoria si la unión convivencial había terminado antes del 1° de agosto de 2015 (47).

La profesora Kemelmajer de Carlucci señala también algunas materias en que se ha aplicado el CCyC a procesos judiciales en trámite en los cuales la sentencia a dictarse es meramente declarativa (48).

Algunos de estos pronunciamientos revelan errores evidentes en nociones elementales. Por ejemplo el Tribunal de Familia de Rosario aplicó el CCyC a una nulidad de matrimonio causada por el vicio de error; es más que obvio que los vicios de los actos jurídicos se rigen por la ley vigente al tiempo de la celebración (49). Sin embargo, el Tribunal de Familia dijo que si bien los hechos se habían producido y el juicio se había iniciado antes de la vigencia del Código, se trataba de “consecuencias” regidas por el Código nuevo. Lo cual revela que la noción de “consecuencias” usada en el art. 7° y que proviene de la fuente, es confusa como lo hemos denunciado anteriormente (50).

#### d) La doctrina sentada por la CSN. Remisión

La CSN ha generalizado la doctrina de la aplicación de las nuevas leyes —y en particular del nuevo CCyC— a los procesos judiciales en curso invocando antecedentes conforme a los cuales:

“...las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interpo-

---

(47) Corte Suprema de Justicia de Tucumán, “G. M. VS. Z. J. A. s/ Especiales (residual)”, 14.10.2015, elDial.com - AA92FE.

(48) KEMELMAJER, “Las situaciones jurídicas preexistentes a un año de la vigencia del Código Civil y Comercial (Varios personajes en busca de un autor)”, citado.

(49) Por ello se rechazó la aplicación del vicio de lesión a los negocios celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley 17.711: MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La lesión (art. 954) y el conflicto de leyes en el tiempo”, JA (doctrina) 1971-825; BERGOGLIO - BERTOLDI, “Imposibilidad de aplicar el nuevo art. 954 a los actos celebrados con anterioridad a su vigencia, ED 67-632. Conforme con este criterio el mismo Roubier, Droit Transitoire, citado, núm. 42, pág 191.

(50) RIVERA, “Aplicación del Código Civil y comercial a las relaciones preexistentes...”, citado. Allí hemos dicho que “El artículo 7° es una herramienta insuficiente porque la doctrina de Roubier propone una fórmula parcial, confusa y contradictoria, y porque para solucionar los casos que se causan en la realidad hacen falta otros elementos no previstos por esa doctrina”.

sición del recurso extraordinario y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos, en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir” (51).

Por lo que decidió que resulta aplicable la nueva normativa sobre divorcio en función de lo dispuesto por el art. 7° del Código Civil, pues “la ausencia de una decisión firme sobre el punto obsta a que se tenga por configurada una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones” (52).

Antes de efectuar la crítica de esta doctrina nos explayaremos sobre las fuentes de la reforma al art. 3° por la ley 17.711 y por ende del art. 7° del CCyC, pues ellas han trabajado intensamente no sólo sobre el tema general del efecto de las nuevas leyes sobre las relaciones y situaciones jurídicas existentes, sino en particular sobre el tema de los procesos judiciales en trámite. De allí que creemos que la exposición del pensamiento de Roubier y otros doctrinarios puede ayudarnos a echar luz sobre este tema.

### 3. *El pensamiento de Roubier*

Examinados los antecedentes nacionales parece oportuno —antes de entrar a la exégesis y crítica de la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional— examinar las fuentes del art. 3° del Código derogado y art. 7° del CCyC.

Es que la doctrina argentina ha enfatizado el valor de las opiniones de Roubier por ser el inspirador de la ley 17.711 en su reforma al art. 3° (53); lo mismo ha hecho en muchas oportunidades la doctrina judicial.

---

(51) CSN, 29.3.2016, “Terren, MMD c/ Campill Eduardo Antonio s/ divorcio”; 18.10.2016, “B., O.F., c/ N., V.C., s/ divorcio, art. 214, nc. 2 del Código Civil”.

(52) CSN, 29.3.2016, “Terren, MMD c/ Campill Eduardo Antonio s/ divorcio”; 18.10.2016, “B., O.F., c/ N., V.C., s/ divorcio, art. 214, nc. 2 del Código Civil”.

(53) Las tesis de Roubier son sin duda innovadoras pues superan la noción de derechos adquiridos en base a la cual los códigos decimonónicos habían tratado la cuestión; e introducen la distinción entre efecto retroactivo y efecto inmediato. Sin embargo, hemos señalado antes de ahora que la exposición de Roubier es parcial, a veces confusa y presenta contradicciones (RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas”, citado). Cabe ahora agregar que con ese juicio he venido a coincidir con al menos parte de la doctrina francesa: dice Héron: “Las ideas sostenidas por el Decano Roubier han representado un progreso considerable en el conocimiento de esta materia. Sin embargo, como lo ha mostrado M. Bach, ellas permanecen insuficientemente precisas” (HÉRON, Jacques, “Étude structurale de l’application de la loi dans le temps”, RTDC 1985-277, citando a Bach, L., “Contribution a l’étude de l’application des lois dans le temps”, RTDC 1969-405).

Nosotros trataremos de seguir el itinerario del Decano de Lyon en lo que específicamente hace a la aplicación de la ley en los procesos judiciales pendientes, a través de sucesivos trabajos de su autoría, de modo cronológico.

a) En *Les conflits des lois dans le temps* (1928-1933) (54)

Indudablemente el Decano Roubier ha dedicado gran parte de su vida académica al estudio del derecho transitorio, pues entre la primera y la segunda edición de su obra pasaron 32 años y muchas notas, comentarios y artículos publicados en revistas y libros homenaje.

Del examen de algunos de esos trabajos, que son aquellos a los cuales podemos acceder en Buenos Aires, se desprende una gran coherencia en el pensamiento del autor, pues ya en la primera edición sienta las bases de su doctrina del efecto inmediato, superadora de la derivada del Código Napoleón que se fundaba en la noción de derechos adquiridos.

En efecto, en esa primera edición aparecen descriptas la noción de retroactividad, calificación que se atribuye a la ley que pretende afectar la constitución o extinción de la situación jurídica; y del efecto inmediato cuando se trata de la ley que gobierna los efectos futuros de una situación jurídica (55).

También en esa obra Roubier se refiere a las leyes pseudo retroactivas, lo que es de vital importancia para resolver la cuestión de la aplicación de la ley nueva a los casos judicializados.

Al respecto dice el Decano de Lyon:

“El principio de no retroactividad de las leyes significa que el juez, en el ejercicio de su función de jurisdicción, debe apreciar los hechos en litigio de acuerdo a la ley del día en el cual esos hechos se han producido; si la legislación ha cambiado desde entonces, él no puede aplicar la ley en vigor el día del proceso, porque su rol es el de reconocer los derechos de las partes: es un rol declarativo y no creador. De ello resulta que la regla de la no retroactividad de las leyes no impide que la ley del día del proceso se aplique en el caso que el rol del juez no tiene ese carácter declarativo de los derechos existentes; cuando el juez tiene un rol activo, la ley que gobernará su actividad creativa de situaciones nuevas será la ley en vigor

---

(54) Ya hemos señalado que la primera edición de la obra de Roubier, publicada bajo el título *Les conflits des lois dans le temps*, se presenta en dos volúmenes, editados por Recueil Sirey, París; el primero de los volúmenes es de 1928 y el segundo de 1933.

(55) Sobre este punto en concreto dice Roubier: “La ley que gobierna los efectos de una situación no es retroactivamente aplicada, si ella determina solamente los efectos futuros de esa situación, sin afectar los efectos jurídicos ya producidos”, *Les effets...*, citado, tomo II, núm. 147, p. 750.

el día del litigio; y allí no habrá más que una apariencia de retroactividad, una pseudo retroactividad; en realidad la ley nueva tiene solo un efecto inmediato” (56).

Como veremos en los párrafos que siguen, estos conceptos se reiteran en los sucesivos aportes que nos ha dejado el profesor Roubier.

b) En el proyecto de Julliot de la Morandière (1949) (57)

Ya hemos dicho que el Proyecto de Código Civil de la comisión presidida por Julliot de la Morandière, incluyó normas de derecho transitorio que fueron preparadas por el profesor Roubier. Esto ha sido expuesto en un trabajo publicado recientemente en Francia (58).

En los textos propuestos Roubier propone consagrar su propia doctrina sobre la retroactividad y el efecto inmediato (59).

Con relación al tema concreto de las nuevas leyes y los procesos en curso, el Proyecto contenía una norma que decía: “Cuando la decisión del juez es constitutiva y no declarativa de derecho, ella está sometida a la ley en vigor al día en que ella es dictada” (art. 25) (60), solución que luego adoptó explícitamente la ley que puso en aplicación al Código Civil quebequense de 1994 (art. 9° que dice: “Los procesos en curso permanecen regidos por la ley antigua. Esta regla recibe excepción cuando la sentencia a dictarse es constitutiva de derechos o que la nueva ley tenga efecto retroactivo...”) (61).

Parece muy evidente que Roubier ha seguido la distinción que hiciera en su obra de 1928/33: las leyes de fondo no se aplican a los casos iniciados con anterioridad a su vigencia, a no ser que la sentencia a dictarse sea consti-

(56) ROUBIER, ob cit., tomo I, p. 432; tomo II, núm. 149, p. 758.

(57) Si bien la Comisión se instaló en 1945, Roubier fue convocado en 1949, según surge de las actas a las que nos referimos más abajo.

(58) Sobre el punto: BAREÏT, Nicolas, “Un projet oublié: la codification du droit transitoire”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 2015-551. A ello se agregó luego el muy interesante trabajo de la profesora Kemelmajer quien analiza —como lo hace Bareït— las actas de la Comisión: “Las situaciones jurídicas preexistentes a un año de la vigencia del Código Civil y Comercial (Varios personajes en busca de un autor)”, *LA LEY*, 1/8/2016, cita online AR/DOC/2312/2016.

(59) Conf. BAREÏT, ob. cit.

(60) En francés: Lorsque la décision du juge est constitutive et non déclarative de droit, elle est soumise à la loi en vigueur au jour où elle est rendue.

(61) En francés: Les instances en cours demeurent régies par la loi ancienne. Cette règle reçoit exception lorsque le jugement à venir est constitutif de droits ou que la loi nouvelle, en application des dispositions de la présente loi, a un effet rétroactif. Elle reçoit aussi exception pour tout ce qui concerne la preuve et la procédure en l’instance.

tutiva de derechos, categoría a la que —como ya vimos— había calificado en su libro como leyes “pseudo retroactivas”.

Es preciso exponer que a pesar de la claridad del texto propuesto a la Comisión, y el antecedente que es la obra de 1928/33, la profesora Kemelmajer interpreta que no puede concluirse que Roubier excluya la aplicación de las leyes nuevas a los procesos en trámite a no ser que la sentencia a dictarse sea constitutiva. Los argumentos de la distinguida colega no son convincentes pues relaciona los textos proyectados con su ubicación para decir al fin del día que el artículo 25 está entre los que tratan la irretroactividad y no entre los que tratan del efecto inmediato. Lo cual nos parece irrelevante ante la claridad del texto que no admite dos interpretaciones, máxime a la luz de su antecedente que, como decimos, es lo escrito en *Les conflits*.

De todas maneras, y más allá de cierta posible ambigüedad del texto proyectado, el entendimiento del pensamiento de Roubier queda definitivamente aclarado en los trabajos posteriores a los que nos referiremos más abajo; y no solo lo entendemos nosotros de esa manera sino que la regla propuesta por Roubier ha pasado a la doctrina francesa más moderna (v. infra núm. 6) (62) y al derecho quebequense que lo reconoce como fuente (63).

c) En *Droit Transitoire* (1960)

Borda tuvo a la vista, cuando presentó su ponencia al III Congreso Nacional de Derecho Civil, la primera edición de la obra de Roubier, publicada bajo el título *Les conflits des lois dans le temps* (64); la doctrina actual trabaja con la segunda edición de esa misma obra, publicada bajo el título *Droit Transitoire* (65).

Con relación a la postura de Roubier sobre el tema, en una sentencia dictada por la Cámara de Familia de Mendoza, concretamente en el voto del Dr. Ferrer se transcribe un párrafo tomado de una carta que le enviara el Académico de Córdoba profesor Luis Moisset de Espanés.

---

(62) Una autora señala: “...según las reglas de derecho transitorio corrientemente admitidas, si el rol del juez se limita a reconocer un estado de derecho anterior, la ley antigua continúa rigiendo esta instancia declarativa; al contrario, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente en todas las acciones constitutivas de derecho”: DEKEUWER-DÉFOSEZDE-KEUWER-DEFFOZEZ, Françoise, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, París, 1977, n° 107, p. 130.

(63) CÔTÉ-JUTRAS, ob. cit., núm. 11, p. 940.

(64) Publicada en París, 1928. Un ejemplar de esta obra se conserva en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(65) Dalloz, París, 1960, reeditada en París recientemente.

Dice allí:

“En la obra de Roubier pareciera no tratarse el tema. Sin embargo en el capítulo referido a la modificación de leyes procesales, encontramos dos ejemplos que se refieren a la ley que debe aplicarse con relación al fondo sustancial debatido. En efecto, allí se afirma que el cambio de normas de procedimiento tiene operatividad inmediata, pero no sucede lo mismo con el derecho sustancial, sobre el que debe resolver el magistrado”.

En *Droit transitoire* (66) Roubier se refiere al problema que se presentó en 1860, cuando Francia anexó la Saboya, respecto a las “acciones de jactancia”, que admitía el derecho sardo, y la Corte de Casación el 29 de mayo de 1866 resolvió que no solamente se respetaba la acción intentada, “sino también el derecho a que ella correspondía”.

Pone también como ejemplo el caso de una acción hipotecaria, intentada antes de la entrada en vigencia del art. 2170 del CC francés, que concedía al tercer poseedor un derecho de discusión que no estaba en vigencia cuando se intentó la acción, y muy claramente expresa que el pleito debe ajustarse al derecho que regía al momento de intentar la acción, y que las leyes posteriores no pueden ejercer influencia sobre el decisorio.

Agrega, entonces: “En las hipótesis que acabamos de citar la acción es gobernada siempre por la ley del día en que se entabló, porque las leyes nuevas, que no son leyes de procedimiento, sino leyes relativas al fondo del derecho, no tienen acción sobre los procedimientos en curso” (67).

Estas afirmaciones de Roubier, que a nuestro criterio son muy claras, demuestran que la demanda judicial modifica la situación, fijando como ley aplicable la del momento en que se instauró la acción, aunque el propio Roubier las olvide cuando hace referencia al divorcio.

Sin embargo, Roubier trata el tema y sienta las bases de lo que es una exposición más precisa en el artículo “De l’effet des lois nouvelles sur les procès en cours”, publicado también en 1960, al que nos referimos más abajo.

En *Droit Transitoire* Roubier, tratando del efecto inmediato, dice que si la ley se refiere a la constitución de una situación jurídica es indiferente la fecha en que se promueve un proceso judicial; lo que es relevante es el momento en que se produjo la constitución de la situación jurídica, de modo

---

(66) Ob. cit., p. 550.

(67) El argumento desarrollado en este párrafo es el que invoca el Juez Pettigiani en su disidencia en SCBbsAs., 26.10.2016, *in re* “G., N. contra d.D., A. Divorcio Contradictorio”.

que si esta es anterior a la nueva ley, todos los procesos que se refieran a sus elementos se juzgarán por la ley antigua. Salvo que se trate de lo que él llama —como ya se dijo— leyes pseudo retroactivas, como lo son las que refieren a materias que requieren sentencias constitutivas de estado, como el divorcio y la filiación (68).

El decano de Lyon va a retomar esta distinción en el artículo que comentamos seguidamente.

d) En el artículo “De l’effet des lois nouvelles sur les procès en cours” (69) (1960)

El profesor Roubier dedicó un trabajo particular al tema en el que desarrolló con mayor amplitud lo que había expuesto en *Droit Transitoire*. En ese artículo Roubier llega a estas definiciones:

- Cabe distinguir entre leyes procesales y leyes de fondo; las leyes procesales son inmediatamente aplicables.

- En cuanto a las leyes de fondo el problema de la aplicación inmediata —lisa y llanamente— no se presenta, pues es indiferente la fecha o momento en que se ha iniciado un proceso judicial.

- Es indiferente porque lo que juzga el tribunal son (las consecuencias jurídicas de) hechos y eso lo hace aplicando la ley vigente al tiempo de los hechos; de modo que si se pretendiera aplicar una ley distinta, no estaríamos ante el efecto inmediato de la nueva legislación sino ante un efecto retroactivo. Como veremos poco más adelante este es el criterio que sigue la doctrina francesa posterior a Roubier: la aplicación de la ley a situaciones o relaciones jurídicas nacidas antes de ella es siempre retroactiva (70).

(68) ROUBIER, *Droit Transitoire*, citado, p. 348.

(69) Publicado en *Mélanges Offerts à Jacques Maury*, Dalloz - Sirey, 1960, p. 537. En la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires existe un ejemplar del libro, pero las páginas correspondientes al artículo de Roubier han sido arrancadas... He accedido al trabajo gracias a Caroline Kleiner, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Estrasburgo, a quien agradezco públicamente su gentileza.

(70) ROUBIER dice: ...en el régimen normal de las leyes de fondo, estas leyes han producido efectos sobre los diferentes hechos que están en la base de las situaciones jurídicas al momento mismo en que esos hechos se ha producido. Si la ley no es retroactiva, si ella tiene solamente un efecto inmediato, ella respeta el pasado y todos los procesos deberán ser juzgados siempre de esta manera; entonces no solo los asuntos terminados (*causae finitae*) no son afectados, tampoco lo son los asuntos pendientes (*causae pendentes*) y aun los procesos futuros deberán ser juzgados según la ley antigua” (p. 522 donde además remite a su obra *Droit Transitoire*, p. 348, que ya hemos citado). Y sigue diciendo: “En otras palabras, el punto de avance de un litigio no tiene ninguna importancia para la solución de los conflictos de leyes en el tiempo porque el litigio no es más que un elemento accidental...” Y más adelante



Por lo que el problema se plantea con ciertos tipos de leyes.

- El primer tipo de leyes que plantea el problema de su aplicación a los procesos en curso es el que Roubier identifica —tal cual lo hace en *Les effets...* y en *Droit Transitoire*— como “leyes pseudo retroactivas” y que en definitiva son aquellas que refieren a situaciones jurídicas que exigen la actuación del juez para quedar definitivamente constituidas; tal sucede en el divorcio, la filiación, la adopción, la interdicción de los incapaces, en los que la situación jurídica se constituye con la sentencia judicial. Apunta que esta es una falsa retroactividad porque no se trata propiamente de una *causae pendente* sino de *facta pendencia*, pues el litigio es un hecho que entra en la creación misma de la situación jurídica (71) (72). De modo que la sentencia del juez es un elemento necesario para la creación de la situación jurídica que está en curso de creación al tiempo en que el juez es llamado a resolver (73). De donde, al final del día, Roubier está reiterando el fundamento a la solución que había propuesto en el Proyecto al que hemos aludido: la ley nueva se aplica cuando la sentencia a dictarse es constitutiva.

e) Síntesis sobre la doctrina de Roubier

De acuerdo a lo que venimos exponiendo: ¿cómo entendemos la doctrina de Roubier?

El distinguido jurista francés sobre las leyes de fondo postula:

- La constitución y la extinción de una relación o situación jurídica se juzga de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la constitución o extinción.

- Es irrelevante que exista o no un proceso judicial, porque el proceso judicial es un dato contingente que no hace —por regla general— ni a la constitución ni a la extinción de la relación jurídica.

---

explicita: “...el momento en el cual la situación jurídica ha nacido sobre la base de ciertos hechos o de ciertos actos constituye la base cierta de la competencia de la ley, porque se trata de regir las condiciones de validez de esa situación. El principio de no retroactividad de la ley tiene por significación, precisamente, que poco importa la fecha en que el proceso ha sido promovido, porque el juez debe referirse a la ley que estaba en vigor al tiempo de la creación de la situación jurídica” (p. 531).

(71) Ob. cit., p. 523.

(72) Un segundo caso de pseudo retroactividad estaría dado en las situaciones jurídicas que se judicializan a pesar de que la sentencia no es imprescindible para constituir la relación jurídica. El caso que pone el Decano de Lyon es el de la partición que se judicializa porque los titulares no se ponen de acuerdo o porque hay incapaces; la sentencia no era necesaria hasta el momento en que por alguna de las expuestas razones recurrieron al tribunal.

(73) Ob. cit., p. 524.

- De modo que la aplicación de la ley nueva a una relación jurídica constituida o extinguida sería siempre retroactiva, aunque ello suceda en un proceso judicial.

- La nueva ley es aplicable a las consecuencias que emanen de tal relación jurídica que no se hayan consumido antes de su entrada en vigencia. Son ejemplos de esas “consecuencias”: la modificación de una tasa de interés legal (74), la moneda en que se debe pagar (caso de la pesificación), el precio de un bien o servicio (reducción o congelamiento de los alquileres).

- La nueva ley es aplicable siempre que la relación o situación jurídica exija la intervención del juez, de modo que su sentencia es constitutiva de la relación o situación jurídica. En este caso no hay retroactividad, porque la situación jurídica recién queda definitivamente constituida o extinguida cuando se dicta el pronunciamiento judicial.

#### 1. Evolución de la doctrina francesa

La doctrina francesa, seguramente como un reflejo de los iniciales esfuerzos de Roubier, ha dado a luz numerosos trabajos sobre el derecho transitorio, teniendo el mérito no menor de haber comprendido que la materia no se limita al ámbito del derecho civil y que es necesario establecer reglas claras sobre el punto habida cuenta la catarata de leyes y normas de jerarquía inferior que permanentemente entran en vigor.

En lo que hace a la cuestión de la aplicación de las nuevas leyes a los procesos judiciales en curso, esta doctrina más reciente coincide en partir de la distinción entre los procesos en los que ha de dictarse una sentencia declarativa y aquellos en que ha de dictarse una sentencia constitutiva; en definitiva, no es difícil advertirlo, la doctrina contemporánea sigue trabajando sobre los cimientos contruidos por el Decano Roubier.

Así, Cédric Bouty dice:

“En una aproximación inicial al tema de la aplicación de las leyes nuevas a los procesos en curso, puede aparecer anormal aplicar una ley nueva proceso en el que la lógica es declarativa; por lo que conviene confrontar la aplicación de la ley al proceso en curso con la distinción entre sentencias declarativas y constitutivas” (75).

---

(74) Ya he señalado en un trabajo precedente “Aplicación del Código Civil y comercial a las relaciones preexistentes...” citado- que Roubier sostiene que la nueva tasa sería aplicable si las partes en su contrato se hubieran remitido a una tasa legal. Si en cambio la tasa fuese convencional, no sería modificable por una ley posterior: ROUBIER, *Droit Transitoire*, p. 318.

(75) BOUTY, Cédric, “L’irrevocabilité de la chose jugée en droit privé”, *Presses universitaires d’Aix-Marseille*, chapitre II, núm. 714 y ss.

Y el mismo autor afirma que según la doctrina del efecto inmediato de las leyes nuevas, iniciada por Roubier, ha de prestarse una atención particular al proceso de formación y de creación de las situaciones sustanciales consideradas. Si el juez no hace más que declarar los derechos que preexisten, no hay ninguna razón para aplicar la ley nueva sobrevenida entre el nacimiento de esos derechos y el ejercicio de la acción en justicia (76). Por el contrario, si el juez toma el lugar de una parte legalmente obligatoria en la formación de la relación jurídica, es posible focalizarse sobre la fecha de su intervención para determinar la ley aplicable. Por lo que en definitiva concluye que “cuando el legislador dispone la aplicación inmediata de la ley a hipótesis en que la sentencia a dictarse es meramente declarativa, está disponiendo lisa y llanamente no una aplicación inmediata, sino una aplicación retroactiva, pues la relación jurídica se ha constituido íntegramente bajo la legislación anterior” (77).

En la misma línea de pensamiento se encuentra Dekeuwer-Défossez, a cuyas reflexiones nos hemos referido en un trabajo precedente (78).

También ha criticado la aplicación inmediata de la ley a los procesos en curso el Decano Jacques Héron quien señala, en una línea de razonamiento cercana a la nuestra expresada en un anterior trabajo, que la aplicación de la ley a casos judiciales concretos, conduce a una desnaturalización de la ley, que deja de ser una regla para devenir una decisión en tanto las personas concernidas son perfectamente identificables (79), con lo que el legislador regula los casos particulares y de manera arbitraria (80). Por lo demás, la aplicación de la ley nueva a los procesos declarativos sería

---

(76) En definitiva esto es lo que sostiene la jurisprudencia argentina cuando excluye la aplicación de la ley nueva en el ámbito de la responsabilidad civil, debiendo juzgarse esta materia bajo la ley vigente al momento en que se produjo el daño, pues ese momento es cuando se establece la relación jurídica.

(77) BOUTY, ob. cit., núm. 717. Y para ratificar nuestras afirmaciones precedentes, da como ejemplo el caso de la ley francesa del 5 de julio 1985 relativa a las víctimas de accidentes de circulación que ha sido declarada aplicables a los procesos en curso, siendo que el rol del juez en esta materia de la responsabilidad civil es declarativo; con lo cual se trata de un medio cómodo para el legislador de acelerar la aplicación de la ley nueva sin declarar su retroactividad... “c’est en douce qu’il l’impose”.

(78) DEKEUWER-DÉFOSSEZ/DEKEUWER-DEFFOZEZ, ob. y lug. cit.

(79) La distinción entre la decisión como norma individual referida a determinadas personas identificadas y la ley como norma general, abstracta e hipotética proviene de Mayer, Pierre, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, citado por Héron, “Étude structurale...”, citado.

(80) Este argumento se relaciona más con los aspectos institucionales que tratamos más abajo.

una recompensa a los recursos dilatorios (81). Por lo que concluye Héron, así como el legislador debe —en principio— abstenerse de establecer normas retroactivas, el juez debe abstenerse de darles tal carácter (82).

En definitiva, lo que viene a sostener la doctrina francesa más reciente, como lo hiciera Roubier desde la primera edición de su obra en 1928 y los mantuviera en todos sus trabajos posteriores e incluso en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Julliot de la Morandière, es que la aplicación de la ley nueva a un proceso judicial en trámite en el que debiera dictarse una sentencia meramente declarativa, es siempre retroactiva pues estaría decididamente influyendo sobre hechos ya pasados.

Con lo cual la ley nueva solo podría aplicarse si: (i) ella incidiera sobre “consecuencias” no consumidas o (ii) la misma dispusiera su aplicación a los casos judiciales pendientes y siempre que no afectara así garantías constitucionales.

Conclusión que no es distante de la propuesta entre nosotros por Bidart Campos y que resultaba de la jurisprudencia de la CSN cuando resolvía que las nuevas leyes sobrevinientes resultarían eficaces con relación a los casos pendientes si ellas eran de orden público y así lo disponían expresamente.

2. Síntesis sobre la interpretación del art. 7° a la luz de su texto y sus antecedentes nacionales y extranjeros

Reiteramos lo ya dicho sobre los principios generales sentados en el art. 7°. Ellos son la no retroactividad, el efecto inmediato sobre las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, la no aplicación de las reglas supletorias a los contratos (a no ser que sean más favorables al consumidor).

Ahora bien, ello exige determinar cuándo la ley es retroactiva y qué son las “consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas” que pueden ser alcanzadas por la nueva ley.

Existe consenso en que una ley es retroactiva si pretende afectar la constitución o la extinción de una relación o situación jurídica. Por lo que una ley sobre la forma del matrimonio no puede afectar los matrimonios ya

---

(81) HÉRON, Jacques, “Principes du droit transitoire”, Dalloz, 1996, n° 67 y ss.; este autor ejemplifica con la ley del 5 de julio de 1985 diciendo que no podría comprenderse porqué la ley daría la razón a aquel que ha interpuesto un recurso contra toda razón mientras que otro litigante ingenuo ha creído aquello que le han dicho jueces y abogados queda privado de indemnización... “Peut-on trouver meilleure école d’incivisme?”

(82) HÉRON, “Étude structurale...”, citado, núm. 33, p. 301.

celebrados bajo el imperio de la ley precedente; ni una nueva ley podría afectar los divorcios causados bajo la ley anterior. Y si la nueva ley suprime un derecho real será necesario indemnizar a aquél que se ve privado del mismo (83).

Ahora bien, el problema realmente complejo que plantea el art. 7° CCyC es saber qué son las “consecuencias” de la relación o situación jurídica y cuáles están alcanzadas por la nueva ley.

Porque para el Tribunal de Familia de Rosario, por ejemplo, al resolver sobre la validez o invalidez de un acto jurídico se están juzgando “consecuencias” y por ello rige la ley nueva; mientras que para la generalidad de la doctrina argentina y la jurisprudencia tejida al sancionarse la ley 17.711 los vicios de los actos jurídicos se juzgan según la ley vigente al tiempo de celebrarse el acto (84). Lo cual refleja que —como ya lo hemos dicho— la noción de “consecuencias” es confusa y se presta a aplicaciones erróneas como la del caso.

Cabe destacar que algunos tribunales nacionales han trabajado sobre el alcance de las “consecuencias” aludidas en el art. 7°. Lo han hecho tanto con relación a los hechos ilícitos como a la posible aplicación del art. 765 CCyC a los contratos celebrados antes del 1° de agosto de 2015.

Así, la Cámara de Apelaciones de Trelew ha explicado que:

“...el citado art. 7° CCC no consagra la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata, aún a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes; o sea, que la nueva ley rige para los hechos que están in fieri o en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la ley anterior, pues juega allí la noción de consumo jurídico... Es decir, que la nueva ley toma a la relación o situación jurídica en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que los

---

(83) Como sucedió en Argentina con la ley 4.124 de redención de capellanías; es la posición de ALLENDE, Guillermo L., “Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1964, p. 60. Es muy interesante el argumento constitucional que hace el profesor Allende: el art. 15 de la CN suprimía definitivamente la esclavitud y disponía que “una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”. Con mayor razón entonces correspondería indemnizar a quien se viera privado de un derecho real suprimido por la nueva legislación. Viene a coincidir con la opinión de Roubier en *Les effets...*, citado, t. II, p. 189.

(84) V. citas en nota 50.

cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron” (85).

En el mismo sentido se ha expedido la Cámara de Apelaciones de Trenque Lauquen, diciendo que no corresponde aplicar las disposiciones del Código Civil y Comercial si:

“... el hecho ilícito sucedió durante la vigencia del Cód. Civil... es evidente que las relaciones jurídicas obligacionales nacidas de él presentan vínculos más estrechos con ese cuerpo normativo, cuya aplicación fue la única previsible para las partes en primera instancia al punto que plantearon todas sus cuestiones y argumentos sobre la base del CC” (86).

La problemática de las consecuencias ha sido tratada también por la Cámara Comercial, ya no con relación a los daños causados por los hechos ilícitos sino para determinar la aplicabilidad del art. 765 del CCyC a una relación jurídica nacida antes de su vigencia y en la cual el deudor se había obligado a entregar moneda extranjera (87). Pero sus consideraciones jurídicas son muy útiles para desentrañar el sentido del primer párrafo del art. 7° en tanto trata de desentrañar el límite entre efecto inmediato y retroactividad.

Para ello dice:

“Cabe profundizar aquí, en el primero de los principios, esto es, aquél que veda toda posible aplicación retroactiva no prevista expresamente y que lleva de la mano a precisar cuándo una ley es retroactiva, lo que presenta particulares dificultades si se trata de hechos *in fieri*, es decir, en curso de desarrollo. Ello, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso, puede implicar una indebida aplicación retroactiva. Debe recordarse que se ha dicho que se configurará una aplicación (retroactiva) de la ley: a) cuando se vuelva sobre la constitución o extinción de un relación o situación anteriormente constituida o extinguida; b) cuando se refiera a los efectos de una relación jurídica ya producidos antes de que la nueva ley se halle en vigencia; c) cuando se atribuyan efectos que antes no tenían a hechos o actos jurídicos, si estos efectos se atribuyen por la vinculación de esos hechos o actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la

---

(85) CApel. Trelew, Sala A, 11.08.2015, “S., N. O. y Otros c/ D., D. Á. y Otra s/ Daños y Perjuicios”.

(86) CApel. Trenque Lauquen, 7.08.2015, “Portela Marcelo y Otro c/ Ustarroz Abel María y Otro s/ daños y perjuicios por uso automotor”.

(87) CNCom., sala A, 29.9.15, “Ganadera San Roque S.A. s/ concurso preventivo s/ inc. art. 250 CPCCN”.

ley; d) cuando se refiera a las condiciones de validez o efectos en curso de ejecución que resulten ser consecuencias posteriores de hechos ya cumplidos, con valor jurídico propio, en el pasado y que derivan exclusivamente de ellos, sin conexión con otros factores sobrevinientes; e) cuando se trata de situaciones jurídicas concurrentes que resultan de fuentes de derecho diferentes que entran en conflicto y pueden suscitar desigualdades entre los titulares de esas relaciones, precisamente, porque dado que cada una de ellas nace de causas diferentes, cada una debe soportar la competencia de la ley que corresponde al momento de su constitución, de sus efectos o de su extinción, según el caso...” (88)

Esta idea tiene sólido apoyo en la misma obra de Roubier que ha servido de fuente al art. 3° del Código Civil reformado por la ley 17.711 y por ende al art. 7° del CCyC. Dice el Decano de Lyon:

“...en lo que concierne a la duración de sus efectos, las situaciones jurídicas pueden presentarse bajo aspectos diferentes: a) ellas pueden tener efectos instantáneos, y en este caso nuestro problema no existe, porque esos efectos, habiéndose producido el día mismo del nacimiento de la situación no pueden ser tocados por la ley nueva sin que allí haya retroactividad” (89).

Y poco más adelante, tomando en cuenta que el derecho de crédito nace para ser extinguido y que de él nace el derecho a la ejecución dice el mismo autor:

Entonces para juzgar este efecto, es decir, el derecho del acreedor, el juez que no hace más que reconocer el derecho de las partes, deberá emplazarse en el día en que este efecto se ha producido, y es el día mismo del nacimiento del derecho... aun si ellos no han sido deducidos en justicia antes de la ley nueva, el juez en una instancia posterior no podrá más que constatar que esos efectos siguen gobernados por la ley precedente (90).

En definitiva, la nueva ley sólo rige a las consecuencias de la relación jurídica que se producen después de su entrada en vigencia.

Así lo ha sostenido la doctrina argentina desarrollada a partir de la reforma de la ley 17.711 al Código de Vélez.

(88) CNCom., sala A, 29.9.15, “Ganadera San Roque S.A. s/ concurso preventivo s/ inc. art. 250 CPCCN”.

(89) ROUBIER, Paul, “Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps”, 2e édition, Dalloz, París, 2008, núm. 67, p. 314.

(90) ROUBIER, ob. cit., núm. 67 A), p. 315.

Moisset de Espanés decía al respecto: “El primer párrafo del art. 3° establece el efecto inmediato de la ley nueva, que será aplicable a las consecuencias “futuras” de las situaciones jurídicas en curso de producir efectos” (91); y agrega: “...si las situaciones ya formadas continúan produciendo efectos, estas consecuencias serán juzgadas por la ley vigente al momento en que acaezcan; de tal manera la ley nueva atrapa de inmediato los nuevos efectos, pero no los que se habían producido con anterioridad a su vigencia” (92).

Y López de Zavalía acotaba: “La ley tiene aplicación inmediata sobre todas las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No afecta a la relación tal como ella existió antes, pues sólo toca sus consecuencias a partir de la ley” (93). A título de ejemplo, la nueva ley que modifique la tasa de los intereses que devenga la indemnización, sería de aplicación a esta, pero a partir de la fecha en que la nueva ley entra en vigencia (94).

Esta es la razón que justifica que tanto la jurisprudencia tejida a partir de la vigencia del art. 3° reformado por la ley 17.711 como la desarrollada sobre la base del art. 7° del CCyC, hayan desestimado la aplicación de las nuevas disposiciones a la reparación de daños causados producidos antes de su entrada en vigor.

Sólo resta entonces examinar cómo incide la existencia de un proceso judicial en curso al tiempo de la entrada en vigor de la nueva ley.

De acuerdo a lo que hemos venido diciendo la conclusión sería que la aplicación de la ley nueva a procesos judiciales en trámite en los que debiera dictarse una sentencia declarativa sería siempre retroactiva.

---

(91) MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., p. 19.

(92) MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., p. 42; PARDO, Alberto J., “El art. 3 del Código Civil, según la ley 17.711”, LA LEY, 135-1358.

(93) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Irretroactividad de las leyes”, LA LEY, 135-1485, en particular p. 1491, 1ª columna.

(94) De todos modos la “nueva ley” que reduzca la tasa de interés plantea el problema de su aplicación a las cuotas vencidas antes de su entrada en vigor pero no pagadas. Tema que ya se debatió con la pesificación. Recordamos que para López de Zavalía ello implicaría retroactividad, pues estas “consecuencias” no se independizan de las anteriores consumidas ni de las posteriores. En otras palabras, sostiene López de Zavalía que el contrato es uno solo y reducir o cambiar las prestaciones durante su vigencia implica volver sobre su constitución; de modo que a su juicio la aplicación inmediata a las cuotas todavía no vencidas autoriza lo que él llama una “retroactividad de primer grado”: LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 1492, 1ª. Columna.



Con lo cual habiendo un proceso judicial en curso la ley nueva sólo podría aplicarse si:

- La sentencia es constitutiva, pues como señalaba Roubier, en ese caso la relación jurídica no está definitivamente constituida hasta que no se dicta la sentencia; a no ser que la misma ley excluyera su aplicación a los casos en trámite (95).

- Si la sentencia a dictarse es declarativa pero la ley es explícitamente retroactiva con el límite impuesto por las garantías constitucionales.

- Si afecta a consecuencias no consumidas de la relación jurídica, como podría ser la modificación de la tasa de interés o reduce el precio de los alquileres y alcanza a períodos futuros a la entrada en vigencia.

- En casos en que la cuestión deviene abstracta, pues el derecho del reclamante aparece satisfecho por la nueva legislación sin afectar derechos de la contraparte (96).

3. La doctrina de la CSN sobre la aplicación de las nuevas leyes a los procesos judiciales en curso

Si bien se mira la doctrina de Roubier es bien drástica: para él el tema de la aplicación de las nuevas leyes a los procesos judiciales en curso es un falso problema. Si la sentencia a dictarse es declarativa, el juez debe resolver con la ley que regía al tiempo de los hechos; si la sentencia es constitutiva, la situación jurídica se integra con la sentencia y por lo tanto la cuestión debe resolverse conforme a la ley vigente al tiempo de la sentencia.

Más allá de que en algunos casos se haya declarado aplicable el nuevo CCyC a casos en que la sentencia a dictarse es declarativa, podemos concluir que la jurisprudencia argentina creada por los tribunales inferiores y sobre la que hemos dado noticia sucinta, no está lejos de este esquema; el problema lo ha creado la Corte Suprema.

Es que, como veremos inmediatamente, la CSN no hace ningún distingo como el que propuso Roubier, siguió la doctrina posterior e inspira las conclusiones que hemos adoptado en el número anterior; y sobre la base de

---

(95) Como sucedió en Francia con regímenes de filiación y divorcio: DEKEUWER- DÉFOSSEZ/DEKEUWER-DEFOSSEZ, ob. cit., nota 2 en núm. 107, p. 130.

(96) Como veremos más adelante es el criterio de la CSN al decidir la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley de nombre que venía a quedar superada por la entrada en vigencia del CCyC.

precedentes que tienen poco o nada que ver con la cuestión de la vigencia de la ley en el tiempo, ha sentado una doctrina poco feliz.

Como ya se dijo, el criterio sentado por nuestro máximo tribunal es el siguiente:

“Las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos, en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir” (97).

Sobre esa base, en ambos casos citados resolvió revocar la sentencia de Cámara que había declarado un divorcio por culpa de uno de los cónyuges, sentencia recaída con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial; de modo que al 1° de agosto de 2015 uno de los casos (B.,O.F.) se encontraba a estudio de la Procuración General de la Nación, y el otro (Terren) estaba a estudio de la CSN, resolviendo este tribunal que resulta aplicable la nueva normativa sobre divorcio en función de lo dispuesto por el art. 7° del Código Civil y Comercial, pues “la ausencia de una decisión firme sobre el punto obsta a que se tenga por configurada una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones” (98). Por lo que, atento al nuevo régimen normativo, envió el asunto “al juez de la causa para que examine el asunto a la luz de las disposiciones vigentes y, en su caso, adecue el proceso a dichas directivas (...) en resguardo del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio” (99).

#### 4. Crítica de la doctrina de la CSN

La profesora Kemelmajer ha dicho que el debate quedó clausurado con la sentencia de la Corte en el caso “Terren”. No estamos de acuerdo; la sentencia de la Corte podrá dirimir la cuestión en el caso y probablemente sea aplicada a muchos otros, pero no puede clausurar debate alguno pues es tan susceptible de crítica como cualquier otro acto de los poderes del

---

(97) CSN, 29.3.2016, “Terren, MMD c/ Campill Eduardo Antonio s/ divorcio”; 18.10.2016, “B., O.F., c/ N., V.C., s/ divorcio, art. 214, inc. 2 del Código Civil”.

(98) CSN, 29.3.2016, “Terren, MMD c/ Campill Eduardo Antonio s/ divorcio”, considerando 5°.

