

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

**SEGUNDA ÉPOCA**  
**AÑO LXIII - NÚMERO 56**  
**2018**

BUENOS AIRES

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA  
AÑO LXIII - NÚMERO 56  
2018

BUENOS AIRES

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

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

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 56.

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.*

17.- *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL  
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1.- *Estudios de Derecho Civil.*

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.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

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.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal - Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *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.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*

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.*
- *Normativa Modelo Base de Habeas Corpus.*

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 Honorario

*Académico Dr. Jaime L. Anaya*

Director de Publicaciones

*Académico Dr. Gregorio Badeni*

Vocales

*Académico Dr. José W. Tobías*

*Académico Dr. Alberto B. Bianchi*

## ACADÉMICOS DE NÚMERO

*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domínguez F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardi	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
Dr. Alberto B. Bianchi	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. José O. Casás	Lisandro Segovia	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018

## ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Hugo Caminos      13 septiembre 2018

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. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 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. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey 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
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017

## 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 Zavalía	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 Risolfá	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolfá	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	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

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

Dr. Rómulo S. Naón  
Dr. Benito A. Nazar Anchorena  
Dr. Luis Esteban Negri Pisano  
Dr. Manuel Obarrio  
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta  
Dr. Francisco J. Oliver  
Dr. Julio H. G. Olivera  
Dr. Manuel V. Ordóñez  
Dr. Alfredo Orgaz  
Dr. Adolfo Orma  
Dr. Julio César Otaegui  
Dr. Alberto G. Padilla  
Dr. Lino E. Palacio  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. José D. Ray  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Alberto Rodríguez Galán

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. Félix A. Trigo Represas  
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 Wilmar de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos



I  
INCORPORACIONES





# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JOSÉ W. TOBÍAS<sup>1</sup>

Es un honor y un motivo de especial satisfacción para mí dar la bienvenida en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, a su nuevo miembro. Al privilegio que supone pronunciar el discurso de recepción, se suma la circunstancia de los particulares atributos del recipiendario: una fecunda tradición de estudioso e investigador; de escritor profundo y agudo y de una destacada actuación en la magistratura. Agrega a ello su afabilidad y sobriedad en el trato –tan ajeno a las jactancias y soberbias– aspectos estos de importancia en los cuerpos colegiados, sobre todo en aquellos en que por la naturaleza y el carácter vitalicio de las designaciones, sus miembros han de recorrer un camino común por el resto de sus vidas.

Alberto cursó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional de Buenos Aires, y rememorando aquellos años en el “viejo e incomparable” Colegio –así lo menciona en el prólogo a uno de sus libros– agrega que su “recuerdo nostálgico, no sólo está siempre vivo, sino que se agiganta a medida que transcurre la vida”.

Se graduó de abogado en el año 1968 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y se incorporó a la actividad docente –primero como Auxiliar y luego como Profesor adjunto– en las Cátedras de dos recordados miembros de esta Academia. Primero en la de Contratos a cargo del Dr. Marco Aurelio Risolía y luego en la de Obligaciones a cargo del Dr. Jorge Bustamante Alsina. Ambos juristas influyeron en su formación científica y el segundo prologó lo que es quizás su obra más importante (Responsabilidad Civil de los médicos).

---

<sup>1</sup> Discurso de recepción del Académico de Número Dr. Alberto J. Bueres, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 24 de mayo de 2018.

Obtuvo el título académico superior, con la máxima calificación, graduándose como Doctor en Jurisprudencia con la tesis “Objeto del negocio jurídico”. Dijo de ella uno de sus comentaristas que la obra, elaborada por quien calificó como “uno de los juristas más notables e incisivos de los últimos años”, se encontraba dentro de la “bibliografía más importante que existe en la literatura jurídica sobre el tema del objeto y la causa negocial”.

En 1985 accedió al cargo de Profesor Titular Regular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en el año 2008, el Consejo Superior de esa Universidad lo designó Profesor Titular Emérito a propuesta del Consejo Académico de la Facultad de Derecho (en ambos casos por unanimidad).

Como es notorio, ha sido Vicedecano de esa Facultad por el período 2010-2017 y recientemente asumió como Decano electo de la misma Facultad por el período 2018-2022.

Es o ha sido Profesor invitado, visitante u honorario en más de 20 Universidades de Europa y América.

Su producción científica –como es también notorio– es numerosa y de calidad superlativa: no puedo dejar de mencionar algunos de sus libros: las 3 ediciones de “Responsabilidad civil de los médicos”, “El acto ilícito” (publicado también en Italia por la Editorial Cedam), “Derecho de daños”, “Responsabilidad civil de los escribanos”, “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos” o la actualización con Jorge Mayo, de los clásicos “Tratados de Obligaciones y Contratos” de Hector Lafaille Tampoco omitir mencionar que fue Director de las obras “Responsabilidad por daños en Homenaje al Profesor Jorge Bustamante Alsina” (uno de sus maestros) o “Responsabilidad por daños en el tercer milenio en Homenaje a Atilio Alterini” o del “Código Civil anotado. Análisis doctrinario y jurisprudencial” en 29 Tomos. Es Director de la reciente obra “Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, en 12 Tomos.

Es autor de otros casi 400 trabajos, monografías y comentarios en revistas y publicaciones nacionales y extranjeras.

Pero la expresión numérica de su obra –suficientemente indicativa– adquiere una dimensión especial cuando se evalúa su contenido. En esa dirección, corresponde afirmar que son numerosos y significativos los aportes de Alberto al Derecho Privado. Me limitaré a enunciar solo algunos

de ellos, sin posibilidad, aquí, de analizarlos: la propuesta de suprimir la categoría de los contratos reales (recogida por el Proyecto de 1998 y el actual código civil y comercial); la defensa, caracterización e importancia de la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado (sobre la que volverá, enseguida, en su exposición); el auténtico lugar a atribuir a las llamadas obligaciones naturales; sus precisiones acerca de los centrales conceptos de hecho jurídico, acto jurídico y daño; sus cuestionamientos a una corriente de opinión que postula la existencia de otras clases de daños que coexistirían –autónomamente– con el daño moral y el patrimonial; sus críticas a las doctrinas anticausalistas y su defensa del llamado neocausalismo sincrético o sincretismo causal o, en fin, su propuesta acerca del criterio de apreciación de la culpa médica (desechando tratamientos de preferencia y, también, los que postulan una mayor severidad en la valoración).

A tan fecunda actividad académica, agrega Alberto Bueres su actividad en la magistratura. Ingreso al Poder Judicial de la Nación como meritorio y luego de desempeñar los cargos de secretario y juez en la Justicia Nacional en lo Civil, fue designado magistrado de la Cámara Nacional de ese fuero, cuya presidencia ejerció en los años 1987 y 2000.

A propósito, sus votos como Camarista reflejan también al ilustrado doctrinario. Menciono solo dos por su importancia: su voto en el plenario Civil, en que defiende la viabilidad del lucro cesante al declararse la resolución del negocio por el ejercicio del pacto comisorio y su voto en la causa “Kodama” en la que postula un *distingo* entre los actos *mortis causa* y los actos “*in diem mortis dilati*”.

Su actividad se ha extendido, también, al ámbito legislativo. Fue miembro de la Comisión designada por Resolución de la Cámara de Diputados de la Nación, que elaboró un Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial (el conocido como Proyecto de la Comisión Federal), que llegó a tener media sanción de esa Cámara y colaboro en la redacción de otros proyectos de leyes y reformas a artículos del Código Civil (recuerdo, por ejemplo, la reforma al artículo 1117 de ese Código relativo a la responsabilidad de los Centros Educativos por hechos dañosos de los alumnos).

Tengo para mí que la prueba más acabada de los méritos académicos y virtudes humanas de un jurista es el reconocimiento público de sus pares. En esa idea, señalo que las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) –como es sabido, el evento científico más importan-

te de esa rama del Derecho— se celebraron en su homenaje por decisión unánime de los Directores de Institutos de las universidades públicas y privadas del país.

Corolario de ello fue el Libro Homenaje a Alberto Jesús Bueres (Derecho Privado, 2001) en el que colaboraron, con sus aportes, 120 calificados juristas argentinos, brasileros, colombianos, españoles, italianos, franceses, portugueses y peruanos. Por iguales razones, la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo distinguió como Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas.

En esta particular ocasión creo de estricta justicia mencionar especialmente a sus afectos: su esposa María del Pilar Osorio (Monina para nosotros) por lo que ha significado su compañía, colaboración y presencia en la actuación del recipiendario y sus cinco hijos y doce nietos que se encuentran presentes en el salón.

La vida del Dr. Bueres, en fin, es el ejemplo acabado del cumplimiento de una acendrada vocación por el Derecho, con la vista en el bien común y en la idea de lo justo. Como se afirmó en una oportunidad similar a ésta, “siguió su estrella y arribó a glorioso puerto”.

Se incorpora a esta Academia luego de pertenecer a su Instituto de Derecho Civil desde el año 2002, en que se lo creó. Disertará hoy sobre un tema de enorme interés y al que ha dedicado importantes estudios, brindándonos una visión actualizadora de la clasificación de obligaciones de medio y de resultado.

Así que con justificada admiración, y con el afecto y la amistad que resultan de haber recorrido durante más de 40 años el común camino del estudio del derecho civil, le reitero la más cordial bienvenida.

# OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO

POR ALBERTO J. BUERES\*

1. Las discusiones sobre el objeto de la obligación constituyen un problema que siempre trajo dificultades y, **a fortiori**, si a esto se añade el asunto de la relevancia (o irrelevancia) sustancial que puede presentar en la configuración del mencionado objeto la distinción de las obligaciones de medios y de resultado<sup>1</sup>.

La obligación de resultado, al propio tiempo que ciertas obligaciones de garantía, ha asumido una importante extensión que dimana del sistema globalizado e impersonal del intercambio de masas. Por ende y aunque la atención no debe cultivar una preferencia temática, es menester poner énfasis en el ensalzamiento del deber de medios, que en muchos momentos fue atacado con variados argumentos.

Los modelos contractuales económicos expulsan del sistema toda consideración relacional y pregonan la adopción de cualquier instrumento de análisis que presente tan sólo una aparente (o ficticia) vena ética. La perspectiva eficientista sustentada en ideas del Common Law agrede la misma noción de incumplimiento, que la teoría del incumplimiento eficiente (**theory of efficient breach**) transforma ingenuamente en acto lícito como opción practicable<sup>2</sup>. Un argumento que se predica a propósito de la crisis de las obligaciones de medios y de resultado, se sustenta en razones sociológicas –muy discutibles– (la teoría de la modernidad líquida –que

---

\* Discurso del Académico de Número Dr. Alberto J. Bueres, en la oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 24 de mayo de 2018.

<sup>1</sup> Carbone, Enrico, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 1.

<sup>2</sup> Roppo, Enzo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2001, p. 532; Carbone, ob. cit., p. 3. Acerca del incumplimiento eficiente, cfr. Eisenberg, M.A., *The Disgorgement Interest in Contract Law*, *Michigan Law Review*, 2006, p. 870.

desarrolló Zigmun Barman en una obra sobre el asunto—). Bajo esta luz, los conceptos jurídicos habrían perdido la certeza inherente a la modernidad y, por ende, se prefiere acudir al razonamiento de signo líquido, connatural a la postmodernidad y que a diferencia de lo sólido, prefiere la desregulación, la flexibilización, el cambio libre no condicionado por el aparato conceptual<sup>3</sup>. Estas ideas se enlazan con una reivindicación de la jurisprudencia práctica, que pretende conceder a los jueces las más amplias facultades para valorar las relaciones obligatorias. Curiosa postura, esta última, en la medida en que teorías opuestas a esa esfera del libertad, objetan la límpida vigencia de las obligaciones de medios y de resultado sobre la base del positivismo legalista<sup>4</sup>.

Inclusive, en Francia, donde la obligación de medios tiene un importante desarrollo, se han esbozado teorías tendentes a suprimir la responsabilidad contractual, en tanto en cuanto ella comportaría un falso (**faux**) concepto<sup>5</sup>, pese a lo cual el Proyecto de Pier Catalá disciplina con amplitud la clasificación examinada. Cabe señalar que los Principios de Unidroit también recogieron de forma explícita la susodicha clasificación en los arts. 5. 4. y 5. 5. —hoy 5. 1. 4. y 5. 1.5—. En la obligación de resultado la parte se obliga a realizar un fin concreto (**duty to archieve a specific resultat**), mientras que en la obligación de medios se compromete a adoptar todas las medidas que una **reasonable person** tendría en cuenta para conseguir el fin programado<sup>6</sup>.

2. Los romanos utilizaron elementos para posibilitar que en un futuro se hiciera realidad la distinción de las obligaciones de medios y de resultado, habida cuenta de que contemplaron la tripartición **res locata-conductio rei, operis y operarum**. La contraposición de la **locatio operis** y la **locatio operarum** constituyó el modelo más palmario del opuesto resultado (**opus**) y contenido (**operae**).

<sup>3</sup> Scalisi, V., *Categorie e istituti del diritto civile nella trasizione al postmoderno*, Giuffrè, Milano, 2008, p. VII. Cfr. Carbone, ob. cit., p. 1 y 2.

<sup>4</sup> Carbone, ob. cit., p. 76.

<sup>5</sup> Remy, Philippe, *La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997, p. 323 y ss., y *Critique du système française de la responsabilité*, "Droit des Cultures", 1996- 1-47 y ss.; Letourmy, L., *La responsabilité delictuelle du contractan*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1998, p. 839 y siguientes.

<sup>6</sup> Roldan Alzate, Natalia, *Inadempimento e ripartizione dell'onere probatorio*, *Le monografie di Contratto e impresa*, Serie directa da Francesco Galgano, Cedam –Wolters Kluwer–, Milano, p. 97.

No obstante, para algunos juristas, que, por el contrario, privilegiaron la unidad de la **locatio** sobre la base de considerar que el **facere** (el hacer) era accesorio, por caso, para restituir la cosa locada o depositada, la plena conciencia de la clasificación debió ser postergada en el tiempo.

Comoquiera que sea, los pandectistas tuvieron una noción acabada del funcionamiento de la obligación de custodiar la cosa (la llamada **diligencia promotora**) y con ello quedaron echadas las raíces de la clasificación. En primer lugar, aparece en la historia la custodia clásica de naturaleza objetiva y luego la custodia técnica de raigambre subjetiva (la **diligentia in custodiendo**)<sup>7</sup>.

3. Giuseppe Osti, ilustre profesor de Bologna, se anticipó a Demogue, como antes lo habían efectuado los pandectistas tudescos Bernhorf y Fischer. Osti explicitó la clasificación entre 1913 y 1918 –fecha ésta en la que publica su trascendente trabajo **Revisione critica sulla teoria della impossibilità della prestazione**<sup>8</sup>. Es evidente, que el citado autor, inspirado en las ideas de Mommsen –opositor del culpabilista Donello-, sustentó **una teoría monista y objetiva** en torno al fundamento de la responsabilidad contractual (el incumplimiento objetivo, sólo vencible por la imposibilidad sobrevinida objetiva y absoluta), ha necesitado aceptar un dualismo sobre **el comportamiento** de la prestación (no sobre su **estructura**, quede en claro). De tal suerte, la obligación de medios recuperó el equilibrio teórico que en un esquema objetivo parecía diluirse. No obstante, Osti admitió la primacía cuantitativa de la obligación de resultado, pero ha reconocido **la dignidad** de la obligación de medios. Por otro lado, el cuadro **unitario y objetivista** que señalé no se ha conmovido con sus razonamientos, en contraste con el **dualismo** no exento de un marcado **subjetivismo**, propiciado por Bernhorf y Fischer –que he de analizar en lo que sigue–. Al margen de todo esto, Osti manifestó que la clasificación poseía escaso valor para establecer el régimen de la carga de la prueba<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> D'Amico, Giovanni, La responsabilità **ex recepto** e la distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”. Contributo a la teoría de la responsabilità contrattuale, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1999, p. 88 y ss. y p. 194 y siguientes.

<sup>8</sup> Rivista di Diritto Civile, 1918, p. 209 y siguientes.

<sup>9</sup> Osti, Giuseppe, Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1954, n° 9, p. 609 y ss. y n° 10, p. 615 y 616, texto y nota n° 4; y en impossibilità sopravveniente, Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, 1962, t. VIII, n° 11, p.298.



4. Como he dicho antes de ahora, el **casus** es el único límite de responsabilidad para todas las obligaciones (sean de medios o deresultado) y para cualquier tipo de infracción (falta de cumplimiento –definitivo, parcial o moroso– y cumplimiento defectuoso), situación que produce la ruptura de la relación de causa a efecto. La imposibilidad de pago generada por el **casus** produce dos efectos:extingue la obligación y, por lógica implicancia, libera de responsabilidad al deudor (arts. 955, 1730 y 1732, Código Civil y Comercial 2015). En torno al efecto liberatorio, el deudor responde mientras la obligación se encuentre insatisfecha. Y el límite de tal deber de responder está dado por la imposibilidad de pago. Ciertamente, si falta la prestación o ésta es defectuosa y promedia un **casus** la obligación se extingue –como quedó dicho– y, por tanto, no hay incumplimiento. Asimismo, el **casus** produce el efecto extintivo, razón por la cual se dice comúnmente (**vulgo dicitur...**) que el deudor se libera de responsabilidad, aunque, más que de responsabilidad, me parece a mí que se libera del vínculo, pues si la obligación se extinguió (no hay causa fuente) no cabe hablar de incumplimiento ni de responsabilidad de la que liberarse<sup>10</sup>. Se responde hasta un límite (**casus**); fuera de él ya no hay relación jurídica.

Una cosa es el suceso (o hecho) que causa la imposibilidad, el cual debe ocurrir sin culpa del deudor –o sin que pueda ser imputado de forma objetiva– y otra es la mencionada imposibilidad de pago, que debe ser objetiva y absoluta, más allá de la moderación que se hizo de este último requisito en los últimos tiempos en virtud de la buena fe y el abuso del derecho –moderación que en cualquier caso no desnaturaliza dicho requisito–<sup>11</sup>. Los autores subjetivistas creen que con la verificación del primer suceso (o hecho) imputable, que es sólo un primer tramo en la configuración del **casus lato sensu**, el deudor se libera, sin que interese que la imposibilidad de pagar, que es otro elemento de dicho **casus**, sea objetiva o subjetiva o, para ser más coherentes con la postura culpabilista, sin que siquiera interese (o se plantee) el **quid** de la imposibilidad de pago<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Bueres, Alberto J., El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1998, n° 17, p. 108, y Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 503 y 504.

<sup>11</sup> Bueres, Alberto J., La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual, Tratado de la buena fe en el Derecho, Director Marcos M. Córdoba, La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 292, 293 y siguientes; y en la actualidad, art. 1732, in fine, Código Civil y Comercial 2015.

<sup>12</sup> Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad contractual, Civitas, Madrid, 1987, p. 160 y ss.; Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 491, nota n° 52.

La historia muestra singulares desencuentros al perfilar el caso fortuito y la fuerza mayor, pues en ciertas ocasiones los identifica y en otras los diferencia. Es más, entre estos conceptos, por lo menos para una significativa parte del pensamiento actual, se inmiscuye la no culpa (o falta de culpa) –falso y absurdo **tertium quid** entre la culpa y el fortuito–, que algunos llamaron y aún llaman caso fortuito menor (**casus minor**) y que en Italia para muchos opinantes es la esencia de la denominada **causa no imputable** incluida en el art. 1218, Código italiano 1942. Y con esto no se gana nada, fuera de generar confusión, pues **la no culpa** no es un caso fortuito **en sentido amplio**; y esto reclama apartar aquélla del último.

También se habla de un **casus** interno –**impropio**– con respecto al riesgo típico y de un **casus** externo a dicho riesgo (éste sería el que exime). Asimismo, hay quien propone, con arreglo a una teoríadualista, que si el hecho es externo en relación con el círculo de actividades del deudor (un huracán) hay fuerza mayor, mientras que si el suceso es interno con respecto a dicho círculo el deudor no se exonera, haya actuado con diligencia o sin ella. En realidad la no culpa aunque pueda ser causal no es **casus**; a lo sumo será una eximente de responsabilidad cuando la ley lo autoriza (el llamado daño provocado “con las cosas” en el art. 1113, Código Civil 1869). Del mismo modo que no hay una fuerza mayor ajena al riesgo típico (fuerza mayor extraña, extravagante, albarránea, extrínseca o exógena) y una fuerza mayor (se trataría en este orden vacilante de ideas de un caso fortuito) interna, intrínseca o endógena, propia del riesgo desplegado, generada en el círculo de actividades del deudor, que sería liberatoria en sede de responsabilidad subjetiva, pues supone ausencia de culpa, pero que no podría serlo en supuestos de responsabilidad objetiva. Sin duda que es menester ordenar la terminología harto confusa<sup>13</sup>. No obstante, aquí no hay fuerza mayor (ni caso fortuito) sino que promedia la no culpa (pura) que sólo puede eximir de responsabilidad al dañante cuando la ley, cada vez en menos casos (y para la órbita aquiliana) la disciplina como límite. Pero insisto, todo esto es terminológico.

Tal vez, por estas dificultades, el Código Civil español ha incluido en el art. 1105, como se ha de ver más adelante, una fórmula perifrástica que no menciona ninguna de esas categorías, aunque otros textos de dicho cuerpo

<sup>13</sup> Ver las ideas en Medina Crespo, Mariano; Medina Alcoz, María; Medina Alcoz, Luis, La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora en sede de Responsabilidad Civil, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Mariano%20Medina%20Crespo%20parte1.pdf> ,apartados 1 y siguientes, acápite nº 4.

legal hablan de caso fortuito, fuerza mayor o de ambos de consuno<sup>14</sup>. El art. 1105 citado, establece que “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así se declare en la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no pudieron preverse o que, previstos, fueran inevitables”. Se dice que el precepto ha sido inspirado en el art. 1014 del Anteproyecto de Florencio García Goyena (1851), aunque yo advierto que en él se menciona el caso fortuito, no así la fuerza mayor; y, que, al igual que en el art. 514, Código Civil 1969, se suministran las bases de la famosa definición de Vinnio –a las que tampoco resulta ajeno el contenido del art. 1730, Código Civil y Comercial argentino de 2015–.

El Código Civil y Comercial argentino 2015, mencionado, adopta una tesis identitaria y asimila lingüísticamente el caso fortuito, la fuerza mayor y la causa ajena (art. 1730), con total acierto<sup>15</sup>.

No obstante, me apresuro en aclarar que el fortuito (**estricto**) **ex** art. 1730, **sic et simpliciter**, del mismo modo que la no culpa pura (a fortiori), no eximen de responsabilidad contractual, si no generan una imposibilidad de pago (arts. 955 y 1732 de este último Código, y arts. 513, 514 y 888, Cód. Civil de 1871)<sup>16</sup>.

En definitiva, desde los tiempos del derecho romano, pasando por todo el **ius commune**, el positivismo legalista (e individualista) y aun por todo el siglo XX, se persistió en hablar de caso fortuito y fuerza mayor, en ocasiones con sentido equivalente y en otras con significados disímiles, aunque con escasa firmeza y precisión.

<sup>14</sup> *Ibidem*. (Asunto de política legislativa).

<sup>15</sup> Están en favor de la equiparación conceptual: Cottino, Gastone, Caso fortuito e forza maggiore, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1960, p. 379; Majello, Ugo, Custodia e deposito, Jovene, Napoli, 1958, ps. 229 y 230; Candian, A., Caso fortuito e forza maggiore, Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino, II, 1958, N° 2, ps. 988, 989 y ss.; Comporti, Marco, Esposizione al pericolo e responsabilità civile, Morano Editore, Napoli, 1965, ps 60 y 61; Jordano Fraga, La responsabilidad civil, cit., p. 215 y ss –quien dice que el distingo es una pura diversión académica–; Pizarro, Ramón Daniel; Vallespinos, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. 3, p. 291.

<sup>16</sup> El **casus** presenta matices en las órbitas de responsabilidad contractual o extracontractual, Picasso, Sebastián, La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 184 y 185; Del Olmo Guarido, Natalia, El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia. Thomson- Aranzadi, Navarra, 2004, ps. 230 y 231. Ver: Comporti, ob. cit., n° 7, p. 60 y siguientes; Mengoni, Luigi, Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (Studio critico), Rivista di Diritto commerciale, 1954, I, ps. 290 y 291 y 301 a 304; Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad contractual, cit., ps. 29 a 35, 39 y 40, 44 y 45, 59, 71 y ss., 181 a 220.

La falta de seguridad en los conceptos utilizados para cimentar criterios azarosamente normativos o, en muchos casos posturas personales de cada intérprete, generó un caos que va más allá de lo terminológico y que por ese conducto descaminado se introduce en el laberinto de la semántica.

Se habla de caso fortuito impropio, caso fortuito **minor**, caso fortuito estricto, caso fortuito amplio (comprendido del elemento objetivo de la imposibilidad de pago –no imputable–), etcétera. Es más, en los países del viejo continente, la necesidad de adecuar los ordenamientos jurídicos internos a las directivas de la Unión Europea, con la consiguiente exigencia de acercar posiciones, llevó en ocasiones a los legisladores a entremezclar discreta o indiscretamente conceptos del **Civil Law** y del **Common Law**, lo cual contribuye, al menos muchas veces, a fomentar confusiones (a esto hay que adicionar los aportes de los Proyectos de Unificación del Derecho Europeo y algunas Convenciones Internacionales). De tal forma, se introdujo entre los límites de responsabilidad –que hasta, según ciertos autores implica la excesiva onerosidad sobrevenida excediendo de forma absurda los susodichos límites– el significado de impedimento ajeno a la voluntad (art. 79, 1º, Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías), figura desacertadamente incorporada en el Proyecto de Código argentino de 1998, por ser la fórmula extraña a nuestra tradición jurídica. Tal vez por ello y por fortuna, ha sido desechada por el Código Civil y Comercial 2015 (aunque, sin defecto de esto, mucho cabría discurrir en torno a si el impedimento ajeno a la voluntad es la imposibilidad de pago provocada por un caso fortuito **estricto**, según la terminología empleada en los arts. 955, 1730 y 1732)<sup>17</sup>.

El derecho comparado es muy importante para producir las transformaciones jurídicas, pero con el razonable tope de la idiosincracia de los pueblos. El Derecho Continental no es el **Common Law**, por más que el contraste de institutos y de soluciones pueda permitir en algún caso y con los recaudos correspondientes, la incorporación de un instituto a un determinado ordenamiento jurídico<sup>18</sup>.

Todo esto confluye con la inmensa complejidad del tema (cuestión de sustancia y no de simple léxico), donde están involucrados la obligación, su naturaleza y efectos, el cumplimiento y el no cumplimiento, la extinción

<sup>17</sup> Del Olmo Guarido, ob. cit., ps. 68 a 70.

<sup>18</sup> Bueres, Alberto J., El futuro de la responsabilidad civil. ¿Hacia dónde vamos?, en Derecho de Daños, Coordinador Mariano José Herrador Guardia, Sapin, Madrid, 2011 p. 811, 5. 1.

del vínculo y las posibilidades de exoneración del deudor; e, inclusive, el sentido filosófico de la reparación (voluntarismo, solidarismo, compensación, prevención, punición, etc.). Y hasta el prejuicio de la culpa, que aunque se encuentra en amplio retroceso, todavía tiene un lugar en este fenómeno analizado, sea como criterio de determinación del contenido en las obligaciones de medios, bien como criterio de imputación del suceso que origina causalmente la imposibilidad de pago objetiva y absoluta.

De forma liminar, diré que a pesar de que el art. 1730 Código 2015 reitera la fórmula clásica que surge del art. 514 –en la que aparece el hecho imprevisible e inevitable (**quod humanu captu providere non potest resisti**), Digesto, I. 2.Lib. 50, Tit. 9-, según la fórmula de Florencio García Goyena que éste recibe de Arnold Vinnio (o Vinnius) –célebre jurista holandés– resulta indudable que el suceso irresistible ha de ser ajeno al riesgo típico de la actividad del deudor, más allá de que los datos de lo imprevisible y lo evitable estén disciplinados por los arts. 1724 y 1725, Código 2015 (arts. 512 y 902, Código Civil 1869).

A su vez, el art. 1730 equipara el caso fortuito y la fuerza mayor a la causa ajena; y esta última, más allá de los vaivenes que experimentó en el derecho francés (causa extraña), por ejemplo, en el derecho nacional siempre fue conectada a la ruptura de la relación de causa a efecto. Esto es unánime en la interpretación del art. 1113, párr. 2º, supuesto 2º, Código Civil 1869.

Comoquiera que sea, el caso fortuito (**estricto**) del art. 1730, insisto, para poseer la virtualidad de exonerar al deudor, debe ser elemento causal de la imposibilidad de pago. Es menester la configuración del caso fortuito **en sentido amplio** que define Osti –“caso fortuito **doveva intendersi quale evento che senza colpa del debitore rende oggettivamente impossibile la prestazione**”<sup>19</sup>. Probablemente y aunque muchos códigos del mundo y los proyectos de reforma argentinos (1987 a 1998) permanecen aferrados al mencionado concepto tradicional –**casus stricto** de Vinnio–, en la mayoría de los supuestos la doctrina y la jurisprudencia adosan a dicho **quid** la imposibilidad sobrevenida.

---

<sup>19</sup> Osti, Giuseppe, *Impossibilità sopravveniente*, cit., T. VIII, n° 4, p. 291, texto y nota n° 3; Bueres, Alberto J., *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit., p. 95 y ss.; Picasso, Sebastián, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 176 a 182.

Esto ha sido recogido de manera inacabable por el propio Código de 2015 en los arts. 955 y 1732, en cuanto estatuyen que la imposibilidad no imputable al caso fortuito –**estricto**, se entiende– (también alude a la fuerza mayor el primer precepto), exime de responsabilidad al deudor por extinción de la obligación<sup>20</sup>. Este es el significado recogido por la pandectística cuando se refería a la **cassuelle Unmöglichkeit**<sup>21</sup>.

La no culpa pura se predica a veces de la diligencia para evitar hechos internos al riesgo típico, que oneran y no exoneran –inoficiosa o ineficaz diligencia, pese a que pueda haber autoría y causalidad: el **casus minor** opuesto al **casus maior** utilizados, junto con otros vocablos, en el **Corpus Iuris Civilis**–<sup>22</sup>.

En cualquier caso, la diligencia (prestable) también es necesaria –**a veces y no siempre**– para evitar los sucesos externos al riesgo típico que configuran el caso fortuito estricto (la diligencia de los arts. 512 y 902 Código Civil 1869, y arts. 1724 y 1725 Código Civil y Comercial 2015, es la del buen padre de familia –pese a que el modelo no se mencione en los dos Códigos–), aunque hay autores que demandan al **solvens** un esfuerzo superior para resistir el suceso (hecho-causa)<sup>23</sup>.

Además, se dice que el caso fortuito es condición necesaria pero no suficiente para exonerar al deudor, dado que hay casos fortuitos internos –aquí se alude a la no culpa pura– que oneran (y no exoneran). Aparte, digo yo, y en torno a la necesidad y a la suficiencia, la afirmación puede ser correcta frente al **casus dolus vel culpa determinatus** y a los demás supuestos que informa el art. 1733, Código 2015 –no obstante las críticas que pueden formularse a la redacción de este precepto por los desajustes conceptuales que evidencia–.

De todos modos, las imprecisiones son notorias en los subjetivistas más radicalizados, que defienden un fundamento subjetivo de la responsabili-

<sup>20</sup> Bueres, El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor, cit., p. 108 y siguientes.

<sup>21</sup> D'Amico, ob. cit., p. 55, nota N° 24.

<sup>22</sup> Medina Crespo; Medina Alcoz; Medina Alcoz, ob. cit, acápite 5, quienes hablan de **vis maior** (y **vis minor**), **vis magna**, **vis cui resisti non potest**, **vis divina**, **vis naturalis**, **fatum**, **fatalitas**, **sors**, **fors**, **subitus eventus**, **inopinatus eventus**, **damnum fatale**, **detrimentum fatale**, **damnum providentiale**, etc. Cfr. D'Amico, ob. cit., ps. 29 y 30, 40 y 50, 130 y ss., 137 y 210 y 211.

<sup>23</sup> Del Olmo, p. 37, texto y nota N° 25; Jordano Fraga, La responsabilidad contractual, cit., ps. 101 a 118 -104-. Para el esfuerzo superior: Visintini, Giovanna, Trattato breve della responsabilità civile, Cedam, Padova, 1997, ps. 164 y 165 Comporti, ob. cit., ps. 79 a 84; Anelli, F., Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore, Giuffrè, Milano, 1990, p. 217, nota n° 88.

dad, en tanto suponen que el caso fortuito es un concepto negativo (**casus**= no culpa –**quae sine culpa accidum**–), en donde sólo interesa hacer patente la diligencia, ni siquiera en ocasiones referida a las pautas de lo imprevisible y lo inevitable, y sin que sea menester individualizar **definidamente** el suceso (el hecho-*causa*).

En este sentido se ha manifestado que el caso fortuito subjetivo, que tuvo singular fuerza durante el siglo 19, se explica mediante una proposición negativa y otra proposición positiva. Según la primera, el **casus** es lo contrario de la culpa (sin precisiones acerca de la dirección a la cual va dirigida la susodicha no culpa). Conforme a la segunda la diligencia es enfocada para adosarla a lo imprevisible e inevitable, razón por la cual se supone que existe un hecho; pero éste carece de individualización precisa (interno, externo, definido, indefinido, etc.)<sup>24</sup>. Esto puede observarse en las obras de algunos autores franceses clásicos que entienden que la *causa* extraña (art. 1147, **Code Civil**), entremezclada con el caso fortuito y la fuerza mayor, puede reconducirse a la falta de culpa<sup>25</sup>. Por tanto, bajo esta luz, absolutamente **equivocada**, donde termina la culpa comienza el caso fortuito<sup>26</sup>.

5. La falta de culpa (o no culpa) **como falso tercer género entre la culpa y el casus** no es límite en la responsabilidad contractual, de donde no puede oponerse al **casus**. Puede tener significado, en el terreno de la responsabilidad, hablar de no culpa (elemento subjetivo) para evitar la imposibilidad de pago (elemento objetivo) –ambos términos de consuno conforman el límite del responder para todas las obligaciones y para cual-

<sup>24</sup> Del Olmo, ob. cit., ps. 34 y 35; Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e “obbligazioni di mezzi”* (Studio critico), cit., p. 290, texto y nota n° 33.

<sup>25</sup> Tunc, André, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1945, p. 235 y ss.; Esmein, Paul, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1933, p. 627 y ss.; Carbonnier, Jean, *Les obligations*, IV, Themis, Paris, 1995, p.270 y ss.-. *Comp. D’Amico*, ob. cit., p. 29, cuando expresa que habría que evidenciar el hecho-*causa* en negativo mediante la prueba de que el incumplimiento no fue ocasionado por culpa del deudor en la *causa* no imputable del art.1218, Código italiano 1942, mientras que el caso fortuito –que remite al **receptum**–, importa demostrar un hecho positivo, individualizado, más allá de su imputabilidad, razón por la cual en este caso está muy claro que el deudor cargaría con las causas ignotas si prueba la diligencia pero no el origen del hecho-*causa* (cosa que para alguna particular opinión podría ser distinta en las obligaciones de medios- *D’Amico*, *ibidem*, ps. 36, 76 y ss. y 210 y 211).

<sup>26</sup> Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”* (Studio critico), cit., p 201.

quier forma de incumplimiento—. Al margen, la diligencia prestable es significativa como elemento del cumplimiento (o criterio de determinación del contenido de la obligación) para conformar el pago en las obligaciones de medios, aunque esta figura no puede relacionarse comparativamente con el **casus**: la primera opera en el plano de la deuda, la segunda en el de la responsabilidad.

Hay más argumentos (en realidad, inagotables). El caso fortuito es un hecho externo (sin duda). En la no culpa se advierte con mayor nitidez eso de probar la diligencia sin necesidad de hacer evidente de forma acabada un hecho particularizado —por lo menos en la no culpa pura (acaso un entresijo, pues hay quien predica que todas las causas no identificadas deben cargarse a la cuenta del deudor)—<sup>27</sup>. Pero, reitero, en la no culpa hay causalidad, aunque más no fuera que presunta.

La no culpa, en los ordenamientos del derecho comparado y en el Código Civil de 1869, tiene en general un significado, como dije, en los casos de presunciones de culpa que existen en la responsabilidad extracontractual, aunque también en este caso hay que poner indicios para que advenga la presunción.

Cierta doctrina acepta que existe el **tertium quid** de la no culpa entre la culpa y el **casus** —otros dicen que la no culpa coincide con el **casus**—. No me voy a detener en los detalles que trasuntan todas las posturas doctrinales, pero sí diré que en nuestro medio algunos autores refieren la autonomía ausencia de culpa (**tertium quid**) a las obligaciones de medios y de resultado, pues dicen que en aquéllas el pago es la diligencia (no culpa)<sup>28</sup>. Esto entraña un error, pues la diligencia (no culpa) que se ubica entre la culpa y el caso fortuito es pago, mientras que la culpa y el caso fortuito se relacionan con el límite de responsabilidad a consecuencia de que no se pagó. No pueden, entonces, mezclarse instituciones que carecen de la misma esencia. También es inexacto que el **casus** comienza donde termina la culpa, reitero una vez más (**infra**, acápite 6).

<sup>27</sup> Anelli, F., Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore, Giuffrè, Milano, 1990, p. 151 y siguientes.

<sup>28</sup> Salas, Acdeel, Caso fortuito y ausencia de culpa, *Juris*, t. 15, p. 369; Bustamante Alsina, Jorge., Prueba de la culpa, LL, 99. p. 892; Trigo Represas, Félix A., Dueño y guardián en la responsabilidad por daños causados a los automotores, LL, 1981- A- 694 -cap. II.



He señalado que la no culpa por sí sola no tiene relevancia en la responsabilidad contractual para exonerar al deudor. Sin embargo, existen teorías, sobre todo en el derecho comparado, que fundan el deber de reparar del deudor en la idea de culpa, razón por la cual, en tal caso, avizoran el límite de responsabilidad en la falta de culpa –sin perjuicio de que, autónomamente, la imposibilidad de pago extinga la obligación–<sup>29</sup>. En general se admite que el incumplimiento objetivo es suficiente para poner en marcha la ejecución forzosa en especie o por equivalente, la resolución de contrato y la excepción de contrato no cumplido, pero cuando se trata el asunto de la responsabilidad se dice que el incumplimiento –que ha de causar daño– debe ser subjetivamente imputable al deudor (normalmente el factor de atribución será la culpa pero a veces puede ser objetivo). Estos criterios separan la responsabilidad de la imposibilidad de pago que sólo viene a ser idónea para extinguir la obligación. Esta es la teoría del **impedimento evitable** o del **incumplimiento imputable** –según una clasificación efectuada por Adolfo Di Majo con respecto a las posturas que explican el fundamento de la responsabilidad–<sup>30</sup>.

Está muy claro que esto no debe generar confusiones cuando se examina la diligencia (no culpa) como elemento (extremo) del cumplimiento exacto en las obligaciones de medios, pues en tal caso hay pago, vale decir, cumplimiento –que extingue la obligación (la responsabilidad no nace)– y no incumplimiento material que exija recurrir al límite para exonerar de responsabilidad al **solvens**<sup>31</sup>.

Sobre el particular, el art. 1625 del Proyecto de Código Único de 1987, relativo a la actividad de los profesionales liberales, ha expresado que “... Si se suscitare controversia queda a cargo del profesional probar que obró sin culpa en los términos del art. 514...”. Pero es indudable que en este caso no hay una presunción de responsabilidad subjetiva, que quedaría desvirtuada con la demostración de la falta de culpa (límite), sino una presunción de incumplimiento (mera situación interina) susceptible de ser vencida por

<sup>29</sup> Díez- Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 1993. cit., p. 608; Del Olmo, ob. cit., p. 55 y 56; Pantaleón Prieto, Fernando, El sistema de la responsabilidad contractual (Materiales para un debate), Anuario de Derecho Civil, 1991, p. 1019 y siguientes.

<sup>30</sup> La responsabilità contrattuale, Giappichelli, Torino, 1997, 37 y siguientes.

<sup>31</sup> Distaso, Nicola, Le obbligazioni in generale, UTET, Torino, 1970, p. 340; Bueres, Alberto J., Culpa y riesgo, Creación de riesgo- I, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006. 3, p. 47 y 48.

la demostración de la diligencia del deudor que, en el caso, es pago y no límite de responsabilidad<sup>32</sup>. El art. 514, ap. 2º del mencionado Proyecto consagró la falta de culpa al estatuir que hay incumplimiento sin culpa cuando el deudor acredita que para cumplir debió emplear una diligencia mayor que la exigible por la índole de la obligación. Pero, en realidad, no hay incumplimiento sin culpa, sino, en todo caso, incumplimiento (provisional) determinado por la culpa **presumida** en las obligaciones de medios (y si el deudor demuestra que pagó hay cumplimiento y no incumplimiento de ninguna índole). Además, si hay no culpa para justificar el incumplimiento, ésta es límite de responsabilidad y no criterio de determinación del contenido de la relación obligatoria, cosa que pudo intentarse introducir en el art. 514 del Proyecto de 1987 (**dos límites**), pero que no existe en el ordenamiento argentino actual, ni en el anterior a la sanción del Código de 2015 (y que resultaría un retroceso si existiera). Por lo demás, esa no culpa captada singularmente es un absurdo, pues ella está dirigida a evitar la imposibilidad –único límite– y, en tal caso, hay extinción de la obligación y no resulta posible hablar de incumplimiento sin culpa o con culpa (esto se conecta a las diversas variantes que existen a la hora de afirmar, incorrectamente, que hay incumplimiento imputable e incumplimiento no imputable. El Proyecto de 1987 contenía la siguiente fórmula: “Cuando de lo convenido o de las circunstancias resultare que el deudor afianzó un resultado, únicamente podrá eximirse de responsabilidad demostrando la incidencia de una causa ajena” (art. 1625, parte segunda). Esto también configura un desacierto, pues en las obligaciones de medios (cuando no se prometió un objetivo final), también el límite de responsabilidad es la causa ajena. La no culpa no sirve para esta función –excepto que sólo se la capte de forma fragmentaria como criterio de imputación de la imposibilidad de pago–. En rigor, en las obligaciones de medios el deudor podrá cuestionar la negligencia que intenta hacer patente el acreedor y si logra evidenciar su diligencia esto será pago (o cumplimiento) y no límite de responsabilidad.

Por lo que respecta al Código Civil y Comercial de 2015, el art. 1724, concerniente a la responsabilidad objetiva, refiere que “Cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”. Esto reafirma la consagración del *distingo medios y resultado* en

<sup>32</sup> Bueres, El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor, cit., p. 112; Dfiez- Picazo, Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias, cit., ps. 607 y 608.

el Código mencionado, pero no me parece exacto, si se parte de la idea de que la responsabilidad se funda en **el incumplimiento a secas**, omitir que en las obligaciones de medios la responsabilidad es objetiva pues dicho incumplimiento no necesita un factor de atribución para adjudicar el deber de reparar del deudor; en estos casos la diligencia es criterio de determinación del contenido de la obligación y, por tanto, sólo se conecta con el cumplimiento (pago), pero no con la responsabilidad que se excluye sólo con la imposibilidad de pago no imputable (la culpa sólo y a veces es criterio de imputación de la susodicha imposibilidad pero no de la responsabilidad).

Es más: resulta común la afirmación de que en las obligaciones de medios, incumplimiento y culpa coinciden<sup>33</sup>. No obstante, estimo que es acertada la objeción de Mengoni, acerca de que dicha afirmación es un tanto equívoca, pues podría hacer creer que el criterio de la diligencia/ negligencia es suficiente para establecer (fijar) el hecho del incumplimiento, sin posibilidad de acudir al **casus** a los fines de resarcir los daños (algo similar a lo que sostuvieron algunos autores germanos como Fischer y Bernhorf). Por el contrario, hay que poner cuidado en la concreta posibilidad de cumplir la prestación sobre la base de dicho criterio (el de la diligencia). Podría suceder que el comportamiento concreto del deudor no se corresponda con todos los requisitos del comportamiento debido en razón de que sin culpa del deudor el susodicho comportamiento debido ha resultado imposible. En tal caso, no existe incumplimiento (negligencia), sino caso fortuito. Esto demuestra, más allá de todo, que en el ámbito de las obligaciones de medios, la ausencia de culpa no implica necesariamente el cumplimiento. Sólo con estas precisiones, la manifestación de Osti es aceptable, en el sentido de que, donde el deber de prestación primario esté limitado a los actos correspondientes al buen padre de familia no pueden verificarse las hipótesis de las obligaciones de resultado, en las cuales el cumplimiento requiere un esfuerzo superior a la citada diligencia ordinaria (vale decir, las hipótesis de impotencia excusable). En definitiva, que en las obligaciones de medios aparezca la diligencia para obtener un fin, no significa que promedie una diferencia con las obligaciones de resultado en punto al fundamento de la responsabilidad, sino que hay un matiz de diferencia en las dos categorías en torno a la determinación de los extremos del incumplimiento (el límite es invariable)<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Inclusive, esto lo afirma el propio Osti; *Revisione critica della teoria sulla impossibilita della prestazione*, cit., p. 423.

<sup>34</sup> Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e "obbligazioni di mezzi"* (Studio critico), cit., ps. 312 y 313.

Esta perplejidad se advierte en las múltiples opiniones de los autores italianos acerca de **la causa no imputable** mencionada en el art. 1218, Cód. it. 1942, que contiene la regla general de responsabilidad y el límite para exonerar al deudor –con independencia de que la **fattispecie** se complete con otras normas, cuya elección y alcances también son polémicos–.

La interpretación de los principios mencionados en el párrafo que antecede, resulta de suma importancia para analizar las normas atinentes del Código Civil y Comercial de 2015, pues éste consagra un sistema análogo al que existe en Italia –de acuerdo con la corriente de opinión que parece ir alcanzando hegemonía en dicho país–. Este es el sistema que siempre he defendido en el marco del Código Civil de 1869 y que ahora de un modo diáfano se encuentra disciplinado por su susodicho Código de 2015 (el art. 1218, Código italiano 1942, citado, indica que “El deudor que no ejecuta exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño (art. 1223 y ss.), si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por una imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable”.

6. Los aspectos terminológicos que se utilizan en oportunidades han sido objeto de críticas. Por ejemplo, los Mazeaud prefirieron reemplazar las denominaciones de Demogue, obligaciones de resultado y obligaciones de medios, por obligaciones determinadas y obligaciones generales de prudencia y diligencia<sup>35</sup>. Mengoni dice que esta última terminología es peor que la anterior. Por de pronto, hablar de obligaciones determinadas es poco feliz, pues toda obligación tiene un objeto determinado o determinable<sup>36</sup>. Más problemático es aludir a las obligaciones generales de prudencia y diligencia, pues los vocablos pueden engendrar confusiones con el **alterum non laedere** que es un deber general de abstención de dañar que pesa sobre todos los miembros de la comunidad (se trata de un deber, como afirma Santi Romano, que no confiere al potencial titular derecho subjetivo alguno)<sup>37</sup>. Además, el propio Mengoni, al igual que Emilio Betti, opina que

<sup>35</sup> Mazeaud, Henri, *Essai de classification des obligations contractuelles et extra-contractuelles*; “obligations déterminées” et “obligation générale de prudente et diligence”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1936, p. 1 y ss. y p. 29.

<sup>36</sup> Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e “obbligazioni di mezzi”* (Studio critico), cit. p. 186 y siguientes.

<sup>37</sup> Bueres, *El futuro de la responsabilidad civil: ¿Hacia dónde vamos?*, cit., p.797, texto y nota n° 185.

es más correcto hablar de obligaciones de comportamiento que de obligaciones de medios, si se tiene en consideración que los medios ya entrañan un resultado orientado hacia una precisa dirección<sup>38</sup>. Contrapuestamente, si se habla de obligaciones de resultado podría imaginarse –como alguien desacertadamente lo hizo– que hay obligaciones de simple conducta en sí y por sí considerada sin resultado alguno (la hipótesis de **no recevoir** que aduce Esmein).

Demogue no pareció muy interesado por el léxico en singular o plural (deber de medio o de medios), aunque la doctrina señala que es más apropiado hablar de medios, puesto que el autor entendió por tal, el complejo, potencialmente abierto, de las medidas técnicas idóneas para llegar al objetivo primario. Por otro lado, pienso yo, con aludir al comportamiento no se avanza mucho, pues toda obligación supone una conducta (comportamiento) del deudor.

De ahí que con las precisiones indicadas puede aceptarse la terminología de los medios y del resultado (aunque si de modo circunstancial se identifica una categoría de las obligaciones en cuestión con otros vocablos, no parece asunto de gran trascendencia).

Es interesante dejar sentado que el resultado típico que desea el acreedor (el último), puede estar acompañado por otros fines o resultados ulteriores (por ejemplo, en el transporte el acreedor puede prever el resultado típico debido por su deudor, consistente en ser trasladado a un lugar incólume y con puntualidad). Pero este resultado típico, a su vez, puede haberse concretado en vista de otro resultado ulterior no debido por el deudor (la conclusión de un negocio en el lugar de destino). Está muy claro que todos los fines o resultados no incluidos **in obligatione** no son considerados para verificar el cumplimiento. De todas maneras, la falta de relevancia de los resultados atípicos que están fuera de la prestación no significa que el transportado que arribó tarde al lugar de destino por razones imputables al transportador, no pueda reclamar a éste los perjuicios que pruebe haber sufrido<sup>39</sup>.

He dicho que la evolución del *distingo* tiene una larga historia romana, germana, italiana y francesa. Pero resulta destacable señalar que Demogue

<sup>38</sup> Mengoni, *ibidem*, p. 187 y siguientes.

<sup>39</sup> Jordano Fraga, Francisco, Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de una jurisprudencia reciente), Anuario de Derecho Civil, enero-marzo, MCMXCI, tomo XLIV, fascículo I, ps. 16 y 17.

habló por primera vez de obligaciones de medios y de resultado, hizo una sistematización ordenada de su teoría y le dio difusión.

En cuanto al pensamiento de este ilustre jurista, él consideró que en las obligaciones de resultado la evidencia del incumplimiento engendra una presunción de culpa del deudor (**faute présumée**), sólo superable mediante la fuerza mayor; en dirección diversa, en las obligaciones de medios, en las cuales compete al acreedor demostrar la falta de diligencia (**faute prouvée**), no obstante el deudor puede, a su vez, probar que no le ha sido posible adoptar las precauciones para evitar la negligencia en que incurrió **prima facie**<sup>40</sup>.

En un esfuerzo de síntesis puedo apuntar que la posición de Demogue presenta las siguientes características: a) En principio la teoría fue instaurada para determinar el régimen de la carga de la prueba de la culpa; b) Dicha teoría se sustentó en la idea de culpa. Pero cabe notar que la única culpa que existe es **la culpa-negligencia** –que es elemento del contenido de la obligación de medios–. La culpa, que se predica mal de la obligación de resultado, es una culpa objetiva, una **contradictio in terminis**, ajena a todo tipo de valoración; en suma un paralogismo, un sofisma, una mentira jurídica; c) La clasificación, a diferencia de la que proponen Fischer, Bernhorf, Giovene y los Mazeaud, tiene el mérito de atisbar una suerte de causa no imputable en las obligaciones de medios para que el deudor, que incumplió, pueda justificar por qué no pudo ser diligente (en cualquier supuesto esa causa no imputable, indefinida, incompleta y connotada de matices subjetivos no configura el límite de responsabilidad que hoy se tiene en cuenta de forma mayoritaria)<sup>41</sup>.

Frossard refiere que para salvar la teoría de la culpa, si la fuerza mayor es sólo liberatoria, ello se debe a que se trata del único medio para establecer la inexistencia de culpa<sup>42</sup>. La apreciación es sin duda errada, puesto que el **casus** no comienza donde termina la culpa, sino donde termina la obligación, debido a que sí ésta (la obligación) no se extingue por el **casus** subsiste

<sup>40</sup> Demogue, René, *Traité des obligations en general. Sources des obligations*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, t. VI, n° 599.

<sup>41</sup> Demogue, ob. cit., II, t. VI, n° 599, p. 644. Comp. arts. 955, 1730 y 1732, Código Civil y Comercial de 2015 y arts. 1218, Código Civil italiano.

<sup>42</sup> Frossard, Joseph, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1965, p. 6.

el incumplimiento por el fenómeno de la **perpetuatio obligationis**<sup>43</sup>; d) La clasificación de Demogue pretendió erigirse en una **summa divisio (binaria)**, que reemplazase el criterio de que las obligaciones (todas) derivan del contrato y de la ley (según las fuentes de las Institutas de Gayo), por el significado de obligaciones de medios y de resultado. Por tanto, el régimen de la prueba de la culpa, esencialmente, cuando menos para Demogue, resultaría aplicable sin distingo a las responsabilidades contractual y extracontractual<sup>44</sup>; e) Es importante que Demogue haya revalorizado la obligación de medios, que en muchos momentos de la historia estuvo oscurecida, como ya he señalado; f) Por otro lado, la aparente rigidez del distingo que en principio insinuaba Demogue para signar el régimen de la carga de la prueba, no fue categórica, pues el autor admitió casos de obligaciones de medios en los cuales se presume el incumplimiento por falta de diligencia, siendo a cargo del sindicado como responsable dar la prueba para su liberación<sup>45</sup>. Demogue afirmó sobre el respecto que **“Le patron doit prendre toutes les mesures propres à sauvegarder la santé et la vie de l’ouvrier; ce n’est bien qu’une obligations de moyens. La preuve pèsara néanmois sur le patron. Si un accident arrive, c’est probablement que toutes les mesures n’ont pas été prises et le patron doit être en faite présumé avoir manqué a ses devoirs”**<sup>46</sup>. Tocante a ello, Frossard ha expresado que Demogue incurrió en ciertas contradicciones, que reconducen al intérprete a quedar encerrado en un ciclo de incertidumbres, dado que una tesis desmentida por el propio autor suscita un cierto grado de escepticismo. Además, apunta que la clasificación tiene una utilidad ilusoria en torno a la carga de la prueba<sup>47</sup>.

Por otra parte, Paul Esmein, en 1933, propuso por lo menos cuatro situaciones en torno al **onus probandi**, desde una mira subjetivista, a saber: a) el actor tiene que probar la culpa del demandado, b) la culpa se presume y el demandado debe probar su diligencia, c) el demandado, demostrado el incumplimiento, ha de hacer evidente la **cause étrangère** y, en fin, d) el demandado, ante la falta de cumplimiento, responde a pesar de que se haya producido un evento fortuito<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e “Obbligazioni di mezzi”* (Studio critico), cit., p. 201.

<sup>44</sup> Demogue, ob. cit., t. V, nro. 1237, p. 542 y siguientes.

<sup>45</sup> T. V, n° 1236 y 1237, ps. 540 y 541 –con cita de Sauzet–.

<sup>46</sup> Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, ps. 499 a 501; y *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit. ps. 104 y 105.

<sup>47</sup> Frossard, *ibidem*, p. 103 y 104.

<sup>48</sup> *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, cit., nros. 19 a 21.

7. Según mi parecer y para establecer conclusiones, diré que la contraposición de las dos clases de obligaciones se establece por su objeto, por la diversa manera de definir el contenido de la prestación –lo debido por el deudor y, por lo mismo, lo que puede exigir el acreedor en vista de los alcances de su derecho–<sup>49</sup>.

Mengoni dice que el distingo se evidencia a partir de la inclusión (o no inclusión) en la prestación del deudor del logro de un interés primario esperado por el acreedor, que subyace en la constitución del vínculo jurídico. Cuando se incluye hay una obligación de resultado, cuando no se incluye existe una obligación de medios (**técnico-profesional** o **común**), en cuyo caso el resultado final no se integra en el contenido de la prestación<sup>50</sup>. Siempre se ha dicho que el acreedor aspira a un resultado. En ciertas ocasiones, éste es un **opus** debido, una concreta alteración de la realidad física o jurídica preexistente (obligación de resultado), en tanto que en otros supuestos es una actividad diligente idónea para la obtención del resultado, pretendido **pero no afianzado** (obligación de medios)<sup>51</sup>. No es concebible una obligación sin resultado, sin defecto de los alcances de éste, pues nadie se obliga a desplegar tan sólo una diligencia abstracta simplemente<sup>52</sup>.

En otras ocasiones, he señalado que el objeto de la obligación es un programa (o plan) de conducta del deudor para satisfacer un interés del acreedor. En general, se piensa que en las obligaciones de medios el interés del acreedor (vale decir, el resultado último) no está **in obligatione** o que se trata de un resultado no debido –un **no recevoir**, como indica Esmein–. En rigor, yo creo que el resultado no es afianzado, pero se encuentra dentro del objeto, en algún lugar del objeto, cuando menos a efectos de cualificar la diligencia (o negligencia) si tal resultado no se logra. Hago notar que la actividad del deudor no debe consistir en un simple empeño (**un facere quantum possum**), sino en una actividad esforzada que entrañe una adecuación al fin que debe realizar. De ahí que bien pudo Mengoni conglutinar los medios y el fin (no afianzado) como factores integrantes del objeto, pero el autor no se atrevió a dar un salto al vacío (y prefirió dejar fuera de dicho

<sup>49</sup> Jordano Fraga, Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de una jurisprudencia reciente), cit., p. 6 y 7.

<sup>50</sup> Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e “obligazioni di mezzi* (Studio critico), p.188 y siguientes.

<sup>51</sup> Mengoni, Luigi, *L’oggetto della obbligazione*, Ius, 1952. p. 156 y ss., y *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni di mezzi* (Studio critico), cit., p. 190 y siguientes.

<sup>52</sup> Bueres, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor*, cit., p. 109, texto y nota n° 41.



elemento de la obligación el resultado último). Es más, yo estimo que el deudor está obligado de manera efectiva a ejecutar la prestación, pues el incumplimiento total, parcial o moroso lo hace responsable si no demuestra el **casus** (la actividad diligente en estos supuestos, aunque exista, no se tiene en cuenta). Y, asimismo, en el objeto del deber de medios hay una alternativa para que se actúe el contenido de la obligación: o hay diligencia prestable para obtener un resultado que se frustra o el resultado se obtiene (**aspecto éste que parece olvidado por la doctrina**). Y en ambos casos la obligación se cumple<sup>53</sup>.

8. Giovanni D'Amico, en una excelente obra sobre las obligaciones de medios y de resultado y los supuestos del **receptum**, refiere que la susodicha clasificación no tiene un valor simplemente descriptivo o clasificatorio (según la intensidad del vínculo o de las culpas –esto último atañe a quienes desacertadamente distinguen entre la culpa objetiva, que es una mentirosa ficción, como dije, y la culpa negligencia–. Según el autor, el distingo tiene el rango de fundamento de **un doble régimen** de responsabilidad por incumplimiento (que, por añadidura, lo distancia de los sistemas **unitarios** inherentes al susodicho fundamento<sup>54</sup>.

D'Amico, con acierto, admite que hay un límite de responsabilidad para todas las obligaciones, de medios y de resultado: la imposibilidad de pago no imputable. No obstante, las diferencias entre cada tipo de obligación dimanar de dos premisas conectadas entre sí, a saber: las obligaciones de medios tienen por fundamento la culpa y determinan la existencia de una responsabilidad subjetiva, en tanto que las obligaciones de resultado apuntan a un fin concreto y generan responsabilidad objetiva<sup>55</sup>.

He sostenido este punto de vista desde 1983 (que D'Amico defiende en su obra de 1999) y que tuvo bastantes adhesiones. Pero sin dejar de reconocer que se trata de una opción de justicia aceptable, la lectura de nuevas obras y de otras antiguas antes no valoradas en su real dimensión (y en sus enseñanzas), me han llevado hace algunos años a cambiar estas ideas por otras que, por un lado, se concilian en mejor medida con el fundamento y el

<sup>53</sup> Bueres, El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor, cit., p. 109, texto y nota n° 41.

<sup>54</sup> D'Amico, ob. cit., p. 210 a 213.

<sup>55</sup> *Ibidem*, ps. 212 y 213.

límite de la responsabilidad contractual y, por otro lado (**y aunque sea circunstancial**), se ajustan en un todo, prácticamente, a la disciplina que informa el nuevo Código Civil y Comercial de 2015, fuertemente influido por los principios del Código italiano de 1942 –ya he de retornar sobre esto–<sup>56</sup>.

La segunda premisa relacionada con la anterior, según D'Amico, estriba en que habría una diversidad en las reglas de la carga de la prueba, que no se agota en el terreno procesal, sino que justifica desde el punto de vista sustantivo el fundamento subjetivo y objetivo (que defiende el autor). Dichas reglas regulan el riesgo que pesa sobre cada parte por lo que respecta a tener que afrontar las causas ignotas. En la obligación de resultado, evidenciado éste, ha de ser el deudor quien debe correr con la carga de probar la causa extraña no imputable que hizo imposible la prestación (el deudor lleva el riesgo de afrontar las causas ignotas). En cambio, en las obligaciones de medios, cuando menos si el deudor, anticipándose, ha logrado demostrar la prueba de su propia diligencia, gravará sobre el acreedor la carga de probar, sufriendo el riesgo de las causas ignotas, que el operar de impedimentos sobrevenidos que frustraron el resultado pudieron ser previstos o evitados por el deudor, razón por la cual dichos impedimentos, en realidad, no representaron en el caso una verdadera y propia imposibilidad de pago idónea para excluir la responsabilidad del deudor<sup>57</sup>. ¿Qué sucede si el deudor (el paciente del médico) probó la culpa del profesional? Es evidente que al médico que incumplió sólo le queda la posibilidad de probar la imposibilidad de pago no imputable (con lo cual se desvanece de algún modo la hipótesis literal de D'Amico). Por ende, el médico, deudor, igualmente cargará con las causas ignotas pero por otras razones.

Comoquiera que sea, el fundamento de la responsabilidad contractual no está consagrado por las imputaciones de responsabilidad ni por los riesgos probatorios.

9. Enrico Carbone defiende una postura particular que, a mi modo de ver, está alejada del enfoque correcto del tema.

Por de pronto, el autor refiere que la fuerza mayor constituye un estándar y que los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad del suceso-cau-

<sup>56</sup> Frossard también habló de responsabilidad subjetiva y objetiva –pero sin proporcionar mayores detalles sobre el punto–, ob. cit., p. 6 y siguientes.