(99) CSN, 29.3.2016, “Terren, MMD c/ Campill Eduardo Antonio s/ divorcio”, considerando 6°.

Estado (100). Máxime cuando —como sucede en el caso— la sentencia se parece más a un ukase que a una decisión razonablemente fundada.

a) Los antecedentes citados en los fallos

La CSN invoca varios precedentes propios en los cuales se habría sentado la doctrina según la cual “las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario”.

Es conveniente revisar esos precedentes para determinar si realmente se refieren a legislación sobreviniente y en su caso a qué tipo de legislación sobreviniente.

- Fallos 306:1160. Efectivamente en este caso la Corte dijo que debía atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas fueran sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario. Pero es conveniente aclarar que en el caso el acontecimiento sobreviniente no era una nueva ley sino la muerte del imputado que extinguía la acción penal... y por ello tornaba abstracto el pronunciamiento de la Corte... (101).

- Fallos 331:2628. Se trata de un caso en el que la Corte se limita a declarar procedente el recurso extraordinario e impone las costas en el orden causado en atención a la complejidad de la materia en debate y a que los sucesivos cambios normativos sobre el régimen de cancelación de deudas estatales pudieron suscitar dudas sobre la misma (art. 68 CPCCN) (102).

- Fallos 325:2275. En esta hipótesis la Corte pondera como circunstancias sobrevinientes la reasunción de la tenencia de una menor por su madre, lo que tornaba abstracta la cuestión planteada (103).

---

(100) Venimos afirmando desde hace muchos años que uno de los principios del liberalismo político es la libre discusión y crítica de toda autoridad o convención social (RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, 6ª. Ed., Bs.As., 2013, núm. 2 quarter, p. 17), lo cual fue reconocido por la CSN al decir que “la regla estructural de un estilo de vida democrático reside en la capacidad de una sociedad para resolver sus conflictos mediante el debate público de las ideas” (CSN, 21.11.2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”, Fallos 329:5266ALIT) completar cita del fallo.

(101) CSN, 30.08.1984, “Ricardo Humberto Chaperon”, Fallos 306:1160.

(102) CSN, 25.11.2008, “Edesur S.A. c/ Estado Nacional - Dirección Nacional de Bienes del Estado s/ escrituración”, Fallos 331:2628.

(103) CSN, 12.9.2002, “García Haluzo, Miguel Angel c/ Iruzun, Leda Mabel”, Fallos 325:2275.

- Fallos 327:2476. Un docente cuestionaba cierta legislación de emergencia, pero al tiempo de llegar la cuestión a conocimiento de la CSN, la emergencia había cesado por haberse consumido el plazo establecido en la ley, con lo cual “lo demandado carece de objeto actual, porque las nuevas condiciones tornan inútil la resolución pendiente y la transforman en inoficiosa” (104).

- Fallos 335:905. Se trataba de una acción de amparo promovida por un señor padre de hijos adolescentes que propiciaba que empresas periodísticas cesaran en la publicación de avisos clasificados en los que se ofrecía la prestación de servicios sexuales mediante fotografías o dibujos obscenos. El tribunal declaró abstracta la cuestión porque al tiempo de la sentencia se había dictado una normativa que prohibía tales publicaciones, con lo cual el caso —en que se cuestionaba la validez de la legislación que autorizaba tales avisos— devenía abstracto (105).

- Fallos 333:1474. Es el caso “Rachid” en el que se planteaba la inconstitucionalidad de la exigencia de la diversidad de sexos para contraer matrimonio. Habiéndose sancionado la ley 26.618 de matrimonio igualitario la presunta inconstitucionalidad había devenido abstracta pues el recurrente podía casarse con una persona de su mismo sexo (106).

- Fallos 338:706. Era una acción contra el Registro Civil para que se declarara la inconstitucionalidad de la ley de nombre en cuanto obligaba a poner como primer apellido del nacido el apellido del padre. Obviamente con la sanción del Código Civil y Comercial la cuestión devino abstracta (107).

- Fallos 118:2013. Se trataba de una acción de amparo que contenía la pretensión de que un tratamiento de fertilización asistida fuera cubierto por una obra social. Sancionada la ley 26.862 la Corte declaró que el pronunciamiento era inoficioso (108).

Hasta aquí se advierte que las circunstancias sobrevinientes son cuestiones de hecho (la muerte del procesado, la reasunción de la tenencia por la madre) o, nueva legislación que había dejado sin efecto legislación

---

(104) CSN, 24.6.2004, “Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 327:2476.

(105) CSN, 12.6.2012, “Rodríguez Ruiz, Alberto el Diario Clarín Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otros”, Fallos 335:905.

(106) CSN, 24.8.2010, “Rachid, María de la Cruz y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ medidas precautorias”, Fallos 333:1474.

(107) CSN, 6.8.2015, “D. I. P., V. G. y otro el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo”, Fallos 338:706.

(108) CSN, 27.5.2014, “V., C. G. c/ IAPOS y otros s/ amparo”, Fallos 118:2013.

anterior cuestionada por inconstitucional de donde la materia había devenido abstracta. O sea que en ninguno de los casos hasta ahora examinados había una litis de A contra B en el que se invocaran derechos de una parte contra la otra nacidos bajo el amparo de la legislación sustituida por una ley nueva.

Seguimos con el análisis de los casos citados por la CSN como precedentes de su doctrina.

- Fallos 325:28. Se trataba de una medida cautelar dirigida contra un banco para que restituyera los depósitos en plena emergencia decretada por la ley 25.561. La Corte admitió la intervención del banco y el ejercicio de la vía recursiva per saltum, y tuvo particularmente en cuenta al resolver “que en el transcurso del proceso, han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de esta litis por lo que, de conformidad con reiterada doctrina de esta Corte, su decisión deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir” (109).

Este es entonces un precedente cuya analogía con la aplicación del CCyC es remota, pues se trataba de legislación de emergencia, dictada en un periodo particularmente convulsionado, en el cual como sabemos todos los días aparecían distinto tipo de normas (leyes, decretos, resoluciones) algunas de las cuales fueron tan efímeras como que desaparecieron al día siguiente de sancionadas. Por lo que en definitiva podrían caer en la calificación de normas de emergencia y de orden público que como tal justificarían su aplicación a casos en trámite sin duda alguna.

Finalmente, en el caso “B., O. F.” se cita el caso “Terren”, que resuelve exactamente la misma cuestión y con las mismas remisiones a los precedentes ya estudiados.

El análisis de los precedentes citados por la Corte en “Terren” y “B., O. F.” muestra que no son una fundamentación suficiente. Ello así pues el deber de la Corte de atender a las circunstancias sobrevinientes es una afirmación que en algunos casos se refiere a circunstancias de hecho (muerte del procesado, reasunción de la tenencia por la madre), y cuando se trata de legislación sobreviniente ella causa que el proceso devenga abstracto (porque la nueva ley coincide con lo pedido o porque siendo una ley de

---

(109) CSN, 1.2.2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”, Fallos 325:28.

emergencia ha perdido efecto por cumplimiento del plazo). O, finalmente, se trató de legislación de orden público y en situación de emergencia que como tal resultaría de aplicación inmediata bajo cualquier concepto.

Es evidente que ninguno de los precedentes citados es el resultado de una aplicación razonada del art. 3° del Código Civil derogado relacionada con una nueva ley que afectara relaciones o situaciones jurídicas de derecho privado. Y el tribunal no ha dado ninguna razón que justifique su interpretación del vigente art. 7° del CCyC. Ello así pues se ha limitado a decir que no habiendo sentencia firme no hay situación jurídica consolidada; existiendo una seria controversia sobre este punto, el parco fundamento expuesto resulta, a la luz de la propia jurisprudencia de la Corte, una afirmación dogmática, fundada en la sola voluntad de los jueces que la dictaron.

Con lo cual las sentencias de la CSN en los casos “Terren” y “B., O. F.” carecen un fundamento razonable y por ello no satisfacen la exigencia del art. 3° del CCyC.

b) La doctrina de la CSN es ambigua

Reiteramos que la Corte dice que sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos, en tanto configuren circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir.

Es de destacar que la CSN no dice que las nuevas leyes deban aplicarse a los casos en trámite. Dice que se “deberá atender” a las modificaciones en tanto configuren circunstancias “de las que no es posible prescindir”.

Atender no es aplicar; es una palabra tan poco precisa que el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española ofrece siete (110) acepciones. De ellas parecería ser la más cercana al caso aquella que le atribuye el sentido de “Tener en cuenta o en consideración algo”, de modo

---

(110) Una crítica terminante del art. 1° en GARAY, Alberto, “El Nuevo Derecho Común, la Constitución y los Tratados”, Revista Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, n° 2, p. 25. Comienza señalando este autor la misma ambigüedad de la palabra casos. A nuestro juicio cómo el CCyC ha querido emplear la palabra casos en este poco logrado art. 1° lo aclaran los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto, donde se lee que los dos primeros capítulos del Título Preliminar están principalmente dirigidos a jueces y juezas, con lo cual está usando la palabra casos en el sentido de conflicto que llega a la resolución del juez.

que el tribunal considerará o ponderará la existencia de la nueva legislación, y podrá (o no) aplicarla al caso.

Ello se confirma por la segunda frase destacada. Esa “atención” a la nueva legislación es requerida cuando no sea posible prescindir de las modificaciones causadas por la nueva legislación.

Pero entonces se plantea otra cuestión que consiste en determinar cuándo “no es posible” prescindir y cuándo “es posible” prescindir de la “atención” a la nueva legislación.

Para la dilucidación de este *imbroglio* la Corte no da ninguna pista.

c) La doctrina de la CSN es equivocada en cuanto de manera general declara que la ley no es retroactiva por el solo hecho de que no hay sentencia firme

Tal como está concebida la solución de la Corte no parece una aplicación atinada de las reglas del art. 7° del CCyC.

El art. 7° de manera alguna sostiene que las nuevas leyes deban aplicarse lisa y llanamente a todos los procesos judiciales cualquiera sea su instancia (ni que deba “atenderse” a ellas “cuando no sea posible prescindir”).

Mucho menos todavía puede deducirse del art. 7° que “la ausencia de una decisión firme sobre el punto obsta a que se tenga por configurada una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones”.

Por el contrario, el art. 7° como ya lo hemos dicho sienta:

- El principio de irretroactividad de la ley a no ser que la misma ley disponga su eficacia hacia el pasado, hipótesis en la cual el límite está dado por las garantías constitucionales, tales como la propiedad y el debido proceso.

- El efecto inmediato de las nuevas leyes sobre las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes al tiempo de entrada en vigor de la nueva legislación.

- De donde no pueden afectarse la constitución ni la extinción de las relaciones jurídicas.

En definitiva, el art. 7° CCyC autoriza la aplicación de las nuevas leyes a las consecuencias no consumidas de las relaciones y situaciones jurídicas. La doctrina de la Corte tal como ha sido presentada va mucho más allá.

Si, como hemos dicho, toda aplicación de la ley a una relación o situación jurídica judicializada al tiempo de entrar en vigor la nueva norma, importa una aplicación retroactiva pues, como apuntan Roubier y el resto de la doctrina citada, en esos casos siempre se trata de juzgar sobre hechos pasados, la Corte debió haber justificado porqué aplica retroactivamente una ley —el CCyC en este caso— a esa relación jurídica sin que exista una disposición legal expresa que le atribuya retroactividad. Pudo haberlo hecho afirmando que la sentencia a dictarse en el divorcio es constitutiva y que no empece a la aplicación la instancia en que el asunto se encuentra (111).

Pero la Corte opta por una solución distinta, cual es sostener que no hay retroactividad en la aplicación del CCyC al caso, con el solo argumento de que no hay sentencia definitiva. En efecto, la CSN dice: “La ausencia de una decisión firme sobre el fondo del asunto obsta a que se tenga por configurada una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones”.

Esta afirmación de la CSN sin ninguna matización e interpretada literalmente conduciría a un criterio inaceptable, pues la Corte estaría diciendo que sólo habrá situaciones o relaciones jurídicas definitivamente constituidas o extinguidas si hay sentencia firme anterior a la nueva ley. Con lo cual iría contra toda la doctrina y jurisprudencia elaboradas alrededor del derecho transitorio que coincide en que las nuevas leyes no pueden afectar la constitución ni la extinción de las relaciones y situaciones jurídicas medie o no un proceso judicial, el cual es un dato absolutamente contingente, a no ser que la ley exija el pronunciamiento judicial como un elemento necesario de la constitución o extinción de la relación o situación jurídica.

De modo que la única manera de interpretar la doctrina de la CSN en este punto es que la Corte quiso decir que en este caso —por tratarse de un juicio de divorcio en el que la sentencia es constitutiva de derechos— la relación jurídica no está consumida porque la sentencia no estaba firme, cualquiera sea la instancia en que el proceso se encuentre.

Reitero: la Corte debería preocuparse de precisar su doctrina sobre el punto, pues tal como está expresada en los casos “Terren” y “B., O. F.”, da lugar a que se entienda que las leyes nuevas se aplican a todas las causas judiciales pendientes, pues una lectura ligera llevaría a la conclusión de

---

(111) He dicho antes, incidentalmente, que la doctrina y jurisprudencia francesas han ponderado en algunos casos la instancia en que el proceso se encuentra.



que no hay retroactividad mientras el entuerto no se haya resuelto por sentencia, sea esta constitutiva o declarativa (112).

#### 5. Otras objeciones a la doctrina de la CSN

Además de los argumentos ya vertidos para demostrar la excesiva latitud de la doctrina de la CSN, debo señalar otras razones que abonan la idea de que las nuevas leyes no deben —como principio— aplicarse a los casos judiciales en curso y que la CSN no ha ponderado.

a) La doctrina de la CSN prescinde de los efectos de la constitución de la relación jurídica procesal

En uno de nuestros trabajos precedentes hemos argumentado que la no aplicación de la ley nueva a los procesos judiciales en trámite no implica violar el principio del efecto inmediato previsto en el art. 7° del CCyC. Es que ese principio se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas, pero sin afectar nunca la constitución o la extinción de la relación jurídica. Llevado ello a la cuestión que nos ocupa, debe tenerse presente que autores de prestigio que transitan el derecho procesal han visto en el proceso a una relación jurídica (von Bulow, Chioyenda, Carnelutti), la que se constituye de manera definitiva con la traba de la litis. De modo que la ley nueva —de fondo— no podría aplicarse justamente porque la constitución de la relación jurídica procesal estaría consumida (113).

Este argumento ha sido cuestionado por Kemelmajer de Carlucci, diciendo:

“El error de afirmar que, en todos los supuestos, la traba de la litis agota la situación es manifiesto si se piensa, por ej., en las leyes de salud mental. Por el hecho de que la litis se trabó antes de la ley 26.657 ¿declararía un juez a una persona insana, aunque según la nueva ley corresponde

---

(112) Lo cual es contradictorio con la idea generalizada de que la existencia o no del proceso es normalmente irrelevante con relación al derecho transitorio, como en definitiva lo propiciara Roubier. Bouty dice: La fase jurisdiccional de realización de los derechos no debería interferir más que excepcionalmente con los principios de la aplicación de la ley en el tiempo. La traba de un proceso es un efecto normalmente accidental en el establecimiento de las situaciones jurídicas. ...Si en materia de leyes de procedimiento es normal que afecten el procedimiento, en materia de leyes de fondo y salvo hipótesis de sentencia constitutiva la referencia al proceso no es pertinente; la lógica declarativa que preside la mayor parte de las acciones en justicia se opone a ello en tanto los elementos generadores de las situaciones jurídicas debatidas son anteriores a la intervención del juez (ob. cit., núm. 711).

(113) RIVERA, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso)”, LA LEY, 4.03.2015.

simplemente limitarle su capacidad y señalar qué actos no puede realizar?" (114).

El ejemplo no es válido: las reglas sobre capacidad son de aplicación inmediata por su misma naturaleza; no pueden coexistir dos regímenes de capacidad. Por ello todas las declaraciones de insania dispuestas bajo el régimen del Código derogado deben adecuarse al régimen vigente (115). Como tampoco tiene incidencia en la validez de la argumentación que la ley de aplicación del Código quebequense admita la aplicación inmediata de las leyes sobre prueba y procedimiento, pues son normas procesales que son de aplicación inmediata con la única valla de la preclusión.

Sobre el punto ha dicho Alejandra Abrevaya:

Y aquí, sí, entra a jugar la concepción última (institucionalmente hablando) que se tenga acerca del proceso judicial... Si se lo considera con toda la relevancia que por sí posee desde el punto de vista del ciudadano, cuando ha sido iniciado bajo el amparo de una normativa determinada, es claro que ya nada pueden modificar las partes en tanto la relación nacida por el pleito se ha desplegado y agotado por haberse producido el intercambio que culmina al quedar trabada la litis, bajo nuestra ley procesal; es decir, cuando han sido planteadas las posturas de cada parte y ofrecida y luego, más aún, producida la prueba respectiva. Esto es, marcada y definida la estrategia argumentativa y probatoria de cada uno de los litigantes en el pleito para sustentar su pretensión concreta, se consume la relación procesal simplemente porque ya no hay nada que aquéllos puedan alterar a partir de ese momento, bajo nuestra ley procesal y globalmente considerada. Y no creo que baste para salvar este aspecto —o para concluir que no se ha consumido esa relación— que el juez pueda conferir un traslado a las partes respecto de la aplicación de una nueva normativa (si no se trata de una ley de aplicación puntual a un aspecto del conflicto) aun cuando, si se encontrara en la instancia inicial podría acudir a ese remedio, porque si toda la actuación en el juicio de las partes ha estado fundada en el ordenamiento tal como regía en ese momento, no resulta suficiente ese traslado para encauzar una relación que se ha estructurado totalmente con la postura de cada parte y la prueba de la

---

(114) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015", LA LEY, 2015-C, 951, cita online AR/DOC/1801/2015.

(115) Conf. ROUBIER, Droit transitoire, citado, p. 214, ejemplifica con una ley que suprimiera la prodigalidad; ella significaría la salida de la incapacidad de todos los pródigos que hubieran sido declarados incapaces bajo el régimen sustituido.

que pretende valerse dentro de la normativa que se creía legítimamente que regía para el caso (116).

De otro modo quedaría seriamente afectada la garantía constitucional de la defensa en juicio.

b) La doctrina de la CSN es inconveniente porque favorece a los litigantes de mala fe

Esto ha sido puesto de relieve por la doctrina francesa con relación a la ley de accidentes de la circulación que se dispuso expresamente que regía para los casos en curso. Con lo cual, se ha apuntado, benefició a aquellos que hubiesen interpuesto recursos aun a sabiendas de su improcedencia (117). En el mismo sentido Dekeuwer-Défossez apunta que si bien la aplicación de la nueva ley a los procesos en que deba dictarse una sentencia constitutiva es una solución generalmente seguida, tiene por consecuencia trastornar (118) el proceso, o mismo obligar a las partes a recomenzar una instancia nueva (119). Es exactamente lo que resulta de la jurisprudencia de la CSN que obliga a reiniciar el juicio de divorcio —o cualquier otro contradictorio en que no hubiere sentencia firme (sin aclarar la CSN que se refiere solo a las sentencias constitutivas)— y lo que en Francia se pretendió evitar cuando se reformó la filiación y el divorcio estableciendo que las nuevas leyes no serían aplicables a los procesos en trámite.

c) La doctrina de la CSN causa un riesgo institucional pues altera el equilibrio de los poderes del Estado

Hemos puntualizado en trabajos anteriores que la aplicación de la ley de fondo a los conflictos judicializados tiene un aspecto que en general ha pasado desapercibido a la doctrina iusprivatista; y es que implica que el Estado puede a través del ejercicio de su poder legiferante, cambiar el curso de los procesos y con ello el modo en que estos serían resueltos. Repito lo que me dijo hace muchos años un gran abogado frente a un resolución de la Cámara que yo integraba: los pleitos no terminan (o no deberían terminar) por ley, terminan (o deberían terminar) por sentencia.

---

(116) En el mismo sentido: ABREVAYA, Alejandra, "Implicancias cívico institucionales de la aplicación temporal del Código Civil y Comercial a los juicios en trámite. La concepción del juicio y el régimen democrático", JA 2016/II, cita online: AP/DOC/144/2016.

(117) Se trata de la ley de 5 de julio de 1985 relativa a las víctimas de accidentes de circulación.

(118) La palabra que usa es "bouleverser" que puede traducirse como trastornar, turbar, cambiar completamente o de arriba abajo y hasta podría ser desquiciar: Dictionnaire Moderne Français-Espagnol por Ramón García Pelayo y Jean Testaz, París, 1967, p. 103, segunda columna.

(119) DEKEUWER-DÉFOSSEZ, ob. cit., nota 2 en núm. 107, p. 130.

(i) La cuestión institucional. Desarrollo de Alejandra Abrevaya

El aspecto institucional que encierra este argumento ha sido sólidamente desarrollado por la jueza Alejandra Abrevaya (120), partiendo de la idea ya expuesta de que la relación jurídica procesal está definitivamente constituida con la traba de la litis. Dice así la autora citada que:

Por más virtuosa que sea la nueva legislación, por más inclusiva y constitucionalmente perfecta en cuanto a sus postulados de fondo, transgredir el límite dado por la actuación del ciudadano en defensa de su derecho bajo una ley distinta es desconocerlo en tanto tal, aun cuando los mejores propósitos hayan impulsado aquella intención de aplicar la ley a todos los juicios en trámite. Puede que dé lugar a situaciones inequitativas o, mejor dicho, que podrían estar alumbradas bajo una ley de mejores alcances, pero no basta ello para violentar esa regla fundamental del juego democrático.

Si el lastre es la impronta autoritaria, que nos ha llevado a sucesivas crisis históricas, la forma de vida democrática se constituye no sólo en grandes actos y declaraciones, en las perfectas declamaciones, sino en la conducta desplegada por todos y cada uno de los integrantes de la sociedad, en su actuación del día a día. Esa condición democrática, como tal, involucra ínsitamente valores éticos fundamentales.

Porque cuando un ciudadano ha promovido un reclamo o postulado su defensa —con todas las expectativas que ello supone previo diálogo con su abogado respecto del alcance que tendrá su derecho en la normativa vigente a ese momento—, elaborando su argumentación y aportando su prueba con la mira y el objetivo puesto en la ley bajo la cual quedó así desplegada, y ha preparado su estrategia probatoria y la ha desarrollado con esa legislación, no es posible darle el valor esencial que como acto ciudadano tiene si se desconoce esa actuación como tal, por el juez, para hacer tabla rasa y simple y llanamente aplicar la ley nueva, cuando el legislador —por razones de política legislativa que debería suponerse aspiran a cubrir razones de bien general— no ha contemplado ese cambio mediante la cobertura explícita que implica determinar legislativamente la aplicación retroactiva.

A la prolija argumentación de Abrevaya sólo me permito dos observaciones. Una obvia y que fluye naturalmente de la misma postura de la autora: la determinación legislativa del efecto retroactivo explícito siempre tiene el límite de las garantías constitucionales.

---

(120) ABREVAYA, ob. cit.

La segunda es que esa cobertura explícita —esto es la determinación legislativa del efecto retroactivo— se haga justamente para cambiar el rumbo de los juicios, lo cual la deslegitima constitucionalmente. Como veremos seguidamente ello no es una especulación teórica, sino que sucede en la práctica (y no sólo entre nosotros).

(ii) Las leyes “a medida”

Que el Estado pretenda influir en casos concretos no es una hipótesis teórica. El famoso caso de la “SA Compañía Azucarera Tucumana”, fallado por la CSN en 1994 (121), es ilustrativo; el gobierno de facto dictaba leyes y decretos para modificar tanto fuera el curso de la quiebra como las acciones asumidas por los accionistas de la fallida; así lo destacó el voto del Dr. Fayt en la sentencia citada, concluyendo que todo ello se hacía con el único designio de quedarse con los activos de la quebrada sin pagarlos. Podría decirse que eso era en tiempos de gobiernos de facto. Pero en tiempos más recientes ha ocurrido que se reformara la Ley de Entidades Financieras 21.526 en diversas materias lo que tuvo incidencia inmediata en procesos falenciales de bancos u otras entidades. Nuestro apreciado colega Horacio Roitman nos hizo conocer el caso de una quiebra en la que habiendo sido rechazado el crédito del BCRA por no haber cumplido con los requisitos establecidos por la ley de concursos para justificar las acreencias, este crédito resultó finalmente admitido pues se aplicó de manera inmediata el inciso d) agregado al art. 51 de la ley 21.526 por la ley 24.627 (122).

Se podrá argumentar que estos son casos excepcionales, que lo sucedido en gobiernos de facto ya no podrá repetirse y no vale como ejemplo, y aun que la norma del art. 51 de la Ley de Entidades Financieras era procesal y no de fondo. Pero lo cierto es que no es imposible y más aún, la misma Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) ha tomado en consideración esta conducta para juzgar que la aplicación inmediata de la ley puede constituir una violación de la garantía convencional del proceso justo.

(iii) La jurisprudencia de la CEDH

Efectivamente, ha sido la CEDH la que por una serie de sentencias ha puesto límites a la posibilidad del legislador de dar leyes directamente aplicables a los procesos en curso.

---

(121) CSN, 21.9.84, con nota de Germán Bidart Campos y Carlos Herrendorff: “Una expropiación inversa muy sui generis y un impresionante realismo judicial”, ED 135-392.

(122) STJ Cdba., 24.04.02, “Condecor Sa Compañía Financiera —revisión del crédito del BCRA en autos Condecor S.A. Compañía Financiera— quiebra solicitada por el BCRA”, revocando la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo civil y comercial de la 2ª nominación del 27.06.00 que había declarado la inaplicabilidad del art. 51, inc. d) de la ley 21.526 por haber sido dictada con posterioridad al pedido de verificación del crédito.

La doctrina esencial viene de una sentencia de 1994 en la cual se sentó que “El principio de preeminencia del derecho y la noción de proceso justo consagrados por el art. 6 se oponen a toda injerencia del poder legislativo en la administración de la justicia con la finalidad de influir sobre el desenlace judicial de un litigio” (123).

Esta jurisprudencia ha sido mantenida y confirmada múltiples veces por la CEDH, precisando que el solo hecho de la intervención del legislador en el funcionamiento de la justicia no es condenable, por lo que ha de tomarse en cuenta el método y el momento para determinar si la aplicación de la ley nueva es o no violatoria de la garantía de proceso justo (124).

A partir de los desarrollos de la jurisprudencia europea, los tribunales nacionales también han efectuado el control de validez de las leyes nuevas con relación a los procesos judiciales en trámite bajo el prisma de la garantía del proceso justo conforme a la CEDH, de donde han deducido que ese control no rige solo para los casos en que el Estado está directa o indirectamente involucrado (125), sino que también han rechazado la aplicación de leyes cuya finalidad era validar ciertas prácticas o combatir cierta jurisprudencia juzgada inoportuna (lo que se ha dado en llamar en Francia leyes de validación (126)); y aun los casos en que una parte influente solicita al legislador para orientar la solución del debate judicial según su propia conveniencia, lo que en Argentina hemos visto también (127).

De lo que se concluye que desde el punto de vista de las exigencias del derecho europeo de derechos del hombre, las leyes retroactivas, cualquiera sea su forma —de validación o confirmativa, interpretativa, declarada aplicable a los

---

(123) CEDH, 9.12.94, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*.

(124) “*Papageorgiou contre Grèce*”, 22-10-1997.

(125) V. TGI Saintes, 21 févr. 1997, RTDC.1998, p. 521; este tribunal decidió que una ley que favorecía a los bancos pues estaba directamente dirigida a contrarrestar una jurisprudencia causada en el Código del Consumo violaba el art. 6 de la CEDH; y que con ella el legislador había desconocido la independencia de la autoridad judicial y el principio de separación de poderes.

(126) Roger Perrot informa en RTDC 2000-629, que la Cour d'Appel de Limoges en sentencia del 13.3.2000 declaró inaplicable una ley de seguridad social que pretendía incidir en procesos judiciales en trámite; ello por constituir una injerencia indebida del Poder Legislativo en la administración de justicia para influir en el desarrollo de procesos judiciales. Con lo cual se violaba la garantía del debido proceso (*procès équitable*) asegurada por la Convención Europea. Un antecedente próximo en el tiempo y en el contenido es la sentencia es la decisión de la Corte Europea del 28-10-99 (Dalloz, 2000, sum. 189) que también se había pronunciado sobre otra ley de seguridad social que pretendía validar cierta pretensión de disminuir ciertos beneficios estando el proceso a conocimiento de la Cour de Cassation.

(127) Un ejemplo típico fue la reforma a la ley de concursos por la ley 25.563, lisa y llanamente adoptada en función de los intereses de ciertos grupos económicos; no se produjo un conflicto sobre su aplicación porque rápidamente debió producirse la “contrarreforma” con la ley 25.589.

proceso en curso— son susceptibles de violar el derecho a un proceso justo o de afectar el derecho de propiedad. Si ellas no son condenadas por principio, pues el legislador tiene siempre la posibilidad de conferir un efecto retroactivo a las leyes, y debe actuar dentro de límites mucho más estrictos (128).

d) La doctrina de la CSN afecta la seguridad jurídica

Hemos dicho antes que el derecho no sólo rige “casos” sino que es guía de conducta, ha de permitir juicios anticipatorios, y con cita de Kaplow que los costos y beneficios de muchas acciones dependen de eventos futuros, incluido el régimen legal que estará en vigor; en consecuencia, la perspectiva de transiciones legales —cambio en las reglas— es relevante para las más significativas decisiones que toman los individuos y las entidades.

Una regla tan extensa como la que en apariencia ha sentado la CSN justificando la no retroactividad en el solo hecho de que exista sentencia firme y cualquiera sea la instancia en que el proceso se encuentre, transforma a todo el derecho en una incógnita pues las leyes podrían cambiar afectando a todas las relaciones y situaciones jurídicas, incluyendo aquellas que están judicializadas, con lo cual un pleito podría tener que empezar de nuevo y con nuevas reglas.

No hay que ser demasiado sutil para darse cuenta que un sistema como este afecta la seguridad jurídica, entendida esta como previsibilidad de las decisiones judiciales, en la medida que esas decisiones quedan sujetas a los cambios que proponga el legislador, cualquiera sea la instancia en que se encuentre el proceso.

Es cierto que frente a una posible arbitrariedad del legislador que intente cambiar el curso de un proceso por vía de una modificación legislativa se alza la valla constitucional. Pero ello implica para el justiciable un despliegue de actividad judicial que consume tiempo y recursos de los cuales no siempre se dispone.

e) La aplicación de las leyes a los casos pendientes es contraria al sentido común

Un gran abogado y amigo dice que el derecho civil es sentido común codificado. Tengo para mí que la doctrina de la Corte no pasa el test del sentido común.

Para ello pensemos simplemente en una competencia deportiva. Nadie aceptaría participar de la misma admitiendo que las reglas cambien en el segundo tiempo, y mucho menos que pudieran cambiar después de jugado el partido y con efecto retroactivo.

---

(128) BOUTY, núm. 725.

Y esto es en definitiva lo que propone la CSN: se dictó sentencia de 1ª instancia, se dictó sentencia de Cámara, se interpuso el recurso extraordinario y quizás la queja, se dio vista al Procurador General y de repente... llevando el caso al terreno deportivo... en el minuto 89 del partido cambia el reglamento, se anulan los goles de alguno de los equipos y como consuelo le hacen jugar el partido otra vez pero con las nuevas reglas que ninguno había tenido en cuenta cuando entró a la cancha (129).

#### **IV. Conclusiones. Qué derecho transitorio para Argentina**

De todo lo que hemos expuesto podemos derivar las siguientes conclusiones:

- Las transiciones legales acaecen en todos los sectores del derecho por lo que no es una materia reservada a los iusprivatistas.

- Las transiciones legales pueden estar reguladas por principios generales y también por reglas específicas como ha hecho Quebec al poner en vigencia su Código Civil de 1994.

- Nuestro CCyC contiene principios (art. 7º) y algunas reglas de derecho transitorio (prescripción, forma de los testamentos).

- Los principios son: (i) irretroactividad, lo que implica no afectar la constitución ni la extinción de las relaciones jurídicas, por lo que la aplicación de la nueva ley no afectará la validez o invalidez de la relación o situación jurídica; (ii) efecto inmediato sobre las consecuencias no consumidas, siempre con los límites de las garantías constitucionales.

Estos principios no están suficientemente explicitados; la ley de aplicación del Código Civil de Quebec establece concretamente que "La ley nueva no modifica las condiciones de creación de una situación jurídica creada anteriormente, ni las condiciones de extinción de una situación jurídica extinguida anteriormente. Ella tampoco altera los efectos ya producidos por una situación jurídica" (segundo párrafo del art. 2º) (130).

---

(129) La Corte manda de nuevo el expediente al juez de la causa para que de un traslado a las partes, con lo cual como decimos en el texto, el partido empieza de nuevo y con otras reglas. En efecto la CSN dice en Terren: "...a fin de que las partes puedan ejercer los derechos que les asisten, corresponde devolver las actuaciones al juez de la causa para que examine el asunto a la luz de las disposiciones vigentes y, en su caso, adecue el proceso a dichas directivas". Obviamente, como ha sido señalado por la doctrina gala, esto puede llegar a beneficiar a quienes han dilatado el caso con recursos y chicanas de modo de alargarlo.

(130) En francés: Ainsi, elle ne modifie pas les conditions de création d'une situation juridique antérieurement créée ni les conditions d'extinction d'une situation juridique antérieurement éteinte. Elle n'altère pas non plus les effets déjà produits par une situation juridique.



- Las consecuencias son las no consumidas antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, las “futuras”, que se producen o desarrollan después de la nueva ley.

- El tema de los juicios en trámite se resuelve por aplicación de esos principios, de los que resulta que cuando la sentencia es declarativa el juez juzga sobre hechos pasados con lo cual en principio debe aplicar la ley vigente al tiempo de los hechos (131).

- La nueva ley podría aplicarse a consecuencias no consumidas sin —reitero— afectar la constitución o extinción de la relación jurídica, lo que implica que las cuestiones relativas a la validez o invalidez de la relación o situación jurídica se juzgan por la ley vigente al tiempo de esa constitución o extinción.

- La nueva ley se aplica a los procesos judiciales en trámite cuando la sentencia a dictarse es constitutiva.

- Es necesario: (i) que la CSN precise su doctrina establecida en “Terrén” y “B.,O.F.”; limitándola a los casos en que la sentencia a dictarse es constitutiva; (ii) que ciertas cuestiones controvertidas se resuelvan por el Poder Legislativo (bien de familia); (iii) que se incluya una regla general que disponga cómo se computan los plazos nuevos (unión convivencial, prescripción adquisitiva del donatario) (132); (iv) que el Poder Legislativo tenga presente el tema cada vez que legisla alguna materia relevante. ♦

---

(131) Ya hemos dicho que la ley de aplicación del Código quebequense dispone expresamente: Los procesos en curso quedan regidos por la ley antigua. Esta regla se excepciona cuando la sentencia a dictarse es constitutiva de derechos y cuando la ley nueva por aplicación de disposiciones de la presente ley, tiene un efecto retroactivo. Ella recibe también excepción para todo aquello que concierne a la prueba y al procedimiento en el proceso. En francés: Les instances en cours demeurent régies par la loi ancienne. Cette règle reçoit exception lorsque le jugement à venir est constitutif de droits ou que la loi nouvelle, en application des dispositions de la présente loi, a un effet rétroactif. Elle reçoit aussi exception pour tout ce qui concerne la preuve et la procédure en l’instance.

(132) El tema de los plazos relacionados con instituciones nuevas —como son la unión convivencial y la prescripción adquisitiva del donatario— es sumamente complejo pues pueden contarse desde que el supuesto de hecho de la norma existe o desde la sanción de la nueva ley. Lo cierto es que cuando el supuesto de hecho se produjo —el inicio de la convivencia o se otorgó la donación— esos hechos no producían los efectos jurídicos previstos en el CCyC. ROUBIER, Droit Transitoire, p. 334, trata un caso hipotético, consistente en una ley que establezca que el usufructo en favor de las personas morales dura 30 años; esa ley se aplica a los usufructos existentes al tiempo de su sanción, pero el plazo se computa a partir de la nueva ley. Llevado el ejemplo de Roubier a los casos argentinos, resultaría que el CCyC se aplicará a las uniones de hecho nacidas antes del 1.8.2015 y la prescripción adquisitiva a las donaciones anteriores a esa fecha, pero los plazos de 2 y 10 años previstos en la ley corren a partir del 01-08-2015.



# III

## ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS



## ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

En la sesión del 14 de abril, el plenario académico resolvió que la entonces Sección de Derecho Penal del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” pase a ser un Instituto *per se*, y designó como su director al académico Siro M. A. de Martini.

En la sesión del 28 de abril, el plenario académico aprobó la constitución en el Instituto de Derecho Civil de una Sección de Familia y Bioderecho, y designó coordinador de la misma al académico Eduardo A. Sambrizzi.

Los directores de los Institutos de Derecho Administrativo, de Derecho Civil, de Derecho Constitucional, de Derecho Empresarial, de Derecho Internacional Público, de Derecho Penal, de Derecho Procesal, de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y de Derecho Tributario hicieron llegar las nóminas de integrantes, con renovaciones de sus miembros y nuevas designaciones, como así también las nóminas correspondientes a la Sección de Derecho de Familia y Bioderecho, dependiente del Instituto de Derecho Civil, y a las Secciones de Derecho de la Navegación y de Derecho Internacional Privado, dependientes del Instituto de Derecho Empresarial. El plenario las consideró en la sesión privada del 14 de julio. Los institutos de la Academia quedan integrados de la siguiente manera:

**Instituto de Derecho Administrativo:** Cassagne, Juan Carlos (director); Luqui, Roberto E. (subdirector); Perrino, Pablo (secretario); Aberastury, Pedro; Adaglio, Alejandro E.; Aguilar Valdez, Oscar; Alterini, Juan Martín; Azzarri, Juan Cruz; Barraza, Javier Indalecio; Bianchi, Alberto; Campolietti, Federico; Canda, Fabián; Caputi, Claudia; Cardona, Juan Carlos; Carello, Luis A.; Cassagne, Ezequiel; Corvalán, Juan G.; Coviello, Pedro J. J.; de la Riva, Ignacio; Druetta, Ricardo T.; Durand, Julio C.; Fonrouge, Máximo J.; Gallegos Fedriani, Pablo; Galli Basualdo, Martín; Guglielminetti, Ana Patricia; Juan Lima, Fernando; López Mendoza, José; Mata, Ismael; Monti, Laura M.; Muratorio, Jorge I.; Pérez Bello, Juan Carlos; Pozo Gowland, Héctor; Rossi, Guillermo E.; Sacristán, Estela B.; Sammartino, Patricio; Seijas, Gabriela; Silva Tamayo, Gustavo; Tawil, Guido S.; Ugolini, Daniela B. y Villarruel, María Susana.

**Instituto de Derecho Civil:** Cifuentes, Santos (director); Alterini, Jorge H. (subdirector); Bueres, Alberto J.; Campanella, Elena M.; Cobas, Manuel O.; Compagnucci de Caso, Rubén H.; Cossari, Nelson G. A.; Gastaldi, José

María; Hariri, Juan Carlos; Hernández, Lidia B.; Leiva Fernández, Luis F. P.; Lipszyc, Delia; Llorente, Sara Patricia; Medina, Graciela; Nicolau, Noemí L.; Orelle, José M.; Pepe, Marcelo; Sánchez Herrero, Andrés; Santarelli, Fulvio; Stiglitz, Rubén S.; Vázquez, Gabriela; Villalba, Carlos y Wilde, Zulema.

**Sección Derecho de Familia y Bioderecho:** Sambrizzi, Eduardo (director); Azpiri, Jorge O., Basset, Úrsula C.; Capparelli, Julio César; Franck, María Inés; Lafferriere, Jorge N.; Navarro Floria, Juan Gregorio; Pastore, Analía G. y Pitrau, Osvaldo F.

**Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”:** Santiago, Alfonso (director); Aguirre Lanari, Juan R. (director honorario); Badeni, Gregorio (subdirector); Alice, Beatriz (secretaria); Abalos, María Gabriela; Amaya, Jorge A.; Basterra, Marcela; Cayuso, Susana G.; Dalla Via, Alberto; Díaz, Rodolfo A.; Diegues, Jorge A.; Egües, Alberto; Elespe, Douglas; Gallo, Orlando J.; Garat, Pablo M.; García Lema, Alberto; García Mansilla, Manuel J.; Gelli, María Angélica; Grabivker, Marcos A.; Gusman, Alfredo S.; Hirschmann, Pablo; Hornos, Gustavo M.; Ibarlucía, Emilio A.; Loñ, Félix R.; Márquez, Armando M.; Martino, Antonio A.; Oyhanarte, Martín; Palazzo, Eugenio L.; Recalde, María Cecilia; Rivera, Julio César (h.); Rodríguez Galán de Lagorio, Alejandra; Rosatti, Horacio; Sabsay, Daniel; Sagües, Néstor P.; Serrafiero, Mario; Sola, Juan V.; Toranzo, Alejo; Vitoilo, Alfredo M. y Zuleta Puceiro, Enrique.

**Instituto de Derecho Empresarial:** Alegria, Héctor (director); Gagliardo, Mariano (subdirector); Roca, Eduardo A. (miembro emérito); Alberti, Edgardo M.; Araya, Miguel C. C.; Boretto, Mauricio; Cabanellas, Guillermo (h.); Cracogna, Dante; Creimer, Israel; Dasso, Ariel Á.; Dobson, Juan Malcolm; Escuti, Ignacio A.; Etcheverry, Raúl A.; Gebhardt, Marcelo; Heredia, Pablo D.; Junyent Bas, Francisco A.; Labanca, Jorge; Marsili, María Celia; Marzorati, Osvaldo J.; Molina Sandoval, Carlos A.; Odriozola, Carlos S.; Olivera García, Ricardo; Paolantonio, Martín E.; Piaggi, Ana Isabel; Piedecasas, Miguel; Prono, Ricardo S.; Ragazzi, Guillermo E.; Rovira, Alfredo L.; Rubin, Miguel E.; San Millán, Carlos A.; Stiglitz, Rubén S.; Uzal, María Elsa; Veiga, Juan Carlos; Vergara del Carril, Ángel y Ballester, Gonzalo (secretario honorario ad-hoc).

**Sección de Derecho Internacional Privado:** Uzal, María Elsa (coordinadora); Cerdeira, Juan José; Dermardirossian, Mariel S.; Iud, Carolina D.; Lipszyc, Delia; Masud, Pablo R.; Marzorati, Osvaldo; Najurieta, María Susana; Perugini, Alicia; Rabino, Mariela; Rubaja, Nieve y Weinberg, Inés.

**Sección de Derecho de la Navegación:** Cappagli, Alberto (coordinador); Arana Tagle, Jorge; Arrola de Galandrini, Graciela; Bartoletti, Guillermo;

Bestani, Elías F.; Capaldo, Griselda; Cosentino, Eduardo; Chami, Diego; Donato, Ángela; Esquivel, María de las Mercedes; Fernández Brital, Oscar; Gómez Masia, María Cecilia; López Saavedra, Hernán; Manzano, Martín; Radovich, Jorge M.; Ray, Alejandro J.; Romero Carranza, Fernando; Talavera, Susana y Villano, Julio César.

**Instituto de Derecho Internacional Público:** Caminos, Hugo (director); Pulvirenti, Orlando (secretario); Abruza, Armando; Arredondo, Ricardo; Barboza, Julio; Basabe, Horacio; Blanco-Bazan, Agustín; Caldeira Brant, Leonardo Nemer; Candiotti, Enrique J. A.; Consigli, José A.; Daverede, Alberto; Del Castillo de Laborde, Lilian; Drnas de Clément, Zlata; Godio, Leopoldo; González Napolitano, Silvina; Gutiérrez Posse, Hortensia; Kelly, Elsa D.; Kohen, Marcelo G.; Mansi, Ariel; Millicay, María Fernanda; Negro, Sandra; Orrego Vicuña, Francisco; Ruiz Cerutti, Susana M.; Sabia de Barberis, Gladys; Schellemborg, Edith L.; Sommer, Christian O.; Villagra Delgado, Pedro; Villano, Julio César; Vinuesa, Raúl y Zuppi, Alberto L.

**Instituto de Derecho Penal:** De Martini, Siro M. A. (director); Anzoátegui, Javier; Becerra, Alejandro; De Martini, Leonardo; Durrieu, Roberto; Durrieu, Roberto (h.); Freeland, Alejandro; Goldaracena, Fernando; González Guerra, Carlos; Lamas, Félix A.; Laporta, Mario; Lennon, Lucas J.; Mahiques, Carlos; Noceti Achával, Alejandro; Ottaviano, Santiago; Rassó, Jorge; Riggi, Eduardo J.; Rivarola, Guillermo (h.); Rizzi, Luis; Rodríguez Estévez, Juan María; Rodríguez Varela, Ignacio y Terragni, Marco Antonio.

**Instituto de Derecho Procesal:** Falcón, Enrique (director); Almeyra, Miguel Ángel; Arazi, Roland; Berizonce, Roberto; de los Santos, Mabel A.; Giannini, Leandro J.; Gozaíni, Osvaldo; Hitters, Juan Carlos; Kaminker, Mario E.; Ledesma, Ángela; Leguisamón, Héctor E.; Lubel, Leonardo A.; Masciotra, Mario; Oteiza, Eduardo A.; Peyrano, Jorge W.; Ponce, Carlos R.; Rojas, Jorge A.; Salgado, José María; Sirkin, Héctor E.; Trionfetti, Víctor R.; Valcarce, Arodín; Verbic, Francisco y Verdaguer, Alejandro.

**Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social:** Funes de Rioja, Daniel (director); Maddaloni, Osvaldo (coordinador); Ackerman, Mario; Aquino, Marcelo G.; Aldao Zapiola, Carlos; Álvarez, Eduardo O.; Ambesi, Leonardo J.; Cipolletta, Graciela E.; Etala, Juan José (h.); Fera, Mario; Fernández Humble, Juan Carlos; García, Héctor O.; González, Graciela; Guido, Horacio; Izquierdo, Roberto; Maza, Miguel Ángel; Mugnolo, Juan Pablo; Pinto Varela, Silvia E.; Podestá, José María; Pose, Carlos; Rial, Noemí; Simón, Julio César y Tula, Diego J.

**Instituto de Derecho Tributario:** García Belsunce, Horacio A. (director); Asorey, Rubén O.; Bulit Goñi, Enrique G.; Casás, José O.; García Belsunce, Hernán; García Prieto, Horacio; Revilla, Pablo J. M.; Rosso Alba,

Cristian E.; Tarsitano, Alberto; Teijeiro, Guillermo; Tesón, Miguel; Torres, Agustín y Zunino, Gustavo.

En la sesión del 24 de noviembre, ante el fallecimiento del académico Santos Cifuentes, el plenario resolvió designar al académico Jorge H. Alterini como director del Instituto de Derecho Civil y al académico José W. Tobías como subdirector en ese cuerpo.

A continuación se presentan los informes elevados por los académicos directores de cada uno de los institutos con la actividad del año al que se refiere esta Memoria.

## INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo sus tradicionales sesiones de trabajo, en las que, con la participación de sus integrantes y de profesores extranjeros invitados, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina. Ellas fueron objeto de interesantes debates en los que se puso en evidencia tanto la capacidad como la versación de los intervinientes.

En la primera sesión del año, celebrada el 24 de agosto, después de comentarse diversas novedades jurisprudenciales y legislativas, expuso la doctora Estela Sacristán sobre el tema: "Acceso a la información (en especial, la cuestión de los legitimados pasivos)". La expositora efectuó una pormenorizada explicación del proyecto de ley del derecho de acceso a la información pública, participación ciudadana y transparencia de la gestión pública. En particular, se explayó sobre los sujetos obligados a brindar la información pública y las excepciones contenidas en el proyecto de cara a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Al final de la disertación se produjo un fructífero intercambio de opiniones entre los miembros del instituto, en especial sobre el alcance de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF SA s/ amparo por mora".

En la reunión llevada a cabo el día 27 de septiembre, el doctor Ignacio de la Riva abordó el tema "El fallo de la Corte Suprema en el 'caso Cepis': Análisis de los aspectos regulatorios, con particular referencia a los alcances del deber de convocar a audiencia pública". La exposición comenzó



con un examen del texto del artículo 42 de la Constitución Nacional, a fin de determinar si el procedimiento de audiencia pública es una exigencia obligatoria para la toma de decisiones de las autoridades estatales en materia de servicios públicos. Seguidamente se analizó si en el marco regulatorio del gas y en la ley de hidrocarburos la audiencia pública es un requisito que debe verificarse para disponerse el aumento del precio del gas en boca de pozo. También se examinó si el régimen de las audiencias públicas en las renegociaciones de los contratos administrativos alcanzados por la ley 25.561, como son las licencias para el transporte y distribución del gas natural. Finalmente, expresó su opinión contraria a la decisión alcanzada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, en el cual se declaró la nulidad de las resoluciones 28/16 y 31/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación.

En la siguiente sesión, realizada el 1° de noviembre, el doctor Juan Gustavo Corvalán expuso sobre el tema “Derecho Administrativo en transición. Reconfiguración de la relación entre Administración, las normas y el Poder Judicial”. El disertante comenzó su exposición sosteniendo que la transformación del derecho administrativo presupone otra mutación más profunda, la del rol del Estado y de las grandes categorías del derecho público, tales como la i) soberanía estatal, ii) el Estado de derecho, iii) los principios de división de poderes y de legalidad, etc. Seguidamente, explicó que en la actualidad se ha alterado la matriz del derecho administrativo como es el llamado “Régimen de derecho administrativo”, cuya clásica interpretación ha dado lugar a diversas prerrogativas de dudosa constitucionalidad o convencionalidad y que en este nuevo escenario aparecen nuevos principios como el *pro homine*, de progresividad, de no regresividad, de confianza legítima, de diferencia con finalidad tuitiva, entre otros, los cuales resultan centrales para decodificar un derecho administrativo al servicio de los derechos fundamentales. El disertante concluyó sosteniendo que hoy nos encontramos frente a un derecho administrativo en transición.

Finalmente, en la última sesión del año, realizada el día 29 de noviembre, el doctor Alberto B. Bianchi abordó el tema “Los procesos colectivos y el caso ‘Cepis’”. El expositor comenzó su disertación con un examen de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de legitimación de derechos de incidencia colectiva a partir del caso “Halabi” hasta el dictado de los fallos en las causas “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” y “Abarca, Walter José c/ Estado Nacional; Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo”.

Luego efectuó una comparación del régimen jurídico de las acciones de clase en el derecho norteamericano con el argentino y se detuvo en el análisis de la acordada 12/16 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la cual se aprobó el “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”.

El instituto ha encarado la publicación de un libro colectivo dedicado al impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho administrativo, el cual contendrá diversos trabajos de los miembros que lo integran.

## INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

En este instituto asumió como director desde las postrimerías del año el académico Jorge H. Alterini y como subdirector el académico José W. Tobías, todo ello ante la muy lamentada desaparición del académico y jurista insigne Santos Cifuentes.

Se concertó con los miembros del instituto, con designación renovada o nueva investidura, que esta unidad de investigación realizaría aportes concretos a la nutrida temática de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil a realizarse en la Universidad Nacional de La Plata en el año 2017.

La Editorial La Ley se comprometió a publicar los aportes de los integrantes del instituto en una obra especial que, aparte de su difusión tradicional, se hará llegar a un número muy significativo de los destacados asistentes a dicho simposio.

## INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL “SEGUNDO V. LINARES QUINTANA”

Bajo la dirección del académico doctor Alfonso Santiago y la subdirección del académico doctor Gregorio Badeni, las actividades del instituto comenzaron el 19 de abril.

El tercer martes de cada mes se mantuvo como día de reunión, tal como aconteció en años anteriores.

Con anterioridad a la fecha de inicio, y con la finalidad de organizar la tarea anual, se contactó a los miembros del instituto con el propósito de que manifestaran su intención de ser expositor y, en ese caso, que también propusieran el tema a abordar.

En la sesión inaugural, el doctor Pablo Garat disertó sobre “El escenario de la relación fiscal a partir de los fallos San Luis, Santa Fe y Córdoba”, y en la de mayo, el doctor Juan V. Sola, acerca de “Los contratos en la Constitución”.

En junio el doctor Alfredo Vítolo habló sobre “La responsabilidad del Estado por los actos y omisiones de los distintos poderes del mismo en el sistema interamericano de derechos humanos”, y en julio el doctor Emilio Ibarlucía se refirió a “El contenido esencial de los derechos fundamentales”.

En agosto el doctor Daniel Sabsay abordó “El Estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Su posible incorporación en nuestro país”, mientras que en septiembre el doctor Jorge A. Amaya se explayó sobre “Tensiones entre los pronunciamientos de los órganos del Pacto de San José de Costa Rica y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos”.

En octubre el doctor Enrique Zuleta Puceiro trató “La problemática de la evaluación de la calidad de las leyes y regulaciones: una perspectiva constitucional”, y en noviembre el doctor Sergio Díaz Ricci expuso sobre “Control de constitucionalidad local: sentencias con efecto expansivo”.

Todas las exposiciones se caracterizaron por su elevado nivel académico, lo que motivó el interés e incitó a la participación.

Hubo distintos enfoques y opiniones diversas sobre cada tema, pero siempre primando el análisis profundo y medurado y el respeto por la opinión ajena, en un marco de sano pluralismo.

La reunión inicial del año 2017 se convocó para el martes 18 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, que comenzaron en el mes de marzo y se extendieron hasta noviembre. En todas ellas un expositor disertó sobre un tema previamente elegido, al término de lo cual se produjeron interesantes debates entre los asistentes, que en buen número participaron de todas las reuniones del instituto.

A continuación se ofrece un detalle de cada una de sesiones que tuvieron lugar en 2016.

En la sesión del mes de marzo el académico Mariano Gagliardo disertó sobre la “Crisis en la dogmática del contrato”, ocasión en la que sumarió la evolución de la noción de contrato desde las primitivas codificaciones, vinculada a los presupuestos filosóficos del liberalismo, en cuyo marco la voluntad era entendida como sinónimo de libertad y elevada a la categoría de dogma, y por tanto la libertad contractual era considerada como libertad de contraer obligaciones y de determinar el contenido del contrato.

Citó luego a algunos autores que a lo largo del siglo XX han sostenido esos postulados, Giorgi, en su *Teoría de las Obligaciones*, que data del año 1911, o bien en nuestro medio el académico Marco Aurelio Risolía, ex presidente de la corporación, en su tesis doctoral *Soberanía y crisis del contrato*, publicada en el año 1958.

Mencionó entre otras premisas que las normas de los códigos relativas a los contratos tienen un mero carácter dispositivo y que toda limitación a la eficacia jurídica del contrato se considera como una ofensa a la libertad, pues si el libre juego de las fuerzas económicas crea un equilibrio satisfactorio, no es necesario dirigirlo mediante limitaciones o restricciones a la iniciativa privada.

Concluyó su exposición señalando que el Código Civil y Comercial vigente es un código de vida, que impone una nueva realidad jurídica que, entre otros contenidos, trae modalidades contractuales que exigen del jurista de estos tiempos agudizar el ingenio para dar claridad a los preceptos que pudieren resultar oscuros, buscar soluciones armoniosas donde existieren disímiles interpretaciones y proponer postulados coherentes ante lo que pareciere insuperable.

En la sesión de abril, hizo uso de la palabra el doctor Alfredo Rovira sobre “La causa fin y su frustración en el nuevo régimen legal argentino”.

El expositor repasó las cuestiones fundamentales previas relacionadas con la causa para luego pasar al artículo 1090 del Código Civil y Comercial unificado (CCyC) y su alcance.

Señaló que la doctrina nacional ha interpretado que el artículo 1090 refiere a una cuestión en torno a la causa-fin del contrato, al punto que Leiva Fernández propone que se cambie el título del artículo por el de frustración de la causa-fin.

Expuso el doctor Rovira un prolijo resumen de las distintas acepciones que se le ha otorgado en nuestro derecho a la causa, ya sea como causa-fuente, como causa-fin y como causa-motivo.

En la reunión de mayo el doctor Guillermo Cabanellas expuso sobre “La prenda de acciones y el Código Civil y Comercial”, tema que eligió por su interés teórico-jurídico y también práctico.

Señaló que el régimen anterior presentaba fundamentalmente dos problemas, la ejecución de la prenda y el hecho de que normalmente el deudor no perdía injerencia en la administración/gobierno de la sociedad, por lo que la prenda, en cuanto garantía, podía terminar resultando insuficiente por el mal manejo de la sociedad.

Mencionó un artículo de doctrina publicado por el doctor van Thienen en el que se planteaba la necesidad de determinar a qué tipo de prenda se refiere el nuevo Código, acotando que dicha necesidad viene impuesta por la insuficiencia de la previsión de la ley de sociedades (art. 219) para regular la realidad actual.

En tal sentido, comentó que una postura podría encuadrarla como prenda común, con base en el texto del artículo 219 de la ley de sociedades, pero opuso que el régimen de la prenda común está previsto para créditos o bienes tangibles. Tampoco adscribe a la tesis que la conceptúa como prenda de títulos valores porque a su modo de ver la acción de la sociedad anónima no lo es.

En junio disertó el doctor Dante Cracogna sobre “El contrato de arbitraje”, oportunidad en la que resaltó que el CCyC innovó al incorporarlo como contrato.

Acotó que ello debería tender a reducir los costos transaccionales al existir un tratamiento más específico de su problemática y recordó que algunos autores respaldan su conceptualización como contrato (Rivera, Parodi), mientras que otros se manifestaron críticos (Falcón).

La actitud general de la doctrina, agregó, tiende a compatibilizar su existencia con las necesidades del tráfico jurídico.

En la sesión de agosto el doctor Osvaldo Marzorati se refirió a la “Contratación electrónica online y régimen de ciertos contratos comerciales de empresa en la Unión Europea y en el CCyC”.

Tras recordar que la Internet fue inicialmente pensada como una red sin regulaciones estatales, con una comunicación libre, sostuvo que pronto los Estados, por diferentes motivos, empezaron a intervenir con diferente grado de intensidad.

Luego efectuó un paralelo entre las prestaciones de servicios que se realizan en la actualidad por Internet, cuyo rasgo destacado es la instantaneidad,

con las prestaciones de productos, también por Internet, que tienen otros tiempos y complejidades.

También comparó los sistemas de distribución tradicional con la irrupción de las ventas *online*, que modifican las bases de la relación entre el fabricante y el distribuidor. Añadió que ello se concreta luego en la aparición de los *e-tailers*, que son revendedores que compran masivamente al proveedor, para vender luego por fuera de la cadena normal de distribución del proveedor.

Precisó que pronto los distribuidores también empezaron a vender *online*. Todo lo cual escapa al encasillamiento tradicional de ventas activas y ventas pasivas.

En octubre el doctor Ariel A. Dasso trató el tema de “La continuación de la sociedad frente al hecho disolutorio. (La reforma a la ley de sociedades)”.

El expositor empezó por señalar que la sanción del Código Civil y Comercial plantea interrogantes de índole metodológica en la materia societaria en tanto regula la sociedad, y además introduce una nueva normativa sobre las sociedades hasta entonces denominadas irregulares.

En ese contexto abordó el tratamiento de la nueva redacción dada por la ley 26.994 al art. 100 de la ley 19.550, por el cual se incorpora la revocación de las causales de disolución de la sociedad a un texto original que era una norma de índole interpretativa.

Recordó, entonces, que según el nuevo texto las causales de disolución podrán ser removidas por decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad, en resolución que podrá adoptarse antes de cancelarse la inscripción.

Destacó el contraste con el régimen previo, en el que había diferentes caminos de remoción de causales de disolución de acuerdo a cada una de ellas.

En noviembre el doctor Juan Malcolm Dobson se refirió a “La reserva de dominio en la compraventa de bienes muebles en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”.

Comenzó su exposición caracterizando al instituto en análisis en los términos del artículo 1344 del Proyecto de Unificación de la Comisión del año 1987 y seguidamente expuso las diversas variantes del citado pacto de reserva de dominio en el derecho alemán.

Destacó que para lograr un adecuado funcionamiento de la reserva de dominio en el derecho argentino es necesario articular tres diferentes instituciones jurídicas: (1) la transferencia del dominio de las cosas muebles (tradicción), (2) el pacto comisorio y (3) el dominio revocable.

Señaló los caracteres del derecho alemán, francés, inglés y brasileño, destacando que en todas ellas la reserva de dominio importa una condición suspensiva de la venta y no una condición resolutoria.

Todas las disertaciones suscitaron amplios debates en el marco de análisis profundos, en un contexto de pluralismo de ideas.

Las actividades del instituto comenzarán en 2017 el jueves 16 de marzo.

## INSTITUTO DE DERECHO PENAL

En la sesión privada del 14 de abril, la Academia aprobó la creación de un Instituto de Derecho Penal, en reemplazo de la hasta entonces Sección de Derecho Penal del Instituto de Derecho Constitucional, bajo la dirección del académico Siro M. A. de Martini.

El instituto se reunió todos los primeros martes de mes, desde abril hasta diciembre. El objetivo principal de las reuniones fue el análisis y discusión de algunos de los principales temas jurídico penales que se debaten en nuestro país.

La reunión de abril fue dedicada a los proyectos de ley del Poder Ejecutivo Nacional relativos a la reforma de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal, la unificación de los fueros de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, fortalecimiento de la Justicia Federal e incorporación del Tribunal de Juicio Unipersonal.

Luego de una importante presentación efectuada por el actual Director Nacional de Política Criminal y miembro del instituto, doctor Carlos González Guerra, se suscitó un amplio debate, a lo que siguió una serie de trabajos sobre diversas cuestiones involucradas, realizados por los doctores Lucas Lennon, Alejandro Freeland, Juan María Rodríguez Estévez, Alejandro Becerra y Mario Laporta.

Con la posterior intervención de su director, el instituto elaboró un dictamen con el nombre de “Tres proyectos de ley integrantes del Plan de Justicia 2020”, que fue autorizado por la Academia en la sesión privada del 12 de mayo.

Ese mes, el doctor Marco Antonio Terragni presentó una comunicación sobre “Delitos y contravenciones. Distribución de atribuciones entre el Estado nacional y los Estados locales”.

Los meses de junio y julio dieron lugar, a partir de múltiples análisis del especialista doctor Juan María Rodríguez Estévez, a arduas discusiones sobre el proyecto de ley vinculado con la responsabilidad penal de las personas jurídicas frente a los delitos contra la administración pública.

En agosto el secretario del instituto, doctor Mario Laporta, efectuó una exposición del llamado principio de oportunidad (que contiene la nueva legislación procesal penal). El tema dio lugar a posiciones contrapuestas y, consiguientemente, a la presentación de trabajos o comentarios que serán publicados junto con la comunicación del disertante.

En esta reunión se incorporaron los nuevos miembros del instituto, doctores Javier Anzoátegui, Luis Rizzi, Félix Adolfo Lamas (h.), Ignacio Rodríguez Varela, Alejandro Noceti Achával, Eduardo Javier Riggi y Jorge Rassó.

Los doctores Carlos González Guerra y Juan María Rodríguez Estévez tuvieron a su cargo, en el mes de septiembre, el trazado de un cuadro de situación acerca de los principales puntos de la reforma procesal penal con estado parlamentario.

El doctor Eduardo J. Riggi analizó al mes siguiente la realidad del funcionamiento de la Justicia Nacional Penal, mientras que en noviembre el doctor Alejandro Freeland se refirió al tema actual y complejo de las pautas reales, deseables y posibles para el dictado de la prisión preventiva.

El año concluyó con un importante análisis realizado por el doctor Santiago Ottaviano relativo a “La atribución de autoría en las causas penales seguidas contra militares y civiles por la represión de las guerrillas en la Argentina de los años 70”.

Todos estos trabajos, al que se agregará un destacado aporte realizado por el doctor Roberto Durrieu sobre “La detención domiciliaria y la edad”, serán reunidos para su publicación.

## INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Enrique M. Falcón, el instituto trabajó en la confección de un “Modelo normativo sobre el amparo”, con la idea de proporcionar elementos jurídicos que puedan ser útiles a la sociedad.



Su redacción se finalizó en el mes de julio y se elevó a consideración del plenario académico que, en la sesión privada del 11 de agosto, resolvió que el trabajo se publique como una obra del instituto.

Durante el año al que se refiere esta Memoria, el integrante del instituto doctor Roland Arazi recibió el Konex de Platino a las 100 personalidades más destacadas de la última década de las Humanidades Argentinas (2006-2015).

El integrante del instituto doctor Eduardo Oteiza fue distinguido por la Accademia delle Scienze di Bologna, Italia, que le otorgó el premio Enrico Redenti 2016, junto con el profesor Lois Cadiet, como maestros del derecho procesal.

El integrante del instituto doctor José María Salgado fue distinguido por el Jurado de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, que en la primera edición del Premio Cappelletti le otorgó el premio Mauro Cappelletti 2015 al mejor libro de derecho procesal por su libro *Tutela Individual Homogénea*, compartido con el profesor italiano Carlos Rasia por su libro *Tutela Giudiziale Europea e Arbitrato*.

El instituto trabaja ahora en una iniciativa similar sobre el hábeas corpus y prepara una tarea para establecer relaciones entre el derecho y la ciencia en sus distintos niveles.

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

Bajo la dirección del académico doctor Daniel Funes de Rioja, el instituto realizó, entre los meses de abril y noviembre, ocho reuniones, las que se llevaron a cabo el segundo martes de cada mes.

En dichas reuniones los miembros del instituto, cuyos nombres se detallan a continuación, expusieron y debatieron los siguientes temas, vinculados al nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCC).

La doctora Noemí Rial disertó sobre el tema “Relaciones colectivas supranacionales” en la sesión del mes de marzo.

En abril la doctora Silvia Pinto abordó el tema “Contrato de agencia”, junto con el doctor José María Podestá.

En mayo expuso el doctor Marcelo Aquino sobre el tema “Los Comités Mixtos de Salud y Seguridad en el Trabajo creados por ley en las provincias de Santa Fe y Buenos Aires. La responsabilidad de sus integrantes a la luz de la función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”.

En la reunión del mes de junio el instituto consideró la actividad a desarrollar en la segunda parte del año y cuestiones vinculadas a su integración.

En la reunión del mes de agosto disertó el doctor Héctor Omar García sobre el caso “Orellano”, mientras que en el encuentro del mes de septiembre se analizaron los temas del próximo libro a editarse en el año 2018. Además, se volvió sobre el caso “Orellano”.

En la reunión del mes de octubre disertó el doctor Eduardo Álvarez sobre el caso “Orellano”, mientras que en la sesión de clausura, desarrollada en noviembre, disertó el doctor Carlos Aldao Zapiola sobre “Pasado, presente y futuro del trabajo y de la normativa laboral. Principales objetivos y desafíos en el marco del Bicentenario de nuestro país”.

A todo lo expuesto se suma la publicación del libro *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales*, elaborado por integrantes del instituto bajo la dirección del académico Funes de Rioja.

## INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

Bajo la dirección del académico doctor Horacio A. García Belsunce, las reuniones comenzaron en el mes de mayo, cuando se fijaron las pautas y temas de interés a desarrollar a lo largo del período académico 2016, durante el cual, en reuniones realizadas cada mes, se abordaron temas de la materia.

En la última reunión del año se comenzó a preparar la temática prevista para el año 2017.

IV

XXI REUNIÓN CONJUNTA DE  
LAS ACADEMIAS NACIONALES DE  
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES



# PALABRAS DE CLAUSURA

POR JORGE REINALDO VANOSSI (\*)

I. Si de remotos orígenes se trata, es en Grecia en el siglo IV a.C. (año 387) que Platón reúne a los buscadores de la “verdad” para platicar en una propiedad de “Akademos”, y de allí proviene el nombre de la institución; que más tarde cambiaría de escenario en Alejandría, para esfumarse a través de los tiempos (Anales, 2001, Bs. As., Comunicación de H. García Belsunce; Miguel S. Marienhoff en su obra *Las Academias Nacionales*, año 1985).

Más atrás que la generosa cesión del jardín que les facilitó el bondadoso griego Akademos a Platón y sus amigos, me despierta curiosidad histórica el pensar que en el mundo oriental más lejano —y hasta en tiempos remotos— no se haya practicado la reunión colectiva de pensadores o discursadores que ejercitaran el hábito del diálogo en procura de la verdad o en el afán de desentrañar los misterios de la vida. ¿No habrán existido otros núcleos de afines que desarrollaran el análisis y la crítica en lontananzas indúes, chinas o japonesas, por no mencionar más culturas de la edad antigua?

Para irnos de un extremo al otro, podemos traer a colación lo señalado por el destacado Gabriel de Broglie, del Instituto de Francia y canciller de la Academia de París que en su visita a Buenos Aires en el año 2008 disertó sobre “¿Qué es una Academia en el siglo XXI?” (Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires), señalando que la transformación más importante de los últimos años ha sido el “mecenazgo”, lanzando concursos, premios, becas y ayudas, merced a que reciben “en todo tiempo” legados, donaciones, colecciones, etc., en una suerte de “mecenazgo por fundaciones” (sic).

II. Pero hasta la data del surgimiento de las academias contemporáneas suscita suspicacias la primatura de fechas. Valga recordar que los franceses se atribuyen la creación de la “Academie Française” por obra

---

(\*) Disertación pronunciada por el académico presidente, en la XXI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 6 y 7 de octubre de 2016.

de Richelieu en 1636; los italianos sitúan en pocos años antes la fundación de la “Accademia Nazionale dei Lincei” en Roma, 1603; los ingleses hacen lo propio con el nacimiento de la “Royal Society” por ordenanza del año 1662; y así podríamos seguir con más países europeos con fechas ulteriores. Y como señala José Domingo Ray al recordar la Academia de Ciencias Morales y Políticas que forma parte de la academia francesa, allí están situadas en una de sus secciones las disciplinas propiamente jurídicas (Anales, 1997).

En nuestro país, luego de sesudas investigaciones de Víctor Tau Anzoategui, la conclusión acerca de la real constitución de la Academia Porteña de Derecho es el año 1908, siendo su primer presidente el Dr. Manuel Obarrio; y pocos años después, en 1941, la oficialización de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba; capital ésta por distinguirse como “la docta” pues aquí nació la primera universidad en nuestro suelo patrio actual, a cargo de los jesuitas (tan injustamente despojados por el brutal antojo del rey) y, asimismo, Sarmiento —por ley del Congreso— instaló la primera “Academia Nacional de Ciencias” que ya entonces contaba con los más prestigiosos científicos (año 1873).

**III.** Von Kirchmann en *La jurisprudencia no es ciencia* afirmaba —no obstante su temerario juicio— que un pueblo podría vivir sin ciencia jurídica pero no sin derecho. Pero no se contentaba con esa afirmación, pues añadiría en una famosa frase muy manida, que “tres palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir una biblioteca en basura” (sic).

Y como si todo lo dicho fuera poco, remataba su condena con el *dictum* de que todas las “ciencias” en cuanto tales son “naturales”; de donde deducía que “la jurisprudencia no es una ciencia natural” y por consiguiente “no es una ciencia”.

Lejos estamos hoy de subestimar el valor del derecho en la complejidad de sus dimensiones y facetas por cuanto no caben ya las dudas en torno a que se trata del instrumento básico y fundamental para la lucha por la justicia, por más difícil o errática que pueda parecer ésta a los ojos de quienes asumen el riesgo de su ponderación en los casos concretos y en la difícil práctica de su evaluación. Los avances científicos producidos en torno al derecho —ya sea concebido éste como producto positivista o abrazando su relación con la lógica y la filosofía— están indicando que se trata de un objeto de estudio que pertenece a las “ciencias duras”, toda vez que la “dureza” está en el rigor de su encaramiento, como acontece con cualquier otra manifestación científica que por su metodología al abordarla responda al conocimiento más exacto y razonado de sus formas y contenidos, sin prescindir de los valores.

De más está decir que para nuestra convicción quedan superadas las exageraciones peyorativas que enunciara Von Kirchmann en su momento y que están desmentidas por la realidad.

Valga como ejemplo lo afirmado en nuestro medio jurídico por el profesor Jorge Aja Espil, en el discurso de su incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, cuando remarcaba la distinción entre “técnica”, “ciencia” y “filosofía,” para subrayar que en el ámbito del derecho la técnica consiste en la interpretación de la norma legal que requiere el caso (jurisprudencia del caso); mientras que la ciencia requiere el conocimiento del derecho con un fin técnico, despreocupado del caso concreto (jurisprudencia conceptual) habida cuenta de que lo científico procura formular “un sistema de conceptos, asegurando el orden y la sistemática”; y por último, la filosofía del derecho es “nada más y nada menos que el criterio valorativo de la experiencia jurídica” (Anales, 1996, Bs. As.)

**IV.** Injusto parece que mientras la Constitución Nacional, reformada en 1994, en su art. 114 referido al “Consejo de la Magistratura”, incluya en la integración de este nuevo órgano auxiliar del Poder Judicial, una composición sectorial que suma “a otras personas del ámbito académico y científico”: sin embargo, en ninguna de las leyes dictadas por el Congreso Nacional para definir la distribución de sus miembros se ha tomado en cuenta a los académicos de derecho, siendo que nuestro país cuenta con dos academias nacionales de notorio prestigio por la calidad de sus miembros y la magnitud de sus actividades. Más aún, es lamentable que la nominación de los miembros del sector “académico” se lleve a cabo en una puja electoral, por lo general politizada y con connotaciones partidarias. El único intento para cambiar ese estado de cosas tuvo lugar en el año 2002, a través de un proyecto de ley del PEN —en nuestra gestión ministerial— y que nunca fue considerado por el Senado.

Aunque luzca como una redundancia, no es impropio reafirmar y reafirmar que las academias nacionales son precisamente —tal cual la denominación lo indica— “nacionales”, como también existen y funcionan institutos nacionales (el Belgraniano, el Sanmartiniano y otros más) que cuentan con creación legal y funcionamiento reconocidos por el Estado nacional argentino; quedando reservada la condición y nombre de “nacional” para el Estado, sin perjuicio de la existencia de otras entidades que pueden incluir en su denominación el carácter de “argentinas” (así, por ejemplo, hay una Academia Argentina de la Historia, de origen privado y no estatal, que no tiene el estatus de la Academia Nacional de la Historia).

Estas consideraciones nos llevan a pensar en el serio trabajo que elaborara Miguel Marienhoff alrededor de la naturaleza jurídica de las academias

nacionales. El eminente administrativista arribó a la conclusión de situar a estas entidades estatales como “personas jurídicas de derecho público no estatales”, siguiendo para ello a un aporte formulado por un jurista francés de comienzos del siglo XX, clasificando las personas jurídicas de acuerdo a su índole específica por encima de las localizaciones que fijaran los Códigos Civiles al referirse a cada especie dentro del género de las personas jurídicas. La doctrina del autor francés (se trata de León Michoud) fue enunciada en 1905 en su obra *La théorie de la personnalité morale*; aunque el propio Mariehoff reconoce que esa tipificación no prosperó ni se profundizó, no obstante que podía ser útil para distinguir entre las personas jurídicas que no eran exclusivamente privadas ni típicamente públicas sino de un tipo intermedio, en tanto y en cuanto “no toda persona jurídica pública era persona estatal” (tesitura ésta que solamente compartieran algunos autores uruguayos (1)).

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (año 2015) hay que remitir a los artículos 145 a 148, que a partir del primero de ellos declara que las personas jurídicas son *públicas* o *privadas*. Las academias nacionales no están incluidas en ninguna de las dos enumeraciones, aunque el art. 147 dispone que las “públicas” están regidas “por las leyes y ordenamientos de su constitución” (sic). Tampoco parece ser el caso de las “Asociaciones Civiles” (arts. 168 a 186). Entonces: ¿cómo se sale del limbo? La duda es mayor si se toma nota que el decreto N° 4362 del Poder Ejecutivo (del 30 de noviembre de 1955 vigente y ratificado por el Congreso Nacional mediante la ley 14.467 del año 1958) establece en su art. 2 que las academias nacionales “son asociaciones civiles y deben tener la correspondiente personalidad jurídica”, dándose “sus propios estatutos y reglamentos bajo las normas del derecho común” (o sea, del Código Civil). Tan es así que la Inspección General de Justicia (IGJ), que está en la órbita del Ministerio de Justicia, ejerce sobre las academias nacionales los controles correspondientes, y otro tanto ocurre con el personal administrativo.

## V. Conclusiones

Mi impresión es la siguiente. Por el decreto del presidente José Figueroa Alcorta (año 1906) que “separa” a las academias de los consejos directivos de las facultades de las universidades; y el decreto del presidente Marcelo T. de Alvear del 19 de noviembre de 1923 que declaró “*autónomas* a las academias”, se muestra con claridad que el objetivo fue:

---

(1) Conf., MARIENHOFF, ob. cit., págs. 35 a 42 (Anales 1985, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires) y SAYAGUES LASO en el Uruguay.



a) *Separar* las academias del complejo de facultades que componían la Universidad.

b) Asegurar la *independencia* de cada academia nacional.

c) Garantizar su *autonomía* y autocefalía, incluyendo el respeto a la elección de sus miembros.

d) Recibir el sustento del *erario público* con el que el Estado asegure su normal funcionamiento.

En consecuencia, las academias son “nacionales” en cuanto es obvia su pertenencia a la órbita estatal (decretos de 1943 y 1944 que reservaron para el Estado las expresiones “oficial” y “nacional”). Gozan de plena *libertad* académica en las respectivas áreas del conocimiento, la investigación y la libertad de expresión y de comunicación. ¡Eso es lo que realmente importa! No obstante, los “estatutos” de algunas academias hacen mención expresa de su condición de “personas jurídicas públicas no estatales” (v. gr., la academia porteña y la cordobesa), lo que importa la inserción de un *híbrido*. Pero no debemos exagerar nuestra preocupación en lo que hace a la naturaleza jurídica de nuestras corporaciones, pues ya sea un limbo o se trate de un *híbrido*, en cualquier caso las ventajas inclinan la balanza a favor del *commodum* y no de *periculum*.

Recordemos que el decreto del ministro Atilio Dell’Oro Maini N° 4362 decía en sus fundamentos: “Que las Academias existentes en el país hasta 1952 funcionaban dentro de un régimen heterogéneo, según el origen de cada una, oficial o privado; con apoyo financiero del Estado algunas y otras sin él; que, por otra parte, no se ha dictado nunca una ley general relativa a las academias que diera las normas a que se ha de ajustar la obra de fomento y apoyo del Estado a su respecto”. ¿Qué quiso significar? Que en 1952 las academias habían pasado a un “sueño” impuesto por el decreto que reglamentara la reorganización de estas corporaciones como lo dispuso una ley del año 1950, número 14.007; no obstante la paradoja de que la Constitución de 1949 las había constitucionalizado en el acápite de los derechos culturales.

**VI.** Finalmente, no escapará nunca a nuestra creencia que la relación entre el derecho y la justicia no es ajena a nuestras academias. Me basta con el recuerdo de Hans Kelsen en su clase de despedida en Berkeley, en 1952; cuando dijo el maestro: “No puedo decir qué es la Justicia, la Justicia *absoluta* que la humanidad ansía alcanzar. Debo conformarme con la justicia *relativa*, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede progresar

la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”.

Si la consigna es bregar, pues en eso estamos. ◆

# INDEPENDENCIA Y ORDEN JURÍDICO EN TIEMPOS DEL CONGRESO DE TUCUMÁN

POR VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI (\*)

El bicentenario de la Declaración de la Independencia es ocasión oportuna para hacer una nueva mirada historiográfica sobre un período de nuestro pasado enaltecido por los acontecimientos que se sucedieron y que se encargaron de marcar de manera indeleble los comienzos de la vida de la nueva nación.

Es bien sabido que la convocatoria del Congreso General Constituyente de las provincias rioplatenses creó una gran expectativa y “esperanza de los Pueblos” de alcanzar lo que ya desde 1813 se vislumbraban como metas principales: la Independencia y la Constitución. Eran estos dos vocablos los que por entonces reunían esos objetivos heredados de la anterior Asamblea Constituyente, en cuyo seno no pudieron llevarse a cabo de modo contundente y formal.

Los dos vocablos acompañaron toda la labor del Congreso que, inaugurado en la ciudad de San Miguel de Tucumán el 24 de marzo de 1816, continuó luego sesionando en Buenos Aires desde 1817 hasta 1820, por un lapso total de cuatro años. Sin embargo, el nombre que ha pasado a la historia ha sido el de Congreso de Tucumán, por haberse realizado allí el 9 de julio el acto más trascendental que vino a coronar el proceso iniciado en mayo de 1810. Fue esa una decisión adoptada con enorme coraje, cuando la situación política y militar de las Provincias Unidas del Río de La Plata y el contexto internacional no parecían favorables a tan fuerte determinación.

Formalizada la Independencia, jurada por los pueblos y comunicada a las demás naciones con los fundamentos expresados en un *Manifiesto* cuidadosamente estudiado, el objetivo principal del Congreso fue desde entonces y hasta el fin de su existencia la elaboración y sanción de

---

(\*) Disertación pronunciada por el académico, en la XXI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 6 y 7 de octubre de 2016.

la Constitución. Se trataba de una materia controvertida, pues se debía plasmar en ella una organización política interior que aún no estaba definida y que se encontraba jaqueada por un clima ideológico y político cambiante que afectaba a la tambaleante monarquía española y a otros tronos europeos. La forma de gobierno, el establecimiento de los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales, el régimen electoral, el gobierno local, las milicias, el orden legislativo general fueron algunas de las cuestiones que más preocupaban a los representantes de las provincias. Un debate que trascendió las jornadas de labor y se reflejó en el periodismo fue sobre si esas normas constitucionales debían tener carácter provisional o permanente.

Así, a lo largo de esos años, el Congreso trabajó en tres tentativas de ordenamiento: la primera fue la modificación del Estatuto Provisorio de 1815, un legado de la Junta de Observación de Buenos Aires que lo había sancionado; luego se produjo la elaboración del Reglamento Provisorio de 1817 que, aunque siguió los anteriores modelos, dio motivo a prolongados estudios y debates, con importantes modificaciones; y por último, la Constitución de 1819, meta final de esa labor constituyente.

Aunque los dos últimos intentos alcanzaron la sanción del Congreso, fue el Reglamento de 1817 el más exitoso, si tenemos en cuenta que su aplicación se extendió en el tiempo y fue admitida en el mismo orden interno de las provincias mientras no hubo una Constitución nacional formal. Al fin parece haber triunfado, al menos parcialmente, la tesis de "la provisionalidad", lo que en realidad no se alejaba de los principios de la antigua cultura jurídica y permitía coexistir con ella.