<sup>57</sup> D'Amico, ob. cit., ps. 152 y 153.

sa no reclaman, necesariamente, la exigencia de exterioridad –requisito para mí inatacable– (el jurista citado sigue a la letra a un autor francés, Antommatei, que publicó su tesis doctoral sobre estas cuestiones y, en los hechos, reproduce “la causa no imputable” del art. 1218 del Código Italiano del 42, que es la no culpa pura y que puede ser un hecho definido, indefinido, interno, externo –un **qualcosa** como se dijo–, criterio que apoya sin reservas Messineo, entre otros). La idea concuerda con una decisión de la Corte de Casación Francesa en el affaire “Mittenaire”, en el que sostuvo que la enfermedad grave del proveedor de máquinas es un caso fortuito interno<sup>58</sup>.

Al margen de ello, Carbone distingue la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado a base de dos conceptos distintos de caso fortuito. Bajo esta luz, en una obligación de medios, frente al incumplimiento, la ausencia de culpa es necesaria para evitar el suceso impeditivo. En lugar de ello, en una obligación de resultado infringida, el suceso impeditivo ha de imputarse al deudor objetivamente, quiere decir sin necesidad de que se haga patente que no hubo culpa alguna de su parte. Es dudoso que para integrar el aludido caso fortuito en las obligaciones de medios, pese a una alusión que hace el autor a la imposibilidad de pago como elemento para conformar el supuesto jurídico –en este tipo de deberes y en los de resultado–, dicha imposibilidad sea necesaria (para él), pues acepta que el estado de necesidad torna inexigible la prestación en las obligaciones de medios (cosa que no acepta para liberar al deudor en los deberes de resultado –donde imagina un **casus** objetivo, como ya he expuesto–)<sup>59</sup>.

Ciertamente, Carbone estima que en las obligaciones de medios el deudor sólo debe diligencia y que ésta se satisface si dicho sujeto actuó en estado de necesidad (el caso del depositario de una estatuilla que encuentra a su enemigo en el camino y para evitar que éste lo mate golpea al agresor y destruye el objeto). Pero es del caso que si el deudor atacado rompió la cosa depositada no puede pagar con la restitución al acreedor. Luego, para exonerarse de responsabilidad únicamente puede probar la imposibilidad de pago no imputable, dado que no le basta con aducir un estado de necesidad –pese a que no sea imputable–<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Antommatei, Paul- Henri, Contribution à l'étude de la force majeure, Librairie Générale de Droit et Juriaprudence, Paris, 1992, p. 84; Carbone, ob. cit., p. 109 a 111.

<sup>59</sup> Carbone, ob. cit., ps. 111 a 114.

<sup>60</sup> Bueres, Alberto J., El estado de necesidad y la responsabilidad contractual, Edición homenaje. Dr.

Aparte, Carbone confunde la diligencia para el pago de una obligación de medios y la diligencia que integra la **fattispecie** extintiva y liberatoria –vale decir, la diligencia como control para evitar sucesos externos que ocasionen la imposibilidad de pago– (un error común).

La clasificación que examino plantea un problema dilemático: a) Dicha clasificación tiene una relevancia limitada al modo de ser de las prestaciones (diligencia y objetivo prefijado); o b) por este conducto se pone en duda la **unidad del concepto de obligación (en general)**, de forma tal que en los dos tipos de obligaciones existiría una diversa disciplina acerca del fundamento de la responsabilidad y sus límites (ya me he referido a las posiciones en que se alinean D'Amico, Carbone, Frossard –de modo menos explícito– y otros autores, que propician la idea de **summa divisio**, que rechazo, con variantes lógicas).

La postura binaria también fue cimentada por Fischer (H. A.) - 1889. Para este autor, en una obligación de resultado insatisfecha sólo libera el caso fortuito, mientras que en una obligación de medios, al no estar implicado el resultado **in obligatione**, el límite de responsabilidad es la no culpa, pues todo lo que debe prestar el deudor es una masa de esfuerzo mensurado con arreglo a su capacidad personal. Hay aquí, como ocurre de continuo, una mezcla indiscreta entre el pago (o cumplimiento) y el límite de responsabilidad (el deudor debe pagar con la diligencia prestable y si no pagó todavía puede invocar la imposibilidad de hacerlo, si custodió la prestación con la diligencia del caso). Comparte la postura del pandectista Fischer, en Italia, Acchille Giovene, quien dice que si en una obligación de medios hay cumplimiento defectuoso (culpa) sólo libera la no culpa, lo cual es un imposible fáctico, pues si hay culpa la no culpa no tiene cabida<sup>61</sup>.

---

Jorge Mosset Iturraspe, Derecho de las obligaciones. Responsabilidad por daños. Derecho de los contratos, UNL, FCJS, Santa Fe, 2005, p. 85 y ss. En sentido concordante: Cabella Pisu, Luciana, Dell'impossibilità sopravvenuta. Commentario del Codice Civile Scialoja- Branca, a cura di Francesco Galgano, Libro cuarto. Obbligazioni, artt. 1463- 1466, Zanichelli Editore Bologna- Soc. Ed. del Foro Italiano Roma, 2002, p. 49 y ss.; Rescigno, Pietro, Caso fortuito, causa non imputabile e diligenza –arts., 1839, 1218 y 1176, Banca e Borsa, 1951- II- 388 y ss.; Cottino, Gastone, L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore, Giuffrè, Milano, 1955, p 239 y ss.; Franzoni, Mario, Illecito, Giuffrè, Milano, 2004, ps. 1023 a 1025; Mengoni, Luigi, Irrelevanza dello statu di necessita in tema di responsabilità contrattuale, Banca e borsa, 1951- II- 361 y siguientes.

<sup>61</sup> Impossibilità della prestazione e la "sopravvenienza". La dottrina della clausola "rebus sic stantibus", Cedam, Padova, 1941, p. 93.

10. Desde otra contemplación, hay autores como Mancini y Mengoni, que sin resignar en lo más mínimo la unidad de la obligación y la presencia de un límite único de responsabilidad, creen que hay dos nociones de culpa diligencia: una técnica, que se relaciona con la obligación de diligencia accesoria para custodiar (o conservar) la obligación principal –y poder cumplirla–<sup>62</sup>.

La obligación de custodia no es un deber extrínseco cuando promedia una imposibilidad de pago extintiva –como pensó Osti, cuando el estudio del tema no se encontraba tan desarrollado–, sino que integra la trama de deberes accesorios o secundarios relacionados con la prestación principal. De tal modo, se supera el concepto de obligación simple (el mero correlato crédito-deuda de la definición romana clásica) por el concepto de relación jurídica total, dotada de sentido, en el que penetra la prestación principal y otras posiciones jurídicas, entre las que se encuentra el deber de conservar la prestación. De ahí que pueda ser discutible la definición de obligación que incluye el Código Civil y Comercial de 2015 en el art. 724.

Junto a la diligencia técnica (la del buen padre de familia) hay otra diligencia, que es denominada impropia, referida al comportamiento adecuado inherente a los profesionales liberales en general –para realizar el pago– (donde aparece la impericia de manera autónoma o como especie de la negligencia en sentido amplio –una larga discusión que tiene sus raíces en tiempos del derecho común–). La diligencia del buen padre de familia, separada de la diligencia **impropia**, implica hacer un esfuerzo para cumplir la obligación principal, pues aquella diligencia **técnica** constituye un medio de control (cuidar la cosa) para evitar la imposibilidad sobrevenida. En general y más allá de las inevitables precisiones de detalle, puedo decir que el deber de conservación es auxiliar y dependiente de la obligación principal (tiene una función servil, como expresó algún opinante) y podría perfilarse como un deber integrador instrumental derivado de la buena fe que se ubica en la relación marco –**rapporto di cornice**–. En definitiva, la imposibilidad de pago imputable al deudor (en virtud de una negligencia, por caso), no extingue la obligación principal, dado que ésta, en tales condiciones, se perpetúa. Por ende, el deudor no se libera de responsabilidad, puesto que persiste el incumplimiento, al continuar vigente la prestación

<sup>62</sup> Mengoni, *Obbligazioni “di risultato” e “obbligazioni de mezzi”* (Studio critico), cit., ps. 188 y ss. y 199 y ss.; Mancini, Federico, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, ps. 26 y ss., 68 y ss., y 92 a 96 en especial.

principal, transformada en la **aestimatio rei** (contravalor dinerario), en ésta y unos daños adicionales o, en fin, si se entiende que la **aestimatio rei** no es precio sino daño, en una masa global de daños (la obligación de custodia, para algunos es una carga, para otros una obligación natural y para un grupo de opinantes un deber de protección, pero para mí –como insinué– es un auténtico deber jurídico subordinado al deber de prestación principal).

Génévieve Viney intenta subdividir las dos especies de deberes y clasifica las obligaciones de resultado en comunes y atenuadas. En estas últimas, la falta de resultado crearía una presunción de culpa del deudor<sup>63</sup>. El razonamiento es notablemente equivocado, pues la obligación de resultado nunca tiene por contenido la diligencia. En todo caso y si se quiere esbozar una subdivisión, innecesariamente, podría hablarse de obligaciones de medios reforzadas para distinguir las de las comunes, como lo hacen otros autores.

11. En resumidas cuentas, para mí el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento objetivo, a secas, **tout court**, en relación con la ejecución forzosa en especie o por equivalente; y también con respecto a los daños que tengan su génesis en la mencionada perturbación al plan de prestación. Este es un **criterio único (unitario)** que rige tanto para las obligaciones de medios como para las obligaciones de resultado.

Por tanto, siendo el incumplimiento a secas, objetivo, por sí solo, el sustento de la responsabilidad, no hay ninguna necesidad de acudir a un factor de atribución (o criterio de imputación) para cargar el incumplimiento a la cuenta del deudor, pues dicho factor de atribución, como dice Carlo Castronovo, resulta absolutamente superfluo dada la presencia y el elevado valor del vínculo jurídico, que existe en la responsabilidad contractual (obligación preexistente) y que no tiene lugar en la responsabilidad aquiliana<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Viney, Genevieve, Les obligations. La responsabilité: conditions, Traité de Droit Civil (sous la direction de Jacques Ghestin), Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1982, ps. 639 y 640.

<sup>64</sup> Castronovo, Carlo, La nuova responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 1997, ps. 177 y 183 y siguientes. El autor precisa, en otro texto, que ("**Nelle obbligazioni c. d. di comportamento, poi, la colpa come mancanza di diligenza, lungi dall'essere criterio di imputazione della responsabilità, integra di per se l'inadempimento che, come tale, sempre secondo l'art. 1218, è fondamento unico e unitario della responsabilità...**") (L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, Scritti in onore di L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 1995, p. 153 y 154. Cfr. también: Di Majo, ob. cit., p. 9 y siguientes.

De ahí que es inadecuado afirmar que hay incumplimiento imputable e incumplimiento no imputable. Hay incumplimiento (que es fundamento de una responsabilidad objetiva). He sostenido hace algún tiempo esta tesis en varios trabajos, tras reflexionar sobre qué lugar podría ocupar el factor de atribución en el ámbito contractual, del cual me ha costado prescindir (aunque lo hice) por el peso de la tradición doctrinal. El talentoso Profesor Sebastián Picasso, tras analizar el punto comparte esta propuesta que he realizado, pero sin embargo y, tangencialmente, intenta aludir a un factor de atribución intrínseco que, al cabo –y quede claro– no se independiza del incumplimiento **tout court**. Lo intrínseco y extrínseco (que acá no desempeñan ningún papel) confirma una diferencia entre las responsabilidades contractual y aquiliana, entre otras, que son un obstáculo para la **reductio ad unum** de ambas responsabilidades citadas (en este punto)<sup>65</sup>. Por mi lado, prefiero prescindir de toda idea de factor de atribución (extrínseco o intrínseco) para excluir sin discusiones el tema de las obligaciones de medios y de resultado de la etapa de la responsabilidad y, por consecuencia, para reafirmar su emplazamiento dentro del contenido de la obligación, en **la etapa de la deuda**.

A la vista de lo expuesto, el criterio de diferenciación entre las obligaciones de medios y de resultado se funda en el criterio de determinación del contenido de la obligación –en la intensidad del resultado (la diligencia es elemento o extremo del pago en las primeras, la modificación de la realidad material o económica lo es en las segundas)–.

No hay diferencia entre los dos tipos de deberes por lo que respecta al límite de responsabilidad, que en ambos casos es la imposibilidad de pago atribuible a la culpa del deudor o a un criterio de imputación objetivo de **la imposibilidad** –quede bien entendido– **y no del incumplimiento**, que no es imputable o no imputable –arts. 512, 902 y 888, Código Civil de 1869 y arts. 955, 1730 y 1732, Código Civil y Comercial de 2015–.

La diligencia desenvuelve su actuación en dos planos. Son dos esfuerzos: uno para pagar en las obligaciones de medios y otro para impedir que un suceso externo obstaculice la posibilidad de pagar en todas las obligaciones (de medios y de resultado).

<sup>65</sup> PICASSO, Sebastián, La culpa en la Responsabilidad Contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación, La Culpa – I, Revista de Derecho de Daños, 2009 – 1, p. 125, acápite “A”, punto “b”.

La culpa del deudor en ambas funciones es una noción única, flexible, invariable y genérica (arts. 512 y 902, Código de 1869 y art. 1724, Código de 2015) –según esta convicción disiento radicalmente, en este aspecto puntual, de las ideas dualistas de Mengoni y Mancini y del concepto errado y casi despectivo que esos autores exteriorizan en torno al buen padre de familia–.

Bajo otra óptica, las estructuras de la obligación preexistente contractual y del **alterum non laedere** aquiliano impiden que las obligaciones de medios tengan vigencia en la responsabilidad extracontractual –como pensaron Demogue y los Mazeaud–. La obligación contractual preexistente da génesis a la ejecución forzosa (en especie o por equivalente), a la resolución del negocio, a la excepción de contrato no cumplido, etc., vicisitudes que no son imaginables en la esfera aquiliana. Aparte, la clasificación no tiene una gran trascendencia para determinar el régimen de la carga de la prueba.

Finalmente, la distinción establecida con el alcance mencionado, en ningún momento pone en peligro **la unidad del concepto de obligación** (no hay disimilitudes ontológicas en relación con las estructuras orgánica e institucional de la susodicha obligación<sup>66</sup>, que son iguales) –más allá de la intensidad del objeto–, ni tampoco y por lo dicho la susodicha distinción conmueve los principios que informan la responsabilidad contractual.

---

<sup>66</sup> Bueres, Alberto J., Objeto del negocio jurídico, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, ps. 32 a 38.





# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR GREGORIO BADENI\*

Las autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires me han discernido el honor de presentar al Doctor Jorge Horacio Gentile con motivo de su ingreso a esta Corporación como miembro correspondiente por la Provincia de Córdoba. Es un privilegio que asumo complacido debido a la merecida distinción que le confirieron los integrantes de la Academia por su destacada, profunda y constante labor científica desplegada, especialmente, en el área del Derecho Constitucional y la Ciencia Política, mediante una actividad interdependiente como investigador, publicista y docente universitario.

Recordamos que nuestro académico Horacio García Belsunce, presidente de la Corporación, sostiene que para integrar una academia nacional, a la dignidad intelectual se debe añadir la dignidad en la vida. Similar pensamiento emanaba de Segundo V. Linares Quintana, quien también ejerció la presidencia de nuestra Academia. Decía que la condición primaria que debe satisfacer todo académico es poseer una firme vocación por la investigación científica. Agregaba que alcanzar el nivel académico comporta una honrosa distinción que impone el deber de proseguir ejerciendo esa vocación con el mismo amor, dedicación y perseverancia con que lo ha hecho hasta ese momento.

Tanto en la vida pública como en la privada, Jorge Gentile cumplió fielmente tales condiciones y exigencias. Cumplimiento que fue debidamente valorado por los miembros de la Academia cuando decidieron su nombramiento.

---

\* Discurso de recepción del académico correspondiente en Córdoba Dr. Jorge H. Gentile, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 28 de junio de 2018.

Gentile cursó sus estudios del ciclo primario en el Colegio Normal “Alejandro Carbó”, y sus estudios secundarios en el Colegio de Montserrat. Concluyó sus estudios de abogacía en 1964 en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, integrando la primera camada de abogados que egresó de esa prestigiosa Universidad. En 1978 obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba.

Su formación intelectual, así como también su apego a la actividad docente, fueron forjados por sus padres. Su madre, Josefina Mainardi, fue maestra. Su padre, José Miguel, fue profesor en las cátedras de Biología y Parasitología en la Universidad Católica de Córdoba. Pero también gravitaron sobre esa formación sus maestros, entre los cuales Gentile incluye con particular agradecimiento a Agustín Díaz Biale, César Enrique Romero, Jorge Vanossi, por quien siempre guardó particular consideración como catedrático, académico y legislador, y Segundo V. Linares Quintana a cuya obra acudió para el Estudio del Derecho Constitucional. Pero de todos ellos, quien probablemente influyó con mayor intensidad sobre su labor científica y política fue un ilustre cordobés a quien siempre recordamos con particular estima, me refiero al Doctor Pedro José Frías.

Su permanente defensa de la libertad, su inclaudicable afán por enseñar y aprender, determinaron que ejerciera la docencia en el Instituto Juan Zorrilla de San Martín en las asignaturas Historia Argentina e Instrucción Cívica. Simultáneamente, ejerció la docencia universitaria en las Cátedras de Derecho Constitucional en las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina y la Universidad Nacional de Córdoba. En ambas accedió a la titularidad de esas Cátedras, habiendo tenido la oportunidad de valorar sus elevadas cualidades docentes como jurado del concurso que determinó la última de tales designaciones. En ambas Universidades reviste la categoría de Profesor Emérito.

Esa importante actividad desplegada con singular solvencia determinó que fuera nombrado miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y miembro de número de la Academia del Plata, sección Córdoba.

Su labor en los claustros universitarios se caracteriza por la permanente búsqueda de la excelencia, manteniendo una comunicación directa con sus colaboradores y educandos, forjando en ellos la fuerza e inquietud necesarias para estimular el estudio y el entendimiento, tanto del Derecho

Constitucional, como de los hitos más significativos de nuestra historia patria. Esa finalidad se percibe claramente cuando proclama, con sugestiva actualidad, que “se torna imprescindible y urgente que el sistema educativo, en todos sus niveles, los medios de comunicación, las familias y las sociedades intermedias procuren cubrir las lagunas que muchos jóvenes, y no tan jóvenes, tienen en sus memorias respecto de lo que fuimos y de lo que somos”.

Autor de 11 libros, coautor de 23 trabajos colectivos, compilador de 4 libros, produjo innumerables artículos sobre temas relacionados con el Derecho Constitucional y la instrumentación de la política arquitectónica que fueron publicados en diarios y revistas nacionales y provinciales. Toda su obra revela el pleno dominio de los temas tratados. A ello se añade una correcta metodología, un estilo claro, sobrio y conciso, tal como debe ser la herramienta de expresión de un auténtico investigador científico.

Sus escritos se destacan por la auténtica filosofía democrática constitucional que los inspira. Todas sus páginas están siempre impregnadas por un sincero y ferviente amor por la libertad, la dignidad y el progreso del ser humano. Metas que, precisamente, invocaron quienes organizaron el Estado Nacional mediante la estructura de la Ley Fundamental de 1853/60.

Ejerce el arte de abogar en el Estudio que fundó en 1964, siendo director de la Sala de Derecho Constitucional del Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados de Córdoba.

Hay un aspecto adicional y significativo en la vida de Gentile. Su permanente afán por satisfacer el bien común traduciendo en los hechos los nobles ideales forjados por el pensamiento. Desde su niñez participó activamente en la Acción Católica Argentina. Dirigente estudiantil en el Colegio Montserrat donde fue director de la revista “Proa”. Ferviente defensor de la enseñanza libre, a los 17 años de edad se incorporó al Partido Demócrata Cristiano y fue presidente de la Juventud del Partido en el Distrito de Córdoba. Siguiendo los pasos de su maestro Pedro José Frías, quien presidió ese partido político, Gentile también fue su presidente y miembro de la Junta Provincial, y apoderado. En dos oportunidades fue Convencional Constituyente Provincial, Convencional Constituyente de la Municipalidad de Córdoba y Diputado Nacional entre 1989 y 1991. También cabe destacar que fue observador de las últimas siete elecciones presidenciales de los Estados Unidos de América.

Su apego por la política arquitectónica en la labor congresual, fue la causa de su pena, que compartimos, de su sincero dolor por la degradación institucional cuando, hace pocos años, escribió muchas de las bancas del Congreso “...son ocupadas por quienes reniegan de la tradición de intelectualidad y cultura de los Congresos argentinos”, añadiendo con firme esperanza republicana: “Espero que estas críticas, en la medida que son ciertas, sean un mal estacional y que sirvan para recordar a diputados y senadores que en el edificio más importante de la República se alojan, además de distintas voces y elocuentes silencios, brillantes luces y misteriosas sombras, las esperanzas más caras de los argentinos”.

De esta manera, Gentile se adhería al pensamiento de Víctor Massuh cuando escribió: “La libertad creadora en su sentido argentino es voluntad, es acción, afirmación nacional, es énfasis en un ethos comunitario, es vocación de arraigo, originalidad, espíritu de aventura, búsqueda de lo nuevo, ejercicio de innovación, afán de conquistar y no de pedir, de enfrentar adversidades y no rendirse ante ellas, intrépido empeño en no ser imitadores de valores ajenos sino forjadores de los propios”.

Al concluir esta presentación, y en la hora de recibir sus lauros académicos, es justo destacar el mérito que corresponde en el triunfo intelectual del Doctor Gentile a su digna esposa, Estela María Gamond quien hasta su reciente fallecimiento, con sus hijos José Gabriel y María Victoria y sus nietos Agustín y Giuliana, le proporcionaron y proporcionan el clima de amor y serena alegría indispensables para que el éxito corone la tarea científica.

Doctor Gentile, su incorporación enriquece a esta Academia y a la ciencia jurídica que conforma su objeto. Al brindar este saludo oficial de recepción, ruego se compensen las deficiencias en que pude haber incurrido, con la alegría que experimentamos al darle esta bienvenida.

# HACIA UN TRATADO INTERNACIONAL DE LIBERTAD RELIGIOSA

POR JORGE HORACIO GENTILE<sup>1\*</sup>

## Leyes y autoridades para un mundo globalizado

El ideal histórico de una “autoridad de todo el orbe”, sostenida por **Francisco de Vitoria** en el siglo XVI<sup>2</sup>, fue actualizada en 1795 por **Immanuel Kant**, cuando escribió “Sobre la paz perpetua” afirmando que: “Los estados con relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el de consentir leyes públicas coactivas, de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes), y forman un Estado de pueblos (*civitas gentium*) que (siempre, por supuesto, en aumento) abarcaría finalmente a todos los pueblo de la tierra.”<sup>3</sup>

En el siglo XX **Jacques Maritain**, lo reiteraba al decir que: “El objetivo final se halla claramente determinado. Una vez que haya nacido la sociedad perfecta requerida por nuestra época histórica, o sea la sociedad política mundial, estará obligada en justicia a respetar en la mayor medida posible las libertades –esenciales para el bien común mundial de la

---

<sup>1</sup> Discurso del Académico Correspondiente en Córdoba Dr. Jorge H. Gentile, en la oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 28 de junio de 2018.

\* Es vocal del Consejo Argentino para la Libertad Religiosa, doctor en Derecho y Ciencias Sociales, profesor de las Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Católica de Córdoba y es académico correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Política de Buenos Aires, fue diputado de la Nación Argentina. Está asociado a International Consortium for Law and Religion Studies.

<sup>2</sup> “Reelecciones y conferencias”, páginas 23 y 234, puntos 78 y 1129, en “El pensamiento político hispanoamericano”, Depalma, 1967.

<sup>3</sup> “Sobre la paz perpetua”, página 25 y siguiente, Editorial Tecnos SA, 4ta. Edición, 1994.

vida política, moral y cultural, que serán sus partes más valiosas; pero los estados particulares tendrán que renunciar a su independencia plena(...) y el estado mundial disfrutará(...)los poderes requeridos por una sociedad perfecta: poder legislativo, ejecutivo y judicial, con la fuerza coactiva necesaria para imponer la ley. Quisiera añadir que la Constitución en la cual quizás definan algún día los derechos y deberes, así como las estructuras gubernamentales de tal estado mundial, serán únicamente el fruto de los esfuerzos comunes, experiencias y duras pruebas porque habrá pasado la historia presente y futura.”<sup>4</sup>

**Arnold Toynbee**, a su vez enfatizaba: “Sostengo que los Estados locales deberían quedar privados de su soberanía y subordinados a la soberanía de un gobierno mundial. Aun en ese caso, los Estados locales continuarán desempeñando un papel municipal útil y en realidad indispensable como unidades de administración local, es decir, el papel que desempeñan en un Estado federal los diferentes Estados que lo constituyen.”<sup>5</sup> Y **Juan XXIII**, en la “*Pacem in terris*”, declaraba: “Y como hoy el bien común de todos los pueblos plantea problemas que afectan a todas las naciones, y como semejantes problemas solamente puede afrontarlos una autoridad pública cuyo poder, estructura y medios sean suficientemente amplios y cuyo radio de acción tenga un alcance mundial, resulta, en consecuencia, que, por imposición del mismo orden moral, es preciso constituir una autoridad pública general.” (137)

La concreción de este ideal histórico sería bueno que se concretara en este siglo, signado por grandes y veloces cambios, para lo cual se hace necesario aprobar normas internacionales y establecer organismos que las hagan cumplir, que garantice los derechos humanos que hoy no son respetados y que con frecuencias son vulnerados en distintas partes del mundo.

### **Libertad religiosa**

En algunas partes del mundo los judíos, los cristianos, los musulmanes y quienes profesan otras religiones, teístas o no (como el Budismo, el Confusionismo, el Taoísmo o el Jainismo) son perseguidos, denostados o castigados por sus creencias, por practicar su culto o por pertenecer a algu-

<sup>4</sup> “El Hombre y el Estado”, páginas 222 al 227, Editorial Guillermo Kraft. Ltda., 1952.

<sup>5</sup> Arnold J. Toynbee y Daisaku Ikeda “Escoge la vida”, página 186 y 187, Emece, 1980.

nas iglesias o confesiones religiosas; por lo que se torna imprescindible reforzar las garantías a estos derechos injustamente vulnerados, para lo cual proponemos que se apruebe un tratado internacional que los reconozca, los declare y mejor los proteja y garantice.

El derecho a la libertad religiosa abarca también la defensa de la libertad de conciencia, de creencia, de culto y de pensamiento; que se encuentran, en muchos casos, ya reconocidos, declarados y garantizados en distintas disposiciones contenidas en declaraciones, tratados, convenios, acuerdos, concordatos, protocolos y normas internacionales; como también en la mayoría de la constituciones y las leyes de los Estados; pero no hay todavía un tratado internacional específico, que rija en todo el mundo o en alguno de sus continentes, que además de que declare y garantice estos derechos, cree algún órgano, comité, comisión o consejo internacional especializado, que se ocupen hacer el *soft Law*, de interpretar el alcance de sus normas, recepte denuncias, medie y resuelva conflictos cuando estos derechos son cuestionados, no respetados o son directamente vulnerados.

En lo que hace a las normas internas de los Estados **Iván C. Ibán** nos recuerda que “*Dios aparece expresamente citado en más de un centenar de constituciones*” de distintos países del mundo<sup>6</sup>, afirma que actualmente excepto en la República Checa, “*en el resto de los textos constitucionales aparecen alusiones a la religión, a una religión en concreto, etc.*” Además hay estados que declaran en sus leyes fundamentales la estatidad de una religión como es el caso de los que se declaran budistas<sup>7</sup>, o los que proclaman el catolicismo como religión oficial<sup>8</sup>; o los países europeos que

<sup>6</sup> Afganistán, Albania, Alemania, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belice, Bolivia, Brunei, Canadá, Colombia, Comoras, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos, Fiji, Filipinas, Gabón, Gambia, Georgia, Granada, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Haití, Honduras, India, Indonesia, Irán, Irak, Irlanda, Islas Marshall, Islas Salomón, Jamaica, Jordania, Kenya, Kiribati, Kuwait, Lesotho, Líbano, Liberia, Lieshtetein, Madagascar, Malawi, Maldivas, Mali, Malta, Marruecos, Mauritania, Mónaco, Namibia, Nauru, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Países Bajos, Pakistán, Palau, Panamá, Papua, Paraguay, Perú, Polonia, Qatar, Siria, República Democrática del Congo, República Dominicana, Rumania, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, Samoa, San Marino, Santa Lucía, San Vicente, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Suecia (Ley de Sucesión), Suiza, Suriname, Swazilandia, Timor, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Tuvalu, Uganda, Vanuatu, Venezuela, Yemen, Zimbabwe (“God, religion and laïcité in the constitutions”, Second ICLARS Conference, sobre Religion and Constitucion, Santiago de Chile, 9 de septiembre de 2011).

<sup>7</sup> Camboya, Sri Lanka y Tailandia.

<sup>8</sup> Costa Rica, Liechtenstein, Malta y Mónaco.



declaran como del Estado iglesias protestantes<sup>9</sup>; o la estatidad del Islam que se declaran en algunos países árabes<sup>10</sup>. Otros países se declara que no tienen religión oficial<sup>11</sup>; algunos niegan que el Estado tenga identificación con cultos, iglesias, confesiones u organizaciones religiosas<sup>12</sup>, lo que no significa que necesariamente se encuentran en conflicto con todas o alguna de ellas<sup>13</sup>.

En un mundo política y religiosamente plural no siempre es fácil acordar en un tema tan espinoso como éste, como seguramente no lo fue tampoco en 1948; al finalizar la Segunda Guerra Mundial, después de los holocaustos armenio y judío, del estallido de dos bombas atómicas en Japón, y al comienzo de la Guerra Fría; conseguir el voto de la mayoría de los países integrantes de la Asamblea de las Naciones Unidas, para aprobar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Para lograr este difícil consenso fue decisivo el consejo del filósofo y diplomático francés **Jacques Maritain**, quién propuso que sólo se debían declarar “*principios prácticos*” y que el acuerdo se tenía que limitar a una “*finalidad práctica*”, “*a un mismo conjunto de convicciones que guiaban la acción*”, y advertía que “*con el por qué comienza la disputa*” que no valía la pena discutir los fundamentos, porque en ese momento en los hechos “*los espíritus no han sido nunca tan cruelmente divididos*”<sup>14</sup>. Este consejo es bueno tomarlo en cuenta también ahora para cristalizar un acuerdo como el que proponemos.

Las relaciones entre los estados y las religiones, y el papel que juegan las mismas dentro de las distintas sociedades políticas, no siempre respetan la autonomía que merecen, ni se les reconocen el importante papel que desempeñan en las mismas. Incluso, hasta en la que predominan las de raíces cristianas, no se ha logrado interpretar e implementar aquella sabia afirmación de Jesús: “Den al César lo que es del César y a Dios lo que es

<sup>9</sup> Dinamarca, Islandia y Noruega.

<sup>10</sup> Afganistán, Arabia Saudita, Argelia, Bahrein, Bangladesh, Brunei, Egipto, Irán, Iraq, Libia, Jordania, Kuwait, Malasia, Maldivas, Marruecos, Mauritania, Omán, Pakistán, Qatar, Somalia, Túnez y Yemen.

<sup>11</sup> Albania, Australia, Eslovaquia, Estados Unidos, Etiopía, Filipinas, Gambia, Ghana, Kenya, Kirguistán, Liberia, Lituania, México, Micronesia, Nicaragua, Nigeria, Palau, Corea del Sur, Seychelles, Tayikistán, Ucrania y Uruguay.

<sup>12</sup> Alemania, Brasil, España, Estonia, Japón, Paraguay y Rumania.

<sup>13</sup> God, religion and laïcité in the constitutions, Second ICLARS Conference, sobre Religion and Constitución, Santiago de Chile, 9 de septiembre de 2011.

<sup>14</sup> Gentile, Jorge Horacio “Balance a los 60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, página 12, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.

de Dios” (Mateo 22, 15-21) o, aquella otra, de que “Mi Reino no es de este mundo” (Juan 18, 33-37). Hay países donde la autoridad política estatal y la de alguna religión están unidas o confundidas y, en otras, la secularidad no ha sido adoptada o están a mitad de camino.

En muchas partes del mundo hay actualmente intolerancia con algunos cultos y con quienes lo practican, o hay limitaciones o atentados a la libertad religiosa que se manifiestan en desconfianzas, disputas, conflictos, cuando no ejerciendo violencias, o cometiendo atentados.

### **Guerras santas y terrorismo**

Como en otros momentos de la historia y con distintos argumentos religiosos se plantearon guerras denominadas “santas”, en este siglo han aparecido grupos terroristas que justifican su accionar criminal en “razones” religiosas. En este siglo, los más notables invocan su fidelidad al Islam, y en la mayoría de los casos atacan contra personas inocentes que nada tienen que ver con lo que pretende imponer. Distanciados de la gran mayoría de los musulmanes que practica u religión en paz, estos terroristas se embarcan en una guerra santa (*yihad*) con el propósito de imponer como ley suprema la *Sharia* y establecer un *califato*. Ejemplo de ello es el caso de:

- **Al Qaeda**, al que se le atribuyen los graves atentados ocurridos en los edificios del World Trade Center (incluidas las Torres Gemelas) en Nueva York y en el edificio del Pentágono, sede del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, en el estado de Virginia, el 11 de septiembre de 2011, donde hubo 3016 muertos (9 terroristas y 24 desaparecidos) y 6 mil heridos; y el de la estación de trenes Atocha, cerca de Madrid, el 11 de marzo de 2004, donde hubo 190 muertos y 2 mil heridos.
- **Estado Islámico** –EI o ISIS en inglés– (originario de Irak y Siria), autor de distintos atentados desde 2014 entre los cuales se destacan el de la Revista Charlie Hebdo, en París, el 7 de enero de 2015, donde murieron 12 personas y hubo 11 heridos; y el del 7 de agosto de 2017 en el Paseo de La Rambla de Barcelona, cuando una furgoneta embistió a varias personas, dejando un centenar de heridos y 16 muertos.
- **Boko Haram** (que actúa en Nigeria, Camerún, Chad, Níger y Malí), que el 14 de abril de 2014 consumó un atentado en Abuya, Nigeria,

donde murieron 88 personas de la escuela de Chibok, y se secuestraron a 200 chicas en una escuela de Jibik, en la campaña contra la educación occidental, 53 escaparon; y el 19 febrero de 2018 secuestró a 110 estudiantes en el instituto femenino de Dapchi en el estado de Yobe, en Nigeria, que un mes después liberó a 105 niñas, 5 murieron. El 21 de marzo de 2018 murieron 18 personas y 84 fueron heridos en un ataque de éste grupo terrorista en Maiduguri, al noroeste de Nigeria.

- Y **Al Shabab** (de Somalia), que produjo el atentado del 2 de abril de 2015 en la Universidad de Kenia, donde hubo 152 muertos y 4 terroristas. El 15 de octubre de 2017 se produjo en Mogadiscio un doble atentado con camiones bomba, primero contra el Hotel Safari y una zona de oficinas y restaurantes en la intersección K5, y, dos horas más tarde, en un concurrido mercado, provocaron más de 300 muertos y más de 300 heridos.

Para superar esto también es necesario un tratado internacional que garantice los derechos a la libertad religiosa y que haga posible la erradicación de la violencia en los estados que lo firmen, y el respeto de todos los credos e instituciones religiosas, para que prime la comprensión, el diálogo, el respeto entre los que creen y piensan distinto. No parece fácil, pero tampoco imposible.

### **Declaraciones o tratados vigentes**

A favor de la idea del tratado que proponemos está el reconocer que hay disposiciones dispersas en el texto de distintas declaraciones, tratados y otras normas internacionales y órganos internacionales que reconocen y protegen los derechos a la libertad religiosa, de conciencia, de creencias y de culto, como son los que a continuación se indican:

1. **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**<sup>15</sup> en su artículo 3 cuando dice que: “*Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado*”; y en el 22 “*Toda persona tiene derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden (...) religioso (...)*”

---

<sup>15</sup> Aprobada por Resolución XXX de la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, entre el 30 de marzo al 10 de mayo de 1948.

2. **La Declaración Universal de Derechos Humanos**<sup>16</sup> que expresa en su artículo 2,1 que: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de (...)religión (...)o cualquier otra condición.”*; el 18 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 o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.”*; y en el 26, 2 dice que *“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos(...)”*.
3. **La Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica)<sup>17</sup> en su artículo 1,1 cuando dispone: *“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio de toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de (...) religión (...)o cualquier otra condición social”*; el 12 titulado *“Libertad de conciencia y de religión”* que expresa: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o su creencia, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o derechos y libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias*

<sup>16</sup> Aprobada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

<sup>17</sup> Aprobada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Humanos en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

*convicciones.”; en el 13,5 se declara que “Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra o toda apología del odio (...) religioso que constituyan incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, inclusive los de(...) religión (...)”;* el 16,1 expresa que *“Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines(...)religiosos(...)o de cualquiera otra índole”;* el 22.8 reza: *“En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de(...) religión(...)”;* y el 27,1 cuando admite la *“Suspensión de garantías”:* *“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones (...)no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de (...) religión (...)”* y en el punto 2 *“no autoriza la suspensión de los derecho determinados en los siguientes artículos: (...) 12 (libertad de conciencia y religión)”*.

- 4. El Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales**<sup>18</sup> que en su artículo 2,2 expresa: *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de (...) religión. O de otra índole(...)”;* en el 13, 1 expresa que: *“(...)la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos(...)”;* y en el 3 que: *“los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas (...) y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”*

<sup>18</sup> Aprobada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966.

- 5. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**<sup>19</sup> que el artículo 2,1 dispone: “*Cada Estado Parte en este Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de (...) religión(...) o de otra índole (...)*”; el 4,1 declara que: “*En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto siempre que tales disposiciones (...)no entrañen discriminación alguna fundada únicamente por motivos de (...) religión (...)*”; en el 18 dice: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sea necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres, y en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”; el 20,2 dice que: “*Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia está prohibida por ley.*”; el 24,1 manifiesta: “*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de (...) religión (...) a las medidas de protección que se condición de menores requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.*”; el 26 expresa: “*(...) la ley prohibirá*

---

<sup>19</sup> Aprobada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966.

*toda discriminación y garantizará a todas la personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de (...) religión (...) o de cualquier índole (...)*”; y el 27 dispone: *“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”*

6. El artículo 2,1 de la **Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio**<sup>20</sup> al reglar que se *“(...) entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimientos intencional del grupo a condiciones de existencia que haya de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”*
7. La **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**<sup>21</sup> que en sus considerando dice: *“(...) para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo idioma o religión(...)*” Se acuerda en esta Convención, en el Artículo 5 que toda persona tiene el goce de: *“El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”* [d), vii)].
8. El preámbulo de la **Convención sobre los Derechos del Niño**<sup>22</sup> al decir: *“que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos (Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos), sin distin-*

<sup>20</sup> Aprobada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948 y entró en vigencia el 12 de enero de 1951.

<sup>21</sup> Aprobada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 2106 A (XX), el 21 de diciembre de 1965.

<sup>22</sup> Aprobada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989.



*ción alguna, por motivos de (...) religión (...) o de otra índole (...)*"; y el artículo 2,1 cuando expresa: *"Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) la religión (...) o cualquiera otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales."*; el 14 al disponer que: *"1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a al evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a la limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás."*; el 20,3 dispone: *"Entre esos cuidados figurará, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesaria la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico."*; el 29, 1, d) dice: *"Preparar al niño para asegurar una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistades entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena..."*; y en el 30 se dice: *"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o persona de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma."*

**9. La Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos** también conocida como **Carta de Banjul** <sup>23</sup> al declarar en su Artículo 2: *"Todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y*

<sup>23</sup> Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya y que entró en vigor: 21 de octubre de 1986.



*libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status.” El Artículo 8 reza: “La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades.”*

**10. En la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones** de la Asamblea de las Naciones Unidas de 1981 <sup>24</sup> que en su Artículo 1 dispone que: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.*

*2. Nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección.*

*3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”*

Artículo 2: *“1. Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares.*

*2. A los efectos de la presente Declaración, se entiende por “intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones” toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.”*

---

<sup>24</sup> Resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981.

*Artículo 3: “La discriminación entre los seres humanos por motivos de religión o convicciones constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y debe ser condenada como una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y enunciados detalladamente en los Pactos internacionales de derechos humanos, y como un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones.”*

*Artículo 4: “1. Todos los Estados adoptarán medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones en el reconocimiento, el ejercicio y el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida civil, económica, política, social y cultural.*

*2. Todos los Estados harán todos los esfuerzos necesarios por promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo y por tomar las medidas adecuadas para combatir la intolerancia por motivos de religión o convicciones en la materia.”*

*Artículo 5: “1. Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño.*

*2. Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño.*

*3. El niño estará protegido de cualquier forma de discriminación por motivos de religión o convicciones. Se le educará en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y hermandad universal, respeto de la libertad de religión o de convicciones de los demás y en la plena conciencia de que su energía y sus talentos deben dedicarse al servicio de la humanidad.*

4. Cuando un niño no se halle bajo la tutela de sus padres ni de sus tutores legales, se tomarán debidamente en consideración los deseos expresados por aquéllos o cualquier otra prueba que se haya obtenido de sus deseos en materia de religión o de convicciones, sirviendo de principio rector el interés superior del niño.

5. La práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 1 de la presente Declaración.”

Artículo 6: “De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:

- a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;

- i) *La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.*”

**Jorge Precht Pizarro** ha señalado que esta Declaración “*tiene algunos defectos como el no referirse a las iglesias, confesiones y entidades religiosas. El Artículo 4 es claramente programático. En todo caso, la libertad religiosa –primera de las libertades– es un principio general del derecho internacional sin ninguna duda.*”<sup>25</sup> Este documento no ha declarado el derecho a cambiar de religión o de creencias.

- 11. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**<sup>26</sup> al establecer en su Artículo 9: que regla sobre la Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión que: “*1 Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2 La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.*” En el Artículo 14: donde se refiere a la Prohibición de discriminación, y donde expresa que: “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*”

- 12. El Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**<sup>27</sup> al esta-

<sup>25</sup> “Constitutional reception of international law provisions on religious freedom”, Second ICLARS Conference, sobre Religion and Constitucion, Santiago de Chile, 10 de septiembre de 2011.

<sup>26</sup> Aprobada en Roma, el 4 de noviembre de 1950 y revisado de conformidad con los Protocolos números 11 y 14 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos 4, 6, 7, 12 y 13.

<sup>27</sup> Aprobado en París, el 20 de marzo de 1952.

blecer en el Artículo 2 sobre el Derecho a la instrucción que: “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

**13. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos en su Declaración y Programa de Acción de Viena**<sup>28</sup> declaró en el punto A que trata sobre el “Aumento de la coordinación en la esfera de los derechos humanos dentro del sistema de las Naciones Unidas” lo siguiente:

*“22. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos pide a todos los gobiernos que, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales y teniendo debidamente en cuenta sus respectivos sistemas jurídicos, adopten las medidas apropiadas para hacer frente a la intolerancia y otras formas análogas de violencia fundadas en la religión o las convicciones, en particular las prácticas de discriminación contra la mujer y la profanación de lugares religiosos, reconociendo que todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de expresión y de religión. La Conferencia invita asimismo a todos los Estados a que pongan en práctica las disposiciones de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.”*

*“25. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos pide a la Comisión de Derechos Humanos que examine los medios de promover y proteger eficazmente los derechos de las personas pertenecientes a minorías enunciadas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. En este contexto, la Conferencia pide al Centro de Derechos Humanos que, como parte de su programa de servicios de asesoramiento y asistencia técnica, proporcione a los gobiernos que lo soliciten servicios de expertos en cuestiones relativas a las minorías y los derechos humanos, así como a la prevención y solución de controversias, para ayudarlos*

<sup>28</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos, A/CONF.157/23, 12 de junio de 1993.

*a resolver las situaciones relativas a las minorías que existan o que puedan surgir.”*

- 14. En la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas** <sup>29</sup> en el punto 4. *“Estamos decididos a establecer una paz justa y duradera en todo el mundo, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta. Reafirmamos nuestra determinación de apoyar todos los esfuerzos encaminados a hacer respetar la igualdad soberana de todos los Estados, (...); el respeto de la igualdad de derechos de todos, sin distinciones por motivo de raza, sexo, idioma o religión, y la cooperación internacional para resolver los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario.”*
- 15. En la Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas** del 8 de marzo de 2010<sup>30</sup>, entre otros conceptos, se: *“2. Expresa profunda preocupación por los estereotipos negativos de las religiones y las manifestaciones de intolerancia y discriminación en materia de religión o creencias que existen todavía en el mundo; 3. Deplora profundamente todos los actos de violencia psicológica y física y los ataques contra las personas basados en su religión o sus creencias, así como la incitación a cometerlos, y los actos de ese tipo dirigidos contra sus empresas, bienes, centros culturales y lugares de culto, así como los ataques contra los lugares santos y los símbolos religiosos de todas las religiones; 4. Expresa profunda preocupación por los programas e idearios de organizaciones y grupos extremistas dirigidos a crear y perpetuar estereotipos sobre determinadas religiones, especialmente cuando estos son tolerados por los gobiernos; 5. Observa con gran preocupación la intensificación de la campaña general de difamación de las religiones, y la incitación al odio religioso en general, incluida la caracterización negativa de que han sido objeto las minorías musulmanas en razón de su origen étnico y su religión a consecuencia de los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre de 2001; 6. Reconoce que, en el contexto de la lucha contra el terrorismo, la difamación de las religiones y la incitación al odio religioso en general se convierten en factores agravantes que contribuyen a la negación de*

<sup>29</sup> Asamblea General de la ONU, A/Resolución 55/2, del 13 de septiembre de 2000.

<sup>30</sup> A/RES/64/156, 64º Período de sesiones, Tema 69 b) del programa.

*los derechos y las libertades fundamentales de los miembros de los grupos destinatarios, así como a su exclusión económica y social; 7. Expresa profunda preocupación, a este respecto, por el hecho de que con frecuencia y sin razón se asocie al Islam con violaciones de los derechos humanos y el terrorismo; (...)*”

### **Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias**

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Resolución 1986/20, nombró a un “Relator Especial sobre la intolerancia religiosa”. En 2000, la Comisión decidió modificar el título del mandato por el de “Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias”, el cual fue posteriormente confirmado mediante la decisión 2000/261 del Consejo Económico y Social y acogido favorablemente por la Asamblea General en su Resolución 55/97. El 18 de junio de 2010, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución 14/11 mediante la que, entre otras cosas, prorrogó el mandato del Relator Especial por un período adicional de tres años.

El Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias es un experto independiente al que se le ha pedido que identifique los obstáculos existentes e incipientes que impiden el goce del derecho a la libertad de religión o de creencias, y formule recomendaciones sobre los medios de superar tales obstáculos

En la resolución 6/37 del Consejo de Derechos Humanos se le encomienda a dicho Relator Especial:

- Promover en los planos nacional, regional e internacional la adopción de medidas para asegurar la promoción y protección del derecho a la libertad de religión o de creencias;
- Determinar los obstáculos actuales e incipientes que impiden el disfrute del derecho a la libertad de religión o de creencias y formular recomendaciones sobre los medios de superar tales obstáculos;
- Proseguir sus esfuerzos encaminados a examinar los incidentes y las medidas de carácter gubernamental que sean incompatibles con las disposiciones de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la

religión o las convicciones y recomendar medidas correctivas, según proceda, y

- Continuar aplicando una perspectiva de género, entre otras cosas señalando qué abusos se cometen específicamente contra la mujer, en el proceso de preparación de informes, especialmente en lo que respecta a la reunión de información y las recomendaciones.

En el desempeño de su mandato, el Relator Especial:

- a) Transmite llamamientos urgentes y cartas de denuncia a los Estados con relación a aquellos casos que suponen violaciones del derecho a la libertad de religión y de creencias o que representan un impedimento para su ejercicio;
- b) Realiza misiones de investigación a los países, y
- c) Presenta informes anuales al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General sobre sus actividades, tendencias identificadas y métodos de trabajo.

El 1 de noviembre de 2016, Ahmed Shaheed asumió como Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias, quién fue Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Maldivas. Han sido Relatores Especiales Heiner Bielefeldt (Alemania), desde el 1 de agosto de 2010; la señora Asma Jahangir (Pakistán), desde 2004; Abdelfattah Amor (Túnez) 1993-2004; Ángelo d'Almeida Ribeiro (Portugal), 1986-1993.

### **La Iglesia Católica y la Libertad Religiosa**

El Papa, que es el obispo de Roma y por ello su Santa Sede está en el Estado del Vaticano, y que es máxima autoridad de la Iglesia Católica –cuya personería jurídica esta reconocida por los usos y costumbre del derecho de gentes o derecho internacional– ha firmado, en el último siglo, distintos concordatos, acuerdos o convenios con distintos Estados, donde se han reconocido derechos a la libertad religiosa y de culto<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Algunos de los celebrados en los últimos tiempos son: Acuerdo entre la República Federativa del Brasil y la Santa Sede relativa al estatuto jurídico de la Iglesia Católica del Brasil (13 de noviembre de 2008). Acuerdo entre la Santa Sede y República de Paraguay sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas de la Nación y la Policía Nacional (24 de diciembre de 2002). Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Croacia sobre la asistencia religiosa a los fieles católicos miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía de la República de Croacia (19 de diciembre de 1996). Acuerdo



entre la Santa Sede y la República de Croacia sobre la colaboración en materia de educación y cultura (19 de diciembre de 1996). Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Croacia sobre cuestiones jurídicas (19 de diciembre de 1996). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Libre de Sajonia (2 de julio de 1996). Convención entre la Santa Sede y la República Austriaca (21 de diciembre de 1995). Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Venezuela para la creación de un Ordinariato Militar (31 de octubre de 1994). Acuerdo entre la Santa Sede y la Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo, el Land Mecklenburgo-Pomerania Anterior y el Land Schleswig-Holstein (22 de septiembre de 1994). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Libre de Turingia sobre al erección de la Diócesis de Erfurt (14 de junio de 1994). Acuerdo entre la Santa Sede y el Land Brandeburgo así como con el Estado Libre de Sajonia (4 de mayo de 1994). Acuerdo entre la Santa Sede y el Land Sajonia-Anhalt así como con el Land Brandeburgo y el Estado Libre de Sajonia (13 de abril de 1994). Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Hungría sobre la asistencia religiosa a las fuerzas armadas y policía de frontera (10 de enero de 1994). Acuerdo Fundamental entre la Santa Sede y el Estado de Israel (30 de diciembre de 1993). Acuerdo entre la Santa Sede y el Land Niedersachsen con el que se modifica el Concordato del 26 de febrero de 1965 (29 de octubre de 1993). Concordato entre la Santa Sede y la República de Polonia (28 de julio de 1993). Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Malta sobre los bienes temporales de la Iglesia (18 de febrero de 1993). Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Malta sobre los institutos de enseñanza de la Iglesia (18 de febrero de 1993). Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Malta sobre el reconocimiento de los efectos civiles a los matrimonios canónicos y a las decisiones de las autoridades y de los Tribunales eclesiásticos sobre dichos matrimonios (3 de febrero de 1993). Convención entre la Santa Sede y la República de Costa de Marfil relativa a la «Fondation Internationale Notre-Dame de la Paix de Yamoussoukro » (20 de mayo de 1992). Concordato entre la Santa Sede y la República de San Marino (2 de abril de 1992). Convención monetaria entre el Estado de la Ciudad del Vaticano y la República Italiana (3 de diciembre de 1991). Acuerdo entre la Santa Sede y la República Austriaca (26 de enero de 1990). Acuerdo entre la República de Malta y la Santa Sede con el fin de ordenar mejor la enseñanza y la educación religiosa católica en las escuelas estatales (16 noviembre 1989). Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Brasil sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas (23 de octubre de 1989). Acuerdo entre la Santa Sede y el Land Niedersachsen (8 de mayo de 1989). Acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno de la República de Malta sobre la incorporación de la Facultad de Teología en la Universidad de Malta (26 de septiembre de 1988). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado libre de Baviera (8 de junio de 1988). Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Bolivia sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Fuerzas de la Policía Nacional (1 de diciembre de 1986). Acuerdo entre la Santa Sede y la República Italiana que modifica el Concordato Lateranense (3 de junio de 1985). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado de Sarre (12 de febrero de 1985). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado de Renania del Norte-Westfalia (21 de diciembre de 1984). Convención entre la Santa Sede y la República de Haití (8 de agosto de 1984). Acuerdo entre la Santa Sede y la República de Austria (21 de enero de 1982). Convenio entre la Santa Sede y el Principado de Mónaco (25 de julio de 1981). Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú (26 de julio de 1980). Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español (3 de enero de 1979). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado de Baviera acerca del Departamento de Teología católica de la Universidad de Augusta (17 de septiembre de 1970). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado de Sarre sobre la formación de los maestros (12 de noviembre de 1969). Acuerdo adicional entre la Santa Sede y la República de Austria, al Convenio para regular las relaciones patrimoniales firmado por los dos Estados el 23 de junio de 1960 (29 de septiembre de 1969). Acuerdo entre la Santa Sede y el Land de Renania-Palatinato, con el que se introducen añadidos y modificaciones a las disposiciones concordatarias vigentes en Renania-Palatinato (29 de abril de 1969). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Baviera, con el que se introducen modificaciones y añadidos a los artículos 5 y 6 del Concordato del 29 de marzo de 1924 (7 de octubre de 1968). Convenio entre la Santa Sede y la República de Austria para erigir la diócesis

La Iglesia Católica ha acentuado en los últimos tiempos su prédica a favor de la libertad religiosa. En la declaración **“Dignitatis humanae”**<sup>32</sup>, *“(...) ruega a todos los hombres que consideren con toda atención cuán necesaria es la libertad religiosa, sobre todo en las presentes condiciones de la familia humana”* y, agrega, *“para que se establezcan y consoliden las relaciones pacíficas y la concordia en el género humano se requiere que en todas partes del mundo la libertad religiosa sea protegida por una eficaz tutela jurídica y que se respeten los supremos deberes y derechos de los hombres para desarrollar libremente la vida religiosa dentro de la sociedad.”* A esto añade que: *“Este Concilio Vaticano declara que la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa. Esta libertad consiste en que todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana; y eso de tal manera que, en materia religiosa, no se obligue a nadie de obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos(...). Este derecho de la persona humana a la libertad religiosa ha de ser reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad de tal modo que llegue a convertirse en un derecho civil.”*

---

de Feldkirch (7 de octubre de 1968). Acuerdo entre la Santa Sede y Saarland acerca de la creación de una Cátedra de Teología católica en la Universidad de Saarland (9 de abril de 1968). Convenio entre la Santa Sede y la República de El Salvador acerca del Vicariato Castrense (11 de marzo de 1968). Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina (10 de octubre de 1966). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado de Baviera acerca de la supresión de la Alta Escuela filosófico-teológica de Frisinga (2 de septiembre de 1966). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado de Baviera acerca de la Facultad de Teología católica de la Universidad de Ratisbona (2 de septiembre de 1966). Concordato entre la Santa Sede y el Land de Niedersachsen (26 de febrero de 1965). Convenio entre la Santa Sede y la República del Paraguay (26 de noviembre de 1960). Convenio entre la Santa Sede y la República de Austria para la reglamentación de las relaciones patrimoniales (23 de junio de 1960). Convenio entre la Santa Sede y la República de Austria para la erección en diócesis de la administración apostólica del Burgenland (23 de junio de 1960). Convenio entre la Santa Sede y la República de Bolivia sobre las Misiones (4 de diciembre de 1957). Concordato entre la Santa Sede y la República Dominicana (16 de junio de 1954). Concordato entre la Santa Sede y España (27 de agosto de 1953). Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre la jurisdicción castrense y asistencia religiosa de las Fuerzas Armadas (5 de agosto de 1950). Convenio entre la Santa Sede y la República de Portugal sobre las Misiones (7 de mayo de 1940). Concordato entre la Santa Sede y la República de Portugal (7 de mayo de 1940). Concordato entre la Santa Sede y el Tercer Reich (20 de julio de 1933). Concordato entre la Santa Sede y la República de Baden (12 de octubre de 1932). Pactos Lateranenses entre la Santa Sede e Italia (11 de febrero de 1929). Ver otros en: “Acuerdos y Concordatos entre la Santa Sede y Los Países Americanos” Juan G. Navarro Floria (Coordinador) Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, Buenos Aires, 2011.

<sup>32</sup> Concilio Vaticano II, del 7 de diciembre de 1965.

Afirma luego que: *“La libertad o inmunidad de coacción en materia religiosa que compete a las personas individualmente consideradas ha de serles reconocida también cuando actúan en común. Porque las comunidades religiosas son exigidas por la naturaleza social tanto del hombre como de la religión misma.”*

Continúa este documento sosteniendo que: *“A estas comunidades, con tal que no se violen las justas exigencias del orden público, se les debe, por derecho, la inmunidad para regirse por sus propias normas, para honrar a la divinidad con culto público, para ayudar a sus miembros en el ejercicio de la vida religiosa y sostenerles mediante la doctrina; así como para promover instituciones en las que colaboren los miembros con el fin de ordenar la propia vida según sus principios religiosos.”* Agrega a ello que: *“Las comunidades religiosas tienen también el derecho a no ser impedidas en la enseñanza y en la profesión pública de palabra y por escrito, de su fe (...)”*. Y que: *“Forma también parte de la libertad religiosa el que no se prohíba a las comunidades religiosas manifestar libremente el valor peculiar de su doctrina para la ordenación de la sociedad y para la vitalización de toda actividad humana. Finalmente, en la naturaleza social del hombre y en la misma índole de la religión se funda el derecho por el que los hombres, impulsados por su propio sentimiento religioso, pueden reunirse libremente o establecer asociaciones educativas, culturales, caritativas y sociales.”* Declara, además, que: *“Cada familia, en cuanto sociedad que goza de un derecho propio y primordial, tiene derecho a ordenar libremente su vida religiosa doméstica bajo la dirección de los padres. A éstos corresponde el derecho de determinar la forma de educación religiosa que se ha de dar a sus hijos, según sus propias convicciones religiosas.”*

Recuerda, también, que: *“La protección y promoción de los derechos inviolables del hombre es un deber esencial de toda autoridad civil. Debe, pues, la potestad civil tomar eficazmente a su cargo la tutela de la libertad religiosa de todos los ciudadanos por medio de leyes justas y otros medios aptos, y facilitar las condiciones propicias que favorezcan la vida religiosa, para que los ciudadanos puedan ejercer efectivamente los derechos de la religión y cumplir sus deberes; y la misma sociedad goce así de los bienes de la justicia y de la paz que dimanan de la fidelidad de los hombres para con Dios y para con su santa voluntad.”*

El Concilio Vaticano II en la declaración “**Nostra aetate**”<sup>33</sup>, sobre las relaciones de la Iglesia con las religiones no cristianas, expresó que: “*La Iglesia, por consiguiente, reprueba como ajena al espíritu de Cristo cualquier discriminación o vejación realizada por motivos de raza o color, de condición o religión. Por esto, el sagrado Concilio, siguiendo las huellas de los santos apóstoles Pedro y Pablo, ruega ardientemente a los fieles que, “observando en medio de las naciones una conducta ejemplar” (1Pe 2,12) si es posible, en cuanto de ellos depende, tengan paz con todos los hombres (Cfr. Rom. 12,18), para que sean verdaderamente hijos del Padre que está en los cielos (Cfr. Mt.5, 45).*”

S. S. Francisco en *Evangelii gaudium* nos exhorta al: “(...) respeto a la libertad religiosa, considerada como un derecho humano fundamental” *Que: “Incluye «la libertad de elegir la religión que se estima verdadera y de manifestar públicamente la propia creencia».* Un sano pluralismo, que de verdad respete a los diferentes y los valore como tales, no implica una privatización de las religiones, con la pretensión de reducir las al silencio y la oscuridad de la conciencia de cada uno, o a la marginalidad del recinto cerrado de los templos, sinagogas o mezquitas. Se trataría, en definitiva, de una nueva forma de discriminación y de autoritarismo. El debido respeto a las minorías de agnósticos o no creyentes no debe imponerse de un modo arbitrario que silencie las convicciones de mayorías creyentes o ignore la riqueza de las tradiciones religiosas. Eso a la larga fomentaría más el resentimiento que la tolerancia y la paz” (250).

### **Contenido para un Tratado Internacional sobre libertad religiosa y de Culto**

El Tratado que proponemos para garantizar mejor los derechos humanos a la libertad religiosa y de culto, y que asegure también la libertad de conciencia, de creencias y de pensamiento, debería declarar, hacer respetar y garantizar los siguientes derechos:

#### **A las personas:**

1. A profesar sus creencias religiosas y a no ser penado o expulsado del país, cuando se es extranjero, por ello;
2. A cambiar o abandonar dichas creencias;

<sup>33</sup> Concilio Vaticano II, del 28 de octubre de 1965.

3. A manifestarlas;
4. A no estar obligado a expresarlas;
5. A recibir y transmitir información religiosa;
6. A no ser obligado a prestar juramento, hacer promesa o actuar en contra de sus convicciones religiosas;
7. A rezar y practicar; en privado o públicamente, sólo o con otras personas; actos de culto;
8. A no ser obligados a practicar actos de cultos en contra de sus convicciones;
9. A reunirse, manifestarse, participar en procesiones, caravanas, peregrinaciones o actos religiosos en lugares públicos,
10. A asociarse con fines religiosos;
11. A recibir asistencia espiritual de los ministros de su propio culto en hospitales, asilos, cárceles, establecimientos policiales y militares o en el campo de batalla o en conflictos bélicos;
12. A recibir sepultura o ser cremado respetando sus convicciones religiosas;
13. A educarse y recibir educación moral y religiosa, para sí y para sus hijos, de acuerdo a sus convicciones, incluso en establecimientos de educación pública de los estados, o a negarse a recibir educación religiosa o moral;
14. A conmemorar y no tener obligación de trabajar los feriados o festividades religiosas, y a guardar los días y horarios que según su religión sean dedicados al culto;
15. A celebrar matrimonio según los ritos de su religión o interreligiosos, sin perjuicio de la registración, según lo que dispongan las leyes civiles;
16. A que se respete el secreto de confesión;
17. A usar hábitos, velos o *hiyab*, insignias o símbolos religiosos en lugares públicos;
18. A invocar a Dios o a su palabra expresada en documentos o libros sagrados, o cuando se presta juramento o promesa de decir verdad o de cumplir con los deberes en el ejercicio de un cargo o magistratura;

19. A admitir las objeciones de conciencias, fundadas en razones religiosas (verbigracia: para eximirse de la obligación de usar armas en el servicio militar, de practicar abortos, etcétera);
20. A que se respete a quién no profesa creencia, religión ni culto alguno y que es indiferente, agnóstico o ateo.

#### A las **Iglesias y Confesiones religiosas:**

1. A que se les reconozca su personería jurídica, y su organización en base a las normas que por las que ellas se dicten, y con las autoridades que designen de acuerdo a dichas disposiciones;
2. A que se les respeten sus fines, principios, dogmas, doctrina, cultos, ritos, celebraciones, símbolos y libros sagrados o de doctrina;
3. A construir y disponer de templos o lugares dedicados al culto y a las actividades religiosas;
4. A tener cementerios;
5. A disponer de seminarios, hogares, centros de salud, hospitales, editoriales, medios de comunicación, escuelas, universidades, lugares destinados a la recreación o al alojamiento de personas necesitadas de protección especial;
6. A comunicarse entre sus miembros o con sus ministros o autoridades, o con representantes de otras comunidades religiosas;
7. A admitir o excluir fieles;
8. A designar, preparar, sostener y remover a los ministros de su culto, o enviar o recibir misioneros, y sostenerlos espiritual y económicamente.
9. A reunirse, asociarse, federarse o confederarse con otras entidades religiosas, e integrar organismos religiosos o interreligiosos;
10. A que se respeten los lugares destinados al culto y los objetos sagrados, que los mismos sean inembargables, y que gocen de exenciones y beneficios tributarios y arancelarios aduaneros, como instituciones de bien público;
11. A exigir a sus autoridades, ministros, miembros y empleados a que ajusten su conducta a la doctrina y las normas internas que lo rigen;

12. A que el Estados, a través de su sistema impositivo, permita que los fieles destinen una parte de lo que tributan a las iglesias o a la confesión religiosa que indiquen;
13. A celebrar acuerdos o integrar comisiones asesoras con el Estado o con otras confesiones religiosas;
14. A que se respeten en los lugares públicos las expresiones culturales religiosas;
15. A que se respete el principio de la igualdad en el trato de las distintas iglesias y confesiones religiosas, sin perjuicio de las diferencias en sus historias, trayectorias, número de fieles e influencias que ellas hayan tenido en la cultura de cada pueblo;
16. A no ser discriminados por pertenecer a una religión, y a que no se les prohíba a los ministros o fieles de una iglesia o confesión religiosa a ser designados o a ejercer algún cargos públicos o políticos;
17. A que las autoridades políticas, administrativas o judiciales de los Estados no puedan decidir sobre la interpretación de doctrinas religiosas o sobre las normas internas de cada iglesia o confesión religiosa.

A que se cree un **Comité, Consejo o Comisión**, integrado por personalidades de distintos estados, credos y religiones, que tenga por atribuciones.

1. Estimular la conciencia de los derechos humanos que se declaran en este tratado;
2. Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos declarados dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a los derechos declarados en el tratado;
3. Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
4. Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros, o a las distintas iglesias o confesiones religiosas que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de los derechos a que se refiere el tratado.

5. Atender las consultas que, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos a los referidos derechos y prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
6. Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en esta Convención, y
7. Rendir un informe anual.

### **La iniciativa sobre el tratado**

En marzo de 2017 la Ministra de Relaciones Exteriores y Culto, Susana Malcorra; el Secretario de Culto de la Nación, Santiago de Estrada; y el Subsecretario Alfredo Abriani, recibieron en la cancillería a las autoridades del Consejo Argentino de Libertad Religiosa (CALIR), quienes le presentaron y explicaron un proyecto de Convención Americana sobre Libertad Religiosa elaborado por esta institución.

La señora canciller prometió conversar con el Presidente de la Nación la posibilidad que sea tomado por el gobierno nacional para impulsarlo en los países del continente americano.

El secretario de Estado de los Estados Unidos de América Mike Pompeo se reunirá el 25 y 26 de julio de 2018 en Washington con sus homólogos de varios países para defender la libertad religiosa en el mundo. Esta primera reunión ministerial del género la convocó cuando presentó el informe anual del Departamento de Estado sobre la situación de la religión en 2017, que, como siempre, pinta un panorama sombrío. Entre los invitados se contarán representantes de organizaciones internacionales religiosas y de la sociedad civil.

### **Conclusión**

No es fácil ni simple conseguir lo que proponemos, los derechos reconocidos en las declaraciones y tratados internacionales vigentes, antes citados, ha sido un paso fundamental, pero estoy convencido que la necesidad de que en la comunidad internacional se establezca una tutela más sólida que garantice los derechos a la libertad religiosa y de culto, y que con ello se logre una paz duradera; es indiscutida y entendemos que el intentarlo no



admite más postergación. Conseguir la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 no fue más fácil de lo que ahora queremos concretar.

El tratado podría ser universal o regional, o circunscribirse a ser un protocolo de otro tratado, aunque indudablemente lo más conveniente sería que sea aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas y ratificado luego por los Estados. La Declaración de 1981, y la creación del Relator Especial para el monitoreo de los derechos a la libertad religiosa y de creencia (todavía no reconocidos en un tratado específico), podríamos tomarlo como un primer paso para la concreción de un tratado que declare los derechos personales a tener creencias religiosas, a manifestarlas y rendir culto, a reunirse y asociarse en iglesias o confesiones o asociaciones religiosas, a las que se les reconozca autonomía, y a no ser discriminado por razones religiosas. A ello hay que agregarle la necesidad de crear un comité o consejo de composición religiosa y políticamente plural que pueda hacer un *Soft Law* en esta materia.

El que haya finalizado la Guerra Fría significó remover un serio obstáculo para este propósito, aunque los mismos persisten por la existencia de gobiernos autoritarios en algunos Estados que no reconocen el pluralismo religioso; porque hay en distintas partes del mundo conflictos religiosos o étnicos-religiosos o políticos-religiosos, y por las posturas fundamentalistas de algunos sectores religiosos o de gobiernos de estados confesionales, que se resisten a la secularización.

A favor del tratado, se puede argumentar, que, en el último siglo, muchos Estados se han desconfesionalizado y secularizado; muchos de ellos se han declarado laicos, con lo que la autoridad política se han separado de la autoridad eclesiásticas, o de las iglesias o comunidades religiosas que predominaban en las sociedades civiles a las que sirven; lo que no ha significado, en la mayoría de los casos, ruptura, ni desconocimiento de la religiosidad de los ciudadanos, ni de las comunidades religiosas de las que son fieles. Por el contrario, los principios de autonomía y de cooperación han sido los que han prevalecido en las relaciones de las iglesias o confesiones religiosas con dichos Estados.

Este esfuerzo que reclamamos a la comunidad internacional podría acercarnos al anhelado momento que anunció **Martin Luther King** al proclamar:

*“Cuando repique la libertad y la dejemos repicar en cada aldea y en cada caserío, en cada estado y en cada ciudad, podremos acelerar la llegada del día cuando todos los hijos de Dios, negros y blancos, judíos y cristianos, protestantes y católicos, puedan unir sus manos y cantar las palabras del viejo espiritual negro: “¡Libres al fin! ¡Libres al fin! Gracias a Dios omnipotente, ¡somos libres al fin!”*”<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> “Yo tengo un sueño” en el Lincoln Memorial en Washington D.C. del 28 de agosto de 1963.



# PALABRAS DE APERTURA DEL ACTO

POR ROBERTO E. LUQUI\*

La incorporación de un nuevo académico es un acontecimiento auspicioso para quienes integramos esta corporación, porque incrementa el patrimonio científico, intelectual y cultural que constituye uno de los principales valores de nuestra Academia. En esta oportunidad me cabe el honor de presidir la sesión donde se incorpora como miembro titular el doctor Rodolfo Luis Vigo, designado en el sitial que tiene como patrono a Bartolomé Mitre, uno de los próceres más ilustres de nuestra patria.

El doctor Vigo es un distinguido profesor de filosofía del derecho, que tiene una larga y fecunda trayectoria docente y científica, cuya reseña realizará seguidamente el académico Santiago, quien hará su presentación.

Tiene, además, el privilegio de haber podido unir a sus conocimientos de filosofía del derecho, la experiencia de aplicarlos a la realización del derecho, pues se desempeñó también durante varios años, primero en la Cámara de Apelaciones de Santa Fe y luego como juez de la Corte Suprema de Justicia de esa provincia.

Esta doble aptitud seguramente le ha permitido analizar los intrincados problemas que presenta el derecho con mayor objetividad de la que por lo general empleamos los abogados litigantes. Los jueces están habituados a obrar con imparcialidad y mayor independencia de criterio, pues ven las cosas desde fuera del conflicto, y no como parte de él. Y esto es necesario en momentos como los que vivimos, donde los conflictos jurídicos, sociales y políticos se han convertido en una lamentable constante de nuestra vida ciudadana.

---

\* Palabras de apertura del Académico Vicepresidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 23 de agosto de 2018.

En este cometido la filosofía del derecho reviste una importancia fundamental, pues ayuda a encontrar el camino para alcanzar la justicia, como valor inseparable de la moral. Como dice Renard “la técnica jurídica no es un instrumento de precisión sino un instrumento de aproximación”. Y es misión de los hombres de leyes aportar el ingrediente de razonabilidad para unir las exigencias del orden con las sugerencias de la Justicia, fin último del derecho.

Estoy seguro de que el doctor Vigo aportará sus valiosos conocimientos filosóficos y jurídicos para el análisis de los problemas que enfrenta nuestro país.

# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR ALFONSO SANTIAGO\*

Tengo el enorme honor y la gran alegría de poder presentar al Académico Dr. Rodolfo Luis Vigo en este acto de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Ingresa hoy a esta corporación uno de los iusfilósofos más destacado del mundo latino en nuestros días, uno de los corredactores del Código de Ética Judicial para Iberoamérica y quien mediante su tarea de investigación, publicación y docencia ha realizado aportes fundamentales para la instauración y desarrollo de una nueva disciplina jurídica en nuestro país, como es el Derecho Judicial.

Conocí al Dr. Rodolfo Vigo hace 31 años cuando yo era un joven constitucionalista con algunas inquietudes iusfilosóficas. De entrada, me impresionó su bonhomía, su actitud abierta y amical, su profunda apertura al diálogo y a la realización de proyectos comunes.

Me considero su amigo, además de compañero de aventuras universitarias. Dicen que los amigos no se miran a los ojos, sino que sus miradas convergen en los objetos de interés común. En nuestro caso, la pasión por el Derecho, la Filosofía del Derecho, la vida universitaria y el anhelo por la mejora de la calidad institucional y de gestión de los poderes judiciales de nuestro país y de toda América Latina.

Durante todos estos años pude acompañar a nuestro nuevo académico en numerosos proyectos, particularmente en el Departamento de Derecho Judicial de la Universidad Austral y comprobar su enorme crecimiento

---

\* Discurso de recepción del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 23 de agosto de 2018.

académico y la proyección nacional e internacional de su obra y sus enseñanzas en los ámbitos de la Filosofía del Derecho, el Derecho Judicial y la Ética Judicial. A través de sus conferencias, clases, libros y artículos se han formado, sin temor a exagerar, miles de jueces, funcionarios judiciales y abogados en nuestro país y en toda Iberoamérica.

Anécdota:

Rodolfo Vigo nació en su querida ciudad de Santa Fe, cuna de nuestra Constitución Nacional, el 26 de marzo de 1946.

Viene de familia de juristas o muy vinculados al derecho, pues su abuelo, el escribano Salvador Vigo, fue uno de los fundadores de la Universidad Nacional del Litoral; su padre, Rodolfo Luis, fue un abogado de amplia e intensa actividad profesional; sus tíos, Mario Roberto, titular de la Escribanía Vigo, y Salvador, profesor destacado de derecho constitucional en aquella Universidad de Santa Fe.

Es hijo de Margarita Gallo, Chicha, que con sus noventa y nueve años está aquí hoy presente. Está casado con Irma Guidobono, más familiarmente conocida como Marita, con quien ha tenido cuatro hijos (Mariana, Rodolfo, Santiago y Mercedes), es abuelo de diez nietos, a cada uno de los cuales le ha dedicado uno de sus últimos libros.

Es Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, además de Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Rosario)

Ha sido Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe de 1984 a 1988 y ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe entre 1988 y 2007.

Fue fundador y presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas (desde su fundación en 1994 y hasta 1997).

Ha recibido el Premio Konex en 1998 en el rubro “Jueces”, otorgado a los cinco jueces argentinos más destacados de esa década.

Es Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ha sido presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (2006-2010) y actualmente es director del Departamento “Derecho Judicial” de la Universidad Austral.

Es profesor emérito de la Universidad del Litoral y profesor e investigador en la UCA, además de otras universidades argentinas y del exterior en donde ha dado centenares de cursos, clases y conferencias.

Ha publicado 30 libros, entre los que me permito destacar los siguientes:

1. “Las causas del derecho” (con prólogo de Georges Kalinowski). Abeledo-Perrot. Bs.As., 1983. Segunda edición ampliada año 2010.
2. “Visión crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho”. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984.
3. “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. (Ross-Hart-Bobbio Dworkin-Villey)”. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1991.
4. “Interpretación constitucional”. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1993.
5. “Filosofía del Derecho”. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993.
6. “Los Principios Jurídicos” (Perspectiva jurisprudenciales). Depalma, Bs.As., 2000.
7. “De la ley al Derecho” PORRUA, México, 2003.
8. “El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J. Finnis)”, Fontamara, México, 2003
9. “La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexa Ley – U.B.A., Bs. As., 2004.
10. “Cómo argumentar jurídicamente”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012
11. “Tratado de Derecho Judicial”, obra colectiva codirigida junto con María Gattinoni de Mujía, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
12. “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias” en EDUCA, Buenos Aires, abril 2015; Porrúa, México, febrero 2016 y Universidad Libre de Colombia, Bogotá, julio 2016.

Hace ya muchos siglos atrás, Catón el Censor definía al juez como “homo bonus, iuris peritus”, hombre bueno y virtuoso, experto en la ciencia y en el arte del derecho. Es la ética personal y el conocimiento práctico y profundo a la hora de discernir lo justo lo que debe caracterizar al juez y en sentido amplio a todo hombre de Derecho. Pienso que estos dos componentes esenciales han caracterizado al Doctor Vigo en el casi medio siglo



de su actuación pública en el ámbito de los tribunales y de la vida académica. Quienes hoy estamos aquí podemos dar plena fe de ello. El reconocimiento y el sincero y profundo afecto personal de quienes hemos sido sus colegas, alumnos o amigos son prueba cabal de lo que venimos afirmando.

El doctor Rodolfo Vigo ha sido un continuo constructor de puentes, entre Ciencia Jurídica y la Filosofía del Derecho, entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional, entre el realismo jurídico clásico y las corrientes filosóficas contemporáneas, entre el conocimiento jurídico y la actividad judicial, entre los poderes judiciales de las distintas provincias argentinas y entre la comunidad jurídica argentina y la iberoamericana. Sus condiciones humanas e intelectuales de apertura a la amistad y al diálogo académico en búsqueda de la verdad, han sido fundamentales a la hora de tender y transitar por esos puentes.

Académico Dr. Rodolfo Vigo: tiene usted sobrados méritos para formar parte de nuestra corporación a la que puede contribuir y enriquecer con su ciencia jurídica, con su sapiencia iusfilosófica y con su experiencia judicial y de vida.

Hoy se incorpora a nuestra casa. Lo hace rodeado de la compañía y el afecto de su familia, de sus amigos, de sus colegas y de sus alumnos muestra acabada de todo el bien que ha sembrado a lo largo de su vida.

Querido Rodolfo, seas muy bienvenido a esta nuestra Academia que ahora espera con ansias tu discurso de incorporación

# LOS NEOCONSTITUCIONALISMOS: CUATRO VERSIONES POR RODOLFO L. VIGO<sup>1</sup>

## A. Agradecimientos

Corresponde iniciar estas palabras con un explícito y sincero agradecimiento al honor que me han atribuido mis colegas de esta centenaria Academia por reconocerme como un integrante más de la impresionante lista de juristas de tanto protagonismo y trascendencia en la historia nacional. Simplemente un dato contundente, han sido Académicos: un Premio Nobel, dos presidentes de la República y trece jueces de la Corte Suprema de la Nación, y por supuesto muchas cátedras universitarias en distintas materias jurídicas han sido y son ejercidas por integrantes de esta prestigiosa Academia. Esto basta para agradecer vivamente y asumir al mismo tiempo un compromiso con esa historia que tenemos el deber de proteger y potenciar.

Pero a la hora de agradecer no puedo silenciar a los amigos y familiares presentes. Enseñó Aristóteles en su “Ética a Nicómaco” que “la amistad es lo más necesario para la vida. Sin amigos nadie querría vivir, aunque poseyera todos los demás bienes”. Pero entre los amigos, en definitiva, entre los afectos, está la familia que es la síntesis perfecta del amor, y como alguien me enseñó: el ser humano vive para amar y ser amado. Por ello, quiero dejar constancia que en mi caso ha sido la familia un movilizador central, permanente e insustituible de todo lo que emprendí en mi vida, y sin duda he recibido y recibo enormes gratificaciones como resultado de ese compromiso.

---

<sup>1</sup> Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 23 de agosto de 2018.

## **B. Referencias evocativas al patrono y al antecesor del sitial**

Es hermosa y de enorme valor la tradición de esta Academia que, en el discurso formal de incorporación, se aluda tanto al patrono del sitial que se va a ocupar, como al antecesor del mismo. Por eso las sintéticas, pero justas referencias a Bartolomé Mitre y al Dr. Santos Cifuentes, patrono y antecesor respectivamente de mi sitial.

### ***B.1. El patrono del sitial: Bartolomé Mitre***

Como es habitual con las grandes figuras de la historia nacional, ellas padecen inexorablemente apoyos y críticas, Bartolomé Mitre es objetivamente una de aquellas personalidades sin las cuales no podemos entender a nuestro país, y, por ende, no escapa a aquellos juicios polémicos. De todas maneras, prescindiendo de los mismos, es posible hacer algunos señalamientos positivos que resultan inobjetables, y que incluso, pueden constituirse en valores o virtudes para ayer, hoy y mañana para cualquier hombre de buena voluntad. Resulta al respecto procedente comenzar con una enseñanza del mismo Mitre: “Debemos tomar a la Argentina tal cual la han hecho Dios y los hombres, para que los hombres con la ayuda de Dios la vayamos mejorando”. Pero vayamos a esos rasgos que merecen recordarse y no sólo como un mero recordatorio nostálgico, sino como una enseñanza de valor permanente que exceden al sujeto que las posee.

En primer lugar, una pasión indomable y sacrificada puesta al servicio de sus convicciones. Pues Bartolomé Mitre tuvo una vida entregada generosamente a su ideario liberal, y mantuvo una envidiable coherencia sin cálculos egoístas y con un significativo desgaste personal. Hoy vemos con abundancia compromisos débiles, cambiantes y lucrativos, casi esquizofrénicos, además de vergonzantes. Recordemos que la vivienda personal de Mitre donde murió fue comprada por sus amigos y una suscripción popular.

En segundo lugar, su actividad militar y política, le implicó seguramente un tiempo de dedicación notable, que sin embargo no perjudicaron ni restaron atención a sus demandas culturales y formativas. Aquí apelemos principalmente al trabajo investigativo de Mitre en materia de la historia, de la literatura y el periodismo. Un testimonio visible y actual de ese empeño son sus libros dedicados a Belgrano, San Martín, etc. y sus obras poéticas, pero también sus traducciones (la Divina Comedia del Dante, la Eneida de Virgilio entre otras) y el influyente diario La Nación creado en 1870.

En tercer lugar, su aporte a la gestación de nuestra nación como la reconocemos y apreciamos. En la integración de la provincia de Buenos Aires con el resto del país, la presencia de Mitre fue un factor decisivo para ese logro. La Constitución argentina tal cual hoy rige, es fruto de aquellos acontecimientos que lo tuvo a Mitre como protagonista principal. Ese es el gran marco en el que inevitablemente se inscribe cualquier proyecto para el futuro de nuestro país.

En cuanto lugar, en el empeño institucional originario de la Argentina, una pieza clave del mismo fue el Poder Judicial, y aquí también aparece la figura gravitante y decisiva del presidente Mitre en nuestra primera Corte Suprema en 1863, conformada no por leales servidores de su interés personal o partidario. Asimismo, en esa consideración de aquel tercio del poder estatal, debemos incluir la ley 48 redactada por los integrantes de la primera Corte Suprema, cuyo objeto fue organizar a los tribunales federales, incluyendo el vigente art.14 que regula el recurso extraordinario federal de inconstitucionalidad.

En quinto lugar, Mitre tuvo claro el papel que correspondía asignarle a la educación si se pretendía un gran futuro para aquella Argentina que se estaba gestando. Llegó a decir: “El número de analfabetos debería estar escrito en las paredes del Congreso para quitar el sueño de los legisladores”, y esa sentencia sigue teniendo un valor apremiante para cualquier dirigente con vocación política o social. El plan llevado a cabo de crear e instalar Colegios Nacionales en distintas ciudades argentinas, fue una herramienta poderosa en aras de alfabetizar y educar a nuestro pueblo.

En sexto lugar, y yendo a uno de los ejes de esta misma Academia que es el derecho, también corresponde acudir al Mitre que possibilitó directa o indirectamente los Códigos de Comercio, el Civil de Vélez Sarsfield y el penal de Carlos Tejedor. No está de más consignar y valorar la permanencia que en el tiempo tuvieron esos regímenes y proyectos jurídicos, por ende, reconocer cuanto le deben todavía las características centrales del llamado derecho argentino, con toda la influencia que ejerció en nuestro continente.

Como anticipamos, los seis señalamientos reseñados son enseñanzas que cuentan con un aval racional pacífico que trasciende a críticos y adherentes, y hacemos voto para que las mismas sigan inspirando a otros argentinos.

## ***B.2. Mi antecesor: el Dr. Santos Cifuentes***

Sus sintéticos datos biográficos indican que nació en Buenos Aires el 10 de julio de 1933 y falleció el 31 de octubre de 2016. Doctor en Derecho en 1969. Miembro de esta Academia en el año 2000, su Secretario Académico del 2007 al 2010 y director del Instituto de Derecho Civil de la misma desde el 2004 y hasta su muerte. Juez Nacional de Primera Instancia en lo Civil en 1973 y Juez de la Cámara Nacional en dicho fuero desde 1984. Profesor Titular de Derecho Civil, Parte General, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires en 1982.

En cuanto a su producción científica, comenzaré aludiendo a una anécdota personal curiosa. En mi biblioteca no abundan las obras referidas a las ramas o ciencias jurídicas, más bien está conformada por libros de filosofía en general o filosofía jurídica en particular. Sin embargo, hace unos tres meses, de una manera absolutamente casual, en algún rincón perdido de mi biblioteca, y en ocasión de estar buscando otra obra, encontré el libro de Santos Cifuentes “Los Derechos Personalísimos” publicado por Lerner en 1974. Por supuesto que estando pendiente este acto, procedí a ojearlo y comencé, al hilo de mis anotaciones que había hecho hace unos cuarenta años, a recordar el interés con el que había leído y disfrutado del mismo. Por eso, más allá de las otras obras del Dr. Cifuentes que conservan enorme prestigio y autoridad como, por ejemplo: “Elementos de Derecho”, “El negocio jurídico”, “El Código Civil comentado y anotado” en nueve tomos, y los innumerables escritos que publicó en revistas reconocidas, quisiera aludir en este recuerdo agradecido y emocionado a algunas enseñanzas extraídas de “Los Derechos Personalísimos”. Por supuesto que mi elección es totalmente interesada, dado que explícitamente y desde el comienzo asume el autor que debe prestar atención a “conceptos filosóficos”, así escribe: “Hablar de sujeto y de personalidad importa irse por lo más entrañable, sentido y profundo del Derecho”. Entre las polémicas que abre Cifuentes destacaría la que lo lleva a descalificar a Kelsen: por su olvido del derecho subjetivo, por negar la persona como entidad y por pensar solo el deber como violación. La definición de los derechos personalísimos que propone con explícito sabor iusnaturalista es la siguiente: “Derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical”, y propone una clasificación tripartita de los derechos personalísimos compuesta por:

1. la integridad física; 2. la libertad; y 3. la integridad espiritual. Luego de denunciar Cifuentes que en los planes de estudio de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de Buenos Aires no hay “casi nada” sobre los “derechos personalísimos”, sintetiza su disconformidad: “Un inconcebible olvido de una materia tan rica, tan actual, tan elaborada desde hace mucho en países que van mostrando el camino”. El esfuerzo investigativo de mi antecesor se refleja en las más de doscientas cincuenta citas de autores de distinta nacionalidad que van desde Platón, Tomás de Aquino, Kant, Locke a Kelsen, García Maynez, Julián Marías, o Del Vecchio, como así también en las referencias abundantes al derecho comparado.

Por supuesto que desde aquella obra de 1974 y la queja consignada por su autor, mucha agua ha corrido bajo el puente. Pero lo que se puede afirmar es que ese aporte primigenio y premonitorio de Cifuentes, “contribuye a instalar definitivamente el tema en la doctrina argentina”, según lo consigna el académico José Tobías en su carácter de director del Tomo I dentro del Tratado exegético del Código Civil y Comercial dirigido por Jorge Horacio Alterini. En síntesis, aquellos aportes y otros posteriores de Cifuentes germinaron en los artículos 51 al 61 del nuevo Código titulado “Derechos y actos personalísimos” y seguramente en mucha jurisprudencia que ha contribuido a la eficacia de esos derechos.

Más allá de lo señalado que sirve para poner de relieve el valor de un académico que asume su trabajo con una seriedad, originalidad y profundidad digna de reconocerse, agrego que dado que no soy civilista, estimo que lo más apropiado a la hora del juicio de valor del libro expresamente aludido y por extensión de su autor, es acudir a su prólogo escrito nada menos que por Guillermo Borda, quien lo concluye afirmando: “...el autor, que ya nos había dado repetidas muestras de su versación jurídica a través de sus notables sentencias como Juez, y que ahora se nos muestra como un jurista maduro”.

En fin, queda claro que me antecedió en el sillón que ocupó, alguien que puso muy alta la vara de exigencias, seriedad y prestigio académico, lo que obliga a los sucesores a esforzarse por ser fieles a ese mandato.

## C. Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones

### *C.1. Propósito*

El presente artículo pretende abordar las teorías “neoconstitucionalistas” a partir de precisar el elemento identificatorio de las mismas, y también avanzar en sus distintas versiones reconociendo las tesis características y principales de ellas. A la luz de ese objetivo, será posible efectuar un estudio comparativo de las teorías neoconstitucionalistas en orden a descubrir coincidencias y diferencias. Por supuesto que los límites obvios del trabajo imponen que, en el relevamiento de autores, concentraremos nuestra atención centralmente en aquellos más importantes de las perspectivas neoconstitucionalistas analizadas, privilegiando sus tesis más peculiares, aunque sin perjuicio de ello, si el tema en cuestión lo amerita, apelaremos circunstancialmente a otros representantes.

### *C.2. El rótulo “neoconstitucionalista”*

Es sabido que se le atribuye la invención del nombre de “neoconstitucionalista” a la profesora de la Universidad de Génova, Susanna Pozzolo<sup>2</sup>, y se puede constatar que ese rótulo alcanzó rápido éxito, especialmente en América Latina, España e Italia, impulsado por obras de amplia difusión, como las coordinadas por el catedrático mexicano Miguel Carbonell. Es cierto que en esas obras se incluyeron autores que no se pronunciaron como neoconstitucionalistas, por ejemplo, Robert Alexy, y académicos anglosajones como Ronald Dworkin, ajenos a esas discusiones generadas en conexión con la realidad jurídica europea continental configurada después de la Segunda Guerra. Sin embargo, y un tanto sorprendentemente, algunos de los autores incluidos pacíficamente entre los neoconstitucionalistas, empezaron a manifestar su incomodidad con aquel nombre. Buenos ejemplos de esta reacción pueden ser Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza, ambos prefiriendo la denominación de “constitucionalismos”, con los adjetivos de “garantista” y “pospositivista”, respectivamente, aunque separándose en las razones del rechazo.

Seguimos pensando que es apropiado aquel impugnado rótulo, especialmente frente a la alternativa de insistir con el genérico “constitucionalismos”,

---

<sup>2</sup> Cfr. Tecla Mazzaresse “Diritti fondamentali e neocostituzionalismo” en “Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali”, Torino, Giappichelli, 2002.

dado que todos los autores que se dedicaron a estudiar las Constituciones anteriores a la segunda mitad del siglo XX se los llamó “constitucionalistas”, y ellos en general tuvieron una visión de la misma centralmente política, en tanto les interesaba su parte orgánica, y no prestaron atención a la parte dogmática, atento a que su operatividad quedaba librada a las normas que dictaran discrecionalmente los legisladores. El nombre “neoconstitucionalismo” acentúa la particularidad inédita de interesarse por las Constituciones generadas después de la Segunda Guerra Mundial, focalizando su atención en la primera parte de la Constitución (Preámbulos incluidos); de ese modo, esa nueva mirada destaca que los derechos humanos incluidos en la misma son operativos, estando los diferentes poderes estatales con la responsabilidad de procurar su eficacia y/o no violación. Este reconocimiento de la Constitución como una fuente del derecho o como el “higher law”, suponía que todos los juristas podían y debían ir en todos los casos a preguntarse por la compatibilidad que existía entre aquella juridicidad y la respuesta jurídica explícita infraconstitucional ya dispuesta autoritativamente. En definitiva, los neoconstitucionalistas visualizan y le confieren a la Constitución una operatividad absolutamente original y novedosa para la doctrina constitucionalista generada a lo largo del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, y ello –sumado a lo que más tarde veremos con el tratamiento de escuelas– justifica encontrar un nuevo nombre para este “nuevo” modo de entender y operar a la Constitución. Reforzando esta originalidad, puede agregarse que estos nuevos constitucionalistas ocupan mayoritariamente cátedras de filosofía del derecho y, en buena medida, proponen un modo de “hacer” iusfilosofía con material constitucional; e incluso, aquellos autores que no son profesionalmente iusfilósofos, los reconocemos como neoconstitucionalistas a partir de ciertas obras que lo acreditan como tales, ese es el caso de Gustav Zagrebelsky y su libro “El derecho dúctil”. Por supuesto que dicha discusión se instala en un campo convencional del lenguaje, y en favor de la opción lingüista hecha –más allá de lo argumentado– pesa significativamente el uso extendido de “neoconstitucionalismo”, no solo en el ámbito académico, sino también en el jurisprudencial.

Precisando lo precedentemente indicado, creemos que es posible avanzar en la nota distintiva de los neoconstitucionalistas, señalando que son aquellos académicos que han elaborado una teoría destinada a “explicar”, “avalar” y “promover” al Estado de Derecho Constitucional y Democrático (EDCD) o simplemente Estado de Derecho Constitucional (EDC). Esa “promoción” puede ser porque se visualiza el modelo como valioso (neoconstitucional-



lismos: no positivistas –constructivistas o realistas– o positivistas-críticos) o porque se entiende que la “promoción” acentuará las posibilidades de un uso alternativo del derecho o las posibilidades de su aniquilamiento y superación (neoconstitucionalismo crítico o populista). Obsérvese que acudimos a los tres verbos (explicar, avalar y promover), porque hay autores que se han ocupado de explicar al Estado de Derecho Constitucional, pero están muy lejos de avalarlo y promoverlo, un buen ejemplo puede ser Guastini o Comanducci en las filas del iuspositivismo, o Massini y Jorge Portela entre los iusnaturalistas. En cuanto a la segunda nota característica, o sea la carga iusfilosófica que nutre los aportes “neoconstitucionalistas”, la llamamos contingente porque remite a nuestra tradición curricular académica continental (el derecho dividido en ramas según Códigos), y está presupuesto que se admite una distinción fuerte entre filosofía del derecho y ciencia del derecho, aquella abocada a precisar como mínimo el concepto, el valor y las características del conocimiento del derecho, y la ciencia abocada a describir, interpretar, sistematizar y valorar al derecho vigente.

Conforme al señalamiento anterior, para poder terminar de entender a los neoconstitucionalistas, hay que explicar mínimamente qué características tiene el Estado de Derecho Constitucional (EDC) y los cambios que supuso respecto al decimonónico Estado de Derecho Legal (EDL) que lo antecedió en el tiempo. Recordemos que el EDL nació con la Revolución francesa y el proceso de codificación, pero que ese paradigma o modelo de Estado, de Derecho y de jurista que le era funcional, entró en crisis a partir del Tribunal de Nuremberg, y Europa continental afronta a partir de ese momento la tarea de la construcción de un nuevo Estado de Derecho a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, al que hoy reconocemos como EDC. Éste supondrá cambiar la concepción de Estado y del Derecho y el modelo de jurista que requerían, el que había imperado pacíficamente durante ciento cincuenta años, e ir configurando en su reemplazo un peculiar aparato conceptual y sus respectivas instituciones. En un sintético repaso de las notas distintivas del EDC respecto al EDL podemos señalar: i) se rompe la sinonimia entre Derecho y Ley que fue una de las piezas claves del EDL, pues la ley puede estar en contra del derecho (asimilado a constitución o a moral racional) y, en tal supuesto, quienes pretendan ampararse en la misma corren el riesgo de tener que enfrentar responsabilidades jurídicas; ii) el Derecho experimenta una fuerte moralización o axiologización al incorporarse básicamente los derechos humanos o los derechos fundamentales; iii) la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador y se

convierte en una “fuente del derecho”, en el “higher law”, y ello genera una “constitucionalización” de todo el derecho; iv) se encomienda a los jueces el control de la ley (incluso, para algunos, hasta de la Constitución), en aras de que el derecho no contradiga los derechos humanos o los derechos fundamentales; v) la democracia se configura como “el” sistema político que corresponde adoptar, aunque se reflexione sobre la misma en orden a perfeccionarla o profundizarla; y vi) todos los neoconstitucionalistas toman distancia del positivismo kelseniano, aunque con fundamentos y vehemencia diferentes. Quizás, un modo sesgado de mostrar la relevancia de esos cambios es cuando miramos al delito de prevaricato en el que pueden incurrir los jueces, pues mientras que en el EDL –por ejemplo, en el Código Penal argentino– la conducta tipificada exigía apartarse de “el sentido de la ley”, en el EDC prevarica un juez –así se contempla en el Código Penal español– cuando dicta “una sentencia injusta a sabiendas”. De todas maneras, como comprobaremos más adelante, hay una marcada diferencia entre, por un lado, los neoconstitucionalistas (críticos o populistas) que rompen con la modernidad y toman distancia de la razón y del derecho que hemos conocido hasta ahora y aspiran fundamentalmente a “criticar” la realidad o a cambiarla de manera radical; y, por el otro, los restantes neoconstitucionalistas (las otras tres versiones) que alientan cambios o profundizaciones en el marco del derecho que conocemos, sin rupturas sustanciales y confiando en la razón como el instrumento idóneo para la tarea propuesta.

### *C.3. Las variantes neoconstitucionalistas*

Precisado el sello distintivo de los neoconstitucionalistas en el punto anterior, corresponde ahora avanzar con sus diferentes versiones<sup>3</sup>. En concreto pensamos que ellas pueden llegar a ser cuatro: i) los no-positivistas, constructivistas o kantianos, donde se agrupa el más numeroso grupo de autores, y también los más citados y estudiados en la actualidad, aquí están: Robert Alexy, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, etc; ii) los no-positivistas, realistas, iusnaturalistas o aristotélicos, en donde reconocemos a Andrés Ollero, Francesco Viola, Juan Cianciardo, etc; iii) los iuspositivistas críticos o hobbesianos, ésta perspectiva está dominada por Luigi Ferrajoli; y iv) los críticos o populistas, aquí pueden encontrarse diferentes autores que genéricamente y en aras de subrayar sus peculiari-

<sup>3</sup> Cfr. mi libro “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, EDUCA, Buenos Aires, 2015 y Porrúa, México, 2016.

dades, procedería identificarlos como posmodernos<sup>4</sup>, ejemplificando con los nombres de Duncan Kennedy, Francois Ost, César Rodríguez, Carlos Cárcova<sup>5</sup>, etc. Obsérvese el peso que finalmente adquiere la base filosófica que inspira a esas cuatro perspectivas, pues la clave diferenciadora estará medularmente en: Aristóteles, Kant, Hobbes o los posmodernos.

Conforme señalamos al comienzo, tenemos el propósito de identificar esas cuatro visiones neoconstitucionalistas, y a esos fines, hemos elaborado una lista de catorce cuestiones que permiten marcar las diferencias entre ellas, pero claro está, que en aras de ese objetivo a veces hemos hecho una lectura simplificada o interesada de las posiciones, escogiendo algún autor en particular que resultaba funcional a esos fines diferenciadores. Incluso también, en algún punto recurrimos directamente a proyectar sobre el mismo las consecuencias que en coherencia se derivaban de otras tesis centrales de la teoría. Esas advertencias sobre todo caben para los críticos o populistas atento a la variedad de puntos de vista que pueden agruparse dentro de esa corriente. En cuanto a los catorce puntos que siguen, es posible que se compruebe alguna innecesaria reiteración o superposición, aunque ello se compensa por aportar insistencias o matizaciones que normalmente resultan beneficiosas por razones pedagógicas. De todas maneras, querríamos insistir que no tenemos el propósito ni la conciencia de haber alterado las posiciones centrales de cada una de las cuatro perspectivas estudiadas.

### *C.3.1. Fuentes filosóficas*

Adviértase que una de las causas principales que explica esos diferenciados puntos de vista es su nutriente filosófica, aunque podemos detectar muchas adaptaciones de esta a la hora de formular la respectiva teoría jurídica, por ende, se trata de una clave inspiradora entremezclada con otras fuentes filosóficas. De esa manera, podemos reconocer que los no positivistas kantianos, abrevan con mayor o menor fidelidad en el filósofo de Königsberg, aunque lo enriquecen con aportes provenientes especialmente

<sup>4</sup> El carácter diversificado de los críticos queda confirmado por el mismo Kennedy: “Los Critical Legal Studies no son una teoría. Son, básicamente, la literatura producida por esa red de personas” (“Una conversación con Duncan Kennedy” en “La enseñanza del derecho- como forma de acción política”, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012, p. 87.

<sup>5</sup> Carlos Cárcova reconoce tres versiones críticas: una liderada en Francia por Michel Miaille; otra en Italia la corriente del “uso alternativo del derecho”; y la tercera sería los Critical Legal Studies (“Las teorías jurídicas post positivistas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 115 y ss).

de la dimensión pragmática del lenguaje, como es el caso paradigmático de Alexy apoyándose en Habermas. Recordemos algunos rasgos característicos del sistema kantiano: a) racionalismo: pues es la razón la que impone sus leyes a la realidad, construye sobre las funciones lógicas del juicio todas las categorías y principios que han de regir la ciencia y la metafísica; b) idealismo: el hombre tiene una incapacidad radical para conocer el ser tal cual es en sí mismo, el único conocimiento posible es partiendo del caos de sensaciones, someterlo a las formas a priori que aporta el sujeto, posibilitando la construcción de los fenómenos; c) subjetivismo: es el sujeto el que determina al objeto y le prescribe sus leyes; la verdad ya no es conformidad con la cosa en sí, sino conformidad con las leyes subjetivas que producen los fenómenos; d) fenomenismo: el conocimiento humano se reduce al campo de los fenómenos sensibles, y toda la filosofía kantiana es una crítica contra las pretensiones de la razón de elevarse por sobre los límites de la experiencia intentando el conocimiento noumenal de las cosas, y así queda anulada toda posibilidad de la metafísica clásica; e) formalismo moral: la moral no enseña qué debemos hacer sino cómo lo debemos hacer: por acatamiento al deber por el deber mismo, así el deber determina el bien; la moral es apriorística porque se funda en un principio independiente de toda experiencia; y es además autónoma, atento a que el deber no se impone desde fuera a la voluntad sino que proviene de la razón que constituye al hombre, y la voluntad se somete al deber indeterminado con respecto a todo objeto y se da a sí misma su ley, en esto consiste la libertad; y e) liberalismo: lo justo y el derecho quedan definitivamente identificados con la libertad, y el Estado, surgido de esa misma libertad individual, ejercerá su ilimitado poder coactivo para asegurar la coordinación de libertades.

El neoconstitucionalismo realista se apoya originariamente en Aristóteles que sí defendía la posibilidad de conocer las cosas, partiendo de la evidencia de la cosa sensible y visible. Esa gnoseología realista postula que nada hay en la razón que no haya pasado por los sentidos; pero ese conocimiento sensible habilita la instancia del conocimiento intelectual cuyo objeto es aprehender lo que la cosa es, obteniendo el concepto universal que expresa la esencia de esta. La razón humana está en condiciones de develar lo que las cosas son y el orden en que ellas se inscriben, posibilitando en el juicio la verdad en tanto se una o separe sujeto y predicado conforme a la realidad. El realismo metafísico clásico enseña que aquello que abstraemos por medio de nuestros conceptos o ideas está en el entendimiento en universal, pero está en un estado de individualidad en los objetos de la

realidad exterior, de ese modo la naturaleza humana está en Juan o Pedro, pero sólo en el entendimiento es propiamente universal, dado que fuera del mismo no existe sino en esos sujetos individuales e identificada con cada uno de ellos, y no en sí misma, separada de esos seres. La universalidad del concepto abstraído de lo individual posee la capacidad de poder aplicarse no sólo al individuo en el que ha sido hallada, sino en cualquier otro sujeto que posea los mismos rasgos esenciales que él expresa. En el campo de “las cosas humanas” –empleando la fórmula aristotélica–, lo decisivo resultaba ser el “bien” que tiene razón de fin para la conducta, el que se busca conocer en las inclinaciones propias de la naturaleza humana (Lachance o Kalinowski) o en la aprehensión de “bienes humanos básicos” directamente ligados a la experiencia humana (Germain Grisez, John Finnis, Robert P. George). La naturaleza humana es constitutivamente social, de ahí que su perfección remite a esa vida social y política que le provee bienes que aisladamente no podría alcanzar.

Respecto de Ferrajoli, y más allá de sus referencias circunstanciales a Kant, nos parece que la filosofía a la que apela con insistencia es a la de Tomas Hobbes. Recordemos que, para el pensador inglés, fiel al tradicional nominalismo oxoniense, la verdad no consiste en las cosas, sino en las palabras. La ciencia parte de la experiencia, pero queda al margen de ella, y se constituye sobre palabras que se van conectando por medio de inducción-deducción puramente mental. Las palabras se diferencian en “propias” que designan un solo individuo, y las “comunes” que agrupan a un conjunto de individuos. La ciencia es ordenar primero las palabras, luego éstas en juicios, y finalmente los juicios en silogismos, raciocinios y demostraciones. El ámbito de la filosofía primera es el de las definiciones de una serie de nociones que aplica la física, así, por ejemplo, tiempo, accidente, etc. El conocimiento se constituye desde las sensaciones, y éstas son reacciones mecánicas producidas por los movimientos de los cuerpos. La razón queda asimilada o subordinada a los sentidos, imponiendo nombres a las cosas y asociando o disociando impresiones sensibles. La libertad no escapa al mecanicismo del mundo físico. Los objetos provocan en el sujeto sentimientos de atracción o repulsión, los más fuertes prevalecerán y moverán la voluntad. No hay bien ni mal objetivo; lo útil, placentero y agradable según el criterio del sujeto, será lo bueno y lo opuesto lo malo. Hobbes niega el instinto de sociabilidad, y en el estado de naturaleza todos tienen derecho a todo, incluso sobre el cuerpo y la vida de los demás. El mismo egoísmo del hombre lo lleva a buscar la paz, y para ello decide

ascender al estado civil, suscribiendo con los demás un pacto por el que renuncian a sus derechos y libertades, transfiriéndolos íntegramente a un poder soberano único. Así surge el Estado absoluto, el “Dios mortal” o Leviatán, que concluirá con el reino de las pasiones, la guerra y la libertad natural, e impondrá el orden, la seguridad y la razón; pues él será el encargado de determinar lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo, los dogmas y las creencias. En definitiva, muchas de las notas centrales del pensamiento de Hobbes (mecanicismo, matematicismo, materialismo, sensismo, egoísmo, contractualismo, utilitarismo y voluntarismo) se proyectan en la teoría de Ferrajoli, quien con resonancias hobbesianas auspicia a la voluntad como la matriz donde se define el Estado, el derecho y la moral, lo que se ejemplifica en la tesis que la voluntad performativa de la madre convierte en persona al concebido.

Vayamos por fin al neoconstitucionalismo crítico o populista, y comencemos precisando respecto de ésta última adjetivación, que no está empleada con un sentido peyorativo, sino que con ella remitimos a la teoría social y política que asume explícitamente ese rótulo en autores como por ejemplo Ernesto Laclau. En cuanto a las diferentes bases filosóficas de las perspectivas críticas al menos debemos incluir a los tres teóricos de la “sospecha”: Marx, Nietzsche y Freud, y sus respectivas reformulaciones posteriores (entre otros: Gramsci, Althusser, Derrida, Lacan y Foucault). Quizás lo decisivo y destacable es que aquella teoría se reconoce como un pensamiento de izquierda<sup>6</sup>, reconociendo su carácter posmoderno<sup>7</sup> en cuanto se renuncia al proyecto y promesas de la ilustración, dado que la razón ha implicado engaño, desilusión o desencanto al servicio del poder y la dominación. Esa razón ilustrada ha pretendido construir metafísica negando que todo se reduce a fenómenos; ha distinguido el error de la verdad cuando entre ellos no hay contradicción y sólo apariencias e interpretaciones; ha inventado el concepto de individuo y sujeto; ha pretendido saberes universales ignorando un eterno devenir; ha proclamado una moral

<sup>6</sup> Duncan Kennedy se ha identificado con un proyecto que es a la vez de izquierda y modernista/ posmodernista, de modo que suma cambiar el sistema de jerarquía social y alcanzar experiencias estéticas/emocionales/intelectuales trascendentes (Cfr. “Left Legalism/Left Critique”, Duke University Press, 2002).

<sup>7</sup> Boaventura de Sousa Santos, precisa que opta por un “posmodernismo de oposición” y no por un “posmodernismo celebratorio” (“Sociología jurídica crítica”, Trotta, Madrid, 2009). Acerca de la posmodernidad puede consultarse Jesús Ballesteros “Postmodernidad: decadencia o resistencia”, Tecnos, Madrid, 1989 y “El debate modernidad posmodernidad”, compilación Nicolás Casullo, Punto Sur, Buenos Aires, 1989.

al servicio de los señores alimentada desde la moral de los esclavos; ha intentado ocultar y domesticar la voluntad de poder y dominio; y ha reducido la política a espectáculos y representaciones. Yendo específicamente al representante más conocido de los Critical Legal Studies (CLS), el profesor de Harvard Duncan Kennedy se asume “left modernism/postmodernism” y ha confesado la influencia que recibió de “Freud y Nietzsche”<sup>8</sup>. En definitiva, aquel hombre que inventó la epistemología cartesiana es sentenciado a muerte por Foucault, luego de la muerte de Dios proclamada por Nietzsche; pues como anticipó Althusser: la historia es un proceso sin sujeto ni fines. Pietro Barcellona –desde el uso alternativo del derecho– afirma que la idea moderna de subjetividad conduce necesariamente a la negación del individuo: “La sociedad que se instituye a partir de la modernidad es una sociedad paradójica; es una sociedad de individuos aislados que sólo se relacionan a partir de la relación jurídica y que se convierten en ‘sujetos’ porque el derecho los instituye”, pero ese sujeto es “un producto del mismo derecho, no tiene ninguna consistencia autónoma... equivale a decir yo no soy nada”<sup>9</sup>. En el trasfondo de esta cuarta versión neoconstitucionalista está la ruptura con Aristóteles, Kant y también con Hobbes, y si bien las perspectivas que agrupa son muy variadas y diferentes, ellas en general y su mayor originalidad consiste en rechazar junto a la modernidad, la razón o la verdad, algún orden descubierto o construido por la razón que posibilitará una convivencia buena o beneficiosa para el hombre que el derecho debe proteger e imponer. La tarea crítica o destructiva se justifica en sí misma y poco importa lo que sobrevendrá a posteriori, pues corresponde cambiar –siguiendo a Nietzsche– la pretensión ilusoria de Verdad por lo que se tenga por verdadero; quizás slogans como “la imaginación al poder” o “prohibido prohibir”, reflejan aquellas convicciones profundas posmodernas.

### *C.3.2. ¿Positivismo o No-Positivismo?*

Alexy precisa que después de dos mil años sigue habiendo dos posiciones centrales acerca del concepto del derecho: la positivista (positivistische Theorien) y la no-positivista (nicht-positivistische Theorien), y la clave distintiva se conecta con la relación entre derecho y moral; mientras

<sup>8</sup> Cfr. “A Conversation with Duncan Kennedy” en *The Advocate*. The Suffolk University Law School Journal, vol. 24, n.2, 1994.

<sup>9</sup> Pietro Barcellona “El individualismo propietario”, Trotta, Madrid, 1996, p. 150.

que aquella niega una conexión necesaria y esencial entre esos dos mundos, la no-positivista la afirma, por eso ésta última niega que haya derecho cuando su contenido es extremadamente injusto, inmoral o irracional. Dicho lo mismo de otro modo: para los positivistas no hay otro derecho que el puesto y reconocido como tal cualquiera sea su contenido, y para los no-positivistas hay alguna juridicidad que se torna necesaria o incompatible con el derecho que pretende reconocerse como tal. Por supuesto, que los neoconstitucionalistas kantianos o constructivistas y también los iusnaturalistas o aristotélicos asumen una posición no-positivista, al margen de sus diferencias en torno a: fundamentos, el modo de conocer y la amplitud de las exigencias indisponibles para el que crea derecho. Pero veamos con más detalles esas dos teorías neoconstitucionalistas no-positivistas.

Empecemos con Alexy, para quien la conexión entre derecho y moral racional implica centralmente la tesis radbruchiana de “la injusticia extrema no es derecho” y, consecuentemente tampoco lo son los órdenes sociales “absurdos” (en los que está permitido cualquier acto de violencia y en los que no existen fines coherentes, sino contradictorios, cambiantes e incumplibles) y los “depredatorios” (las bandas de los dominadores armados, si bien establecen algunas normas, ellas no fundan ningún derecho de los dominados). La conclusión no positivista alexyana es que “una práctica social que no pretendiese nada más que el poder o la fuerza no sería un sistema jurídico”<sup>10</sup>, o también con resonancias radbruchianas: “El derecho es una realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos”<sup>11</sup>. Insistamos: el no-positivismo recusa la tesis típicamente positivista que cualquier contenido puede ser derecho, de manera que hay algún contenido necesario o incompatible con el derecho.

Yendo ahora al neoconstitucionalismo aristotélico o realista, destaquemos que la mencionada tesis de un límite moral racional en el derecho tiene claras resonancias en el realismo jurídico clásico, pues fácilmente se asocia a la tesis tomista que “la ley injusta no es ley sino corruptio legis”. Desde esa escuela explica Casaubón<sup>12</sup> que el jurista tiene que estar advertido de los diferentes modos de la injusticia en las que puede incurrir el dere-

<sup>10</sup> Robert Alexy “Derecho y moral” en “La institucionalización de la justicia”, Granada, Comares, 2005, p. 22.

<sup>11</sup> Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 40.

<sup>12</sup> Cfr. Juan A. Casaubón “Estudio crítico sobre la lógica del ser y la lógica del deber ser en la escuela egológica”, en *Ethos, Revista de Filosofía Práctica*, n 2-3, Buenos Aires, p. 46.



cho (plenamente justo, más o menos justo o injusto, o claramente injusto) y, en consecuencia, cuando la detecta de una manera grave y visible en una norma, no debe reconocerla simplemente como derecho. Recordemos con Aristóteles que los opuestos pertenecen al mismo saber, de modo que quien estudia la justicia también estudia la injusticia, por eso el jurista tiene que ocuparse de lo injusto o el médico de la enfermedad. Centralmente aquí se suscribe también aquello que no cualquier contenido puede ser derecho, en tanto hay alguno que necesariamente debe receptorlo y otro incompatible con el mismo.

Ferrajoli desde su “positivismo crítico o “constitucionalismo positivista”, afirma de mil maneras contra Sir Edward Coke y respaldándose en Hobbes: “Auctoritas, nom veritas, facit legem”, por ende, no realiza ninguna concesión a los que él rotula neoconstitucionalistas, con los que busca distinguirse tajantemente, llamándolos iusnaturalistas, cuasi iusnaturalistas o de matriz anglosajona. El derecho para el profesor italiano solo tiene derecho, incluso los derechos humanos que se generaron y contienen pre-jurídicamente moral, cuando se convierten en derechos fundamentales pasan a ser solo derecho, resultando irrelevante de dónde vienen. Consecuentemente, y en relación a Alexy, rechaza explícitamente la posibilidad de desconocer como derecho a aquél que contiene una extrema injusticia: “En resumen, la tesis de que todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente alguna ‘pretensión de corrección’ y algún ‘mínimo ético’, de modo tal que Derecho y moral estarían conectados, y la justicia, al menos en una medida mínima, sería un rasgo necesario del Derecho y una condición de validez de las normas jurídicas, no es más que la vieja tesis iusnaturalista”<sup>13</sup>. Incluso Ferrajoli llega a rechazar la idea clásica que el derecho y el Estado son realidades naturales y necesarias expresada en la fórmula “ubi societas, ubi jus” y apoyándose en Hobbes afirma: “La idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia”<sup>14</sup>.

El neoconstitucionalismo crítico si pretende ser coherente con su planteo posmoderno, no puede entrar al juego del positivismo o no-positivismo, y su “teoría del derecho tiene que ser otra cosa”<sup>15</sup>, así explícitamente lo

<sup>13</sup> Luigi Ferrajoli “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, Alicante, Doxa 34, (2011), p. 31.

<sup>14</sup> Luigi Ferrajoli “Democracia y garantismo”, Trotta, Madrid, 2008, p. 29.

<sup>15</sup> Diego López en Presentación de “Libertad y restricción en la decisión judicial”, Duncan Kennedy, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.

admite Kennedy: “En lugar de edificar una nueva teoría (que reemplace a la deconstruida), busca inducir...las emociones modernistas asociadas con la muerte de la razón-éxtasis, ironía, depresión...”<sup>16</sup>. Los estudios críticos pretenden demoler o tirar a la basura (trashing) al derecho tradicional<sup>17</sup>, y rechazan propuestas reconciliadoras entre el derecho y la razón, exigiendo desde una perspectiva de izquierda “tomar en serio la ideología”, apartándose de toda aspiración conceptualizadora en tanto “fossilizante”, llegando a postular la “muerte de la razón” al dar a luz al liberalismo. La impronta irracionalista de Kennedy es clara: “Nosotros, los sureños, estábamos en lo correcto desde el inicio, y de muchas maneras, como pequeños posmodernos. Tendíamos a ser extremadamente escépticos sobre las pretensiones de llegar a la universalidad y la verdad y dudábamos del poder racionalista que los norteños atribuían a sus teorías, tanto descriptivas como normativas. Tendíamos a pensar que tanto en el entendimiento de la realidad como en la decisión sobre qué hacer, había extensas áreas de indeterminación, confusión y vaguedad. Categorías como la intuición, el decisionismo, la intersubjetividad, la estética (que los norteños podrían habernos atribuido) e incluso el golpeteo de mesas de los espiritistas, eran absolutamente esenciales tanto para decidir qué estaba ocurriendo como qué hacer”<sup>18</sup>. Interpretando a los “CLSers” o “Crits”, Owen Fiss no duda en atribuirles “negar la pretensión característica de que el derecho es una forma de racionalidad...Es simplemente política vestida de otros ropajes”<sup>19</sup>. Incluso las teorías críticas –concluye Molina Ochoa<sup>20</sup>– se han abocado más al diagnóstico que al tratamiento de los males del derecho contemporáneo.

Ya hemos señalado que los estudios críticos resultan pronunciadamente variados, y en particular en torno al derecho existe una lectura que le reconoce una “autonomía relativa”<sup>21</sup>, de manera que no lo ve como la visión

<sup>16</sup> Duncan Kennedy “A Critique of Adjudication”, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 342.

<sup>17</sup> Mark Kelman “Trashing”, Stanford Law Review, 36, 1984.

<sup>18</sup> Hackney, James R., “Legal Intellectuals in Conversation – Reflections on the Construction of Contemporary American Legal Theory”, New York University Press, Nueva York, EE.UU., año 2012, p. 31.

<sup>19</sup> Fiss, Owen, “El derecho como razón pública”, citado por Massini Correas, Carlos I. en “Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica”, Prudentia Iuris Nro. 71, p. 101. Algo similar afirma Mark Tushnet “Critical Legal Studies: A Political History”, The Yale Law Journal, vol. 100, n. 5, 1991, p. 1515.

<sup>20</sup> Andrés Molina Ochoa “Estudios Críticos del Derecho”, Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, p. 435.

<sup>21</sup> Mark Kelman “A Guide to Critical Legal Studies”, Cambridge, Mass. Harvard University Press,

marxista ortodoxa que lo asimilaba a un simple producto determinado o al reflejo de la infraestructura socioeconómica<sup>22</sup>, lo que conlleva a reconocerle cierta relevancia social en tanto “ideología legitimadora”. El derecho no es sólo un instrumento de la lucha de clases, sino también un terreno para la lucha de clases, y el mismo genera un complejo de prácticas discursivas que estructuran las percepciones de la sociedad y que actúan para reproducir o intentar cambiar dicha realidad social. De ese modo, el derecho asume un “aspecto paradójal” y en “situaciones de crisis, en las que los niveles de conflicto se acentúan, ese discurso meramente ideológico, se transforma en una formidable herramienta de lucha, de denuncia, de resistencia a la opresión”<sup>23</sup>, y concluye Cárcova: “El hilo de la opacidad, pues, ha procurado enhebrar asuntos aparentemente tan heterogéneos...una parte del derecho no es fatalidad. Es manipulación, ocultamiento, monopolización deliberada del saber, es estrategia de reproducción del poder. Y que tal estado de cosas es susceptible de ser democráticamente modificado”<sup>24</sup>.

### *C.3.3. ¿Los principios jurídicos?*

Frente a las visiones de Kelsen o Hart que reducía el derecho a normas o reglas, sabido es que en la década del 60 aparecerá Dworkin<sup>25</sup> afirmando que en el derecho hay principios, los que, a diferencia de las normas, no son susceptibles del test de origen o pedigrí porque ellos están en el derecho, aunque nadie los haya puesto, más aún, como lo advierte Nino, resulta irrelevante que los principios dworkinianos sean consagrados autoritativamente por normas<sup>26</sup>. Luego, claramente en la década del 80 será Alexy con su “Teoría de los derechos fundamentales”, el que reclamará los principios (Prinzipien) en el derecho, para que por medio de ellos se puedan resolver las indeterminaciones de las normas o –mejor dicho– reglas (Regeln), las antinomias, los silencios normativos y superar la disvaliosidad grave contenida en las normas. En la teoría alexyana las normas son “mandatos de-

---

1987, p. 248.

<sup>22</sup> Cfr. Juan A. Pérez Lledó “El movimiento Critical Legal Studies”, Tecnos, Madrid, 1996, p. 386 y ss.

<sup>23</sup> Carlos M. Cárcova “Acerca de las funciones del derecho” en “Materiales para una teoría crítica del derecho”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 218.

<sup>24</sup> Carlos Cárcova “La opacidad del derecho”, Trotta, Madrid, 1998, p. 183.

<sup>25</sup> Cfr. mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finnis)”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.

<sup>26</sup> Cfr. Carlos Santiago Nino “La validez del derecho”, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 153.

finitivos”, en tanto definen la conducta que se manda, y solo cumpliéndola el destinatario satisface a la misma; pero los principios son “mandatos de optimización” en tanto mandan la mejor conducta posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas, que el jurista irá determinando en cada caso.

Claramente los iusnaturalistas nunca auspiciaron visiones estrictamente normativistas<sup>27</sup>, pues los principios –en clave metafísica– indican el origen del derecho, que a su vez tienen razón de fin; dicho más simplemente, en el origen del derecho están las estructuras e inclinaciones constitutivas de lo humano, y el derecho tiene el sentido genético y justificador de servir prudencialmente a la planificación de los seres humanos en tanto miembros de una comunidad. Más aún, el proceso de “determinación” y “conclusión” conforme al cual la autoridad crea el derecho positivo, remite a los primeros y segundos principios en los que está contenido el derecho natural. Suponer que los casos jurídicos son siempre subsumibles en los genéricos contenidos en las normas, contradice las características más elementales de la razón práctica, especialmente en el nivel prudencial. Un ejemplo clásico de esos principios que abren la alternativa dentro del derecho de apartarse de la norma es la equidad, que habilita al jurista a concretar para el caso una solución que rectifica la genérica solución de la norma.

A los neoconstitucionalistas no positivistas con los que Ferrajoli nada quiere saber, los llama también “principalistas” porque él pretende un derecho solo con reglas, e incluso cree que en general el problema de los principios tiene que ver con un problema del lenguaje, en cuanto es posible y conveniente redactarlos al modo de las reglas y, de ese modo, superar las indeterminaciones habituales que aquellos generan, lo que a su vez potencia la peligrosa y deslegitimadora discrecionalidad judicial. A los fines de asegurar lo más posible la legitimidad de la jurisdicción, que se apoya en el carácter cognoscitivo de la subsunción y aplicación de la ley, confía Ferrajoli “en el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible”<sup>28</sup>. Frente a la insistencia principalista Ferrajoli afirma: “Que la mayor parte de los principios se comportan como reglas. Ciertamente, existen principios que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil de identificar, pero se trata de normas relativamente marginales”<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. mi libro “Los principios jurídicos”, Depalma, Buenos Aires, 2000.

<sup>28</sup> Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, Trotta, Madrid, 1995, p. 51.

<sup>29</sup> Luigi Ferrajoli “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa* 34, p. 37.

Acierta Atienza en identificar a la CLS con tres tesis sobre el derecho: su carácter contradictorio, indeterminado e ideológico<sup>30</sup>. Ellas conllevan que el jurista asume un rol político operando en la lucha por el poder que es constitutivo de toda sociedad, y en esa tarea la indeterminación en las respuestas jurídicas puede jugar un papel importante. Las teorías críticas respaldan que al derecho se le puede hacer decir lo que el jurista quiere, es que “al aplicar argumentos no deductivos lo que el juez pondera es, en última instancia, posturas ideológicas opuestas, frente a las cuales toma partido al inclinar la balanza en favor de una u otra... los argumentos no deductivos, utilizados a diario en la práctica del derecho, son para Kennedy el “caballo de Troya” mediante el cual la ideología se introduce en la médula del discurso jurídico”<sup>31</sup>. Kennedy se manifiesta particularmente crítico de Dworkin, llegando a sostener que nunca hay una respuesta jurídica correcta<sup>32</sup>, y el jurista acude a los argumentos de conveniencia o directrices políticas que son “traducción de la ideología” e instrumentos de la ideología, de ese modo “los textos legales están allí, esperando el trabajo ideológicamente orientado del juez”<sup>33</sup>. Un derecho cargado de principios facilita el uso ideológico y político del derecho, posibilitando un “uso alternativo” del mismo, de modo que permita alterar la relación de fuerza que lo generó.