Estas etapas del proceso desenvuelto dentro del Congreso fueron acompañadas de un incesante deseo de los diputados y de la opinión pública, expresada principalmente en el periodismo, de que se alcanzara la ansiada Constitución. Pero al mismo tiempo, los diputados expresaban su preocupación porque debían distraer la atención de las estrictas cuestiones constitucionales para ocuparse de variados y, a veces, enojosos y controvertidos casos particulares que se le presentaban para solucionar y que no podían rehuir de examinar ya que era el único órgano legislativo representativo de las Provincias Unidas con plenas facultades en la materia. En algunas actas del Congreso aparece en todo su dramatismo esa pugna entre programar las reglas fundamentales del nuevo Estado o atender aquellas necesidades y querellas cotidianas.

La Constitución general era más un reclamo político e ideológico que jurídico y acompañó desde un principio la formación de los nuevos Estados. Era entonces una idea nueva que con fuerza se difundió en el agitado

clima político y jurídico de esos años en Europa y América, bajo distintos modelos. La cultura jurídica del *ius commune* no conocía un documento escrito de tales características ni sentía la necesidad de su existencia.

La monarquía española, en sus tiempos de esplendor, no había producido un texto uniforme y supremo para organizar sus múltiples territorios en Europa, América y Asia; y tampoco lo había hecho en épocas más recientes, el Imperio británico. En ningún cuerpo legal estaban asentadas por escrito las reglas que regían ese enorme aparato político en sus más altos niveles. Principios, preceptos y consejos abundaban en las partidas y en una literatura política, jurídica y moral que reflejaba la creencia en un arte casuista de la política y del derecho. Por ejemplo, para la monarquía española —como para la portuguesa y tal vez también para la británica— hubiese sido imposible definir en el papel una condición política general o particular de los territorios que agrupaba y de igual manera el grado de relación entre los distintos niveles de poderes. Todo ello hubiese embarazado su accionar flexible y variado ante las distintas situaciones que se presentaban. La doctrina política apoyaba este estilo de proceder. De igual modo estaba también impedida de dar normas absolutas y uniformes sobre la condición de las personas, las corporaciones y las ciudades que componían un variado y heterogéneo conjunto propio de las sociedades antiguas.

La concepción casuista dominaba ese mundo de poderes, nunca definido para siempre, necesariamente sujeto a las decisiones que aconsejaban los tiempos, las situaciones y los casos. Muy lejos estaba todo ello de los caracteres más peculiares del constitucionalismo contemporáneo, en sus concepciones rectoras y en sus preceptos particulares, que marcaban la imposición de un criterio racionalista y uniforme en el orden de la sociedad civil.

Para las nuevas ideas, provenientes del mundo cultural de la Ilustración, difundidas en el Río de la Plata por lecturas de autores europeos y americanos y por nuestros escritores en la prensa desde los comienzos de la Revolución, la Constitución aparecía como paradigma del cambio político, que debían adoptar tanto las antiguas monarquías como las nuevas repúblicas. Mariano Moreno y Gregorio Funes la reclamaban en 1810 con excitada pluma como una imperiosa necesidad para fijar las bases del nuevo Estado y limitar el absolutismo regio.

Con los años, el pensamiento fue mostrando la complejidad que encerraba la cuestión. Así, hacia la época en que se trabajaba con aquel objetivo en el Congreso de Tucumán, sobrevolaban en la prensa un sinfín de ideas y un cruce de pensamientos, provenientes de la Ilustración. Había

una apetencia de nuevas lecturas europeas y de encontrar en las mismas la inspiración para resolver los graves problemas constitutivos que aquejaban a la que empezaba a delinarse como una nueva entidad política.

No se trataba de pensar sólo en abstracto en Independencia y Constitución, sino también en los “fundamentos antiguos”, en los cimientos del secular edificio de la monarquía en franca declinación. Mientras el discurso político más radical exigía la inmediata demolición del antiguo orden legislativo y su reemplazo por códigos racionales y sistemáticos, modernos y sencillos, donde se condensa todo el derecho, el pragmatismo de los juristas admitía una vigencia condicionada de aquel orden, hasta que llegaran los tiempos propicios para la reforma legislativa.

El mundo jurídico aparecía así convulsionado por unas propuestas de cambios radicales que lo alteraban desde su misma fuente política hasta sus distintos órdenes normativos. No se trataba sólo de una cuestión de preceptos, sino de un cambio de mentalidad. Constituciones y códigos —dos antiguos vocablos con nueva acepción y fuerza sistemática— sintetizaban el ideal y las nuevas exigencias.

La historiografía sobre el Congreso de Tucumán ha puesto atención preferente en la Constitución, que parecía ser la meta a alcanzar por entonces. Pero no ha profundizado en lo que hace al orden legislativo existente, o aún más, a la cultura jurídica dominante, asuntos, sin embargo, que merecieron la atención de los principales juristas de la época y, desde luego, formaron parte del quehacer constituyente del Congreso.

El discurso político de la primera época revolucionaria no sólo exaltó a la Constitución —que como vimos era una pieza faltante en el armado jurídico del antiguo gobierno—, sino que fue mucho más allá en su prédica al sostener y exigir la derogación de las leyes hasta entonces existentes y su reemplazo por otras nuevas. Algunas propuestas que encontramos documentadas son verdaderamente asombrosas y pueden citarse como ejemplo de ese extremo del arco ideológico. Así ocurre con un proyecto de Constitución provisoria que dio a conocer, hace unas décadas, el historiador uruguayo Edmundo Narancio. Datado en 1811 se disponía en dicho proyecto: “Las leyes de Indias, dadas a las colonias en tiempo que lo eran, quedan sin efecto, por haber mudado de condición los Pueblos Americanos. Estas y las de Castilla como emanadas de la usurpación, que hicieron los Reyes a la Nación, de quien es privativo el soberano poder legislativo, quedan del todo abolidas, y sólo tendrán lugar en cuanto sean conformes al derecho natural y de las gentes, al modo que decimos de la Instituta, y Derecho de los Romanos. Pero por cuanto es necesario un breve cuerpo legislativo, se nombrarán tres o cuatro letrados los más impuestos en el

Derecho natural y de gentes que redacten las leyes y formen un breve y sencillo Código. Concluido el código, votado y admitido por la voluntad general de los pueblos, tendrá entonces y no de otro modo vigor y fuerza de ley". En este mismo artículo se había insertado este sorprendente precepto, luego testado: "en lo criminal tendrán presente dichos Letrados la legislación inglesa, por parecer lo más conforme a la libertad y seguridad de los ciudadanos".

Junto a este modelo se pueden ubicar expresiones críticas conocidas de Mariano Moreno y Bernardo Monteagudo del primer momento revolucionario, o de Pedro José Agrelo de algunos años más tarde, coincidentes en condenar a su desaparición al orden legislativo existente. Aun cuando los más severos críticos consentían en que se mantuvieran las leyes que fueran conformes al derecho natural y de gentes o al derecho romano, no resultaba en la práctica fácil de determinar esa concordancia.

La mayoría de los juristas no se dejaron llevar por posturas extremas que pudiesen conducir a un "vacío legislativo" de consecuencias impredecibles. Pasos sucesivos condujeron así de una fase crítica a otra más madura en la constitución del orden jurídico sobre el cual debía asentarse la nueva entidad política que surgía como Provincias Unidas del Río de la Plata, primero, y más tarde como Provincias Unidas en Sud-América, expresión esta última que asoma en el acta declaratoria de la Independencia, se afirma en el Manifiesto a las Naciones de 1817 y alcanza su configuración política en el Reglamento Provisorio de 1817 y en la Constitución de 1819.

El Reglamento de 1817, producto nacido de esa tesis de la provisionalidad, tuvo larga vigencia. La Constitución de 1819, antes que poner fin a su existencia, estableció su continuidad en las materias que no la contradecían. En las décadas siguientes, hasta más allá de 1853, fue invocado reiteradamente en la vida jurídica de las provincias. La idea de la continuidad de la antigua legislación, con limitaciones expresas, quedó incorporada en constituciones y reglamentos que se fueron dictando en esas jurisdicciones. Así quedó establecido un régimen jurídico en donde junto a esos textos constitucionales locales coexistía un orden legislativo proveniente del antiguo derecho castellano-indiano, reformado y retocado sólo en algunas materias concretas.

De tal modo, puede concluirse que la postura adoptada por el Congreso de Tucumán tuvo la virtud de consolidar la observancia de unos cuerpos legislativos antiguos envueltos dentro de doctrinas y prácticas —con los que operaban los juristas y jueces—, hasta que llegasen los tiempos adecuados para proceder a esa reforma que la modernidad parecía exigir por todas partes, bajo la luz del ideal codificador. ♦





# CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI (\*)

## 1. Preliminar

Se ha dicho que la responsabilidad del Estado y la protección jurisdiccional de los administrados para defender sus derechos ante la actuación irregular de la Administración son los dos temas más importantes de nuestra disciplina y, tal vez, los que han motivados mayores debates doctrinales, que en nuestro país, paradójicamente, se desarrollaron dentro del ámbito académico, porque, salvo algunos casos excepcionales y con distintos fundamentos —no siempre acertados— desde hace poco menos de un siglo esos debates no se trasladaron a la solución de los pleitos. En efecto, el Estado ha sido declarado por la Justicia responsable por los perjuicios diferenciales que ocasiona, y es aceptado por todos que en el sistema constitucional argentino la revisión jurisdiccional de la actividad administrativa les corresponde a los jueces. Parecería que existe en estos temas cierta falta de uniformidad en el lenguaje, porque si bien no hay uniformidad en los argumentos, los hechos muestran una aceptable coincidencia en los resultados. Nos referimos a la responsabilidad extracontractual, porque el Estado siempre ha sido declarado responsable por las obligaciones contractuales.

Como la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos de sus agentes es un tema que originariamente no estaba legislado en forma general y su reconocimiento fue obra de las jurisprudencia, interesa que nos detengamos para analizar, aunque sea brevemente, cuál fue la evolución que experimentó, hasta culminar con el dictado de la ley 26.944 que la regula específicamente.

En la primera época, la cuestión fue resuelta por las normas que regían en el Código Civil, según las ideas que imperaban en ese momento. Como

---

(\*) Disertación pronunciada por el académico, en la XXI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 6 y 7 de octubre de 2016.

lo señaló Bielsa entonces, dicho código no estableció la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos de sus agentes, sino la personal del funcionario. Es lo que resultaba de los arts. 43 y 1112 del Código Civil, cuya redacción no dejaba lugar a dudas. Esta era la solución legal, pero no siempre la solución justa, porque como lo señaló también este autor (1), constituía una anomalía que no exista una ley que haga responsable al Estado cuando provoca un daño diferencial a un particular, y regule el resarcimiento, sus requisitos, alcance, etc.

Algunas normas establecieron expresamente el derecho del damnificado a ser resarcido por el Estado, como fueron las leyes 3959 y 5770, al disponer como garantía legal la indemnización. Esta circunstancia reforzó la idea de que para que proceda el resarcimiento es preciso que lo establezca una ley de manera expresa.

En este tema corresponde señalar la diferencia que existe entre la indemnización basada en una *garantía legal* y el resarcimiento que se funda

---

(1) Erróneamente algunos sostienen que Bielsa era contrario a reconocer el deber de indemnizar que tiene el Estado cuando causa un perjuicio diferencial a un administrado. Por eso, no obstante la claridad con que se expresó, consideramos útil señalar varios párrafos de su obra *Derecho Administrativo* que sirven para poner en relieve el pensamiento autor. Dice Bielsa: 1) La jurisprudencia que admitió la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos de sus agentes, estuvo *“inspirada en el loable propósito de no dejar sin reparación al que sufre un daño por obra de agentes del Estado”*, pero se impone el examen crítico del régimen legal en vigor al cual deben subordinarse los jueces; 2) *“Somos los primeros en reconocer la anomalía que implica la falta de la ley que haga responsable al Estado en los casos en que por principios de justicia y de política jurídica debiera serlo*. Pero eso no autoriza a sustituir por mera comodidad un precepto legal expreso (el art. 1112 del Cód. Civil) por otro inaplicable; 3) *“Una cosa es combatir un principio o la ley que lo admite, y otra es criticar las decisiones que se fundan en la ley, que es obligatoria para el magistrado”*; el Estado debe indemnizar *“cuando se trata de hechos y actos legítimos, pero que dañan al administrado injustamente”*... “ante situaciones como éstas *se justifica la garantía legal del Estado, es decir, la obligación de indemnizar*; 4) “En lo que estamos de acuerdo todos, o casi todos, es en que *el Estado debe reparar el daño causado si éste afecta en manera diferencial al damnificado*. Pero no será entonces —como lo hemos dicho siempre— a título de responsable (pues la responsabilidad presupone *imputabilidad*), sino de *garantía legal*, y para esto es preciso que la ley así lo establezca, como *obligación de indemnizar”*; 5) “Ante la inercia legislativa se recurre a los jueces pero éstos, a falta de ley aplicable, *pueden fundarse en principios de la Constitución”*; 6) “Lo que ocurre es que el legislador solamente ha sancionado algunas leyes especiales, y en aquellos casos que ellas no comprenden, *el damnificado se queda sin indemnización*; y entonces ha parecido conveniente hacer al Estado responsable, aun a falta de ley”; 7) “El jurista debe señalar las lagunas legislativas y criticar las leyes defectuosas y los fallos erróneos, no puede nunca justificar la sustitución del legislador por el juez. No es éste, en el ordenamiento positivo actual, quien debe suplir la falta de normas. Esa función pretoriana puede realizarla un tribunal u órgano del propio poder, como el Consejo de Estado francés, que no tiene que invocar necesariamente leyes en qué fundarse, como lo prueba su doctrina jurisprudencial de imprevisión en los contratos de concesión; en la responsabilidad del Estado; en la teoría del recurso de exceso de poder y del recurso paralelo, y así en otras materias”.

en la idea de *responsabilidad*, que en la mayoría de los casos presupone la existencia de culpa.

En 1933 la Corte Suprema de Justicia resolvió el caso “Tomás Devoto”, con lo cual modificó su jurisprudencia anterior y comenzó a aplicar al Estado la responsabilidad indirecta regida por el art. 1113 del Cód. Civil, considerando sus agentes como dependientes de una entidad. La crítica de Bielsa a esta jurisprudencia —expresada en varias obras y publicaciones— (2) es incuestionable desde el punto de vista jurídico, como materia propia de un jurista, “que debe señalar las lagunas legislativas y criticar las leyes defectuosas y los fallos erróneos” pero “nunca justificar la sustitución del legislador por el juez”. En otras palabras, los jueces no pueden hacerle decir a la ley lo que la ley no dice.

En un país donde lo que abundan son las leyes, muchas de ellas inútiles, en vez de forzar una interpretación jurisprudencial antijurídica, lo que correspondía era dictar una ley que asegure el resarcimiento de quienes deben soportar un perjuicio diferencial por el obrar del Estado, tanto ilícito cuanto lícito, así como también por sus omisiones.

La prueba más elocuente del acierto de esta crítica está en la reforma del art. 43 del Cód. Civil por la ley 17.771 —*hecha* 1966— que pasó a disponer todo lo contrario de lo que establecía antes, pues de la irresponsabilidad de los administradores o directores de las personas jurídicas se pasó a consagrar su responsabilidad y también la de los dependientes. Si las cosas hubiesen sido tan claras como lo afirmaban quienes sostenían la responsabilidad indirecta del Estado basándose en el Código Civil, no habría tenido razón de ser la reforma aludida, al menos en el tema que nos ocupa.

En 1984 la Corte dictó el fallo “Vadell” (3), donde abandonó la interpretación anterior y sostuvo que para determinar la responsabilidad del Estado por los actos de servicio de sus funcionarios y empleados se debía aplicar *subsidiariamente* el art. 1112 del mismo código. Luego de descartar la aplicación del art. 1113 Cód. Civil, sostuvo que no se trata de una responsabilidad indirecta la que se compromete, “toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas (de las entidades), que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”.

---

(2) BIELSA, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, Jur. Arg., T° 43, p. 416 y s. *La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia*, La Ley, T° 55, p. 999 y s., entre otros.

(3) Fallos 306:2030.

Desaparecida la irresponsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus directores o empleados, después de la reforma del art. 43 del Cód. Civil dispuesta por la ley 17.711, al ser los agentes *órganos* del Estado, entendió el alto tribunal que los daños producidos por los agentes públicos cuando no cumplen con las normas que regulan su actuación, se deben imputar al Estado en forma directa, porque “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución” (argumento de *Fallos*, 182:5). En realidad, en este caso también existió, a nuestro juicio, una responsabilidad de base contractual, como ocurrió en “Ferrocarril Oeste” (4), donde el certificado se solicitó a un organismo oficial para cumplir con una exigencia legal y el actor había pagado por él una tasa.

Es evidente que a partir del caso “Devoto” la Corte quiso buscar una solución de justicia aunque no jurídica, criterio que a veces puede resultar acertado y a veces no, porque la idea de justicia es subjetiva, y en un Estado de derecho regido por normas de derecho escrito se deben atener a lo que éste dispone, por ser una justicia dictada dentro de pautas de legalidad.

Aunque con bastante demora, y varias imperfecciones, se decidió legislar este tema y se dictó la ley 26.944, que es la primera *norma general* que regula la materia, que declara el carácter objetivo y directo del resarcimiento, así como también la naturaleza administrativa del tema, en otras palabras, que crea una *garantía legal*.

Por último, el Código Civil y Comercial que nos rige, aprobado por la ley 26.994 establece en forma expresa que “las disposiciones del Capítulo 1 de este Título (responsabilidad civil) no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” (art. 1764) y que “la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (art. 1765). Mantiene las reglas del art. 1112 del Cód. Civil al disponer que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas”, aunque incurre en el error de establecer que estos casos “se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda” (art. 1766).

Aunque el tema haya perdido actualidad con el dictado de las leyes 26.944 y 26.994, no podemos dejar de señalar que si la aplicación hecha por la jurisprudencia del art. 1113 del Cód. Civil fue objetable desde un punto de

---

(4) *Fallos*, 182:5.

vista jurídico, no le ha ido a la zaga el argumento del art. 1112 del mismo cuerpo legal, porque no se puede sostener que éste último haya sustentado la responsabilidad del Estado y no la personal y directa de sus agentes. Para aplicar una norma hubiese sido más acertado fundarse en los que disponía el art. 43 del Código Civil reformado por la ley 17.711, que hacía responsable a las personas jurídicas por los daños que causen quienes las dirijan o administren y por los que causen sus dependientes o las cosas (esta norma está reproducida en el art. 1763 del Cód. Civil y Comercial), que si bien no se refiere a la responsabilidad por los actos u omisiones de sus órganos, tiene mayor similitud al ser el Estado una persona jurídica. La realidad es que el Código Civil no contempló la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos de sus agentes, sino la personal de éstos y que la jurisprudencia trató de buscar un sustento normativo para justificar un acto de justicia, aunque no haya sido jurídicamente acertado.

## 2. Breves consideraciones sobre el régimen de la ley 26.994

El deber de indemnizar que tiene el Estado por los daños que ocasionen los hechos o actos de sus agentes o por su actividad lícita se rige *en el orden nacional* por la ley 26.944, dictada cuatro meses antes de sancionarse el Código Civil y Comercial. Esta fue una modificación hecha al anteproyecto preparado por la comisión redactora, que había previsto incluir el tema en dicho Código.

En cierta manera se ha seguido la idea de Bielsa, al establecer por una *ley especial* el deber de indemnizar del Estado por los actos de sus agentes cuando causan daño a un particular, como *garantía legal* y no por aplicación de las reglas de la ley civil, ya sea que el daño se haya producido por acción o por omisión, así como también por el obrar lícito o ilícito.

Aun cuando en varios aspectos esta ley sea objetable, cumple en cierto modo con una finalidad ordenadora, pues a partir de su dictado ya no se justifican más las interpretaciones forzadas del Código Civil, que cuando se dictó estableció la responsabilidad del funcionario y no la del Estado, acorde con las ideas sustentadas en esa época. De tal manera se ha puesto punto final a largos debates sobre su fundamento normativo, si bien han aparecido otros con respecto a su alcance y a varias disposiciones que regulan la materia.

La ley no diferencia cuando el Estado actúa como persona de derecho público de cuando lo hace como persona de derecho privado o en el ámbito del derecho común (5), aun cuando en este último caso le son aplicables

---

(5) Ya hemos explicado el sentido con el cual se debe interpretar la doble personalidad del Estado, que nada tiene que ver con la llamada "teoría del Fisco" y sirve para determinar cuándo se rigen por el derecho administrativo y cuando por el derecho común.

las normas de la legislación civil. Esta es una distinción que se debe hacer, porque no se justifica una dualidad de legislación para relaciones de una misma especie. Si el Estado no realiza una *operación administrativa* sino un negocio jurídico de carácter exclusivamente patrimonial, debe estar regido por el derecho común. Lo contrario importaría reconocer la existencia de prerrogativas en razón del sujeto y no de la función.

### 3. Ámbito de aplicación

Como vimos, el art. 1 de la ley 26.944 establece que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa y que las disposiciones del Código Civil y Comercial no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

La primera cuestión a resolver es determinar *qué se entiende por Estado*, para fijar con ello el ámbito de aplicación de la ley, si se refiere al Estado como *entidad*, es decir a la Administración y los otros poderes, así como también a los órganos que no forman parte de éstos (Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, la Auditoría General de la Nación), o incluye a las entidades estatales organizadas con forma societaria que actúan con forma de derecho privado. Por el carácter nacional de la ley no están comprendidas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cuando nos referimos a los Poderes Legislativo y Judicial lo hacemos en lo que respecta a su actuación administrativa y no a la responsabilidad por los actos legislativos y judiciales, que están contemplados por la ley en otra parte.

En la medida que se trate de una actuación administrativa, entendemos que la ley comprende la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos de los agentes de los tres poderes y también de los órganos que sin formar parte de éstos integran el Estado —en lo que respecta a funciones administrativas—, por lo cual se deben considerar incluidas en ella. Si bien el concepto de Estado es en este aspecto fundamentalmente *orgánico*, como también asume formas del derecho privado para prestar servicios y funciones públicas —con el agregado de que las normas que los crean expresamente establecen que no son aplicables las leyes de procedimientos administrativos, de obras públicas y de administración financiera—, es posible sostener que algunos se consideren sujetos de propiedad del Estado y no parte del Estado mismo. En tales casos, no sería aplicable la ley 26.944, sino las disposiciones del Código Civil y Comercial.

La ficción de organizar entes que prestan servicios público—y en algunos casos verdaderas funciones públicas— con forma de sociedades anónimas es, a mi juicio, una anomalía propiciada por quienes ven en

las reglas administrativas obstáculos para su funcionamiento y pretenden que sean manejados como establecimientos privados, sin reparar que tanto los bienes de esas entidades como los cargos que ocupan sus directivos y las funciones que ejercen son estatales y no particulares de ellos. El tema tiene mayor vigencia aun cuando esas “sociedades” prestan servicios y hasta funciones públicas. Entonces el concepto orgánico se desvirtúa y se debe estar a naturaleza de las funciones.

De ahí que sea necesario distinguir las sociedades estatales que realizan actividades comerciales en competencia con otras de carácter privado (YPF, Aerolíneas Argentinas, etc.) de las que están “disfrazadas” de entes privados pero en realidad son públicas, tanto por el carácter de sus bienes como por las funciones que ejercen, como, por ejemplo, el Correo de la República Argentina (6), Aguas y Saneamiento S.A., etc.

Por esta circunstancia entiendo que no se debe tener en cuenta sólo el aspecto orgánico, sino también el funcional, porque el objeto de la ley que nos ocupa, como interés jurídico, es regular los casos en que el Estado, en sentido lato, debe resarcir los daños causados por el obrar ilícito o lícito de sus agentes —de las personas que él emplea para prestar servicios públicos— con prescindencia de la forma jurídica que le haya dado al ente en el cual desempeñan sus funciones. Consecuentemente, si se trata de una entidad que presta servicios públicos que corresponden íntegramente al Estado, aun cuando la forma sea societaria, se debe considerar comprendida en los términos de la ley 26.944.

En lo que respecta al ámbito jurisdiccional, por regular cuestiones de responsabilidad del Estado, propias del derecho administrativo, se aplica en las cuestiones de competencia nacional y las provincias deben legislar sobre el tema para sus respectivas jurisdicciones. Por eso el art. 11 de la ley invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus términos. Mientras ello no ocurra se genera un vacío legal que obligará a las provincias a seguir los precedentes jurisprudenciales, y aun los de nuestro alto tribunal, no obstante haberse dictado con referencia al Código Civil que regía en ese entonces y pese a lo dispuesto por el art. 1764 del Código Civil y Comercial, porque como los jueces no pueden dejar de resolver los casos que se someten a su conocimiento y decisión, se debería recurrir a la jurisprudencia como fuente de derecho.

---

(6) Nos referimos, por ejemplo, al correo oficial, que después de haber sido dado en concesión —lo cual no fue una medida jurídicamente correcta— volvió al Estado por haberse decretado la rescisión del contrato y se le dio forma orgánica de una sociedad anónima propia del derecho comercial. Lo mismo ocurrió con Obras Sanitarias de la Nación, que antes era explotado por la empresa Aguas Argentinas S.A.



#### 4. Exclusión del Código Civil y Comercial

En cuanto a la inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial dispuesta por la ley, tanto sea directa como subsidiariamente, no pasa de ser una expresión desafortunada, que se debe interpretar referida sólo a la responsabilidad extracontractual. Sería absurdo que no se aplicaran sus disposiciones cuando el Estado celebra un contrato de alquiler, o de compraventa o de locación, etc. La responsabilidad contractual se rige por las normas del Código Civil y Comercial si se trata de un contrato privado, y si son públicos (obra pública, suministro, concesión de servicios y de obra pública, etc.), por las normas que regulan los contratos administrativos.

Además, este Código, como antes lo hacía el Código Civil al cual reemplazó, contiene normas de derecho general que se incorporaron a él por una razón de completitud, por lo cual son aplicables a todas las disciplinas jurídicas. Basta mencionar lo relativo a la publicación de las leyes, a su obligatoriedad, al cómputo de los plazos en el derecho, a la buena fe, al caso fortuito y la fuerza mayor, etc., para advertir que son reglas aplicables al orden jurídico en general, y no sería lógico que por haberse excluido de una manera tan enfática, no se tengan en cuenta al resolver los casos de responsabilidad del Estado. A lo dicho hay que agregar que no se puede prohibir la aplicación del Código Civil y Comercial, porque sería contrario tanto a la unidad del orden jurídico cuanto a principios elementales de interpretación de la ley que comprenden a todas las ramas del derecho (7), y que aun cuando rechace la aplicación subsidiaria, siempre está la interpretación analógica, que procede en todos los casos (art. 2 del Código Civil y Comercial).

Por eso, para ser más exactos, si la intención del legislador fue que no se apliquen las prescripciones del Código Civil y Comercial relativas a la responsabilidad extracontractual, debió referirse a las disposiciones del capítulo I del título V, como lo indica el art. 1764 de dicho Código (8).

La ley establece que la responsabilidad es objetiva y directa, lo cual reafirma la idea de que se trata de una *garantía legal* de indemnizar el daño causado, cuando el acto o la omisión son imputables al Estado como *factor de atribución*, ya sea por la actuación irregular de sus agentes —por

---

(7) Ha declarado la Corte Suprema que “la interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada norma por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse que todas se entiendan teniendo en cuenta los fines de las demás y considerándolas como dirigidas a colaborar con su estructuración” (*Fallos* 319:1311).

(8) PERRINO, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, *La Ley*, Buenos Aires, 2015, p. 52.



aplicación de la teoría del órgano— o por haber ocasionado con su acción lícito un perjuicio diferencial. No hay que indagar en la conducta del agente, si obró o no con culpa o negligencia, pues lo que importa es si *objetivamente* el comportamiento fue causante del daño y si es atribuido a un órgano del Estado.

### 5. Eximición de responsabilidad

La ley enumera dos supuestos en los cuales el Estado está eximido de responder, que no son los únicos, porque al establecer en otra parte los requisitos que se deben dar para que proceda el resarcimiento, si quien formula el reclamo no los cumple, se configura otro supuesto en el cual Estado no está obligado a indemnizar.

Además, los casos que indica el art. 2 como eximentes son comunes a todo tipo de responsabilidad, aun la contractual y también la regida por el Código Civil y Comercial, porque si el daño se produjo por caso fortuito, por fuerza mayor, por el hecho de la víctima o de un tercero, tanto el Estado como cualquier sujeto no están obligados a responder, salvo que la ley lo establezca expresamente o se haya pactado lo contrario en un contrato.

Para que procedan estas causales importa por ello analizar en cada caso si los eximentes de responsabilidad indicados en la ley fueron o no determinantes en el caso concreto, y siempre deben ser opuestos y probados por quien los invoca.

### 6. Responsabilidad por actividad lícita

La ley 26.944 establece cuatro requisitos que se deben cumplir *conjuntamente* para que proceda el deber del Estado de resarcir el daño infringido a un sujeto, y son: a) la existencia de un daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) que el daño sea materialmente imputable a la actividad o inactividad del órgano estatal; c) que exista una relación de causalidad *adecuada* entre la actividad o inactividad del órgano estatal y la reparación que pretende el agraviado y d) que haya una falta de servicio por la actuación u omisión irregular del Estado, que sólo genera responsabilidad si se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

Como en toda acción por resarcimiento de un perjuicio, es preciso que la acción o la omisión del demandado cause un *daño jurídico*, esto es, que agravie un derecho subjetivo de quien lo reclama. Sin daño jurídico no puede existir obligación de resarcimiento, porque no habría un interés protegido por el derecho. Esto es elemental. La ley le agrega el aditamento de *cierto*, que en la primera acepción del Diccionario de la Lengua significa

“verdadero, seguro, indubitable,” para descartar el daño hipotético, aquél que se puede o no producir. Este requisito es lógico, sobre todo tratándose del Estado, que como regla siempre paga por trabajos realizados o por tareas cumplidas o por cosa recibida, en razón del carácter público de los fondos. No obstante, se ha reconocido como daño jurídico la pérdida de chance, cuando se demuestra que es un perjuicio cierto y no meramente conjetural (9). Además, la existencia y naturaleza del daño debe ser probado por quien reclama el resarcimiento.

Por ser el resarcimiento una obligación dineraria, es preciso que el daño sea mensurable en dinero. No existe otro medio para compensar el daño producido. Si se trata de una concesión mal rescindida y el damnificado acepta que el Estado le otorgue otra en su reemplazo, será una cuestión convencional, pero no un resarcimiento. Además, como los jueces no pueden obligar al Estado a realizar compulsivamente una actividad o una obra, debe preverse la posibilidad de que la condena sea sustituida por la entrega de una indemnización. Por eso la ley exige que sea *mensurable* en dinero.

Este es, además, un requisito que sirve para fijar el máximo de la indemnización, porque si la pretensión es el objeto de la demanda y determina los límites de la sentencia, nadie puede conocer mejor que el actor cuál es la magnitud económica de su agravio. Sin embargo, es bastante común que al promover una demanda se pida como indemnización “la suma que en más o en menos resulte de la sentencia.” Si bien algunos jueces admiten esta fórmula, entendemos que es equivocada, porque el primer juez de la importancia del resarcimiento es el actor, que sabe “cuánto le duele” el daño, y los magistrados judiciales no le pueden conceder al agraviado más de lo que pide. Claro está que a veces es imposible conocer el monto total del resarcimiento por depender de la prueba que se produzca, por ejemplo, en el caso de daños a un inmueble que no se pueden apreciar sin trabajos previos de remoción de escombros, excavaciones, etc., o en los juicios donde el juez actúa con cierta discrecionalidad, como ocurre en la indemnización del daño moral, pero estos son supuestos especiales.

La imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal se refiere a la relación que existe entre el agente que causó el daño y el organismo

---

(9) *Fallos*, 318:1715; 321:1124; 322:1393. Un ejemplo es el caso del padre de familia, único sostén de su esposa e hijos menores, que muere atropellado por un vehículo estatal, conducido por un empleado público. Además de la reparación del daño moral, la indemnización debe comprender un monto que compense lo que razonablemente este individuo pudo generar con su trabajo durante un lapso razonable, hasta que los hijos estén en condiciones de obtener un sustento con su trabajo. Y si estaban estudiando, lo necesario para concluir su carrera. Este no es un daños conjetural, sino cierto.

estatal. Puede ser un funcionario o un empleado o alguien vinculado por cualquier relación jurídica, siempre y cuando se lo considere que integra funcionalmente la organización. De ahí que se sostenga que no están comprendidos los contratistas, pero esto es discutible. Si una dependencia administrativa contrata un operario para realizar trabajos a fin de reparar una instalación de gas, y por su culpa o impericia produce un daño que perjudica a terceros, entendemos que no se podría negar la imputabilidad del Estado, pues esas tareas le fueron encomendadas por la Administración, aun cuando quien causó el daño no formaba parte de la organización, pero estaba actuando como si lo hubiese sido.

Es necesario que la acción u omisión estatal sea *adecuada* para producir el daño cuyo resarcimiento se reclama, lo que constituye el *nexo causal*. Como en cualquier supuesto de responsabilidad civil es preciso acreditar que el daño causado se debió a un comportamiento capaz de producirlo (10). La ley emplea la expresión *adecuada* para vincular las circunstancias de hecho probadas en el expediente con el daño producido, si razonablemente es posible concluir que la acción u omisión imputable al Estado pudo ocasionar el daño y en qué medida. Se trata de un concepto jurídico indeterminado o, más bien, de un calificativo que debe ser aplicado en cada caso, según pautas de razonabilidad.

El cuarto requisito, y tal vez el que más ocupó a la doctrina, es la *falta de servicio*, que la ley lo considera como un factor de atribución de la responsabilidad. Por ello exige que haya una actuación u omisión irregular por parte del Estado, aunque materialmente sea del agente y por aplicación del criterio orgánico su actuación se imputa al Estado. No olvidemos que la falta de servicio fue una construcción del Consejo de Estado francés para distinguir las faltas cometidas por los agentes a título personal —y por esa circunstancia no hacían responsable al Estado— de las faltas cometidas con motivo o en ocasión del servicio, tema que ha dado lugar a muchos debates, especialmente, a la hora de aplicarla a los casos concretos.

En realidad, lo que la ley regula en este artículo es la responsabilidad de Estado *por el funcionamiento irregular de sus servicios*, tanto sea por acción o por omisión. Pero, el Estado también debe indemnizar aun cuando sus agentes no actúen en forma irregular, siempre que causen un perjuicio diferencial. Cuando los bomberos para combatir el fuego destruyen objetos o parte de las casas vecinas a una que se está incendiando, no incurrir en una actuación irregular y, sin embargo, el Estado debe indemnizar a los perjudicados. Más aún, se podría discutir si los daños causados fueron mayores de los necesarios para atacar el incendio, pero salvo el caso de

---

(10) *Fallos* 312:1382; 314:1505; 329:2688; 334:107.

una desproporción evidente, no sería cuestionable la imputabilidad de la actuación.

A mi entender, toda vez que la obligación de indemnizar procede como *garantía legal*, cuando se está ante el accionar ilegítimo del Estado la referencia a falta de servicio se aplica al solo efecto de determinar si el comportamiento del agente se le debe imputar a aquél y cuándo se trata de un acto personal de éste. La falta de servicio no es el único factor de atribución, pues existen otros que también generan el deber de indemnizar, tales como el riesgo creado, la obligación objetiva de resarcir en determinados casos, etc.

### 7. Responsabilidad por omisión

En punto a la responsabilidad por omisión la ley exige, además de los requisitos establecidos para la responsabilidad de la actividad ilícita, que se verifique la inobservancia de un deber *normativo* de actuación *expreso* y *determinado*. Aun cuando en esta materia se debe proceder con criterio restrictivo, porque de otra manera la responsabilidad del Estado prácticamente no tendría límite, consideramos que tal como está redactado el inciso los requisitos se tornan excesivos, porque son muy pocos los deberes impuestos normativamente a los agentes estatales en forma expresa y determinada. Como es sabido, las proposiciones jurídicas contenidas en las leyes son infinitamente menores de los casos que ocurren en la vida real a los cuales se aplican las normas, pues éstas no prevén en forma “expresa y determinada” todas las conductas de los agentes públicos cuya inobservancia pueda generar una responsabilidad por omisión. De ahí la necesidad de recurrir a las reglas de interpretación del derecho para aquellos casos en que no es posible subsumir exactamente los hechos del caso en la norma.

Lo que este artículo quiere expresar es la necesidad de que exista una obligación jurídica del agente de actuar de una manera y en circunstancias determinadas que indique con precisión cuál debe ser la conducta a seguir por el agente, de modo tal que su omisión sea considerada antijurídica (11). Tal es, por ejemplo, el caso del sereno de un organismo estatal que tiene la obligación de efectuar rondines nocturnos en un lugar y hora determinados, y que omite hacerlo por comodidad o por considerar innecesaria esa tarea. Si en ese lapso ocurre un hecho que perjudica a un tercero, que se hubiera evitado de haber cumplido el sereno el deber de vigilancia, procede la responsabilidad del Estado por omisión.

---

(11) *Fallos* 330:563.

Claro está que también se deben tener en cuenta las demás circunstancias de hecho que rodean el caso. De ahí que no sólo corresponda tener en cuenta la existencia de una obligación jurídica impuesta por la norma y la manera en que está expresada, sino también los medios disponibles y el grado de previsibilidad del hecho causante del daño (12), porque si en el caso del ejemplo que dimos se agrega la circunstancia de que el sereno no lo hubiera podido impedir aun en el supuesto de cumplir con su obligación, no procedería imputar a la Administración responsabilidad por omisión.

La ley no reconoce la responsabilidad por omitir el cumplimiento de deberes establecidos en forma genérica, para lo cual es preciso seguir una interpretación razonable de las circunstancias de hecho y de derecho, porque hay casos en los cuales no obstante la falta de una disposición expresa que indique la conducta que debe seguir el agente, si el grado de omisión es significativo y se puede acreditar una relación de causalidad entre el daño producido y el comportamiento seguido por el agente, correspondería resarcir el daño causado por la omisión.

Pero si se acredita que los medios empleados por la el Estado para prevenir o impedir el daño son manifiestamente insuficientes, no obstante tenerlos a su disposición, procedería que el Estado resarza los daños. Es lo que ocurriría si para evitar que se cometan agresiones previsibles en una sala de espectáculos, la autoridad encargada de preservar el orden destina solamente dos policías y los manifestantes que anunciaron el ataque son presumiblemente un centenar, habría una responsabilidad por omisión, no obstante ser la inobservancia de un deber normativo de actuación que no reunía las condiciones establecidas en el art. 3 inc. d de la ley 26.944, porque no hay norma que indique cuántos policías se deben destinar para esos casos, ni tampoco los medios que corresponde utilizar.

Puede corresponder que el Estado indemnice los daños producidos cuando media una *omisión lícita*, supuesto que refuerza aún más la idea de que no se debe hablar de responsabilidad sino de *garantía legal*. Tal sería el caso de una ley que obligue en forma expresa a los agentes públicos a actuar de determinada manera, pero que en circunstancias especiales esa actuación pueda ocasionar mayores perjuicios de los que se evitarían si los agentes proceden como lo manda la norma.

## **8. Responsabilidad por actividad lícita**

Si la responsabilidad del Estado por la actividad ilícita de sus agentes (falta de servicio) ha sido reconocida merced a una interpretación del

---

(12) *Fallos* 321:1124; 330:653.

Código Civil —aunque criticable— hecha hace casi un siglo, la responsabilidad por la actividad lícita no estuvo prevista en dicho cuerpo legal ni en otra ley general a la cual se hubiera podido recurrir por vía de interpretación. No obstante, desde bastante tiempo atrás la justicia ha hecho lugar a demandas por resarcimiento de los daños causados por el Estado en su actividad lícita, cuando existe un perjuicio *diferencial* del agraviado (13). Ahora, la ley 26.944 la reconoce expresamente en el art. 4º, que reproduce los incs. a, b y c del art. 3º en lo relativo a la naturaleza del daño, al cual le agrega la condición de *actual*, que se debe interpretar como excluyente del daño hipotético o eventual, porque no hay razón para diferenciarlo del daño causado por la actuación ilícita, ya que, como dijimos, se trata de una *garantía legal* que procede en ambos supuestos. En esta parte, para establecer los requisitos de procedencia, la ley ha seguido en general lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos (14).

La ley es muy restrictiva al establecer las circunstancias en que procede la responsabilidad por la actividad lícita del Estado (art. 5) —circunstancia que ha dado lugar a críticas justificadas— (15), por lo cual se deben interpretar sus términos con un sentido que se compadezca con su verdadero alcance, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de transformarla en una norma inaplicable.

A los requisitos comunes a la responsabilidad extracontractual —daño cierto mensurable en dinero, imputabilidad material al órgano estatal y relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño— la ley le agrega dos más: la *ausencia de deber jurídico de soportar el daño* y el *sacrificio especial en la persona dañada*, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido. En realidad, estos últimos requisitos se pudieron reducir a uno, que sea un *daño diferencial*, porque lo que la ley quiere y lo sostuvo la jurisprudencia anterior, es reconocer la indemnización a quien sufre un daño especial, distinto del que debe soportar la generalidad de los individuos por el accionar legítimo del Estado.