#### *C.3.4. ¿Razón práctica?*

A esta pregunta decisiva, la responden positivamente tanto los neoconstitucionalistas kantianos como los aristotélicos, aunque con diferencias explicativas significativas que fueron indicadas sucintamente en 3.1. Viene de Aristóteles la distinción precisa que la razón funciona teórica o especulativamente, cuando se limita a conocer o decir lo que son las cosas con una mirada típica de espectador; pero también la razón opera como práctica en tanto funciona dirigiendo o valorando las conductas humanas en orden a distinguir cuáles son las buenas o las justas y las opuestas. De

<sup>30</sup> Manuel Atienza en el Prólogo a “El movimiento Critical Legal Studies” de Juan A. Pérez Lledó, ob. cit. p. 15.

<sup>31</sup> Cesar Rodríguez en Estudio Preliminar a Duncan Kennedy “Libertad y restricción judicial en la decisión judicial” ob. cit. p. 76.

<sup>32</sup> Ver Duncan Kennedy, “A Critique of Adjudication, Fin de Siécle”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, año 1997, p. 129.

<sup>33</sup> Duncan Kennedy “A Critique of Adjudication, Fin de Siécle”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, año 1997, p. 177.

ese modo, es posible formularle a la razón práctica preguntas morales o valorativas, dado que ella puede responder conociendo las respuestas que resultan objetiva y positivamente valiosas. Mientras que los iusnaturalistas apelan a la naturaleza humana o estructuras constitutivas de la misma a los fines de indicar que es lo bueno o justo; en los kantianos hay presupuestos contrafácticos o contruidos que permiten saber y reconocer a lo valioso y a lo disvalioso. Por sobre esas diferencias, la coincidencia está en confiar en que la razón está en condiciones de conocer –en mayor o menor medida– lo que resulta objetivamente bueno o justo, más allá que los seres humanos se equivoquen a la hora de formular los juicios en esos terrenos, porque además de una moral subjetiva y social existe una moral racional o crítica desde la cual se puede juzgar a ambas. Es cierto que en Alexy hubo una insistencia en la racionalidad práctica procedimental reguladora del diálogo, pero luego avanzó en posiciones que no se limitaban a lo correcto, sino que afirmaban lo verdadero<sup>34</sup>. Por el lado iusnaturalista pensamos que ha predominado la atención preferente en la racionalidad práctica sustancial, aunque ha habido autores de esa corriente que no han descuidado las exigencias que la razón reclama al derecho en su dimensión formal o procedimental, un buen ejemplo de ellos puede ser Fuller, Finnis o Kalinowski.

En el caso de Ferrajoli hay un pronunciado rechazo de cualquier presencia de una razón práctica moral, más aún, en este punto se muestra como un escéptico ético radical al modo que lo fue Kelsen. Y si bien el maestro italiano reivindica como justificación de los derechos fundamentales a cuatro valores (igualdad, paz, democracia y tutela del más débil), aclara –siguiendo a Bobbio<sup>35</sup>– que los valores se asumen, pero no se justifican racionalmente. La prevención ferrajoliana contra la razón moral llega a tal extremo, que acusa a los que confían en ella, en estar condenados a ser intolerantes o totalitarios; específicamente afirma Ferrajoli: “El cognitivismo ético supone el objetivismo moral y lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral”<sup>36</sup>. A lo sumo entre los derechos fundamentales y los

<sup>34</sup> Robert Alexy “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años”, traducción de Carlos Bernal Pulido en “La doble dimensión del derecho”, Lima, Palestra, 2011.

<sup>35</sup> Cfr. Norberto Bobbio “Sul fondamento dei diritti dell’uomo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1965, (XLII), p. 302 y 304.

<sup>36</sup> L. Ferrajoli - J. Ruiz Manero “Dos modelos de constitucionalismo-una conversación”, Trotta, Madrid, 2012, p.66.

cuatro valores, la única racionalidad que puede llegar a admitir Ferrajoli es la instrumental<sup>37</sup>, técnica, pragmática o utilitaria, en tanto que, escogidos irracionalmente los valores, corresponde actuar a los fines que los mismos triunfen o prevalezcan; de todas maneras, advirtamos que la mirada del jurista positivista-crítico opera en el marco del sistema jurídico, que ha marcado y delimitado la constitución.

Habiendo identificado a Kennedy con una posición irracionalista, resultará coherente con la misma, su rechazo a una razón capaz de dirigir y valorar las conductas humanas, porque los juicios de valor son una cuestión de preferencia, subjetividad o arbitrariedad<sup>38</sup>. Con cierta ironía afirma el profesor norteamericano: “No veo que las formulaciones abstractas sobre las buenas cosas de la vida, sean mucho más útiles para mí que las especulaciones sobre la re-encarnación, prefiero correrme a un costado y recurrir al humor cuando se trata de formular una teoría de la naturaleza humana que se pretenda que pueda orientar la conducta de los hombres”<sup>39</sup>, y en relación a las posiciones políticas norteamericanas típicas, o sea liberales y conservadores, las acusa de “abrazar los códigos morales judeo-cristianos”<sup>40</sup>. En definitiva, “el derecho echa mano del par represión/ideología. No es solo violencia monopolizada, es también un discurso normalizador y disciplinario en el sentido foucaultiano”<sup>41</sup>, aunque atento a la función paradójica que asume el derecho, no se descarta que el jurista-político termine explotando las posibilidades que ofrece en orden a una función reformadora o revolucionaria. Acudiendo a Gramsci, quizás haya que conectar esa “razón” con el concepto de “hegemonía” que los grupos dominantes ejercen respecto de toda la sociedad, presentando como universales los que son sus propios intereses particulares, pero logrando un consenso que respalda la dominación<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> Luigi Ferrajoli “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 317.

<sup>38</sup> Cfr. Duncan Kennedy “Left Legalism/Legal Critique”, ob. cit.

<sup>39</sup> Duncan Kennedy - Peter Gabel, “Roll Over Beethoven”, *Stanford Law Review*, Vol. 36:1, año 1984, p. 3.

<sup>40</sup> Duncan Kennedy, “A Critique...”, p. 47.

<sup>41</sup> Carlos Cárcova “Acerca de las funciones del Derecho”, en ob. cit., p. 214.

<sup>42</sup> Cfr. Carlos Cárcova “La opacidad del derecho”, ob. cit. p. 152 y 153.

### C.3.5. ¿Argumentación?

La “Teoría de la argumentación jurídica” de Alexy de 1978 consolida los esfuerzos iniciados unas décadas anteriores por Perelman, Toulmin y Viehweg. Por esa vía, se potencia el camino destinado a dejar atrás la decimonónica idea que los juristas cuando deciden un caso lo hacen por medio de la interpretación, o sea, desentrañando un sentido contenido en la norma legal a través de ciertos métodos, al que luego silogísticamente proyectan sobre dicho caso, siendo éste una instancia individual del genérico contenido como supuesto fáctico en la ley. También se supera al voluntarismo interpretativo propuesto por Kelsen, y se reconoce que el jurista debe primero identificar las respuestas jurídicas válidas disponibles en el derecho vigente, para luego escoger racionalmente la mejor o la más justa y brindar las razones o argumentos que la sustentan o fundan. El trabajo del jurista es justificación racional de su respuesta, controlada internamente por la lógica (justificación interna), pero también motivando cada una de las premisas o enunciados contenidos en su razonamiento, por medio de argumentos coherentes, consistentes y suficientes (justificación externa). La tesis alexyana al respecto es que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral o diálogo racional (Sonderfallthese), aunque limitado por el derecho, la ciencia y la jurisprudencia. Los seguidores de Kant tienen vedado recurrir a la prudencia, dado la redefinición que promueve el filósofo de Königsberg de la misma asociándola al interés individual o egoísmo.

Ya Aristóteles planteó que junto a los razonamientos necesarios o apodícticos estaban los razonamientos dialécticos o retóricos, los que, a diferencia de aquellos, partían de premisas verosímiles o plausibles. Precisamente los casos jurídicos normalmente recurren a éstos últimos tipos de razonamientos, por ende, se requiere el trabajo argumentativo, o sea argüir razones que respalden la propuesta de solución, dado que en ese terreno no es posible demostraciones, ni tampoco se está frente a algo evidente. En el esquema del iusnaturalismo ese trabajo del jurista se instalaba en el campo del saber prudencial<sup>43</sup>, que operaba como una especie de puente entre lo general y lo absolutamente concreto o circunstanciado<sup>44</sup>, así lo señala Ramírez: “Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente

<sup>43</sup> Cfr. mi libro “Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

<sup>44</sup> Santiago Ramírez “La prudencia”, Madrid, Palabra, 1978, p. 134. En torno de la prudencia las obras de Domingo P. Basso son muy recomendables y una síntesis puede verse en “La prudencia eje de la moral” en “Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral”, EDUCA, Buenos Aires, 2004.



posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular”. En ese razonamiento prudencial jurídico no sólo debe estar la lógica, sino también la retórica<sup>45</sup>, ello atento a los consejos aristotélicos que acudan a la misma los que promueven la verdad y la justicia.

Ferrajoli, coherentemente, nada quiere saber con los “argumentativistas” porque ellos necesariamente confían en alguna razón práctica moral o valorativa, mientras que su planteo es radicalmente escéptico en ese terreno. La propuesta ferrajoliana se mantiene en adjudicar a la voluntad de la autoridad la creación volitiva del derecho, y luego en la aplicación para el caso lo fisiológico es el “saber”, siendo lo patológico el “poder”. Para el profesor italiano el poder judicial o el de los jueces, abarca: i) el poder de denotación o de interpretación o verificación jurídica; ii) el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; iii) el poder de connotación o de comprensión equitativa; y iv) el poder de disposición o de valoración ético-político; de ese modo la suma de los tres primeros poderes Ferrajoli los llama poder de cognición y constituye un espacio de poder fisiológico, pero el poder de disposición “es el producto patológico de desviaciones y disfunciones políticas injustificadas de los tres primeros tipos de poder”<sup>46</sup>.

El neoconstitucionalismo crítico asumiendo la indeterminación del derecho y las posibilidades que tiene el jurista de hacerle decir al mismo lo que le interesa que diga, el tema de la argumentación es remitido a esa racionalidad no jurídica sino simplemente estratégica o pragmática, que el juez pone en movimiento a los fines de llegar a la sentencia que quiere llegar, pero que no coincide con la que le exige la ley. Advierte Kennedy que “De lo que se trata con la argumentación jurídica es de ser capaz de cerrar grandes brechas de obvedad con la menor perturbación posible de los elementos que conforman el campo. Estoy hablando de la habilidad para combinar distintas jugadas interpretativas: reformular hechos, decisiones judiciales, normas, argumentos de conveniencia pública y estereotipos de manera que se logren múltiples metas al menor costo posible... La vida es una ruleta en esto de la argumentación jurídica como en todas las demás cosas de la vida”<sup>47</sup>. Ricardo Entelman en perspectiva crítica no duda en afirmar: “El discurso jurídico se hace cargo de ser el discurso del poder, pero no porque tiene que vérselas con las normas que atribuyen los Poderes o con las menciones normativas de

<sup>45</sup> Cfr. mi libro “Interpretación (argumentación) jurídica...”, ob. cit.

<sup>46</sup> Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit. p. 40.

<sup>47</sup> Duncan Kennedy “Libertad y restricción en la decisión judicial”, ob. cit. p. 177.

los hombres transformados en sujeto de derecho, sino porque es el discurso cuyo propio proceso de producción consiste en la expresión de los lugares de la trama del poder constituido en las prácticas sociales... Hay una cuestión básica que caracteriza al discurso jurídico como discurso del poder y es el proceso de distribución de la palabra”<sup>48</sup>. En la tarea política asumida por el jurista cabe destacar el valor de la retórica cuyo objeto no es la verdad sino lograr simplemente la persuasión del auditorio, y esta absorción de la argumentación por la retórica podemos advertirla en Boaventura Santos<sup>49</sup>. En esa sintonía Richard Rorty llega a identificar la lógica con la retórica<sup>50</sup>, pues lo que importa es persuadir y no la verdad, o ésta se constituye con la misma persuasión.

### C.3.6. *¿Derechos humanos?*

Alexy ha defendido los derechos humanos exigiendo una “metafísica constructiva, racional y universal” que los justifique, y así ellos se definen por cinco notas: 1) universales, 2) fundamentales, 3) abstractos, 4) morales, y 5) prioritarios. Destaca el profesor alemán su relevancia jurídica: “Una Constitución solo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados”, concluyendo que ellos “no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado”<sup>51</sup>. Una Constitución incorpora –amplía el profesor de Kiel– el “derecho racional de la modernidad” o “los principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del Estado” cuando consagra: la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia, el Estado de Derecho y el Estado Social”. Recordemos que la fórmula radbruchiana de “la injusticia extrema no es derecho” remite a esa juridicidad indisponible de los derechos humanos para la autoridad que tiene competencia de definir el derecho que regirá en la sociedad. Confiar en el diálogo racional como matriz de la corrección del derecho, implica suscribir los derechos humanos como presupuestos éticos de ese mismo ámbito contra fáctico dialógico.

<sup>48</sup> Ricardo Entelman “Discurso normativo y organización del poder”, p. 300.

<sup>49</sup> Cfr. Boaventura de Sousa Santos “Sociología jurídica crítica”, Trotta/Ilsa, Madrid/Bogotá, 2009.

<sup>50</sup> Richard Rorty “Filosofía y futuro”, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 162.

<sup>51</sup> Robert Alexy “¿Derechos humanos sin metafísica?” en Anuario de la Asociación Argentina de la Filosofía del Derecho, “Ideas y Derecho”, Buenos Aires, 2008, p. 20.

El iusnaturalismo asumiendo en coherencia su tesis de fundar al derecho en la naturaleza o estructuras básicas e intrínsecas de lo humano, no puede dejar de asimilar la indisponibilidad de los derechos humanos en tanto ellos protegen “bienes humanos básicos” (Finnis)<sup>52</sup>. Por eso, algunos iusnaturalistas han concluido que el nuevo nombre del derecho natural son los derechos humanos, y Javier Hervada ha explicado que los Tratados de Derechos Humanos están redactados en un lenguaje típicamente iusnaturalista al calificarlos de reconocidos (no creados), universales e inalienables. De ese modo la negación de los derechos humanos por parte del derecho vigente compromete su validez y obligatoriedad, en tanto que su violación grave provocará la pérdida de justificación racional. Andrés Ollero, acudiendo a una metafísica no construida sino realista, escribe: “Los derechos humanos son tan ‘jurídicos’ como cualquier otro sector del ordenamiento, porque apuntan –como todo él– al logro de una convivencia humanamente ajustada, cuyos mínimos contribuyen a delimitar; si parecen más ‘morales’ que otros elementos jurídicos es por su más inmediata vinculación al modelo antropológico que permite considerar ‘humano’ a un determinado esquema práctico de convivencia”, y “Los derechos humanos reposan sobre un fundamento rotundamente objetivo. El derecho sólo puede legitimarse en la medida en que defienda el contenido esencial de lo ‘humano’, plasmado en el imperativo kantiano de que el hombre no debe ser nunca instrumentalizado como simple medio al servicio de otros objetivos. Esta sería la exigencia básica de una realidad objetiva: la dignidad del hombre, que lo diferencia y eleva sobre su entorno...”<sup>53</sup>.

Es obvio que Ferrajoli no acepta esos planteos no positivistas sobre los derechos humanos y se limita a hablar de los derechos fundamentales o positivizados en la Constitución. Más precisamente, recordemos que el catedrático italiano nos propone una definición de los derechos fundamentales “puramente formal o estructural”, asimilándolos con “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier

<sup>52</sup> Cfr. Jesús García López “Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino”, EUNSA, Pamplona, 1979.

<sup>53</sup> Andrés Ollero “Derechos humanos y metodología jurídica”, Centro de Estudios. Constitucionales, Madrid, 1989, p. 124 y 150. Para un panorama amplio sobre los derechos humanos en clave realista clásica cfr. Carlos I. Massini Correas “Filosofía del Derecho (El Derecho y los Derechos Humanos)”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica”<sup>54</sup>. Al margen de las resonancias universales de la definición, lo que resulta decisivo es el enclave iuspositivista final, pues en definitiva esa universalidad la establece la norma positiva que la voluntad de la autoridad defina, e incluso el poder constituyente es formal en tanto carece de limitaciones sustanciales, por ende, vale como derecho cualquier contenido.

Por supuesto que a los fines de contar con un derecho indeterminado que facilite el uso político del mismo, para el neoconstitucionalismo crítico los derechos humanos son una pieza clave<sup>55</sup>, porque ellos ofrecen –declara Kennedy– un vehículo flexible para formular intereses y demandas. Más allá de la conocida crítica del propio Marx en “La cuestión judía” a los derechos humanos en clave burguesa, hoy hay conciencia de autores críticos que ese discurso puede aportar a la lucha política que también enfrentan los juristas. Boaventura de Sousa Santos ha diferenciado en el ámbito de los derechos humanos la alternativa de una “globalización desde arriba” o “desde abajo”, y ésta última puede aportar a los procesos emancipadores<sup>56</sup>. Los derechos humanos desprovistos de resabios metafísicos, universales o formales son herramientas políticas y retóricas que en las sociedades actuales se rebelan como eficaces, siempre y cuando exista la posibilidad que los juristas estén en condiciones de definirlos según la conveniencia del momento y sus circunstancias. Fácil es comprobar el entusiasmo instrumental de los críticos por la bandera de los derechos humanos, aunque se deje de lado discusiones orientadas a precisar el objeto y la titularidad de estos. Si vamos a Kennedy, no solo es oportuno reiterar su rechazo a conceptualizaciones fosilizantes, sino también su irónica confesión que prefiere “correrse a un costado y recurrir al humor cuando se trata de formular una teoría de la naturaleza humana que se suponga que pueda orientar la conducta de los hombres”<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Luigi Ferrajoli “Derechos y garantías”, Trotta, Madrid, 2002, p. 37.

<sup>55</sup> Cfr. Patricia J. Williams “The Alchemy of Race and Rights”, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.

<sup>56</sup> Cfr. Boaventura de Sousa Santos “De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad”, Uniandes, Bogotá, 1999.

<sup>57</sup> Duncan Kennedy - Peter Gabel, “Roll Over Beethoven”, Stanford Law Review, Vol. 36:1, año 1984, p. 3.

### C.3.7. *¿Los saberes jurídicos?*

Alexy se ha atrevido a defender “la naturaleza de la filosofía del derecho”<sup>58</sup> en tanto su especificidad reside en su objeto: el derecho, y en su propósito de responder sobre el concepto o la naturaleza de este. Esta última cuestión se desglosa en dos problemas centrales: a) la pregunta por la entidad que tiene el derecho, y aquí aparecen la norma y el sistema normativo; y b) el problema de la validez del derecho que incluye sus dos dimensiones: por un lado, la real o fáctica –reivindicada por el positivismo jurídico– en tanto expedición autoritativa del derecho y su eficacia social; y por el otro, la dimensión crítica o ideal que indaga sobre la corrección, moralidad o legitimidad del derecho. Por detrás de esa especificidad de la filosofía jurídica, Alexy admite a la filosofía como una reflexión general y sistemática sobre lo que existe (metafísica, o mejor: ontología), sobre lo que debe hacerse o es bueno (ética) y sobre cómo es posible el conocimiento de ambas cosas (epistemología). Más allá de la filosofía jurídica, Alexy es profesor de derecho público y de ahí todo el esfuerzo académico dedicado a la ciencia del derecho constitucional trabajada en íntima conexión a la jurisprudencia respectiva. También el saber jurídico alexyano se ocupa del momento aplicativo del derecho, donde se destaca la ponderación de principios en aras de la mejor respuesta –a tenor de posibilidades fácticas y jurídicas– para el caso que se trate.

La gnoseología jurídica del iusnaturalismo incluye –por ejemplo, en Martínez Doral<sup>59</sup>– a los tres típicos saberes jurídicos: filosofía jurídica, ciencia jurídica y prudencia jurídica, aunque ellos constituyen una unidad propia de lo que llama “cultura jurídica”. De ese modo, el jurista interesado por el conocimiento jurídico integral no puede circunscribirse a cualquiera de esos saberes, o sea, ni filosofismo, ni científicismo, ni casuismo. Es que para poder reconocer qué es el derecho, sus fundamentos, finalidades, valor y características raigales, requerirá de la iusfilosofía; pero también se interesará por la ciencia abocada al derecho vigente en su sociedad, al que pretenderá ordenarlo, comprender su significado y valorarlo; y seguramente, su interés cognoscitivo incluirá el saber aplicarlo a los casos que requieren su atención como jurista. Esa riqueza gnoseológica remite a la riqueza constitutiva del derecho, así Graneris metafóricamente habla de la

<sup>58</sup> Robert Alexy “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *Doxa*, Alicante, n 26 (2003).

<sup>59</sup> Cfr. José M. Martínez Doral “La estructura del conocimiento jurídico”, Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

“esfera jurídica” en tanto habría “un núcleo central de juridicidad sólida y firme, recubierto de zonas de menor solidez y de juridicidad decreciente, hasta que en la superficie no tenemos más que formas vacías”<sup>60</sup>.

Ferrajoli a la hora del conocimiento jurídico explícitamente habla de “modelo integrado de ciencia jurídica: teoría del derecho, dogmática jurídica, filosofía de la justicia y sociología del derecho”<sup>61</sup>. Pero corresponde destacar el papel central que tiene la teoría del derecho en “tanto punto de encuentro entre las diferentes aproximaciones al estudio del derecho, a las que brinda un aparato conceptual en buena medida común”<sup>62</sup>. Así, por ejemplo, es tarea de la teoría jurídica elaborar el concepto de derechos fundamentales, luego la dogmática corroborará cuáles son los derechos fundamentales incorporados al derecho vigente y válido, la sociología estudiará cómo fueron dándose en esa sociedad los derechos fundamentales, y la filosofía de la justicia o filosofía política o filosofía del derecho tiene por objeto identificar los valores que fundan aquel concepto de derechos fundamentales. Es decir, en Ferrajoli lo medular gnoseológicamente hablando, es la ciencia jurídica, o mejor la teoría del derecho en tanto encomendada de construir convencionalmente el aparato conceptual o formal con el que operarán los otros saberes jurídicos, incluida la filosofía de la justicia o política que se ubica afuera del derecho.

Foucault en “La verdad y las formas jurídicas” alude a un texto de Nietzsche que dice: “En algún punto perdido del universo...hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal”<sup>63</sup>, concluyendo: “El conocimiento es simplemente el resultado del juego, el enfrentamiento, la confluencia, la lucha y el compromiso entre los instintos... El conocimiento no es instintivo, es contra-instintivo; e igualmente, no es natural, es contranatural”<sup>64</sup>. Sin embargo, los críticos norteamericanos más que “embarcarse en discusiones de un elevado nivel de sofisticación teórica con los filósofos del derecho”, intentan “influir sobre todo en quienes de

---

<sup>60</sup> Giuseppe Graneris “Contribución tomista a la Filosofía del Derecho”, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, p. 73.

<sup>61</sup> Luigi Ferrajoli “Principia Iuris”, Trotta, Madrid, 2011, t. I, p. 36.

<sup>62</sup> Ibidem p. 39.

<sup>63</sup> Michel Foucault “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa, Barcelona, 1991, traducción Enrique Lynch, p. 19.

<sup>64</sup> Ibidem p. 23.

forma directa contribuyen a configurar la cultura jurídica dominante y las mentes de cada nueva promoción de licenciados que pasarán a protagonizar el funcionamiento del Derecho en el mundo real”<sup>65</sup>. La función paradójica del derecho justifica que a pesar de reconocer que “el discurso jurídico es una unidad compleja que remite, para su comprensión, al poder y, en última instancia, a la violencia”<sup>66</sup>, los críticos alientan que los profesores en general y los jueces aporten al cambio del derecho y de la conciencia jurídica. Al margen de la pluralidad de saberes jurídicos, lo decisivo es que ellos no pueden perder de vista que deben ponerse al servicio de la lucha política en la que ineludiblemente están implicados. Kennedy largamente ha defendido la enseñanza del derecho como “acción política”<sup>67</sup> y la politización del aula.

### *C.3.8. ¿La función judicial?*

Por supuesto que Alexy haciéndose cargo del EDC, adjudica un papel imprescindible a los jueces en el esfuerzo por institucionalizar la razón práctica dialógica con su pretensión de corrección, que está implícita en el derecho. Ellos están encomendados no sólo por encontrar la mejor solución para los casos por medio de la ponderación racional de los principios y derechos humanos, sino que deben invalidar aquel proyecto de derecho que no se ha concretado como tal, en virtud de superar el umbral de la injusticia extrema. Y esta competencia judicial también incluye al derecho constitucional y no solo al derecho infraconstitucional. Conviene insistir que la invalidez procede no frente a cualquier injusticia, sino cuando ella es “extrema” en tanto viola de manera grave y evidente derechos humanos. La filosofía jurídica alexyana recurre a la jurisprudencia constitucional alemana como un verdadero banco de pruebas de las formulaciones teóricas, posibilitando su elaboración y su validación. Apelemos a la tesis del discurso jurídico como caso especial del discurso moral, lo cual implica que el diálogo racional con sus veintiocho exigencias es el ámbito de la corrección también jurisprudencial, pero ya en el proceso judicial aparece el límite que le pone la ley, la ciencia jurídica y la jurisprudencia.

<sup>65</sup> Juan A. Pérez Lledó “El movimiento...” ob. cit. p. 385.

<sup>66</sup> Alicia E. C. Ruiz “Aspectos ideológicos del discurso jurídico”, en “Materiales para una teoría crítica del derecho”, p. 180.

<sup>67</sup> Duncan Kennedy “First Year Law Teaching as Political Action” en *Law & Social Problems*, vol. 1, 1980, p. 47-58 y “Politicizing the Classroom” en *Review of Land and Women’s Studies*, vol. 4, 1994, p. 81-88.

En la teoría iusnaturalista está claro que todo el derecho tiene por finalidad dirigir conductas humanas ajustadas a los casos, de ahí que pudo decir Aristóteles que, de los distintos tipos de justicia, la equidad, o sea la justicia para el caso, era la mejor justicia. En ese marco teórico, el juez tiene la competencia y la responsabilidad de apartarse prudencialmente de lo justo legal cuando el caso así lo exigía, dado que el legislador seguramente lo hubiese establecido de haberlo tenido en cuenta oportunamente. La equidad era esa rectificación para el caso de lo justo general previsto en la ley, y ella se definía por la razón práctica en el plano concreto o circunstanciado propio de la prudencia. Recordemos aquella imagen metafórica de Aristóteles de ver en el juez a la “justicia viviente”, y siendo el derecho para Aquino “ordinatio rationis”, está claro que queda en manos del juez la última posibilidad de reconciliar el derecho con la razón y la justicia. En ese marco de la verdad práctica prudencial, es oportuno destacar la importancia no sólo de la razón prudencial sino de la voluntad recta<sup>68</sup> e incluso de la cogitativa<sup>69</sup>. En aras del triunfo de la justicia, es decisiva la relevancia que tiene el juez completando el esfuerzo institucional del derecho por definir lo que le corresponde a cada uno.

En cuanto a la caracterización ferrajoliana del juez, podemos acudir a la opinión terminante de Guastini cuando advierte que Ferrajoli “tácitamente, hace suya la tesis ilustrada (de Montesquieu y Beccaria) según la cual el poder jurisdiccional sólo puede funcionar como garantía o barrera frente al poder ejecutivo a condición de ser un poder en cierto modo nulo... (el juez) no debe tener espacios de valoración u opción...debe ser sólo un poder cognitivo (cognitivismo)”<sup>70</sup>. Más allá de esa simplificación, lo cierto es que Ferrajoli no pretende poder para los jueces, en tanto la actividad judicial es un “saber-poder”, pero mientras que lo fisiológico es el “saber”, el “poder” es lo patológico, por eso describe lógicamente a la sentencia compuesta de tres inferencias: a) una inductiva, cuyas premisas son las pruebas recogidas; b) una deductiva, cuyas premisas son la conclusión de hecho y la definición jurídica obtenida de la norma en cuestión; y c) la nor-

<sup>68</sup> Cfr. Domingo P. Basso “Las normas de la moralidad. Génesis y desarrollo del orden moral”, ed. Claretiana, Buenos Aires, 1993.

<sup>69</sup> Cfr. Lilia B. Archideo “Las funciones gnoseológico-metafísicas de la cogitativa” en “Los fundamentos metafísicos del orden moral”, Homenaje a Monseñor Octavio Nicolás Derisi, EDUCA, Buenos Aires, 2004.

<sup>70</sup> Ricardo Guastini “I fondamenti teorici e filosofici del garantismo” en L. Gianformaggio ed. “Le ragioni del garantismo”, Turín, Giappichelli, 1993, p. 53.



ma individual que se concluye para el caso. Los jueces no están para suplir las lagunas (la ausencia de garantías o eficacia de los derechos), porque ello les corresponde a los legisladores; y a los jueces constitucionales les queda resolver las antinomias, por eso Ferrajoli concluye: “Lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda”<sup>71</sup>.

Por supuesto que el neoconstitucionalismo crítico se aparta de la visión decimonónica del juez como alguien que dice el derecho de manera neutral y silogística. Expresamente Kennedy reconoce que “el derecho en general y las decisiones judiciales en particular, son una extensión de la política”<sup>72</sup>, a lo que agrega: “La tarea del juez es un trabajo que siempre tiene un propósito y que se hace dentro de un ‘medio físico’, dentro de un ‘campo’ constituido por el derecho existente. El propósito de dicho trabajo es dictar la sentencia que el juez considera más justa en el caso concreto...la visión de la sentencia a la que el juez quiere llegar es incluso previa a la búsqueda de los materiales jurídicos que servirán para sustentarla. Dado que en la visión crítica de la práctica judicial se invierte el silogismo, la conclusión (la sentencia) determina la selección e interpretación de las reglas jurídicas y los precedentes relevantes, no al contrario”<sup>73</sup>. Así queda claro que la razón del juez es “estratégica”<sup>74</sup> e incluso le agrega Kennedy la importancia del “carisma” del juez como un factor que incrementará “la fuerza del juez en la manipulación de recursos retóricos utilizados para crear cierto efecto necesidad”<sup>75</sup>, advirtiendo que “la mejor manera de entender las preferencias ideológicas en la conducta judicial es concebirlas como semiconscientes, o en términos sartreanos como de mala fe”<sup>76</sup>. “El derecho –insiste Alicia Ruiz– legitima el poder en el Estado y en todos los intersticios de la vida social...en el ámbito de la magistratura. Allí, los mecanismos de censura

<sup>71</sup> Luigi Ferrajoli “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-positivismo y neo-iusnaturalismo”, en *Doxa* 34 (2011), Alicante, p. 356.

<sup>72</sup> César Rodríguez, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces, Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, Editores Siglo del Hombre, Bogotá, año 1999, p. 64 y 65.

<sup>73</sup> César Rodríguez, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces, Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, Editores Siglo del Hombre, Bogotá, año 1999, p. 81.

<sup>74</sup> Duncan Kennedy, “A Critique...”, *ob. cit.* p. 182.

<sup>75</sup> Duncan Kennedy, “A Critique...”, *ob. cit.* p. 167.

<sup>76</sup> Duncan Kennedy “Izquierda y derecho”, Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2010, p. 37.

propios del discurso jurídico, tanto internos como externos hacen de los jueces las voces privilegiadas para resolver casos particulares, dentro de los límites que la organización del poder social fija”<sup>77</sup>.

### C.3.9. ¿Sistema jurídico?

La propuesta alexyana al respecto luce marcadamente peculiar, pues luego de rechazar tres alternativas posibles de componer un sistema jurídico: solo con reglas, solo con principios o mezcla de reglas y principios, opta por un sistema jurídico con tres elementos: principios, reglas y procedimientos<sup>78</sup>. Mientras que los dos primeros elementos apuntan a la dimensión pasiva o estática del sistema en tanto me dicen o muestran el derecho disponible; el procedimiento marca el elemento dinámico u operativo del mismo. En efecto, ese tercer elemento asegura la racionalidad del derecho tanto en su creación como en su aplicación, dado la pretensión de corrección y que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico o moral. En algún otro trabajo el iusfilósofo alemán al referirse a su visión del sistema jurídico la llama “modelo procedimental de cuatro niveles”<sup>79</sup>, a los que individualiza: 1) el procedimiento del discurso práctico general; 2) el procedimiento de creación estatal del derecho; 3) el procedimiento del discurso jurídico; y 4) el procedimiento del discurso judicial. El origen del derecho para Alexy se remonta a los actos de habla con pretensión de corrección o de verdad, ellos nos instalan en el diálogo y la argumentación, y la razón prescribe reglas a esa racionalidad discursiva, pero el derecho viene a suplir ciertas debilidades que conlleva el diálogo racional: conocer la respuesta, que ella se respete y asumir organizaciones que posibiliten la obtención de respuesta<sup>80</sup>. Creado el derecho, asume Alexy la necesidad de una “norma fundamental” que resuelva en el terreno jurídico el paso del ser al deber ser, pero en lugar de Kelsen escoge el profesor alemán a Kant cuando en el marco de su contractualismo social, apela a una ley “cuya obligatoriedad puede ser conocida a priori por la razón, sin una legisla-

<sup>77</sup> Alicia E. C. Ruiz “Aspectos ideológicos del discurso jurídico” en “Materiales para una teoría crítica del derecho”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 174.

<sup>78</sup> Cfr. Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 159 y ss.

<sup>79</sup> Robert Alexy “Ideé et structure d’un système du droit rationnel” en Archives du Philosophie du Droit, t. 33, Syrey, 1988.

<sup>80</sup> Cfr. mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 296 a 306.

ción externa”, aunque introduce Alexy la corrección de la fórmula radbruchiana<sup>81</sup>. Concluye el profesor de Kiel: “El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho. Este vínculo es mucho más que una simple compensación a sus mencionadas debilidades. Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la razón práctica, solo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales como ideales y no solo de modo institucional”<sup>82</sup>.

Pensamos que en general en las filas del iusnaturalismo no ha abundado la atención acerca del sistema jurídico, e incluso, algunos de sus integrantes –como Villey– lo han descalificado sin miramientos. Sin embargo, no podemos silenciar autores iusnaturalistas como Kalinowski<sup>83</sup> que han realizado un esfuerzo desde la lógica para describir la estructura del derecho, sin renunciar a un fundamento metafísico. De todas maneras, nos parece que la propuesta de un sistema dinámico, abierto, axiologizado, poroso o casuístico en la línea de Canaris<sup>84</sup> o el mismo Alexy, resultan plenamente compatible con el iusnaturalismo. Incluso en la perspectiva de Dworkin, el caso y su respuesta jurídica correcta, supone que obtenida la misma queda configurado un cierto ordenamiento del material jurídico, que se someterá a revisión en el nuevo caso. Ese dinamismo y casuismo es funcional al papel de la prudencia que conecta normas generales con casos contingentes e irrepetibles. En este neoconstitucionalismo realista si bien la Constitución tiene un cierto valor indiscutido como fuente del derecho positivo, hay un condicionamiento del poder constituyente puesto por aquella juridicidad indisponible a los fines de no abortar el propósito constitutivo de derecho. Aquí apelaciones jurisprudenciales al *ius cogens* o *ius gentium*, o también a los derechos humanos reconocidos y no creados, pueden confirmar aquella tesis. De todas maneras, en términos racionales, no pueden ocultarse los beneficios que puede generar el esfuerzo ordenador o sistematizador del derecho vigente y válido, con la condición de no desechar ningún material jurídico bajo el pretexto de ser perturbador de ese trabajo. Una explicación realista del origen del derecho nos instala en la naturaleza humana y su inclinación a la vida social, en ésta se

<sup>81</sup> Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, ob. cit. p. 96 a 120.

<sup>82</sup> Robert Alexy “Teoría del discurso y Derechos Humanos”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 53.

<sup>83</sup> Cfr. Georges Kalinowski “Metateoría del sistema normativo”, Edearium, Mendoza.

<sup>84</sup> Cfr. Claus-Wilhelm Canaris “El sistema en la jurisprudencia”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

requiere un orden para la mejor convivencia, y es éste el trabajo que afronta la razón práctica para ir concluyendo o determinando –en general y también para el caso concreto– ese derecho que se pone autoritativamente y que busca proteger o facilitar a todo ser humano los “bienes humanos básicos” (Finnis).

Yendo a la perspectiva ferrajoliana en torno al sistema jurídico, nos parece que ella se parece bastante a la propuesta por Kelsen, más allá de su distanciamiento con la teoría pura acusándola de ser “paleopositivista”. Es que el constitucionalismo ferrajoliano pretende completar o reforzar al positivismo jurídico en tanto positiviza no solo el “ser” sino también al “deber ser” jurídico, completando el Estado de Derecho al sujetar también a la actividad legislativa, al Derecho y al control de constitucionalidad. El derecho pasa a estar regulado no sólo por las formas de la producción normativa, como el viejo iuspositivismo legalista, sino también en los contenidos. El Estado de Derecho constitucional exige la “coherencia” como la “plenitud” de la legislación ordinaria respecto de la rígida Constitución, eliminando al “derecho ilegítimo” compuesto por antinomias o lagunas, que son vicios –por acción u omisión– de las normas de grado supraordenado. Previene al respecto Ferrajoli que en el “Estado Constitucional de Derecho la solución del conflicto entre normas de distinto nivel no puede ser alcanzada directamente por el intérprete, sino que requiere la intervención de autoridades competentes para anular en el caso la antinomia, y para introducir en el caso de laguna, la norma de nivel inferior”<sup>85</sup>. En Ferrajoli el principio de legalidad se constituye en la fuente de legitimación de las normas vigentes y de las válidas, y así permite el reconocimiento de las normas jurídicas “como empíricamente dadas o positivas, es constitutivo de la ‘moderna ciencia del derecho’ como disciplina empírica o positiva, a la que sirve para determinar y al mismo tiempo circunscribir su objeto... A diferencia de la experiencia jurídica premoderna, en la que al faltar un sistema de fuentes exclusivas y exhaustivas el derecho se identificaba en gran parte con las opiniones de los juristas, que por ello tenían un carácter inmediatamente normativo, en la experiencia jurídica moderna el principio de legalidad, al permitir reconocer todas y sólo las normas jurídicas positivas, hace posible una ciencia jurídica, al menos en principio, descriptiva de un mundo positivo de normas separado de ella misma”<sup>86</sup>. Respecto de la equidad, Ferrajoli haciendo gala de su potente capacidad retórica, usa ese

<sup>85</sup> Luigi Ferrajoli “Principia Iuris”, ob. cit. t. I, p. 13.

<sup>86</sup> Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit., p. 870.

tradicional concepto pero altera totalmente su significado, asimilándola a la “legalidad” como dos aspectos del conocimiento judicial: “El juicio de legalidad corresponde a la verificación...de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual entra en una determinada clase de delito connotada por la ley; el juicio de equidad consiste en cambio en la comprensión de las características accidentales y particulares del caso individual y no connotadas por la ley”<sup>87</sup>.

A tenor del neoconstitucionalismo crítico y en sintonía de la funcionalidad política que presta el derecho, es previsible que se vean las pretensiones sistémicas bajo sospecha de promover visiones que oculten la conflictividad y disciplinen a los actores, y al respecto, Francois Ost apela al derecho como una red y no una pirámide<sup>88</sup>. Kennedy califica explícitamente de incorrecta “la lógica del sistema”<sup>89</sup>, y apoyándose en Benjamín Cardozo concluye que “el jurista a veces actúa bien moral y profesionalmente cuando interpreta la ley de acuerdo con la moralidad o la justicia o directrices políticas y en contradicción con la solución que él entiende requerida por la coherencia”<sup>90</sup>. Agrega el profesor norteamericano con contundencia y convicción posmoderna: “La debilidad de la coherencia en el sentido de proporcionalidad o balance de principios conflictivos, es que lejos de carecer de principios, está saturada de ellos. A su vez, la exigencia de la universalización de principios y el exótico imaginario neokantiano según el cual los principios son considerados como vectores análogos a fuerzas físicas, imponen restricciones sobre el juez que estimo éste debería estar listo para descartar en tanto resulten conflictivas con su intuición de la justicia en un caso determinado. Las ambiciones habermasianas de proporcionalidad son para mí contradictorias con la experiencia ética de la ‘indecibilidad’. No son –acaso– pre-modernas, pre-Kierkegaard, pre-Nietzsche, pre-Weber, pre-Schmitt”<sup>91</sup>, y también: “Debido a que las normas, son compromisos, más que la realización coherente de uno u otro principio general, están

<sup>87</sup> Ibidem p. 158.

<sup>88</sup> Cfr. Francois Ost y Michel Van de Kerchove “Piramide ou réseau? Pour une théorie dialectique du droit”, Presses de l’Université Saint-Louis, Bruselas, 2001.

<sup>89</sup> Duncan Kennedy, “Legal Reasoning: Collected Essays”, “A volume in the series Contemporary European Cultural Studies” - Gianni Vattimo and Santiago Zabala, Editors - The Davies Group Publishers, Aurora, Colorado, año 2008, p. 179.

<sup>90</sup> Duncan Kennedy, “Legal Reasoning: Collected Essays”, “A volume in the series Contemporary European Cultural Studies” - Gianni Vattimo and Santiago Zabala, Editors - The Davies Group Publishers, Aurora, Colorado, año 2008, p. 180.

<sup>91</sup> Duncan Kennedy, “Legal Reasoning...”, p. 189.

mucho más abiertas a desestabilizaciones de varios tipos...”<sup>92</sup>. Más allá de los cuestionamientos en torno específicamente a la coherencia, las otras exigencias requeridas para un sistema jurídico “fuerte”, como por ejemplo completitud, jerarquía y unidad, son remitidas a la razón estratégica y política que auspician los críticos. Desde esa perspectiva, se encargan también los críticos de poner de relieve la existencia de pluralidad de sistemas jurídicos en conflictos que disputan los mismos ámbitos de validez personal, espacial o temporal, como, por ejemplo, los derechos vigentes en pueblos indígenas, favelas o barrios marginados que ignoran y contradicen a los derechos oficiales de sus respectivos países<sup>93</sup>.

### C.3.10. ¿Juridicismo?

Resulta inviable acusar a Alexy de “insularismo jurídico” (Nino), o sea de la tesis que el derecho se puede conocer u operar solo con derecho, sin necesidad de recurrir a la moral, la política, la economía, etc. Por el contrario, su razón práctica dialógica es moral y se institucionaliza en el derecho, sin abandonar las exigencias propias del diálogo racional en tanto matriz del derecho correcto. El trabajo ponderativo del jurista atiende a las posibilidades fácticas, y el discurso práctico incluye las consideraciones teleológicas y consecuencialistas de la respuesta jurídica a brindar. Recordemos que el concepto del derecho no se limita a las normas y a su dimensión sistémica o autoritativa, sino que incorpora la dimensión de eficacia social y también la dimensión ética. La legitimidad argumentativa de los jueces aducida por Alexy, remite al uso por parte de estos, de razones que compartiría la sociedad constituida en comunidad ideal de diálogo con conciencia constitucional. Insistamos con el profesor de Kiel: “El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho”<sup>94</sup> y que el discurso jurídico es un “caso especial” del discurso práctico general (Sonderfallthese) en tanto se propone la unión en todos los niveles de los argumentos específicamente jurídicos con los argumentos prácticos generales. Habermas ha procurado proyectar diferenciadamente la razón práctica en campos diversificados como los de las cuestiones pragmáticas (adecuación de los medios al fin), éticas (pro-

<sup>92</sup> Duncan Kennedy “Izquierda y derecho”, ob. cit. p. 102.

<sup>93</sup> Cfr. sobre pluralismo jurídico “Sociología jurídica crítica” de Boaventura de Sousa Santos, Trotta, Madrid, 2009 y “La opacidad del derecho” de Carlos Cárcova, ob. cit.

<sup>94</sup> Roberto Alexy “Teoría del Discurso y Derechos Humanos”, ob. cit. p. 53.

blemas del bien) y morales (de la justicia), postulando que en los discursos pragmáticos hay una fuerte vinculación al saber empírico y distancia respecto a los fines y decisiones volitivas del sujeto; en los discursos éticos las pretensiones de validez universal se debilitan por el contexto histórico; y los discursos prácticos-morales están orientados a la universalidad y a priorizar la justicia sobre el bien<sup>95</sup>.

El iusnaturalismo tampoco nunca incurrió en juridicismo. Recordemos que en Aristóteles lo justo natural y lo justo legal eran parte de lo justo político, y también que la definición de ley humana o derecho positivo en Aquino remite al bien común político. Olgiati<sup>96</sup> reivindicando la politicidad del derecho en el pensamiento clásico, precisa que el derecho en sentido pleno se desarrolla y sirve a la sociedad política, aclarando que ahí está incluido la dimensión de lo útil o lo económico. Pues ese bien común no es un bien de alguna sustancia diferente a la persona humana, sino que remite a ésta, pero no en individual sino como parte de una sociedad. A eso se agrega que en la definición de ley de Aquino aparece la necesidad de adaptarse a las costumbres de la sociedad, pues ella tiene por finalidad prioritaria no tanto hacer buenos hombres, como procurar buenos ciudadanos que aporten al buen vivir social. Traigamos a colación en este punto la vieja enseñanza de la ética clásica, que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno, en tanto éste no prescinde de las circunstancias concretas, señalando más que el “deber” a lo “debido” (Millán Puelles). Contemporáneamente Finnis desarrolla una noción amplia de razón práctica, incluyendo explícitamente a la moral, la política y el derecho. La prudencia, que es la matriz del derecho, tiene por objeto conducir toda la vida, y su finalidad es acertar en que lo mandado aporte al “florecimiento” humano, tanto en su dimensión individual como social. El bien en la filosofía clásica no tiene solo la capacidad de atraer, sino se conecta con la felicidad en tanto cuenta con capacidad perfectiva de la persona humana. Pero el concepto de bien es analógico, por lo que encontramos una amplia variedad de bienes, aunque todos ellos coinciden en esa capacidad de atraer y perfeccionar, así podemos reconocer: a) lo que es bueno simplemente de lo que es bueno desde algún punto de vista; b) el bien puede ser apetecible por sí mismo (bien honesto), por razón del delei-

<sup>95</sup> Respecto de esos tres puntos de vista puede consultarse Habermas J. “Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft” en *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt, 1991.

<sup>96</sup> Cfr. Francesco Olgiati “El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino”, EUNSA, Pamplona, 1977.

te que podemos encontrar en él (bien deleitable) o por razón de la utilidad (bien útil); c) bienes externos, bienes corporales y bienes espirituales; d) bienes individuales y bienes comunes; etc.

No resulta fácil imputarle juridicismo a la teoría ferrajoliana, porque en la misma abundan apelaciones a la historia, a denunciar los “poderes salvajes” y al triunfo progresivo de la “ley del más débil”. Sin embargo, en el profesor italiano leemos: “...la positivización o estatalización del derecho representó un enorme progreso tanto en el plano jurídico y político como en el epistemológico...La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos...como sobre todo en la forma ‘legal’, ‘convencional’ o ‘artificial’, es decir, ‘positiva’ del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la veritas sino precisamente la auctoritas. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y de la política, del otro comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo, que por primera vez se automatiza como ‘objeto’ o ‘universo’ empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas”<sup>97</sup>. El iuspositivismo constitucional en relación a la conocida clasificación tripartita de Bobbio: a) se conecta al positivismo metodológico o como modo de “aproximación al estudio del Derecho”, en tanto el jurista debe ocuparse sólo del “Derecho tal cual es” y no del “Derecho tal como debe ser” moral o políticamente, pero se aleja porque hay que estudiar también el “Derecho tal como debe ser jurídicamente”, que en los actuales ordenamientos con constituciones rígidas forma parte del Derecho tal cual es; y b) se aleja totalmente del iuspositivismo ideológico que considera que el derecho existente sólo por ello es también justo. Compartimos la opinión que la teoría jurídica ferrajoliana es paradójal (Moreso<sup>98</sup>, Portinaro<sup>99</sup>, entre otros) en tanto descansa en una antropología pesimista y, al mismo tiempo, en un optimismo jurídico. Pues, en definitiva, no hay más “deber ser” para el derecho que el puesto por el constituyente y “el poder constituyente se agota, como poder informal e ilimitado, en su ejercicio...el poder constituyente es tal en cuanto es efectivo”<sup>100</sup>, por eso, la conclusión sería que en el origen del derecho está el poder y la política, pero luego para el jurista solo hay derecho y juridicismo.

<sup>97</sup> Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit., p. 869.

<sup>98</sup> Cfr. José Juan Moreso “Ferrajoli o el constitucionalismo optimista”, en *Doxa*, n. 31.

<sup>99</sup> Cfr. Pier Paolo Portinaro “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli”, *Doxa* 31.

<sup>100</sup> Luigi Ferrajoli “El constitucionalismo garantismo. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa* 34, p. 325.



En el neoconstitucionalismo crítico no hay el más mínimo riesgo de insularismo jurídico, más bien, el riesgo es justamente el contrario, o sea, que el derecho termine absorbido por otras disciplinas, tales como: la economía, la política, la psicología, etc. El derecho se visualiza centralmente como un medio o un instrumento que se pone al servicio del poder y de la ideología funcional al mismo, pero ese carácter instrumental es revisado en distinta medida dentro de los autores críticos. Así por ejemplo Boaventura Santos llega a criticar a la tesis de Marx sobre la determinación de la superestructura del derecho desde la infraestructura del régimen de propiedad de los medios de producción, y termina apelando contra una “razón indolente”<sup>101</sup> y reconociéndole al derecho posibilidades emancipatorias. También en Ost podemos encontrar ciertos fines –intrínsecos y extrínsecos– asumibles por el derecho, destacándose la finalidad “de asegurar la mediación entre la fuerza y el bien. Dicho de otra manera, el lazo entre la aspiración ética, de una parte (los valores, las diversas concepciones de la vida buena) y, de otra parte, las relaciones de fuerza y las lógicas del interés que constituyen lo real concreto que se trata de instituir y de significar. Menos sublime que la ética, menos cínico que la política, el Derecho opera en esa encrucijada, esforzándose, con un mismo gesto, por “civilizar” la fuerza y “realizar” (volver reales) los ideales normativos que persigue una sociedad”<sup>102</sup>. Más allá de esas concesiones críticas, lo cierto es que en última instancia predomina una mirada escéptica en tanto el Estado moderno monopoliza el “legítimo ejercicio” de la violencia a la que el derecho alude como “actos de fuerza”<sup>103</sup>, y así precisa Alicia Ruiz con el apoyo de Enrique Marí, que “La violencia es el elemento determinante del poder” y se frustraría “de no articularse en dispositivo con el discurso del orden y el imaginario social, que constituyen las condiciones de reproducción del poder producido, los garantes de la continuidad del poder conquistado o instituido... En el interior del dispositivo de poder, el discurso del orden y el imaginario social reactualizan la violencia y la transforman verdaderamente en poder, haciéndolo constante y socialmente transmisible”. Transformada la violencia en poder, el discurso del orden y el imaginario social aseguran la presencia del poder y los efectos de la fuerza, aun estando ella ausente”<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> Boaventura de Sousa Santos “Sociología jurídica crítica”, ob. cit. p. 610.

<sup>102</sup> Francois Ost “A quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités”, Bruylant, Bruselas, 2016, p. 339.

<sup>103</sup> Alicia Ruiz “Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)” en Materiales para una teoría crítica del derecho, ob. cit. p. 172.

<sup>104</sup> Ibidem p. 173.

### C.3.11. *¿Validez jurídica?*

La teoría no-positivista alexyana asume expresamente que la validez jurídica apela a tres exigencias: a) la propia derivada e impuesta por el sistema que fija competencia, órganos y procedimientos, lo que remite por ejemplo a Hart o a Kelsen; b) la necesidad que el derecho tenga cierto nivel de vigencia o efectividad, voluntaria o coercitiva, que se hizo presente en la teoría de Ross; y c) la validez incluye un cierto contenido ético de manera que frente a lo grave y manifiestamente irracional o injusto, se aborta el propósito de crear derecho. Repitamos una de las tesis centrales de Alexy: “El diálogo racional necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del diálogo racional para alcanzar legitimidad”; es que el derecho importa la institucionalización de la razón, supliendo las debilidades que acompañan al dialogo racional, pero el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Consecuentemente, para concluir la validez o existencia de una norma jurídica, cualquiera sea su jerarquía (se incluyen las constitucionales), el jurista en todos los casos debe controlar su contenido ético, tanto en sus exigencias sustanciales como en las procedimentales. Recordemos que asume Alexy la necesidad de una “norma fundamental” que resuelva en el terreno jurídico el paso del ser al deber ser, pero en lugar de Kelsen, escoge el profesor alemán a Kant cuando en el marco de su contractualismo social, apela a una ley “cuya obligatoriedad puede ser conocida a priori por la razón, sin una legislación externa”, aunque introduce Alexy la corrección de la fórmula radbruchiana<sup>105</sup>. La pretensión de corrección que acompaña al derecho y que satisface el diálogo racional, importa reconocer que no hay posibilidad de algún diálogo que logre ser totalmente racional, pero éste se constituye contrafácticamente en la medida ideal de la racionalidad práctica (Regulative Idee).

Pensamos que en el realismo jurídico clásico desde la asimilación del derecho con “ordenación racional”, cabe exigir al momento de juzgar la validez de la norma jurídica, constatar o establecer, precisamente, hasta donde la racionalidad de esta y, por ende, su justificación y consiguiente obligatoriedad. Así, no basta limitarse a comprobar el órgano, el procedimiento y la compatibilidad con la norma superior, sino que corresponde ampliar el control a otros requisitos que hablan también de racionalidad y de justificación<sup>106</sup> como, por ejemplo: racionalidad teleológica, racionalidad

<sup>105</sup> Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, ob. cit. p. 96 a 120.

<sup>106</sup> Cfr. mi artículo “Una teoría de la validez jurídica” en *Doxa* 39 (2016), p. 99-125.

dad axiológica (más allá del sistema jurídico implicado), racionalidad lógica, racionalidad pragmática (o de comprensibilidad), racionalidad sociológica, racionalidad respetuosa de la verdad demostrada, etc. Por supuesto, que en cada caso importa la magnitud de la irracionalidad en cuestión y las consecuencias de la declaración de invalidez, dado que –recordemos– lo mejor puede ser enemigo de lo bueno, por eso aquí aparece decisivamente el trabajo propio de la prudencia. En esta teoría, como en la anterior, aparece la necesidad de reconciliar el derecho con la razón, tanto sustancial como procedimental. De todas maneras y en orden a la fundamentación del derecho en clave realista, cabe remitir a la naturaleza social del hombre y a la dimensión jurídica y política intrínseca de toda vida social. Aquí, debemos recordar la importancia de la equidad en tanto posibilita apartarse de la solución legal general justa, pero que fallaba en un caso, e incluso, se suponía que el legislador de haber conocido anticipadamente esa anormalidad, la habría computado incluyendo la excepción a la solución general.

La teoría del derecho ferrajoliana tematiza la divergencia entre el “deber ser” (constitucional) y el “ser” (legislativo) del Derecho, que implica la divergencia entre la validez y la vigencia, dado que es posible la existencia de normas vigentes –por resultar conformes a las normas formales sobre su formulación– pero que sin embargo, son inválidas por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción; de ese modo la teoría asume la posibilidad del “derecho ilegítimo” compuesto por lagunas y antinomias. Con más precisión Ferrajoli sobre las divergencias deónticas –entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad– afirma: “La teoría permite distinguir y a la vez conectar los correspondientes niveles de discurso, normativo y crítico el uno con respecto al otro, y sustraerse así a las diversas y frecuentes falacias ideológicas que resultan de su confusión o de su recíproca ignorancia: a) la falacia iusnaturalista, que confunde la validez de las normas con su justicia, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas a pesar de ser injustas; b) la falacia ético-legalista, que confunde la justicia con su validez, impidiendo reconocer la existencia de normas injustas a pesar de ser válidas; c) la falacia normativista, que confunde la vigencia de las normas con su validez, impidiendo reconocer la existencia de norma inválidas a pesar de estar vigentes; d) la falacia realista, que confunde por fin la validez o incluso la vigencia con la efectividad, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas o vigentes por más que sean ineficaces, o peor aún, su invalidez

o hasta su inexistencia sólo porque sean eficaces”<sup>107</sup>. “A diferencia de la experiencia jurídica premoderna, en la que al faltar un sistema de fuentes exclusivas y exhaustivas el derecho se identificaba en gran parte con las opiniones de los juristas, que por ello tenían un carácter inmediatamente normativo, en la experiencia jurídica moderna el principio de legalidad, al permitir reconocer todas y sólo las normas jurídicas positivas, hace posible una ciencia jurídica, al menos en principio, descriptiva de un mundo positivo de normas separado de ella misma”<sup>108</sup>. Sintéticamente, la noción de validez ferrajoliana queda en buena medida asimilada a la noción kelseniana con el acento del contenido, pero focalizadamente sistémico. Respecto de la equidad, Ferrajoli, haciendo gala de su potente capacidad retórica, usa ese tradicional concepto pero altera totalmente su significado, asimilándola a la “legalidad” como dos aspectos del conocimiento judicial: “El juicio de legalidad corresponde a la verificación...de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual entra en una determinada clase de delito connotada por la ley; el juicio de equidad consiste en cambio en la comprensión de las características accidentales y particulares del caso individual y no connotadas por la ley”<sup>109</sup>.

Si interrogamos al neoconstitucionalismo crítico sobre el valor o validez del derecho o de una norma jurídica, nos parece que la respuesta se da desde afuera del derecho, más concretamente desde la política, o desde alguna otra dimensión de las relaciones de poder, dominación o disciplinamiento. Abona esa instrumentalización del valor del derecho el pluralismo jurídico arriba referenciado, que conlleva un debilitamiento del poder jurígeno del Estado nacional. Ello se refleja en el pluralismo jurídico beligerante y en las incoherencias que acompañan al derecho y que posibilitan su uso político. Nicolás López Calera luego de constatar la crisis del derecho y la ciencia jurídica burguesa, proclama: “La doctrina del uso alternativo del derecho aparece como un aspecto más de esa crisis en el intento de reconducir ese mismo modelo de derecho a sus más radicales contradicciones, como sería la de servir al proceso de emancipación de la clase trabajadora y en contra, por consiguiente, de la clase burguesa y capitalista”<sup>110</sup>. La metodología

<sup>107</sup> Luigi Ferrajoli “Principia Iuris”, Trotta, Madrid, 2011, t. I, p. 40.

<sup>108</sup> Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit., p. 870.

<sup>109</sup> Ibidem p. 158.

<sup>110</sup> Nicolás López Calera “Sobre el alcance teórico del uso alternativo del derecho” en “Sobre el uso alternativo del Derecho” N. López Calera, M. Saavedra, P. A. Ibáñez, Fernando Torres, Editor, Valencia, 1978, p. 12.

auspiciada por Kennedy del “trashing” no puede favorecer conceptos fosilizantes que tiendan a sacralizar al derecho o a reconocerle un valor positivo. Más bien el trabajo político de los críticos debe incluir el manejo retórico de conceptos que al margen de su origen dominador, es posible un uso alternativo de los mismos. En este punto, el lenguaje y las indeterminaciones que acompañan las ambiciosas declaraciones constitucionales, son una herramienta poderosa para el triunfo en los conflictos políticos que enfrentan los juristas, siempre y cuando que no haya ninguna pretensión metafísica u objetivista en esa semántica. Al respecto, Lelio Basso propone: “Una vía a través de la cual la sociedad de mañana puede entrar en el ordenamiento de hoy y que cabe llamar vía silenciosa, es decir, el cambio de significado de las palabras, de las expresiones. No es necesario modificar el texto literal de la norma para alterar su significado, cuando la misma contiene expresiones cuyo sentido se encuentra estrechamente ligado al contexto sociocultural. Expresiones como orden público, pública moralidad, buenas costumbres utilidad social”<sup>111</sup>, y por supuestos, que los textos constitucionales con sus generosas apelaciones a valores, fines o derechos humanos, abren enormes vías para ese trabajo político sobre el lenguaje.

### *C.3.12. ¿Objeción de conciencia?*<sup>112</sup>

Explícitamente Alexy reconoce que “la moral puede estar vinculada con el derecho positivo, en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho; en segundo lugar, por medio de que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral; y, en tercer lugar, porque la moral fundamente un deber de obediencia al derecho”<sup>113</sup>; y respecto a ésta última conexión precisa el profesor de Kiel: “Solo los que conceden prioridad absoluta al valor moral de la seguridad jurídica no podrán admitir nunca que el deber moral general de obediencia al derecho pueda retroceder por razones morales. Todos los demás tienen

<sup>111</sup> Lelio Basso “Giustizia e potere” en *Democrazia e diritto*, n. 4, 1978, p. 565.

<sup>112</sup> Cfr. Luis Prieto Sanchís “La objeción de conciencia como forma de desobediencia civil al derecho”, *Sistema* 59, 1984, p. 41-62; Jorge Malen Seña “Concepto y justificación de la desobediencia civil”, Ariel, Barcelona, 1988; Marina Gascón Abellán “Obediencia del derecho y objeción de conciencia”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; Nuria Belloso Martín “La desobediencia del derecho y su polémica justificación”, *Revista Derechos Humanos e Democracia*, Ed. UNIJUI, año 1, n. 2, 2013, p. 328-385; y Juan Carlos Suárez Villegas “¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?”, Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>113</sup> Robert Alexy “Derecho y Moral” en “La institucionalización de la justicia”, Granada, Comares, p. 18.

arduos dilemas morales que resolver caso por caso”<sup>114</sup>, aunque reconoce que la cláusula que “la injusticia extrema no es derecho”, permite a los no positivistas resolver los casos más graves y notorios. Recordemos que el profesor de Kiel excluye de la decisión legislativa al ámbito de la “moral personal”, y reconoce como límite de ella a la moral pública, o sea “aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello”<sup>115</sup>.

En perspectiva iusnaturalista pensamos que es un complemento ineludible en el análisis de la ley injusta el derecho a la objeción de conciencia, que cubre cierto incumplimiento de la norma jurídica en función de razones morales que puede invocar su destinatario. Aquel derecho cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que le provoca la prescripción en cuestión, y así el derecho como institución, se pone al servicio de un auténtico bien común que no tolera sustancializar fines que fagociten al bien de las personas de carne y hueso. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor racional o moral –también específicamente jurídico– que corresponde asignarle a la conciencia de aquel que debe obedecer a la ley<sup>116</sup>, y una manifestación de ese respeto al destinatario por sobre ficciones impuestas por el iuspositivismo legalista, puede ser que ya Tomás de Aquino justificaba a aquel que incumplía la ley por ignorancia no culpable dado que la ignorancia convertía al acto en involuntario, y también se exime de pena cuando la involuntariedad es total o se disminuye la pena cuando hay una voluntariedad disminuida por flaqueza o pasión. Es que, si la ley es dictamen de la razón práctica, no parece coherente aceptar un cumplimiento dogmático o indiscriminado de todos los destinatarios cualesquiera sean las circunstancias, incluyendo a aquellos que sin poner en riesgo la subsistencia de la sociedad y el derecho pueden aducir razones morales personales que justifiquen su pretensión de no cumplirla.

El “iuspositivismo reforzado” de Ferrajoli en el marco de la separación entre derecho y moral, analiza la obligación jurídica y la obligación éti-

<sup>114</sup> *Ibidem* p. 23.

<sup>115</sup> Robert Alexy “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en M. Carbonell (ed.) “Neoconstitucionalismo(s)”, Trotta, Madrid, 2003, p. 40. La salvaguarda de ese límite se confía al Tribunal Constitucional Federal en tanto representación argumentativa de los ciudadanos. Alexy vincula esa moral pública al consenso por superposición (overlapping consensus) de Rawls, e invoca la autoridad de Aristóteles para justificar la falta de “exactitud” de la fórmula empleada.

<sup>116</sup> Cfr. Jorge G. Portela “La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia”, Buenos Aires, EDUCA, 2005 y Francisco Suarez “De Legibus”, cap. IX, p. 18.

co-política de obedecer las leyes. Al respecto, distingue entre el ciudadano y el juez o funcionario, concluyendo: a) en cuanto al ciudadano, más allá de la obligatoriedad jurídica apoyada por la eficacia disuasoria de la sanción, prevalecen siempre en el plano moral los valores que justifican moralmente tanto la obediencia como la desobediencia; y b) para jueces y funcionarios, la obligación política de observar las leyes, al identificarse con la de aplicarlas, es incondicionada y enteramente formal. “La separación entre derecho y moral que está en la base del estado de derecho asume así –concluye Ferrajoli– dos diversas y opuestas valencias axiológicas: mientras en el nivel institucional comporta la (relativa) autonomía del derecho respecto de las personales opciones ético-políticas de quien está encargado de aplicarlo, en el nivel individual y social, consiste, por el contrario, en la (absoluta) autonomía de la moral frente al derecho y las instituciones”<sup>117</sup>. Reiterando la mirada interna al sistema jurídico, concluye Ferrajoli: “Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en un sentido meramente potestativo, podrá hacerse solo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar –y eventualmente censurar– las leyes ordinarias vigentes”<sup>118</sup>. Queda claro que resulta coherente en la teoría ferrajoliana<sup>119</sup> no tolerar del juez el apartamiento de la ley invocando objeción de conciencia, y en cuanto al ciudadano nos parece que resultaría complicado aceptar que justifique su desobligación de la ley fundándose en su conciencia moral, pues hay que recordar la absoluta separación entre moral y derecho, y que en este último solo hay derecho, e incluso respecto de aquello que pudo tener una génesis moral.

Reiteremos que el derecho es identificado en el neoconstitucionalismo crítico o populista como un discurso ideológico del orden que procura disciplinar y ocultar, y desde aquella teoría se busca que el jurista asuma un compromiso político de izquierda en orden a cambiar las estructuras de dominación. El discurso de los derechos humanos en el marco de “situaciones de crisis, cuando los niveles del conflicto se acentúan, ese discurso meramente ideológico, se transforma en una formidable herramienta de lucha, de denuncia, de resistencia a la opresión”<sup>120</sup>. Aquí también opera la

<sup>117</sup> Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit., p. 931.

<sup>118</sup> *Ibidem* p. 876.

<sup>119</sup> Aquí también hay sintonía con Hobbes, cfr. “Leviatán”, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 179.

<sup>120</sup> Carlos Cárcova “Las teorías jurídicas post positivistas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 140.

prevención de Kennedy respecto a la contradicción que supone para el programa crítico el “conceptualizar”, pues lo decisivo es “producir efectos” y “convicción” al margen de la “corrección”, “verdad” o “razonabilidad”<sup>121</sup>, y, por ende, el llamado del profesor de Harvard a “politizar el lugar de trabajo” y “escandalizar al burgués”<sup>122</sup>. Es evidente que frente al esfuerzo dominador y disciplinador que busca el derecho, cabe el compromiso político por resistir y cambiarlo, y el camino de lograr que pierda eficacia a través del derecho a la objeción de conciencia, es un medio idóneo a esos fines. Se patentiza así la función paradójal o alternativa que puede prestar el derecho en manos de juristas críticos que asumen que “el cuerpo de derecho válido, esto es, el derecho que los trabajadores jurídicos consideran como núcleos o marcos en su encuentro inicial con los materiales, puede entenderse mejor, primero, como el producto histórico del trabajo de abogados, juristas y jueces que han llevado adelante (alguna parte del tiempo, consciente o inconscientemente) proyectos ideológicos contrapuestos...y, segundo, como siempre, aunque imprescindiblemente sujeto a desestabilización por futuras estrategias de trabajo con una orientación ideológica”<sup>123</sup>. Descartada la racionalidad como una “ilusión”, queda el derecho cargado de ideología y la tarea de los jueces escudándose en la negación de lo ideológico con su —en términos sartreanos— mala fe<sup>124</sup>, lo cual propicia el esmerilamiento del derecho y su uso alternativo y desacralizador.

### *C.3.13. ¿Ética judicial?*

Tanto en Habermas como en Alexy, aparece implícitamente la dimensión ética de los que están comprometidos en un diálogo racional, afirmando con pretensiones de corrección y con sinceridad en búsqueda de la mejor o más correcta respuesta. Sin embargo, en esos autores el peso de la moral kantiana termina diluyendo la importancia de la voluntad en aras de una racionalidad contra fáctica. Cabe de todas maneras la salvedad, que en la lista de esos neoconstitucionalistas no-positivistas importantes, encontramos explícitamente tratada esa cuestión, subrayando la importan-

---

<sup>121</sup> Guillermo Moro “Introducción” al libro “Izquierda y Derecho-ensayos de teoría jurídica crítica” de Duncan Kennedy, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010, p. 15.

<sup>122</sup> Ibidem p. 24.

<sup>123</sup> Duncan Kennedy “Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen”, en “Izquierda y derecho”, ob. cit., p. 99.

<sup>124</sup> Ibidem p. 96.



cia incluso de las virtudes judiciales; éste es el caso de Manuel Atienza, quien destaca que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas que los hacen más idóneos para cumplir la función judicial, aclarando el catedrático de Alicante que “las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales...las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial”<sup>125</sup>. En definitiva, la inevitable discrecionalidad judicial que permite escoger entre las respuestas jurídicas disponibles, remite a una personalidad o idoneidad ética que se supone generará la mejor matriz para la opción respectiva, generando legitimidad.

Es evidente que en el iusnaturalismo clásico la ética del juzgador o de aquel que pretende ser prudente resulta decisivo, dado que la verdad práctica requiere no sólo *recta ratio* sino también *apetito recto*<sup>126</sup>, esa especificidad y su diferencia con la verdad teórica está remarcada por el Aquinate: “La verdad del entendimiento practico se toma de distinta manera que la verdad del entendimiento especulativo, como se dice en el Libro VI de los Éticos. En efecto, la verdad del entendimiento especulativo se toma de la conformidad del entendimiento a la cosa conocida...En cambio, la verdad del entendimiento práctico se toma de la conformidad al apetito recto; conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no dependen de la voluntad humana, sino solamente en las cosas contingentes, que pueden ser hechas por nosotros, bien sean actos interiores, bien sean operaciones exteriores”<sup>127</sup>. En este punto, puede resultar de interés acudir a la autorizada palabra de Adela Cortina como representante de la ética dialógica, quien afirma: “Creo que a lo largo de la polémica entre neoaristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de la ética procedimental, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y télos, hasta dar lugar incluso a una ética de virtudes o de actitudes, que complementará el reciente discurso de Habermas sobre la justicia y la solidaridad”<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> Manuel Atienza “Ética judicial”, en “Cuestiones judiciales”, Fontamara, México, 2001, p. 153.

<sup>126</sup> “La prudencia se da realmente en la razón como en su propio sujeto, pero presupone como principio, la rectitud de la voluntad”, cfr. Tomás de Aquino “Suma Teológica”, I-II, c. 56, 2, ad. 3.

<sup>127</sup> Tomás de Aquino “Suma Teológica”, I-II, c.57, 5, ad.1. Para ampliar lo señalado remito a mi libro “Ética y Responsabilidad Judicial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

<sup>128</sup> Adela Cortina “La ética discursiva” en “Historia de la ética” Victoria Camps (ed.), Crítica, Barcelona, 1989, p. 554.

El escepticismo ético asumido por Ferrajoli se torna un obstáculo para diseñar racionalmente una ética judicial con pretensiones de objetiva y cognitiva, de ese modo concluyentemente afirma Moreso: “La posición de Ferrajoli me parece más bien extraña y exagerada versión del pesimismo de la inteligencia y el optimismo de la voluntad”<sup>129</sup>, a lo que se suma la misma palabra del autor italiano: “Lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda”<sup>130</sup>. Aquí conviene insistir sobre el pesimismo antropológico y el optimismo jurídico de la teoría ferrojoliana: “Los presupuestos del paradigma constitucional... son los clásicos principios liberales según los cuales: a) los hombres, sobre todo si tienen poder, son, o de cualquiera pueden suponerse que son, tendencialmente malos e inmorales; b) lo humano no está en modo alguno unida por una “unidad moral” sino, al contrario, dividida por valores, culturas e intereses diversos y antagónicos; c) los seres humanos, a su vez, son diferentes entre sí debido a razones sociales, intereses económicos y concepciones políticas y morales, por lo que están virtualmente en conflicto”<sup>131</sup>. Cerremos con la siguiente transcripción de Ferrajoli: “Con la fórmula ‘separación del derecho de la moral’ pueden entenderse dos cosas diferentes, dependiendo de que se utilice en sentido asertivo o en sentido prescriptivo. En el primer caso, la fórmula es una tesis teórica acerca de la autonomía de los juicios jurídicos respecto a los juicios ético-políticos, que tiene que ver sobre todo con el problema jurídico de la legitimación interna o validez. En el segundo caso es un principio normativo acerca de la diversidad de funciones y la consiguiente autonomía de las normas jurídicas respecto a las normas morales, que hace referencia esencialmente al político de la justificación externa o de la justicia”<sup>132</sup>. En definitiva, la eventual moral del juez está en el terreno de lo irracional o no cognoscible, y sólo queda el derecho con sus mandatos generados en la voluntad de la autoridad.

Con las tesis precedentemente señaladas del neoconstitucionalismo crítico resultará fácil concluir cual será el perfil del “buen” juez que se auspicia. Kennedy contra Dworkin no duda en sostener que nunca en el derecho

<sup>129</sup> José Juan Moreso “Ferrajoli o el constitucionalismo optimista”, *Doxa*, Alicante, t. 31, p. 286.

<sup>130</sup> Luigi Ferrajoli “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-positivismo y neo-iusnaturalismo” en *Doxa* 34 (2011), Alicante, p. 361.

<sup>131</sup> Luigi Ferrajoli “*Principia Iuris*”, ob. cit. t. II p. 550.

<sup>132</sup> Luigi Ferrajoli “Derecho y razón”, ob. cit. p. 219.

hay una respuesta correcta<sup>133</sup>, e incluso confiesa: “Ataque profundo a las estructuras básicas de racionalidad occidental burguesa, que pone en cuestión la posibilidad misma de los ‘grandes conceptos’ como la objetividad, la neutralidad, la justicia, la corrección”<sup>134</sup>. Reiteremos que “el derecho en general y las decisiones judiciales en particular, son una extensión de la política”<sup>135</sup>, y así en el trabajo judicial la ideología se canaliza prioritariamente mediante los argumentos no deductivos (policy arguments) las manipulaciones y preferencias ideológicas. El juez asume una actitud estratégica frente a los textos legales para lograr la sentencia que quiere dictar, pero sin embargo el lenguaje judicial “utiliza de manera consciente, de mala fe, la retórica dominante de la aplicación mecánica de las normas”<sup>136</sup>. Kennedy recurre a Sartre para explicar esa “mala fe”<sup>137</sup> judicial que oculta la verdad a uno mismo, por lo que existe dualidad entre engañador y engañado, llegándose a detectar cierta “semiconsciencia”<sup>138</sup> en el conflicto que vive el juez buscando la sentencia que ideológicamente prefiere. El “carisma” del juez “incrementa la fuerza del juez en la manipulación de recursos retóricos utilizados”<sup>139</sup>. Destaquemos que en la perspectiva crítica se debilita o desaparece la distinción entre creación y adjudicación judicial, en tanto ésta última cumple una función equivalente con el trabajo del legislador. Sintéticamente, el “buen” juez es el que procura con éxito el triunfo de la ideología que comparte, pues la clave está en tomar en serio a la “ideología” abandonando toda pretensión de verdad y recurriendo a una razón estratégica. Perfecto Andrés Ibañez reclama “la reinserción de la actividad judicial en la soberanía popular oponiéndose a la que considera manipulación de la judicatura en sentido represivo...si el ordenamiento jurídico no es un conjunto armónico y dotado de coherencia, sino que traduce en el nivel normativo las divisiones de la sociedad civil –y que el mismo estaría llamado a soldar–, es evidente que el juez no se encuentra ante un camino

<sup>133</sup>Duncan Kennedy, “A Critique of Adjudication, Fin de Siécle”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, año 1997, p. 129.

<sup>134</sup>Moro Guillermo, Prólogo de “Izquierda y Derecho” de Duncan Kennedy, Editores Siglo Veintiuno, Buenos Aires, año 2010, p. 20.

<sup>135</sup>Cesar Rodríguez “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces” en “Libertad y restricción en la decisión judicial” de Duncan Kennedy, Ed. Uniandes, Bogotá, 1999, p. 65.

<sup>136</sup>Ibidem, p. 62 y 63.

<sup>137</sup>Ver Duncan Kennedy, “A Critique...”, p. 199.

<sup>138</sup>Ver Duncan Kennedy, “A Critique...”, p. 199.

<sup>139</sup>Duncan Kennedy, “A Critique...”, p. 167.

único. Tendrá que elegir una entre las diversas opciones interpretativas y lo hará ya negando la existencia de éstas para considerarse como la imparcial “boca que pronuncia las palabras de la ley”, de una ley unívoca, lo que equivale a inscribirse en la misma lógica del poder con adhesión a los valores políticos e ideológicos dominantes. O bien, comprendiendo su actividad como políticamente condicionada, asumirá en la plenitud de sus determinaciones, buscando en su ejercicio la congruencia con los valores personalmente aceptados de entre los que subyacen al propio sistema legal vigente y sometiendo la opción que esto entraña a la crítica social”<sup>140</sup>.

#### *C.3.14. ¿Política y Democracia?*

En el neoconstitucionalismo no positivista constructivista, desde la confianza en la razón práctica dialógica proyectada al campo pragmático, cabe defender modelos de democracia deliberativa, incluso propuestos contra fácticamente, y un buen ejemplo de ello pueden ser Habermas o Nino. Pero recordemos algunas afirmaciones explícitas al respecto de Alexy, y empecemos transcribiendo la siguiente: “La teoría del discurso conduce al constitucionalismo democrático porque plantea dos exigencias cardinales respecto al contenido y a la estructura del sistema jurídico: derechos fundamentales y democracia”<sup>141</sup>, pero como hay distintas nociones de democracia, precisa el autor alemán: “El principio del discurso exige la democracia deliberativa. La democracia deliberativa es más que un procedimiento para establecer un equilibrio de intereses por debajo del umbral de la dictadura o la guerra civil. En ella, el plano de los intereses y del poder se superpone un plano de los argumentos, en el que todos los implicados discuten sobre la solución política correcta. La democracia deliberativa, por consiguiente, presupone la posibilidad de racionalidad discursiva... Quien quiere corrección, tiene que querer discursos y quien quiere discursos, tiene que querer democracia”<sup>142</sup>; y en otro trabajo Alexy insiste: “La democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible. Por esta misma

<sup>140</sup> Perfecto Andrés Ibáñez “Uso alternativo del derecho y práctica judicial” en “Sobre el uso alternativo del derecho”, ob. cit. p. 122.

<sup>141</sup> Robert Alexy “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa* 32, p. 78.

<sup>142</sup> *Ibidem* p. 80, igualmente Robert Alexy “Ley fundamental y teoría del discurso” en N. Cardinaux, L. Clérico y A. D’Auria (eds.), “Las razones de la producción del Derecho”, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), 2006, p. 30.

razón, la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos. En este sentido, la representación parlamentaria del pueblo es, a la vez, volitiva o decisionista y argumentativa o discursiva. En cambio, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa<sup>143</sup>. Alexy afronta la dificultad de conciliar el control de constitucionalidad con la democracia, y en ese punto afirma: “La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, es considerando que aquél es también una forma de representación del pueblo...El concepto de representación argumentativa es la clave para solucionar los anteriores problemas y, por consiguiente, también es central para solucionar el problema general del control de constitucionalidad”<sup>144</sup>. Es obvio que pueden presentarse conflictos entre los derechos fundamentales y la democracia, en tanto si se le otorga una primacía absoluta de aquellos se corre el riesgo de suprimir “la libertad de acción del Legislador en extensos ámbitos de la vida política”, en definitiva: “El proceso de creación del derecho tiene que ser democrático. Además, el principio de la mayoría no debe valer ilimitadamente”. La propuesta alexyana es “constitucionalismo moderado”<sup>145</sup>, o sea un punto intermedio entre el constitucionalismo y el legalismo, según el mismo se defiende una visión de la Constitución como “orden fundamental” y “orden marco”, lo cual es posible si “en primer lugar, ella ordena y prohíbe algunas cosas, establece un marco; si en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción”<sup>146</sup>, y en esa matriz no cabe la tesis de la infalibilidad del legislador. En síntesis, la corrección en la política y el derecho requiere diálogo racional y su institucionalización en la democracia deliberativa.

Más allá de lecturas diferentes, apoyándose también en una razón práctica de raigambre aristotélica que alcanza el plano prudencial, también cabe la posibilidad de respaldar democracias deliberativas al modo de la propuesta de Francesco Viola. El profesor italiano analiza<sup>147</sup> las relaciones

<sup>143</sup>Robert Alexy “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Perfecto A. Ibáñez y Robert Alexy “Jueces y Ponderación Argumentativa”, UNAM, México, 2006, p. 14.

<sup>144</sup>Ibidem p. 13.

<sup>145</sup>Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, ob. cit., p. 177.

<sup>146</sup>Robert Alexy “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, Madrid, año 22, n 66, 2002, p. 23.

<sup>147</sup>Cfr. Francesco Viola “La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo”,

entre Constitución y democracia, estableciendo dos modelos: a) el de la “Constitución-custodio” en tanto ella marca el límite externo de la democracia por lo que ésta termina siendo una “democracia vigilada”, estando principalmente a cargo de los jueces ese control extrínseco; y b) el de la “Constitución-simiente” que se basa en que los principios constitucionales no son completos o están indeterminados, sino que son razones fundamentales que deben ser desarrollados en el marco de contextos sociales y circunstancias históricas, por ende aquí se da una “democracia agricultora”, y asume mayor protagonismo la actividad legislativa. Por supuesto que Viola prefiere el último modelo que implica la necesidad de llevar a cabo una lectura moral de la Constitución, en donde se requiere interpretar razones mediante una práctica argumentativa que desdibuja los límites entre derecho y moral. Rechaza Viola las democracias deliberativas puramente procedimentales en tanto hay presupuestos sustanciales que son también sujetos al procedimiento deliberativo, pero aquí deberían prevalecer las razones que tienen mayor peso argumentativo y, por esa vía, cabe reconocerle a las “decisiones democráticas un cierto valor epistémico”<sup>148</sup>. La deliberación argumentativa apela a valores imparciales apoyados en razones prevalentes esgrimidas por ciudadanos libres e iguales, que no tienen la misma filosofía de vida, ni parten de la primacía indiscutible de sus preferencias. “La deliberación política –precisa Viola– no atiende solo a los medios, sino también a los fines políticos fundamentales”<sup>149</sup>, pero la pregunta remite a si es compatible con el principio mayoritario, y al respecto, Viola descarta que el principio de mayoría meramente agregativo o de votos tenga valor epistémico, e insiste que la deliberación es un proceso cognoscitivo que se distingue de la “demostración” y de la “persuasión retórica”. La “concepción constitucional de la democracia” exige argumentar sobre el bien común de la sociedad política, por eso, ella no es “democracia estadística” en donde cada uno aporta sus preferencias y se prescinde de la “verdad”. Critica Viola a la visión de Nino centrada en proteger la autonomía individual, dado que ésta no basta porque se requiere la autonomía de la misma comunidad política en donde “cada ciudadano posee así un derecho a la justificación argumentada y un deber de justificar, o bien, un derecho-deber a la razonabilidad”<sup>150</sup>, y consiguientemente,

---

UNAM, México, 2006.

<sup>148</sup> Ibidem p. 22.

<sup>149</sup> Ibidem p. 23.

<sup>150</sup> Ibidem p. 68.

cada ciudadano aporta su visión de la sociedad justa. Por supuesto que detrás de la teoría de Viola está presente la filosofía clásica que defiende la sociabilidad natural en el hombre y la importancia de las virtudes en los ciudadanos prudentes posibilitados de buscar los bienes individuales y los bienes colectivos o comunes. En Finnis uno de los bienes humanos básicos es la amistad y la sociabilidad, y una de las exigencias de la razonabilidad práctica es “favorecer y promover el bien común”<sup>151</sup>. En el profesor oxoniense el bien común remite a los valores básicos que son buenos para toda y cada una de las personas, de modo que cada uno de ellos “es él mismo un bien común puesto que puede ser participado por un número inagotable de personas en una variedad inagotable de formas o en una variedad inagotable de ocasiones”<sup>152</sup>. La definición finnisiana privilegiada de “common good” es: “Conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad”<sup>153</sup>.

El modelo democrático ferrajoliano completa la dimensión formal con la sustancial, en tanto la Constitución establece la esfera de lo “no decidable” porque ya está decidido y, por ende, sustraído de otras decisiones. Dicha teoría termina brindando una matriz fuertemente juricista en donde eventualmente sólo queda el recurso a la mayoría sin posibilidad de alcanzar deliberaciones racionales, dado el rechazo a la razón práctica<sup>154</sup>. El Estado Constitucional de Derecho es un Estado de derecho “fuerte” porque “el legislador ya no es omnipotente, en el sentido de que las leyes no son válidas sólo por haber sido producidas por él, en las formas y con los procedimientos establecidos; lo serán si, además resultan también coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco es omnipotente la política, cuya relación con el derecho se invierte: también ella y la legislación, que es su producto, se subordinan al derecho, hasta el punto de que no es el derecho el que puede ser concebido como instrumento de la política, sino, al contrario, es la política que ha de ser asumida como instrumento para la actuación del derecho, y precisamente de los principios y de derechos

<sup>151</sup> Cfr. “La teoría jurídica de John Finnis” en mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

<sup>152</sup> John Finnis “Ley Natural y Derechos Naturales”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 184.

<sup>153</sup> Ibidem.

<sup>154</sup> Luigi Ferrajoli “Epistemología jurídica y Garantismo”, ob. cit., p. 270.

fundamentales inscritos en ese proyecto, a la vez jurídico y político. La tesis ferrajoliana que en el Estado de Derecho Constitucional la política se subordina al derecho, implica que la política y la democracia queda clausurada a los límites ya marcados en la constitución, impidiendo flujos de cuestionamientos, actualizaciones o cambios<sup>155</sup>. De aquí se sigue un cambio en la naturaleza misma de la democracia: ésta ya no consiste simplemente en su dimensión política, proveniente de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa que condiciona la vigencia de las leyes, sino que también consiste en la dimensión sustancial que le viene impuesta por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos<sup>156</sup>. En el Estado Constitucional de Derecho –amplía Ferrajoli– ya no hay “poderes absolutos”<sup>157</sup> y la democracia deja de ser meramente “formal” o “procedimental” en donde el pueblo directa o a través de sus representantes está habilitado para adoptar decisiones, pues, a esa exigencia se le suma lo “sustancial”, en tanto la Constitución define qué cosa se debe o no decidir, las cuales se identifican con los derechos de libertad que el Estado no debe violar y con los derechos sociales que éste debe satisfacer.

El neoconstitucionalismo crítico o populista auspicia o se orienta a una democracia radical o agónica –utilizando expresiones típicas de Ernesto Laclau o Chantal Mouffe– en tanto se asumen los antagonismos en la vida social y la necesidad política de construcción de identidades populares; pero se critican las propuestas de democracias liberales o deliberativas dado la prevalencia del individuo y la confianza en la razón. Un antecedente remoto, pero elocuente, puede ser el Marx de la “Crítica de la filosofía del Estado de Hegel” cuando afirmaba: “El Estado político tiene que desaparecer en la verdadera democracia”<sup>158</sup>. Mark Tushnet no duda en sostener que los estudios críticos sobre el derecho “son menos un movimiento in-

<sup>155</sup>Cfr. los artículos de Ermanno Vitale y Anna Pintore en “Los fundamentos de los derechos fundamentales” Luigi Ferrajoli, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Geminello Preterossi comentando la propuesta ferrajoliana escribe: “¿no corre el riesgo de ser la expresión de una auto-narración incompleta de la modernidad, que produce una confianza excesiva en la posibilidad –y razonabilidad– de una juridización integral de la política?” en “Principia Iuris ente normatividad y poder: sobre el Estado Constitucional de Derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli”, art. cit. p. 324.

<sup>156</sup>Ibidem p. 261.

<sup>157</sup>Luigi Ferrajoli “Paradigmas de la democracia constitucional”, Universidad Nacional de Rosario-EDIAR, Buenos Aires, 2009, p. 35.

<sup>158</sup>Karl Marx “Crítica de la filosofía del Estado de Hegel”, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002, p. 100.



telectual sobre el derecho (aunque también lo sea) que una locación política”<sup>159</sup>, y es en función de esa posición política y la lucha que asume en ese terreno es que se elabora la teoría. Por eso, reiteremos que es la política la que domina y controla a la teoría y a la práctica de los juristas. Desde esa identidad Kennedy confiesa sus propósitos: “Mostrar cuánto del derecho actual vigente era el producto de proyectos políticos tanto de derecha como de la izquierda moderada, para que entonces pudiéramos discutir por proyectos más radicales, no sobre la base de lo legalmente correcto, pero sobre la base de que eran correctos si la gente los quería”<sup>160</sup>. Desde esa misma sintonía, se auspicia –reiteremos– una “democracia radical” o “agónica” o una “realización autogestionaria de la política”<sup>161</sup> en tanto se asumen los antagonismos en la vida social y la necesidad política de construcción de identidades populares, pero se critican las propuestas de democracias liberales o deliberativas dado la prevalencia del individuo y la confianza en la razón. Pietro Barcellona en su crítica a la modernidad liberal afirma: “El ‘derecho igual’ moderno cancela este momento atributivo, lo oculta, y se presenta como un derecho de la circulación, de la igualdad, de sujetos que son ya individuos atomizados que entran en relación sólo con el mercado y que sólo tienen en común la prohibición fundamental de interferir uno la esfera del otro...Crítico el ‘derecho igual’ porque pienso en una forma de democracia como participación igualitaria en las cosas comunes. Pero el derecho a la igual participación implica la insuprimibilidad de las diferencias...La subjetividad es plural, estructuralmente plural...Sólo existe la praxis colectiva que crea y desarrolla la subjetividad”; y en cuanto a su teoría de la democracia como autogobierno y autocreación dice: “La democracia es la forma reflexiva de la praxis y de la socialización...Democracia y derecho no son la misma cosa. El derecho son los códigos, el derecho de la igualdad...; la democracia es la socialización del poder normativo, la constitución política de lo social”<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup>Mark Tushnet “Critical Legal Studies: A Political History”, *The Yale Law Journal*, vol. 100, n. 5, 1991, p. 1515.

<sup>160</sup>Duncan Kennedy “Critical Legal Theory”, en Tiefenburn, Susan (ed.) *Law and the Arts*, Westport, CT, Greenwood Press, 1999, p. 117.

<sup>161</sup>Carlos Cárcova “Las teorías jurídicas post positivistas”, ob. p. 73.

<sup>162</sup>Pietro Barcellona “El individualismo propietario” ob. cit. p. 154, 160 y 161.

### *C.4. Conclusión*

Hemos desarrollado en el punto anterior las perspectivas neoconstitucionales en torno a catorce cuestiones o problemas, y fácilmente se puede concluir que existen amplias coincidencias en las respuestas que al respecto brindan las teorías jurídicas no positivistas kantianas con las de raigambre aristotélica, y al mismo tiempo, la distancia que tienen con el positivismo crítico de Ferrajoli, la que se profundiza cuando las comparamos con el neoconstitucionalismo crítico posmoderno. Por supuesto, que el estudio podría ampliarse y completarse con otros análisis, por ejemplo, podríamos destacar las peculiaridades de las diferentes teorías, en tanto hay temas o ámbitos que algunas de ellas estudian o se detienen, mientras que las otras no lo abordan o lo hacen muy ligeramente. A este respecto, digamos que una prueba de ello puede ser el notable desarrollo ferrajoliano en materia de las proyecciones del constitucionalismo al plano internacional, con su democracia cosmopolita y el constitucionalismo global. Pero también podríamos intentar hacer un relevamiento de las diferencias entre los neoconstitucionalismos no positivistas, en buena medida a tenor de una base antropológica, moral y gnoseológica diferenciada (Kant y Aristóteles), que finalmente se traduce en posiciones divergentes<sup>163</sup>. Incluso en ese análisis podríamos detectar el acercamiento entre kantianos y ferrajolianos en temas puntuales del campo moral, como por ejemplo la respuesta positiva sobre el aborto, aunque con una amplitud y fundamentación muy diferente en Alexy y Ferrajoli. De todas maneras, no es ése el objetivo propuesto, que como dijimos al comienzo, quería hacer una especie de descripción de las cuatro teorías jurídicas en juego, con la finalidad anexa orientada a verificar amplias coincidencias entre los no positivistas y su separación con la teoría ferrajoliana y la crítica o populista.

El esfuerzo concretado no ignora que –como anticipábamos al comienzo– hay coincidencias entre todos los neoconstitucionalistas a la hora de estudiar, avalar y promover al EDC. A los fines de poner de relieve aquellas genéricas coincidencias que constituyen tesis centrales de las variantes neoconstitucionalistas, señalemos sintéticamente por ejemplo: i) la operatividad jurídica de la Constitución; ii) el respeto irrestricto que imponen los derechos humanos o fundamentales con una fuerte preocupación para su satisfacción; iii) el importante compromiso de los juristas y el conocimiento jurídico con una dimensión valorativa y directiva de la realidad; iv)

<sup>163</sup> Remitimos a mi libro “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, ob. cit.

la necesidad de una reformulación del Estado superando la noción clásica de soberanía; v) una defensa incondicional de la democracia como forma de gobierno; y vi) el rechazo a las tesis centrales y constitutivas del “paleopositivismo jurídico kelseniano” y del EDL. Al margen de esas coincidencias, no debemos olvidar las peculiaridades del neoconstitucionalismo crítico o populista, en tanto su “aval” al EDC está movilizado por el interés de su superación, de modo que su “promoción” persigue finalmente dejar atrás el engaño y el ocultamiento que esconde el EDC bajo grandes y emotivas palabras como razón, verdad, igualdad, libertad, justicia, etc.<sup>164</sup>.

Quizás la conclusión más importante a la que podemos arribar es que solo asumiendo a algunas de las versiones neoconstitucionalistas le resultará posible al jurista comprender y operar el derecho característico del EDC propio de nuestro tiempo. Es que como ya lo destacamos al comienzo, todo modelo de Derecho y de Estado requiere de alguna teoría que lo explique, avale y promueva; en el EDL ese papel lo cumplió centralmente el iuspositivismo, pero los cambios notables que supuso el EDC importaron la exigencia de “dejar atrás al positivismo jurídico”<sup>165</sup>. También es cierto que cada vez más se escuchan voces de alerta por un despliegue o activismo judicial que torna al derecho con una cuota de imprevisibilidad e inseguridad jurídica difícil de digerir para el jurista y el ciudadano común. Puede detectarse en amplios sectores de la doctrina que al comienzo vieron con buenos ojos las tesis características impulsadas por el neoconstitucionalismo, que van generando críticas genéricas a ese movimiento y que reclaman volver a propuestas que se pensaban superadas por el EDC<sup>166</sup>. En buena medida con el presente artículo pretendimos alertar que el neoconstitucionalismo ofrece versiones bastante distintas, y que no todas ellas suponen —es ésta una de las principales críticas— que los jueces están habilitados a resolver todos los casos sólo con principios jurídicos, tornándose las reglas como algo irrelevante y siempre derrotables. Al mismo tiempo, corresponde alertar que las Facultades de Derecho en su gran mayoría siguen inercialmente formando a los juristas pensando en el EDL, y de ese modo, se los condena a cierta

<sup>164</sup>Francisco Leocata ha defendido la tesis que Nietzsche a pesar de su irracionalismo, puede considerarse un radicalizador de algunas premisas de la ilustración (“Modernidad e Ilustración en los primeros escritos de Nietzsche”) en *Sapientia* 210 (2001), p. 445-480.

<sup>165</sup>Cfr. Manuel Atienza - J. Ruiz Manero “Dejemos atrás al positivismo jurídico”, *Isonomía*, México, n. 37.

<sup>166</sup>Cfr. “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones” en mi libro “Constitucionalización y Judicialización del Derecho”, Porrúa, México, 2013.

---

esquizofrenia dado que ellos cuentan con un aparato conceptual y aptitudes de poca utilidad para afrontar los desafíos y exigencias que conlleva el EDC. El resultado es tener que moverse en esa nueva realidad cómo se pueda, intentando disimular las limitaciones e incompetencias con las que han sido formados.



# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR ALFONSO SANTIAGO\*

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Académico Dr. Jorge R. Vanossi; colegas Académicos; señores Magistrados Judiciales; familiares y amigos del nuevo Académico; señoras y señores aquí presentes:

Tengo el enorme honor y la gran alegría de poder presentar hoy al Académico Dr. Guillermo Yacobucci en este acto de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Ingresa hoy a esta corporación uno de los penalistas más destacados de habla hispánica en nuestros días y un muy prestigioso juez penal, hoy integrante de la Cámara Federal de Casación Penal. En base a sus méritos académicos y profesionales, ha sido integrante de las dos últimas comisiones redactoras de anteproyectos de Código Penal en nuestro país.

Con su incorporación, el Dr. Yacobucci se une al número de los destacados penalistas argentinos que han sido integrantes de esta Academia, como los Académicos Dres. Francisco Ramos Mejía, Rodolfo Moreno, Rodolfo Rivarola, Ernesto Ure, Enrique Ramos Mejía, Sebastián Soler y Eduardo Aguirre Obarrio.

Guillermo Jorge Yacobucci, nació en esta Ciudad el día 16 de abril de 1956. Es abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires en el año 1979 y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, habiendo defendido la tesis doctoral sobre “Los principios penales” el día 14 de marzo de 2001, obteniendo la máxima calificación, sobresaliente “*suma cum laudem*”.

---

\* Discurso de recepción del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 6 de diciembre de 2018.

En el año 1974 ingresó al Poder Judicial de la Nación. Mediante decreto 442 del 16 de marzo de 1993 fue designado por el Presidente de la Nación con acuerdo del Honorable Senado de la Nación, Juez de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal n°6.

Actualmente es Juez de la Cámara Federal de Casación Penal.

Recibió el Premio a la Excelencia Judicial, otorgado por FORES e IDEA en octubre del 2003.

Tiene publicados libros de su autoría, en coautoría y en obras colectivas, tanto en nuestro país como en el extranjero, entre las que cabe mencionar las siguientes:

- La deslegitimación de la potestad penal<sup>1</sup>;
- El sentido de los principios penales<sup>2</sup>;
- La flagrancia, Concepto y tipo procesal<sup>3</sup>;

Es profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y Director de su Departamento de Derecho Penal.

Ha dictado más de doscientas conferencias, cursos y seminarios en Argentina, Chile, Paraguay, Colombia, Italia, España, Uruguay, Brasil, Estados Unidos y Perú.

Como muchos de los más destacados penalistas alemanes, Guillermo Yacobucci ha cultivado, junto a la ciencia penal, la filosofía del derecho. Su tesis sobre los principios del derecho penal es una cabal muestra de ello. Ha sabido combinar con maestría el rigor de la dogmática penal y con la profundidad de sentido, propia del iusfilósofo humanista. Estas características de su formación y de su pensamiento pueden ser una contribución importantísima al debate penal de nuestros días donde se enfrentan ideas minimalistas y abolicionistas del derecho penal, con otras doctrinas que afirman el valor del sistema y la legalidad penal por sí mismas, sin dar a cada persona humana y a su acción libre y responsable el adecuado lugar que le corresponde en la teoría penal.

---

<sup>1</sup> Editorial Abaco, Buenos Aires, marzo de 2000, 361 páginas. Dividido en tres partes y XV Capítulos. ISBN 950-569-129-7.

<sup>2</sup> Editorial Abaco, Buenos Aires, mayo de 2002, dividido en tres partes, XV capítulos, 480 páginas, ISBN 950-569-169-6.

<sup>3</sup> Editorial Hammurabi, Buenos Aires, abril 2017, XI Capítulos, 186 páginas, ISBN 978-950-741-818-1.

Junto a su vasta producción académica, tal vez uno de los más valiosos aportes que ha realizado el Dr. Yacobucci a la ciencia jurídica es la constitución y desarrollo del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral. En su ámbito se han creado la Especialización y la Maestría de Derecho Penal y se han organizado numerosísimas actividades y Jornadas de nivel internacional con la participación de los más desatcados penalistas de nuestros días como Jesús Silva Sánchez, Günther Jakobs, Urs Kindhäuser, Filippo Sgubbi, Sergio Moccia, Andrea Castaldo, Raffaele Cantone, Enrique Bacigalupo, Paul Robinson, entre muchos otros.

Pero más allá de la organización de estas actividades académicas, lo que más se ha destacado a ese Departamento de Derecho Penal es el impulso de la investigación con una decena de jóvenes profesores que se han doctorado en los últimos años.

Señalaba Guillermo Humboldt, fundador a comienzos del siglo XIX de la Universidad de Berlín, que “quien enseña ha de investigar y enseñar a investigar”. Esta consigna fundamental guió la transformación de la universidad alemana moderna y desde allí irradió su influencia en las más destacadas universidades del mundo, particularmente en el ámbito anglosajón.

Guillermo Yacobucci ha sido un cabal seguidor de esa señera premisa, que es el faro de la auténtica vida universitaria en nuestros días. Él no se limitó a dar clases y transmitir el conocimiento hasta entonces elaborado, sino que mediante su labor de investigación personal ayudó a crear nuevos conocimientos. Sin embargo, tampoco ahí terminó su contribución académica. También enseñó a investigar, promovió a muchos jóvenes profesores a la realización de tesis doctorales y a la activa participación en Congresos internacionales de su especialidad.

Pero si la vida universitaria tiene como sustancia la realización de las tareas de docencia e investigación, ella también requiere de la creación de un ambiente de auténtica amistad, sin la cual ella resulta árida y humanamente poco atractiva. Es allí donde también se destaca el Doctor Guillermo Yacobucci. Ha sabido en todos estos años crear una ambiente cálido y agradable de auténtica “amicitia” universitaria. Sus alumnos, discípulos y colegas no sólo ven en él un brillante y elocuente profesor, sino un ser humano cercano y generoso que los estimula de modo continuo hacia su superación. “Quiero sacar de ti, tu mejor ti”, dice el poeta y ello también puede ser el lema de todo buen formador universitario. Sin violencia, ni



coacciones, por el peso propio y el fuerte atractivo que siempre tienen el bien, la verdad y la belleza cuando se reflejan en vidas ejemplares.

Dicen que en la vida hay primeros y segundos padres. Los primeros son los que nos dan la vida y la educación fundamental. Los segundos, son quienes nos ayudan a seguir creciendo y madurando. Desde esta perspectiva, son muchos los que reconocen a Guillermo Yacobucci como un segundo padre.

Ninguna de sus realizaciones profesionales y académicas hubiera sido posible, ni menos aún fecundas, sin la compañía de la lindísima familia que ha sabido formar junto con María Alicia (Marilita, como muchos la llamamos) y sus hijos Mercedes, Ignacio, Guillermo, Josefina y Francisco. Como todos los logros de un padre de familia, ellos tienen mucho de bienes gananciales: son bienes comunes alcanzados gracias al aporte de todos los integrantes de la familia y para que todos disfruten de ellos.

Académico Guillermo Yacobucci: lo recibimos con mucha alegría en nuestra corporación a la que tanto puede contribuir con el cultivo de la siempre actual y relevante ciencia del derecho penal.

Hoy se incorpora a nuestra casa. Lo hace rodeado de la compañía y el afecto de su familia, de sus amigos, de sus colegas y de sus alumnos, muestra acabada de todo el bien que ha sembrado a lo largo de su vida.

El público reconocimiento que usted recibe en este acto es la acumulación en un instante del mérito de muchos de sus actos cotidianos y silenciosos dispersos en el tiempo. Recoge así el callado eco de cientos de personas a las que ha enriquecidos a lo largo de estas décadas de vida.

Querido Guillermo, seas muy bienvenido a esta nuestra Academia que ahora espera con ansias tu discurso de incorporación que confirmará con creces lo que he intentado manifestar en esta presentación.

# LA CUESTION DE LA CULPABILIDAD EN LA CIENCIA PENAL ACTUAL

POR GUILLERMO JORGE YACOBUCCI\*

## Introducción

Agradezco la presentación del académico Dr. Alfonso Santiago, amigo y colega. Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, académico, Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, académicos presentes, profesores, magistrados, colegas, amigos, familiares, no puedo iniciar este discurso de ingreso a la Academia, sin antes hacer explícito el honor que significa para mí formar parte de esta Institución.

En un tiempo donde la discusión jurídica –social y política– se ha banalizado y el debate de los grandes temas del derecho es abordado con asombrosa rusticidad o a través del intercambio de opiniones insustanciales y agresivas en las redes sociales y paneles mediáticos, poder integrar esta Corporación, posee un significado particular; no solo en lo personal, sino especialmente como oportunidad de servicio, ante la necesidad para la República de rescatar la naturaleza científica, racional y difusiva de lo verdadero, bueno, honesto y justo, propio del pensamiento práctico.

Cada silla de esta Academia tiene, además de un patrono histórico –a mi respecto, el Dr. Salvador María del Carril– un inmediato predecesor en el sitial que ahora habré de ocupar. En mi caso, es el académico Dr. Juan Aguirre Lanari, que ingresó en esta entidad el 19 de octubre de 1978, donde dirigió el Instituto de Derecho Constitucional. En el homenaje a Aguirre Lanari, que aquí mismo se le hiciera en el año 2013, el académico Vanossi lo definió como gran caballero de la vida pública argentina; mientras que

---

\* Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 6 de diciembre de 2018.

el académico Badeni destacó “su excelencia, su equilibrio, su tenacidad y firmeza de carácter”, que avalaron su dignidad académica, no solo intelectual, sino también de vida.

Encuentro en unas palabras del propio Aguirre Lanari –como creyente y hombre de familia– la síntesis de esas descripciones de sus colegas: “debo darle gracias a Dios, que condujo mis destinos hasta aquí, exagerando mis aciertos y disimulando mis errores”. Entre las gracias recibidas, mencionaba especialmente a su esposa, Amelia Vernengo Lima –“Kika”– que, al igual que en mi caso “Marilita” Miles, mi mujer, reconocía que “no hay decisión trascendente en mi vida que no la haya consultado con ella, y su consejo fue siempre decisivo”. Así, Aguirre Lanari rogaba poder llegar juntos al final, con “lucidez y amor, bajo el amparo de la inagotable bondad de Dios”, como aconteció.

Marcado entonces por tan exigente estándar académico y existencial impuesto por mi predecesor en el sitial y, siendo imperativo, como jurista dedicado al derecho penal, que asuma alguno de los grandes temas que reclama su actual crisis, escogí la cuestión de la culpabilidad penal, por ser una noción científica que atraviesa todas las instancias de la teoría del delito.

Los límites que imponen la naturaleza y oportunidad de esta disertación indujeron, además, la selección de tres aspectos fundamentales para comprender los términos del debate: paradójicamente, se atenderá en primer lugar, a la disputa sobre el significado y validez de la noción misma de culpabilidad en el derecho penal actual; luego se ingresará en la problemática sobre el papel de la libertad, no solo como atributo definitorio del sujeto responsable, sino también como criterio de exigibilidad jurídica frente a su ejercicio en el caso concreto y, por último, se juzgará la relación presente entre la exigibilidad, la culpabilidad y la pena.

El cierre estará constituido por un elenco de conclusiones con la aspiración de que sirvan como orientación frente a estos problemas.

## **1. El sentido de la culpabilidad y su legitimación en el derecho penal actual**

Sin perjuicio de la importancia científica de la distinción entre antijuricidad y culpabilidad –ya avanzado el siglo XIX– puede señalarse a la re-

flexión sobre su ubicación dentro del sistema tripartito de delito –v. Liszt/Beeling– como la fuente que potenció el debate acerca de su “contenido”. Primero, desde una perspectiva claramente psicológica y luego –Frank<sup>1</sup>– integrando aspectos normativos que dieron fundamento a las nociones de exigibilidad y reprochabilidad. A partir de entonces, los criterios de normativización en ese marco vienen agitando el debate, no solo dentro de la ciencia penal, sino también de la Política criminal.

Sin embargo, desde mediados del siglo XX se ha puesto en discusión el uso del término culpabilidad dentro del Derecho Penal, por su resonancia moral o teológica que, aparentemente, contaminaría los presupuestos del sistema penal actual. Incluso, se ha reclamado disponer definitivamente de la expresión culpabilidad, aduciendo que su génesis resulta contraria a un estado secular. De la mano de esa pretensión, también se consideró impropio hablar de merecimiento y retribución como fundamentos decisivos de la sanción<sup>2</sup>, buscando sucedáneos más neutros, asentados sobre la proporcionalidad y la necesidad meramente preventiva de sanción. En ese contexto, desde una perspectiva deslegitimadora del *ius puniendi*, se puede identificar, por un lado, a la criminología crítica y, por el otro, a las teorías abolicionistas.

La primera, esto es, la Criminología Crítica, parte de considerar al delito y a la responsabilidad del sujeto, como meros productos o constructos sociales orientados al mantenimiento del sistema de producción; asumiendo fundamentalmente, criterios surgidos del materialismo dialéctico. Esto se advierte, por ejemplo, en el pensamiento de Taylor, Walton y Young volcado en una obra histórica –La nueva criminología– que, sin perjuicio de considerar insuficientes los textos de Marx sobre el particular, se hacen cargo de utilizar los instrumentos de crítica socio económico para afrontar la cuestión penal. Aspecto que, en el ámbito del pensamiento continental, encuentra en la obra de Baratta, un expositor de notable nivel científico y

<sup>1</sup> FRANK, R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, del que existe una traducción realizada por Sebastián Soler en la década de los sesenta del siglo XX y, otra más reciente, publicada en la Colección “Maestros del Derecho Penal”, del año 2000, de la editorial B de F. Cabe destacar en esa obra, el señalamiento que hace Frank sobre la necesaria valoración de la normal disposición del sujeto y de las circunstancias concomitantes a su actuación a los fines del reproche y más allá de la relación psíquica del agente con su hecho –dolo o imprudencia–. Da pie así, a la problemática de la exigibilidad.

<sup>2</sup> Una aproximación al problema puede verse en YACOBUCCI, G., *El merecimiento dentro de la semántica de la retribución*, en Derecho, sanción y justicia penal, Coordinada por Raúl Carnevali, Buenos Aires/Montevideo, B de F, 2017, pp.459 y ss.

que, en lo que aquí interesa, señala que tanto el delito como su represión son elementos inducidos naturalmente del régimen capitalista de producción<sup>3</sup>.

Desde otra perspectiva y ya en el ámbito nacional, resulta destacable la reflexión de Zaffaroni sobre los aspectos relacionados con la culpabilidad penal; sobre todo, a partir de la idea de vulnerabilidad que ubica dentro de la construcción de una teoría del delito, que podría denominarse “dogmática crítica”. Si bien establece como base incuestionable del reproche de culpabilidad, la calidad de los motivos que determinan a delinquir a un sujeto, luego expone la relevancia de los “estereotipos negativos” para la criminalización. Por eso, pone bajo análisis la distinción entre una “vulnerabilidad” casi natural, surgida de una especie de “tipicidad social” y aquella que es producida por el propio sujeto, como si se tratara de un “esfuerzo” personal en ser alcanzado por la respuesta punitiva. Eso que denomina “esfuerzo”, es en realidad la concreción de una decisión contra el bien jurídico, teniendo un campo de disponibilidad razonable para no hacerlo<sup>4</sup>.

En el campo del abolicionismo, la cuestión progresa por ejemplo, a través de la falta de justificación moral del poder estatal secular para imponer penas, esto es, lo que definen como “dolor” inútil. Lo que Nils Christie describe críticamente como un efectivo “reparto del dolor”<sup>5</sup>.

Ya desde una aproximación científico penal, Roxin se vale de la noción de responsabilidad para justificar la aplicación de penas. En esa idea hace concurrir, como momentos diferenciados, a la culpabilidad fundada en la “accesibilidad normativa” y a la necesidad preventiva de sanción penal. La primera reemplaza la idea de libertad, mientras que la segunda permite excluir la finalidad retributiva de la pena<sup>6</sup>.

En lengua española, Mir Puig postula, por su parte, hablar de imputación personal con el fin de evitar cierta resonancia moral en la consideración de la culpabilidad. Así, esta instancia debe actuar como límite a las

<sup>3</sup> Se puede consultar, TAYLOR, I., WALTON, P., y YOUNG, J., *La nueva Criminología* –edición española– Amorrotu, Buenos Aires, 1997 y BARATTA, A., *Criminología Crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, México, 1998. Un análisis puntual de estos planteos se puede ver en YACOBUCCI, G., *La deslegitimación de la potestad penal*, Abaco-Depalma, Buenos Aires, 2000.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, en *Criminología, aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1988, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989 y, obviamente, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, pp.1003/1010.

<sup>5</sup> CHRISTIE, N., *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001.

<sup>6</sup> ROXIN, C., “*Strafrecht Allgemeiner Teil*”, Band 1, 3 Auflage, Beck.

exigencias de prevención, de acuerdo a los principios del Estado democrático. Tomando distancia del libre arbitrio, Mir Puig sostiene que la base de la atribución personal está en la posibilidad del sujeto de haber sido motivado normalmente<sup>7</sup>.

Para confrontar y rebatir estas proposiciones debe indicarse que, en el lenguaje ordinario, la culpabilidad expresa la responsabilidad por un comportamiento que ha dañado alguna regla o precepto y que justificaría consecuencias negativas para el sujeto. Esta percepción es asumida justamente por Robinson en su caracterización del *empirical desert* que parte de las intuiciones sociales<sup>8</sup> sobre la justa responsabilidad.

La culpa incluso es objeto de reflexión personal, en tanto uno es capaz de imputarse a sí mismo ante el foro de la consciencia. Esta actúa como si el individuo se desdoblara psicológicamente para facilitar, desde cierto distanciamiento, un juicio sobre lo sucedido. El remordimiento y la vergüenza son por eso identificados como probables respuestas normales del propio sentimiento moral ante lo actuado.

Por eso dice Kaufmann que aquel que piense que una sanción despojada de culpa, responsabilidad y libertad, se presenta como más humana o liberal, incluso que haga más fácil el castigo que la culpabilidad, “difícilmente se pueda apoyar en la experiencia”<sup>9</sup>.

Esa consideración psicológica permite identificar desde ahora algunos aspectos relevantes: 1) aun la culpabilidad más íntima es consecuencia de percibir una ruptura con lo debido, 2) es en concreto una censura que deriva de un juicio y este 3) si bien implica “*per se*” una reprobación, va acompañado de un padecimiento.

En el plano de la moral interpersonal, es decir social, resulta aún más clara y manifiesta esta caracterización, pues el juicio sobre la responsabilidad del sujeto ya no depende del mismo, sino que es pronunciado por otros –alteridad– asumiendo un marco regulador de los intercambios propios de la convivencia. En ese contexto, la imputación de culpabilidad es consecuencia de un juicio de valor y actúa como un signo: señala la reprobación de lo actuado y a quien debe dar cuenta por lo acontecido.

<sup>7</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1996.

<sup>8</sup> ROBINSON, P., *Competing Conception of Modern Desert: Vengeful, Deontological, and Empirical*, Cambridge Law Journal 68, marzo, 2008.

<sup>9</sup> KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p.440.

De esa forma queda en evidencia que las palabras pueden presentar – exteriorizar– en la consideración social, científica y jurisdiccional, tanto un *significado denotativo* como otro de naturaleza *connotativa*. Lo que la culpabilidad denota como palabra, es expresión de su contenido conceptual – de forma tendencialmente objetivada– al interno del sistema donde se use.

Sin embargo, desde el punto de vista connotativo se agregan funciones de tipo subjetivo, pues a esa expresión conceptual, se suman aspectos de comprensión valorativa que son percibidas por el receptor según la operatividad de quien la profiere –ciudadano, dogmático o magistrado–.

Señalar que alguien es culpable o responsable denota dentro de la teoría del delito que un sujeto ha de cargar con las consecuencias punitivas del injusto atribuido. Al mismo tiempo, esa consideración connota en el contexto de la convivencia “algo” claramente disvalioso para la evaluación social, de allí que se hable de efectos “estigmatizantes” por la “marca” que deja esa imputación dentro del espacio comunicativo.

*En la memoria histórica de los hombres se observa que la ruptura de las reglas o leyes dentro de la convivencia o el padecimiento de daños o lesiones exigen una restauración o reparación del orden afectado. Esa necesidad de restablecer lo que se ha vulnerado forma parte de la conciencia social humana. Seguramente se enlaza con la importancia de mantener la existencia, resistir y doblegar el mal, buscar el equilibrio, la compensación y la igualdad, que se integran en la noción más primaria o básica de justicia.*

Si bien Jakobs<sup>10</sup> sostiene que tanto la arcaica responsabilidad por el mero resultado –tal el ejemplo de Edipo– como la moderna atribución de culpabilidad individual tienen una raíz común en la identificación del agente competente, es decir, quien debe responder por el daño; lo cierto es que, a mi modo de ver, para llegar a la responsabilidad personal en términos actuales, fue necesario alcanzar una cierta evolución. Por un lado, la comprensión del agente como individualidad dotada de ciertos atributos, que lo obligan a cargar con las consecuencias de sus actos frente a la ruptura de un orden normativo de la comunidad. Por el otro, la existencia de un monopolio de la fuerza que formalice –legítimamente– la respuesta sancionadora en esa comunidad. Es decir, una autoridad centralizada<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> JAKOBS, G., *Culpabilidad en Derecho penal*, Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp.18/19.

<sup>11</sup> Más allá de las consideraciones de Max Ernst Mayer sobre la función del resultado en la distinción

Ese proceso paulatino, puede observarse, a modo de ejemplo, en la tradición judeo-cristiana y en la formulación política de la polis griega. Así, en el primer caso, el profeta Ezequiel advierte: “El que peque es el que morirá: el hijo no cargará con la culpa de su padre, ni el padre con la culpa de su hijo: al justo se le imputará la justicia y al malvado su maldad” remarcando el carácter personal de la culpabilidad (Ezequiel, 18, 19-20).

En el segundo caso, Jaeger señala, tomando como referente a Solón, la construcción griega del “estado jurídico” y con este su “ideal de ciudadano” como la base de la reflexión política occidental<sup>12</sup>.

La especulación sobre la naturaleza de los actos humanos así como el monopolio de la fuerza en la unidad estatal, contribuyeron entonces a la compresión de los presupuestos modernos de la culpabilidad penal. Esto es, la caracterización de aquellos comportamientos por los que el sujeto debe responder ante los otros, representados en una instancia política autorizada y legitimada bajo ciertos presupuestos, para exigirle fidelidad al derecho.

Ha de recordarse, en ese sentido, que Tomas de Aquino explica que un acto se califica de laudable o culpable cuando es imputable al agente y esto sucede cuando está en poder del mismo, de tal modo que conserve el dominio de su acto. A su vez, el mérito o demérito del acto se hace en relación a la retribución que corresponde según justicia y esto sucede cuando se hace algo en daño de otro. El hombre que vive en sociedad al dañar a otro afecta a la comunidad a la vez que al propio agraviado. Por eso, a su criterio, la ley penal persigue la tranquilidad de la vida social, castigando solo algunos comportamientos y apartando otros por el temor de la sanción<sup>13</sup>.

Esta reflexión hace evidente que la culpabilidad penal más allá de sus referencias morales, aparece históricamente vinculada con necesidades y criterios de orden social y político, donde lo justo está regulado por normas de comportamiento de distinta naturaleza, cuya afectación solo parcialmente será atendida mediante la sanción penal y conforme a reglas de

---

entre la culpabilidad moral y la jurídica, hay una reflexión suya muy significativa: “La dignidad del Derecho penal radica en el rechazo de la responsabilidad por el resultado y en el reconocimiento de la responsabilidad por la culpabilidad”, no hay pena sin culpabilidad al igual que no hay condena sin prueba de la culpabilidad. Cfr. MAYER, M.E., *Derecho Penal, Parte General*, edición en español, que es traducción de la edición alemana –Heidelberg– de 1913, editorial B de F, Buenos Aires/ Montevideo, 2007, pp.284/285.

<sup>12</sup> JAEGER, W., *Paideia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

<sup>13</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.* I-II, q.21, a3 y q.98, a1.



imputación formalizadas. Ya se muestra en todo esto la tensión, que luego se identificara, entre la estricta culpabilidad personal y las necesidades preventivas generales de la sociedad.

Por eso, Binding advierte enfáticamente –en una obra dirigida especialmente a los magistrados– que la culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral son profundamente diferentes. Recuerda que históricamente en el sistema penal, “La palabra culpabilidad (*Schuld*) perteneciente a los estratos más antiguos de la lengua germánica y en estrecha relación con *Skulan*, esto es, deber (*Sollen*), significa originariamente aquello que es debido, más exactamente, el pago que debe hacerse y, según parece, originariamente, el pago que es debido por un crimen<sup>14</sup>.

Si retribuir es pagar, reflexiona actualmente Feijoo Sánchez, el delincuente debe pagar por la erosión de la norma mediante su conducta. Así, la declaración de culpabilidad significa que el hecho delictivo no queda definido como casualidad o capricho del destino sino como obra de una persona. Una praxis de condena basada en la casualidad carecería de cualquier tipo de influencia en la confianza de la población y en la evitación de la desintegración social<sup>15</sup>.

*En la comprensión que defiendo en este discurso entonces, el significado de la culpabilidad en el derecho penal y el legítimo uso del término o palabra, expresan a partir del vínculo subjetivo y personal del sujeto con el hecho penalmente relevante y comprobado, su censura jurídica, que habilita la sanción solo por la autoridad legítimamente revestida para ello y en los términos que formalizan su exteriorización.*

No hay lugar pues para una responsabilidad objetiva o por el hecho concretado por otro sujeto, respecto del cual, el agente no sea competente –garante– de su conducta o el resultado lesivo. El error o la ignorancia, valorados en su evitabilidad, han de ser asumidos entonces al momento de fundamentar la imputación de la persona, al igual que su capacidad de culpabilidad y la extensión de su ámbito de comprensión, elección y motivación.

*Así, la relación de la pena con la culpabilidad, aunque indique la retribución y el reproche por el injusto, no es un mero juicio moral sino que*

<sup>14</sup> BINDING, K., *La culpabilidad en Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires/Monteideo, 2009.

<sup>15</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general*, B de F, Buenos Aires/Monteideo, p.600.

*integra referencias sociales y políticas*<sup>16</sup>. Ciertamente, en nuestros días, la culpabilidad exige merecimiento para justificar la sanción pero, al mismo tiempo, permite y reclama una ponderación de legitimidad, necesidad y utilidad social para fundarla plenamente.

En virtud de estos presupuestos, puede decirse que la libertad efectivamente ejercitada por cada sujeto entra en juego, entonces, con la concreta extensión de su capacidad de elección y motivación frente a las normas, con las libertades de los otros ciudadanos y con el orden mismo de libertades que especifica la vida política y jurídica, asegurada por el Estado.

## **2. Acerca de la libertad en el juicio de culpabilidad**

A pesar que la noción de libertad parece relevante para la ciencia penal –como para la filosofía práctica en general– lo cierto es que el debate entre libre arbitrio y determinismo ha sido una constante histórica y sus consecuencias apreciables. Claramente el problema así presentado resultaría inabarcable aquí y ahora.

De ese modo, simplificando la polémica, puede distinguirse:

Por un lado, un plano de disputa que tiene por objeto considerar la real y efectiva importancia del reconocimiento o negación del libre albedrío para la ciencia penal, donde se integra también la libertad de elección del sujeto –exigibilidad–. *Lo que aquí se pondera es si la inexistencia del libre arbitrio altera de modo decisivo las instituciones de la teoría del delito y la imputación de la responsabilidad personal, incluidas sus consecuencias jurídicas.*

Y, ya por otro lado, aunque en relación con esa discusión, se identifica *un segundo plano, centrado en los presupuestos científicos y metodológi-*

---

<sup>16</sup> La crítica a la idea de retribución, usualmente toma como punto de partida las reflexiones kantianas –*Metafísica de las Costumbres*– que habilitarían el carácter “absoluto” de la justicia a realizar a través de la imposición de la pena. Sin embargo, no es esta la comprensión con la que la tradición escolástica medieval asumió el tema ni, incluso, representa estrictamente la visión hegeliana. Lo social, la alteridad, ha estado presente al momento de brindar contenido a la retribución como criterio con natural al derecho penal. Por eso puede distinguirse, como lo hace Husac, entre un planteo de “*pure retributive theories*” y aquel que implica un vínculo o relación del retribucionismo con ciertos aspectos de relevancia social y política, tal como lo presenta Berman, al considerar la apertura a “consecuencias”. Cfr, HUSAC, D., *Why Punish the Deserving?*, in *The Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2010, Part IV.15 y BERMAN, M., *Two kinds of Retributivism*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Duff & Green, Oxford, 2013, p.433.

cos a partir de los cuales la ciencia penal debe atender el problema de la libertad. Dicho de modo sucinto: si esta cuestión ha de ser tratada con el instrumental epistemológico de las ciencias de la naturaleza –biológicas, psiquiátricas, neurológicas etc.– o, por el contrario, a través de la metodología propia de las ciencias normativas –como es el derecho. En todo caso, además, si entre uno y otro ámbito científico debe existir alguna relación o contacto. En términos aún más simples, si cuando se habla de libertad se habla de una verificación empírica o, por el contrario, de la comprensión e imputación del obrar como libre que haga exigible al sujeto respetar las normas de comportamiento.