La ausencia del deber jurídico de soportar el daño es una expresión genérica utilizada por la ley para descartar las normas y actos estatales que en alguna manera ocasionen perjuicios a la generalidad de los

---

(13) *Fallos* 195:66, 245:146; 248:83.

(14) *Fallos* 325:1855; 326:847; 328:2654.

(15) PERRINO, Pablo, "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 125 y ss.

individuos (16), porque nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes y reglamentaciones (17). Así, por ejemplo, cuando se modifica del tipo de cambio, o la zonificación de terrenos, o los requisitos para ingresar en una universidad, el Estado no debe responder, salvo que con ello cause un perjuicio diferencial a sujetos determinados que lesione derechos adquiridos. Si el Estado tuviese que hacerse cargo de todas las consecuencias patrimoniales de sus decisiones normativas o administrativas, dictadas para la generalidad de los individuos, no sería posible gobernar. Esto es elemental.

De ahí que la indemnización proceda solamente cuando hay un daño *diferencial* o *especial*, de uno o varios sujetos, provocado directamente por el obrar lícito del Estado que lo priva de un derecho adquirido, pues una regla elemental de justicia determina que así como todos se benefician con determinada actuación del poder público, también todos deben contribuir para indemnizar al perjudicado por aplicación del principio de igualdad de las cargas públicas (art. 16, CN) y por una exigencia del derecho de propiedad (arts. 14 y 17), que asegura la incolumidad patrimonial en los actos dictados en razón de un interés público. El daño diferencial supone la existencia del derecho subjetivo que se vulnera.

La Corte Suprema ha reconocido el derecho a ser indemnizado a un industrial que pagó la carta de crédito para recibir una mercadería que era necesaria para fabricar determinados elementos, y como consecuencia de una modificación de las normas regulatorias de la importaciones se le impidió hacerlo (18), o en el caso de revocarse un permiso para explotar un hotel alojamiento (19), o de cancelarse la habilitación dada a un establecimiento fundada en razones de seguridad (20). Pero no hizo lugar a demandas donde se reclamaron indemnizaciones por cambios en la regulación de la actividad bancaria (21), o por modificaciones legislativas (22), o por modificaciones decretadas en la paridad cambiaria (23).

Para completar el marco dentro del cual cabe reconocer la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, la ley establece que ella tiene

---

(16) Como ocurre, por ejemplo, en el caso de inundaciones de campos provocadas por obras hechas o autorizadas por la Administración para desviar el escurrimiento de un río así evitar perjuicios mayores en la zona afectada.

(17) *Fallos* 268:228; 272:229.

(18) *Fallos* 301:403.

(19) *Fallos* 293:617.

(20) *Fallos* 312:649.

(21) *Fallos* 315:1026.

(22) *Fallos* 268:228; 272:229.

(23) *Fallos* 318:1531.

carácter *excepcional*, término que juzgamos desacertado, porque “excepcional” es un calificativo que se aplica para aquello que se aparta de la regla común, de lo ordinario, y si el caso se ajusta a los requisitos establecidos en la ley en punto a la responsabilidad por actividad lícita, no tiene nada de excepcional reconocer una indemnización, ya que la regla *no es la irresponsabilidad* del Estado por los actos lícitos que causan un perjuicio diferencial. Lo que la ley ha querido expresar, a nuestro entender, es que para reconocer la responsabilidad por actividad lícita del Estado es preciso actuar con especial prudencia a la hora de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 4 y analizar de la misma manera los hechos aportados a la causa, como lo ha declarado la Corte Suprema (24).

### **9. La reparación del perjuicio infligido**

La ley establece de manera enfática que cuando se trata de indemnizaciones por actividad lícita *en ningún caso procede la reparación del lucro cesante*, y con la inocultable idea de asimilar esta figura a la que se aplica en la expropiación agrega que “la *indemnización* de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

Antes de sancionarse la ley 26.944 se plantearon sobre este tema discrepancias doctrinales y fallos contradictorios en cuanto a si procedía o no reconocer el lucro cesante. En sentido negativo, influyó seguramente la idea de asimilar el caso al régimen de expropiación por causa de utilidad pública, aplicando la regla del art. 10 de la ley 21.499, que expresamente excluye el lucro cesante en la indemnización. Se trató de hallar una norma que contemple el modo como el Estado debe resarcir a los administrados por actos del poder público, siguiendo una interpretación supletoria. Tal vez el legislador también tuvo en cuenta lo dispuesto por el decreto 1023/2001, reglamentario de las contrataciones administrativas, que en el inc. a del art. 10 establece que “la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, *no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante*”. El art. 18 de la LNPA también se refiere a la indemnización, pero nada dice con respecto al lucro cesante. Bien o mal, lo cierto es que no existe norma donde se establezca que en las indemnizaciones que debe pagar el Estado por actos lícitos procede reconocer el lucro cesante; por el contrario, en

---

(24) Fallos 308:1049; 310:2824; 312:659; 313:278.



las que regulan la reparación del daño se lo excluye expresamente o se omite pronunciarse sobre el tema.

En realidad, la cuestión no pasa por encontrar un sustento normativo expreso, sino en la razonabilidad del planteo en el caso de que se trate. Existe una regla reiterada en diversas normas según la cual el Estado sólo paga por obra realizada o por mercadería entregada o por trabajo ejecutado, aunque en los últimos tiempos estos sanos preceptos se ignoraron ilícitamente en algunas contrataciones administrativas. Más aún, cuando el Estado entrega un anticipo, el contratista o el sujeto que lo recibe está obligado a entregar una garantía por un monto equivalente. Es un principio del régimen presupuestario que el Estado no puede reconocer con fondos públicos ganancias ni daños hipotéticos, que pueden o no producirse, porque siempre debe existir una causa real y concreta, un procedimiento previo que la respalde y la autorización del gasto.

No obstante considerarse en la terminología común como sinónimos, y también en el Diccionario de la Lengua, desde un punto de vista etimológico y conceptual la indemnización se diferencia del resarcimiento, porque si bien en ambos casos se trata de la reparación de un daño, en la primera, la reparación del perjuicio es más estricta y debe contemplar todo lo necesario para mantener la *incolumidad patrimonial* del afectado. *Indemne*, significa *sin daño*, mientras que el *resarcimiento* puede ser parcial o tasado, como ocurre en el derecho laboral o en el derecho penal, donde su determinación se limita a veces a reparar el daño causado en la medida de lo posible o que de lo que se considere adecuado por la ley.

Cuando el art. 17 de la Constitución nacional establece que la expropiación por causa de utilidad pública debe ser previamente *indemnizada*, expresa con ello que el expropiado tiene que recibir la cantidad de dinero necesaria para mantener la *incolumidad patrimonial*, para que no sufra *lesión* al tiempo de concretarse. Y el pago se debe efectuar *previo a la desposesión*, porque se presume que con ese dinero el expropiado puede adquirir un bien semejante y quedar consecuente *indemne* (25). Si al expropiado se le pagara además del valor objetivo del bien el lucro cesante que habría podido obtener, se daría la paradoja de beneficiarlo con el lucro cesante y además con el beneficio que obtendría aplicando la indemnización recibida a la compra de otro bien similar y explotarlo de igual manera que el expropiado y por el mismo tiempo que se tuvo en cuenta para calcular el lucro cesante. El resarcimiento, en cambio, puede

---

(25) Por eso hablar de “justa indemnización” es un pleonasma, porque si la indemnización no es justa, no es indemnización.

no ser exactamente sustitutivo del daño que se produce, en cuyo caso se lo podrá atacar de injusto, inequitativo, escaso, pero por ello no dejará de ser un resarcimiento. En cambio, si subsiste el daño, aunque sea en una porción mínima, no habrá *indemnización*.

Aplicar las reglas de la expropiación al resarcimiento por los daños que produce el Estado por el obrar lícito no siempre es una solución acertada, aunque en ambos casos está el elemento común de la *lesión* y el deber de reparar el perjuicio, porque existen diferencias fácilmente advertibles. En la expropiación hay una ley que declara la utilidad pública del bien y el expropiado debe recibir la *indemnización* antes de producirse el daño, mientras que la reparación del daño por actividad lícita siempre la obtendrá al cabo de un tiempo, ya sea por el juicio que deberá iniciar o por los trámites administrativos que son necesarios para que se le reconozca el perjuicio, situación ésta excepcional, porque para que el Estado pueda pagar una indemnización por daños es necesaria una sentencia judicial que lo condene. No son situaciones iguales.

Pero la cuestión no pasa por discutir si procede o no pagar el lucro cesante —que la ley expresamente lo excluye—, sino en determinar *qué se entiende por tal en cada caso*. La Corte Suprema ha definido el lucro cesante como las ventajas económicas esperadas de conformidad con las posibilidades *objetivas y estrictamente comprobadas* (26). Este concepto no es aplicable a todos los casos, aunque se lo haya empleado para reconocer la procedencia del lucro cesante, porque hay casos en los cuales las ventajas económicas esperadas constituyen el valor económico del negocio, como ocurre con la construcción de las autopista dadas en concesión de obra pública, que se pagan con el peaje que debe recibir el contratista después de construida. Si el adjudicatario de la obra contrajo deudas por préstamos bancarios, como ocurre siempre en estos casos, compró o afectó a la obra maquinaria y materiales y realizó inversiones importantes, no se podría considerar que el dinero que dejó de percibir por la cancelación de la obra es un lucro cesante, sino el precio del contrato. En este caso se deberá considerar como perjuicio indemnizable no sólo el dinero invertido y las deudas contraídas, sino también la rentabilidad de ese capital y todos los demás costos (compra de equipos, derechos de compromiso, intereses pagados, *overhead*, etc.). Por eso consideramos que no obstante lo expresado por el texto legal, siempre será necesario analizar la naturaleza del caso o negocio y determinar qué es verdaderamente un lucro cesante y qué un daño emergente.

---

(26) *Fallos* 286:333; 306:1409; 312:226.

En el caso de responsabilidad por la rescisión de un contrato fundado en razones de oportunidad o conveniencia, está el precedente “Sánchez Granel” (27), donde se reconoció la procedencia de pagar el lucro cesante, pero merece algunas consideraciones, sobre todo luego de dictarse el decreto delegado 1023/2001 y la ley 26.944. Este precedente fue votado por mayoría, y lo que en realidad se discutió fue si la insuficiencia de fondos para realizar el contrato, que iba a ser financiado con un organismo internacional que finalmente no concretó el préstamo, se puede o no considerar una causal no imputable al Estado. La Corte consideró, a nuestro juicio erróneamente, que la insuficiencia de fondos no es una causal legítima para rescindir un contrato administrativo sin culpa, porque una vez adjudicado, es responsable de aportar el financiamiento, tornando ilegítima la rescisión.

Este argumento ha perdido actualidad frente a lo dispuesto por el decreto delegado 1023/2001 y por la ley 26.944 en forma expresa. Además, la realidad de lo ocurrido en los últimos años en que se dictaron varias leyes de emergencia —aun cuando en parte hayan sido criticables—, ninguna se declaró inconstitucional, circunstancia que apoya la idea de que cuando como consecuencia de dificultades económicas el Estado debe suspender o rescindir un contrato, no se puede interpretar que se esté ante una rescisión ilegítima, sino ante una acto de razonable oportunidad y conveniencia, que excluye el pago del lucro cesante. No olvidemos, como se ha dicho, que en los contratos administrativos así como el Estado tiene determinadas prerrogativas que le permiten modificarlo, rescindirlo, aplicar sanciones, etc., el contratista tiene también beneficios de los que carecen los contratistas en los contratos de obra regidos por el derecho privado, tales como: a) un comitente cuya solvencia se presume *juris et de jure*, por lo cual se debe descartar la posibilidad de quiebra, b) el comitente asume el riesgo del caso fortuito y la fuerza mayor, c) responde por el “hecho del príncipe”, que asegura el mantenimiento de las prestaciones dinerarias, d) en caso de un desequilibrio económico general, se aplica la teoría de la imprevisión, e) por lo general las multas son resarcitorias y disminuyen el riesgo por incumplimiento, f) se paga el costo financiero, entre otros. La experiencia indica, al menos en nuestro país, que los contratistas de obra pública han hecho verdaderas fortunas con los trabajos que realizaron, todos pagados por el Estado. Tan mal no les ha ido...

Por esta razón entendemos que si bien el deber de resarcir los daños causados por la actividad lícita del Estado debe incluir a todos los daños que le causan al sujeto perjudicado, cabe una distinción entre los que se ocasionan a personas con los cuales existe un vínculo contractual o una

---

(27) Fallos 306:1409.

relación de sujeción especial, de quienes son sólo simples administrados, y por ello rigen con mayor rigor no sólo la garantía de incolumidad patrimonial (art. 17, CN), sino el principio de igualdad ante la ley en el sentido aristotélico (art. 16), porque éstos no tienen una protección especial en supuestos de hallarse frente a alguna situación de desventaja.

### **10. Responsabilidad por actividad judicial legítima**

La ley 26.944 excluye de manera expresa a los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado. El sentido de esta disposición se debe entender que es aplicable a los perjuicios que se puedan producir por el comportamiento *normal* o *regular* de la justicia, que como se ha dicho es el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (28). No basta que la decisión judicial que cause agravio sea revocada por la Cámara o aun por la Corte Suprema —lo cual presupone su desacierto— porque si así fuera el Estado debería responder por cada fallo que no se confirma en las instancias superiores. Como lo expresa la ley, a *contrario sensu* el Estado debe responder por la actividad judicial ilegítima, que para considerarse tal es necesario que el acto judicial sea declarado previamente irregular, lo cual determina la necesidad de promover un juicio contra el funcionario que lo dictó.

Más aún, si se considerara que la ilegitimidad queda configurada por una revocación por arbitrariedad o por gravedad institucional o por declararse inconstitucional la sentencia, la responsabilidad del Estado debería cubrir todos esos supuestos, que se repiten por varios centenares y miles, circunstancia que desvirtuaría el ordenamiento judicial que nos rige. Claro está que escapan al costo inevitable de una adecuada administración de justicia los pronunciamientos judiciales que son manifiestamente anómalos, como sería una privación ilegítima de la libertad por un lapso mayor que el permitido por la ley procesal, decretada por un auto incuestionablemente infundado, en violación de elementales normas que rigen la materia, o cuando se advierte la existencia de un exceso del poder del magistrado (29). En esos casos correspondería una indemnización, pero también el consiguiente enjuiciamiento del magistrado responsable (30).

### **11. Perjuicios ocasionados por contratistas y concesionarios**

La ley excluye enfáticamente la responsabilidad del Estado, tanto directa como subsidiaria, por los perjuicios que puedan ocasionar los concesionarios

---

(28) *Fallos* 317:1233; 318:1990.

(29) *Fallos* 327:1738; 328:4175; 330:2112; 333:2353.

(30) *Fallos* 311:317; 116:409; 300:75; 317:365; 320:1227.

o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, *cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada*. Esta es una consecuencia lógica de la relación jurídica que los vincula, donde tanto el concesionario cuanto el contratista actúan por cuenta y riesgo propio, aun cuando presten un servicio público. La circunstancia de que en algunas concesiones, como son las de ferrocarriles, el concedente delegue ciertas atribuciones al concesionario no modifica las cosas, porque el criterio seguido por la ley es atribuir responsabilidad a quien integra la organización del Estado (art. 3, inc. b, ley 26.944).

Claro está que si el daño es producido por una orden dada por el Estado que debe cumplir el concesionario, como sería la construcción de un terraplén para que pase por allí una vía férrea, y como consecuencia de ello se obstruye el escurrimiento del agua e inunda un campo, si el concesionario obró con diligencia en la construcción y según las reglas técnicas aplicables, el Estado sería responsable, pero por un acto propio (art. 3), que es haber diseñado el lugar por donde el concesionario debía construir el terraplén como facultad propia del concedente y no un acto imputable al concesionario.

El deber de vigilancia que tiene el Estado sobre el concesionario puede excepcionalmente generar su responsabilidad, pero en este caso el factor de imputación no sería la conducta de éste, sino la falta en que incurrió el ente público de un deber jurídico. Pero, por lo general, la justicia no ha hecho lugar a demandas promovidas por particulares contra entes públicos que ejercen el poder de policía o funciones de control, como son los entes reguladores de servicios públicos, o el Banco Central y la Superintendencia de Seguros, por considerar que no existía un nexo causal entre la conducta de estos organismos, cuya ilegitimidad no se demostró, y el perjuicio sufrido por el particular (31). En lo que respecta a la responsabilidad de los entes públicos y los concesionarios en materia de servicios públicos, están regidos por las leyes 26.361 y 26.993, que analizamos al tratar dichos servicios.

## 12. Responsabilidad personal de los agentes

El art. 9 de la ley 26.944 prácticamente reproduce el art. 1112 del Cód. Civil derogado, al disponer que “La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones

---

(31) *Fallos* 312:2138; 315:1480; 307:771; 323:1124; 323:318; 329: 2088; 330:653; 332:2328, entre otros.

legales que les están impuestas, *los hace responsables de los daños que causen*". Además, fija en tres años la prescripción de la pretensión resarcitoria que los terceros puedan ejercer contra funcionarios y agentes públicos, y el mismo plazo para que el Estado ejerza la acción de repetición contra los funcionarios o agentes causantes del daño. El término comienza a correr a partir de que quede firme la sentencia que estableció la indemnización.

Paralelamente, el Cód. Civil y Comercial establece en el art. 1766 que "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les son impuesta se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda".

Las diferencias entre lo establecido por el art. 9 de la ley 26.944 y el art. 1766 del Cód. Civil y Comercial son de detalle (en uno dice "actividad o inactividad" y en uno "hechos u omisiones", "funcionarios y agentes en uno", y sólo "funcionarios" en el otro, pero se debe interpretar como comprensivo de los empleados), por lo cual no vale la pena detenerse.

Pero lo que resulta desacertado es que el Cód. Civil y Comercial no aclare a qué relaciones se refiere en el art. 1766, si son las generada por los daños infligidos por los agentes respecto de las acciones que puedan ejercer contra ellos los terceros o a las que tiene el Estado para resarcirse de lo que pagó por las conductas ilícitas de sus agentes. Mientras el art. 9 de la ley citada incluye a ambos casos, el Código no lo aclara, y se plantea así una cuestión de índole constitucional, porque dos normas tratan el mismo tema, siendo admisible una interpretación diferente en cada uno de los textos.

Si se considerara que la responsabilidad de los empleados y funcionarios del Estado respecto de terceros es un tema de derecho administrativo, como parece disponerlo el art. 1766 del Cód. Civil y Comercial, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrían legislar sobre la responsabilidad de sus agentes *respecto de terceros* por actos ilícitos realizados en ejercicio de sus funciones, la cual sería absurdo, porque se trata de una responsabilidad *compartida*, y leyes locales estarían regular una cuestión que de derecho común, en violación de lo dispuesto en el art. (art. 75, inc. 12 CN). Es así que le sería permitido condicionar la responsabilidad de los agentes *en cuanto sujetos*, restringiéndola o abreviando irrazonablemente los plazos de prescripción, lo cual sería absurdo, porque este no es una cuestión que pueda ser materia de derecho administrativo.

El art. 1749 del Cód. Civil y Comercial establece que "es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado *por acción u omisión*", lo cual supone una conducta cuanto menos culposa del

autor del hecho, y la circunstancia de que cuando se quiere responsabilizar al Estado no se tenga en cuenta si existió o no culpa del autor, porque se trata de una *garantía legal*, no habilita a darle un tratamiento diferente a relación si la acción del damnificado la quiere dirigir contra el agente como sujeto (32).

Cuando la acción se dirige contra el Estado por responsabilidad ante un acto ilegítimo del agente, éste debe siempre debe ser citado en el juicio. ◆

---

(32) Pongamos el ejemplo de un chofer de una repartición estatal que con culpa o negligencia embiste a otro vehículo particular y el damnificado quiere dirigir la acción contra el chofer y no contra el Estado. En este caso se debe aplicar el art. 1749 del Cód. Civil y Comercial, aun cuando el agente haya actuado ejerciendo sus funciones y con un automóvil oficial, no obstante lo dispuesto por el art 1766 de dicho cuerpo legal.





# LA NUEVA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (\*)

## 1. Antecedentes del nuevo escenario normativo

No se puede desconocer que, antes de la recepción de la teoría de la falta de servicio en el caso “Vadell”, fallado por la Corte Suprema en 1984 (1), la jurisprudencia del Alto Tribunal, en materia de responsabilidad extra-contractual por la actividad estatal ilegítima, había transitado por diferentes niveles y dictado sentencias contradictorias que afirmaban, en forma indistinta, la naturaleza indirecta en algunos casos y, en otros, la responsabilidad directa del Estado. En esa época, tampoco se había perfilado una sistematización moderna en el derecho público argentino y comparado acerca de los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad que tuviera en cuenta los elementos diversos que tienen en común la doctrina y jurisprudencia del derecho administrativo con la del derecho civil.

En el caso “Vadell”, como es sabido (2), la Corte Suprema, haciendo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación Juan Octavio Gauna, adoptó, prácticamente al pie de la letra, la sistematización y doctrina que expusimos en dos trabajos publicados en la revista *El Derecho* (3), acerca de la utilización de la falta de servicio como factor objetivo de atribución de la responsabilidad del Estado, basados en una reinterpretación dinámica del art. 1112 del Código Civil de Vélez Sarsfield y en las notas de Aubry et Rau.

---

(\*) Disertación pronunciada por el académico, en la XXI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 6 y 7 de octubre de 2016.

(1) Fallos 306:2030 publicado en E.D., 114:215, con nota del autor de este trabajo.

(2) Aunque fueron pocos los autores que pusieron de manifiesto esta influencia, incluso la que tuvo Linares en la elaboración de la parte medular de nuestra postura doctrinaria. No obstante las críticas recibidas, creemos que nuestra doctrina contribuyó el afianzamiento de la seguridad jurídica habiendo tenido numerosas aplicaciones en variados supuestos; véase: PIZARRO, Ramón Daniel, “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Tº 1, 2ª ed. Astrea, 2016, p. 405-411, ha sistematizado las principales aplicaciones de la doctrina de la falta de servicio en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

(3) Los trabajos a que nos referimos en el texto fueron: “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado” (E.D. 99:987) y “La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo de Derecho Administrativo” (ED 100:986).

Carece de sentido desempolvar la historia de las interpretaciones que se formularon, tiempo después, sobre los diferentes aspectos de la teoría de la falta de servicio (entre otros, si se trataba de una responsabilidad objetiva o subjetiva), porque si miramos la jurisprudencia posterior de la Corte al caso “Vadell” es advertible que la misma se mantuvo prácticamente sin fisuras. Fue también la concepción que adoptó el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y la que ha quedado cristalizada en la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944, ley que no obstante las severas críticas que nos merece en otros aspectos (4) (contrarios a los principios que configuran el Estado de derecho y el sistema de unidad de la legislación de fondo prescripto en la Constitución), ha mantenido idéntica concepción.

Hubiera sido más útil que la doctrina profundizara acerca de los nuevos problemas que fueron surgiendo con la responsabilidad del Estado en el derecho administrativo, en particular sobre la admisibilidad del riesgo como factor objetivo de atribución y el nuevo fundamento constitucional que reafirma la responsabilidad del Estado a la luz de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescriben el derecho a la justa indemnización, particularmente con relación a la responsabilidad por actividad legítima del Estado (5).

Porque lo cierto es que, aparte de superar las incongruencias y contradicciones interpretativas, la concepción de la falta de servicio, por lo común injustamente criticada y no pocas veces incomprendida, representó un avance en la protección de los derechos fundamentales como consecuencia de erigir un nuevo factor de atribución de responsabilidad divorciado de los aspectos subjetivos que configuraban la culpa y centrado en el carácter objetivo que traduce el funcionamiento irregular del servicio, sin necesidad de identificar al autor del daño. Era y es evidente que lejos de cerrar el camino hacia la reparación del daño —con arreglo a los criterios de justicia conmutativa— (6) la tesis de la falta de servicio se

---

(4) Véase nuestro libro: *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 417 y ss.

(5) Posición sostenida por quien ha sido considerado el fundador del derecho administrativo argentino: BIELSA, Rafael, “Reflexiones del Código Civil con el Derecho Administrativo”, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1923, p. 53 (con respecto a la revocación de una concesión por razones de interés público). También menciona como fundamento de la indemnización el criterio que emerge del art. 2511 del CC de Vélez, según el cual la justa indemnización comprende no sólo en valor real de la cosa, sino también el perjuicio directo que sufra el expropiado. Este principio ha sido por lo común ignorado u olvidado por los administrativistas que limitan la indemnización por daños ocasionados por actos legítimos del Estado al daño emergente, excluyendo el lucro cesante.

(6) PIZARRO, Ramón Daniel, op. cit., Tº 1, p. 360, parece atribuirnos la opinión contraria que no sostenemos en nuestros diferentes estudios ni en los libros generales en que nos he-

convertía en el centro de la imputación material a los órganos o agentes de la Administración que encarnaban la voluntad estatal, sin necesidad de complicadas probanzas y aunque pudiera predicarse que se trata de juzgar conductas humanas ese juzgamiento estaba prácticamente despojado de elementos subjetivos. Así, la falla (7) y no la culpa se considera del servicio y no de los agentes públicos, salvo que éstos hubiera incurrido en faltas personales (8), casos en los que debe aplicarse el Código Civil, en forma directa y no por analogía.

La otra ventaja que ofrecía la consolidación de la concepción de la falta de servicio, como factor de atribución de la responsabilidad, no advertida entonces con suficiente generalidad ni profundidad doctrinaria, tanto en el campo civilista como en el del derecho administrativo, consistía en el hecho en que, al estar legislada en el Código Civil, formaba parte del derecho común, ya sea que se la considerase norma de derecho público (como nosotros sostuvimos) o norma de derecho privado. Es verdad que nuestra tesis y la de los civilistas que postulaban la unidad del derecho de daños contrariaba la corriente publicista mayoritaria que asignaba (y aún continua haciéndolo) naturaleza local a la materia de la responsabilidad, pero creemos que, además de fundarse en el principio de unidad de la legislación común (art. 75 inc. 12 C.N.), dicha doctrina sobre la falta de servicio se asentaba en una jurisprudencia firme y constante de la Corte Suprema que fue, en definitiva, la que recogió el Proyecto de CCCN.

## **2. La aplicación de normas y principios del Código Civil al derecho administrativo**

Dos normas recientes han pretendido fulminar la posibilidad de aplicar las prescripciones del Código Civil a la responsabilidad del Estado de

---

mos ocupado con cierto detalle de este tema, véase por ejemplo: *Los grandes principios...* cit., ps. 418-425. El error de sostener que el derecho público está saturado de justicia distributiva se advierte tempranamente en un trabajo de André HAURIUO, publicado en La Ley en el año 1936 y reproducido en el Suplemento Páginas de Ayer, año 1º, N° 5, octubre de 2000.

(7) En la lengua francesa el término “faut” puede implicar tanto culpa como falla o defecto. Por ese motivo algunos textos de libros franceses traducidos al español, utilizan el término falla del servicio en vez de culpa del servicio; vid. MORAND DUVILLER, Jacqueline, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. de la 10ª edición francesa, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 825 y ss.

(8) Sobre la distinción entre falta personal y falta de servicio, aparte de la doctrina francesa que hemos mencionado en nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, 11ª ed., Buenos Aires, 2016, puede verse el excelente análisis que hace Pedro ABERASTURY en el libro publicado bajo su dirección: *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 9-10 y ps. 25-29.

manera directa o subsidiaria. La primera de ellas se encuentra en el nuevo CCCN que, contrariando la propuesta en el Proyecto de la Comisión Redactora prescribe que: “Las disposiciones del Capítulo I de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” (9) y la segunda, inserta en la ley 26.944, con un alcance de mayor amplitud, veda la aplicación de las disposiciones de todo el Código Civil a la responsabilidad del Estado, tanto de manera directa como subsidiaria.

Por de pronto, en el CCCN hay normas de derecho público común que se aplican en forma directa (v. gr. en materia de las personas jurídicas públicas y la categorización legal de los bienes del dominio público) (10) que a nadie se le ha ocurrido suponer que no vinculan a las provincias, alegando que éstas poseen potestades originarias por tratarse de normas de derecho administrativo que, en principio, sería local. Una interpretación semejante conduciría a un desorden jurídico de proporciones, ya que cada provincia podría legislar esas materias sin límite alguno, rompiendo con el principio de unidad de la legislación común (art. 75 inc. 12 C.N.).

Va de suyo que tanto una como otra, mayormente la segunda norma, incurrir en el vicio de arbitrariedad de la ley, ya que se trata de un mero capricho del legislador opuesto a la naturaleza de las cosas y al principio de razonabilidad. Si el sistema administrativo regula escasamente el campo de las obligaciones, resulta por demás obvio que, cuando surgen lagunas de regulación, habrá que acudir a las normas del CCCN, en forma directa y no por remisión legislativa, aplicando, llegado el caso, la técnica de la analogía (11), cuando la norma del ordenamiento civil y comercial sea opuesta a los principios generales del sistema del derecho administrativo.

Aunque los iuspublicistas, a partir de Bielsa, hemos considerado que ante una carencia normativa en el ordenamiento administrativo hay que acudir primero a los principios de derecho público y a las normas análogos de

---

(9) Art. 1765 del CCCN.

(10) ABERASTURY, Pedro, “El Código Civil y comercial de la Nación y la responsabilidad del Estado”, en la obra *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Tº I (direc. Alberto Ricardo DALLA VIA y Manuel GARCÍA LEMA), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, ps. 311-312, apunta que la marcada separación entre derecho público y privado en materia de responsabilidad, que no proviene de la Comisión Redactora del CCCN sino del proyecto del Poder Ejecutivo que, en sus artículos 1764 a 1766, prescribe la inaplicabilidad del título correspondiente del CCCN a la responsabilidad, lo que contradice la regulación en dicho Código sobre materias administrativas.

(11) Vid. GALLI BASUALDO, Martín, “La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial de la Nación”, en la obra *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado* (direc. Alberto J. BUERES), ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, ps. 109-110.

nuestra disciplina, dicho principio nunca fue absoluto y la jurisprudencia ha acudido en numerosas oportunidades a las normas y principios generales que existen en el Código Civil para cubrir las lagunas del ordenamiento administrativo.

No habiendo en el Código Civil norma ni principio alguno que se oponga a la justa indemnización cuando el Estado ocasiona daños por su actuación ilegítima o legítima, el legislador ha errado en la necesaria armonización de los fines que persigue, incurriendo en contradicciones acerca de su valorización (12). Ello conculca, a las claras, el principio de razonabilidad de las leyes, ínsito en el art. 28 de la C.N.

### **3. La regulación de la responsabilidad del Estado por el CCCN o por leyes administrativas nacionales y locales**

Ante todo, hay que advertir que no es lo mismo regular la responsabilidad del Estado por el nuevo CCCN que hacerlo *in totum* por el derecho civil.

Al respecto, el Código de Vélez Sarsfield, salvo casos excepcionales en que se aplicaba en forma subsidiaria (el art. 1502 referido a la locación de bienes públicos) (13), conducía a la aplicación de la técnica de la analogía, la cual, ante la carencia normativa, adapta los preceptos civiles a los fines y principios del derecho administrativo.

Pensamos que la regulación de la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios y empleados públicos, por faltas de servicio o conexas al mismo, pertenece al derecho público e igualmente también la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. Pero, aun así, no hay obstáculo de principio para que la materia de la responsabilidad estatal sea abordada por el CCCN, en virtud de una serie de razones que hemos expuesto antes de ahora y que, probablemente, algunos publicistas no vayan a compartir. En algunos casos se trata de normas de derecho público incluidas en la regulación civil y comercial, técnica ya empleada en el art. 2340 del Código de Vélez Sarsfield, que vuelve ahora a utilizarse en el precepto correspondiente del nuevo CCCN (14).

---

(12) LARENZ, Karl, "Metodología de la Ciencia del Derecho", trad. del alemán, ed. Ariel, Barcelona, 1966, p. 271. La obra de Larenz, traducida por el Profesor Enrique Gimbernat Ordeig fue publicada por Springer Verlag OHC, Berlín, 1960.

(13) Principio que mantiene el art. 1193 del nuevo CCCN con una técnica más depurada.

(14) Art. 235 del CCCN.

Hay instituciones troncales del sistema jurídico que resulta conveniente y hasta necesario que sean reguladas por el Código Civil y Comercial, como, por ejemplo, la condición jurídica del Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios y sus respectivas entidades autárquicas y/o jurídicamente descentralizadas, que continúan siendo personas jurídicas públicas conforme a la definición legal del artículo 146 inc. a) del CCyCN.

Se trata de materias que plantean la necesidad y conveniencia de precisar los confines de las instituciones con el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico.

Algo similar acontece con la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos (v. gr. respecto de la concurrencia de responsabilidad entre la falta de servicio y las faltas personales de los agentes públicos no desconectadas del servicio). En definitiva, es tan legítimo regular la categoría básica de la responsabilidad estatal en el CCCN y los criterios generales que determinan la responsabilidad en esos supuestos especiales (a través de normas comunes aplicables al derecho público) como hacerlo a través de leyes nacionales de carácter común. De lo contrario, corre el riesgo de que una regulación local (provincial o incluso municipal) restrinja o suprima la procedencia y el alcance de la responsabilidad.

No hay que ignorar, sin embargo, que la responsabilidad del Estado reposa en fundamentos que emanan de la Constitución y de los Tratados Internacionales ni tampoco que el CCCN se aplicará, muchas veces, por analogía. Pero, en el caso que ocurriera alguna violación constitucional, el sistema jurídico opera como los reactivos en la química y si la norma o regulación degrada o suprime la responsabilidad estatal, el particular se encuentra habilitado para reaccionar judicialmente en defensa de sus derechos para privar de efectos o invalidar cualquier norma o principio inconstitucional.

Al haberse optado por la regulación administrativa nacional y local, el legislador ha elegido un camino semejante al seguido por el derecho norteamericano donde proliferan diferentes ordenamientos estatales básicos, sin perjuicio de las regulaciones especiales ni de la Ley Federal de Reclamos al Estado denominada *Federal Tort Claims* (15). El sistema norteamericano

---

(15) En 1950, uno de nuestros grandes maestros, Jorge Tristán BOSCH, publicó un trabajo notable de investigación sobre la responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos de América (La *Crown Proceedings Act*, 1947 y la *Federal Tort Claims*, 19446), La Ley, Tº 57, sección doctrina, p. 895 y ss.

exhibe una gran diversidad sustantiva y procesal (16) que no representa el mejor modelo a seguir y habría que ver si al replicarlo en nuestro país no se alterará el principio de unidad de legislación común que consagra el art. 75 inc. 12 de la CN, bajo la premisa que también hay normas de derecho público que constituyen derecho común (17), como las prescrip-

---

(16) Durante la mayor parte de la historia de los Estados Unidos de América, la inmunidad soberana protegió al gobierno federal, a los gobiernos estatales y a sus empleados de ser demandados sin su consentimiento. A partir de mediados de la década de 1900, sin embargo, comenzó a morigerarse el principio de la inmunidad soberana. En 1946, el gobierno federal aprobó la *Federal Tort Claims Act (FTCA, 28 USC § 2674)*, renunciando, para el caso de algunas acciones, a la inmunidad para ser demandado y responsabilizado. Por efecto de imitación, muchas legislaturas estatales promulgaron también leyes para definir los límites de la inmunidad para los organismos y empleados gubernamentales estatales.

Hoy en día, las leyes de reclamos a los Estados por responsabilidad civil (*State Tort Claims Acts*) siguen mayormente el modelo de la FTCA sustituyen la venia legislativa como requisito para promover demandas por daños contra los Estados de la Unión. Salvo el caso de Alabama (cuya constitución prohíbe, en el art. 1 § 14, que el Estado sea demandado en juicio), la mayor parte de estas leyes o bien proporcionan una renuncia general de inmunidad con ciertas excepciones o bien legalizan la inmunidad con exenciones limitadas que solo se aplican a ciertos tipos de demandas.

Por otra parte, existen las leyes de reclamos contra los Estados (*State Claims Acts*) que son otro tipo de leyes —distintas a las *State Tort claims Acts*—, que si bien también sirven a la limitación de la inmunidad para las demandas contra los Estados, establecen tribunales especiales de reclamaciones, juntas o comisiones (mayormente dependientes del poder Ejecutivo) para resolver reclamos contra el Estado (generalmente, por fuera del régimen de la responsabilidad civil, pero no necesariamente), y también pueden limitar los daños o establecer determinadas excepciones a la responsabilidad. Connecticut, Illinois, Kentucky, Carolina del Norte y Ohio cuentan con este tipo de leyes.

Al menos 33 Estados limitan o ponen tope a las sumas dinerarias por los daños que pueden ser reclamados en juicios contra el Estado y/o funcionarios, y por lo menos 29 Estados (a menudo en combinación con tope) prohíben que se condene al Estado con daños punitivos o ejemplares. Por ejemplo, Wisconsin establece un tope de US\$ 250.000 para los casos de responsabilidad de funcionarios estatales, pero no para las condenas contra el Estado o sus organismos (Wis. Stat. Ann. §895.46.6).

Asimismo, existe en los Estados Unidos la diferenciación entre *actos de gestión (proprietary actions)* y *actos de gobierno (government actions)*. Estos últimos excluyen la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, la determinación de cuáles actos son de gestión y cuáles de gobierno es materia de opiniones diversas aun la jurisprudencia.

Algunos Estados han abolido esta distinción (por ejemplo, Wyoming; Wyo. Stat. §1-39-101.b; y Nuevo México, N.M. Stat. Ann. §41.4.2).

La Conferencia Nacional de Legislaturas Estadales (*National Council of State Legislatures o NCSL*) enumera las leyes y las disposiciones constitucionales de los Estados y del Distrito de Columbia relativas a la inmunidad de responsabilidad civil y las demandas contra el Estado (disponible en <http://www.ncsl.org/research/transportation/state-sovereign-immunity-and-tort-liability.aspx>).

(17) Véase: IBARLUCIA, Emilio A., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o Ley Provincial?”, en la obra *Estudios Constitucionales...*, cit., T. I, ps. 280-291, analiza con rigor histórico la interpretación de la “Cláusula de los códigos”



ciones del Código Civil y Comercial referidas a la condición jurídica de las personas públicas y al dominio público.

Por otra parte, la regulación por una ley nacional de la responsabilidad del Estado que no sea de derecho público común implica que las provincias que se adhirieran a ella conservan poderes no delegados (art. 121 CN) para dictar las reglamentaciones inherentes a los estándares y normas concernientes al cumplimiento regular de cada función o servicio.

#### **4. Sobre el alcance de la indemnización: el principio general de la justa indemnización**

Existe una vinculación estrecha, no siempre advertida, entre la teoría de la responsabilidad y la teoría de la justicia, que la mayor parte de los iuspublicistas no abordan, optando por ceñirse a la dogmática. Sin embargo, el conocimiento de la teoría de la justicia, máxime cuando se acude a la versión que más se aproxima a la exactitud, es una exigencia del enfoque sistémico que se predica como algo necesario e insoslayable en el ámbito científico (18). De lo contrario, se fragmentan las partes del conocimiento separándose del conjunto, lo que explica la anarquía que reinaba en la ciencia jurídica como consecuencia de las ideas positivistas que aislaban el derecho y lo separaban de la justicia y de la moral (19).

El problema del alcance de la indemnización —frente a sacrificios o daños de los particulares por razones de utilidad pública, interés social o público— se plantea tanto en materia expropiatoria como en el ámbito de la responsabilidad contractual (extinción por razones de interés público) o en el plano de los actos administrativos unilaterales (revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), a través de criterios fundados en la remediación de los sacrificios especiales que sufre el particular de cara a la actividad legítima del Estado cuyos daños no está obligado a soportar, responsabilidad que se extiende a la actividad legislativa (20). Más

---

(ex art. 67 inc. 11 y art. 24 de la C.N.) haciendo una interpretación armónica con otras disposiciones constitucionales.

(18) Véase: BUNGE, Mario A., “Memorias. Entre dos mundos”, Gedisa-Eudeba, Buenos Aires, 2014, ps. 234/237.

(19) Esta tendencia aún subsiste, fomentada por la falsa creencia en las autonomías científicas que ha generado incongruencias y contradicciones —por ejemplo— entre los derechos civil y administrativo con el derecho penal, el cual ha seguido sus propias aguas en contra del enfoque sistémico que debería haber conducido a esta disciplina a compatibilizar y armonizar sus teorías y soluciones positivas con los otros sectores del derecho.

(20) En Francia, se la denomina “responsabilidad sin falta”, véase: MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, cit., p. 725 y ss.



aún, no sólo se plantea en el ámbito de la actividad legítima del Estado, sino también respecto a las faltas de servicio que configuran la llamada responsabilidad por actividad ilegítima.

La diversidad de las soluciones y criterios proporcionados por la doctrina y la jurisprudencia para definir el alcance de la indemnización en tales casos nos lleva a replantear la cuestión para encontrar una fundamentación común que permita tratar con la misma vara situaciones que, si bien son diferentes, guardan una semejanza por analogía, en tanto la finalidad perseguida consiste en remediar la desigualdad causada por los daños que el Estado ocasiona con su accionar a los derechos o bienes de los particulares.