### **2.1. La distinción entre evitable y exigible**

Desde un comienzo, de todos modos, cabe observar que la cuestión de la libertad en el ámbito penal, se instala principalmente y en lo que aquí interesa, en dos instancias de la teoría del delito: *en el comportamiento y en la culpabilidad*.

Por eso, la cuestión se inicia con la necesaria identificación, dentro de las exteriorizaciones –*out put*– del sujeto, de aquellas que han de entenderse como comportamiento y no como meros actos reflejos o pura causalidad. En línea con el pensamiento de Silva Sánchez, se trata de señalar, qué acciones son capaces de ser interpretadas por la sociedad como expresión de significado frente a las normas y no como meras causaciones.

En este punto, Tomás de Aquino, sobre la base de la reflexión de Aristóteles, sobre todo en la Ética a Nicómaco, caracterizó el comportamiento voluntario e involuntario. El presupuesto es que todo el que obra por un principio intrínseco y tiene algún conocimiento del fin, posee en sí mismo el principio de esos actos, no solo para obrar sino también para obrar por el fin. Así, la palabra “voluntario” significa que el movimiento y el acto provienen de la propia inclinación.

Por tanto, se distingue entre la *vis física* y la *vis moral*. La *vis física* o fuerza física, anula o instrumentaliza al sujeto, neutralizando la libertad de obrar. No hay comportamiento en sentido penal.

La *vis moral* o coactiva, es decir, aquello que lleva al sujeto a actuar por temor y para evitar un mal, si bien está más cerca de un obrar voluntario, merece una valoración diversa por las circunstancias que lo rodean.

En palabras actuales, *se pasa del nivel del comportamiento al plano de la exigibilidad*.

Estas distinciones entre fuerza física y coacción, son atendidas en los sistemas penales comparados. Así, en el caso del Código Penal argentino, el art.34, más allá de fijar la capacidad de culpabilidad, entiende en el inc.2, que no son punibles: quienes han sido impulsados por fuerza física irresistible –no hay comportamiento propio a pesar de la causación lesiva– y quienes han sido condicionados por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente –miedo insuperable– que cancela la exigibilidad por la situación de necesidad padecida, pero no el comportamiento en sí mismo. Esta redacción, por cierto con variantes en el enunciado, se remonta al texto originario del Código Tejedor<sup>17</sup>. Sin embargo, en el actual proyecto de reforma de nuestra codificación, si bien desaparece como proposición literal, se mantiene y desarrolla la *ratio* jurídica de la excusación e inexigibilidad fundadas en situaciones dilemáticas de necesidad. Ese desenvolvimiento intensivo del tema ha tomado en cuenta la legislación y doctrina penal comparada<sup>18</sup>.

Por eso cabe recordar que frente al Código Penal alemán, Puppe considera que debe distinguirse entre una reacción de claro pánico, que supone

<sup>17</sup> Cabe recordar, desde un inicio, que Tejedor asumía el libre arbitrio como presupuesto de la culpabilidad. La distinción entre fuerza física y coacción aparece expuesta en el inc.2 del artículo 3 que integraba el título tercero de su proyecto. En la nota comentado el texto se recuerda que para Puffendorf, la violencia física consiste en que “a pesar de la resistencia de una persona, sus miembros se emplean en hacer o sufrir algo”. Por tanto se hace evidente que “en esta situación pasiva no es imputable, por cuanto es involuntario”. Así, “el autor inmediato no es más que un instrumento material: el único culpable es el autor de la violencia”. Por el contrario, en la “fuerza moral” la cuestión parece enfocada a considerar que “nadie tiene el derecho de dañar a otro para evitar un mal cualquiera para sí mismo”, exigiendo con esto un análisis más detenido sobre la naturaleza de ese mal. Repárese que en el texto de Tejedor precisamente, esas amenazas deben ser acompañadas “de un peligro de muerte actual e inevitable” que fuerza a la persona a cometer el delito. En ese caso, se aplica la idea que “el hombre que obra subyugado por el temor de una amenaza no es más que un instrumento en manos de quien impele. En vano querrá buscarse en su acción una especie de voluntad. Su voluntad está encadenada por el terror, y solo es movido por el instinto natural de evitar el mal de que está amenazado”. De todos modos, Rodolfo Moreno cuando analiza la cuestión, remarca que no basta cualquier amenaza, sino la de un peligro de muerte actual e inevitable. Por eso recuerda que en la nota que reproduce, se indica que es preciso, para el acusado que alega haber sucumbido a las amenazas, que “pruebe que estas eran de naturaleza capaz de intimidar por la posibilidad de una ejecución inmediata”. Cfr. MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo II, H.A. Tommasi, Editor, Buenos Aires, 1922, pp.254 y ss.

<sup>18</sup> Así, mientras el inc.2 del art.34 expresa solo lo vinculado al problema de la acción: “el que obrare violentado por fuerza física irresistible o por acto reflejo”, en el inc.9 proyectado se incorpora la problemática de las situaciones de necesidad que hacen a la exigibilidad. Para esa redacción se tuvo en cuenta especialmente algunos aspectos del Código Penal alemán actual.

un profundo trastorno de la conciencia que afecta los presupuestos mismos de la culpabilidad –*Schuldunfähigkeit*– y el miedo que da lugar a la disculpa. Sin embargo, también aclara que en este último caso, no se trata de una imposibilidad, incluso psíquica –*psychisch unmöglich*– sino de un problema de inexigibilidad –*die Unzumutbarkeit*– en torno al seguimiento del comportamiento mandado por la norma<sup>19</sup>.

## 2.2. La cuestión del libre arbitrio

A pesar de la notoria pluralidad de cuestiones que se plantean en estos ámbitos, debe asumirse que prácticamente la mitad del Siglo XX tomó como centro de la discusión la afirmación de que el juicio de culpabilidad supone que *el sujeto pudo haber actuado de otro modo al momento del hecho*. Como expositor privilegiado de este postulado se encuentra Hans Welzel –con evidente influencia de Nicolai Hartmann–<sup>20</sup>. Para Welzel, sin embargo, la verdadera libertad es la determinación hacía las exigencias de los valores morales, del deber ser. Si bien en el hombre hay una causalidad negativa, dirigida desde los impulsos contrarios al deber, la libertad se sobrepone a ellos y se orienta conforme a sentido, esto es, de acuerdo a los valores. En la consideración medieval, se diría que esta libertad que menciona Welzel como concepto paradigmático, es la preferencia reflexiva de lo mejor. Esta apreciación, de todas formas, envuelve un grave problema, pues justamente el reproche de culpabilidad se concreta en virtud de un comportamiento cuyo sentido es contrario al valor<sup>21</sup>.

En una conclusión rigurosa de las ideas de Welzel, en el delito, el sujeto no es “propiamente” libre, ya que escoge el mecanismo causal contrario a sentido. Pareciera así que nuestro autor confunde los planos que en la reflexión denominada metafísica, resultan claramente diferenciados: el psicológico y el deontico.

<sup>19</sup> PUPPE, I., *Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung* 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2016, parágrafo 17, pp.224 y ss.

<sup>20</sup> Las apreciaciones de Welzel no solo tuvieron favorable acogida en la jurisprudencia alemana sino que ha de señalarse que en el precedente “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se hace referencia explícita a las posiciones de esta naturaleza.

<sup>21</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, Jurídica de Chile, Santiago, 1987. Dice Welzel que el juicio de que un hombre determinado, en una situación determinada es culpable, no es un acto teórico, sino existencial y por tanto comunicativo. Es el reconocimiento del otro como tú, como igual, como susceptible de determinación plena de sentido y, por esto, al mismo tiempo, tan sujeto responsable como yo mismo. Cfr. Parágrafo 21, 1.

Esta idea, más allá de las peculiaridades de la noción de libre arbitrio en la teoría de Welzel, implica una dificultad decisiva en la instancia de la prueba judicial: ¿Cómo demostrar desde una perspectiva de verificación que el sujeto pudo efectivamente obrar de otro modo? Ese tipo de comprobación reclama situaciones que puedan repetirse en todos sus aspectos, motivaciones, impulsos etc. En otras palabras, que lo vivido en el hecho pueda reproducirse con idéntica regularidad en la audiencia judicial.

Ya Binding en su momento y Engisch después, advirtieron el absurdo de pretender reconstruir en los mismos términos que el de las ciencias naturales el experimento sobre la libertad del sujeto durante el crimen. La búsqueda experimental de comprobación de la libertad en el momento del ilícito es claramente inaplicable en el proceso de imputación propio de la jurisdicción. En la instancia judicial, el imputado vivencia o rememora lo acontecido desde una nueva situación, es decir, desde otro marco de circunstancias. En verdad, ya no es posible repetir lo sucedido sino reconstruirlo y de esta reconstrucción inferir aquello que legitima la atribución de responsabilidad. Se muestra así que en el derecho penal se reflexiona con otras reglas epistemológicas, diferentes a los instrumentos de las ciencias naturales.

Esta imposibilidad de verificar –experimentando– lo sucedido en el momento del hecho ¿resta significación a la cuestión del libre arbitrio?, ¿o la consideración del sujeto como ser libre sigue siendo el “telón de fondo” de la responsabilidad?

El marco de la comprensión social, que asume a las personas como sujetos que gestionan por sí mismos su existencia, permite fundar suficientemente el punto de partida que identifica a los agentes como “libres”. En verdad, desde la concepción que propongo en este discurso, *el libre arbitrio es el reconocimiento de la capacidad básica del sujeto de orientarse conforme a sentido, de ser el punto de partida de sus propios comportamientos y por eso expresarse autónomamente. Desde este entendimiento inicial, que alcanza a todo individuo psicossomáticamente normal, lo relevante para el derecho penal es el juicio sobre la concreta extensión del ejercicio de la libertad. Es justamente esta última instancia la que importa a nivel jurisdiccional, ya que hace a la exigibilidad, que es la fuente del reproche.*

Por eso, Carrara explicaba en su momento, que hay una terrible contradicción entre negar la libertad humana y justificar de todos modos la punición. En definitiva dice, donde la libertad está anulada, ninguna pena

puede ser aplicada. Donde la libertad esta disminuida, proporcionalmente debe ser reducida la pena<sup>22</sup>.

Es necesario entonces mostrar dialécticamente, que toda esa tradición sobre la libertad se enfrenta con las posturas positivistas formuladas en su momento por la escuela italiana, especialmente Lombroso, Ferri y Garófalo y por la alemana, a través de v. Liszt. En nuestro medio, puede citarse en esa traza a José Ingenieros, Norberto Piñeiro, José María Ramos Mejía –médico–, Luis María Drago y Eusebio Gómez que, desde una aproximación naturalista y biologicista, indicaban que el hombre está gobernado por el mismo determinismo causal que impele el devenir de la naturaleza. En todo caso, a su criterio, es la clínica y la psiquiatría forense, con integración criminología y sociológica, las que deben definir la situación de responsabilidad.

Y así como Welzel expuso la cuestión de la libertad como poder obrar de otro modo; Engisch, contradiciendo este pensamiento, afirmó la responsabilidad por el carácter en una obra clásica sobre este punto –*Die Lehre von der Willensfreiheit*–. Allí, caracterizó la oposición entre el indeterminismo y el determinismo afirmando que para el primero, el hombre sufre la pena porque él es responsable de su obrar y su hacer. La culpabilidad significa, desde ese punto de partida, reprochabilidad de la conducta humana, teniendo presente que el sujeto hubiera podido comportarse de una manera distinta.

La posición contraria, propuesta y defendida por Engisch, entiende que esta imagen de la libertad quebranta de una forma científicamente insostenible el principio de causalidad que gobierna todo el acontecer en el mundo, incluido el comportamiento humano criminal. A partir de ese modo de ver las cosas, las causas del delito son siempre efecto de dos tipos de condicionamiento: el disposicional y el ambiental. Esto significa que el delito es el producto forzoso del carácter y de la situación. En la visión de Engisch, el carácter se va concretando empíricamente a través del ejercicio de esas disposiciones originarias. La pena brindaría así motivos –amenazas– al

---

<sup>22</sup> Para CARRARA las leyes se dirigen al hombre en cuanto ser libre, es decir donde su exteriorización no es vista solamente como causalidad física, sino también moral. En la ley penal se trabaja desde el acto externo hacia la decisión interna en este expresada. Mientras en la moral lo que importa es la *bruttura morale*, en la imputación penal interesa el *disturbo sociale, turbare l'ordine esterno* –parágrafo 93–. Así, la *forza morale* del delito se expresa a través de cuatro elementos: 1) conocimiento potencial de la ley, 2) previsión potencial de los efectos 3) libertad de elección actual y 4) voluntad actual de obrar. Cfr. Parte General del *Programma del Corso di Diritto Criminale*, cuestión de la *Imputabilità e della Imputazione* –parágrafo 59–.

sujeto para someterse a las prescripciones de las normas, para controlarlo e inhibirlo<sup>23</sup>.

Todos estos antagonismos y debates que condicionan la comprensión de la culpabilidad penal aparecieron, sin embargo, ya implicados más de un siglo antes. Particularmente en una reflexión de Hegel, en palabras que marcaron la historia jurídica hasta nuestros días<sup>24</sup> y que merece recordarse en este discurso por su resonancia contemporánea en el saber penal. Hegel considera que el delito debe negarse no como mera producción de un mal sino como vulneración del Derecho. El delito ha de ser entonces anulado con la pena. Por eso advierte que mediante la pena se honra al delincuente como ente racional, que en términos de su consideración filosófica, supone el reconocimiento como un ciudadano, un igual a las otras personas y no como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo<sup>25</sup>.

La tensión puesta en evidencia en estos debates parece mostrar que la noción de culpabilidad expresaría la obra de la libertad o sus equivalentes funcionales y, fuera de esta, más allá del etiquetamiento o concepto que se use, operarían criterios de causalidad natural y peligrosidad frente a los cuales la coacción preventiva general en un primer momento y la prevención especial, ya en la aplicación de la norma de sanción, regirían exclusivamente la respuesta penal.

### ***2.3. El debate epistemológico sobre la libertad***

Alcanzado este nivel de enfrentamiento en las posiciones, la prolongación de la discusión entre los defensores del libre arbitrio y el determinis-

<sup>23</sup> ENGISCH, K., *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, traducción castellana, B de F, Montevideo/ Buenos Aires, 2008.

<sup>24</sup> HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, parágrafos 99 y 100.

<sup>25</sup> Vale la pena advertir, que en su voto dentro del precedente “Gramajo” de la CSJN, el juez Petracchi cita estas reflexiones de Hegel, justamente para distinguir las penas de las medidas de seguridad. Así, sostiene Petracchi en el Considerando 23) que toda injerencia estatal en términos de puro aseguramiento implica que ha desaparecido a su respecto la protección constitucional del principio de culpabilidad y este, sostiene: “es, en definitiva, el derivado de reconocerle al “delincuente” su plena calidad de “persona” dentro de la sociedad: aquel que delinque pero se conduce como “persona” merece una pena. Para decirlo con las conocidas palabras de Hegel: “Como ser racional el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular. Este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección”.



mo, fue abandonando el campo de la ontología humana e inclinándose a un aspecto particular: la posibilidad o no de demostración de esa libertad y, aun en sentido más específico, como se dijo, si el sujeto pudo haber obrado de otro modo en el caso concreto.

Por eso, la polémica se trasladó a la disputa sobre el estatus epistemológico de la teoría del delito o los criterios de imputación penal. En ese marco, revivieron los planteos originarios de Kelsen que partían de la distinción absoluta entre el ámbito del ser y el campo normativo. Así, por un lado, Kelsen sostenía la inexistencia en el mundo natural de libertad humana pero, por el otro y al mismo tiempo, atribuyendo “libertad” al sujeto en el plano normativo<sup>26</sup>.

Atribución entonces meramente axiomática, sin correlato ontológico, obviamente. El sujeto es constituido persona en derecho, merced a la exclusiva configuración del propio sistema jurídico –es un simple centro de imputación normativa. Así, la libertad de la que se habla en este caso, no tiene base realista sino puramente formal; no es algo de lo que se parte, sino algo que se asigna por puras exigencias internas del sistema jurídico.

En ese nivel de polémica, la ciencia penal viene intentando poner al libre arbitrio fuera del centro de la discusión o, al menos, construir equivalentes funcionales a la libertad que cumplan el mismo cometido legitimador que esta para la atribución de responsabilidad y fundamentar la pena sin ser alcanzadas por la disputa.

Al respecto, las reflexiones de Roxin se muestran como un testimonio esclarecedor de esos intentos. De una parte, sostiene que el libre arbitrio es indemostrable y, de la otra, recurre a la idea de accesibilidad normativa –*normative Ansprechbarkeit*– para que opere en esa función. Por eso, a su criterio, podrá considerarse culpable al que concreta un injusto penal cuando todavía estaba en condiciones de ser alcanzado por “*el efecto de llamada de la norma*”. La motivabilidad es la que marca el espacio de control del sujeto que da lugar a la culpabilidad, en definitiva, se lo trata “como si” fuera libre, ya que este atributo no es demostrable<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Kelsen, desde una perspectiva epistemológica que reconoce en esa etapa influencias kantianas, señala que si bien en el ámbito empírico está sujeto al determinismo y carece de libertad; en el mundo normativo, de la imputación, que es donde se sitúa el derecho, el hombre es asumido como libre. La libertad de la que se habla entonces no tiene base ontológica sino normativa deontológica. KELSEN, H., *Esencia y Valor de la Democracia*, traducción española, Labor, Madrid, 1977.

<sup>27</sup> ROXIN, C., “*Strafrecht Allgemeiner Teil*”, Band 1., 3 Auflage. Beck, parágrafo 19, IV.

Jakobs, por su parte, habla de la posibilidad de “*autoadministrarse*”. En definitiva, la persona que está sometida a normas debe procurarse por sí misma las razones de su fidelidad al orden jurídico. Esta competencia asignada a cada persona en derecho, aparece en la teoría de Jakobs como el “equivalente funcional” del libre albedrío.

Por lo tanto, una corriente extendida y casi dominante en nuestros días, sostiene que las dificultades en torno a la naturaleza, comprensión o demostración del libre arbitrio, *per se*, no afecta el análisis de la responsabilidad penal. Esta, en realidad, se centra en un juicio normativo sobre la elección del sujeto frente a las normas, una vez comprobada su normalidad psicossomática. La atribución de culpabilidad progresaría así a partir de la regularidad situacional –incluida la del estado del propio agente– que lleva a inferir su capacidad de seguimiento de las normas.

Sin embargo, aun estos posicionamientos que buscan eludir los extremos de la discusión, se vieron alterados recientemente por el impacto de algunas conclusiones de ciertos neurocientíficos. En especial, claro está, en cuanto a la influencia que los estudios de las neurociencias debieran tener sobre el problema de la responsabilidad de los individuos.

Los enfoques más extremos señalan que se habría probado científicamente que la libertad de voluntad no existe –Gerhard Roth, Wolfgang Prinz y Wolf Singer– y que nuestra asunción como seres libres es en realidad una mera ilusión, un autoengaño y no puede ser presupuesto de la culpabilidad.

En estas cuestiones se presenta claramente el debate sobre una consideración monista o dualista de la persona humana. Particularmente en lo que aquí interesa, si cabe hablar de una constitución diferenciada entre lo que se entiende como mente y lo caracterizado como organismo. O, por el contrario, si debe reducirse todo a una asunción de la mente sometida a las estructuras neuronales del cerebro. A su vez, esto remite a una discusión epistemológica; en concreto: ¿si la noción de libertad debe ser atendida por un único –y excluyente– método científico, o si su reflexión y análisis resultara diferente según se aborde desde perspectivas normativas de orden jurídico, biológicas, psicológicas o químicas?

*Desde la consideración de este discurso, no puede ser de recibo un posicionamiento monista acerca del sujeto en ninguno de esos aspectos, pues exigiría reducir el objeto de estudio –la persona humana– solo a un punto de vista, a la validez de un exclusivo y determinado instrumental*

y a las inferencias de un excluyente modelo argumentativo. Cabalmente, supondría aceptar un único método de la ciencia, expulsando del conocimiento racional cualquier otro modo de entender y comprender las cosas que, en lo que importa ahora, implicaría un reduccionismo materialista de la “mente”; como dice Hruschka, sería descomponer al ser humano en sus meros componentes corporales<sup>28</sup>.

La libertad aquí presentada no se deriva del mundo de la física o de la mera actuación cerebral pues se enfoca desde las perspectivas de una ontología que da fundamento a las ciencias normativas. En el derecho, la persona humana es más que una suma de neuronas o elementos químicos; como totalidad trasciende esos procesos, algo sostenido incluso por un sector de las neurociencias –Michael Pardo y Dennis Patterson, por ejemplo.

Esto, de todos modos, no implica que se trabaje con “mundos científicos” sin vínculo alguno, pues la presencia del objeto –la persona– es una y las formas de comprenderlo no pueden entrar en contradicción absoluta. Así cabe integrar algunas de las conclusiones de las neurociencias al debate penal pero, claro está, sin dejar que estas cuestiones en el campo de la convivencia social, política y jurídica, sean dirigidas por aquellas, puramente biológicas.

*En consecuencia, en las consideraciones aquí presentadas, lo relevante para la ciencia penal es el reconocimiento comunitario de la persona como agente que se autodetermina, que resulta responsable ante los otros, pues tiene en sí el principio de su decisión y gobierno frente a lo evitable. Por tanto, al momento de la responsabilidad penal, lo que resultara decisivo, una vez comprobada la normalidad del sujeto, es la valoración –censura– del uso de esa capacidad de orientación en el marco concreto de su elección y el nivel de condicionamiento interno y externo, esto es, la exigibilidad.*

En definitiva, la culpabilidad supone exigibilidad.

---

<sup>28</sup> Señala Hruschka que en el ámbito de la imputación se “comprende”, no se “experimenta”, pues la comprensión es propia de la co-subjetividad. Por eso “si prescindimos de la libertad (interior), entonces dejamos de comprender al otro ser humano, no es que lo comprendamos mal, sino que sólo nos quedamos entonces en descomponerlo en sus componentes (corporales)”. HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho Penal*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005, pp.20 y ss.

### 3. Culpabilidad, exigibilidad y punibilidad

#### 3.1. La exigibilidad en la comprensión de la culpabilidad

Debe recordarse que en su época, Frank identificó en la culpabilidad penal un momento o instancia valorativa –distinta del dolo y la imprudencia– que se refería a las circunstancias concomitantes a la actuación del sujeto. Cuestión, de todos modos, que ya había tenido cierta consideración en la jurisprudencia del Tribunal del Reich (1897) con el caso *Leinenfänger*<sup>29</sup>.

Sobre estas bases, Goldschmidt y Freudenthal<sup>30</sup> señalaron poco después, que el poder cumplir con los deberes que imponen las normas entra en relación con los condicionamientos o “la necesidad” padecidos por el sujeto, constituyendo una situación a considerar en el reproche.

Estos planteos de principios del Siglo XX permitieron elaborar la noción de exigibilidad que, más allá de la discusión científica sobre el “lugar” actual que debe ocupar en la teoría del delito<sup>31</sup> y que incluso aparece dentro del debate del *criminal law*, incide sin dudas en el análisis de la culpabilidad y la punibilidad<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Ricardo Robles analiza el caso desde una perspectiva histórica pero que le permite avanzar en consideraciones dogmáticas particulares. Así, evalúa la situación estudiada con relación al criterio de la “doble disminución” –antijuricidad/capacidad de culpabilidad– extendido en la dogmática penal alemana. De todos modos, el autor propone que la ubicación sistemática adecuada de la exigibilidad debe ser en el ámbito del injusto ya que atiende a la imposibilidad del Derecho de regular en forma justa graves conflictos del ciudadano –pp. 121/122. Vid. ROBLES, R., “Caso del *Leinenfänger*”, en la obra Casos que hicieron doctrina en Derecho penal, Coord. SANCHEZ OSTIZ, P., La Ley, Madrid, 2011, pp.111/123.

<sup>30</sup> Cfr. FREUDENTHAL, B., *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal –1922–*, Buenos Aires/Montevidео, B de F.

<sup>31</sup> Baste, sobre la cuestión, recordar la postura de Gimbernat Ordeig defendiendo la denominada teoría de la unidad, que postula no distinguir dentro de las situaciones de necesidad, entre un ámbito ubicado en la justificación, en razón que se ha salvado el bien de mayor entidad a costa del de menor jerarquía, y un campo conformado por situaciones de no exigibilidad –la conducta se reputa antijurídica– pues se ha menoscabado un bien equivalente al que se ha afectado. Desde su perspectiva, ambos grupos de situaciones se han de resolver en la falta de antijuricidad y, al integrarse todas ellas al terreno de la justificación, habilitan consecuencias muy importantes en orden a la participación y el error. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *El estado de necesidad: un problema de antijuricidad*, en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1990, pp. Este artículo reproduce en lengua española su aportación al libro homenaje a Hans Welzel –*Der Notstand: Ein Rechtswürdigkeitsproblem*– de 1974. En sentido contrario, con base incluso en la legislación positiva alemana, Baumann sostiene la teoría de la diferenciación –*Differenzierungstheorie*– Cfr. BAUMANN, J./WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9 Auflage, Gieseking Verlag Bielefeld, 1985.

<sup>32</sup> Así dentro del *criminal law*, Greenawalt ha planteado por un lado, las dificultades para encontrar una distinción eficaz entre justificación y exculpación, reiterando incluso la idea de la doble disminución –usualmente asumida en la discusión dogmática alemana– de la ilicitud del acto –

El baremo de exigibilidad como *ratio* fundamental del reproche ha recibido, de todas formas, críticas por la falta de determinación y concreción que, por lógica, deja en manos de los jueces –y fiscales– un margen tenido por demasiado amplio de discrecionalidad. Debe reconocerse en ese campo que el legislador aporta mediante la identificación de situaciones “legalmente” previstas –tal el caso del Código Penal alemán– estándares de razonabilidad que no pueden despreciarse<sup>33</sup>.

En la doctrina nacional, Soler criticó en los primeros tiempos<sup>34</sup> la idea de inexigibilidad que pudiera trascender la coacción surgida de otro individuo y que a su entender traspasara el enunciado del inc.2 del art.34 del Código Penal. Decía entonces que la idea de poner en juego las circunstancias concomitantes para graduar la culpabilidad, ha conducido a “la admisión de una causal de inculpabilidad que, desde luego, no es ni coacción ni estado de necesidad justificante” y consistiría “una causa tan genérica, indeterminada y flotante de inculpabilidad” que debe ser rechazada. Sin embargo, en el proyecto de 1960 de reforma al Código, admite una diferencia entre estado de necesidad como causa de justificación, cuando se produce un mal para evitar otro considerablemente mayor –art. 15– y una necesidad simplemente exculpatoria, cuando se trata de evitar un mal que no alcanza aquella importancia pero a pesar de ello no sea razonable exigir que el necesitado afronte el riesgo, art. 23.

Se entiende por eso que Henkel advirtiera para ese entonces, desde su perspectiva *ius filosófica*, que la “inexigibilidad” no puede operar como

---

*the wrongness of act–* y de la capacidad de elección –*the actor’s capacity for rational choice–*. Estas circunstancias permitirían llevar, numerosas situaciones catalogadas como excusas, al ámbito de la justificación. Cfr. GREENAWALT, K., *Conflicts of law and morality*, Chapter 13, General Justification-Necessity, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1989. Y por el otro, Husac ha considerado infundada la denominada “*Priority Thesis*” que sostiene que justificación y excusas se excluyen mutuamente a partir de un criterio jerárquico en el orden de las “*defenses*” admitidas en el *criminal law* americano. Cfr. HUSAK, D., *On the Supposed Priority of Justification to Excuse*, in *The Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2010. En sentido diverso, por ejemplo, ROBINSON, P., *Criminal Law Defenses*, St.Paul:PI West Publishing Co. -1987, Vol.I, 105.

<sup>33</sup> En ese contexto, Puppe señala en referencia a la legislación alemana, que el legislador apunta a una situación existencialmente dilemática, por eso no puede ser alcanzada la disculpa frente a minucias –Lappalie–. No se trata de cualquier conflicto, sino uno de envergadura respecto de la vida, la integridad física, libertad propias o de familiares y allegados. El motivo debe ser el riesgo –*Gefahr*– y el dilema es entre una decisión que tome en cuenta la jerarquía de preferencia adoptada por el derecho o la escala de preferencia del sujeto. El tema es cuánto tolerar o disculpar al ciudadano por haber optado, dentro del conflicto, por su preferencia de bienes. Cfr. PUPPE, I., *Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung*, ya citado, pp.224 y ss.

<sup>34</sup> SOLER, S., *Tratado de Derecho Penal, T.II*, 1992, parágrafo 34, *De la Culpabilidad en general*.

un verdadero principio que sea utilizado “en una fórmula legal que debe procurar una norma”, ni aun si se habla de un aspecto supra legal de esta. Desde su visión, es un criterio regulativo que opera “aquí y allá en consideraciones particulares” y se extiende sobre ámbitos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad”<sup>35</sup>.

*Sin perjuicio de esas críticas y del debate sobre la posición que debe tener en la imputación, la exigibilidad se vincula de modo esencial con la reprochabilidad. Se reprocha aquello que se puede exigir al sujeto en su marco situacional concreto; en particular, su posibilidad de asumir y observar la valoración y el mandato normativos. Por eso, como contracara de esa ponderación, aparece la noción de inexigibilidad, esto es, la imposibilidad político criminal –incluso de moralidad social– de reclamar más allá de lo esperable de un ciudadano común. Se trata pues de una cuestión que trasciende la mera relación subjetiva del individuo con su acto y constituye pues un momento de ponderación, una verdadera valoración que, de todas formas, ha de tomar en cuenta esa disposición personal como objeto a evaluar*<sup>36</sup>.

De ese modo, el juicio sobre la responsabilidad del sujeto integra, como instancia definitoria, la legitimación estatal o político criminal, tanto del legislador como de los jueces, para censurar o reprochar a la persona por su acto. Por eso, en la exigibilidad aparecen como criterios a evaluar la propia actuación del sujeto *ex ante* de esa situación dilemática –si le era atribuible a su competencia lo acontecido– o los deberes que forman parte de sus funciones y que elevan el estándar de exigencias frente a los riesgos que son naturales del rol.

La atención histórica del codificador argentino en las circunstancias concretas que pueden “condicionar” la motivación de la persona y, a la postre, hacen al grado de exigencia con que será evaluado su obrar, se

<sup>35</sup> HENKEL, H., *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, traducción de su obra en alemán de 1954, B de F, Buenos Aires/ Montevideo, 2008.

<sup>36</sup> Gallas responde a la pregunta sobre la real vinculación entre reprochabilidad y “poder”, señalando que aquel que se “decide libremente en contra del derecho, manifiesta una actitud que contradice la que el orden jurídico reclama del sujeto justo y consciente. Culpabilidad es pues reprochabilidad del acto en atención al ánimo jurídicamente desaprobado que se realiza en él”. Y advierte que al hablar de ánimo no se refiere a una cuestión de peligrosidad en los términos de la prevención especial, sino del “valor o disvalor de la actitud actualizada en el acto concreto”. Ese disvalor “falta sólo cuando el autor pese a la comisión dolosa, careció de poder”. GALLAS, W., *La Teoría del delito en su momento actual*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2018, pp.100 y ss.

muestra en la *vis moral* presentada como explicación del comportamiento lesivo del individuo –inc.2 del art.34 del CP–, en ciertos aspectos contemplados legalmente para la graduación de la pena –art.41 del CP– e, incluso, en algunos tipos de injusto de la parte especial.

Empero, a los fines de este discurso, parece importante dirigir la mirada sobre determinados componentes de la exigibilidad en dos instancias extremas o de excepción que son objeto de debate actual en la doctrina y la jurisprudencia.

Como resulta notorio dentro de su consideración primigenia, los criterios de exigibilidad/inexigibilidad, por principio, proyectan su incidencia en la posible reducción o anulación de la responsabilidad individual. Esta referencia aparece ahora relacionada con indicadores generales de exclusión social o privación de derechos que entran en juego para evaluar la legitimidad estatal del “reproche” penal.

Además, la exigibilidad también presenta una operatividad ampliada en virtud de un reclamo más intenso que el ordinario, dirigido a un colectivo de sujetos frente a los cuales se flexibiliza o limita el marco de presupuestos y garantías formales de la imputación penal.

Dos universos situacionales claramente diversos pero donde la consideración de la exigencia de una motivación acorde con las normas condiciona o agudiza el juicio de culpabilidad de forma extrema.

### ***3.2. Exigibilidad y excepción***

La doctrina y las previsiones legales señalan que la posición o los deberes institucionales del sujeto han de tenerse en cuenta para discernir el marco de exigencias jurídicas y, por lo tanto, ponderar las circunstancias de su actuación. En concreto, quien por las funciones o tareas asignadas –por ejemplo funcionarios– enfrenta profesionalmente riesgos y peligros especiales, está sometido a un estándar de exigibilidad mayor que un ciudadano común.

En los casos que aquí se proponen a la reflexión, sin embargo, se observa en la praxis una línea normativa que en realidad legitima además, la neutralización o flexibilización de algunas reglas fundamentales del principio de legalidad penal e, incluso, habilitan una reconsideración de las reglas habituales surgidas del principio de culpabilidad.

Sobre esos presupuestos, se elaboran criterios de imputación especiales, que trascienden las formalidades del sistema penal, de fondo y procesal. Se habla entonces de un derecho penal para enfrentar el crimen de los poderosos, identificados como aquellos que, valiéndose de su posición de dominio, manipularon la legalidad formal a su favor –Naucke–. Esto justificaría la inhibición o transformación de reglas sobre prescripción, cosa juzgada, dominio del hecho, dolo etc. El objetivo es evitar la impunidad frente a ciertos ilícitos, ampliando la exigibilidad más allá del marco de legalidad y responsabilidad establecido de ordinario.

Otro tanto ocurre con algunos estándares jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De modo paradigmático, en el fallo *Almonacid Arellano vs. Chile*, sostiene incluso que la garantía de la cosa juzgada, que forma parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, no es oponible en ciertos casos, dentro de los cuales indica los crímenes de lesa humanidad<sup>37</sup>. Incluso, ya fuera del marco propio de los crímenes de lesa humanidad, en el precedente *Esposito*, la Corte Suprema Argentina ha debido atenerse a las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –caso *Bulacio*– asumiendo la contradicción jurídica que eso implicaba de cara a los derechos y garantías que resguardaban al acusado respecto de las pretensiones del acusador<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> La CIDH, en *Almonaciad Arellano v. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, sostiene en el párrafo 154, que: “En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*”.

<sup>38</sup> Así, en el caso *Esposito*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de los votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni –considerandos 10 y 14– citan como fundamento excluyente de la resolución a adoptar, el carácter obligatorio de lo dispuesto por la CIDH. En tal sentido, expresan que “el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicable al “sub lite” las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción...”. Y ello, manifiestan, a pesar que lo resuelto por la CIDH “soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable...a través de su subordinación a los derechos del acusador...”. Es más, aprecian como paradójico, que “sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino



Silva Sánchez ha advertido sobre esta situación y mostrado, por un lado, la existencia de lo que describió como un derecho penal con distintas velocidades<sup>39</sup>, según se respete estrictamente o no, las garantías tradicionales. Y por el otro, la negación de la posible impunidad propugnando “un recurso irrestricto al Derecho penal” basado en la existencia de supuestos derechos de las víctimas al castigo<sup>40</sup>.

Lo que aquí interesa, de todos modos, es que los escenarios que se describen, indican una mayor exigibilidad para el sujeto imputado de esos delitos que la impuesta de modo regular para el juzgamiento de otros crímenes. Hay pues un criterio de excepción que trasciende la legalidad formal de la imputación de culpabilidad.

### 3.3. Exigibilidad y exclusión

Por otro lado, ya en una línea más acorde con la matriz histórica de la noción de exigibilidad, la doctrina busca en estos días, respuestas racionales frente a contextos de exclusión, vulnerabilidad, migración o indigencia

---

por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional”.

<sup>39</sup> SILVA SANCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal*, B de F, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 3ra edición, 2011, pp.165/183./

<sup>40</sup> En esa línea, Silva Sánchez indica que se ha “declarado que las violaciones de derechos humanos son inamistiables, imprescriptibles e inindultables, no rigiendo en ellos tampoco la prohibición de *double jeopardy* (*non bis in idem* procesal, cosa juzgada) ni el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables”. Por eso hace distinciones importantes desde las reglas de la legalidad y culpabilidad, explicando qué aspectos de restricción o eliminación “de principios básicos del Derecho penal es asumible”. Así, considera inevitable sostener que no es “lo mismo afirmar la inamistiability, inindultabilidad e imprescriptibilidad de tales delitos, que concluir que en ese ámbito no rige el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables ni el principio *non bis in idem* (cosa juzgada, *double jeopardy*)”. Desde ese planteo, identifica la relación que guarda la cuestión con la víctima, señalando que: “Mediante el reproche dirigido al autor, se constituye al afectado por su acción en “víctima”, restableciéndose su dignidad e igualdad” y, ya en punto a la sanción en concreto, verifica que se: “añade a lo anterior la afirmación de un derecho al castigo, en el sentido de inflicción de daño. Por lo que parece, se trata del especial valor expresivo que el padecimiento de dolor por parte del autor puede tener para el restablecimiento de la posición originaria de la víctima en casos de violaciones de derechos humanos”. SILVA SANCHEZ, J. *¿Nullum crimen sine poena?, sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor*, en *Derecho Penal del Siglo XXI, Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII, Madrid, 2007, pp.326/361.

en que se desenvuelven hechos ilícitos, que permitan trascender las posturas radicalizadas de plena deslegitimación del sistema penal y, a la vez, atender estándares de justicia.

Es decir, *pretende asumir esas situaciones especiales evitando una percepción de impunidad, con la consiguiente anomia e insatisfacción de los derechos de las víctimas que, ciertamente, entra en juego dentro del análisis*. El marco del problema expresa el dilema sobre la legitimidad política y, sobre todo, estatal, para exigir a esos sujetos excluidos, fidelidad al derecho y reprochar el quiebre del orden jurídico que integra el daño padecido por las víctimas.

En esta temática, las consideraciones de Cigüela Sola se muestran idóneas para delimitar el contenido de la noción de exclusión social. A esos fines, puede extraerse de su obra algunos aspectos que deben ser ponderados para dar operatividad a esa idea de cara a los niveles de exigibilidad.

Así, ha de analizarse: 1) si la situación en la que viven determinados sujetos supone una grave privación por tener limitado el acceso estandarizado a los derechos y los bienes necesarios para el desarrollo de la personalidad, tales como la propiedad, la educación, la sanidad, el trabajo o la cultura; 2) Si ese contexto además, es consecuencia de una injusticia social que encuentra en el Estado su explicación o permanencia; y 3) que implique una privación duradera y no una simple dificultad pasajera. Por eso advierte, como contrapartida, que quedan fuera de este marco: a) quien se auto excluye, b) los ámbitos ajenos a la competencia estatal o c) penurias momentáneas que son atendidas con otros institutos de la teoría del delito<sup>41</sup>.

También Silva Sánchez, sobre la base de la noción de ciudadano, señala que ese tipo de situaciones y déficits de integración pueden incidir ya en la propia configuración del injusto, sobre todo frente a deberes positivos que se reclamen al sujeto excluido o indigente. En otros casos, esas circunstancias deben ser ponderadas al momento del reproche o de medición de la pena<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> CIGUELA SOLA, J., *Aproximación a una Dogmática de la exclusión social*, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº17, enero, 2017, pp.13/46. También en *Derecho Penal y exclusión social*, Isonomía, nº43, octubre, 2015 y en *El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal*, In Dret 2/2017, abril de 2017.

<sup>42</sup> SILVA SANCHEZ, J., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier, Barcelona, 2018.

Por eso, en la consideración misma del injusto, la ciencia penal busca distinciones valorativas a la hora de evaluar la exigibilidad dirigida a sujetos que se encuentran en contextos de exclusión o vulnerabilidad. En su momento, von Hirsch advertía sobre el desafío de integrar el análisis de la “pobreza” en los modelos penológicos a fin de ponderar la sanción y expresar la desaprobación de los comportamientos<sup>43</sup>. Sin embargo, en este tiempo, no es posible prescindir de la cuestión.

Así, Stuart Green señala que debe atenderse no solo al tipo de crimen, sino también al tipo de padecimiento que condiciona al sujeto para graduar la reprochabilidad<sup>44</sup>.

En la doctrina continental, Cigüela Sola considera que debe distinguirse a los fines de la exigibilidad entre delitos que lesionan aspectos propios de la dignidad humana, sobre todo en cuanto a bienes fundamentales de la persona –víctima– y aquellos que atentan contra bienes meramente secundarios de la comunidad, más vagos o abstractos en su determinación. Frente a los primeros, el sujeto tiene un deber más intenso y el Estado está legitimado de un modo más estricto a reaccionar, sin perjuicio de los contextos de afectación que padezca el imputado.

El propio Silva Sánchez parte de la idea clásica que distancia aquellos delitos que lo son por resultar *mala in se*, es decir, que lesionan derechos fundamentales o naturales de la persona –vida, integridad física, libertad sexual– de aquellos que se constituyen sobre la base de la mera prohibición –*mala quia prohibita*– pues en principio se presentan con cierta neutralidad axiológica<sup>45</sup>.

### **3.4. Exigibilidad y deberes personales ante la situación**

En estos planteos, *un aspecto indisponible es el reconocimiento del sujeto como responsable por sus propios actos. Eso determina que han de ser exceptuados de estas ponderaciones reductivas, aquellos individuos que son causa por sí mismos de ese escenario de actuación.*

*El problema de la exigibilidad ha de tomar en consideración entonces la evaluación sobre la génesis de la situación, más precisamente, si la ex-*

<sup>43</sup> VON HIRSCH, A., *Censurar y Castigar*, Trotta, Madrid, 1998.

<sup>44</sup> GREEN, S., *Just Deserts in Unjust Societies*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law*, edited by Duff & Green, Oxford, 2013, pp.356 y ss.

<sup>45</sup> SILVA SANCHEZ, J. *Malum passionis*, ya citado.

*clusión debe cargarse –imputarse– al propio sujeto o si es una consecuencia injusta provocada por el Estado y este como garante, debe neutralizar o limitar la reacción penal.*

En consecuencia, la justa distribución de cargas que mantiene la unidad de la convivencia, establece que en la imputación de responsabilidad y de la pena, se tenga en cuenta: del lado del sujeto el merecimiento y del lado de la jurisdicción, el juicio de exigibilidad.

En definitiva, como explica Finnis<sup>46</sup>, el punto esencial del castigo es restaurar la afectación del orden de libertades, quitándole al delincuente alguno de sus propios derechos. La pena se impone principalmente por el propio bien que implica la restauración del justo orden.

Así, queda claro sin pretensiones metafísicas o moralizantes, que la declaración de culpabilidad requiere en oportunidades una efectiva limitación de los derechos de quien delinque. Y para eso, la jurisdicción debe estar en posición de exigir la concreta fidelidad a las normas.

En términos de justificación, dice Kindhäuser<sup>47</sup>, la pena solo puede ser justa si sirve de retribución de culpabilidad por un comportamiento que ha puesto de manifiesto un déficit de fidelidad al derecho digno de sanción.

En esa reflexión, la pena, como irrogación de un mal, evita que el ciudadano leal a la norma padezca una doble pérdida frente al que delinque, que obtendría una multiplicación de libertad. Sin sanción, la víctima padecería, no solo la limitación de libertad que es natural y propia del respeto por las reglas, sino también aquella “porción” de libertad –derechos– que le arrebatara el agresor.

A su vez, sin la pena, quien delinque no solo resultaría ajeno a la restricción de libertad que impone el orden socio-político, pues no la respeta, sino que además, se vería beneficiado por la ampliación de su esfera de libertad a costa de la víctima.

En consecuencia, llegado a este punto, me permito entonces terminar, señalando un elenco de conclusiones surgidas de los términos del debate planteado:

---

<sup>46</sup> FINNIS, J., *Fundamental of Ethics*, Georgetown University Press, 1983.

<sup>47</sup> KINDHÄUSER, U., *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

## Conclusiones

1. En tanto la vida social y política se configure como un orden de libertades, la regla básica ha de expresar el sinalagma entre libertad de actuación, por un lado, y la responsabilidad por las consecuencias, por el otro.
2. En el Estado de Derecho, las libertades exteriorizan el estatus de ciudadano, de persona en derecho, que configura su vida en coexistencia, concordia y cooperación con los otros. El orden, en el Estado de Derecho, es fruto de la adecuada distribución de derechos y deberes impuestos por las normas de comportamiento, cuya valoración, cumplimiento y vigencia es parcialmente asegurada mediante sanción penal.
3. La obligación fundamental del ciudadano entendido en sentido amplio, es la fidelidad a las normas que regulan justa y equitativamente, la convivencia.
4. La noción de libertad, en la comprensión moral-normativa de nuestras sociedades, sostiene la responsabilidad subjetiva frente a los otros por los comportamientos que encuentran explicación en la autodeterminación del sujeto y da legitimidad a las sanciones penales.
5. Entre más se relativiza esa idea de libertad en la reflexión jurídica, más atención presta el derecho penal a la peligrosidad, de modo que la pena pierde paulatina y gradualmente su significado expresivo y se vincula con la necesidad de aseguramiento de sujetos peligrosos, llegando al extremo de pretender su inocuización. En esa instancia, la persona pasa a un segundo plano y se observa el estado peligroso del individuo.
6. En definitiva, en esto se apoya la idea de un derecho penal del aseguramiento, cuyo extremo es el derecho penal de enemigos frente a un derecho penal de ciudadanos.
7. En el derecho penal, la extensión de la libertad de elección frente a las exigencias normativas, permite una valoración concreta de la disposición de la persona frente al orden jurídico.
8. En consecuencia, en tanto la evitabilidad es un presupuesto básico de la responsabilidad pues se vincula con el dominio que es propio del ejercicio de la libertad; la capacidad de comprender y motivarse

normalmente, resultan esenciales para definir la posibilidad concreta del sujeto de atender al llamado de la norma.

9. Aun cuando la vulnerabilidad social, la exclusión y la disminución de derechos no pueden ser desatendidos al momento de ponderar el injusto penal y la culpabilidad personal, esto exige, en las instancias jurisdiccionales, evaluar niveles o estándares que condicionan, de un lado el merecimiento del sujeto pero, sobre todo, la exigibilidad estatal de padecer consecuencias penales de acuerdo a la naturaleza del crimen cometido.
10. El Derecho penal de nuestro tiempo vincula entonces el injusto penal con la culpabilidad personal como presupuesto, básico e indisponible de la sanción penal. La declaración de culpabilidad comunica o expresa, ya en sí misma, la contrariedad al derecho de su actuación y que su comportamiento es inaceptable para el orden jurídico.
11. La responsabilidad personal no implica que el comportamiento imputado haya sido ejercido de “propia mano” por el sujeto. En la vida social y política, las personas integran en su ámbito de competencia deberes de control, aseguramiento, solidaridad o promoción, vinculados con la actuación de otros, por los cuales son garantes ante el orden normativo.
12. Sin embargo, como la sociedad de riesgos ha reducido en el ámbito de las expectativas sociales, el campo de lo aleatorio, el acaso, la desgracia o lo meramente fortuito; en las instancias jurisdiccionales debe valorarse, poniendo el acento en las exigencias y posibilidades reales de los sujetos para prever, evitar y dominar los peligros.
13. El avance del derecho penal sobre el ámbito del control de riesgos ha implicado el quiebre del marco del derecho administrativo sancionador –de faltas, contravenciones e infracciones– y de la lógica del poder estatal de policía. El supuesto “garantismo” de proveer a ese campo de las mismas reglas y exigencias que gobiernan al derecho penal, ha terminado por trasladar a este último, con graves consecuencias sancionadoras –a mi criterio, no deseables– un universo de comportamientos que afectan los meros componentes empíricos de la seguridad.
14. No es aceptable desde la culpabilidad penal, la mera responsabilidad objetiva –*strict liability*– por las consecuencias, que implicaría el regreso, metafóricamente hablando, de la *versari in re illicita*.

15. Sin embargo, salvado el presupuesto personal o la *mens rea*, la culpabilidad subjetiva, no solo abarca aquello que se hace con intención y dolo, sino también los comportamientos que surgen del desprecio o el desinterés por las normas o la frívola exteriorización de riesgos jurídicamente inaceptables –imprudencia, negligencia, temeridad–.
16. La relación culpabilidad y pena no exige a los tribunales agotar, al imponer la sanción, la medida estricta de la culpabilidad pues criterios de utilidad, justicia y equidad pueden morigerar la cantidad de pena y su modalidad de cumplimiento.
17. La responsabilidad de la persona jurídica en derecho penal, en definitiva no es más que la responsabilidad de las personas humanas, mediada institucionalmente por el ente o la empresa.
18. En fin, por lo dicho, queda claro que el Derecho Penal no puede ser el encargado primario de configurar o construir axiológicamente la sociedad. Esta depende en su consistencia de los valores primordiales compartidos, de la moral pública, la educación, las creencias y los vínculos sociales orientados por las normas generales. Es por eso que el Derecho Penal solo actúa de modo subsidiario, para reafirmar y restaurar algo que es previo. Una sociedad que pone, cada vez más, su esperanza en la respuesta penal, es una sociedad que reconoce la frustración de la concordia, de la existencia de proyectos en común o, al menos, de la simple coexistencia política.

II  
COMUNICACIONES  
EN SESIONES PRIVADAS





# PRESUNCIONES

POR MARIANO GAGLIARDO\*

Las normas jurídicas no son enunciados de ideas con intrínseca validez –como resultan las proposiciones matemáticas–. Es que las reglas del Derecho son instrumentos prácticos, elaborados y constituidos por los hombres para que mediante su manejo, produzcan en la realidad social ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos como justos y adecuados.

Valga esta introducción para explicitar que el instituto de esta comunicación parece sencillo pero traduce dificultades, variedades, una función notable, sistematizaciones y proyecciones casuistas.

Antes de definir la presunción, su ubicuidad jurídica es superlativa y su primacía es incontrovertible: baste aludir a la “presunción de inocencia” que recepta nuestra Constitución Nacional para advertir su jerarquía.

Presunción, como todos los vocablos que entrañan nombres de acción, puede significar acción o efecto de presumir, conforme a una constante que se observa en todos los vocablos análogos; la definición puede centrarse en la operación de presumir, o en el resultado o efecto de la propia operación.

Se ha dicho que *praesumere*, en los buenos escritores de la edad de plata y en los juristas clásicos, se encuentra en el sentido de “creer” u “opinar”. Otros autores afirman que presunción, de *praesumere*, alude a una idea de anticipación que entraña un conocimiento no definitivo. En estos y otros conceptos previos de lo que sea la presunción, el vocablo se toma en su sentido de acción u operación, y en este aspecto se observa que por presunción entendemos una operación del sujeto, por la que se crea un estado de opinión o creencia.

---

\* Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de abril de 2018.

El vocablo presunción en una y otra acepción es evidente que extraña una operación intelectual o lógica y un resultado o efecto de la misma, consistente en un estado de opinión sobre la verdad de una afirmación de un hecho.

En el terreno jurídico, y atendiendo a lo expuesto, la presunción considerada como operación, o el juicio de razonamiento que producen el efecto u opinión, deberá colocarse en aquella esfera del juicio o haz de juicios que lleva a cabo un sujeto cuando ordena su conducta por razón del comportamiento ajeno. Podrá constituir por ello, un juicio sobre certeza o un juicio sobre probabilidad, ya que la misma esencia de la presunción, requiere adhesión a una opinión, excluida en el juicio sobre posibilidad. Seguidamente, nos encontramos con una dificultad que es la convivencia de este concepto técnico con el concepto vulgar de presunción.

En el lenguaje corriente, y también en el lenguaje jurídico, la palabra presunción se usa en dos sentidos distintos: por un lado, a veces se denomina presunción a los hechos conocidos de los cuales se parte para llegar al hecho desconocido.

En este sentido, presunciones son los indicios de los que parte el razonamiento.

Pero también, por otro lado, se llaman presunciones no sólo a los hechos, sino al razonamiento en sí mismo considerado.

Por lo demás, en la noción corriente de presunción se advierte una estructura lógica que es un símil del juicio hipotético que podría realizar en el particular Kelsen.

Así, la noción descriptiva de presunción es un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado –hecho indicio–, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho (hecho presunto), que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo al nexo lógico que existe entre los dos hechos.

El hecho indicio “permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”.

Dicho hecho indicio consistirá en un supuesto de hecho, distinto del hecho presunto.

En cuanto al concepto de “nexo lógico” es consecuencia de una máxima de experiencia: si esta máxima de experiencia está receptada por la ley

tendremos una presunción legal; si su formulación tiene su origen en el tribunal la presunción será judicial.

La presunción supone un proceso lógico mediante el cual se pasa de un hecho conocido a otro desconocido. El hecho conocido es un indicio que mediante un proceso mental permite llegar al hecho desconocido que de esa manera viene a ser verificado.

El problema fundamental de las presunciones, desde la teoría de la prueba, es saber si las presunciones son verdaderamente un medio de prueba pues son un proceso de carácter mental, esto es un aspecto del conocimiento del hombre o del legislador pues, las presunciones pueden ser hechas por el hombre o por la ley.

Para concluir sobre la índole de la prueba y la presunción, cabe argumentar que la prueba es una verificación y la presunción es un medio de prueba, ello así, pues mediante las presunciones se verifican ciertos hechos acreditándolos como reales, hechos que antes del proceso mental de la presunción eran meramente posibles.

Conceptualmente dice d'Ors que las presunciones consisten en una dispensa de prueba, partiendo de la prueba o evidencia de otro hecho del que el hecho que no se necesita probar depende según la experiencia ordinaria.

Las presunciones contribuyen a la elaboración de las normas jurídicas que en el derecho positivo contemporáneo son, por lo común generales y abstractas.

Se anticipó que el tema de las presunciones está lleno de vacilaciones.

Y estas, son de tal entidad que hace más de un siglo Laurent, decía que las presunciones, especialmente las de carácter legal absoluto, son enteramente absurdas, pues no se concibe que el legislador encare como ciertos algunos hechos sin permitir demostrar que esos hechos no son realmente ciertos.

Por eso, en la concepción de Laurent, las presunciones son arbitrarias.

En oportunidad de celebrarse en la Pcia. de Río Negro las Jornadas Patagónicas de Derecho Procesal entre las bases para un Código de Derecho procesal civil Sentís Melendo, hizo constar que no incluía a las presunciones por entender que no tienen el carácter de prueba sino que constituyen manifestaciones de elaboración mental del juez, coincidiendo así con

Couture, en cuanto remiten al discernimiento del sentenciante que puede ponerlas como base de su convicción en ausencia de pruebas directas; es decir, la apreciación de las presunciones la hace el juez sobre la base de cómo acaecen, normalmente ciertos hechos sin aguardar al experimento de la prueba.

Aquí lo relevante es el razonamiento, operación mental por la cual se pasa de lo conocido a lo desconocido, operación que no es exclusivamente inductiva. También puede ser deductiva o analógica: es decir cualquier tipo de razonamiento puede servir al juez o al legislador para pasar del hecho conocido al hecho desconocido, operación mental denominada inferencia.

Sin embargo, desde esta formulación hasta nuestros días las presunciones aparecen como uno de los recursos técnicos importantes que el legislador posee para estructurar las diversas construcciones jurídicas que dan sentido a todo el orden jurídico.

Lo concreto es que si se pretende una formulación más precisa de presunción, la ubicaremos de acuerdo con el uso general, advirtiendo en el presumir aquel grado de convicción que cuenta de antemano con la posibilidad de una demostración de la realidad contraria, pero que, a pesar de eso, y tras algunas dudas, se pronuncia decididamente por una de las dos soluciones posibles (diferencia con la verosimilitud).

Y avanzando en el panorama descriptivo de la presunción, la doctrina francesa –Geny– entre otros, dice que la expresión “presunción” es una categoría genérica dentro de la cual es posible promover muchas categorías diferentes que estrictamente no tienen gran vinculación con el tema presuncional.

A propósito de lo expuesto, Carnelutti que desarrollara *in extenso* el tema de la prueba<sup>1</sup> considera que son fuente de prueba los hechos de los cuales se deduce inmediatamente la existencia del hecho a probar, mientras que son fuentes de presunción los hechos de los cuales dedúcese sólo mediatamente la existencia del hecho a probar y nos dice que una corriente menos numerosa busca el criterio no en el desenvolvimiento de la deducción sino en el resultado, y habla de prueba cuando hay fuentes de certeza y de presunción cuando existe fuente de probabilidad.

Desde el punto de vista de una clasificación lógica, las presunciones pueden tener un contenido muy distinto. Dentro de la técnica del Derecho,

<sup>1</sup> La prueba civil, Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 90.

la presunción es empleada por el legislador a veces para establecer reglas de fondo en materia jurídica; a veces a los efectos de ciertos fines judiciales; y a veces las presunciones derivan del propio magistrado.

En algunas oportunidades el legislador emplea la presunción, no como un instituto vinculado a la teoría de la prueba, sino para establecer verdaderas normas de fondo de carácter restrictivo. Por caso, cuando la ley dice que tienen plena capacidad para contratar los mayores de edad y que éstos son los que han cumplido X años, o cuando dice que son relativamente capaces las personas púberes, en rigor la ley está estableciendo presunciones.

La ley da por cierto que en la mayoría de los casos cuando una persona es mayor de X años, tiene suficiente raciocinio, y que cuando esta persona llega a la mayoría de edad posee plena madurez.

Las pautas precedentes, no tienen nada que ver con la materia de la prueba, pues en este caso la presunción ha sido utilizada por el legislador como una base sustancial o intelectual mediante la cual establece una norma de fondo en materia de Derecho Civil y Comercial.

Otras veces el legislador usa la presunción, no para sentar una norma de fondo en materia civil, sino para lograr, en materia probatoria, ciertos fines que desea salvaguardar en cuanto a ciertos pleitos, en particular respecto de la carga de la prueba. Por caso, la responsabilidad objetiva por el hecho del dependiente, está estableciendo una presunción. Pero difieren las presunciones de la capacidad respecto de las que versan sobre la prueba.

Y, finalmente, la operatividad de la presunción es producto del razonamiento judicial ante un caso concreto. En estas presunciones “factum”, o del hombre, la ley no establece una norma general relativa a la carga de la prueba, sino que está reconociendo que ciertos razonamientos realizados por el juez pueden dar por acreditado o verificado algún hecho debatido en juicio.

De modo, pues, que dentro del concepto general de presunción es posible apreciar que la idea de presunción es empleada por el legislador con finalidades diversas.

En suma: las presunciones constituyen un procedimiento intelectual en la elaboración y aplicación de las reglas de derecho.

Con relación a la sistematización actual de las presunciones, se debe aclarar que para llegar a un cuadro definitivo con alcances prácticos y dog-

máticos, ambos con valor ilustrativo y docente, se han superado múltiples polémicas y controversias. Y ello así, pues como ocurre en muchos institutos procesales, la opinión que se sustente va indisolublemente unida a la concepción que se tenga de la función de las normas destinadas a regular la actividad decisoria del juzgador, del proceso y sus fines, y de la función de la prueba en el proceso, problemas todos ellos de gravísima trascendencia.

A medida que se profundiza en el análisis y estudio de las presunciones se llega a la curiosa paradoja y a la escisión total entre las tres grandes clases, advirtiéndose en cada uno de ellos un instituto de naturaleza distinta: así, mientras niega la existencia de las presunciones *juris et de jure* o se afirma su carácter de precepto legal o expediente de técnica legislativa, se entiende que las presunciones *juris tantum* constituyen una dispensa o relevancia de prueba de los hechos presuntos o una inversión de la carga de la prueba, y las judiciales u *hominis* un verdadero medio de prueba o un cambio en el objeto de la misma.

Ante estas discrepancias cabe una formulación y esquema aclaratorio.

Cabe aquí una observación cuando en la ciencia del Derecho se utilizan repetidamente términos idénticos para designar situaciones o problemas no muy disímiles entre sí, es más adecuado admitir que entre unos y otros existe un género común, que escindir totalmente los fenómenos y atribuirles naturaleza distinta o negar la existencia de un grupo o categoría, por no encuadrar los de ésta en la definición que demos de las demás. Sólo cuando resulte evidente que no pertenecen diversos institutos del mismo género, a pesar de otorgárseles la misma demostración, será válido prescindir de ésta y predicar la distinta naturaleza de unos y otros.

Sin perjuicio de la clasificación a desarrollar, existen en el mundo jurídico, presunciones nominadas, por caso, la llamada presunción de premorienza, cuando fallecen simultáneamente dos personas que son recíprocamente herederas la una de la otra, y que fue receptada en algunos ordenamientos a partir de la codificación justiniana, constituiría un ejemplo de imposibilidad física de obtener certeza sobre cuál de las dos falleció primero en la realidad. El legislador que regula este supuesto de hecho debiera limitarse teóricamente a declarar que la persona que fallezca posteriormente a la otra transmitirá su derecho a sus herederos legales o testamentarios, de modo que éstos tendrán derecho a la herencia de los dos fallecidos, mientras que los herederos del fallecido en primer término no podrán suceder a ninguno

de los dos; pero este supuesto de hecho, así fijado, engendraría grandes dudas en los destinatarios a causa de la imposibilidad física de saber el orden de los fallecimientos. De aquí que el legislador, en tal hipótesis, pueda prever con arreglo a máximas de experiencia cuando podrá juzgarse como probable con probabilidad cualificada que uno de los sujetos ha fallecido antes, e incluso prohibir toda prueba en contrario; el indicio o hecho base del juicio de probabilidad, será en esta hipótesis el fallecimiento vendrá a ser el hecho presunto, y la operación o juicio constituye una verdadera y propia presunción jurídica aunque no se permita la prueba en contrario.

Con motivo de la sistematización de las presunciones, caben ciertas aclaraciones previas. Si el sujeto que decide su conducta presume cuál es la conducta ajena, es porque cree u opina, sospecha o conjetura, que no ha adoptado una conducta incompatible con aquélla. Creencia u opinión, conjetura, sospecha, son las acepciones vulgares del vocablo presunción en nuestra lengua, excluyen por sí mismas la certeza o convicción sobre la verdad de un hecho y falsedad del contrario o incompatible; por ello, nadie se atreve a afirmar que por medio de una presunción se adquiera efectivamente la certeza de un hecho, aunque se diga que por su medio puede fijarse un hecho formalmente como cierto.