Lo primero que corresponde averiguar es si en el texto de nuestra Constitución existe algún precepto que permita establecer cuál es el alcance de la reparación en tales casos. Si bien se han hecho esfuerzos interpretativos para tratar de ubicar en un precepto constitucional —como el art. 19 de la CN— el criterio para medir el alcance del daño, lo cierto es que no hay en ella un criterio preciso (21) y así como no se puede sacar jugo bebiendo de las piedras, tampoco resulta lógicamente posible deducir del texto constitucional una regla o criterio que no resulta del precepto sino de la inferencia de los juristas (22).

La solución no pasa por acudir en todos los casos al criterio de la ley de expropiaciones (23), que circunscribe la indemnización al valor de objetivo del bien y a los daños que sean una consecuencia directa de la expropiación con exclusión del lucro cesante, máxime cuando este concepto se ha interpretado en forma restrictiva, contrariando incluso sus fuentes doctrinarias que consideraban indemnizables el valor empresa en marcha (24), así como los lucros cesantes comprobables razonablemente previstos y los que derivan de la naturaleza del bien (un campo inundado por la decisión

---

(21) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, “Revocación del contrato de obra pública”, Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 56 y ss., analiza, con rigor científico, los principales *leading cases* en materia de responsabilidad contractual y extracontractual por actividad legítima.

(22) LAPLACETTE, Carlos José, “Derecho constitucional a la reparación de daños”, LL 2012-E, 1045.

(23) El art. 10 de la ley 21.499 preceptúa: “La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

(24) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº IV, 4º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, ps. 253/254.

del poder público), considerándose que sólo debía excluirse el lucro cesante eventual o hipotético (25).

Al respecto, si bien se ha reconocido que la figura de la expropiación por utilidad pública tiene un fondo común con la responsabilidad por actividad legítima del Estado, es evidente que se trata de instituciones distintas (en la primera hay sustitución de la propiedad que se traspassa al dominio estatal). Por lo demás, si el valor objetivo del bien es, en definitiva, el valor de mercado (26), esta pauta resulta inaplicable para medir la indemnización por daños físicos o corporales a las personas (27).

La complejidad de nuestro sistema y los vaivenes de la jurisprudencia no impiden reconocer, en los fallos de la Corte, una firme tendencia hacia la reparación amplia que incluye el lucro cesante razonable y comprobado (ganancias, utilidades o frutos dejados de percibir).

En rigor, la reparación nunca puede ser integral, tanto porque excluye la indemnización por los daños normales o cargas públicas no indemnizables (p. e. los gastos que demanda la obligación de comparecer como testigo) como por la circunstancia que no todos los perjuicios dan derecho a la indemnización (v. gr. las consecuencias casuales y las remotas) (28).

Ahora bien, la inexistencia, en la Constitución formal, de un texto expreso que consagre el principio que rige la reparación o restitución (la clásica *restitutio*) no puede alegarse como pretexto o argumento para negar la procedencia de una indemnización amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, así como de otros daños, como la violación de los derechos personalísimos (29), respondiendo tanto por las consecuencias inmediatas como por las mediatas previsibles (30). En efecto, tras la reforma constitucional de 1994, que adjudicó a determinados tratados internacionales la calidad de fuente jurídica directa con jerarquía constitucional, superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN), ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la restitución, toda

---

(25) Cfr. nuestro "Curso de derecho administrativo", Tº I, cit., ps. 286/287.

(26) CS, Fallos 207:804; 242:150, entre otros. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº IV, cit., ps. 241/242; MAIORANO, Jorge Luis, *La expropiación en la ley 21.499*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1987, p. 62 y nuestro *Curso de derecho administrativo*, Tº II, cit., p. 285.

(27) PERRINO, Pablo E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, LL 2014-C, 1078.

(28) Art. 901 del Código de Vélez Sarsfield, art. 1727 del nuevo CCCN.

(29) Art. 1738 CCCN.

(30) Art. 1726 CCCN.

vez que la Convención Americana ha prescripto el principio de la “justa indemnización”, en dos de sus artículos.

El primero de ellos prescribe que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (31) mientras que el segundo estatuye que cuando se vulneran derechos o libertades corresponde “el pago de una justa indemnización” (32). Dichos preceptos han sido invocados por la doctrina del derecho público a partir de la reforma constitucional de 1994 para sustentar el fundamento del principio de la justa indemnización (33) que algunos asimilan a reparación integral (34) o amplia (35), el cual constituye un nuevo paradigma del derecho público (36).

En consecuencia, la clave para desentrañar este intrincado problema interpretativo se encuentra en la comprensión del concepto “justa indemnización”, el cual exige acudir necesariamente a la teoría de la justicia. Según alguna doctrina jurisprudencial minoritaria (37), la razón para justificar la exclusión de la procedencia del lucro cesante en la responsabilidad estatal derivada de la actividad legítima estribaría en que se trataría de una relación de justicia distributiva que rige las relaciones entre la comunidad y sus partes, conforme a criterios de distribución, mientras que la justicia conmutativa vendría a regir las conmutaciones de acuerdo a los principios y reglas del derecho común o privado.

La concepción de Tomás de Aquino sobre la justicia conmutativa como una de las especies de justicia particular y su distinción con la justicia distributiva, incardinadas ambas en la justicia general, llamada también le-

---

(31) Art. 21 ap. 2 CADH.

(32) Art. 63 ap. 1.

(33) PERRINO, Pablo E., “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público”, en la obra colectiva *La contratación pública*, T° 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 1128/1129; LAPLACETTE, Carlos José, “Derecho constitucional...”, cit., LL 2012-E, 1045; CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Revocación...*, cit., p. 154 y ss. e IBARLUCÍA, Emilio A., “El derecho constitucional a la reparación”, Abaco, Buenos Aires, 2013, p. 50 y ss.

(34) Véase: IBARLUCÍA, Emilio A., “El derecho constitucional...”, cit., p. 194, para quien el derecho a la reparación se funda en un principio implícito (op. cit., p. 125).

(35) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, “Revocación...”, cit., p. 172 y ss.

(36) Sobre la función de los paradigmas e incluso, de los llamados epistemes, véase: ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “El principio de legalidad y la justicia social en el Derecho Administrativo francés”, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2008, p. 33 y ss.

(37) Voto en disidencia de la Dra. Elena Highton de Nolasco en la causa “El Jacarandá SA”, expuesto en Fallos 328:2654.

gal por Aristóteles, implica un desarrollo realmente original de la concepción aristotélica que las unificaba dentro del concepto de justicia correctiva. Mientras la justicia general tiene por fin la realización del bien común, las dos especies de justicia particular se orientan, inmediatamente, a la ordenación de los bienes singulares de cada persona (38) y, en algunos supuestos, aparecen en forma conjunta en las relaciones jurídicas (39). Esto último acontece en el plano de la responsabilidad estatal, pues mientras la remediación de la desigualdad se lleva a cabo a expensas de la distribución del patrimonio o acervo común del Estado, la restitución se realiza según el criterio de la justicia conmutativa (40), circunstancia que, unida a la deformación doctrinaria sobre la concepción de Tomás de Aquino que introdujo el Cardenal Cayetano (41), cuando sostuvo que la justicia distributiva era la justicia del Estado, ha sido la principal fuente de las confusiones y equívocos en que se ha incurrido al interpretar la teoría aristotélica-tomista de la justicia (42). En rigor, se trata de conceptos e ideas que corren por andariveles distintos, gestadas en otro contexto histórico. No obstante ser de vigencia actual, su extrapolación ha de efectuarse con sumo cuidado cuando se pretende interpretar el modelo original.

Veamos las diferencias que existen en materia de compensación, según que se apliquen los principios de la justicia distributiva o los de la justicia conmutativa, para lo cual nada mejor que acudir a Finnis cuando expresa: “Un modelo legal de este tipo para asegurar la justicia distributiva busca, en consecuencia, compensar a todos los que sufren un daño en el área relevante de vida común, mientras que el modelo para asegurar la justicia conmutativa busca compensar solamente a quienes fueron lesionados

---

(38) *Suma Teológica*, Tº VIII, Tratado de la Justicia, BAC, Madrid, 1956, S.T. II-II, q. 58 a.7.

(39) FINNIS, John, “Ley Natural y Derechos Naturales”, trad. de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 208.

(40) *Suma Teológica*, cit., S.T. II-II, q. 62 a.1.

(41) El error principal de la deformación que introdujo Cayetano consistió en sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado, algo que jamás pasó por la mente de Tomás de Aquino; sobre este punto puede verse un correcto análisis en FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 213/216. De ahí que algunos autores pasaron a identificar la justicia distributiva con el derecho público (entre nosotros es la tesis que luego de su primer libro ha vuelto a desarrollar BARRA, Rodolfo C., en su “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº 1, Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 123 y ss., especialmente p. 155 y ss.).

(42) Véase: ROSSI, Abelardo F., “Aproximación a la justicia y a la equidad”, Educa, Buenos Aires, 2000, p. 21 y ss., especialmente p. 22, afirma que el todo no es el Estado; HERVADA, Javier, “Introducción crítica al derecho natural”, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2006, ps. 38/49, tampoco incurde en esa confusión. Al respecto, expusimos la opinión del texto en sucesivos trabajos: “La igualdad en la contratación administrativa”, ED 101-899, entre otros, y en las distintas ediciones de nuestro *Derecho Administrativo*, y últimamente en el *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, cit., p. 21 y ss.

por el acto de quien no se comportó con arreglo a sus deberes (según la justicia conmutativa) de cuidado y respeto por el bienestar de los demás, y a quien se le exige por tanto una reparación. Por otro lado, el modelo distributivo estará normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes, de tal modo que ninguno de los que sean compensados recibirá tanto como lo que algunos de ellos podrían haber recibido en el modelo conmutativo. Sin duda que subsisten los deberes de justicia conmutativa de los transgresores, descontada la compensación que la parte lesionada reciba en virtud del modelo distributivo; pero estos deberes ya no son impuestos coactivamente por el derecho. De aquí que, si se adopta un modelo distributivo puro en un contexto en que sea inadecuado, algunas partes lesionadas pueden afirmar con razón que el derecho no logra garantizarles la justicia” (43).

Por otra parte, constituye un error interpretar la conmutatividad como un intercambio, pues el entendimiento que cabe asignar a dicho concepto es mucho más amplio, refiriéndose a los cambios en general (44), así como interpretar que la pareja justicia distributiva-conmutativa se corresponde con el derecho público y el derecho privado, dado que hay relaciones de justicia distributiva en el derecho privado (v. gr. en la quiebra y en el derecho laboral) y de justicia conmutativa en el derecho público (p. e. en los contratos de la Administración), sin perjuicio de que, en muchas ocasiones, suelen aparecer en forma conjunta.

Para captar debidamente la fórmula “justa indemnización” que utiliza la Convención Americana de Derechos Humanos (45) hay que tener en cuenta, básicamente, que la justicia entraña siempre una relación de igualdad y que esta igualdad exige que la reparación o restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional al valor de la cosa, bien o derecho conculcado de modo de restablecer el equilibrio y poder así remediar la desigualdad que produce el acto dañoso en el patrimonio del particular por el obrar del Estado.

---

(43) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 209/210.

(44) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 207.

(45) El principio de convencionalidad resulta vinculante (art. 75 inc. 22 CN) así como la interpretación que hace de la CADH la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto último, es discutible cuando se alteran principios, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución, no obstante que la tendencia seguida por la Corte Suprema a partir del caso “Mazzeo” (Fallos 330:3248) ha dado por presupuesta dicha compatibilidad por el juicio que hizo el constituyente. No compartimos este argumento pues, de ser así, la norma constitucional no tendría sentido y sería superflua.

Esta conclusión implica que la reparación, para que sea justa, ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante (46), así como otros daños como los que se producen por la violación de los derechos personalísimos o el daño moral, ya sean producto de la responsabilidad por la actividad contractual o extracontractual, fuera legítima o ilegítima, porque de lo que se trata es de recomponer las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño para remediar la desigualdad. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velázquez Rodríguez” (47).

En definitiva, el mismo criterio que ha utilizado alguna jurisprudencia de la Corte para establecer el alcance de la indemnización, aunque sin fundarlo en la teoría de la justicia ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, resulta válido para la interpretación que efectuamos ya que, si bien no lo relaciona con la teoría de la justicia, acierta esencialmente, salvando la deficiente terminología, al afirmar que “el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros, a la responsabilidad aquiliana, exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito” (48) y que “el principio de la reparación ‘justa e integral’ debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una equivalencia numérica teórica” (49).

Por esas razones, la exclusión del rubro lucro cesante que ha efectuado el art. 5° de la ley 26.944 en el ámbito de la responsabilidad por actividad legítima no resiste el test de constitucionalidad al conculcar los arts. 21 ap. 2 y 63 ap. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No desconocemos que la solución propugnada por un sector de nuestra doctrina (50), en el sentido de que la violación del principio de igualdad por una ley o reglamento ubica la responsabilidad en el ámbito de la

---

(46) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, “Revocación...”, cit., p. 174 afirma que la indemnización debe comprender los beneficios económicos futuros ciertos.

(47) CIDH, 17/08/1990, *in re* “Velázquez Rodríguez”, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (art. 67 Convención Americana de Derechos Humanos), Serie C9, párrafos 27 y 28.

(48) CS, Fallos 250:135.

(49) CS, Fallos 295:973.

(50) ESTRADA, Juan Ramón de, “Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales (Fundamentos y límites de la responsabilidad conforme a derecho)”, ED 102-843 y BUSTELO, Ernesto, “Responsabilidad del Estado por su actividad ¿ilícita?”, en *Estudios de Derecho Administrativo XI*, IEDA, Diké, Mendoza, 2004, ps. 385/391.

actividad ilegítima o ilícita, elimina el problema interpretativo existente. Pero habida cuenta las dudas (51) que puedan suscitarse al respecto nos parece que la ilegitimidad se centra en el incumplimiento del deber de reparar que pesa sobre el Estado en supuestos de sacrificios especiales producidos por la actividad administrativa, legislativa o reglamentaria legítima, lo que muchas veces resulta difícil determinar *a priori*, máxime cuando se trata de daños patrimoniales particularizados y no susceptibles de generalización.

### 5. Principales críticas a la ley 26.944

La regulación de la responsabilidad del Estado en el Código Civil de Vélez Sarsfield garantizaba la estabilidad de una jurisprudencia que (con pocas excepciones) se había mantenido durante treinta años se sustituye ahora por una ley que limita y, en algunos casos, suprime la responsabilidad estatal de un modo que cercena los principios del Estado de derecho. Entre las normas objetables (52) cabe señalar el art. 1º de la ley 26.944, que excluye la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil y Comercial a la responsabilidad del Estado, lo que carece de sentido, toda vez que no siendo completa la regulación de la responsabilidad en dicha ley hay que acudir necesariamente al Código Civil y Comercial para cubrir los vacíos normativos, mediante el procedimiento de la analogía, al que por razones de especialidad y autonomía corresponde acudir en primer término para pasar luego, una vez verificado el juicio de compatibilidad, a la aplicación directa o subsidiaria. En efecto, la posibilidad de acudir a la analogía para integrar la carencia de normas con el derecho privado es el procedimiento propio del derecho público y es, por ejemplo, el que permite extender la responsabilidad del Estado por la actividad de las entidades descentralizadas (53).

Basta señalar el requisito que prescribe la responsabilidad por omisión sólo cuando se viola un deber concreto y determinado (art. 3º inc. d) lo que excluye la responsabilidad cuando la omisión (54) transgrede algún principio general del derecho, estén o no regulados en la Constitución o

---

(51) BUSTELO, Ernesto, "Responsabilidad del Estado...", cit., p. 391.

(52) Una crítica muy completa a la nueva ley se encuentra en el libro de Pablo Esteban PERRINO, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 41 y ss.

(53) Véase, HALPERIN, David Andrés, "La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas", *Revista de Derecho de Daños 2015-I*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, p. 294 y ss.

(54) GALLI BASUALDO, Martín, "La Ley 26.944...", cit. ps. 145-147, anota que la norma no sigue la jurisprudencia del Alto Tribunal.



en tratados internacionales; las rigurosas exigencias para acreditar el daños por la actividad legítima (art. 4º incs. c y e) y el carácter excepcional de ésta, así como la prohibición de que no proceda el lucro cesante (art. 5º), el intento de excluir la responsabilidad por omisiones legítimas (dado que el inc. b) del art. 4 no menciona a la inactividad estatal), la diferente regulación del nexo causal en los tipos de responsabilidad (por actividad ilegítima y legítima), entre otras prescripciones, para arribar a la conclusión de que la ley, implica un grave retroceso institucional (55).

Con referencia a la relación de causalidad, cabe advertir que la regulación estatal es sumamente restrictiva por cuanto, sin razón que justifique el cambio, modifica el requisito de la causalidad al exigir, en vez de la causalidad adecuada (como en los casos en que la responsabilidad proviene de la actividad ilegítima), que la misma sea directa, inmediata y exclusiva lo cual, como es obvio, limita sobremanera y en forma injusta la reparación de los daños provocados por el accionar estatal. En especial, la exigencia de exclusividad hace que bastaría que un tercero interfiera en el suceso dañoso para excluir la responsabilidad del Estado, lo que viola el principio de razonabilidad de las leyes (art. 28 CN) alterando el contenido de un derecho considerado esencial, como es el de propiedad (art. 17 CN).

## **6. La necesidad de repensar el sistema**

Como consecuencia de las reformas legislativas que hemos criticado el ordenamiento que rige la responsabilidad del Estado se encuentra en un punto muerto del que será muy difícil sacarlo si no se producen consensos básicos que permitan arribar a un sistema coherente y garantístico de los derechos patrimoniales de los ciudadanos.

Esos consensos básicos pasan por una combinación de elementos teóricos y prácticos que respeten la tradición argentina en la materia y permitan, al propio tiempo, introducir los cambios que demanda la evolución de nuestra realidad social en el marco de la justicia, sin alterar las grandes líneas de la jurisprudencia de la Corte que proporcionan la base indispensable para la seguridad jurídica y estabilidad de los derechos.

Tenemos que resolver, en el campo doctrinario (que incluye por cierto tanto a civilistas como administrativistas), sin mezquindades, una serie de dilemas que hacen desde el alcance de la reparación por la actividad legítima hasta la medida y supuestos en que cabe admitir la introducción

---

(55) Ampliar en: PERRINO, Pablo Esteban, "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", La Ley del 18/06/2014.



del riesgo como factor atributivo de responsabilidad, para dar coherencia y armonía al sistema legal de responsabilidad.

Un asunto no menor es la elección del camino. A nuestro juicio, la vuelta al Código Civil resulta el más conveniente y si bien es cierto que parece conducir a interpretaciones exageradas, ello puede cubrirse con normas justas y razonables, de modo de evitar los desvíos interpretativos, algo que nunca se puede garantizar del todo.

La otra posibilidad pasa por modificar la actual ley 26.944 corrigiendo sus defectos y errores y atribuyéndole carácter de norma nacional común de derecho público para impedir la anarquía legislativa a la que nos conducirá la diversidad y colisión con normas provinciales (56) que, según pensamos, altera el principio de unidad de legislación de fondo o común, ínsito en el art. 75 inc. 12 de la C.N.

De ese modo, el ordenamiento argentino habrá cumplido con el mandato derivado del principio de justa indemnización que surge del juego tanto de prescripciones constitucionales (arts. 17 y 19 C.N.) como de dos cláusulas específicas de la CADH (art. 21 ap. 2 y art. 63 ap. 1), principio que vincula a todos los poderes públicos de la República. ♦

---

(56) Este aspecto y otras paradojas han sido objeto de críticas: véase: ROSATTI, Horacio en el libro, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y escéptico*, Rubinzal-Calzoni, 1ª ed., Santa Fe, 2014, p. 522, quien señala que, entre otras cosas, que: a) se trata de una norma del Congreso que dice que no se aplica otra norma del propio Parlamento a la que, sin embargo, no deroga; b) no obstante que pretende unificar criterios legislativos comunes “abre la puerta a una multiplicidad de regulaciones”, pudiendo colisionar con normas de las constituciones provinciales que contemplan la aplicación del CCCN.



V

OTRAS DISERTACIONES  
Y TRABAJOS



# IX CONGRESO DE LAS ACADEMIAS DE JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA

POR EMILIO P. GNECCO (\*)

Señor presidente de la Mesa Permanente de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica Dr. Luis Moisset de Espanés; señor presidente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales; señores miembros de las distintas Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamericana que concurren a esta reunión.

Señoras y señores:

Estoy en este IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica que con tanta generosa acogida nos ha recibido esta destacada y hermana Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, que preside el Dr. José A. Moreno Ruffinelli. Lo hago en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (Argentina), de la que formo parte como miembro titular, y desde hace varios años integrando su mesa directiva.

1. Los antecedentes de nuestra academia los han remontado en alguna oportunidad aludiendo a la Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia de 1815, descartado luego por lo distintos fines que aquella perseguía (solo escuela para aplicación de la ley); también al cuerpo académico universitario instituido por decreto provincial de 1874. Pero la verdadera autonomía de la academia se alcanza recién por los decretos de 1906 y de 1925 del Poder Ejecutivo Nacional. Luego del excelente estudio efectuado por el académico Víctor Tau Anzoátegui publicado en el año 2006, la academia a la que pertenezco reconoce, por resolución de la misma, que su fecha de creación es el 7 de octubre de 1908, habiendo estado al frente

---

(\*) Palabras pronunciadas por el académico, en Asunción del Paraguay, el día 24 de septiembre de 2016 en oportunidad de la reunión del IX Congreso de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica

inicialmente el Dr. Wenceslao Escalante, pero designando luego, en 1910, como su primer presidente al distinguido jurista Dr. Manuel Obarrio.

2. La ligera referencia que he hecho de nuestra academia no tiene si no el propósito, respondiendo al tema fijado en el Congreso, de dejar delineada las *finalidades permanentes de la corporación desde sus inicios*. Ellas quedan enumeradas en su estatuto y son: “estudio de las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales que se promuevan en su seno o se les consulten; fomentar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas y sociales; y propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal”.

Estas finalidades, refirmadas en el correr del tiempo (siglo XXI), vienen siendo consideradas como permanentes de nuestras académicas y derivadas, quizá, con proyecciones cada vez más perfeccionadas, desde los genuinos fundamentos que desde lejanos tiempos dieron lugar a este tipo de corporaciones, pues aquella academia de Platón no solo se la concibió en esos remotos años como escuela, sino como *asociación dedicada a la investigación y desarrollo entonces de la filosofía tarea efectuada colectivamente*.

Se ha llegado a decir que la fundación de las academias es de alguna manera el “más memorable acontecimiento en la historia de las ciencias en Occidente”. Cuando en nuestro país se ha hecho referencia en Buenos Aires al edificio en el que tienen asiento varias de las Academias Nacionales “Casa de las Academias” (la de Derecho y Ciencias Sociales, la de Agronomía y veterinaria, la de Ciencias Morales y Políticas y la de Ciencias) se pudo consignar que se las consideraba “uno de los signos de más alta dignidad intelectual del país”, con “significación especial en toda la comunidad, por ser uno de los centros de mayor calificación con que cuenta la República, lo que constituye un motivo de legítimo orgullo para la nacionalidad” (Informe del 30 de octubre de 2009).

Si en algún momento de la historia se ha pretendido menoscabar a las academias y al trabajo que realizaban, ello sin duda ha sido o una decisión política aviesa que por suerte no ha tenido mayores repeticiones o una determinación en base a equivocados conceptos.

3. La finalidad de las academias se identifican, pues en todas ellas hay una clara intención de *exaltar los mejores valores morales, el estudio y la investigación de los temas que le son propios con el fin de constituirse en aportes que contribuyan a alcanzar la meta del bien común de la sociedad*. En el caso de las Academias de Derecho y Ciencias Sociales esa dedicación

por la investigación y el trabajo tienden sin duda *a perfeccionar las normas del derecho y en ese camino trabajar incesantemente por consagrar por encima de todo el valor justicia que conjuga demás valores que pueden referirse a la solidaridad, a la cooperación, a la seguridad, al orden y, en definitiva, a la paz.* Y en esa finalidad perseguida, como lo señalaba un ilustre académico, recordando a Luis Recasens Siches, tener presente de manera permanente que el derecho “no es solo vida humana estratificada en normas... sino vida humana viviente que debe ser interpretada y conocida a través de normas y que se regula por intermedio de ellas, con la finalidad de hacer reinar los valores que la inspiran”. Es imprescindible, para el éxito de las construcciones jurídicas, que se posea *una información acabada de la realidad que vive la comunidad sobre la cual tales preceptos incidirán y si tales vivencias y tradiciones pretenden desconocerse a través de las normas que se proyecten, éstas muchas veces estarán destinadas al fracaso.* Ninguna ideología puede desentenderse de la realidad en que se vive y de la tradición que se siente en una comunidad: la interpretación en el campo del derecho debe considerarse que no puede mantenerse de manera elusiva en el terreno de las normas olvidándose o no atribuyendo la importancia que ello tiene. Las normas no asumen sino por función reglar la conducta de las personas de la manera más equitativa y justa, y en todo esto es mucho lo que pueden aportar los estudios y trabajos de las academias.

4. La independencia científica de las academias, aceptada desde fines del siglo pasado, da pie a un verdadero desafío en el presente siglo XXI, en el que contamos con los novedosos medios técnicos de comunicación para poder difundir sus actividades. Es oportuno señalar que ha existido una relación y aun una dependencia inicial de las academias con las universidades. Se ha podido afirmar que aquella legendaria academia de Platón fue progenitora de la universidad medioeval y aun de la moderna.

En la Argentina, por ejemplo, un decreto de la provincia de Buenos Aires de 1874 no había establecido la constitución de una academia propiamente dicha, sino que referido a la universidad, aludía en sus artículos a los “miembros académicos” como integrantes de los órganos de gobierno de cada facultad. Pero años después, en 1906, al reformarse los estatutos de la universidad, dictó el Poder Ejecutivo un decreto modificando lo inherente a los órganos de gobierno de las facultades, reemplazando a los “miembros académicos” por un concejo directivo, pero reglamentando al propio tiempo el funcionamiento y funciones “de las academias de la universidad”. De esta manera *quedaba establecido un marco regulatorio de las academias como institutos con objeto específico y diferente a los órganos encargados del gobierno de las respectivas facultades.* Así y todo, la

verdadera independencia de la academia de la universidad surge del decreto del Poder Ejecutivo Nacional dictado por Marcelo T. de Alvear en 1925 que estableció que las academias (antes previstas en los estatutos de la universidad) “se organizarían y constituirían como instituciones autónomas, pudiendo adquirir personería jurídica conforme los principios generales del derecho civil”. Como muchas otras, la nuestra es una asociación civil sin fines de lucro. (Marinhoff la calificó como persona pública no estatal: Fallos t. 301, p. 562: sus actos o decisiones no son “actos administrativos” y sus empleados no son agentes públicos sino regidos por el derecho laboral: Ray J. D. 1996).

De todos modos debe decirse que academias y universidades son dos mundos que persiguen finalidades comparables cada uno en las condiciones y por sus propios caminos, por lo que debe haber distancia al mismo tiempo que colaboración entre ellos, concurrencia y complementariedad, y como se ha afirmado: “deben convivir, sin estar uno en detrimento del otro, sino respetándose recíprocamente en un desarrollo autónomo, cultivando sus respectivas finalidades y vocaciones” (De Broglie, p. 20).

5. Cada academia en su especialidad y todas en conjunto tienen las mismas finalidades: *memoria, transmisión, búsqueda, investigación y creación* (decía De Broglie). Las academias deben tener la posibilidad de afianzar la vocación por la cultura (alcanzando conocimientos que hacen al espíritu de cada uno). *En las academias debe encontrarse el pleno goce de la libertad de pensamiento, ello es su propia razón de ser*, pero, sin duda, que a través de él sea la realidad la que se pueda encontrar en el análisis y que el producto de esa libertad de pensamiento pueda convertirse en algo positivo para la comunidad. Deben tener prioridad los trabajos académicos que aludan a temas fundamentales de la sociedad para que puedan proyectarse sobre la misma sin descuidar, por supuesto, la tarea propia de la investigación.

6. Todas las academias tienen una indudable vocación hacia el estudio y la investigación, hemos dicho que ello es su finalidad esencial, su razón de ser. Por eso es muy oportuno que las finalidades de las academias incluyan propiciar el encuentro entre las distintas disciplinas. En ese sentido, debo recordar que en nuestro país, en Buenos Aires, periódicamente realizamos reuniones interdisciplinarias (puedo recordar las más recientes, qué efectuamos conjuntamente con la Academia Nacional de Medicina, con la Academia Nacional de Periodismo, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, abordando temas de enorme interés, aportando a la sociedad las distintas visiones que sobre los mismos exponían los representantes de esas corporaciones: en el 2014 lo fue sobre “drogadicción” y sus



diversas implicancias (en el salón de actos de la Academia de Medicina: Dr. Horacio Sanguinetti por la de Ciencias Morales y Políticas, Dr. Jorge Vanossi por la de Derecho, el Dr. Ramón Leiguarda por la de Medicina y Lic. Horacio Reyser por la Academia de Periodismo; y el año pasado sobre el tema de la “Pobreza”, en él, entre otros, efectuó una muy interesante disertación el académico, vicepresidente actual de la Unión Industrial Argentina Daniel Funes de Rioja.

7. Al mismo tiempo, es de fundamental importancia en el tema de la independencia de las academias que estas no solo tengan la libre elección de los temas que aborde y la organización de los trabajos, sino que es conveniente que las academias puedan *exhibir una autonomía en relación a organismos privados o del Estado que pueda considerarse que las puedan condicionar en su elevado misión* (investigación y trabajo). Ello sin perjuicio de la conveniente relación o intercambio de conocimientos y trabajos que pueda tenerse con tales organismos. Eso es lo que se estableció, en nuestro país, como lo acabo de recordar, por decreto nacional, señalando que las academias se constituirían y organizarían como “instituciones autónomas, pudiendo adquirir personería jurídica según los principios generales del derecho civil”. (Y en 1940 un decreto del presidente Castillo le concede personalidad jurídica a nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.).

8. Cuando en el cumplimiento de las finalidades de las academias recordamos la independencia de la que deben gozar, hay un aspecto que necesariamente se le une, que es el relativo a la *autonomía económica*. En ese terreno las realidades de cada academia pueden ser distintas. En el nuestro, la academia, con un presupuesto realmente muy reducido, desde el área de Cultura de la Nación recibe (como también ocurre con otras actividades culturales o artísticas) una muy discreta contribución mensual fundamentalmente para sueldos y algún gasto (solo hay dos empleados administrativos), la cual, debo señalarlo, generalmente no alcanza (siempre los gastos son mayores) y debe recurrir a la venta de algunos ahorros de la corporación que con esfuerzo formó desde hace muchos años, con aportes de los propios académicos. De cualquier manera debo señalar que por acuerdos que hemos tenido con la editorial de una de las revistas jurídicas más importantes de nuestro país, los trabajos de nuestra academia son publicados periódicamente y se mantiene la edición de la colección de Anales, que se publican todos los años. Además, como sin duda también ocurre en las demás corporaciones, emitimos dictámenes en temas de relevancia en el campo jurídico y social y contestamos consultas que en algunos casos nos hacen llegar. A todo lo cual se suman, naturalmente, las sesiones públicas realizadas muchas veces con sentido

de homenajes a personas destacadas o motivadas por la recordación de distintos hechos significativos ligados a nuestra historia. También, la convocatoria a premios, que son un aliciente propuesto a los fines de promover la investigación y el estudio. La academia, además de sus 30 miembros titulares, tiene miembros eméritos, honorarios y correspondientes en distintas partes del país y del exterior y a varios institutos, formados también por estudiosos, que aportan los trabajos e investigaciones en las distintas ramas del derecho.

9. En los países democráticos hay un respetuoso y enfático reconocimiento de las academias, países en los cuales las academias animan su vida intelectual y contribuyen a estimular la conciencia de cada Nación.

Un destacado académico francés (canciller del Instituto Francés), al aludir a la labor y finalidad de las academias en el siglo XXI, señalaba que “los rasgos del mundo académico han sido continuamente definidos como ‘la excelencia como vía de acceso, la independencia como razón de ser y la investigación desinteresada como utilidad social’” ( Gabriel De Broglie: *Las Academias del siglo XXI*), agregando que “es propio del espíritu académico cumplir un papel de puente entre las culturas y de luchar para que la universalidad del espíritu y la fuerza del pensamiento independiente sean reconocidos,... como una necesidad de nuestro tiempo” (p. 21), pues de lo que se trata es de “evitar la ruptura total y mantener viviente un lazo irremplazable y amenazado, el lazo entre ayer y hoy, entre la tradición y la novedad” (De Broglie). En tal sentido, las actividades de las academias no descartan sino, por el contrario, tienen presente las investigaciones y trabajos ya realizados para proyectarse hacia nuevas posiciones. Recordamos que Ortega y Gasset afirmaba que el progreso no consiste en dejar de lado lo valioso que se haya antes aportado sino “al revés, conservar la esencia de lo que se viene haciendo que tiene la virtud de crear ese hoy mejor”. Jean d’ Ormesson, académico del Instituto de Francia decía “la mayor tarea de la tradición consiste en rendir al progreso la cortesía debida, permitiendo al progreso surgir de la tradición”.

Por ello, y termino, reuniones de esta naturaleza, signadas por la idea de fortalecer vínculos y refirmar propósitos dirigidos al estudio e investigación, nos llenan de agrado y satisfacción. ◆

# EL PROCESO Y LOS PRINCIPIOS EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

POR ENRIQUE M. FALCÓN (\*)

## 1. Introducción

El medio ambiente, como conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y tecnológicos relacionados con las personas y la sociedad en su conjunto, es el ámbito dentro del cual se ha desarrollado nuestra civilización, en un minúsculo momento de la existencia de nuestro planeta y en el que nos vemos favorecidos si no lo destruimos primero o no sucede una catástrofe que esté fuera de nuestro poder controlar, por unos próximos cincuenta mil años.

En cualquier caso, el medio ambiente está relacionado con un conjunto de valores naturales y culturales existentes en un lugar y en un momento determinado, que influyen en la vida del ser humano y en las generaciones futuras. Este medio ambiente, no obstante, tiene un equilibrio frágil y resulta fácil destruir. La actividad del ser humano contribuye, en la sociedad actual como en ninguna otra, a perjudicar ese medio ambiente, en su interrelación con los avances científicos y tecnológicos.

Advertida esta situación, la comunidad internacional ha realizado numerosas reuniones, convenciones, tratados sobre el particular, como por ejemplo el Protocolo de Kioto sobre el cambio climático - reducción de la emisión de gases de efecto invernadero. Pero no sólo el grave problema del invernadero (1) es el que preocupa, también la convención sobre

---

(\*) Disertación del académico, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Jornada Interacadémica sobre "El problema ambiental en la sociedad, la salud y la economía", del 13 de octubre de 2016, organizada por la Academia Nacional de Medicina junto con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, de Periodismo, de Ciencias Económicas, de Educación, de Geografía, de Ingeniería, de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales y de Agronomía y Veterinaria.

(1) En la Argentina se presta especial atención a los problemas relacionados con el cambio climático. Así se ha creado, en la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros, el Gabinete Nacional de Cambio Climático, el que tendrá como finalidad articular políticas en materia de cambio climático y generar conciencia en toda la sociedad sobre su relevancia (decreto 891/16).

armas biológicas, la protección del mar, la biodiversidad y otras muchas son cuestiones sobre las que se ha ido avanzando, a veces lentamente.

Por su parte, los Estados han dictado sus propias normas para la protección del medio ambiente. Y en la Argentina en particular resulta de suma importancia la Ley General del Ambiente 25.675, que establece como bien jurídico protegido la “gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo que se pueda defender con razones (“desarrollo sustentable” dice la ley, reiterando la palabra inicial)” (art. 1º). Para este logro la ley establece los presupuestos mínimos aceptables en la materia, aplicable en todo el país (art. 3º).

Paralelamente, se han ido desarrollando un conjunto de disciplinas científicas ambientales cuyo principal objetivo es buscar y conocer las relaciones que mantiene el ser humano consigo mismo y con la naturaleza y establecer los rangos de equilibrio, lo que implica un área de estudio multidisciplinario que comprende muy distintas actividades. Esto justifica la reunión interacadémica que estamos sosteniendo.

## **2. Objetivos de la política ambiental**

Según la ley que nos rige (art. 2º), la política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos:

a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas (esto es, que producen o modifican las condiciones ambientales por la actividad humana).

b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria.

c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión.

d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales.

e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos.

f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica.

g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo.

h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal.

i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma.

j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional.

k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

Para ver la forma en que estos objetivos puedan llevarse a cabo en los casos concretos, vamos a examinar, brevemente, la cuestión de los principios y el procedimiento judicial aplicable en los casos de conflicto. Por supuesto que estas cuestiones corresponden en primer lugar al control de las autoridades del Estado (2), pero el problema se presenta tanto cuando estas autoridades no actúan, cuanto actúan incorrectamente, ya sea por falencias en las medidas tomadas, ya sea por el tiempo inadecuado en ocuparse del tema.

### 3. Los principios

Los principios son los orígenes o derivaciones de los valores fundamentales que una sociedad tiene para su adecuada existencia en un tiempo y en un lugar. Esos principios son *reglas sociales* con duración diversa y que pueden cambiar con el tiempo según las concepciones que se tengan (por ejemplo, se consideró en algún momento que los esclavos no eran personas, sino cosas). Estas reglas pueden ser generales (como el derecho a la vida, el derecho a un debido proceso, etc.) o particulares, es decir, aplicables a determinadas situaciones, como en el caso que nos ocupa el medio ambiente. A su vez, estas reglas pueden ser operativas (que se aplican sin necesidad de reglamentación alguna) o programáticas (que requieren el desarrollo de un programa de implementación).

---

(2) El art. 4º de la ley 25.675 comienza diciendo: La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios..., y el art. 5º agrega: Los distintos niveles de gobierno (la expresión gobierno está indicada aquí como componente de los tres poderes: administrativo, legislativo y judicial) integrarán en todas sus decisiones y actividades previsiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley.

La Ley General del Ambiente 25.675 establece los principios particulares que se aplican al medio ambiente en el art. 4º. Es decir que los procesos de medio ambiente están regidos por dos grupos de principios. Aquellos que son generales a todo el derecho y que en general están previstos en el art. 18 de la Constitución Nacional (3), reiterados y ampliados por diversos tratados y convenciones que nuestra Nación ha aprobado, y los principios específicos de la materia ambiental a los que nos dedicaremos ahora, dejando en claro, que muchos de los nombres con que se designan los principios del medio ambiente, no siempre corresponden al lenguaje estricto de dichas reglas en otras áreas del derecho. Veamos.

1) *Principio de congruencia*: “La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga”. La congruencia es, en este caso, la relación lógica directa de subordinación e interdependencia entre la norma de la ley nacional y las leyes provinciales.

2) *Principio de prevención*: “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”. Los modelos preventivos, que también ha adoptado el nuevo Código Civil y Comercial, representan en la actualidad una de las vías por las cuales se orienta el derecho para lograr en lugar de una sanción por el daño causado, que muchas veces no puede ser debidamente reparado, evitar dicho daño antes de que se produzca.

3) *Principio precautorio*: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”. La diferencia de este principio con el de prevención es que, en este caso, se sienta

---

(3) CN, art. 18: Art. 18. 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. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

una regla especial que se refiere a los supuestos en que el tiempo en lograr la información o la falta de definición concreta sobre determinado problema en el ámbito científico, hace necesario tomar medidas sin estos datos basándose en la probabilidad adecuada por la experiencia objetivada (4).

(4) La medida cautelar dictada por esta Corte el 26 de marzo de 2009 se fundó en el principio precautorio contemplado en la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 4) frente a la situación clara de peligro grave que se presentaba, y fue dispuesta a fin de evitar la degradación del medio ambiente. De allí que no se advierte la necesidad de requerir a algún organismo independiente que “dimensione” el daño causado por los desmontes ilegales durante la vigencia de la cautelar, pues la determinación de la magnitud de ese fenómeno sólo podría dar lugar eventualmente a reclamos vinculados con las consecuencias dañosas que esos hechos pudieran haber ocasionado, cuestión que excedería el marco de este proceso y resultaría ajena a la competencia de esta Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional (conf. causa “Mendoza”, eDial.com - AA357E], Fallos: 329:2316) (CSJN - 14/9/2010 - S. 1144. XLIV. - “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, eDial.com - AA63AB). Butti y Sidoli señalan que con el tiempo seis principios básicos pasaron a formar parte del principio precautorio: “Anticipación preventiva: la voluntad de tomar acción anticipada sin esperar la prueba científica de que es necesario actuar, basados en que una mayor demora será finalmente más costosa para la sociedad y la naturaleza, y en el largo plazo, injusta para las futuras generaciones. Salvaguardia del espacio ecológico y ambiental para la maniobra, como un reconocimiento de que no deberían siquiera aproximarse a los márgenes de tolerancia, menos aún traspasarse. Esto se conoce también como una ampliación de la capacidad asimilativa de los sistemas naturales absteniéndose de usos posibles pero indeseables de los recursos. Proporcionalidad de la respuesta o costo-efectividad de los márgenes de error para mostrar que el grado de restricción no es indebidamente costoso. Esto introduce un sesgo en el análisis costo-beneficio convencional para incluir una función de evaluación de la ignorancia y del probable mayor peligro para las futuras generaciones si se vulneran las capacidades de soporte de la vida, cuando esos riesgos pueden ser conscientemente evitados. Deber de cuidado o carga de la prueba en aquéllos que proponen el cambio: esto plantea profundas cuestiones sobre el grado de libertad para tomar riesgos calculados y de esta forma, innovar y compensar las posibles pérdidas. Las exigencias formales de cuidado ambiental junto a una ampliación de la responsabilidad objetiva por cualquier daño, no importan cuan anticipados podrían estimular la imaginación y el crecimiento. Promoción de la causa de derechos naturales intrínsecos: la noción jurídica de daño ecológico está siendo ampliada para incorporar la necesidad de permitir a los procesos naturales funcionar de manera tal que mantengan el soporte esencial de la vida en la tierra. La aplicación de amortiguadores ecológicos en el manejo futuro da un énfasis práctico al espinoso concepto ético de los derechos naturales intrínsecos. Pago por la pesada deuda ecológica: la precaución mira esencialmente hacia delante, pero hay quienes reconocen que en la aplicación de cuidado, distribución de la carga, costo-efectividad ecológicamente amortiguado y reversión de la carga de la prueba, debería haber una penalización de no haber sido cuidadosos en el pasado. Esto indica que quienes han creado una gran deuda ecológica deberían ser más cuidadosos que aquellos que no lo han hecho. Esto en un sentido es la precaución puesta a la inversa: compensar por pasados errores de juicio basados en la ignorancia o la falta de voluntad en el pasado mostrando un claro sentido de responsabilidad hacia el futuro. Este elemento del principio está aún embrionario en el derecho y la práctica, pero la noción de “responsabilidades comunes pero diferenciadas” recogida en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el concepto de asumir la precaución de acuerdo a las capacidades como se indica en el Principio 15, en cierta forma se relaciona con esta idea, que por otra parte, será

4) *Principio de equidad intergeneracional*: “Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras”. Nuestra vida no es sólo la nuestra, ha sido la de nuestros antecesores y será la de nuestros hijos, nietos y nuevas generaciones. Lo corto de nuestra existencia y la igualdad de trato que merece nuestra especie, como fundamento de la evolución necesaria de la civilización, hace que todas las personas en todas las épocas tengan un ambiente adecuado.

5) *Principio de progresividad*: “Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos”. El desarrollo de cuestiones complejas impide en muchos casos, ya sea por razones económicas, sociales, políticas o de competencia, que una cuestión ambiental pueda resolverse en un solo acto y sean necesarias diversas soluciones paulatinas (5).

6) *Principio de responsabilidad*: “El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”. Aquí se establece una regla que incluye la totalidad de los costos, que incluyen las costas de los juicios que se agregan a los daños por responsabilidad, pero que no finalizan en el momento en que se fija la sanción, sino que queda abierto a las consecuencias que se deriven en el futuro. No queda claro, no obstante, si se trata de un futuro abierto o el mismo debe ser establecido en el momento de la sanción.

7) *Principio de subsidiariedad*: “El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales”. Un acto

---

expresamente consagrado en el Principio 7 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (NU, 1998)”. Y concluyen: Podemos, finalmente, interpretar el sentido de este Principio que no es más que el manejo de la incertidumbre de causales relacionadas a las ciencias naturales y que pueden estar fuera del control humano pero que tienen una directa incidencia con el bien protegido que es, nada menos, que la vida y la salud humana (BUTTI, María Alejandra y SIDOLI, Osvaldo Carlos “*El principio de precaución como pauta rectora del accionar estatal en materia ambiental*”, *elDial.com* - DCC28).

(5) Un claro ejemplo es el caso Mendoza: CSJN, 20-6-2006, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, M. 1569. XL. ORI, Fallos 329, p. 2316, y sus derivados.



o cuestión es subsidiario cuando la responsabilidad entra en juego en defecto de la directa y principal de otra persona. Ello no impide que actúe en forma complementaria, donde el Estado completa, con su accionar, el defecto o faltante del acto del particular.

8) *Principio de sustentabilidad*: “El desarrollo económico y social y el apro-vechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras”. Aquí volvemos a algo que ya mencionamos en el campo de la equidad intergeneracional y que consiste en una aplicación concreta de este último principio.

9) *Principio de solidaridad*: “La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”. Los actos u omisiones pueden tener consecuencias adversas. Aquí no sólo se consideran los actos directos en un determinado campo, competencia o territorio, sino que deben preverse los efectos que se producen en las zonas grises del actuar cuando la solución de la cuestión en un determinado sentido lleva perjuicio a otros sectores como consecuencia de la misma. Allí el Estado debe tomar medidas no sólo para el lugar perjudicado, sino también en los otros lugares donde se extiendan estos perjuicios más allá de los marcos, territorios o competencias, como podría ser lo relativo al agua de los ríos que corren por distintas provincias o lindan con distintas naciones.

10) *Principio de cooperación*: “Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional, el tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta”. La aplicación del principio anterior viene a plasmarse con la cooperación que significa que en varios lugares se utilicen los mismos recursos naturales o se conserven con el mismo cuidado los sistemas ecológicos, que como se sabe no responden a fronteras puramente políticas de un mapa.

#### **4. El proceso**

Pues bien, si las autoridades no cumplen con sus deberes ambientales en tiempo y forma, cabe el reclamo judicial: ¿cómo se realiza un proceso en estos casos? Existe al respecto una gran confusión, pues no se entendió claramente el sistema constitucional, pues nuestra Constitución Nacional en la reforma de 1994 no definió esta modalidad, y no debe hacerlo, pero al hacer una referencia de las mismas dentro del amparo pareciera que

todas las cuestiones ambientales deben tramitar por proceso de amparo, lo cual no es cierto.

Comencemos por el principio. Conforme con el art. 41 CN “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

Luego, en el art. 43 agrega “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y *en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente*, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

A su vez la ley 25.675 dispone que: “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. *Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.* Sin perjuicio de lo indicado precedentemente, toda persona podrá solicitar,

mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

De allí muchos autores entienden que el proceso de amparo es el ropaje adecuado para la cuestión ambiental (6), pero esto no es así.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que las cuestiones ambientales normalmente se desarrollan en un tipo de proceso especial, y este proceso especial es un proceso colectivo. Veamos: si nos preguntamos quienes son los afectados por el problema ambiental, no podremos de modo alguno determinarlos de manera específica. Son las personas que están dentro de un determinado territorio perjudicado por la cuestión ambiental objeto del juicio. Pero esas personas pueden estar, irse, incorporarse, nacer o morir dentro de ese territorio. A su vez quienes se van, las personas que se encuentran en lugares transfronterizos, los que mueren o nacen, pueden verse o no afectados por la cuestión ambiental. Esta cuestión es, entonces, respecto de las personas, *difusa*. Para las cuestiones difusas existe lo que se llama *proceso colectivo difuso*, cuyo reclamo se hace mediante un proceso de ese carácter, que puede definirse conforme lo hace el Proyecto del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal como el que se ocupa de los “intereses o derechos... supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base” (art. 1º-I). Se trata de derechos que son de todos, pero de nadie en particular (como el aire para respirar).

Estos procesos colectivos difusos, donde las personas que se ven implicadas no se pueden determinar, tienen la característica de que, cuando se demanda, no demandan todos los interesados, sino sólo algunos, de los cuales uno o varios vienen a representarlos. Pero lo interesante de esta representación es que no es la misma representación que se aplica a causas las corrientes, donde cada parte se presenta y mediante un acto ostensible manifiesta su voluntad para que alguien actúe por ella, otorgando lo que se conoce como “poder para actuar en juicio”. Aquí, como se trata de un conjunto de personas indeterminadas donde resulta impracticable notificarlas del modo tradicional y traerlas al proceso, se aplica lo que se llama *principio de indeterminación*, que es el que le da la característica especial a este proceso (7). Junto con este principio de indeterminación se

---

(6) Por ejemplo SAFI, Leandro K., “El amparo ambiental”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, páginas 93 a 96.

(7) La indeterminación surge cuando en el lenguaje o en la realidad existe una zona gris de vaguedad o de ambigüedad que impide conocer con precisión el concepto, los sujetos o las cosas, por la incertidumbre o la falta de datos para obtener el conocimiento adecuado.

hace necesaria la existencia de una representación especial, que alguien debe asumir por todas esas personas que no estarán en el proceso. Esta representación se llama *representatividad adecuada*, que significa que las partes representantes serán honestas y protegerán *adecuadamente* los intereses de la clase, según la tradicional exposición de la Regla 23 de la Class Action del sistema americano (8), criterio que, si bien se observa, presenta una gran imprecisión.

A su vez, en el *Proyecto Modelo de Procesos Colectivos, del Instituto de Derecho Procesal, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* hemos propuesto con mayor precisión que: “En el análisis de la representatividad adecuada el tribunal deberá analizar condiciones del representante como: 1) la credibilidad, capacidad y prestigio; 2) los antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos colectivos; 3) su conducta y experiencia en otros procesos colectivos; 4) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y la pretensión o pretensiones reclamadas; 5) en su caso, el tiempo de constitución de la organización asociativa y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, 6) la capacidad económico-financiera del eventual representante y de los abogados que se designen para llevar el proceso, lo que no excluye el cumplimiento de otros requisitos que imponga el magistrado conforme con la naturaleza de la causa...” (art. 12).

Establecer si existe representación adecuada supone un trámite previo a la cuestión central a debatir. De modo que lo primero que aparece es que el proceso colectivo es, en general, muy complejo y no alcanza el proceso de amparo para cubrir todas las necesidades del mismo. En segundo lugar, para que proceda el amparo como indica la Constitución, en el caso del proceso colectivo deberá darse las condiciones del mismo, es decir que se trate de una situación en la “que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”. De lo contrario deberá seguirse la vía ordinaria. Aunque no de modo expreso se ha reconocido esta variante en el fallo PADEC en el voto de ministro Petracchi al decir que: La circunstancia de que una asociación de consumidores haya demandado que se declare la nulidad de una cláusula contractual, que dispone la determinación unilateral, por la empresa de medicina prepaga, del aumento de las cuotas mensuales, por la

---

(8) Federal Rules of Civil Procedure 23: *Class Actions*, USA, (a) (4).

vía de un proceso ordinario, no constituye un obstáculo para la aplicación de los criterios del precedente “Halabi” —Fallos: 332:111—, pues el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos, con prescindencia de las *figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes* (9). Por ello, el proceso a seguir no debe ser regularmente el de amparo, sino un proceso común cumpliendo los múltiples requisitos especiales que tiene un proceso colectivo, como son la representación adecuada, los registros, las notificaciones, la litispendencia, el alcance de la sentencia y la ejecución de la misma, con la especial actividad controladora del juez y en su caso del Ministerio Público o la autoridad de aplicación que corresponda.

Y no existe inconveniente ni peligro alguno para la pretensión reclamada, porque hubiese urgencia en el reclamo, pues en el caso tendremos, por un lado las medidas cautelares, que suponen un resguardo de la pretensión, a lo que se suman los principios precautorios y preventivos que hemos visto e, inclusive, en casos extremos se podría llegar al cumplimiento inmediato de la pretensión por vía de la mal llamada “medida autosatisfactiva”, en realidad medida de satisfacción inmediata. Véase que el art. 32, segunda parte, de la Ley Ambiental dispone: “...En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prescindiendo de la debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte” (en cuyo caso no habrá caución alguna).

Por otro lado, si examinamos los casos importantes y complejos que llegaron a la Corte Suprema, en muchos de ellos se terminó adaptando el amparo a un proceso más amplio para poder cumplir las medidas necesarias del proceso colectivo y la preservación de los derechos individuales (10).

Por último y saltando muchos aspectos particulares del proceso colectivo, que excederían largamente el tiempo de esta exposición, debemos hacer notar que el art. 33 de la Ley Ambiental, en su último párrafo establece que “...La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes* (es decir para todas las personas comprendidas en la cuestión ambiental objeto del juicio), a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias” ◆

---

(9) CSJN, 21/08/2013-PADEC c/ SWISS MEDICAL S.A. s/NULIDAD DE CLAUSULAS CONTRACTUALES -P. 361. XLIII. REX Fallos: T. 336, p. 1236.

(10) Como por ejemplo en el caso “Asociación de Superficiales de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/Incidente de Medida Cautelar” (CSJN., 30-12-2014-A. 1274. XXXIX. IN2).



VI

HOMENAJES





# DOCTOR ROBERTO E. GUYER

## RESOLUCIÓN N° 1/2016

Buenos Aires, 17 de febrero de 2016

VISTO que el día 16 de febrero ha fallecido el académico titular doctor Roberto E. Guyer,

CONSIDERANDO que el doctor Roberto E. Guyer ha sido académico titular desde el año 2003, y que ha honrado a esta academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario *La Nación* del miércoles 17 de febrero, por el que se participa el fallecimiento del doctor Roberto E. Guyer.

ARTÍCULO 2°. Rendir honores al doctor Roberto E. Guyer en la Asamblea Anual Ordinaria a celebrarse el día 31 de marzo.

ARTÍCULO 3°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Roberto E. Luqui  
Académico Secretario

Gregorio Badeni  
Académico Presidente



# DOCTOR JULIO CÉSAR OTAEGUI

## RESOLUCIÓN N° 5/2016

Buenos Aires, 21 de junio de 2016

VISTO que el día 14 de junio ha fallecido el académico emérito doctor Julio César Otaegui,

CONSIDERANDO que el doctor Julio César Otaegui ha sido académico titular desde el año 1999, y que ha honrado a esta academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario *La Nación* del 16 de junio, por el que se participa el fallecimiento del doctor Julio César Otaegui.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Julio César Otaegui en la primera sesión privada a realizarse el día 23 de junio de 2016.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Emilio P. Gnecco  
Académico Secretario

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente



# DOCTOR JULIO H. G. OLIVERA

## RESOLUCIÓN N° 6/2016

Buenos Aires, 26 de julio de 2016

VISTO que el día 25 de julio ha fallecido el académico titular doctor Julio H. G. Olivera,

CONSIDERANDO que el doctor Julio H. G. Olivera ha sido académico titular desde el año 1964 y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL VICEPRESIDENTE A CARGO DE LA PRESIDENCIA DE LA  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del martes 26 de julio, por el que se participa el fallecimiento del doctor Julio H. G. Olivera.

ARTÍCULO 2°. Asumir la representación de la Academia para hacer uso de la palabra en el acto de inhumación de sus restos.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Julio H. G. Olivera en la primera sesión privada a realizarse el día 28 de julio de 2016.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Emilio P. Gnecco  
Académico Secretario

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente



# DOCTOR CARLOS MARÍA BIDEGAIN

## RESOLUCIÓN N° 9/2016

Buenos Aires, 22 de septiembre de 2016

VISTO que el día 21 de septiembre ha fallecido el académico emérito doctor Carlos María Bidegain,

CONSIDERANDO que el doctor Carlos María Bidegain ha sido académico titular desde el año 1999 y que ha honrado a esta academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL VICEPRESIDENTE A CARGO DE LA PRESIDENCIA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario *La Nación* del 23 de septiembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Carlos María Bidegain.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Carlos María Bidegain en la sesión privada a realizarse en el día de la fecha.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Daniel Funes de Rioja  
Académico Tesorero

Roberto E. Luqui  
Académico Vicepresidente





# DOCTOR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

## RESOLUCIÓN N° 10/2016

Buenos Aires, 4 de octubre de 2016

VISTO que el día 4 de octubre ha fallecido el académico titular doctor Félix A. Trigo Represas,

CONSIDERANDO que el doctor Félix A. Trigo Represas ha sido académico titular desde el año 1987, y que ha honrado a esta academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario *La Nación* del 5 de octubre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Félix A. Trigo Represas.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Félix A. Trigo Represas en la primera sesión privada a realizarse el día 27 de octubre de 2016.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Emilio P. Gnecco  
Académico Secretario

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente



# HOMENAJE AL PROFESOR DOCTOR RAFAEL BIELSA

## PALABRAS DE APERTURA

POR JORGE R. VANOSSI (\*)

Este año se cumple el medio siglo del fallecimiento de uno de los más trascendentes juspublicistas argentinos del siglo pasado. Nos estamos refiriendo a Rafael Bielsa, ese santafecino nacido en 1889, que hiciera ofrenda de su vida a la investigación, a la docencia, a la infatigable tarea de publicista y que diera permanente testimonio de lucha por la defensa de la libertad en épocas difíciles para el país: épocas donde hacer prevalecer el pensamiento independiente constituía por sí solo una verdadera epopeya.

Resulta notable que recibido de abogado en 1918 y durante cuarenta y seis años Rafael Bielsa fue un permanente venero de ideas, de estructuración sistemática del pensamiento jurídico y de combate a partir de su pluma por el mejoramiento del ejercicio de la libertad en el estricto marco del Estado de derecho. A los tres años de su graduación —en 1921— aparece su primer libro capital, el *Derecho Administrativo y Legislación Administrativa Argentina*. Son dos volúmenes de gran densidad y orgánicos: estábamos en presencia, prácticamente, del nacimiento del tratamiento científico del derecho administrativo argentino, porque el antiguo libro de Ramón Ferreyra, publicado en 1866, que llevaba por título *Derecho Administrativo* carecía de una verdadera sustancia, ya que la doctrina y la legislación en aquellos tiempos eran todavía incipientes.

De esa obra pionera pudo decir Estanislao Zeballos, en su revista de *Derecho, Historia y Letras* “que ella elevaba al derecho administrativo y la legislación argentina a la verdadera significación que le corresponde como crítica o protesta muda, contra la ignorancia o indiferencia que

---

(\*) Palabras de apertura del académico presidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público de homenaje en el cincuentenario del fallecimiento del académico Rafael Bielsa, el 18 de octubre de 2016.

prevalecen sobre ese derecho”. Zeballos corroboraba dicha apreciación con estos pensamientos: “el trabajo paciente, prolijo y erudito del doctor Bielsa es obra de academia y de gobierno, que timbra como primer blason, el nacimiento de la facultad santafesina, en la cual el autor preside tan alta enseñanza”.

Las ediciones de dicha obra clásica se fueron sucediendo. Cuando apareció la segunda, el ilustrísimo Vittorio Emanuele Orlando, profesor de la Universidad de Roma y autor de libros capitales de derecho público italiano, sostuvo en 1929 que la segunda edición del jurista argentino “atestigua su tenaz y fecunda actividad científica, resultando no sólo una revisión cuidada y aumentada de la primera, sino una nueva contribución de gran originalidad. La consideración total de su valor —afirmaba Orlando— asegura el juicio de que, por mérito de Bielsa, la literatura jurídica argentina puede ofrecer un Tratado de Derecho Administrativo que, en amplitud y profundidad, no tiene nada que envidiar a las demás literaturas contemporáneas”.

También en Francia se elevaron loas a la obra del ilustre santafecino. Gastón Jèze, el eminente tratadista francés, justipreció la obra del profesor Bielsa “como un trabajo científico de primer orden que está en la corriente de las doctrinas administrativas europeas más recientes”. Como podemos ver, esa obra fundamental, como Pallas Athenea, nació provista de todas sus armas: su difusión fue inmediata y no tardó en ser adoptada como texto y obra de consulta en las universidades del país y de América Latina.

En 1955, ya en orden a la quinta edición del libro fundamental de Bielsa, que se amplía a cinco volúmenes, la temática del derecho administrativo se enriquece con consideraciones sobre ciencias políticas y administrativas, sobre derecho privado, sobre régimen municipal, sobre derecho fiscal, sobre derecho procesal, sobre cultura jurídica, sobre instrucción pública y, por supuesto, sobre derecho constitucional. Se trataba de un verdadero sistema de derecho público acerca del cual el eminente profesor italiano Benvenuto Grizziotti sostuvo que “alineados uno tras otros, estos cinco volúmenes aparecidos en cuatro años, atestiguan el fervor y la espontaneidad de quien sobresale sin comparación posible entre los cultores del derecho público en América Latina, quien mejor conoce nuestra literatura europea y quien también es muy apreciado en Italia por insignes juristas”.

Por supuesto que la obra de Bielsa no se limita al tratamiento de un derecho administrativo enriquecido por disciplinas afines; en su obra *Estudios de Derecho Público* él presenta un tríptico que comprende los tres

brazos del derecho del Estado: el constitucional, el administrativo y el fiscal, es decir, una obra donde se estudia la protección del individuo en su triple condición de ciudadano, de administrado y de contribuyente. El *Derecho Constitucional*, aparecido en 1952, tiene por objeto enseñar nociones básicas de esa materia y formar el espíritu cívico de los ciudadanos, a cuyo fin hace un análisis espectral de la reforma de 1949, que adquiere en varios pasajes un tono mayor de crítica demoledora. Con el retorno de la vigencia de la Constitución Histórica esa obra fue reeditada en 1959 en un volumen de 900 páginas.

La proficua obra de Rafael Bielsa se expande en varios centenares de estudios publicados en revistas especializadas de nuestro país y del extranjero. En esa tarea se destaca como incisivo comentarista de los fallos de la Corte Suprema, a veces con su nombre y otras con seudónimos de juristas romanos, creando así un cuerpo de doctrina analítica de insuperable valor, no sólo por su mérito dogmático, sino también por la independencia de su juicio. Nadie como él ha defendido con mayor energía los fueros del Poder Judicial ni ha sido tan agudo en la crítica de las sentencias, y más firme apologista de los grandes jueces a cuya memoria ha dedicado alguno de sus libros, con magníficas semblanzas; como asimismo su obra *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario*, en 1936. Poco tiempo antes se había desempeñado en el cargo de subsecretario de Justicia de la Nación, siendo autor del decreto reglamentario del recurso jerárquico.

Bielsa fue un gran defensor del derecho administrativo para estructurar el Estado, pero al mismo tiempo sus ideas y su crítica al contractualismo civilista contribuyeron de un modo muy eficaz a la protección del derecho de los administrados, constituyendo sus estudios un conjunto de reglas contra los abusos del poder y una firme defensa de la instancia jurisdiccional para garantizar los derechos subjetivos. Su función censora no se ciñó al recinto académico, pues siempre promovió una cruzada a favor de los intereses públicos: él abrió una prédica constante, constructiva y moralizadora, organizando la resistencia contra las demasías del discrecionalismo. Dan testimonio de ello obras como *El orden político y las garantías jurisdiccionales (separación de poderes y vigencia de derecho)*, que publicara la Universidad Nacional de Litoral en 1943.

Pero sobre todas las cosas, Bielsa fue un educador: un pedagogo en permanente actitud de transmitir conocimientos: donde él estaba, allí estaba la cátedra sin cuestión de lugar, de horarios ni de estipendios. Años enteros enseñó en la Universidad Argentina sin recibir retribución alguna. Costeó de su peculio —como bien lo recuerda Florentino Sanguinetti en el homenaje que en la Facultad de Derecho de la UBA se le rindió en

1959— la edición de libros y folletos al solo fin de hacerlos circular entre los estudiosos. Bielsa hizo una artesanía de su oficio pedagógico ejerciéndolo con la responsabilidad propia del conductor de opiniones político-sociales. Él decía que el profesor debe enseñar en la cátedra y fuera de ella, que debe enseñar con el ejemplo y que al entregarse a sus alumnos, lo que hacía era entregarse a la Nación misma. Es memorable su severo artículo publicado en 1950 en el diario *La Ley* con el título de “Las Reglas de Derecho en la Ley en la Doctrina y en la Jurisprudencia a propósito del ‘standard’ jurídico”.

A fuer de rebelde, Bielsa no fue un reformista ortodoxo. No impugnó la reforma universitaria del 18 pero la proclamó a su estilo, ni militante ni dogmático, sí pensante y con un alto sentido de racionalidad. Para él la reforma era ordenación de planes de estudio comprensivos de cuestiones sociales, a favor de la transformación social y política del Estado y de la sociedad; extensión universitaria; afianzamiento del carácter democrático no privilegiado de los estudios superiores; oposición a toda desviación universitaria hacia el militarismo y el imperialismo. Nos decía que bastaría que se cumplieran dichos objetivos para justificar la reforma (diario *La Nación* 6/12/28). Como nos dice Florentino V. Sanguinetti, se trata de una magnífica definición que contiene los sustantivos de la reforma vinculando la vocación social de la universidad de entonces, que es la que debería ser siempre.

Pero sobre todas las cosas, Rafael Bielsa fue un gran defensor de la democracia y del Estado de derecho. En 1945 encabezó la firma de profesores de la Universidad del Litoral que solicitaron a la Corte Suprema que revocara la acordada por la que se había reconocido al gobierno de facto. A raíz de esto fue arrestado, conducido a la Penitenciaría y tratado como un reo común por el “grave delito” de haber ejercido sus derechos públicos en defensa del sistema institucional. En 1952 fue jubilado de oficio, mediante resolución vacua y arbitraria. Pero nada de ello lo retrajo de su infatigable lucha y prédica que lo caracterizó siempre: él continuó promoviendo recursos contra el despojo, descargando catilinarias contra la corrupción y la inmoralidad impregnadas en todos los poros del país. Este gran jurista, maestro y hombre cívico que fue Bielsa, no fue sólo un jusperito encerrado en su vitrina. También en él se encuentra un trasfondo de fina sensibilidad, con una variada y sólida cultura adornada de múltiples conocimientos provenientes tanto de lo clásico como de lo moderno. Así se comprende por qué en 1923 le fuera otorgado el primer Premio Nacional en Ciencias y que en 1956 la Universidad de París lo distinguiera con el Doctorado *honoris causa* en un acto solemne que, como sucede con muchos triunfos de la inteligencia argentina, fue ignorado olímpicamente por nuestra propia universidad o acaso por su extraordinaria modestia.

---

Es por ello y por todos los antecedentes expuestos, y para no seguir haciendo del olvido la regla de conducta a la hora de los homenajes públicos cuando de los hombres de derecho se trata, es que venimos insistiendo desde 1989 en proponer que se coloque el nombre de Rafael Bielsa a una calle de la Ciudad de Buenos Aires, ámbito donde él se desempeñara con tanto ahínco y pujanza, como testimonio de permanente recuerdo a su insigne figura. Aquí, en Buenos Aires, inició su carrera docente en la Facultad de Derecho de la UBA en 1920 hasta acceder a la titularidad en 1946 y reincorporado en 1955. En esta Casa, la Academia Nacional de Derecho, se incorporó en 1936; y tres años más tarde a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; como así también a la de Legislación y Jurisprudencia de Madrid y a los Institutos de Droit Comparé y del Droit Public Internacional con sede en París.

Mucho más podría decirse de tan destacada personalidad; siendo evidente que el homenaje que le tributará el académico vicepresidente doctor Roberto Luqui, es del más justo y merecido reconocimiento a la trayectoria y obra del maestro Rafael Bielsa, como también de orgullo para quienes fueron sus alumnos. ♦





# HOMENAJE AL ACADÉMICO DOCTOR RAFAEL BIELSA

POR ROBERTO E. LUQUI (\*)

El 16 de octubre pasado se cumplieron cincuenta años de la muerte de Rafael Bielsa, uno de los juristas más eminentes que tuvo nuestro país en el siglo pasado y tal vez de todos los tiempos.

Le atribuyo a este homenaje singular importancia, pues me permite hacer la semblanza de una figura ejemplar de la ciencia jurídica y de la moral republicana, tan degradada ésta en los últimos tiempos. Las vidas ejemplares merecen ser recordadas, no sólo como acto de justicia, sino también de docencia, para que sirvan de guía a quienes desean que la Argentina sea el país por el cual lucharon y trabajaron nuestros mayores.

Tuve el privilegio de ser su alumno, tanto en los cursos regulares en la Facultad de Derecho cuanto en el doctorado. En su cátedra hice la carrera docente. Durante casi diez años asistí a sus clases, conferencias, colaboré en la corrección de las pruebas de sus obras, hice los índices alfabéticos de algunas y, principalmente, mantuve una estrecha relación de amistad, que me permitió recibir directamente sus enseñanzas y apreciar su extraordinaria sabiduría y sus cualidades éticas y humanas. Salvo algunos miembros de esta corporación, y de quienes fuimos sus alumnos, y aún vivimos, la mayoría de los que nos acompañan en este acto no lo conocieron personalmente, aunque sí por sus obras.

Cuando sostengo que Bielsa ha sido uno de los juristas más eminentes de nuestro país, lo digo con fundamentos objetivos, porque no conozco otro que haya producido una obra tan vasta y tan rica en contenido como la que él realizó. Desde la primera edición del *Derecho administrativo y legislación administrativa*, que se publicó en 1921 —a los tres años de haberse recibido de abogado y de doctor en jurisprudencia— escribió más de treinta libros, centenares de folletos, artículos en las revistas más prestigiosas del país y

---

(\*) Palabras del académico vicepresidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Derecho, en el acto público de homenaje en el cincuentenario del fallecimiento del académico Rafael Bielsa, el 18 de octubre de 2016.

del extranjero, y sobre todo, notas críticas de leyes, de decretos y de fallos judiciales en diarios de difusión general y especializada. Muchos recordamos las que aparecían en La Ley con los pseudónimos de Próculo y Nerva. No voy a detallar todas sus publicaciones porque ello excedería el tiempo que se dedica a los homenajes académicos y, además, porque son tantas que no creo que haya alguien en condiciones de hacerlo. Sólo quiero mencionar, como prueba de mi afirmación, algunos de sus libros, entre las cuales se destacan *Derecho administrativo*, de cinco volúmenes, que tuvo seis ediciones y por el cual recibió el Premio Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales en 1923 otorgado por la Comisión Nacional de Cultura, *Derecho constitucional*, *Compendio de derecho público*, en tres volúmenes, *Estudios de derecho público, administrativo, fiscal y constitucional*, en cuatro volúmenes, *Sobre lo contencioso administrativo*, *Principios de derecho administrativo*, *El recurso jerárquico*, *La protección jurisdiccional y el recurso extraordinario*, *Ciencia de la Administración*, *Sobre la responsabilidad del Estado*, *El orden político y las garantías constitucionales*, *Metodología Jurídica*, *Principios de régimen municipal*, *La abogacía*, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, *Régimen jurídico de la contabilidad Pública*, *Régimen jurídico de policía*, *El recurso de amparo*, *La función pública*, *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, *La autarquía de las universidades*, entre otros, la mayoría de los cuales tuvieron varias ediciones. Su primer libro fue la tesis doctoral sobre *La culpa en los accidentes de trabajo*. Su estudio y crítica de la ley argentina, que publicó en 1919.

Pero, lo destacable no es sólo el número y la calidad de sus obras, reconocida tanto en el país cuanto en el extranjero, pues otros juristas nacionales también escribieron obras valiosas, sino la variedad de los temas tratados, que abarcaron todas las ramas del derecho público y también de otras disciplinas jurídicas y científicas, de las cuales Bielsa era un conocedor profundo y, sobre todo, auténticamente creativo. Todo lo que escribió fue de su propia cosecha. Como dijo al responderle a un conocido profesor de derecho penal cuando quiso polemizar con él sobre el régimen de concesión de servicios públicos y objetó que Bielsa no se haya ocupado de lo expuesto por algunos autores extranjeros: “no pretendo resumir doctrinas, porque tengo espíritu crítico, y no soy un mero expositor, ni hago obra descriptiva. Yo concluyo”. Aclaro que fue la única polémica pública que tuvo Bielsa, al menos que yo conozca.

Si algo ha caracterizado su obra es la profundidad con que analizó los temas tratados y la lógica del razonamiento jurídico, cualidades éstas que le confieren vigencia permanente. No obstante tener una erudición poco común, de la cual jamás hizo alarde, todo lo que escribió fue el resultado de

sus investigaciones, análisis, deducciones, siguiendo siempre la lógica de lo razonable, como dice Recasens Siches, que no es lo mismo que la lógica de la razón, a la cual son tan afectos los positivistas y los exégetas del derecho. Como dijo en un artículo que publicó en *La Ley* en 1956, “El abogado y el jurista”: “Lo más importante, propio, urgente siempre es el examen crítico del derecho nacional, examen para el cual la doctrina es necesaria pero no es todo. Ciertos juristas (llamémoslos así en consideración a su vocación y a sus afanes) no se atreven a exponer una idea propia —que a lo mejor es verdadera— si no pueden, al mismo tiempo, citar algún autor, alemán, francés o italiano (según la materia). Algo de eso ha pasado también en el derecho constitucional. Si tal opinión no estaba abonada con una cita de un constitucionalista norteamericano, o algún fallo de cortes de ese país, aunque fuesen de estados —no ya de la Suprema Corte Federal—, el abogado, el parlamentario, el juez vacilaba en exponer su juicio, a lo mejor de buen sentido jurídico. Eso de manejar la bibliografía, acumular citas, nunca me ha convencido. Para mí lo decisivo es la construcción lógica y dialéctica (si es necesario) de todo caso o cuestión; su examen, su solución, ya se trate de una cuestión dogmática, ya de un caso práctico determinado, a decisión de los jueces. Lo importante es tratar res integra el asunto” (1).

En las obras de Bielsa no sobran las palabras. Él fue siempre a la esencia de las cosas. Escribió de manera concisa, como eran sus dictámenes. Siguió la máxima de Gracián: “Más valen quintas esencias que fárragos”. Si algunas de ellas son extensas, es porque abarcan muchos temas o porque la naturaleza de la cuestión hizo necesario un tratamiento mayor. Rechazaba el palabrerío discursivo de que adolecen algunos libros, hechos con el afán de engrosar su tamaño, lo cual es algo bastante generalizado, no sólo aquí, sino en el mundo, y nada novedoso. Hace más de un siglo Ihering criticó la “hinchazón asombrosa de nuestra literatura, ese empeño forzado, artificial para producir gruesos volúmenes con un contenido insignificante y un pensamiento minúsculo, que a veces hasta también falta” (2).

Por circunstancias de la vida, desde muy joven estuve rodeado de abogados y conocí personalidades destacadas del derecho y de la cultura. De mi padre, de sus amigos, muchos de ellos profesores de derecho, he podido recibir sus enseñanzas. Era gratificante para un joven deseoso de adquirir conocimientos, recorrer las mesas de la sala de profesores de la Facultad de Derecho en las cuales dialogaban juristas de singular prestigio y capacidad. En verdad, me tocó vivir un período de gloria de esa facultad, de lo cual siempre estaré agradecido.

---

(1) BIELSA, Rafael, “El abogado y el jurista”, *La Ley*, tº 83, p. 971.

(2) VON IHERING, Rudolf, “Jurisprudencia en broma y en serio”, trad. De la 3ª ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933, p. 110.

Pues bien, la calificación de jurista eminente que hago de Bielsa también se apoya en mis vivencias, porque fui testigo de los diálogos y discusiones que mantuvo con profesores de las más variadas disciplinas jurídicas, y comprobar que lo hacía con igual autoridad y conocimiento de los temas tratados por esos especialistas. Y lo he podido corroborar aún más al llevar a cabo la actualización de su *Derecho administrativo*, donde no hay cuestión vinculada con otra rama del derecho o tema científico que se le relacione, en el cual no demuestre sus conocimientos de verdadero jurista. Por eso, cuando decimos que Bielsa fue un gran administrativista emitimos un juicio mezquino de su especialidad, pues con la misma sabiduría que trató el derecho administrativo, lo hizo con el derecho constitucional, el derecho fiscal, el derecho financiero, el derecho civil, el derecho romano, el derecho penal, el derecho procesal. No hubo tema de derecho, de política, de historia, de metodología del cual no sólo conociera, sino dominara.

Son pocos los individuos que tienen la fortuna de haber recibido de la Providencia conjuntamente los dones del talento y la memoria, para aplicarlos a una labor intelectual infatigable. De ahí su extraordinaria producción científica.

Bielsa fue el primer autor que sistematizó el derecho administrativo de nuestro país. Como lo señala en el prefacio a la primera edición de su *Derecho Administrativo*, cuando emprendió la obra lo hizo conociendo el desafío que significaba, porque “en esa época nuestros juristas y autores de derecho público habían preferido escribir siempre alrededor de la Constitución, sin descender al campo del derecho administrativo, tan vasto y tan fecundo y ávido de conocimientos e inteligencias expertas”, a lo cual le agregó “la necesidad de ordenar la variada, confusa y dispersa legislación sobre la materia”. También el ilustre jurista Carlos Octavio Bunge señaló que en esa época “en la República Argentina no se había formado todavía una escuela de derecho administrativo, separada del derecho constitucional” (3). Por eso, su obra puede considerarse pionera en esta disciplina, y a sus cualidades sobresalientes se debe agregar el mérito de haber abierto el camino a los autores que lo sucedieron, muchos de ellos de reconocido prestigio, pues hallaron en ella una fuente valiosa de conocimiento e inspiración.

Desde luego, Bielsa se ilustró con la lectura de autores nacionales y extranjeros, como lo hacemos los que dedicamos nuestro tiempo al estudio del derecho y a escribir sobre temas jurídicos. Pero él no lo hizo para

---

(3) *El Derecho*, Ensayo de una teoría integral, 5ª ed. Buenos Aires, p. 505 en nota.

describirlas —lo cual hubiese tenido valor docente o didáctico—, sino con el objeto de nutrirse de ellas y elaborar, por cuenta propia, los conceptos y las doctrinas que están volcadas en las obras que produjo. Esta cualidad se puede comprobar por la coherencia de sus trabajos, que demuestran una extraordinaria unidad conceptual. Todo lo que escribió estuvo apoyado en sus propias ideas y razonamientos, y no en la afirmación dogmática de lo que dijeron otros autores, por prestigiosos que hayan sido.

Por eso es justo reconocer que con sus obras enseñó a los que enseñaron derecho administrativo, a quienes ahora lo enseñan. De ahí que me produzca cierta desazón ver en alguna oportunidad que cuando se cita la opinión de un autor de nuestros días, que reitera lo dicho por Bielsa hace varias décadas, pocas veces se lo menciona. Claro está que el paso del tiempo siempre lleva un importante ingrediente de olvido y que sus libros se dejaron de publicar hace poco menos de medio siglo. Espero que con la séptima edición actualizada del *Derecho Administrativo*, que pronto se publicará en su homenaje, los lectores puedan tener una información más precisa de su obra y apreciar el aporte que ha hecho a nuestra disciplina jurídica, que mantiene intacto su valor.

Desde que se recibió de abogado el 2 de enero de 1918 —año en el cual también obtuvo el título de doctor en jurisprudencia— hasta su muerte en 1966, Bielsa no dejó de escribir, como lo demuestra su obra póstuma *Democracia y república*, que contiene valiosas reflexiones sobre la moral republicana, consecuentes con la idea que siempre sostuvo de que la democracia responde a una voluntad política, mientras que la república es un sistema de derecho. De ahí que nuestro régimen sea una república democrática y no solamente una democracia. La república presupone principios y valores inmutables, que no pueden ser alterados por la voluntad de las mayorías a riesgo de dejar de ser tal, como son la responsabilidad de los funcionarios, la publicidad de los actos estatales, la división de los poderes, la periodicidad de los cargos políticos, entre otros.

Recuerdo que siempre me decía *nullum dia sine lineae*, pues para él no se debe abandonar esa práctica, ni aun en momentos en que decae la capacidad, porque es una gimnasia que tonifica el espíritu y agiliza la mente. Por supuesto que no se refería a la acción mecánica de escribir, sino a la observación de lo que acontece en el ámbito social, económico y político del país para volcarla en escritos, aunque sean breves, e ir elaborando así trabajos que luego pueden tener mayor envergadura.

Precisamente, una de las características particulares de su obra es el realismo. Bielsa aplicó sus conocimientos y capacidad intelectual a la

realidad que vivió, para formular propuestas sobre regulaciones jurídicas, criticar leyes, fallos y demás actos estatales, y aportar de esa manera soluciones dirigidas siempre a lograr un país más justo y ético. No dedicó su tiempo a especulaciones filosóficas, porque como dice Ihering, “la especulación comienza allí donde concluye el imperio de la sana razón; para poder consagrarse a ella es necesario o carecer de razón o haberla perdido” (4).

Pero si nuestro homenajeado ha sobresalido por sus cualidades científicas, su figura se agiganta a la hora de analizar la conducta que siguió a lo largo de la vida, la entereza que tuvo en momentos difíciles de nuestra República, la honestidad con que siempre actuó y la valentía demostrada para defender sus principios. No conocía de dobleces, ni de actitudes especulativas. Tenía la rara particularidad de no estar alcanzado por las debilidades que por lo general tenemos los mortales, pues no le importaba ni el dinero, ni el poder, ni la fama.

Nació el 18 de noviembre de 1889 en Santa Fe, pero sólo por haber llegado su madre hasta el lugar para tener mejor atención médica, pues su familia ya se hallaba radicada Esperanza, que fue en realidad su ciudad natal, la primera colonia agrícola de la Argentina, fundada por Aarón Castellanos en 1856, para recibir a inmigrantes europeos de los más variados países, a los cuales les debemos en gran parte el progreso de nuestra agricultura y que en un tiempo hizo que nos consideraran el granero del mundo. Precisamente, “esperanza” fue el sentimiento del cual estaban imbuidos quienes la poblaron, educados en la cultura del trabajo y del esfuerzo. De esta ciudad en la cual Bielsa pasó su niñez y su adolescencia y donde descansan sus restos, el poeta José Pedroni, escribió: “Con tu nacimiento se alegró la tierra/ Fue el día de la Virgen/ No fue un día cualquiera/ Júbilo de campanas/ a lo largo de América/ fue el 8 de septiembre/ Alabado sea”.