Ahora bien: cuando quien formula el juicio es el hombre común, para ordenar o decidir su propia conducta, puede aquél dirigirse a la obtención de una probabilidad simple o de una probabilidad cualificada, es decir, puede fundarse en una probabilidad de hechos –nominados indicios– que sólo por su reunión permiten juzgar como probable el hecho presunto, o enderezarse por el contrario a la obtención de una probabilidad cualificada, basada en un hecho concreto y determinado. Pero la presunción del hombre común, en cuanto pertenece al campo de la motivación de los actos humanos privados, carece normalmente de trascendencia jurídica, y el Derecho no regula ni disciplina su formulación, como abandona y no disciplina la motivación en general de tales actos: al Derecho sólo le interesa el acto o conducta en sí, y la causa que los haya inspirado, pero no los motivos o razones de tal conducta.

Pero algo distinto ocurre cuando quien regula una conducta está investido de autoridad para imponerla a terceros; ya no se trata aquí de ordenar una conducta propia en atención a la conducta ajena, sino de trazar a una persona destinataria de una norma o mandato una determinada conducta, por razón de su conducta propia o ajena antecedente. La presunción como



juicio sobre probabilidad cobra entonces una relevancia especial, y no se permite al que enjuicia que lleve a cabo la operación con base en cualesquiera indicios, sino que se le exige en todo caso que la probabilidad sea cualificada; al faltar la certeza se le permite sólo resolver la duda sobre la base de un juicio que dé como resultado una probabilidad fundada o cualificada.

El hombre común puede realizar una presunción dirigida a obtener una probabilidad simple, y puede incluso actuar y decidir su conducta eligiendo arbitrariamente una proposición meramente posible; el sujeto investido de autoridad al trazar la conducta ajena en atención a una conducta anterior en el tiempo, sólo puede tomar lícitamente como punto de partida aquellos hechos sobre los que haya obtenido una certeza, o aquellos que juzgue cualificadamente como probables; los simplemente probables o los meramente posibles deben ser desechados sin que puedan entrar en su juicio.

De manera que la presunción resulta una operación intelectual o mental, que sin esfuerzo puede ser considerada como un juicio; este juicio se caracteriza por tender al establecimiento de la probabilidad de un hecho o proposición fáctica: la probabilidad excluye la certeza; por presunción jurídica sólo puede entenderse la realizada por un sujeto revestido de autoridad para trazar conductas ajenas, único caso en que las razones o motivos de la decisión cobran relevancia para el Derecho; y por la misma causa, la presunción jurídica no puede nunca contentarse con una probabilidad simple, sino que requiere una probabilidad cualificada.

La clasificación de las presunciones, tiene su transcendencia por las finalidades que cumplen, entre otras pueden servir para establecer normas de prueba, o bien fijar normas de prueba.

**Presunciones legales absolutas**, también denominadas presunciones *juris et de jure*.

En estos casos, hay que dar por acreditado el hecho presumido sin que se pueda demostrar que el hecho presumido en el caso concreto es falso.

Bajo esta denominación, se conocen las consecuencias conjeturales que la ley saca de un hecho conocido a otro desconocido con la característica que nada en contra puede acreditarse. El cálculo ha sido hecho por el legislador.

**Presunción legal simple.** Se les conoce como “*juris tantum*”, que admiten prueba en contrario: la consecuencia conjetural sacada por ley de un hecho conocido a un hecho desconocido tiene la connotación que puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

Caben las presunciones legales mixtas que no admiten cualquier prueba en contra sino solo aquellas especiales del caso: presunción de paternidad.

**Presunciones hominis.** Son las presunciones judiciales, establecidas por los jueces según el examen de los indicios, y acorde la ciencia y conciencia, y que asumen el papel de un medio de prueba, admitido por nuestro Derecho.

Toda norma jurídica, resultado de la elaboración de un derecho civilizado, tiene fundamento. El sustento del precepto consiste en el razonamiento que justifica la orden o el “deber ser” establecido en ella.

Ciertas normas jurídicas imparten un mandato cuya “*ratio legis*” es un razonamiento de probabilidades. El fundamento de tales normas es la observación hecha por el legislador de que determinadas circunstancias deben hacer suponer que responden a ciertas causas, o que producirán algún efecto.

Realizada esa verificación de probabilidades, el legislador emite la parte dispositiva del dispositivo que constituye directa y llanamente, un mandato de derecho material.

En alguna oportunidad se ha generalizado esta observación y se ha afirmado que toda norma jurídica se funda en el análisis secular de los hechos, y que al mismo tiempo es una presunción experimental y lógica, la que se convierte en una norma impuesta por la ley.

En ocasiones especiales la abstracción o la reducción de los elementos sustanciales de las reglas de derecho se realiza insertando en el presupuesto de hecho un esquema fáctico que contiene una presunción. En el procedimiento de tipificación de la realidad, necesario en la elaboración de los esquemas de hecho que computan las normas se infiltran una generalización o presunción.

Las presunciones tácitas han sido concebidas, a veces, como “presunciones materiales” por oposición a las presunciones propiamente dichas que constituyen el contenido mismo de un precepto legal.

Las presunciones tácitas son de gran importancia. Es necesario saber cuándo y cuáles son las que sustentan la norma, pues la demostración de algún hecho especial que destruya la probabilidad con certeza absoluta, podría originar, según algunos, la no aplicación de la disposición legal por falta de su “ratio legis”; ello se traduciría, con todas las imperfecciones y abusos propios de los adagios de hermenéutica.

Desde otro punto de vista importan también las presunciones tácitas: en ocasiones, las generalizaciones o presunciones contenidas en los presupuestos de hecho de la norma jurídica pueden o no adecuarse a la verdad de un caso especial.

### **Hipótesis de presunciones tácitas**

La norma relativa a los intereses moratorios tiene presunciones en su fundamento y en su presupuesto de hecho, aunque por lo general sólo se ha indicado la presunción contenida en su fundamento. El interés moratorio se explica por la presunción de perjuicio. Además de esta presunción de perjuicio, que sería el fundamento de la norma, existe otra presunción, esta vez en los presupuestos de hecho de la disposición, y que consiste en suponer que la tasa legal del interés cubre los perjuicios reales.

Otro supuesto de presunción tácita es que la posesión de las cosas muebles, según tesis difundida tiene su apoyo en el ex-art. 2415 del Código de Vélez –hoy, art. 1895 Código unificado– e importaría una presunción de propiedad. Como la buena fe es una presunción *juris tantum*, es importante diferenciar esta presunción relativa de la que consagra el ex-art. 2412 cit. respecto a la propiedad de las cosas muebles.

La presunción de propiedad establecida en el citado art. 2412 es una presunción absoluta que no admite prueba en contrario y la presunción de buena fe del poseedor constituiría una presunción relativa susceptible de ser destruida por prueba contraria. Lo importante que la presunción de propiedad en su parte dispositiva, está supeditada a una presunción de buena fe del poseedor insertada tácitamente en los presupuestos de hecho de la norma.

### **Final**

En el Código de Vélez en repetidos supuestos se recurre a la expresión consagrada y típica “se presume” mientras que son frecuentes otras locuciones: “se reputa”; “se entiende”; “se considera”; “se juzga”, etc.

El Código unificado es más técnico y utiliza la locución “presunción” “la solidaridad no se presume”; el mandato se presume”, etc.

No surgen mayores supuestos donde sea menester analizar cada caso de conformidad con los motivos y razones del precepto legal y, si de consiguiente, es o no admisible la prueba en contra de la presunción.

La fijeza y seguridad de las presunciones puede existir en sentido opuesto. Es que una situación dada puede entrañar una conclusión legislativa y la consiguiente presunción. Por lo demás, las no presunciones resultan, como casi todo lo que es negativo, verdaderas presunciones. La solidaridad no se presume, quiere decir que lo que se presume es la simple mancomunación. Lo propio corresponde sostener en materia de novación: se presume que la obligación anterior subsiste. La no presunción de la renuncia, supone la presunción de la conservación del correspondiente derecho.

Puede afirmarse que casi la totalidad de las presunciones contempladas en nuestro ordenamiento admiten prueba en contrario, es decir son *iuris tantum*.

Como cierre, es evidente que las presunciones tienen efectos probatorios y por ello podrían calificarse como “método para probar”, en cuanto sirven para dar por probado un hecho a partir de la demostración de otro.



# CONTRIBUCIÓN DE CANCELLERES ARGENTINOS A LA “PAZ INTERNACIONAL” MEDIANTE EL DERECHO

POR JORGE REINALDO VANOSI\*

Bernardo de IRIGOYEN

Joaquín V. GONZÁLEZ

Luis María DRAGO

Carlos SAAVEDRA LAMAS

Atilio BRAMUGLIA

Miguel Ángel ZAVALA ORTIZ

## **Introducción**

Las contribuciones en favor de la paz exterior reconocen numerosos y valiosos antecedentes en la agitada historia argentina; pero ello no obsta a que se resalten antecedentes y sucesos que ponen en evidencia los desempeños de gobernantes de diversas épocas y de Cancilleres de la República que en su función de ministros de Relaciones Exteriores llevaron a cabo gestiones y compromisos pactados con el fin de evitar luchas o discordias con países hermanos. Fueron actos de alta política internacional que honran a la Patria y a los estadistas intervinientes, que jalonaron en sucesivas etapas una invariable línea de conducta nacional en un sentido pacificador

---

\* Comunicación del Académico Presidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 26 de abril de 2018.

y antibélico, verdadero orgullo para el pueblo argentino. El propio artículo 27 de la Constitución Nacional impone como un deber del Gobierno Federal el establecimiento de las relaciones de PAZ y comercio con las potencias extranjeras; comenzando con la solución de los problemas limítrofes que la Nación arrastraba desde su emancipación y desde el desmembramiento del antiguo Virreinato al que habíamos pertenecido formando parte de la finiquitada era colonial.

No siendo posible abarcar la totalidad de los casos en cuestión, ni incluir al conjunto de los actores participantes en la sucesión de episodios, optamos por poner en relieve algunas actuaciones destacadas que se inspiraran en la PAZ como meta y que contaron con la capacidad y sabiduría de muy prestigiosos hombres del Derecho, quienes de esa manera aportaron a destacar el acatamiento de principios y reglas que corresponden al desarrollo del Derecho Internacional Público como una de las partes destacadas de la ciencia jurídica.

Cabe subrayar que fueron dos los pasos iniciales que abrieron las puertas del entendimiento y el camino de la pacificación; y ambos se llevaron a cabo en las dos presidencias argentinas del General Julio Roca y la participación lúcida y empeñosa de cancilleres de la talla de Bernardo de Irigoyen en la primera y de Joaquín V. González en la segunda (en ausencia del titular), con debates parlamentarios de alto vuelo en las Cámaras del Congreso Nacional, seguidas por la ansiedad de una opinión pública que incluía en su vocación cívica el deseo de la PAZ interior y exterior como elemento fundamental para la prosecución del intenso progreso material y cultural que desarrollaba la Argentina ante el asombro de todos los países, muchos de los cuales estaban aportando corrientes migratorias que la Constitución Histórica de 1853-1860 protegía desde su sabio Preámbulo hasta el generoso artículo 20 y normas afines, realmente originales y promisorias para la época.

## **I- Bernardo de Irigoyen**

A) Lo “ineluctable” es aquello contra lo cual no cabe luchar ni oponerse, ni negar ¿Quién puede poner en duda la personalidad de Bernardo de Irigoyen (1822-1906)? ¡Nadie! Por ello mismo fue convocado por el presidente Julio A. Roca en su primera presidencia para proceder al latente problema de la definición de los límites entre Chile y la Argentina. Su tra-

yectoria habla por sí misma con relación a su idoneidad –ética y técnica– para afrontar y enfrentar situaciones de tan delicada y compleja índole. En prieta síntesis pueden mencionarse jalones de su “hoja de vida”, a saber:

Abogado y político. Luego de la Batalla de Caseros, emprendió la misión de atraer a los gobernadores del interior, tarea que culminó con el “Acuerdo de San Nicolás”. En 1860 formó parte de la Convención Provincial que debía examinar la Constitución de 1853 para la incorporación de Buenos Aires. Nombrado por Sarmiento, fue Procurador del Tesoro Nacional (1870); dos veces Ministro de Relaciones Exteriores (en 1875 y en 1880), Ministro del Interior (1877-1879); dos veces Diputado (1873 y 1880) y Presidente de esa Cámara (1875); y candidato a Presidente (1886). Fundó la Unión Cívica (1889) y participó de la Revolución del Parque (1890). En 1893 fue desterrado a Montevideo regresando al año siguiente, siendo electo como Senador por la Unión Cívica Radical. En 1894 interpeló al Ministro del Interior Dr. Quintana, causando como resultado una crisis de gabinete, lo que finalmente provocó la renuncia del presidente Luis Sáenz Peña. Dirigió el Partido Radical en 1896; más tarde fue electo gobernador de la Provincia de Buenos Aires (1898) y fue reelegido como Senador en 1902, por un período en el que lo sorprende la muerte el 27 de diciembre de 1906, a los 84 años de edad. Un bello monumento recuerda su memoria en Buenos Aires, sobre la Avenida Callao.

Quien fuera dos veces candidato a la Presidencia de la Nación (en 1886 y en 1892) estaba munido de grandes condiciones intelectuales y morales, con serias experiencias jurídicas y sabiduría diplomática, de las que no estaba ausente su dominio del buen tacto a la par que el refinamiento y hondas condiciones culturales. De su época de actuación se destacaba por todo ello, como así también se destacaba Alem por su popularidad y Aristóbulo del Valle por su oratoria y dominio de la tribuna. Todos ellos habían adherido al “autonomismo”, sin perjuicio que merecían y recibían el respeto por parte de otros personajes de diferente pertenencia. Ello no evitó que los avatares de la política lo esquivaran en las vísperas de la sucesión de Roca, quién descartara también a Gorostiaga y a Rocha para optar por su familiar Juárez Celman, de notorio fracaso en la gran crisis del noventa. En 1892 pudo ser Presidente, pero entre las “componendas” y el fraude se encargaron de alejar sus perspectivas; y no faltaron malevolencias que traían a colación su labor –eminentemente jurídica y técnica– en tiempos ya declinantes del auge rosista.



Pero nadie pudo ni puede quitarle el mérito de su gestión –por encargo de Urquiza– ante los gobernadores provinciales, para llevar a buen puerto la convocatoria al decisivo y decisorio encuentro donde el “Acuerdo de San Nicolás” consagró la base fundamental para la apertura del proceso constitucional definitivo, luego de tantas décadas de la sempiterna desorganización nacional ¿Quién podía a esa altura demorar o retacear la convocatoria constituyente? Bien eligió el General Urquiza a Bernardo de Irigoyen, que con su poder de persuasión y su profundo conocimiento jurídico-institucional estaba predispuesto y dispuesto a acelerar los pasos a seguir ante los gobernadores que debían promover las nominaciones de los diputados. El poder de Urquiza –a cargo de la Confederación y de las relaciones exteriores– aseguraba el desenlace positivo de la ruta y los pasos a seguir, con el asesoramiento de Irigoyen, que formaba parte del “Consejo de Estado” creado por el vencedor de Caseros.

**B)** Más que su módica e inicial vinculación profesional con la época rosista, le resultaron a la postre adversiones por su eficiente colaboración con el General Urquiza después de Caseros; al punto que algunos unitarios optaban por proscribirlo<sup>1</sup>.

Pese a ello y pasado el tiempo, su “cursus honorum” no puede ser detenido dados su notable nivel intelectual y su señorío personal. Siendo de auténtica y profunda religiosidad católica, actuó en la masonería hasta recibir el “grado 33” por el Supremo Consejo. El “pecado urquizista” demoró su acceso legislativo, pero ya no se detuvo y a partir de 1873, a los cincuenta y un años de edad, siendo ungido Presidente de la Cámara por voto unánime en 1875; año éste en que es convocado por el Presidente Avellaneda para solucionar como Canciller algunos cuestionamientos pendientes con países limítrofes (Paraguay y Brasil); para pasar a ocupar al año siguiente el Ministerio de Hacienda a fin de solucionar problemas atinentes a nuestra consabida deuda externa; mereciendo en todos los casos las felicitaciones presidenciales. Con los cambios ministeriales del año 1877 asume el Ministerio del Interior donde desarrolló una ingente labor.

---

<sup>1</sup> Bien señala Isidoro J. Ruiz Moreno (h) en su publicación de “Anales” de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (Año 2006, págs. 677 y siguientes) que una mayor figuración en el círculo de Rosas tuvieron Dalmacio Vélez Sarfield y Rufino de Elizalde, sin llegar a ser “demonizados” a causa de ello (sic).

Luego de la gran convulsión del ochenta, con la derrota de Carlos Tejedor y el triunfo del General Roca, Bernardo de Irigoyen retorna a la Cámara de Diputados y sucesivamente a la Cancillería y al Ministerio del Interior en 1882, en cuya oportunidad incorpora a la Ciudad de Buenos Aires –ya convertida en Capital Federal– los municipios de Belgrano y de Flores; sumándose a ello la inauguración del ramal ferroviario a Cuyo y al inicio del Trasandino ¡Qué estadista! Un año antes había inaugurado la línea telefónica, comunicándose una mañana con el presidente Roca, para celebrar el acontecimiento.

Todas estas menciones acerca de la vida y el trabajo de Irigoyen van dirigidas a la demostración de sus aptitudes polifacéticas, que lo convertían en la persona idónea para los grandes emprendimientos, tal como lo demuestra la riqueza de sus realizaciones, no sólo políticas y profesionales en el terreno forense, sino también en el cultivo del Derecho Internacional (Público y Privado), habiéndolo demostrado en las numerosas oportunidades de su participación activa en difíciles conflictos, no sólo limítrofes, sino también de índole jurisdiccional, como el caso de la personalidad jurídica de las entidades bancarias extranjeras con sucursales en la Argentina, que motivaron la “doctrina Irigoyen” en el sentido de que debían ajustarse a las leyes locales y sin privilegios alguno de inmunidad o excepción.

La sólida formación jurídica de Irigoyen era reconocida por todos, más allá de las diferencias políticas propias de la época; siendo hombre de consulta indispensable para la atención y esclarecimiento de los problemas que se suscitaban; tal como lo puso en evidencia su manejo de la cosa pública en el orden nacional y en el provincial, con especial relieve en los complejos litigios internacionales que comprometían la integridad de la Nación.

C) Bueno es recordar que la experiencia de Irigoyen ya venía abonada por las gestiones que se le habían encomendado en 1843 a raíz de la ocupación chilena del Estrecho de Magallanes; y que en 1851 se lo comisionó para la investigación de los antecedentes sobre el dominio de dicho Estrecho. La divergencia se extiende por años y Chile rechaza los entendimientos (1877); pero con tenacidad Irigoyen rechaza todo intento artero de Chile encaminado a llevar el tema de la Patagonia a un proceso arbitral: por el contrario, Irigoyen proclama la separación entre Chile y la Argentina

a través de la Cordillera de los Andes “y que la línea divisoria corría por sobre los puntos más altos que pasaban por entre las vertientes que se desprendían a uno y otro lado” (lo que así pensaba también Bello)<sup>2</sup>.

Luego de ello, el Canciller se retira del Ministerio, en 1878, pero por otras razones políticas.

Así, todo quedaba “a fojas cero”; y las pretensiones chilenas proseguían. Pero la historia continuaría, con la constante defensa de los gobernantes argentinos, que sin preconizar ni la guerra ni el arbitraje, llevaron con insistencia la voz del “arreglo” y de la “transacción” como testimonio de la PAZ a la que no debían sustraerse los países hermanos y limítrofes.

La llegada a la Presidencia de la República por el General Roca inició una nueva etapa en la ardua cuestión pendiente. El nombramiento de Bernardo de Irigoyen al frente de la Cancillería iniciaría una nueva etapa de gestión, plenamente apoyada por Roca, también comprometido con la PAZ que el pueblo argentino ansiaba, después de tantas décadas de incertidumbres y de irresolución, más la pesadumbre de amenazas belicistas y de atropellos de hecho.

**D)** Pero 1881 sería el año clave. Y, en Buenos Aires, el 23 de julio la consumación del tan ansiado Tratado. La “pieza magistral” contaría finalmente con la aprobación, el 11 de octubre, de ambas Cámaras del Congreso argentino: se fijaban definitivamente los límites internacionales en la Cordillera de los Andes, en el Estrecho de Magallanes y en Tierra del Fuego; ¡Se ponía a salvo toda la Patagonia! ¿Qué más podía pretenderse en esos momentos? En nuestra opinión, el juicio de la historia indica que el Tratado fue un gran éxito de la tenacidad del ministro Irigoyen al imponer sus ideas (sic)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Conf. Isidoro Ruiz Moreno en *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N° 13, 2da época, año 1982, pág. 69. Por otra parte, cabe señalar que Bernardo de Irigoyen dejó como legado intelectual cuarenta trabajos entre defensas, informes, discursos que se publicaron en formas de folletos y libros. Entre ellos sobresalen: Recuerdo del general San Martín; Recuerdos de don Bernardo de Monteagudo; Delfín Gallo. Apuntes Biográficos (1890); Colonización e inmigración en la República (1891).

<sup>3</sup> Por supuesto que el joven y empecinado diputado Estanislao Zeballos votó en contra del Tratado... Conf., Isidoro Ruiz Moreno, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año 1982 (2da época), N° 19. Irigoyen dirá expresamente: “el Tratado de 1881” ha sido realizado en el terreno de la transacción”. Una sabia confesión.

Los logros consistían en: 1) el límite cordillerano corría por las más altas cumbres que dividen las aguas; 2) se fijaba el límite del Estrecho de Magallanes hasta el divorcio de las aguas en los Andes (desde Punta Dungeness hasta el divorcio de las aguas en los Andes) perteneciendo a la Argentina los territorios al norte y a Chile los que se extienden al sur; 3) la neutralidad del Estrecho de Magallanes y la libertad de navegación para las banderas de todas las Naciones; 4) el límite en Tierra del Fuego a partir del Cabo Espíritu Santo hasta tocar el Canal de Beagle: “Será chilena, dice el tratado, la parte occidental y argentina la oriental”. “Y pertenecerán a la República Argentina la isla de los Estados, y las demás islas que haya sobre el Atlántico al oriente de la Tierra del Fuego y costas orientales de la Patagonia”; y “pertenecerán a Chile todas las islas al Sur del canal Beagle hasta el Cabo de Hornos y las que haya al Occidente de la Tierra del Fuego.”

E) Las sesiones parlamentarias fueron secretas; no obstante lo cual se conoció el duelo argumental y político entre Irigoyen y Zeballos, de elevado tono entre ambos contendientes y que trascendieron inevitablemente (en un país en el que casi nadie sabe guardar “reserva”). La exposición de Zeballos duró tres días, hasta fines de agosto; y el Ministro le replicó otro tanto, hasta el dos de septiembre; que sumaron doscientas treinta páginas de argumentos (sic). Se destacó Irigoyen, que conocía todos los antecedentes a partir de la ocupación chilena del Estrecho de Magallanes y su territorio (21 de septiembre de 1843); advirtiéndole a Zeballos que había señalado deliberadamente la pertenencia argentina en la entrada oriental del Estrecho a fin de dejar establecido “que Chile no sale del Atlántico” (sic). Asimismo, cabe señalar que un “Protocolo adicional y aclaratorio” del Tratado de 1881 fue firmado en 1893 para declarar expresamente que “la soberanía de cada Estado sobre el litoral respectivo es absoluta, de tal suerte que Chile no puede pretender punto alguno sobre el Atlántico, como la República Argentina no puede pretenderlo hacia el Pacífico” (sic). Zeballos no replicó al Canciller, que guardó respetuoso silencio.

Un aspecto importante de la exposición del Canciller en el Congreso Nacional consistió en recordarle a los legisladores la dejación en que habíamos incurrido los argentinos durante largo tiempo; y dijo: “Preocupados por las disensiones internas y las dificultades exteriores de la República y preocupados por los sacudimientos y luchas civiles que detuvieron el desenvolvimiento de nuestros destinos, olvidamos durante largo tiem-

po ese transcurso, que en un punto lejano de nuestro territorio tremolaba, como símbolo de dominio, una bandera que ostentaba los colores de la Nación”... “Chile, alentado por el tiempo y por nuestro silencio, desenvolvía tenazmente sus aspiraciones y abarcaba en ellas todo el vasto territorio de la Patagonia, fijando el límite de sus pretensiones en el Cabo de Hornos en el sur, y por el norte, en el río Diamante”.

“La actitud de Chile era atrevida y dura”... “La respuesta argentina fue débil”, dijo el Ministro... pero compleja cuestión tuvo la República frente a la intransigencia del vecino.

“Chile ha procurado, desde la iniciación de esta cuestión, por el esfuerzo de todos sus hombres públicos, de sus historiadores, de sus geógrafos, de sus diplomáticos, llevar a los pueblos y a los gobiernos, la idea de que tiene derechos incuestionables en los territorios australes; y nosotros preocupados por las agitaciones internas y dificultades exteriores, que absorbieron muchos años nuestra atención, no hemos contrarrestado eficazmente esa propaganda”.

Y el ministro finalmente preguntó a la Cámara: “¿Qué gobierno reclamó el Estrecho después de 1848?, ¿Qué gobierno se ocupó de este asunto desde 1852 hasta 1872?, ¿Qué nota, qué palabra se dirigió en esos 28 años para salvaguardar el derecho de la República? Ninguna. Aceptemos pues la consecuencia de nuestro descuido; reconozcamos que ha sido resultado de los días agitados que perturbaron la marcha del país, aprovechados por las veleidades de Chile”<sup>4</sup>.

Roca no se equivocó en elegir a Bernardo de Irigoyen para una cuestión tan conflictiva como la habida con el pleito fronterizo con Chile. Era conocida la experiencia del ilustre jurista, que provenía de muchos antecedentes en los que le cupo foguearse. Ya en 1875 (Presidencia de Avellaneda) había negociado exitosamente los tratados de PAZ y límites con Brasil y Paraguay, que arrastraban cuestiones emergentes de las consecuencias de la Guerra de la “Triple Alianza”; y en 1878 con las bases del tratado “preliminar” con Chile. Pero su cúspide la alcanzó con el Tratado de 1881, en el que Roca destacó el notable talento negociador y jurídico de Irigoyen.

---

<sup>4</sup> Conf., ob. cit., pág 277. Dijo Irigoyen: “El gobierno de Chile pretende que sometamos al arbitraje la Patagonia, íntegramente, pero ésta es una exigencia que el país no debe aceptar, cuente lo que cuente, venga lo que venga”. Irigoyen temía que nuestra costa de jurisdicción en el Atlántico, “sea dividida por un fallo arbitral”. Fue muy sabia su previsión al respecto: tan sólo era viable un acuerdo transaccional; pues de lo contrario correríamos el riesgo de una pérdida total.

La mejor conclusión la profirió el General Roca, cuando exclamó: ¡“el Tratado fue el hecho más culminante y el de mayor trascendencia de mi gobierno”! Según cuenta Levene, Roca le envió esta exclamación a Juárez Celman, su inminente sucesor en la Presidencia de la Nación, con el obsequio de la pluma.

## II. Joaquín V. González

A) A la notable labor de Irigoyen en 1881 no puede dejarse de sumar la no menos aportación, por ausencia del ministro Amancio Alcorta, de JOAQUÍN V. GONZÁLEZ como Ministro interino de Relaciones Exteriores en 1902, también bajo la presidencia —esta vez por segunda oportunidad— del General Roca. Se trataba entonces de la aprobación del “Tratado General de Arbitraje” y de la “Convención sobre discreta equivalencia naval”, que se celebraban —ambas— con Chile; y que fueran calificados en el debate parlamentario como “Tratados de Paz”. El sentido de la PAZ estaba siempre presente, habida cuenta de la preocupación que agitaba a nuestro país “la cuestión del Pacífico”, a causa, por otra parte, del temor chileno sobre una eventual influencia nuestra en redor de las secuelas habidas como consecuencia de la guerra entre Chile y la “Confederación Peruana-Boliviana” de 1879.

Es memorable la exposición de Joaquín V. González en la sesión del Senado del 28 de junio de 1902, en la que subraya “los peligros del patriotismo retrospectivo” en los litigios entre naciones; confiando en los estadistas de Chile y Argentina y preparando así a la opinión pública de sus pueblos para recibir el laudo arbitral que, finalmente, se produjo unos meses después de aprobados los “Pactos de Mayo”. El Ministro defiende la “cláusula argentina”, aceptada por Chile, y basada en el art. 27 de nuestra Constitución, referida a la no afectación de los preceptos de las Leyes Supremas de uno y otro país; quedando así establecido en los tratados celebrados; y también sentaba en su discurso la tendencia moderna a tratados “generales, preventivos y permanentes por vía de arbitrajes”, en reemplazo de los acuerdos “especiales, con tribunales accidentales y transitorios”.

Fueron terminantes las palabras en su alocución en la Cámara de Diputados, cuando en la sesión del 29 de julio cierra la argumentación Joaquín V. González afirmando: “Los Pactos de Mayo han resuelto, pues, la cuestión secular de la República Argentina, no como la habría deseado el más

exaltado espíritu patriótico por una nueva epopeya militar: lo ha resuelto por un pensamiento político que basta para incorporar a la República Argentina en el núcleo de las naciones más pensadoras, más serias y más dignas de representar la civilización contemporánea. Esto lo ha comprendido la nación entera que ha recibido los convenios que constituyen estos arreglos, bajo la sola denominación de “Pactos de Paz”, porque es éste en realidad su significado y lo que constituye su fundamental virtud persuasiva y la mayor honra para los hombres que la concibieron y negociaron, y para todos cuanto concurren a su sanción definitiva”.

**B)** Visto al cabo del tiempo, la inspiración del Ministro Canciller “interino” sentó con sus palabras el acertado sentido de los Pactos, procurándose una armonía legal y acordada entre dos naciones hermanas que compartían una frontera de miles y miles de kilómetros, que más allá de los episodios circunstanciales pudieron así evitar desenlaces bélicos para arribar finalmente y previa consulta popular a la ciudadanía, a un Tratado de pacificación definitiva (Presidencia de Raúl Alfonsín) que contempla todos los medios de consulta y arreglo conducentes a disipar cualquier tentación de aventurerismo conflictivo, reemplazando a la fuerza o al capricho por la práctica constante y constructiva del diálogo que lleva al entendimiento y abre el camino de la complementación e integración regional.

La PAZ alcanzada desde el reestablecimiento democrático a partir de 1983/1984 ha sido un gran alivio después de las reiteradas tensiones habidas durante el siglo y medio de reyertas y conflictos, y hasta con amenazas de guerra (caso del Beagle).

**C)** La historia debe reconocer que la gran contribución de Julio A. Roca a la forjación de la PAZ –siendo él un guerrero avezado y experimentado– consiguió en sus dos presidencias neutralizar los amagos del desasosiego que periódicamente se insinuaban en ambos lados de las fronteras. Para ellos, acudió incluso al diálogo directo, personal y amistoso con los máximos interlocutores de la cuestión litigiosa y limítrofe. En su extensa gira patagónica culminó con un encuentro previamente concertado con el Presidente Federico Errázuriz de Chile, que se concretó en Punta Arenas, a orillas del Estrecho de Magallanes, el 15 de febrero de 1899, que se denominó “el abrazo del Estrecho”, donde se formularon votos por la PAZ, a lo que

Roca sumó que se trataba de “un supremo deber moral y práctico para las naciones que tenemos el deber de gobernar”. Roca obsequió en esa oportunidad las obras de Sarmiento al Presidente Errázuriz. La importancia del “abrazo del Estrecho” quedó reflejada en la buena suerte corrida por los “Pactos de PAZ” de 1902, cuando aún perduraban quisquillosos tropiezos interpretativos en redor de los Tratados y Pactos preexistentes celebrados entre la Argentina y Chile, siguiendo los consejos emitidos por el gobierno inglés (así como fueron en 1881 las recomendaciones pacifistas emanadas de Washington)<sup>5</sup>.

Pese a tantos “entendimientos, ardua siguió siendo la trama que renacía periódicamente sobre la interpretación de los límites; a tal punto que las discrepancias entre el perito chileno Barros Arana y el argentino Francisco P. Moreno condujeron a la necesidad de un convenio (el 22 de septiembre de 1898) para poner en manos de un árbitro inglés los puntos sostenidos por los peritos contendientes; toda vez que el chileno apelaba a un criterio hidrográfico mientras que el argentino reafirmaba que la línea divisoria debía establecerse por “el encadenamiento central de las altas cumbres de los Andes”.

Mientras tanto, Roca enfatizaba la idea suprema de la PAZ, volcando su serenidad en el terreno de las negociaciones diplomáticas como meta de la dignidad y de la seguridad del pueblo de la Nación. En su denodado esfuerzo, el Presidente encomienda al jurista y estadista José Antonio TERRY, en Santiago de Chile, obtener que la cláusula del Pacífico se incluyera en los Convenios como parte preliminar en el Tratado de arbitraje, firmándose en Santiago el 28 de mayo de 1902 uno de los “Pactos de Mayo”. No bastó con ello: el 10 de julio de ese año (1902) se firmó un “Acta Declaratoria para evitar el arbitraje en los tratados vigentes a fin de que ninguno de los gobiernos tuviera derecho a inmiscuirse en la forma que el otro adoptare para darles cumplimiento”.

Por último en el tema naval, amén de la libre navegación y la neutralización del Estrecho de Magallanes, se acordó una limitación de los armamentos “hasta llegar a una discreta equivalencia” (lo que fue criticado por Victorino de la Plaza en el Congreso); no obstante lo cual fue nada menos que Luis María Drago quién ponderó la actitud pacifista de Roca

---

<sup>5</sup> Véase, Armando Braun Menéndez, “La segunda presidencia de Roca”, Cap X, Vol. 1º; Academia Nacional de la Historia en *Historia de las Presidencias*, Ed. El Ateneo, Bs. As., 1963. Asimismo, *Derecho Internacional Público*, de César Díaz Cisneros (2da. Ed., 1955).



destacando enfáticamente que el Presidente (militar) se constituía “en el iniciador y signatario del único tratado de limitación de armamentos que se conozca en el mundo” (sic). Así, de los convenios de 1903 la PAZ quedó garantizada y se cumplía el anuncio que Roca formulara ya en 1899 ante el Congreso Nacional, cuando sostuvo: “¿A qué tronchar vidas cuyos brazos tenían la misión del trabajo en los campos infinitos? La guerra con Chile hubiera sido una guerra implacable, una vergüenza para América y un escándalo para el mundo”.

En definitiva, al General Presidente Julio A. Roca le correspondió la gloria de la PAZ entre argentinos y chilenos.

### III. Luis María Drago

#### Sus doctrinas

#### (La no intervención. La deuda externa. Las bahías históricas)

A) *“Los principios que se ajustan al ideal inmanente de justicia valen por sí y poco importa la fuerza de que se disponga cuando son proclamados. Tarde o temprano se imponen”*: este fue el pensamiento rector de Luis María Drago; esta fue la máxima que guió todo su comportamiento en la política internacional, en la política interna y en el pensamiento jurídico.

Drago fue un hombre de dos siglos: su formación lleva la impronta de la segunda mitad del siglo XIX, aunque su ciclo arcóntico transcurrió entre las dos últimas décadas de aquél; pero las realizaciones más visionarias pertenecen a las dos primeras del siguiente siglo. Como diría Churchill, *su hora más gloriosa* tuvo lugar en realidad en los primeros años del siglo XX, hasta que problemas de salud fueron apagando su vida, llegando a los 62 años de edad, al fallecer el 9 de junio de 1921.

Porteño de origen, había nacido el 16 de mayo de 1859; y este hecho marcó también toda su vida: hijo de un prestigioso médico que había sido dos veces diputado en la Legislatura, catedrático de la Facultad de medicina y médico de cabecera del General Bartolomé Mitre; su hijo recibió de la cuna universitaria un signo indeleble y del padre un fino sentido del humor.

Fue Drago un genuino representante del señorío porteño y tuvo la inapreciable ventaja de formarse en un hogar donde sobraban los buenos ejemplos y no faltaban los más refinados cuidados. Por la familia de la

madre —emigrados bajo el régimen rosista— había recibido el sentido elevado de la libertad personal; de su padre, seguramente heredó la fina ironía que al decir de Podestá Costa trasuntaba un escepticismo mundano, consecuencia de su refinamiento europeo. Todo esto fue, como dije, un sello indeleble que se mantuvo pese a quedar huérfano de padre ya a los 16 años de edad.

Siguió la carrera de leyes en la Universidad de Buenos Aires, en la vieja casona de la calle Moreno, recibéndose de abogado en 1882, en una promoción famosa que fuera despedida con el discurso del gran maestro Pedro Goyena. Su tesis fue sobre un tema del derecho privado: “*El poder marital*”, no obstante que sus temas favoritos en el desempeño cívico serían los del derecho público y, en particular, los del derecho constitucional; habiéndose formado al respecto en las aulas de José Manuel Estrada, lo que fortificó su convicción centrada en la fuerza de la libertad.

Quiso el destino que reemplazara luego en el Ministerio de Relaciones Exteriores —a su fallecimiento en 1902— a quien fuera su profesor de derecho internacional, Amancio Alcorta, y también quiso el destino agradecerlo con quienes fueron sus condiscípulos, todos hombres famosos e ilustres en su generación, como el sociólogo Juan Agustín García, el gran jurista José Nicolás Matienzo, el historiador Norberto Piñero, Ernesto Quesada, el polifacético Rodolfo Rivarola y muchos otros. Como luego veremos, en ese mismo año de su graduación, ganó la primera diputación legislativa.

Drago desempeñó funciones en los tres poderes del Estado, caso poco común en la historia política argentina, forjando su veteranía en las competencias, tanto del Estado provincial cuanto del gobierno central. Así fue juez, ocupando todos los peldaños de la carrera judicial; legislador, tanto provincial como nacional, en cuatro oportunidades; ministro muy brevemente, pero dejando una estela imborrable por su famosa doctrina y también se desempeñó como profesor universitario. Toda su vida fue escritor, y en gran parte periodista, diplomático al fin, sobre todo con rara y equilibrada conjunción de pensamiento y acción; y, en las palabras de Ortega y Gasset, podía reunir en su propia mente la tarea del político, es decir, estar *ocupado*, junto con la tarea del intelectual, es decir, estar *preocupado*.

**B)** Dotado de una pluma privilegiada, escribió con un lenguaje al que Podestá Costa ha calificado como nítido, terso y transparente; y era amante de esa otra divina armonía que es la música. Siendo legislador propuso en

una oportunidad una beca para facilitar –en Europa– los estudios de quien luego sería uno de los más grandes músicos argentinos, el maestro Alberto Williams. Cultivaba la lectura de los clásicos sin desmedro de sus preocupaciones críticas sobre Mark Twain, o sobre los poemas de Osián y otros escritores.

Veamos en un breve vistazo sus principales obras publicadas, que abarcan temas muy variados: en el año de su graduación publica *“La Literatura del Slang”*; al año siguiente *“La idea del Derecho”*, en colaboración con su condiscípulo José Nicolás Matienzo; en 1886, la *“Colección de Fallos en materia Civil y Comercial concordados con la doctrina de la Corte Suprema”* que merecieran los elogios del gran civilista Lisandro Segovia; en el año que sigue el *“Procedimiento Criminal en la Provincia de Buenos Aires”*, con serias críticas al proyecto de Obarrio, Malaver y Montes de Oca; y en 1888 una obra singular, *“Los hombres de presa”*, en la cual adhiere a la escuela positivista del derecho penal. Y aparece publicada con el patrocinio de la Sociedad de Antropología Jurídica de Buenos Aires, que había sido fundada un año antes por el famoso Francisco Ramos Mejía.

Esta obra consagratoria, como he dicho, tuvo una segunda edición con prólogo del propio Ramos Mejía y fue reimpressa también en 1921; pero lo más destacado es su traducción al italiano en Milán en 1890, con introducción del gran Cesare Lombroso, con el título *“I criminali nati”*, que recibiera elogios de Tarde y de Lacasagne.

Publica también *“Antecedentes Institucionales”*, en 1896, en torno al libro de Juan Agustín García *“Introducción al estudio del derecho argentino”*, donde si bien reitera su gran admiración por los antecedentes liberales de tradición anglosajona, rescata y ahonda la fuerza de los antecedentes españoles del medioevo en la defensa de las garantías y de las libertades individuales.

Luego aparece *“Debentures ingleses ante la Ley argentina”*, en 1899, en la afamada Revista de Derecho, Historia y Letras; y ya cuando trasciende a los temas del derecho internacional, publica al año de formulada su famosa doctrina, en 1903, la *“República Argentina y el caso de Venezuela”*; *“Cobro coercitivo de Deudas Públicas”*, en 1906; *“El arbitraje de las pesquerías del Atlántico Norte entre la Gran Bretaña y los Estados Unidos de América”*, en 1911; y en ese mismo año su última obra, *“Un triunfo del Arbitraje”*.

También llevó a cabo varias publicaciones de importancia en el exterior que contribuyeron a darle su fama mundial: en 1907 apareció en París un trabajo titulado “*Los empréstitos de los Estados y su influencia política internacional*” que publicó en coincidencia con la reunión de la Segunda Conferencia de la Paz celebrada en La Haya, donde se abordó concretamente este punto de la cuestión. Este trabajo fue publicado en español en **La Nación** de Buenos Aires, en Francia en la “*Revue General du Droit International Public*” y en inglés en la Revista “*The American Journal of International Law*”, famosa sociedad esta última y mundialmente conocida aquélla publicación.

El conocimiento de su obra en el exterior fue probablemente lo que lo hizo acreedor de numerosas distinciones académicas, entre las que cabe mencionar su pertenencia a la Sociedad de Ciencias Políticas y Morales de Filadelfia, su parte de la membrecía de la Real Academia de Jurisprudencia de Madrid y, finalmente en 1912, el título consagratorio de doctor *Honoris Causa* de la Universidad de Columbia.

Al propio tiempo llevaba adelante una extensa e intensa actuación periodística desde los primeros años de su vida. Huérfano, como dije, a los 16 años de edad se vio precisado a buscar trabajo para poder continuar sus estudios y, entonces, Bartolomé Mitre –figura señera de la política argentina– le abrió sus puertas en el famoso diario *La Nación*, donde se incorporó como corrector de pruebas en 1875; luego desempeñó funciones periodísticas en la *Tribuna Nacional* de Olegario Víctor Andrade y en *El Censor* –que dirigiera el gran Sarmiento–, para culminar en *El Diario* de Manuel Láinez, donde fue redactor en jefe desde 1881, a los 22 años de edad. En fin: recorrió todos los peldaños de la prensa en una época en que el diario constituía –junto con la tribuna– el principal o único medio de debate y de esclarecimiento de las ideas.

Pero no sólo escribió sobre derecho o temas de política nacional e internacional: a la soltura de su pluma se unía el acopio de lectura y el conocimiento de los grandes autores. Llevó a cabo dos importantes traducciones del inglés, lengua que dominaba y que le permitió su gran desempeño posterior en la II Conferencia de La Haya: hizo una traducción de la *Historia de Inglaterra* de Macaulay; y de la biografía del *Doctor Francia*, de Thomas Carlyle, en 1905, a pedido de una revista del Paraguay que lo publicara en Buenos Aires; biografía ésta del famoso dictador paraguayo que constituye, según Carlos Saavedra Lamas, un modelo de traducción en el

más cabal sentido literario de la palabra. También y del mismo modo, fueron muy calificados los autores europeos que aludieron y comentaron sus aportes doctrinarios. Mereció así el reconocimiento de Enrico Ferri en la *Sociología Criminal*, Turín 1900; las menciones de Moulin en *La doctrina de Drago*, París 1908; y, más importante, en la obra de Restelli, *Exposición de la Doctrina Drago*, publicada en Londres en 1902.

C) Pero veamos su vida pública: en 1882 accede –a los 23 años de edad –a su primera diputación por la provincia de Buenos Aires en la legislatura local. Transcurrían los años de la gobernación de Dardo Rocha, el fundador de la Ciudad de La Plata, enseguida de la Federalización de la Ciudad de Buenos Aires, que había pasado a ser la capital de nuestra República.

Durante este primer desempeño parlamentario, establece algunas tesis constitucionales de importancia. Por ejemplo: la de que los diputados provinciales gozaban también de sus inmunidades en el territorio federalizado de Buenos Aires, asiento de la Capital; o que las incompatibilidades para el desempeño del cargo de convencional constituyente –o sea, miembro de una Convención Reformadora de la Constitución –tenían menor alcance que el caso de una legislatura o Cámara de Diputados; es decir, la tesis– a mi modo de ver correcta –inspirada en la noble finalidad de favorecer el acceso de los mejores a las Convenciones Constituyentes.

Pero al año abandona la función legislativa para volcarse a la tarea judicial; y se inicia muy modestamente –en 1883– como Secretario de una Cámara de Apelaciones en la Provincia de Buenos Aires, en la Ciudad de Mercedes, ascendiendo luego a Juez en lo Civil en ese mismo Departamento Judicial.

Más tarde, en enero de 1886, se traslada a la capital de la provincia, la ciudad de La Plata, donde es nominado Juez del Crimen y pocos meses después Fiscal de Cámara, para culminar su carrera como Vocal de la Cámara de Apelaciones. En esas circunstancias, en un gesto de corrección y de rectitud que lo caracterizó toda su vida, pidió permiso formalmente para residir en forma transitoria en la ciudad de Buenos Aires a raíz de un problema de enfermedad de su familia. La Legislatura le concede el permiso, pero el Poder Ejecutivo veta esa norma; entonces, Drago renuncia de inmediato, abandonando la función judicial a la cual no volvería más, y se dedica al ejercicio de la profesión.

Por poco tiempo, porque en mayo de 1890, al entrar en vigencia una nueva Constitución donde está contemplado el cargo de Fiscal de Estado, suerte de representante de los intereses del Estado en la provincia, es designado para ocupar su titularidad por el Gobernador Julio A. Costa, y es allí (por eso menciono este antecedente) donde encuentra su origen la –luego famosa– doctrina que lo haría célebre en 1902.

Según Matienzo, es a raíz de la contestación de una demanda por cobro de dinero contra la provincia, que Drago plantea las cosas como un **conflicto entre el derecho del acreedor y la condición de soberano del deudor**, más o menos como si en la Argentina tuviera vigencia en ese entonces la Enmienda XI de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América. Claro que en la Argentina las provincias no son soberanas, mientras que sí lo es el Estado Nacional, pues a los estados locales se les reconoce tan sólo la autonomía. Acorde con la tesis de Drago, algunas constituciones provinciales consagraron luego un privilegio semejante al de la Enmienda XI en el orden de las normas locales; pero el hecho cierto, más allá del anecdótico, es que en esa famosa defensa del interés provincial llevada a cabo por Drago desde la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires, está sin ninguna duda el germen de la doctrina que consagraría una década después para el orden internacional.

También aquí fue breve su desempeño en la función pública: por la intervención federal a la provincia, renuncia al cargo en solidaridad con el Gobernador desplazado, no obstante el ofrecimiento reiterado para continuar en esa magistratura que le hiciera el Interventor y gran jurista Lucio V. López. Se vuelca entonces nuevamente al ejercicio de la abogacía, ganando en ella una legítima reputación como doctrinario y como defensor de grandes causas.

Llegamos así al año 1902 en el que accede a una diputación nacional por la provincia de Buenos Aires y por el partido autonomista en lo que, en aquella época del régimen de los notables y de un sistema de elite, se llamó la “*lista de oro*”. Tan sólo tres meses desempeñó esta función legislativa, pues pasaría a ocupar el ministerio que lo proyectaría a la gloria.

No obstante la brevedad participó de debates que hicieron historia, uno de ellos sobre la fusión de los ferrocarriles, donde votó en contra –desprendido totalmente de las vinculaciones que como abogado había tenido con las empresas ferroviarias– pues entendía que el trámite debía ser aprobado

por una ley y no por un decreto, pues de otra manera se violentaban las prerrogativas parlamentarias; con lo que manifestaba y acreditaba su absoluta libertad e independencia de criterio en la función pública. Intervino también en el debate sobre las incompatibilidades parlamentarias; sobre el régimen de bienes de la sociedad conyugal, donde proyectó normas a favor de los derechos de la mujer que se anticiparon en veinte años a la ley famosa de la presidencia Alvear; y también intervino en el debate sobre la movilidad de los magistrados judiciales del fuero ordinario, consagrando el principio según el cual la inamovilidad y el mecanismo del juicio político sólo eran aplicables a los jueces federales, es decir, a los jueces de la Nación.

Pero acaso lo definitorio de su diputación fuera el apoyo de Drago a los llamados **Pactos de Mayo** para el arreglo pacífico con Chile que había negociado el fallecido canciller Amancio Alcorta y que Drago defendió acompañando así al Ministro Joaquín V. González que actuaba como canciller interino. Allí alcanzó a obtener la sorprendente aprobación de Carlos Pellegrini, que como jefe de la oposición política de aquel entonces, ante el asombro general, dio su voto favorable a la política del Gobierno. El discurso de Drago en esa oportunidad fue un discurso precursor en varios sentidos de la palabra; discurso pacifista, creía en el trabajo y creía en el esfuerzo como *factotum* de la riqueza y no en la guerra; y en muchas de sus palabras se anticipan las ideas que décadas después sostendría en Europa Aristides Briand al fundamentar la conveniencia del acercamiento entre Alemania y Francia, semilla de la integración de la Segunda post Guerra Mundial.

**D)** Pero vamos a su Ministerio: accede en agosto de 1902, con motivo del fallecimiento de su ilustre predecesor Amancio Alcorta. Era Presidente de la República Julio Argentino Roca, el único argentino que hasta hoy ha podido completar constitucionalmente dos períodos presidenciales –sin reeleccionismo inmediato y *ad hoc*. Drago ocupa brevemente el Ministerio, once meses, menos de un año, hasta su renuncia en julio de 1903 por discrepancias episódicas en un problema de conjuntura. Era un Ministerio de notables, con Osvaldo Magnasco, con el ya recordado Joaquín V. González –acaso el hombre público más completo que el derecho argentino ha llevado a la función pública –con el General Pablo Ricchieri, con Emilio Civit, y otros más que no voy a recordar ahora. A su Ministerio se lo recuerda sólo por su doctrina y las circunstancias en que emitió esa doctrina; pero

hubo otras realizaciones, entre ellas, la implementación de la Paz con Chile firmando el **Acuerdo de Equivalencia de las Escuadras Navales**, al que Juan Antonio Solari resalta como el primer pacto de desarme en el mundo.

Pero volvamos al caso de Venezuela: allí surge el enunciado de su doctrina, verdadera prolongación del principio de Monroe, aplicándolo en torno a la inviolabilidad de las Naciones de América contra la coerción militar y europea atinente al cobro de la deuda pública. No era casual que la doctrina fuera expuesta en una nota dirigida al Secretario de Estado de los Estados Unidos, país cuna de la famosa doctrina del Presidente Monroe. Eran los Estados Unidos, entendía Drago, quienes debían reactualizar la fórmula y ése era precisamente el hondo sentido, el claro destino del mensaje de Drago: por eso la nota estaba dirigida al Secretario de Estado.

De todos modos, y antes de entrar en sus circunstancias, se impone aclarar que el propio Drago puntualizó con toda claridad y contemporáneamente los alcances de su doctrina, cuando dijo: *“yo la considero no un principio abstracto de valor académico, no una regla jurídica de aplicación universal que no tendríamos personería para sostenerla, sino un enunciado político de diplomacia americana, que si bien se apoya en razones de derecho, tiende a evitar a los pueblos de este Continente la calamidad de conquista que se pretende disfrazar de intervención financiera”*. Notables palabras de permanente actualidad: **la deuda es una cuestión política**.

La autoridad moral que respaldaba la nota de Drago estaba reforzada por el hecho de que la Argentina, en ese momento, no estaba involucrada en hechos análogos, toda vez que había cumplido los compromisos contraídos en sus obligaciones financieras. Por lo demás la nota estaba avalada por el Presidente Roca y por la figura señera del General Mitre, a la sazón, en dura oposición; habiendo sido comunicada a los Gobiernos hermanos de Brasil y Chile en un acto de concomitante cortesía.

Como es sabido, los hechos se desencadenaron a partir de una confrontación muy desigual: por un lado Alemania –gobernada por el Kaiser Guillermo II– en neta actitud imperialista y colonialista, desafiante, buscando adquirir más colonias, necesitaba poner a prueba la doctrina Monroe para saber hasta dónde podría llegar la política avasallante de raíz *bismarkiana*; por otro lado, Venezuela –joven república hermana de América– disgregada en una lucha caótica y anarquizada por una guerra civil; en una palabra:



un Estado débil. Además, aparece en escena Inglaterra, deudora de gratitud hacia Alemania por su actitud en la guerra Anglo-Böer de poco tiempo antes en el sur africano. Inglaterra arrastró también la adhesión de Italia; por lo visto el espíritu intervencionista estaba vivo y animado en una especie de transmutación de los tiempos de la Santa Alianza. Se había olvidado la intervención de Francia en México o –en realidad– no se la había olvidado; tampoco estaba lejano el recuerdo de otras intervenciones financieras que habían desembocado en la apropiación de las rentas aduaneras de los Estados débiles. Del mismo modo había procedido Gran Bretaña sobre Egipto, en 1883, con el disfraz de una aparente transitoriedad en la ocupación. Los hechos ciertos fueron que la flota conjunta hundió dos buques de guerra venezolanos y se apoderó de varios otros; bombardeó los puertos de Cabello, La Guaira y Maracaibo y hubo bloqueo de puertos y costas. ¿Cuál era la esencia del reclamo? Pues el pago de daños causados a súbditos propios durante las guerras civiles; súbditos de Alemania, de Inglaterra y de Italia; y también, el pago por interrupción de los servicios de la deuda externa, originada fundamentalmente en empréstitos contraídos por Venezuela para la construcción de ferrocarriles.

Drago dirige su nota al ministro argentino en Washington el 29 de diciembre de 1902, para conocimiento del gobierno de los Estados Unidos. Obsérvese que la nota no estaba dirigida a los atacantes propiamente dichos; y la misma no fue ni aceptada ni rechazada formalmente por los Estados Unidos. La respuesta, algo demorada, fue calificada como una hábil nota; pero dos remisiones del Secretario de Estado John Haig a mensajes de Teodoro Roosevelt marcaron la nota de esa remisión:

1. No hay por qué anticiparse, mientras la agresión no signifique la forma de adquisiciones territoriales.
2. La doctrina Monroe no garantiza a ningún Estado contra la represión que pueda acarrearle su inconducta.
3. Las naciones americanas nada tienen que temer a las intervenciones extranjeras mientras guarden el orden interno y cumplan sus obligaciones con los extranjeros.

Y terminaban aconsejando el acudimiento al arbitraje, parte muy positiva de la nota de Haig, dado que luego esta fórmula se impondría en la Conferencia de La Haya de 1907.

La nota suscita adhesiones, críticas y asombro, optimismo y escepticismo. A favor de la nota de Drago adherirán Weiss, Villa Urrutia y Torres Campos. Ernesto Quesada, algunos años después, en 1919, la calificará de fórmula idealista. Otros optaron por pretender cuestionar su paternidad, atribuyendo el germen de la idea a **Lord Palmerston** o a **Hamilton**; pero cabe señalar que Hamilton había muerto en 1804, dieciséis años antes de que se celebrara el primer empréstito. Por otra parte, es cierto que Drago se basa en una importante opinión de Hamilton de 1788; pero vinculada con la soberanía interna: Hamilton no se había ocupado del problema de la deuda externa, tema que era desconocido para la época.

También algunos han pretendido hurgar la raíz en la doctrina de Carlos Calvo; pero era bien sabido por todos los contemporáneos de Drago, todos prestigiosos hombres de derecho, que la doctrina Calvo –luego incorporada al Pacto de Bogotá– apuntaba a otras circunstancias y a otros problemas: son desde luego doctrinas convergentes; pero no se refieren a los mismos problemas. La doctrina de Carlos Calvo se apoya en la **igualdad** entre nacionales y extranjeros ante la ley territorial: los extranjeros que se establecen en el país tienen el mismo derecho a la protección que los nacionales, pero no pueden ni deben tener una protección mayor (1896). Esta tesis encontraba inspiración en el Art. 20 de la Constitución Argentina; y, a la postre, esa doctrina fue recogida en la “*Convención sobre Derechos de Extranjería*” (1901) aprobada en la IIª Conferencia Interamericana; incorporándose por último al Art. VII del **Pacto de Bogotá**: “*Las Altas Partes contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional cuando dichos nacionales hayan tenido expedidos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del estado respectivo*”.

La doctrina Drago no se confunde con la doctrina Calvo, aunque son armoniosas entre sí; prolongándose con coherencia la línea de pensamiento enunciada por Bernardo de Irigoyen, Carlos Calvo y Luis María Drago. En ese desenvolvimiento, le correspondió a Carlos Calvo aportar el énfasis en una doctrina sustentada en el siguiente trípode:

- a. igualdad entre nacionales y extranjeros;
- b. jurisdicción exclusiva del país huésped en los casos de controversia con extranjeros;

c. limitaciones en el ejercicio de la protección diplomática.

(Pedro **Roffe**, “*Calvo y su vigencia en América Latina*”, Ginebra, UNCTAD; Reprint series, N° 53, 1985).

Entre las críticas doctrinarias se destacan la de Alejandro Álvarez, al señalar que la doctrina de Drago podía llevar a la impunidad de los deudores deshonestos o que era superflua después del enunciado de Monroe. Simón Planas Suárez y Gil Fortoul señalaron que podía lesionar el crédito de los países pequeños al despertar la desconfianza de los capitalistas prestamistas; Barcia Trelles apunta a que Drago, quizás, haya confundido algunos puntos y en su crítica observa que una cosa son las deudas públicas y otras son las deudas contractuales; pero nosotros debemos señalar que Drago había excluido expresamente a éstas últimas.

El gran Ruy Barboza, amigo personal de Drago y de los argentinos, disienta también sobre la naturaleza atribuida por Drago a los empréstitos de Estado, señalando que el hecho de tomar dinero prestado no configura un acto de soberanía, sino un acto de derecho privado regido por la ley civil, aunque no exprese un compromiso nominativamente.

Sin embargo, el famoso profesor de la Universidad de Dijon, Moulin, señalaba contemporáneamente –y no obstante que no admitía la distinción hecha por Drago– la conclusión de que el empréstito público era un contrato de Estado y el poder público podía arreglar sus condiciones de ejecución o inejecución en la medida en que el interés público lo exigiera.

¿Qué podemos decir hoy, a tantos años? Es verdad que en la actualidad no se mantiene el concepto absoluto de soberanía y es opinable aquella vieja distinción; pero en cambio podemos decir a favor de Drago y de la permanencia de sus ideas, que se ha afirmado el dogma de la igualdad jurídica de los Estados, que se ha impuesto la condena al ejercicio unilateral de la fuerza como acto repudiable, moral y jurídicamente, y que se ha vuelto a mirar con fe en los procedimientos del arbitraje y de la negociación.

Basta señalar como detalle, que cuando Drago enuncia su famosa doctrina, no existían todavía los organismos internacionales, aún no había nacido la Liga de las Naciones ni la idea de la igualdad jurídica y faltaba mucho más para el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas.

Vayamos un poco a los argumentos de Drago, los que sustentaron su conocida postura. Creo que podemos resumirlos en cuatro tópicos:

**Primero:** que los prestamistas fijan condiciones más o menos onerosas a los Estados de acuerdo con los recursos y solvencias del deudor, elevando la tasa de interés en razón directa de los riesgos de la operación;

**Segundo:** que los acreedores saben que contratan con un poder soberano y que por ende es atributo de la soberanía la imposibilidad de efectivizar acciones ejecutivas sobre ella;

**Tercero:** que existe una igualdad jurídica de los Estados, pese a las desigualdades de hecho, y que hay que rescatar y destacar aquella igualdad jurídica de los Estados como norma de civilización para salir de un estado postrado de ley de la selva;

**Cuarto:** la ocupación territorial es, sin ninguna duda, venga de quien venga, trasgresión de la doctrina de Monroe, según la cual –a tenor de lo enunciado en 1823 por el gran presidente americano– *“los continentes americanos no podrán en adelante servir de campo para la colonización futura de las naciones europeas, y, reconocida como lo ha sido la independencia de los gobiernos de América, no podremos mirar ninguna interposición de parte de ninguna potencia europea con el objeto de oprimirlos o controlar de alguna manera su destino, sino como exteriorización de sentimientos poco amistosos para los Estados Unidos de América”* (1823).

En síntesis: de acuerdo con Drago, no podía haber expansión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este continente porque la desgraciada situación financiera pudiera llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos. Según Drago, la deuda pública no podía dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por parte de una potencia europea. Esto es, en síntesis, lo que él consideraba la parte fundamental, el *dictum* de su nota.

Hay algo más en la nota de Drago que me permito resaltar y que es **su perspectiva de futuridad** vista desde 1902 hasta los tiempos actuales.

Después de invocar la doctrina de Monroe, invoca la suerte común de las naciones sudamericanas, que, dice: *“tienen fe bastante y la suficiente energía y virtud para llegar a su desenvolvimiento pleno apoyándose las unas en las otras”*. Drago anticipa, sin decirlo, el llamado a la Integración que hoy es un llamado desesperante entre los pueblos de América.

Drago salió al paso de todas las críticas, a las que fue refutando, una a una, en los años posteriores. Estaba aceptada en aquella época la distinción entre las obligaciones *juri imperi* y *juri gestioni*. Las primeras, eran basadas en actos del soberano que conducían a los empréstitos del Estado; mientras que las segundas eran actos del fisco, verdaderos contratos de derecho privado, que daban lugar a reclamaciones ante los tribunales o por medio del arbitraje. Lo que sostenía fundamentalmente Drago era que en el primer caso no cabía la acción coercitiva, porque eso sería como enjuiciar a la nación que dispone el curso forzoso de su papel moneda. Los empréstitos, para Drago, eran emitidos en la forma de bonos o títulos, salían al mercado igual que el papel moneda y su servicio era suspendido en virtud de actos de soberanía; por lo tanto, circulaban y pasaban de mano a poder de súbditos de cualquier potencia —grande o pequeña— sin que pudiera saberse ni controlarse, muchas veces, la verdadera teneduría de los mismos. En una palabra, sostenía la inaplicabilidad de la “*Ley de las 12 tablas*”, o de la “*libra de carne de Shylock*” para hacer efectivo el cobro de este tipo de empréstitos. Drago, como Calvo y como el gran canciller Bernardo de Irigoyen, hombres todos de la más rancia clase dirigente a los que el calificativo de conservadores pretende muchas veces minimizar (yo lo puedo decir con comodidad, pues pertenezco a una línea histórica y política distinta a la de ellos) hay que reconocer que fueron celosos defensores de grandes principios nacionales y que no manifestaron debilidad alguna ni obsecuencia ante las potencias dominantes de aquella época. Injustos han sido los cargos que la pasión política les ha hecho en las luchas agonales ulteriores.