Su padre, Pedro Bielsa, era un inmigrante aragonés, artesano, ebanista y luthier, que vivió 99 años. Recuerdo la sorpresa que me causaba cuando, siendo Bielsa ya un hombre maduro, decía que iba a visitar a su padre. Estaba orgulloso de él y de su stirpe aragonesa, un pueblo donde como se ha dicho “antes que reyes hubieron leyes”.

A los 20 años vino solo a vivir a Buenos Aires, donde estudió Bellas Artes, carrera que cursó durante poco menos de tres años. He tenido oportunidad de ver cuadros pintados por Bielsa en su casa de Rosario. Trabajó como dibujante en Obras de Salubridad, la antecesora de Obras Sanitarias

---

(4) IHERING, op. cit., p. 38.

de la Nación. Le gustaba la música, el teatro, la literatura, la historia, el arte, en suma, conocía y apreciaba todo lo que se relacionara con la cultura y con el espíritu. Le era aplicable la frase de Publio Teresio: “homo sum, humani nihil a me, alienum est” (hombre soy, nada de lo humano me es ajeno).

¿Cómo se despertó la vocación de Bielsa por el derecho, habiendo vivido en un ambiente que poco o nada tenía que ver con nuestra profesión? Se los diré, tal como él me lo relató.

En la pensión donde vivía tenía como compañero de cuarto a un novel estudiante de derecho, que por las noches dejaba sobre la mesa de luz un libro de derecho romano, que Bielsa leyó por curiosidad. Un mediodía, llegó a almorzar su compañero, luego de rendir examen de derecho romano, acongojado porque le había ido mal y comentó el tema del cual tuvo que hablar. Entonces, con gran sorpresa del frustrado estudiante, Bielsa le explicó lo que debía haber dicho y ante el asombro de su interlocutor le aclaró que lo sabía por haber leído el libro que dejaba todas las noches en la mesa de luz, a lo cual el amigo le sugirió que estudiara derecho, dada la facilidad que había demostrado. Bielsa siguió su consejo, seguramente seducido por esa lectura que le permitió conocer la historia de un pueblo que ha sido la cuna del derecho, y se recibió de abogado en tres años, en aquella facultad donde las exigencias eran mucho mayores de las que tuve y nada se diga si las comparamos con las actuales.

Por supuesto que mientras estudiaba siguió trabajando en Obras de Salubridad, y cuando se recibió de abogado lo nombraron encargado de la biblioteca, ámbito que a la postre resultó ser su hábitat natural.

En 1921 se estableció en Rosario y trabajó como abogado, sin dejar de lado sus tareas docentes y científicas, pues en ese año publicó la primera edición del *Derecho administrativo* y fue designado profesor de Derecho a Administrativo de la Universidad Nacional del Litoral. Tuvo el éxito profesional necesario para llevar una vida digna, sin apremios económicos, pero sin lujos ni banalidades mundanas. Fue siempre un hombre austero. Se casó con María Luisa Schierano, con quien tuvo tres hijos, Rafael Pedro, Marcial Rafael y Ana María, de todos los cuales guardo un entrañable recuerdo, por sus sobresalientes cualidades humanas.

Víctor Hugo decía que “la mujer es pedestal o lápida del hombre”. Pues bien, en el caso de Bielsa, no sólo su mujer, sino toda su familia fue pedestal, al brindarle el afecto, la consideración y el respeto que le hicieron posible desarrollar esa monumental labor docente y científica.



Si bien fue profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desde 1924, donde concurría todas las semanas viajando en tren desde Rosario para dictar clases regulares y de doctorado, su relación más estrecha fue con la entonces Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de Universidad Nacional del Litoral, en la cual ejerció la docencia y también se desempeñó como decano en varias oportunidades, la primera en 1927. Allí creó la carrera de Doctorado en Ciencias Políticas y publicó el *Anuario de Derecho Público*, que llegó a los diez tomos, donde colaboraron autores destacados, si bien muchos trabajos eran de Bielsa.

Ingresó a nuestra academia como miembro titular en 1936 para ocupar el sitial de Lisandro Segovia. En su discurso de incorporación, pronunciado el 20 de agosto de ese año, trató "El desarrollo institucional del derecho administrativo y la jurisdicción contenciosa". En 1938 se incorporó a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, fundada ese año. Era miembro honorario de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid (1935) y de la Orden de Abogados de Brasil (1939).

Fue subsecretario de Justicia del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, donde por su iniciativa se reglamentó el recurso jerárquico por decreto 20.003 de abril de 1933, la primera regulación nacional dictada con el fin de establecer un medio de defensa de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados. Pero evidentemente su vocación no estaba en la actividad política, no obstante haber escrito tantas obras relacionadas a ella. Cuando le presentó la renuncia al presidente de la República éste trató de disuadirlo y le sugirió que esperara, porque lo quería designar en la Cámara Federal, para luego promoverlo a juez de la Corte Suprema de Justicia, a lo cual Bielsa le respondió que no, porque consideraba que pasar de una función política a otra judicial podía poner en duda su imparcialidad como magistrado.

En dos oportunidades le ofrecieron ser juez de la Corte Suprema de Justicia. La primera vez fue en 1955, para presidirla, pero lo rechazó, no obstante provenir el ofrecimiento de quien derrocó al gobierno contra el cual Bielsa había dirigido las críticas más severas y que lo separó de su cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Lo jubilaron de oficio en 1951 porque en un examen reprobó al presidente del bloque de diputados oficialistas y cuestionó duramente el trámite que dispuso el decano para volver a examinar al candidato, a puerta cerrada, sin Bielsa, por supuesto y sin que él se enterara. Aclaro que, como ese mismo diputado lo manifestó, nada tenía que objetar sobre el examen, pues estuvo correctamente reprobado, pero él se sentía inhibido en un aula donde más de un centenar de alumnos estaban



deseando que lo aplazaran. No fue por un prejuicio político, porque Bielsa jamás los tuvo, ni tampoco hubiera tenido una actitud persecutoria, no obstante haberla padecido.

Por un decreto de 1955 se dispuso la reincorporación de los profesores universitarios que habían cesado a partir de 1946 por causas políticas, en cual estaba incluido Bielsa, pero él no lo aceptó y exigió que le resolvieran el recurso jerárquico que había interpuesto contra el acto que dispuso jubilarlo de oficio en 1951. Fiel a su concepción de la legalidad y de la continuidad institucional del Estado, dijo que “no quería que le dieran por gracia lo que le correspondía por derecho”. Y se dictó el decreto que dispuso la nulidad del acto impugnado, con lo cual pudo volver a su cátedra.

La segunda vez que le ofrecieron integrar la Corte Suprema de Justicia fue durante el gobierno del doctor Arturo Humberto Illia, y también lo rechazó.

Aun cuando la mayor parte de su vida estuvo dedicada al estudio y a la enseñanza del derecho, nunca se desvinculó de la actividad profesional, y si bien no era un litigante “tribunalicio”, salvo en los primeros años, lo hacía con las permanentes consultas que le efectuaban colegas y clientes. Presidió el Colegio de Abogados de Rosario, elegido por el voto de sus colegas —cuando era una organización privada— durante tres períodos (1929-1930, 1931-1932, 1934-1935), y fundó la revista de dicho colegio. Su obra *La abogacía* es un testimonio irrefutable del conocimiento que tenía de nuestra profesión.

Así como fue austero en su vida, era muy moderado al fijar los honorarios y extremadamente riguroso a la hora de aceptar un caso. Más aún, asumió gratuitamente la defensa de instituciones de beneficencia. No concebía el derecho separado de la ética. En este sentido dijo: “La falta de moral del pintor, del matemático no empañan su obra. Las flaquezas del artista son independientes del cuadro que pintó. Pero la separación absoluta entre el hombre y su obra no es admisible en el jurisconsulto, porque el derecho es la primera de las ciencias morales destinadas a regir a los hombres y con mayor razón a sus conciudadanos. El hombre de derecho rebaja su obra o la eleva con su actitud en la vida pública (y aun privada)” (5).

Como prueba de la firmeza de sus convicciones cito un episodio del cual fue testigo mi padre. Los concesionarios del casino de Mar del Plata

---

(5) *La Abogacía*, segunda edición, Universidad Nacional del Litoral, 1945, pág. 23 y siguientes.

le ofrecieron a Bielsa una suma millonaria para que los patrocinara en el juicio por la rescisión decretada por el gobierno de facto de 1943, pero él lo rechazó porque había criticado en sus obras la explotación del juego, por considerarlo inmoral —aun cuando lo haga el Estado—, circunstancia que le impedía tomar el pleito.

En 1956 fue designado doctor honoris causa de la Sorbonne, Universidad de París, título que se otorgaba a las personalidades más destacadas de las ciencias, lo cual demuestra que su obra fue conocida y valorada no sólo en nuestro país y otras repúblicas sudamericanas, sino también en Europa y, sobre todo en Francia, cuna del derecho administrativo. Pero, fiel a la forma austera de vivir, no fue a recibir el diploma, la medalla y la estola de armiño. Aclaro, como eximente de humanidad, que Bielsa nunca viajó en avión y menos lo hubiera hecho en los de esa época.

Como dijo otro alumno suyo y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el doctor Ángel B. Chávarri, Bielsa “no era de carácter fácil ni abierto a la intimidad. No prodigaba amistad y era intransigente respecto de aquellos que a su juicio se apartaban de su conducta cívica, docente o profesional, de la más estricta observancia de la moral y el respeto a la ley”. Y yo agregó: era severo con los demás y consigo mismo. No toleraba las debilidades, las flaquezas y las actitudes especulativas. Era parco en los elogios. Cuando le presentaba algún trabajo, lo más que me decía era “está bien”. Todos lo respetaban, muchos lo admiraban, pero no tantos éramos los que lo querían. Su rigor no despertaba afectos, y más aún cuando estaba unido al talento que poseía, pues, como dice Anatole France, “tener talento es el pecado que menos se perdona” (6).

Por lo que a mí respecta ese trato severo que tenía Bielsa, aun con las personas que estimaba, lejos de afectarme siempre me suscitó agradecimiento, porque me enseñó que nada se logra válidamente en la vida sin esfuerzo y por méritos propios, pues lo más importante para un hombre de bien es poner su voluntad al servicio de una causa justa. El éxito logrado merced al oportunismo y a la especulación carece de valor moral, aunque pueda llevar consigo una gratificación material o, como decía Bielsa, “lo que no se obtiene mediante sacrificio, luego no se está dispuesto a hacer el sacrificio necesario para conservarlo”.

Después de su muerte, volví a Rosario a visitar a su familia, con la cual me une una larga amistad, que comenzó mi padre. Llegué a la casa de Montevideo 2150 y con nostalgia fui a la enorme biblioteca donde trabajaba.

---

(6) El abate Jerónimo Coignard, p. 13.

No advertí modificaciones. Seguía el mismo desorden en el cual él se manejaba con su propio orden. Sobre la mesa continuaba estando la vieja máquina de escribir Hammond de teclado circular que utilizaba, una reliquia. En una biblioteca vidriera había un poema de Amado Nervo (*artifex vitae, artifex sui*) que al leerlo me conmovió, porque sirvió para corroborar la idea que siempre tuve de mi maestro, quien no obstante la actitud adusta que lo caracterizó, fue un ser extremadamente sensible, justo y humano, como lo prueba el hecho de haber dedicado su vida al estudio y la enseñanza del derecho y, sobre todo, a la defensa del interés público, que es el interés de la sociedad.

Se lucha por el derecho no sólo en los pleitos, donde por lo general el actor defiende el derecho propio. También se lleva a cabo y de manera más generosa aun con la crítica pública de las malas leyes, de las arbitrariedades en que incurren los gobernantes, de en los actos contrarios a la ética y de los fallos injustos o antijurídicos. En toda esa lucha constate por el derecho Bielsa actuó desinteresadamente, pensando en sus conciudadanos, pues como dijo en un opúsculo polémico, “a mí no me pagan para escribir”, todo lo que hacía estaba inspirado en mandatos de su conciencia. Para emplear las conocidas palabras de Raymond Poincaré, “no tenía de tejas abajo otro señor que el Derecho”.

Por eso, también hice una reflexión. Defender valientemente el interés público, que es defender al prójimo, ¿no es una expresión genuina de sensibilidad?, ¿no es una muestra de humanidad procurar la vigencia del derecho justo? Bielsa fue un humanista, y este es el calificativo que le cabe. Por eso, si algo le podemos objetar fue no haber empleado un lenguaje diferente para exteriorizar sus sentimientos y transmitir los afectos en la forma en que estamos acostumbrados a recibirlos.

Como muchos lo hacemos cuando llegamos al crepúsculo de nuestra existencia, él también echó una mirada hacia el camino recorrido y encontró el poema de Amado Nervo la expresión de su sentimiento. Tal vez por eso lo colocó frente al escritorio. Dice así: “Muy cerca de mi ocaso yo te bendigo, Vida/ porque nunca me diste ni esperanza fallida/ ni trabajos injustos, ni pena inmerecida/ porque veo al final de mi rudo camino/ que yo fui el arquitecto de mi propio destino/ porque si extraje las mieles o la hiel de las cosas/ fue porque en ellas puse hiel o mieles sabrosas/ cuando planté rosales, coseché siempre rosas/ cierto, a mis lozanías va a seguir el invierno/ pero tú nunca me prometiste que mayo fuese eterno/ hallé sin dudas largas las noches de mis penas/ mas no me prometiste tu sólo noches buenas/ y en cambio tuve algunas santamente serenas / amé, fui amado, el sol acarició mi faz/ Vida, nada me debes, vida, estamos en paz”. ◆



# DOCTOR SANTOS CIFUENTES

## RESOLUCIÓN N° 12/2016

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2016

VISTO que el día 31 de octubre ha fallecido el académico titular doctor Santos Cifuentes,

CONSIDERANDO que el doctor Santos Cifuentes ha sido académico titular desde el año 2000, y que ha honrado a esta academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario *La Nación* del 2 de noviembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Santos Cifuentes.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Santos Cifuentes en la primera sesión privada a realizarse el día 24 de noviembre de 2016.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Emilio P. Gnecco  
Académico Secretario

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente



VII  
DECLARACIONES, DICTÁMENES Y  
PREMIOS





# DECLARACIÓN SOBRE LAS VACANTES A CUBRIR EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El 15 de junio, la Academia emitió una declaración sobre las vacantes a cubrir en máximo tribunal, cuyo texto se transcribe a continuación:

“La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires expresa su profunda preocupación por la demora en restablecer la institucionalidad constitucional en el ámbito del Poder Judicial de la Nación. No solamente mediante la cobertura de centenares de cargos judiciales vacantes en los fueros federal y nacional, sino también en la integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, conforme al artículo 108 de la Constitución Nacional, ejerce la jefatura del Poder Judicial.

”Esa omisión acarrea un daño muy grave que afecta el normal funcionamiento del poder jurisdiccional, deteriorando la imagen y credibilidad que tiene la judicatura ante la ciudadanía. Resulta incomprensible, a la luz de los principios republicanos, que subsistan aquellas vacancias. Especialmente con respecto a la Corte Suprema, teniendo en cuenta que el titular del Poder Ejecutivo presentó dos candidatos para tal fin, que merecieron no sólo la aceptación generalizada de los grupos de opinión pública, agrupaciones políticas y sectores de los ámbitos académicos y universitarios en orden a su idoneidad técnica y ética, tal como lo ordena el artículo 16 de la Ley Fundamental, sino que cuentan con dictamen favorable de Comisión en el Senado.

”Esta Academia considera que los nombramientos deben ser efectuados a la brevedad sin quedar sujetos a negociaciones impropias para la ética republicana que apuntan al aumento de los miembros de la Corte Suprema para establecer un alegado pero incomprensible equilibrio político. Esa finalidad no puede ser objeto de semejante negociación sino que debe ser consensuado verificando, previamente, si su concreción contribuirá a perfeccionar el funcionamiento de la Corte Suprema o solamente a satisfacer meros intereses políticos, teorías desprovistas de realismo empírico o concepciones que buscan demoler los sólidos fundamentos asignados al Poder Judicial por la Constitución Nacional.

”La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires aspira a que se imponga la sensatez democrática y que se cubran, lo antes posible, las dos vacantes existentes en la Corte Suprema, correspondiendo diferir y someter a un debate público toda otra cuestión referente a su estructura.

”Buenos Aires, 15 de junio de 2016.

Emilio P. Gnecco  
Académico Secretario

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente”

## DICTAMEN SOBRE EL NÚMERO DE INTEGRANTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El 29 de junio, la Academia emitió un dictamen sobre las vacantes a cubrir en máximo tribunal, cuyo texto se transcribe a continuación:

“La propuesta de aumentar a nueve o a siete el número de jueces que integran la C.S.J.N. merece nuestra disidencia, no en razón de la reducción en sí misma, sino por la falta de contextualización del proyecto dentro de un marco mayor que incluya otras cuestiones de trascendental importancia.

”La composición numérica del Alto Tribunal tiene gran importancia y es obvio que su determinación depende del criterio legislativo, que ha variado según las circunstancias históricas de distintos momentos. De igual manera se lo ha apreciado con respecto a la Suprema Corte de los Estados Unidos, tal como señala el famoso comentarista de la Constitución norteamericana, Corwin, cuando expresa: ‘Si bien la Constitución contempla la existencia de una Suprema Corte, la organización de la Corte actual descansa en una ley del Congreso. La magnitud de la Corte también es siempre un tema que incumbe a la determinación legislativa...’ (*La Constitución norteamericana y su actual significado*, Ed. Fraternal, Bs. As., 1987, pág. 274).

”Así es como en la historia argentina se registran los más variados regímenes de composición numérica: año 1815, Proyecto de la ‘Sociedad Patriótica’ con nueve jueces; año 1819, Constitución Nacional, con siete jueces; año 1826, Constitución Nacional, con nueve jueces; año 1830, Cámara de Justicia de Bs. As., que en 1854 pasó a llamarse ‘Superior Tribunal’ con siete jueces, dividida en dos Salas; año 1853, Constitución Nacional, fijaba el número de nueve jueces y dos fiscales; hasta que en 1860, Constitución Nacional reformada, se elimina el número fijo en la Constitución y queda librado a la ley.

”También debe recordarse que en alguna oportunidad la propia Corte pidió el aumento de sus miembros, tal es el caso de la acordada del 25 de agosto de 1958, que expresaba: ‘...Todo esto sólo puede remediarse con

una reforma sustancial en la estructura de la Corte, que al mismo tiempo que aumente el número de sus jueces y secretarios, haga posible la división en Salas a fin de dar pronto despacho a un gran número de causas (expropiaciones, cuestiones de réditos o aduanas, etc.) que no constituyen el trabajo realmente propio de una Corte Suprema' (firmado por Alfredo Orgaz, Benjamín Villegas Basabilbaso, Julio Oyhanarte y Ramón Lascano, este último Procurador General). En ese mismo acto el juez Aristóbulo Aráoz de Lamadrid sostuvo que era prudente que fueran los poderes políticos quienes, en ejercicio de sus facultades privativas, determinen la oportunidad de poner en movimiento la acción legislativa pertinente (véase Fallos 241:112).

"En 1960 el Congreso sancionó la ley 15.271, por la que aumentó a siete el número de jueces de la Corte, que desde 1863 (fecha de la instalación de la C. S.) se limitaba a cinco. Pero la historia no termina allí. En 1964 el Senado dio media sanción a una reforma por la cual se elevaba a diez el número de jueces de la Corte; y el Alto Tribunal se dividía en Salas (la Cámara de Diputados nunca dio sanción definitiva a este proyecto). Llegamos así al año 1966 en que el decreto-ley 16.895 del general Juan Carlos Onganía restableció en cinco el número de componentes del Alto Tribunal. Esta cantidad de miembros se mantuvo hasta el año 1990 en que el Congreso Nacional dispuso la elevación a nueve de los miembros de la Corte (Ley 23.774).

"En el dislocado debate parlamentario de esta última ley, que sólo pudo realizarse en la discusión en particular, puesto que en el debate en general el factor sorpresa en la iniciación de la sesión y en la rápida aprobación del proyecto hizo imposible que se expresaran todos los partidos ajenos al oficialismo de entonces, el miembro informante diputado Jorge Yoma invocó un par de razones para 'fundamentar' el aumento propuesto, a saber:

"1) Que el aumento permitiría una mayor rapidez en el trabajo de la Corte y la resolución de las causas; y 2) Que con mayor número de jueces no sería necesario consumir tantas 'delegaciones' del trabajo judicial en Secretarios y/o Relatores que asisten a los jueces del más Alto Tribunal de la República. La experiencia vivida señala a las claras que ambas razones no fueron corroboradas por la realidad, toda vez que el "intérprete final de la Constitución Nacional" y "Tribunal de garantías constitucionales" —puesto que así se autodefine la propia Corte— exhibe un considerable atraso en sus tareas, por un lado, y, por otra parte, el personal letrado que la asiste se ha multiplicado considerablemente. Como mera referencia de comparación basta con señalar que hasta 1966 la Corte Suprema contaba en la totalidad de su personal letrado con quince Secretarios Judiciales,

Secretarios Letrados y Prosecretarios; mientras que en la actualidad no se conoce la cifra exacta, pero según una publicación oficial del Tribunal emitida en el año 2001 señalaba una cifra cercana a los dos centenares (sic) de Letrados que trabajaban en la órbita del Tribunal.

”Si la cuestión se limitara a disminuir el número de miembros de la Corte Suprema podría llevarse el debate al terreno de la posible conveniencia de volver a siete miembros, o continuar con cinco jueces (aunque algún juez de la Corte señaló con alto sentido del humor que sería mucho más efectivo contar con una Corte de tres miembros). Eso indica que el tema de fondo no es el de la cantidad de jueces sino el de la estructura y organización de un Cuerpo, que no es un Tribunal más, sino que se trata de la ‘cabeza visible’ de un Poder del Estado, que es el Poder Judicial. Con ese marco de referencia, tratar únicamente el número de miembros equivale a desconocer el contexto, que debe ser encarado en forma integral y profunda para resolver los viejos problemas que aquejan al funcionamiento de nuestra Corte Suprema.

”Consideramos inoportuno el tratamiento aislado de la reducción o ampliación de miembros de la Corte, si al mismo tiempo no se toman en cuenta cuestiones tales como las siguientes: A) La designación del Presidente de la Corte Suprema de la Nación, para determinar si se mantiene el sistema iniciado en 1930, a cargo del propio Cuerpo, o si se retorna al sistema que rigió hasta esa fecha y según el cual —siguiendo el sistema norteamericano— el Presidente de la Nación determinaba tal nominación. B) La necesidad de legislar todos los procedimientos y actuaciones que se sustancian ante la C. S. a efecto de ‘codificar’ el derecho adjetivo federal con que se maneja ese Tribunal, dado que sólo están legislados algunos aspectos (arts. 14, 15 y 16 de la Ley 48; reforma del art. 280 del Código de Procedimientos Civil y Comercial, por el que se estableció el ‘certiorari criollo’), el recurso ‘per saltum’ etc., mientras que muchos otros han sido el producto de sucesivas creaciones ‘pretorianas’ por vía de la jurisprudencia de la misma Corte (por ejemplo, el recurso extraordinario contra la arbitrariedad de sentencias, el recurso extraordinario por ‘gravedad institucional’, etc.).

”La necesidad de dar certidumbre al ‘estatus’ de estos mecanismos se conecta directamente con la seguridad jurídica y con el imperativo de poner condiciones y límites a un instrumento que podría transformarse en una abierta violación constitucional si importara convertir a la Corte en un Tribunal de competencia originaria para otros asuntos que van más allá de los dos previstos en la Constitución, ya que los demás casos sólo pueden acceder a esa última instancia por vía de apelación.

”De esta manera se aliviaría la tarea ‘muscular’ de la Corte y este Tribunal dispondría de mayor tiempo y energía para volcarse a su tarea ‘cerebral’, ejerciendo plenamente sus altas funciones de control de constitucionalidad, de control de razonabilidad y de control de operatividad de las normas inferiores.

”Sin perjuicio de un análisis más profundo de la cuestión, las razones que anteceden son las que dan pie a esta reflexión con relación al propósito de ceñir la reforma de la Corte nada más que al número de sus miembros, cuando la razón y la experiencia indican que esta es la oportunidad para abordar todas las facetas que integran el tema en cuestión, teniendo en cuenta que estamos hablando del órgano máximo de un Poder del Estado que, de acuerdo con nuestra Constitución Nacional, es de tanta importancia como el Poder Ejecutivo y como el Congreso de la Nación. Al haber proyectos legislativos que tratan de manera abarcativa las cuestiones arriba mencionadas —y que tienen ‘estado parlamentario’—, nos vemos en la situación de pronunciarnos en discrepancia con relación a los proyectos de marras; sobre la base de tener presente que: 1°) Ni la Constitución ni la ley acuerdan a la Corte Suprema la potestad de uniformar la interpretación del derecho común (esa clase de ‘casación’ estuvo contemplada en la reforma constitucional de 1949 y sin ningún éxito); y 2°) No existen consensos que alienten la división en salas de la Corte, puesto que los criterios de interpretación del derecho federal y constitucional suponen la participación del Cuerpo en pleno (sin perjuicio de las disidencias).

”Buenos Aires, 29 de junio de 2016”.

# DECLARACIÓN SOBRE UN PROYECTO DE LEY EN MATERIA DE LOCACIÓN DE INMUEBLES

En la sesión del 24 de noviembre, la Academia aprobó emitir una declaración ante un proyecto de ley que contaba con media sanción del Senado y modificaba el Código Civil y Comercial de la Nación respecto de la ley de alquileres, con la abstención del académico Rafael M. Manóvil.

El texto, aprobado el 29 de noviembre, se transcribe a continuación:

“Con motivo de un proyecto de ley que tiene media sanción del H. Senado de la Nación por el cual se modifican varios artículos del Código Civil y Comercial en materia de locación de inmuebles, sea que se trate de inmuebles con destino habitacional o no, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires expresa su profunda preocupación al respecto, por cuanto modificaciones de esa naturaleza, particularmente con respecto a normas recientemente sancionadas y que tienen una innegable relevancia, deben ser previamente analizadas a la luz de sus imprevisibles implicancias jurídicas, además de consultadas y consensuadas con la comunidad y en particular con las distintas entidades relacionadas con la vivienda y con el comercio, lo que en el caso no parece haber ocurrido. Cabe señalar que proyectos similares fueron presentados en los años 2009 y 2012, sin éxito.

”Buenos Aires, 29 de noviembre de 2016.

Emilio P. Gnecco  
Académico Secretario

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente”





# DECLARACIÓN SOBRE UN PROYECTO DEL PEN SOBRE LAS ACADEMIAS NACIONALES

El 22 de diciembre, la presidencia emitió una declaración ante un proyecto del Poder Ejecutivo Nacional sobre las academias nacionales.

El texto se transcribe a continuación:

“La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires expresa su profunda preocupación y rechazo absoluto al proyecto gestado en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional que pretende incorporar a las academias nacionales a las áreas de diversos ministerios. Se dejaría así sin efecto su actual autonomía, inserción autárquica e independiente en el área del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva que, oportunamente, sustituyó a la Secretaría de Cultura en esa función.

“La medida proyectada, al margen de desconocer los fundamentos determinantes de la creación histórica de las academias nacionales, su independencia y su naturaleza, confirmada en la Ley 14.467 por el Congreso Nacional en 1958 y hoy vigente, puede constituir el primer paso hacia la politización de las entidades culturalmente más emblemáticas de las naciones de avanzada, sometiendo su funcionamiento, designación de miembros y autoridades a los detentadores del poder político.

“Como no es la primera vez que, en el curso de la secular historia académica del país, se está en presencia de este incomprensible afán por controlar el libre y creativo pensamiento que emana de las investigaciones científicas que nutren el funcionamiento de ellas, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires aspira a que se imponga la sensatez y excelencia republicanas y se disponga el archivo del proyecto denunciado.

”Buenos Aires, 22 de diciembre de 2016

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente”



# PREMIO ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

POR EMILIO P. GNECCO (\*)

Señor presidente de la Academia Dr. Jorge Vanossi, señores académicos, señores magistrados, señoras y señores.

Es esta una de las ceremonias públicas que la corporación siente como de las más importantes que realiza, pues si bien tiene por objeto formalmente discernir el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales para una obra individual que se haya editado, en el caso, entre 2013 y 2015, con este acto se encuentra al propio tiempo refirmando y cumpliendo con los ideales y propósitos de la academia, como lo son tratar de fomentar y promover la investigación y el trabajo en el área del derecho y de las ciencias sociales. Nos encontramos pues, en los tiempos que corren, en donde pareciera que los valores morales se encuentran constantemente asediados, ante el avance de generalizadas concepciones materialistas de la vida, nos encontramos digo, ante un acto que nos reconforta y llena de satisfacción, pues se trata de distinguir a quienes muestran la dedicación hacia el estudio de temas que sin duda tienden a contribuir a mejorar el escenario que nuestro derecho y se dirigen, no tengo la menor duda, hacia el logro de un bien común que todos anhelamos. Constituye todo ello, por consiguiente, un reconocimiento a un mérito intelectual, lo que es un renovado e indudable signo de confianza para el futuro.

Se me ha designado, entre tanto, para pronunciar unas palabras en representación de la academia para aludir a la adjudicación este año del premio que fue otorgado por un jurado que integré junto a los demás académicos Rafael Manóvil, Jorge Alterini, Mariano Gagliardo y Eduardo Sambrizzi.

---

(\*) Palabras pronunciadas por el académico secretario, en la sesión pública del 25 de agosto de 2016, en oportunidad de la entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al doctor Mauricio Mizrahi por su obra *Responsabilidad parental*.

Han sido presentados siete trabajos, todos ellos ponderables y sobre temas jurídicos diversos. Algunos casos, no obstante, han debido dejarse de lado por exigencias del reglamento, o por no tratarse de una obra exclusiva del autor o por ser el autor miembro ya de una academia. Por lo demás, debo decir que en su tarea el jurado, siguiendo pautas objetivas aplicadas desde siempre para analizar los estudios que se hicieran llegar, ha tenido en cuenta tanto lo concerniente a la trascendencia jurídica del objeto de la obra, como a la manera original de tratamiento del tema, la amplitud y metodología de los desarrollos, la solidez de los fundamentos que se expongan, la importancia de las referencias bibliográficas y jurisprudenciales y la extensión misma del trabajo como expresión del esfuerzo del autor.

La obra que ha sido por unanimidad elegida y distinguida para otorgarle el Premio de la Academia es la correspondiente al doctor Mauricio Luis Mizrahi titulada *Responsabilidad parental*.

La obra de Mizrahi cumple acabadamente con los méritos necesarios para ser destacada y merecedora del premio. El autor viene dedicándose a temas de familia desde hace mucho tiempo, él mismo reconoce que en la obra que consideramos ha “volcado medio siglo de intensa actividad en la materia”, y ello se ha evidenciado aquí en un trabajo escrito con ponderable claridad y con desarrollo de sólidos fundamentos. Con modestia, el doctor Mizrahi señala que se trata solo de una obra fundamentalmente “práctica” y por ello la entiende destinada para magistrados y abogados, pero sin embargo, no puede dejarse de reconocer que constituye un trabajo de relevante importancia doctrinaria que se instala, a no dudarlo, entre los de mayor trascendencia en el tema. Sobre todo, y ello ha sido ponderado debidamente, aborda el tema de la responsabilidad parental, tan sensible dentro del derecho de familia, con especial consideración del derecho actualmente vigente. Por cierto que continuamente analiza normas referidas al derecho del niño tanto en la correspondiente Convención Internacional, como en leyes nacionales, y abordando también con verdadera profundidad y autoridad fallos de tribunales y especialmente de la Corte Suprema de Justicia, como asimismo observaciones del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, entre otros. Pone de relieve el autor la importancia que atribuye, acertadamente, a la regulación del ejercicio compartido de la responsabilidad parental entre los cónyuges, aun cuando éstos no se encuentren conviviendo, y resalta también con razón, para el debido análisis en el ámbito general de esta responsabilidad parental, el inexcusable auxilio interdisciplinario.

La obra tiene XII capítulos en un libro de casi 900 páginas. Se distingue una primera parte en la que se alude al llamado interés superior del niño,

a sus alcances, a los derechos y deberes que lo integran; una segunda que comprende aspectos procesales a que da lugar el tema: la participación cuando así se pueda del menor en los juicios, el derecho a su asistencia letrada (abogado del niño), remarcando que tanto el magistrado interviniente, como el abogado del niño o el tutor especial, cada uno dentro de sus esferas, deben tender a un propósito común, como es el de resguardar el interés superior del niño; una tercer parte que comprende también varios capítulos, ésta dedicada específicamente a abordar la responsabilidad parental propiamente dicha, figuras legales derivadas y cuidado personal de los hijos; y, por último, una cuarta parte en la que el autor examina con igual profundidad el tan importante régimen de comunicación y de relaciones personales entre los integrantes de la familia, incluidas éstas, acertadamente, dentro del tema general de la responsabilidad parental. Aun cuando el autor siempre destaca en el desarrollo de la obra la indudable importancia del interés superior del niño, tengo la impresión que en este ámbito también ha de poder jugar equilibradamente en ciertas situaciones familiares, la idea de la “solidaridad”, como elemento a tenerse en cuenta al momento de tener que valorar y resolver los casos.

A esta altura y aun cuando la actuación del autor es en general conocida, debo decir que el Dr. Mauricio Luis Mizrahi es un jurista que se ha destacado desde hace ya tiempo en el terreno del derecho de familia. Tiene publicados varios libros, más de 80 trabajos y artículos y ha intervenido en numerosos congresos y jornadas jurídicas siempre con preferente referencia a temas de familia, como también dictado numerosas conferencias. Designado profesor titular de Derecho de Familia y sucesiones en la Universidad de Buenos Aires, y luego de un ininterrumpido ejercicio profesional por 39 años, fue nombrado en 2005 juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal (integrando la Sala B), prestigioso tribunal (al que también tuve yo el honor de pertenecer durante varios años (Sala D), y al que no me cabe duda el Dr. Mizrahi estará ofreciendo un aporte de verdadera jerarquía.

Señoras y señores, destacamos la vocación de investigación demostrada en oportunidad de estas convocatorias para avanzar en mayor conocimiento y mejor apreciación de los distintos temas jurídicos. Valoramos la consagración al estudio y lo hacemos mediante el reconocimiento público a una obra que se ha distinguido. La independencia y la investigación desinteresada son rasgos propios de los trabajos que cobran interés y pueden significar un verdadero aporte como utilidad social. Por eso, como dije al iniciar estas palabras, en épocas en las que es preciso reafirmar los valores morales y éticos que a todos nos deben guiar, podemos afirmar que hoy es un día de júbilo para la academia, y de agradecimiento para

todos quienes nos han hecho llegar sus trabajos, testimonios de esfuerzos por mostrar inclinaciones por cultivar la sana labor intelectual. A todos ellos los felicitamos y de manera especial, naturalmente, al distinguido jurista Dr. Mauricio Mizrahi por su brillante obra que ha sido galardonada este día con el Premio de la Academia. ◆

# ÍNDICE

## ANALES 2016

### I. INCORPORACIONES

Discurso de recepción por el académico doctor Rafael Mariano Manóvil.....	3
<i>Lucro, sociedad y dividendo.</i> Disertación pronunciada por el doctor Ricardo Olivera García, en oportunidad de su incorporación como académico correspondiente en la República Oriental del Uruguay, en la sesión pública del 13 de octubre de 2016 .....	7
Discurso de recepción por el académico doctor Jorge Horacio Alterini .....	27
<i>La apariencia como fuente de derechos y obligaciones. La doctrina del acto aparente en el nuevo Código Civil y Comercial y en el derecho actual.</i> Disertación pronunciada por el doctor Marcelo J. López Mesa, en oportunidad de su incorporación como académico correspondiente en la provincia de Buenos Aires, en la sesión pública del 10 de noviembre de 2016 .....	31

### II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>La no intervención y la acción colectiva (otra “cuadratura del círculo”).</i> Comunicación del académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 14 de abril de 2016 .....	65
<i>Propiedad y herencia.</i> Comunicación del académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 28 de abril de 2016.....	85
<i>La Corte Suprema y sus criterios de admisibilidad en los casos de reinstalación por tutela sindical y discriminación por motivos gremiales.</i> Comunicación del académico doctor Daniel Funes de Rioja, en la sesión privada del 12 de mayo de 2016.....	97

<i>Objeción de conciencia: cuatro supuestos emblemáticos.</i> Comunicación del académico doctor Eduardo A. Sambrizzi, en la sesión privada del 26 de mayo de 2016 .....	117
<i>Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino.</i> Comunicación del académico doctor Siro M.A. De Martini, en la sesión privada del 9 de junio de 2016 .....	135
<i>La progresiva apertura e incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por medio de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina.</i> Comunicación del académico doctor Alfonso Santiago, en la sesión privada del 23 de junio de 2016 .....	157
<i>La elección de los senadores nacionales por las provincias: inaplicabilidad de cláusulas perimidas a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Su inconstitucionalidad.</i> Comunicación del académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 14 de julio de 2016 .....	187
<i>Distintos aspectos del régimen de filiación en el Código Civil y Comercial.</i> Comunicación del académico doctor Eduardo A. Sambrizzi, en la sesión privada del 28 de julio de 2016 .....	195
<i>Diversidad biológica y diversidad jurídica. Visión argentina.</i> Comunicación de la académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 11 de agosto de 2016 .....	207
<i>Algunas incidencias del Código Civil y Comercial sobre la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas.</i> Comunicación del académico doctor Rafael M. Manóvil, en la sesión privada del 8 de septiembre de 2016 .....	227
<i>La filosofía política del Estado populista.</i> Comunicación del académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la sesión privada del 22 de septiembre de 2016 .....	253
<i>Acción autónoma de nulidad.</i> Comunicación del académico doctor Enrique M. Falcón, en la sesión privada del 27 de octubre de 2016.....	271
<i>El interés familiar.</i> Comunicación del académico doctor Emilio P. Gnecco, en la sesión privada del 24 de noviembre de 2016.....	289
<i>Políticas legislativa y judicial en materia de derecho transitorio.</i> Comunicación del académico doctor Julio César Rivera, en la sesión privada del 1 de diciembre de 2016 .....	301



### III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo .....	356
Instituto de Derecho Civil.....	358
Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” .....	358
Instituto de Derecho Empresarial .....	359
Instituto de Derecho Penal .....	363
Instituto de Derecho Procesal .....	364
Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social .....	364
Instituto de Derecho Tributario .....	365

### IV. XXI REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

Palabras de clausura del académico presidente doctor Jorge Reinaldo Vanossi de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la clausura de la XXI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 6 y 7 de octubre de 2016 .....	369
<i>Independencia y orden jurídico en tiempos del Congreso de Tucumán.</i> Disertación pronunciada por el académico doctor Víctor Tau Anzoátegui, en la XXI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 6 y 7 de octubre de 2016.....	375
<i>Consideraciones sobre la responsabilidad del Estado.</i> Disertación pronunciada por el académico doctor Roberto E. Luqui, en la XXI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 6 y 7 de octubre de 2016 .....	381
<i>La nueva Ley de Responsabilidad del Estado.</i> Disertación pronunciada por el académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la XXI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 6 y 7 de octubre de 2016.....	405

## V. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

*IX Congreso de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica.* Palabras pronunciadas por el académico secretario doctor Emilio P. Gnecco, en Asunción del Paraguay, el día 24 de septiembre de 2016 en oportunidad de la reunión del IX Congreso de las Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica..... 425

*El proceso y los principios en la protección ambiental.* Disertación del académico doctor Enrique M. Falcón, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la Jornada Interacadémica sobre “El problema ambiental en la sociedad, la salud y la economía”, del 13 de octubre de 2016, organizada por la Academia Nacional de Medicina junto con la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, de Periodismo, de Ciencias Económicas, de Educación, de Geografía, de Ingeniería, de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales y de Agronomía y Veterinaria..... 431

## VI. HOMENAJES

*Doctor Roberto E. Guyer.* Resolución del 17 de febrero de 2016 ..... 445

*Doctor Julio César Otaegui.* Resolución del 21 de junio de 2016 ..... 447

*Doctor Julio H. G. Olivera.* Resolución del 26 de julio de 2016 ..... 449

*Doctor Carlos María Bidegain.* Resolución del 22 de septiembre de 2016..... 451

*Doctor Félix A. Trigo Represas.* Resolución del 4 de octubre de 2016..... 453

*Homenaje al profesor doctor Rafael Bielsa.* Palabras de apertura del académico presidente doctor Jorge R. Vanossi ..... 455

*Homenaje al académico doctor Rafael Bielsa,* en el acto público con motivo de cumplirse el cincuentenario de su fallecimiento, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, celebrado el 18 de octubre de 2016 ..... 461

*Doctor Santos Cifuentes.* Resolución del 1° de noviembre de 2016 ..... 473

## VII. DECLARACIONES, DICTÁMENES Y PREMIOS

Declaración sobre las vacantes a cubrir en la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	477
Dictamen sobre el número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	479
Declaración sobre un proyecto de ley en materia de locación de inmuebles .....	483
Declaración sobre un proyecto del PEN sobre las academias nacionales.....	485
Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Palabras pronunciadas por el académico doctor Emilio P. Gnecco, en la sesión pública del 25 de agosto de 2016, en oportunidad de la entrega del Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires a la obra <i>Responsabilidad parental</i> de Mauricio L. Mizrahi .....	487







SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE MARZO DE 2018  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