Drago supo elegir el destinatario de sus doctrinas, pues sabía que allí, en los Estados Unidos, probablemente encontraría una receptividad que era ajena a la Europa arrogante de aquella época.

Como enseguida veremos, la nota de Drago no cayó en el vacío y, por el contrario, creó escuela. Como balance de resultados prácticos cabe también consignar que el mínimo de receptividad obtenida valió al menos para que la postura adoptada por Estados Unidos originara el cese de los ataques y el abandono de las aguas venezolanas. El momento no había sido fácil, ni los protagonistas eran débiles; reinaba la política del *big stick*, proclamada por Teodoro Roosevelt y estaban frescos los recuerdos y las implicancias de la guerra de Cuba y los pasos para la independencia de Panamá: ¡Mucha agua había corrido bajo el puente desde los días de la proclama de Monroe!

**E)** Drago abandona el Ministerio, como queda dicho, antes de un año de haberse hecho cargo de él; pero en 1906 pasa a ocupar nuevamente una diputación en el Congreso de la Nación por la ciudad de Buenos Aires. Ese Congreso, uno de los últimos de la época anterior al sufragio universal, reunía hombres de la jerarquía de Carlos Pellegrini, de Roque Sáenz Peña (que luego sería Presidente de la República) de Juan Balestra, del ingeniero Emilio Mitre, de Rómulo Naón y muchos otros de reconocida jerarquía intelectual.

Le cupo intervenir en asuntos de gran trascendencia y le tocaría vivir el episodio ingrato del cierre del Congreso; clausura dispuesta por el Presidente Figueroa Alcorta en un período de sesiones extraordinarias, acto que Drago censuraría en forma enfática. Pero ello no obstaría a que pudiera continuar prestando sus servicios a la Nación. Vota en contra de las leyes del juego, vota por la no aprobación de las elecciones del año 1908, a las que tachó viciadas de fraude; votó contra el armamentismo en América; y votó decididamente a favor del tratado de Arbitraje con el Brasil. A partir de allí, Drago no perderá oportunidad en señalar públicamente la defensa y la justificación del arbitraje y, en esa oportunidad, tratándose del vecino y hermano país del Brasil dijo en la Cámara, *“yo creo que el arbitraje se impone con mayor exigencia entre los Estados Sudamericanos, que surgidos a la vida tienen los mismos problemas que resolver y sólo cumplirán su misión de una manera adecuada por la ayuda mutua, por la solidaridad, por el respeto y la simpatía de unos pueblos con otros. Colocados en un mundo nuevo –añadía– tienen por ley de la naturaleza que seguir una marcha distinta a la de las grandes potencias militares europeas; y, aunque dispuestos para la defensa, no deben olvidar que ante todo existen para el trabajo, para la libertad, para crear y desenvolver recursos, no para destruirlos ni para establecer predominio o exclusión”*. ¡Estas palabras parecen dichas en el día de hoy!

**F)** En 1907 se producirá la famosa II Conferencia de Paz de La Haya, de la cual Drago participará como delegado argentino, designado por el Presidente Figueroa Alcorta, a quien aquél tanto había criticado por la clausura del Congreso en el año anterior.

Se respetaban los talentos y no se guardaban rencores. ¡Grandeza!

Asiste a la ecuménica Asamblea convocada por el Zar de Rusia y a donde, a diferencia de lo que había sucedido en la Primera Conferencia,

ahora sí se invitaba a todas las naciones americanas. Presidía la delegación argentina el futuro Presidente Roque Sáenz Peña y la Integraban Carlos Rodríguez Larreta y como secretarios, Rómulo Naón y el que luego sería primer canciller de Yrigoyen, el doctor Carlos A. Becú.

Drago no auspició el alcance extensivo de su doctrina, manteniéndola en los contornos de una defensa política propia de los países sudamericanos, criterio que aceptó el resto de sus compañeros de delegación. Con ese espíritu concurren primero a Río de Janeiro para la reunión preliminar con los demás representantes americanos. Era un acontecimiento singular para las naciones americanas en general, y para Drago en particular; para aquéllas por cuanto en 1899, en la I Conferencia, sólo habían sido invitados los Estados Unidos de Norte América y México; para Drago, pues allí encontraría la tribuna de resonancia universal para la exposición de su doctrina. Fue su gran aliado y amigo allí el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Mister Root, que recomendó la inclusión de la doctrina Drago como punto IV del Orden del Día.

En visita a la Argentina, poco tiempo antes, Mister Root había expresado: *"pensamos que el cobro por la fuerza de deudas provenientes de contratos es una incitación a que se cometan abusos que en sus resultados necesarios son mucho peores, mucho más funestos para la humanidad, que si quedaran sin pagar las deudas de cualquier nación"*. Y Mister Root, agregaba: *"Consideramos que el uso del Ejército y la Armada de una gran potencia para compeler a una nación más débil a responder de contratos con un particular, es una incitación a especular con las necesidades de países débiles y una infracción de la soberanía de los mismos"*.

G) Pasaré por alto todo el desarrollo de los acontecimientos, ampliamente conocido, e iré directamente a la exposición de los tramos finales del desempeño de Luis María Drago en su vida pública.

En 1909, Estados Unidos e Inglaterra deciden someter al arbitraje del tribunal, que deberá constituirse con arreglo a la Convención de La Haya, las cuestiones relacionadas con las pesquerías en las costas del Atlántico, al norte de la América inglesa: es el caso comúnmente conocido como el **Caso de Terranova** o de las **Pesquerías**. Era la primera vez que se convocaba así a un jurista de nuestro continente. Drago parte en junio de 1909, reuniéndose el Tribunal al año siguiente en La Haya, en el mismo palacio

donde se habla desarrollado la famosa conferencia de 1907. Regresa a la Argentina en marzo de 1911 (era otra, sin duda, la dimensión del tiempo en aquella época) y, al regresar, de paso por Brasil, en agasajo brindado por el Barón de Río Branco, Rui Barbosa y Quintino Bocayuva, aseveró que el honor que le habían discernido era para todos, y que importaba un reconocimiento por la actuación que los Estados sudamericanos, y Brasil en particular, habían tenido en la Conferencia de La Haya de 1907.

Casi simultáneamente con este honor discernido a Drago para integrar el Tribunal de Arbitraje, había sido nominado por Estados Unidos y Venezuela como árbitro para las cuestiones pecuniarias pendientes entre estos Estados, pero no pudo aceptar por el compromiso anteriormente contraído.

Cabe subrayar que esta nominación, que lo traslada nuevamente a La Haya, revelaba inequívocamente que las grandes potencias de aquel momento, Inglaterra y Estados Unidos, no le guardaban rencor alguno por su vigorosa doctrina de 1902 y por la defensa de ésta llevada a cabo en La Haya en 1907; y, más aún, que esas mismas grandes potencias, dos de ellas (cuando no había más de cinco o seis en todo el mundo) escogieron voluntariamente el nombre de Drago de la lista permanente que así funcionaba de acuerdo a los mecanismos de la Convención de La Haya.

El éxito de este laudo favoreció universalmente la imagen del arbitraje como procedimiento para la solución pacífica de las controversias. Por lo pronto, Estados Unidos e Inglaterra, conformes con el resultado, firmaron al poco tiempo –entre ellas– un tratado general en el que se suprimía, por primera vez, la famosa cláusula del honor y de los asuntos o puntos vitales del interés nacional, que excluía del arbitraje grandes cuestiones de controversia y que había contribuido (esa cláusula) a debilitar el terreno o ámbito de aplicación del arbitraje.

Para Drago, esta fue la última gran actuación fuera del suelo patrio. Y cabe señalar, que si bien el fallo fue por unanimidad y satisfizo, como he dicho, a ambas partes, –venciendo la resistencia del Presidente del Tribunal Arbitral, **Heinrich Lamash**, Profesor de la Universidad de Viena, y del otro Vocal, el **Savornin Lohman**, de los Países Bajos– Drago pudo estampar el texto de su voto separado, o disidencia de fundamentos, en un punto concreto (aunque no en la totalidad del laudo) en la cuestión referente a las llamadas “*bahías históricas*” (o también denominada, según otros autores, “*aguas históricas*”).



Drago refería su doctrina, concretamente, a los casos de Chesapeake y Delaware en los Estados Unidos, y del Río de la Plata para el Uruguay y la Argentina; considerando que estas bahías debían considerarse **territoriales** y no comunes, cualquiera que sea la anchura de su entrada o cualquiera sea su penetración en tierra firme, cuando el Estado costero haya afirmado sobre ella su soberanía, y cuando circunstancias particulares justifican esa pretensión; circunstancias tales como su configuración geográfica, el uso inmemorial o las necesidades de la propia defensa.

El espacio me impide profundizar el tema desarrollado en aquella oportunidad por Drago, pero basta puntualizar que, pocos años después en 1917, el criterio fue adoptado en el conflicto del Golfo de Fonseca entre El Salvador y Nicaragua.

Corresponde traer a colación la cita de Juan Carlos Rébora (**La Nación**, 2 de julio de 1922) concerniente a las magnéticas palabras de Luis María Drago en una sesión de la Cámara de Diputados celebrada en 1914, cuya versión taquigráfica no ha sido publicada (véase Martín Luis Drago, *Fallecimiento del Doctor Luis María Drago*, Buenos Aires, 1928, págs. 182 y 183). Tal es la versión documentada del maestro Rébora:

*“Fue en el año 1910 y hallábase constituido en el Scheveningen el tribunal que debía decidir la cuestión de las pesquerías. Lo formaban tres jueces, dos europeos y un argentino, que habían sido elegidos de común acuerdo por Inglaterra y Estados Unidos de la lista de más de ciento cincuenta inscriptos en la Corte permanente de arbitraje. Había además dos jueces nacionales, designados uno por cada parte: Fitzpatrick, canadiense; y Grav, norteamericano. Cuando se trató la cuestión quinta que tenía por objeto establecer desde dónde debían medirse las tres millas marinas de mar territorial adyacente a las bahías, ensenadas o abras a que se refería el litigio, el doctor Drago previendo que las doctrinas sustentadas en el fallo pudieran repercutir alguna vez en lo que se refiere al Estuario del Río de la Plata, expresó su disidencia con la mayoría y expuso la tesis de las ‘Bahías históricas’, fundándola en diversos precedentes y textos de derecho internacional.*

*Creía para sí, que obrando de otro modo habría comprometido los intereses de su patria, y su firmeza de criterio dio lugar a un dramático incidente cuyas consecuencias fueron felizmente evitadas por reacción del mismo que lo provocó. El presidente del tribunal había procurado en di-*

*versas formas evitar la disidencia, hasta que un día, estallando de modo violento, manifestó que él no permitiría jamás que el doctor Drago fundara su voto contra la mayoría. “Entonces –contaba el doctor Drago en solemne oportunidad– contesté con la mayor calma: Si yo no fundo la disidencia no firmaré el laudo, y no firmando el laudo, ni hay laudo, ni hay tribunal”. Y agregaba: “Con esto me retiré y el tribunal quedó roto. Me retiré del tribunal, señores diputados, y pasé la noche en Scheveningen completamente solo, sin tener con quién consultar, en el Palace Hotel, desierto a aquella altura del año. En el inmenso edificio, casi en tinieblas, sólo se oía el embate de las olas del Mar del Norte contra los malecones la playa. Calcule la Honorable Cámara la enorme responsabilidad que yo había echado sobre mis hombros. Calcule la Honorable Cámara lo que hubiera significado que el primer sudamericano llamado a ejercer funciones de árbitro entre dos grandes potencias en un asunto extraño a Sud América, diera causa a la disolución de aquella altísima Corte. Todos los reproches, todas las recriminaciones hubieran sido pocas para él: y las acusaciones hubieran venido no sólo de las naciones europeas, sino también de las de América, principalmente de las de América. Pero entre la situación terrible que la ruptura me creaba y mis deberes de argentino no vacilé: opté por mis deberes de argentino”.*

**H)** En 1912 Drago ocupa nuevamente otra banca en la Cámara de Diputados de la Nación, esta vez en la primera elección realizada a través de lo que se llamará “*la revolución por las unas*”: la Ley Sáenz Peña de sufragio universal, igualitario, voto obligatorio y secreto. El pueblo había podido votar libremente sin fraude y sin voto calificado y llevó en esta primera elección por la Capital Federal a hombres eminentes de distintos partidos políticos, como Vicente Gallo, como el que una década antes había sido el primer diputado socialista de América (y que regresaba a la banca), don Alfredo Palacios, José Luis Cantilo, Delfor del Valle, Estanislao Zevallos (contrincante de Drago en muchos debates internacionales), Marcelo T. de Alvear (que luego sería Presidente de la República), el fundador del Socialismo, Dr. Juan B. Justo, el historiador, Ernesto Celesia y otros más. Esta elección por cuatro años prolongaría la diputación de Drago hasta 1916, año que coincide en su alejamiento de la Cámara con el gran cambio político y la llegada de Hipólito Yrigoyen a la Presidencia de la República.

Drago había obtenido una extraordinaria votación, y debo resaltarlo acá, basada, no en los votos del partido o de la lista que lo llevó, sino por su prestigio personal; y triunfó gracias a la inclusión que voluntariamente los votantes hicieron de su nombre, tachando el de otros. Así salió segundo en el escrutinio final de adhesión a su encumbrada personalidad.

Al ser electo debe viajar a Europa para atender su salud, aunque vuelve sin mayores perspectivas de mejoría. Se incorpora recién a la Cámara en el mes de noviembre y no puede aceptar, también a causa de su salud, la Embajada extraordinaria ante los Estados Unidos en retribución a la concurrencia de los hermanos del Norte al centenario de la Revolución de Mayo. Su salud comienza a quebrantarse rápidamente, por lo que tampoco puede viajar cuando lo invita la Fundación Carnegie, como “*el más alto exponente de la cultura intelectual de Sudamérica*”, –palabras de la invitación– para iniciar un ciclo de conferencias en los Estados Unidos.

Poco después se incorpora a la Cámara y, en este último desempeño del cargo legislativo (el cuarto) también aborda y define importantes puntos del derecho público, a saber: que no se debe admitir, con respecto a los legisladores, más incompatibilidades que las que la propia Constitución señala, dado el peligro, caso contrario, de dejar la suerte de las minorías librada a la mala voluntad, al interés político o a los rencores de las mayorías: esta tesis de Drago, a cuyo tenor no pueden crearse más incompatibilidades que las que establece la Constitución, sería luego, varias décadas más tarde, aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sostiene la inexistencia del rango de Embajada en la Constitución, no obstante que la misma ley suprema en sus Arts. 100 y 101 (hoy Arts. 116 y 117 a partir de la Reforma de 1994) reconocía la existencia de embajadores extranjeros al establecer la competencia de la justicia federal (curiosa tesis restrictiva de Drago); y se opuso –ese mismo año– al aumento del circulante en papel moneda, pues creía que no aumentaba la riqueza pública y, en cambio, disminuía el valor de los salarios: la dura experiencia de décadas y décadas, terminaría por convencer a muchos de que Drago tenía razón.

**I)** En fin: estos fueron los aportes sustanciales o fundamentales de Drago en el ámbito del derecho público. Cabe señalar, a manera de dato curioso, que Drago nunca fue profesor de derecho internacional ni de derecho constitucional. Drago sólo fue profesor de derecho civil, no por mucho tiempo, en la Universidad de Buenos Aires, a partir de 1896, en reemplazo del afamado profesor Tezanos Pinto, continuador de la Cátedra de José

María Moreno. Su prestigio era tan grande y considerado que ocupó un sitio en la Academia de Derecho y tuvo destacada actuación en la Sociedad Científica Argentina que había fundado —entre otros— Estanislao Zavallos.

Sin embargo, fue un jurista integral con amplio dominio del derecho público y del derecho privado y puede considerársele una suerte de adelantado en ese territorio del mundo jurídico que pocos años después, en el período entre las dos guerras mundiales, el gran comparatista Mirkiné Guetzévitch llamaría el Derecho Constitucional-Internacional. Bien ha señalado Tagle, en alusión a la formación científica de Drago, que no se puede desconocer la estrecha vinculación entre el derecho público internacional y el derecho público interno Constitucional, tan necesario a todo auténtico hombre de gobierno; para agregar, en correctísima apreciación: *“En verdad los conceptos básicos del primero (del derecho internacional) son reflejo y ampliación de los principios orientadores del segundo (del derecho constitucional), siendo difícil aceptar que las conquistas del derecho de gentes no se deban a progresos en la manera de concebir el Estado y las reglas de su gobierno”*.

Es que Drago era un hombre de dimensión unitaria e integral, tenía una cosmovisión del derecho y no departamentos estancos; y era, además de hombre de derecho, hombre de gobierno. Él mismo había señalado, en un famoso banquete que en su honor se le brindó en 1908, al regresar de la Conferencia de La Haya: *“Con prescindencia del factor de la fuerza, son más respetados, gozan de mayor prestigio o inspiran simpatías más vivas los pueblos que se mantienen fieles a sus instituciones y las cumplen lealmente, cualquiera que ellas sean. La buena política interna viene a ser así la mejor política internacional, tal como en la vida de relación acaban por prevalecer los individuos más sanos y mejor equilibrados sobre los que, teniendo facultades excepcionales, las pervierten o anulan por los efectos de su conducta”*. Y terminaba su pensamiento con esta sabia afirmación: *“la prosperidad material de las industrias y el comercio, la afluencia siempre creciente de la inmigración y de los capitales, nos han hecho olvidar más de una vez que los hombres no viven sólo de pan, ni los pueblos de cereales, y que hoy es más verdad que nunca el viejo aforismo democrático, según el cual la vigilancia constante es el precio de la libertad. Los excesos de los gobiernos tienen su explicación, aunque no se justifiquen, en la inercia y en los abandonos del pueblo; pero los abandonos del pueblo no se explican ni se justifican por los excesos de los gobiernos”*.

J) Termino pues, señalando brevemente los últimos momentos de la vida de Drago: en 1917, en plena Guerra Mundial y luego del gran cambio político producido en la vida argentina a través de la revolución por las urnas, el presidente Yrigoyen le ofrece a Drago el cargo diplomático más significativo para la época: la legación en Gran Bretaña. Eso demostraba que Drago estaba por encima de los cuestionamientos sectoriales o de las divisiones partidarias. El jefe del partido popular reconocía sus méritos, pero Drago no aceptó, porque su salud no se lo permitía, aunque también porque discrepaba con el presidente radical en cuanto a la actitud argentina frente a Alemania, en cuanto al desenvolvimiento de la Guerra Mundial, en pleno desarrollo en ese instante.

Yrigoyen había mantenido la neutralidad dispuesta por los gobiernos conservadores que le precedieron; Drago –disidente entre los conservadores– estaba por la ruptura y decididamente a favor de los aliados. Fue de los primeros en adherir a la causa aliada y al Comité nacional que condenaba al germanismo belicista del Kaiser. Había coincidido con Lugones, que luego se volvería militarista, con el gran escritor Enrique Larreta, con Ramón Mejía y con otro gran escritor como Ricardo Güiraldes.

Siempre fue explícito en sus ideas y sentimientos de amistad con los Estados Unidos y con el Brasil. Como Diputado había apoyado el Tratado de Arbitraje con el país colindante y se había opuesto a cualquier competencia armamentista entre países vecinos; pues Drago sostenía que teníamos los mismos problemas que resolver; que entre hermanos –y para ello– era precisa la ayuda mutua, lo que significaba el presupuesto de la paz y del respeto; que había que borrar predominios o exclusiones; clamar más trabajo y más recursos en una obra conjunta. La democracia –decía– es enemiga de las armas, deriva su fuerza de la justicia y del derecho, y señalaba como fuente de todo el derecho a **la opinión pública**, que era la única fuerza que había que respetar.

En 1920, muy próximo a la muerte, el Consejo de la Liga de las Naciones decide formar en Ginebra una comisión de diez juristas de Europa y América para elaborar el proyecto de una Corte Permanente de Justicia Internacional. Drago es invitado a formar parte de esa selectísima comisión de diez juristas, pero no puede ya, porque su estado de salud lo tiene inmovilizado. Fallece al poco tiempo.

Para recordar su trayectoria y honrar su memoria no hubo grandes de-

mostraciones al tiempo de su muerte y hoy, en Buenos Aires, lo recuerdan tan sólo una calle, una estación del ferrocarril y una estatua en los jardines de Palermo, inaugurada en ese bello sitio en diciembre de 1933, obra del escultor Alberto Lagos (en las cercanías de las estatuas recordatorias de Jorge Washington, del gran Sarmiento y de Franklin Delano Roosevelt). También una avenida de la ciudad de Caracas rememora su nombre, en gratitud por el apoyo a Venezuela en la famosa nota de 1902. Pero al rendirle homenaje con motivo del fallecimiento, la Cámara de Diputados de la Nación Argentina –por moción de Víctor Molina– decidió algo más que ese ritual: ¡Levantó la sesión!

Pero: ¿qué queda? Queda algo más importante: nos queda su doctrina, o mejor dicho, **sus doctrinas**; queda la fuerza paradigmática de su ejemplo moral, una conducta absolutamente independiente. No dejó fortuna, pues no se ocupó de acumularla; ni grandezas materiales, de las que se desentendió con total desdén. Vivió poco tiempo, murió joven; pero su legado es inmenso, no sólo para los argentinos, sino también para todos los americanos.

Podestá Costa, su discípulo y admirador, le ha asignado a Drago la dimensión de un arquetipo, de un hombre que simboliza la lucha por el derecho, que es la lucha por la ley. A él, que se aplicó a sí mismo la expresión de Rudyard Kipling: “*yo tengo poco ego en mi cosmos*”, puede aplicársele, con toda justicia, el severo criterio del pensador Strauss según el cual “*los hombres más grandes de una época son los que se anticipan a la siguiente*”.

**Drago es hoy un hombre grande porque se anticipó a esta época.**

### **Bibliografía sobre Luis María Drago**

- ALAGIA, Ricardo Alberto y RODRÍGUEZ BERRUTTI, Camilo H.. **La Deuda Externa: Su Vis Jurídico-Internacional**. Ponencia al II Congreso Argentino de Derecho Internacional, La Plata, 26 a 28 de septiembre de 1985.
- AJA ESPIL, Jorge A.: **De la Doctrina y de la Cláusula Carlos Calvo**. En “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Año XXX, N°23 (1986). Págs. 59 a 73.

- CONIL PAZ, Alberto A.: **Historia de la Doctrina Drago**. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.
- CUTOLO, Vicente O.: **Nuevo Diccionario Biográfico Argentino**.- Buenos Aires, Ed. Elche, 1969. Tomo II.
- DRAGO, Luis María: **Discursos y Escritos**. Compilados y precedidos de una introducción por su hijo Mariano J. Drago. Buenos Aires, El Ateneo, 1938. Tomos I y II.
- DRAGO, Luis María: **La Doctrina de Drago**. Colección de Documentos. Advertencia preliminar de S. Perez Triana y una Introducción de W.T. Stead. Londres, Wertheimar, 1908.
- DRAGO, Luis María: **El Arbitraje de las Pesquerías del Atlántico Norte**. Buenos Aires, Con. Hnos., 1911.
- DRAGO, Luis María: **Los Estados Federales no pueden ser ejecutados**.- Buenos Aires, Museo de La Plata, 1892.
- DRAGO, Luis María: **Los Hombres de Presa**. Introducción de F. Ramos Mejía. Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1921.
- DRAGO., Luis María: **La República Argentina en la Segunda Conferencia Internacional de la Paz**. (L.M. Drago, R. Sáenz Peña y C. Rodríguez Larreta). Buenos Aires, A. Pench, 1907.
- DRAGO, Martín Luis: **Fallecimiento del Dr. Luis María Drago**. Artículos necrológicos compilados, Buenos Aires, 1928.
- DRAGO, Luis María: **La República Argentina y el Caso de Venezuela**. Documentos, juicios y comentarios con nota pasada al Ministerio argentino en Washington. Buenos Aires, Coni Hnos., 1903.
- ENCICLOPEDIA ESPASA-CALPE: Tomo 18, 2a. parte, págs. 1718 y 2152/2153.
- GSCHWIND, Francisco J.: **Un Argentino Ilustre**. Universidad Nacional del Litoral.- Homenaje en el Centenario de su Nacimiento. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1959.
- LEONI HOUSSAY, Luis A.: **Bahías Históricas. Teoría de Luis María Drago**. Buenos Aires, Círculo Militar, 1966.
- MARTINEZ, Rudesindo: **La Doctrina Drago**. Universidad Nacional del Litoral. Homenaje en el centenario de su nacimiento, Santa Fe,

Universidad, 1959.

PADILLA, Alberto: **Un Jurisconsulto Argentino de Proyección Internacional: Luis María Drago**. Conferencia en el Instituto Popular de Conferencias de La Prensa. Buenos Aires, 27 de junio de 1959.

PEÑA, Fernando: **La Doctrina Drago**. Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, 1985-, págs. 91 a 106.

PICCIRILLI, Ricardo; ROMAY, Francisco J.; GIANELLO, Leoncio: **Diccionario Histórico Argentino**.- Ed. Históricas Argentinas. Tomo III.

PODESTÁ COSTA, Luis A.: **La Figura de Luis María Drago**. “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Año 1, 2a. época., N° 1, 1956. Buenos Aires, págs, 101/112.

ROCA, Deodoro.: **El Difícil Tiempo Nuevo**. Buenos Aires, Ed.Lautaro, 1956.

SOLARI, Juan Antonio.: **Perfiles Parlamentarios Argentinos**.- Buenos Aires, 1965.

TAGLE, Carlos A.: **El Derecho Constitucional en la obra de Luis María Drago**. La Nación, 19 de diciembre de 1959.

VANOSSI, Jorge Reinaldo: **Luis María Drago y la Deuda Pública Externa Latinoamericana**, El Derecho, 30 de abril de 1987.

#### **IV. Carlos Saavedra Lamas (1878-1959)**

Perteneció a la brillante “Generación del 10”, o sea, la del Centenario de Mayo; y de allí se pone en marcha su trayectoria pública en permanente ascensión; iniciándose como Secretario General de la Municipalidad.

Puede resumirse su vida plena e intensa en lo que cabe llamarse “un gran hombre de ESTADO”.

Fue en todo momento un adalid de la PAZ, que preconizó y, fundamentalmente, construyó en situaciones muy difíciles, que consiguió superar con gran pericia.



Se graduó de abogado y de doctor de la UBA, con medalla de ORO.

Fue un digno yerno de ROQUE SAÉNZ PEÑA, siendo también bisnieto de Cornelio Saavedra y de Andrés Lamas; y habiendo pertenecido a una generación posterior a la de DRAGO, a quien admiraba y elogió siempre.

Muy joven fue dos veces DIPUTADO Nacional por el conservadurismo. Y en 1915 se desempeñó como MINISTRO de JUSTICIA e INSTRUCCIÓN PÚBLICA de Victorino de la Plaza; propiciando una reforma de la enseñanza primaria que incluía la “escuela intermedia”, que el Congreso no aceptó en todos sus demás aspectos (Colegios Nacionales, Normales, Industriales y Comerciales) por lo que perdió vigencia en 1916, por su concepción “positivista”.

Fue profesor de varias asignaturas en las Facultades de DERECHO de Buenos Aires y La Plata; ejerciendo entre otras, en el Derecho Constitucional y en Economía y Finanzas.

Fue Primer Titular de la Cátedra de “Legislación del Trabajo” en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. De ahí su gran preocupación por el derecho social.

Siguiendo los pasos precursores del gran Joaquín V. GONZALEZ, elaboró un “CÓDIGO NACIONAL DEL TRABAJO”, obra en 3 tomos, en 1928, que el Presidente Alvear remitió al Congreso, donde no fue tratado.

Más tarde presenta esta obra, como Proyecto, ante la OIT, donde es elegido para presidir la “XI Conferencia Internacional del Trabajo”, en Ginebra (1928).

Por sugerencia de Tomás LE BRETON –ex alvearista– durante la Presidencia de Agustín P. JUSTO, fue con Melo, Iriondo, Antonio de Tomaso y Hueyo, su MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES, en todo el período 1932-1938. En su primer año se aprobó la Ley 11.752 a fin de regularizar nuestra situación con la “Liga de las Naciones”; y al debatirse en el Senado fueron protagonistas de un “duelo de titanes” con Lisandro de la Torre.

En las sesiones de la “SOCIEDAD de las NACIONES” bregó infatigablemente por la PAZ; tocándole PRESIDIR la Asamblea de esa Liga en el año 1936; en medio de una década llena de problemas y con muchos conflictos.

Tantos difíciles momentos lo llevaron a sostener la necesidad de “la for-

mación de una fuerza internacional a los efectos de una función de policía que asegurara la Paz”.

Y es que la PAZ fue su obsesión: guerra en el Chaco Boreal, conflicto de Renania, en Danzig, guerra civil en España, retiros de la Liga por parte de JAPÓN y ALEMANIA, guerra Ítalo-Etíope en la que propició sanciones al gobierno de Mussolini.

Su consigna en pro de la PAZ va unida a su convicción en la meta del Derecho Internacional; y lo lleva a declarar en 1936 que “por eso, el derecho convencional en formas permanentes y escritas, es el que marca los avances más positivos de la cultura universal” (sic).

En total coherencia con la fe “en la paz a través del Derecho” (Kelsen), sigue la línea trazada por el Pacto BRIAND- KELLOG y promueve en el plano americano “el PACTO ANTIBÉLICO” (1936) que lleva su nombre muy legítimamente, y que fuera sancionado y firmado por 21 naciones, convirtiéndose en un instrumento jurídico internacional. Puede entonces afirmarse que tuvo pues un rol destacado en la “Conferencia Panamericana” celebrada en ese mismo año con la asistencia del Presidente ROOSEVELT “para la Consolidación y el Mantenimiento de la PAZ”.

Todos estos antecedentes, más su fundamental actuación con motivo de la “Guerra del Chaco” entre Bolivia y el Paraguay, que enseguida veremos, hizo que merecidamente se le otorgara el PREMIO NOBEL de la PAZ, a los 58 años de edad, siendo el primero en Latinoamérica y el quinto en el mundo después de Renault, Teodoro Roosevelt, Woodrow Wilson y Aristides Briand. ¡También corría el año 1936! Y así recibió las felicitaciones personales del entonces Presidente Franklin Delano ROOSEVELT, el preconizador de “la política de BUENA AMISTAD” con América.

Veamos el conflicto de Bolivia-Paraguay ¿Qué aconteció y que llevó al estrellato a nuestro CANCELLER Saavedra Lamas? Se trataba de la denominada GUERRA DEL CHACO (1932-1935) que era la última guerra habida entre dos naciones americanas, culminando en ella la disputa que desde 1870 existía entre Bolivia y Paraguay por la posesión del territorio del Chaco boreal y que no pudo resolver el fallo del Presidente de los Estados Unidos, Rutherford R. Hayes, ni el tratado no ratificado de 1894. El asunto, después de haber producido diversos incidentes y actas de conciliación, estaba en manos de la Sociedad de las Naciones y, a propuesta del Uruguay, se había sometido a una Comisión de Neutrales americanos. Precisamente en los días

que esta Comisión estaba reunida en Washington para considerar un pacto de no-agresión propuesto por Bolivia, el 15 de junio de 1932 los bolivianos tomaron el fuerte “Pitiantuta”, que los paraguayos recuperaron el 15 de julio siguiente. A pesar de la persistente intervención de los Estados Unidos, Brasil, Argentina, Chile, Perú y Uruguay, la lucha recrudeció y se convirtió en una verdadera guerra con gran despliegue de armamentos modernos por parte de Bolivia, cuyas fuerzas comandaba el alemán Hanst Kundt. Hubo el consiguiente bombardeo de poblaciones de la retaguardia y hasta intentos de usar gases venenosos. La suerte no favoreció a Bolivia y las tropas del Paraguay pudieron hacer gran parte de la campaña con las armas y pertrechos tomados a los bolivianos. El 19 de diciembre de 1933 se concertó un armisticio, pero el 7 de enero siguiente se reanudaron las hostilidades. Con la toma del fuerte Ballivian, el 17 de noviembre del año 1934 los paraguayos consiguieron avanzar sobre todo el frente y al concertarse el armisticio el 12 de junio de 1935, se habían apoderado de una superficie de mas de 150.000 kilómetros y tenían más de 30.000 prisioneros bolivianos, además de enormes cantidades de material de guerra. Entre los dos bandos murieron cerca de 100.000 hombres, muchos de hambre y sed, pues se trataba de un terreno inhospitalario y prácticamente desierto. El 21 de enero de 1936 se firmó en Buenos Aires el pacto de devolución de prisioneros, y el 10 de octubre de 1938, la Comisión arbitral, formadas por las Repúblicas anteriormente nombradas, dio su fallo definitivo adjudicando al Paraguay una zona de 237.762 kilómetros cuadrados, con lo cual aumentó su área territorial, aunque sólo aumentó 45.800 habitantes. Desde entonces, las relaciones entre Bolivia y Paraguay han sido amistosas y recién en octubre de 1943 los presidentes de las dos Repúblicas se entrevistaron en la aldea fronteriza de La Esmeralda, sellando con un abrazo el restablecimiento de las relaciones de buena vecindad entre las dos históricas naciones de Sud América.

Esos fueron los hechos.

Pero fue SAAVEDRA LAMAS quién convocó y presidió la “Conferencia de la Paz del Chaco”, con la asistencia de las naciones citadas. Todos consideraron brillante su papel como MEDIADOR. Y las reuniones definitivas y definitorias se llevaron a cabo en Buenos Aires.

Demás está decir que un “Pacificador” como él, también era un Predicador de las bondades y las ventajas del ARBITRAJE.

Pero fue la PAZ su mayúscula prioridad. Ello lo condujo a proclamar en más de una oportunidad.

- 1) “Que vuestras violencias no modifican vuestros derechos”.
- 2) “Que no eran admisibles las conquistas territoriales alcanzadas por las armas”.

Acaso se haya inspirado en la afirmación de Mariano VARELA, quién siendo Canciller del Presidente SARMIENTO emitió su proclama ante el final de la Guerra de la Triple Alianza, diciendo que “la victoria no da derechos” (¿En alusión al Imperio de Brasil?).

- 3) Al celebrarse la paz en la guerra del Chaco, Saavedra Lamas sostuvo “que la fortuna de las armas no conlleva el monopolio de derechos discrecionales ni puede establecerse por tal causa hegemonías nefastas sobre la marcha del derecho humano, esencialmente positivo y creador por excelencia” (sic).

Este hombre que había sido galardonado con el Premio Nobel, nunca modificó por ello su bondad y sencillez; mantuvo en todo momento su ritmo de trabajo fecundo; no alteró jamás su forma de vida; austero por vocación y disciplinado en todos sus quehaceres.

Si puede encontrarse un símil con otra personalidad de gran alcurnia intelectual, acudo a la memoria de Bernardo HOUSSAY, también acreedor del Premio Nobel (en 1948), amigo de mi padre, y cuyo trato de austeridad y gentileza conmovían a todos los que tuvieron el privilegio de su generoso trato.

Tan vasta era la personalidad de Saavedra Lamas, que no podía estar ajena a esa otra magna dignidad y el altísimo honor de pertenecer a las Academias Nacionales. Y fue precisamente en el año 1925, al tiempo que el gran Presidente de la Nación Dr. Marcelo T. de ALVEAR dicta el decreto del 13 de febrero de ese año, por el cual esos institutos cobran plena autonomía y libertad intelectual –separados de los cuerpos directivos de las Facultades de las Universidades– para poder así ejercer la autarquía y la autocefalía que les permitiera la selección de sus miembros y la elección de sus autoridades.

Carlos SAAVEDRA LAMAS se incorpora el 18 de febrero a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ocupando nada menos que el sitial “Roque Sáenz Peña” –su suegro (ex Presidente de la Nación) ejerciendo la Presidencia del cuerpo (que inicialmente había desempeñado Manuel OBARRIO desde 1908). Desgraciada y penosamente las Academias son reorganizadas por una ley y un decreto reglamentario

emitido por el Presidente PERÓN, entrando en un receso que motiva la renuncia y el apartamiento de todos sus miembros (el último en incorporarse antes de ese atropello fue mi padre, el Dr. Reinaldo Vanossi, a la Academia Nacional de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, en el viejo edificio de la calle Perú 222, hoy “Manzana de las Luces”).

Con la victoria de la Revolución Libertadora, en 1955, el Ministro Dr. Atilio DELL’ORO MAINI reestablece el “Decreto ALVEAR” el 30 de noviembre, Decreto 4362 (Ley 14467 de 1958) y SAAVEDRA LAMAS resume la Presidencia del cuerpo (pues ya había fallecido Leopoldo Melo) y se reanudan las actividades académicas a comienzos de 1956. Dos años después, pide –a raíz de la declinación de su salud física– la renuncia, que no se le acepta y se convierte en una licencia, hasta su fallecimiento en 1959. Quedan en los “Anales” de la Academia sus aportes sobre “En torno a la Constitución que nos rige” (estupendo trabajo); “Disertaciones Retrospectivas”; “La Crisis Universitaria y la formación de hombres de Gobierno”; “Actuación Internacional de Leopoldo Melo”; “Evocación de la personalidad del Presidente Franklin Delano Roosevelt”, entre otras.

También se hizo cargo de otra gran función: Fue rector de la Universidad de Buenos Aires entre 1941 y 1943 y profesor hasta 1946.

Escritor prolífico, de sus obras cabe destacar: “Los asalariados en la República Argentina”; “Tratados Internacionales de tipo social” (traducida al francés); “Economía Colonial” (proyecto de Convención sobre ciudadanía, inmigración y trabajo, en colaboración con Luigi Luzzatti); “Problemas de Gobierno” (prólogo de Joaquín V. González) (1915); “El cambio monetario y sus efectos en relación a los empréstitos y contratos administrativos y civiles” (1922); “La conception argentine de l’arbitrage et de l’intervention a l’ouverture de la Conference de Washington”, (París 1928); “La crise de la Codification et de la doctrine argentine de Droit International” (prólogo del profesor La Pradelle) (París 1931); “Los ferrocarriles ante la legislación positiva argentina”; “La jurisdicción nacional y provincial en materia de ferrocarriles”; “Los tratados de arbitraje”; “La ley de cabotaje y la interpretación de los tratados de 1853”; “Por las provincias del norte. El régimen de la industria azucarera”; “La Escuela Intermedia”, “El régimen educacional”; “La legislación social después de la guerra”; “El carácter de los cursos intensivos”, “Estudio sobre el régimen legal de los servicios de alumbrado público y privado de la ciudad de Buenos Aires”; “Discursos del Rector” (1943).

También fue miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1943; Instituto de la Universidad de París en Buenos Aires, Academia de Legislación y Jurisprudencia, de Madrid; Pan American Society, de Nueva York y Academia Diplomática, de París; Doctor “honoris causa” de la Universidad de Heidelberg; Vicepresidente de la Internacional Law Association; de la Academia Hispano Americana.

Un número infinito de CONDECORACIONES:

Premio Nobel de la Paz (1936); Gran Cruz de la Legión de Honor; de la Orden del Cruzeiro do Sul, del Brasil; de la Orden al Mérito Civil, de Chile; de la Orden del Cóndor de los Andes, de Bolivia; de la Orden del Sol, del Perú; de la Orden de Boyacá, de Colombia; de la Orden Piana, de la Santa Sede; de la Orden de Cristo, de Portugal; de la Orden de Isabel la Católica, de España; de la Orden del Águila Blanca, de Polonia; de la Orden del Águila Alemana y del Rey de Bulgaria; el Gran Cordón de la Orden de Leopoldo, de Bélgica y de la Orden de la Corona de Yugoslavia; Estrella de la Cruz Roja, de Alemania, entre otras distinciones tan merecidas. Su vida y su obra fueron un orgullo para los argentinos.

### **V. Juan Atilio Bramuglia (*Generación del 30/40*)**

Nació el 1º de enero de 1903 en Chascomús, provincia de Buenos Aires y falleció el 4 de septiembre de 1962 en Buenos Aires. Fue un abogado, político y diplomático que se desempeñó como Ministro de Relaciones Exteriores. Como abogado de ideas socialistas se afilió al Partido Socialista a temprana edad, bajo el ala de Mario Bravo, su protector. Se alejó al producirse la división en 1928 y retornó al PS en 1931.

En 1925 se recibió de abogado en la Universidad de La Plata y se Doctoró en la UBA en 1942<sup>6</sup>. Entre 1929-1949 se desempeñó como abogado jefe de la Unión Ferroviaria, el sindicato más poderoso de Argentina en ese tiempo, propuesto por Mario Bravo. Durante la 2da Guerra Mundial fue partidario de los Aliados y de la República española, en todo momento.

De pensamiento afín a la tradición liberal, condenaba la tiranía de Rosas y exaltaba el ideario de Sarmiento y las obras de Rivadavia; como así

<sup>6</sup> El 26 de mayo de 1942, con la tesis “La incompatibilidad en las leyes de previsión social argentina”, ante un Jurado que presidió el doctor Alejandro M. Unsain, calificada como “Sobresaliente” y recomendada al Premio Facultad.

también postulaba el fortalecimiento de la escuela y la formación cultural de la juventud y de los trabajadores para elevar el nivel del pueblo.

Pero se produce un hecho nuevo con el golpe de Estado del 4 de junio de 1943; que repercute, con el transcurso de sus vicisitudes, en un realineamiento de las pertenencias partidarias, que conduce –en el caso de Bramuglia– a la participación en varias funciones gubernamentales del régimen instalado.

Así, en 1944 fue Director del Departamento de Previsión Social de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social; la Caja Nacional de Ahorro Postal; y en 1945/6 fue interventor de la Provincia de Buenos Aires.

Entre 1946-1949 fue Ministro de Relaciones Exteriores, durante la primera presidencia de Juan Perón.

El 15 de agosto de 1947 en Petrópolis, Brasil, al inaugurarse la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente y como Canciller, tendrá un papel destacado para sentar las bases para el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR). Más tarde presidió la III Asamblea de las Naciones Unidas reunida en París (1948).

Tras su renuncia en 1949 retornó a su cátedra de Legislación y Derecho de Trabajo en la Universidad de Buenos Aires (1<sup>o</sup> lo había sido en la Universidad de La Plata), reivindicando la obra precursora del proyecto de Código de Joaquín V. González.

Autor de varias obras de su materia con especial preocupación por la generalización de las jubilaciones; entre ellas temas sobre “La previsión social argentina”, “La personalidad jurídica de las organizaciones obreras” (1938). Cercano a Ramón J. Cárcano, proyectaron un sistema de seguro social para todas las ramas, apuntando hacia un régimen de “caja única” en tiempos del Consejo de Posguerra.

Recibió varias condecoraciones de países americanos<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> En la elaboración de esta reseña, nos referimos particularmente al desempeño de Bramuglia en el difícil caso de la crisis de Berlín, en cuyo momento contribuyó el Canciller argentino a evitar lo que muy probablemente hubiera sido una 3ra guerra mundial. Citaré a Rein, Raanan, “La tercera posición y el precio del éxito”, Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de la Historia de la Argentina, ed. Lumiere, Bs. As., 2006, págs. 190 a 220. Utilizo esta obra de Raanan Rein como

### A) La crisis de Berlín

Una serie de crisis internacionales y de focos de tensión en 1946-1947, entre ellos en Irán, Grecia y Turquía, condujo a un agravamiento del enfrentamiento entre los bloques. La Doctrina Truman, el Plan Marshall y la creación del Cominform fueron una expresión de la profunda suspicacia y hostilidad existente entre la Unión Soviética y sus satélites y Estados Unidos y los países de la Europa Occidental. La revuelta checoslovaca de febrero de 1948 y la expulsión de Eduard Benes, último mandatario no comunista en Europa Oriental, eran una prueba adicional de la partición de hecho del continente europeo.

La personalidad y las posiciones del canciller Juan Atilio Bramuglia brindaban una oportunidad única para cumplir un papel significativo en la arena internacional, como lo demostró la crisis de Berlín de 1948. Veamos primero el desarrollo de esa crisis, y luego veremos el rol jugado por Bramuglia como mediador en la crisis mencionada, de septiembre a noviembre de 1948 cuando se desempeñó como presidente del Consejo de Seguridad de la ONU. Pero más allá de ello, la brecha entre el gran prestigio internacional que obtuvo a título personal en todo el mundo, con motivo de su actividad diplomática, y el silencio abrumador con que dicha popularidad fue recibida por los medios de comunicación peronistas contemporáneos (tal como puede asombrar entre los elogios obtenidos por el jefe de la diplomacia argentina, tanto de parte del presidente Harry Truman y de Josef Stalin, con su caída al cabo de algunos meses).

Era ésta una prueba a la determinación del Oeste. El general Lucius Clay, comandante de las fuerzas de ocupación norteamericanas, escribió en aquellos días que si Berlín caía en manos de los rusos, toda Alemania sería el paso siguiente y, tras ello, toda Europa se convertiría en parte del nuevo imperio soviético. La crisis fue concebida como una amenaza a la paz y a la estabilidad europea, que podía agravarse hasta convertirse en un enfrentamiento armado.

El “bloqueo de Berlín” pudo haberse convertido en el detonante de una nueva guerra mundial; y si bien no produjo esa consecuencia trágica y acaso terminal, fue en cambio el primer gran conflicto de lo que se conoce

---

elemento documentado sobre esa crisis, en que el autor destaca la contribución de Bramuglia al encuentro de una solución de paz entre las potencias en conflicto. Se trata de un excelente estudio, que merece una felicitación de mi parte. Sólo abordo de su libro ese tema.



como “la Guerra Fría”. El episodio surgió con motivo de la aplicación de los acuerdos celebrados por los Aliados en lo referente a Alemania en general y a su antigua capital Berlín, a ser ocupada y gestionada por los “Cuatro Grandes”: Estados Unidos, la URSS, Gran Bretaña, más la entrada también de Francia, no obstante que no había participado de la Conferencia de Yalta (11 de febrero de 1945), tal como se resolvió finalmente en la Conferencia de Potsdam (17 de junio y 2 de agosto de 1945). La complejidad de la cuestión reposaba en el hecho de que Berlín estaba situada en el este alemán, donde se encontraba la ocupación soviética; mientras que los otros tres aliados estaban en la parte occidental del territorio alemán.

¿Qué aconteció entonces? Que por los Acuerdos de Londres (abril a junio de 1948) los aliados occidentales iniciaron un proceso reconstituyente que comenzó con la creación de una nueva moneda en sus respectivas zonas (Deutschemark) que también regiría en sus sectores de Berlín, ante lo cual reaccionó duramente la URSS disponiendo de inmediato el bloqueo de Berlín cortando las comunicaciones terrestres y provocando el cese de la circulación por todos los medios existentes, con el agravante de que no existían “acuerdos” sobre el acceso a Berlín (sic), que nunca se celebrarían para definir la cuestión a nivel legal. Los soviéticos crearon por su cuenta otra moneda para el sector oriental. Para ese entonces, entre el 20 de junio de 1948 en que se anunció el cambio monetario y cinco días después, se organizó el famoso puente aéreo, que duraría casi un año, a fin de proveer el abastecimiento de la población berlinesa, en una gesta incansable y sin claudicar frente a los soviéticos. Stalin debió finalmente levantar el bloqueo, el 12 de mayo de 1949, al medir cómo era la relación de fuerzas (de conformidad con los acuerdos de Yalta permanecían en Berlín contingentes de los tres aliados: EE.UU, Inglaterra y Francia).

Cabe señalar que el rol fundamental para salvar a la “plaza sitiada” lo cumplió la aviación de los aliados occidentales, que para cubrir el aprovisionamiento se valieron de los únicos tres corredores aéreos que los soviéticos se habían comprometido “legalmente” a autorizar, por acuerdo del 30 de noviembre de 1945 en la “Comisión de Control Aliado”. Así fueron llegando los aviones de Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Francia, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda, para cubrir las necesidades de supervivencia para dos millones de seres humanos, con un promedio de 900 vuelos diarios. ¡Toda una proeza!<sup>8</sup>

<sup>8</sup> La “división” de Alemania no tardó en llegar, pues continuó la “Guerra Fría” en todos los terrenos.

## **B) Veamos pues la actuación de Bramuglia.**

Las potencias occidentales plantearon el tema en el Consejo de Seguridad de la ONU. A la sazón, la Asamblea General se encontraba reunida en París. Junto con los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (EE. UU, la URSS, Gran Bretaña, Francia y China), participaban como miembros rotativos la Argentina, Bélgica, Canadá, Colombia, Siria y Ucrania. La presidencia estaba en manos de los norteamericanos, mas por tratarse de una cuestión en la que estaban directamente involucrados, el puesto fue transferido a la Argentina para todo aquello que se refiriera a la cuestión alemana. De esta manera, el ministro argentino de Relaciones Exteriores se desempeñó como presidente del Consejo de Seguridad durante los meses de octubre y noviembre, en los momentos decisivos y cruciales.

En su discurso en París, con ocasión de la apertura de la Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 21 de septiembre de 1948, se expresó de manera moderada y pacificadora, reforzando así su imagen como apto para hacer las veces de mediador. Su alocución, transmitida en directo por varias estaciones de radio argentinas y por el Servicio Latinoamericano de la B.B.C de Londres, llamaba a la paz, la solidaridad y la coexistencia armónica de los pueblos. No obstante, la importancia de su papel como presidente del Consejo de Seguridad se destacaría a comienzos de octubre, siendo el conflicto de Berlín el primero que se elevaba a dicho foro desde su creación.

El Embajador soviético Vishinski sostenía que no se había implantado sitio alguno alrededor de Berlín y que las medidas adoptadas por su país en aquella ciudad eran exclusivamente defensivas, como reacción ante la reforma monetaria aplicada a las zonas de la ciudad ocupadas por las potencias occidentales. Por lo tanto, sus acciones no tenían en absoluto el carácter de amenaza a la paz.

A ello reaccionó el embajador norteamericano Phillip Jessup diciendo que, frente al bloqueo, las potencias occidentales tenían tres opciones: rendirse ante el uso de la fuerza, responder con fuerza a acciones de fuerza o elevar el caso al Consejo de Seguridad. Los tres países escogían esta última vía.

---

Así, las tres potencias occidentales auspiciaron la normalización constitucional, que culminó con la “Ley Fundamental” de la naciente “República Federal de Alemania” (8 de mayo de 1949); mientras que los soviéticos auspiciaron la “Constitución” de la denominada “República Democrática de Alemania”.

En diversas ocasiones Bramuglia expuso públicamente sus puntos de vista sobre la necesidad de un orden mundial moral, basado en los ideales que menciona la Carta de las Naciones Unidas: paz, libertad, justicia, tolerancia, amistad, cooperación, respeto mutuo, igualdad y solución de conflictos por vías no violentas. Reconocía las limitaciones de acción que tenía el organismo, particularmente en un período de rivalidad y de mutua desconfianza entre los bloques, pero entendía que no debía perderse la “esperanza” y que había que realizar cuanto esfuerzo se pudiera para que los períodos de paz no fueran tan solo un paréntesis entre los conflictos internacionales.

Bramuglia dijo en la ocasión: *“Cuando el Consejo de Seguridad se encuentra ante un conflicto entre estados, debe llegar a una solución. Los miembros del Consejo que no son activos participantes en el conflicto deben intervenir con todas sus energías en su esfuerzo por hallar una solución mediante la mediación. Consecuentemente, cuando una de las partes en conflicto presenta un problema al Consejo de Seguridad, éste no puede decidir tomar medidas definitivas, sin haber agotado sus esfuerzos por llegar a una mediación. Esta es la esencia de las funciones del Consejo de Seguridad”*.

Al comienzo parecía que las probabilidades de Bramuglia de promover una avenencia entre las potencias eran escasas, por no decir inexistentes, y los rusos exigieron quitar el tema del orden del día del Consejo de Seguridad. Bramuglia convocó entonces al plenario para formular dos preguntas a los Cuatro Grandes. En primer lugar, pidió detalles sobre las circunstancias que condujeron a priori a forzar limitaciones sobre las comunicaciones, el transporte y el comercio entre Berlín y la parte occidental de Alemania y entre ésta y la parte oriental. Luego pidió una explicación pormenorizada del acuerdo obtenido en Moscú, el 30 de agosto, en cuanto al levantamiento de las restricciones sobre Berlín, la introducción del marco germano-oriental como único curso legal en la ciudad y la convocatoria de los representantes de las cuatro grandes potencias, preguntando por qué razón no se aplicaron dichas instrucciones.

Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia se mostraron dispuestos a responder a las preguntas, no así la URSS. Vishinski veía en su misma formulación un intento de inducir a la delegación de su país a participar de los debates sobre el asunto berlinés, a lo que ya había expresado su oposición. Por ello, los países neutrales redactaron una propuesta de acuerdo, que pre-

sentaron ante el Consejo el 22 de octubre de 1948. Allí se sugería levantar de inmediato todas las restricciones impuestas por las partes al contacto entre Berlín y las diferentes partes de Alemania. Paralelamente se reunirían los cuatro comandantes militares a cargo de los diversos sectores de la ciudad para discutir la unión monetaria. Asimismo se acordaría convocar a los cuatro cancilleres para tratar el futuro de Alemania.

Nueve países la aprobaron y sólo la Unión Soviética y Ucrania se opusieron, argumentando que no respetaba el principio de simultaneidad acordado en Moscú a fines de agosto para el levantamiento de las limitaciones al tránsito y la imposición de la moneda única en Berlín. La discusión era, de hecho, una cuestión temporal. ¿Debía anularse antes el sitio a la ciudad y sólo entonces comenzar las negociaciones, o se debía llegar a un acuerdo monetario primero y después se levantarían las restricciones?

Bramuglia no ceja en sus intentos, pues era consciente de que, con el trasfondo de la mutua desconfianza y la hostilidad entre los bloques, no habría una fórmula mágica que resolviera instantáneamente la crisis. De índole optimista, y convencido de que precisamente del optimismo pueden generarse soluciones, no cayó en la desesperación. A los periodistas del mundo entero que se agrupaban a su alrededor les prometió, haciendo lo posible por no crear una atmósfera superflua de crisis aguda, que continuaría con sus esfuerzos:

*“Estoy seguro que ninguna de las partes desea llegar a lo peor ahora. Y es mi deber tratar de que lleguen a un acuerdo. Sus diferencias han sido disminuidas algo y aun puede llegarse a una coincidencia de puntos de vista”.*

En una reunión de los delegados de esos países, se rechazó oficialmente la propuesta de la Asamblea General y se aceptó el llamado a intentar solucionar el problema en el marco del Consejo. Esta era, de hecho, una moción de confianza a los esfuerzos de Bramuglia,

El 18 de noviembre, Bramuglia volvió a formular preguntas a las partes. Los delegados de los países neutrales se reunieron para estudiar las respuestas y las negociaciones se renovaron.

A esta altura, los rusos ya debían reconocer el fracaso del bloqueo. A fines de abril comenzaron las conversaciones directas entre las partes y en mayo se levantaron las restricciones impuestas a la ciudad. Por entonces los soviéticos ya entendían que debían aprender a tolerar un enclave occidental en pleno corazón de la zona que habían conquistado durante la guerra.

Las sospechas soviéticas con respecto a la Tercera Posición de Perón tampoco le facilitaron las cosas a Bramuglia. En Moscú dicha política era vista como una mera cortina de humo, tras la cual se ocultaba un apoyo irrevocable a la actuación estadounidense en la arena internacional. Pero ello no amedrentó al argentino, quien continuó haciendo todos los esfuerzos posibles para evitar medidas o declaraciones que pudieran interpretarse como antisoviéticas.

Mientras tanto, las intrigas se iban tejiendo a espaldas de Bramuglia durante su ausencia de Buenos Aires, por el trato favorable que obtuvo de la opinión pública internacional. En la primera semana de noviembre el canciller partió a una visita de cinco días a Londres por invitación del gobierno británico. Bramuglia se entrevistó con el primer ministro Clement Attlee y su canciller, y fue recibido con el ceremonial del protocolo por George VI, rey de Gran Bretaña en el palacio de Buckingham. Los honores que le dispensaron sus anfitriones y la recepción por parte del monarca en el palacio fueron más que la expresión de agradecimiento por sus esfuerzos para solucionar la crisis berlinesa: era una resonante bofetada a Eva Perón, quien un año antes no había podido visitar la capital inglesa. Al finalizar la visita, escribía el Times londinense:

*“El único medio de hacer que las relaciones entre los dos países sean tan buenas como lo fueron en los tiempos anteriores a la guerra es por el contacto directo entre las personas responsables de la política, y nadie más facultado para hacerlo que el Dr. Bramuglia, cuyos incansables esfuerzos para allanar las divergencias entre las naciones en París, le ganaron tantos elogios”.*

En los protocolos de las sesiones del Consejo de Seguridad pueden verse constancias de agradecimiento por parte de los representantes de Canadá, Colombia y Siria, así como del representante francés Alexandre Parodi:

*“Doy las gracias, en particular, a nuestro Presidente, señor Bramuglia, por la suma de esfuerzos por él desplegados, con tanta buena voluntad como inteligencia, en la búsqueda de soluciones, así como por la paciencia que ha demostrado, por todo lo cual ambas partes debemos rendirle homenaje y quedarle agradecidos”.*

La URSS no elogió en público la actividad de Bramuglia.

En su informe anual para el período 1948-49, el secretario general de las Naciones Unidas Trygve Lie, sostuvo que las tratativas en el Consejo

de Seguridad, habían ayudado a reducir la tensión y el peligro de una guerra, permitiendo ganar tiempo que se aprovechó para establecer contactos por diversos canales.

Cabe destacar que poco antes de que Bramuglia terminara su mandato como presidente del Consejo de Seguridad, fue invitado por el secretario de Estado norteamericano, el general Marshall, a visitar Washington. El canciller solicitó la aprobación de su presidente, quien la concedió.

Bramuglia, por consiguiente, aceptó la invitación y el Departamento de Estado convenció a la Casa Blanca de la importancia que tendría una entrevista entre el jefe de la diplomacia argentina y el presidente Truman, la cual se llevó a cabo el 10 de diciembre, en un “ambiente muy amistoso” y con la presencia del embajador en Washington Jerónimo Remorino. Era ésta la primera ocasión en que un canciller argentino llegaba en visita oficial a Estados Unidos y la recepción dispensada fue muy cálida. Durante sus conversaciones se ganó la estima de los oficiales de la Administración y su papel fue reconocido hasta el punto que, al resolverse la crisis de Berlín en mayo de 1949, el presidente Truman y él intercambiaron telegramas de agradecimiento y aprecio.

El historiador norteamericano Robert Alexander caracterizó a Bramuglia como “un profeta sin honores en su propia tierra”, agregando que mientras era mencionado en publicaciones europeas y del resto del continente americano como un posible candidato a ser galardonado con el premio Nobel de la paz, en la prensa de Buenos Aires apenas se hacía referencia a “el canciller”.

Algún tiempo después de su caída, Bramuglia calificaría aquel período caracterizado por la creciente influencia de Eva Perón como “La medianoche argentina”. ¡Sin comentarios!

## **VI. Miguel Ángel Zavala Ortiz (1905- 1982)<sup>9</sup>**

Miguel Ángel Zavala Ortiz nació en San Luis el 24 de diciembre de 1905 y el 20 de mayo de 1982 fallecía en Buenos Aires.

Perteneció a la generación “del 35/40”.

---

<sup>9</sup> Datos extraídos del trabajo publicado por el autor: Vanossi, J. R., en la Revista “Historia”, en Bs. As., marzo-mayo 2005 (director Armando Alonso Piñeiro).

Iniciado en las luchas juveniles y universitarias bajo las banderas del reformismo de 1918, puede decirse de él que a partir de entonces jamás fue indiferente a nada que afectara la cosa pública, a nada que hiciera al interés nacional, ni a nada que se vinculara con la democracia en nuestro país. Ingresó a la Universidad de Buenos Aires en 1922, y se doctoró en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en 1927, es decir que cursó su carrera universitaria en las plácidas horas de la Argentina gobernada por ese estadista probo que fue el Dr. Marcelo T. de Alvear.

En 1930 se afilió a la Unión Cívica Radical. Las luchas juveniles las institucionalizó en la militancia partidaria, militancia que no abandonó hasta el día de su desaparición y a lo largo de la cual ocupó todas las posiciones.

Producido el golpe de Estado de 1943 fue uno de los primeros en advertir el embrión nazifascista que se infiltraba en la Argentina y en alertar acerca de las tendencias totalitarias del nuevo régimen militar que, so pretexto de terminar con el fraude, arrasó con el federalismo interviniendo inclusive aquellas provincias que como Córdoba poseían un gobierno legítimo, austero y democrático consagrado por la voluntad popular. A un mes del golpe de Estado, Zavala Ortiz pagó con la cárcel la defensa de la tradición democrática y republicana que constituye la única y verdadera esencia de la nacionalidad.

En 1948 resultó electo diputado nacional por la provincia de Córdoba. Integró el ya célebre bloque de los 44, la aguerrida minoría parlamentaria radical que luchó tenazmente en la defensa de las libertades públicas avasalladas sistemáticamente durante el primer gobierno de Perón. Ejerció la representación popular hasta el 28 de septiembre de 1951, fecha en la que fue privado de sus fueros y expulsado de la Cámara.

Zavala Ortiz perdió su banca a raíz del desafuero dispuesto como secuela de su participación en los sucesos del 28 de septiembre de 1951, del Gral. Menéndez, que jalonaron la etapa heroica de la resistencia. Durante el período inconcluso de su diputación, tuvo destacada intervención en los debates sobre política agraria, el código contencioso-administrativo, el código de justicia militar, el código aeronáutico, la flota mercante, en temas de política económica, política monetaria, la confiscación del diario “La Prensa”, y un gran número de iniciativas que pusieron de relieve –más allá de las circunstancias adversas del momento– su pasión por la libertad.

En 1955 le tocó integrar la Junta Consultiva Nacional, y demostró que su alma no estaba impregnada de odios ni resentimientos promoviendo la amnistía de los legisladores peronistas no sometidos a procesos por delitos comunes. Durante todo este tiempo marcó de manera permanente su independencia con respecto al gobierno militar y cuando sus diferencias se tornaron insalvables, en 1957, renunció.

En 1958 fue precandidato a la presidencia de la Nación encabezando la fórmula Zavala Ortiz-Sammartino, que resultó derrotada en las elecciones internas por el binomio que integraban los doctores Ricardo Balbín y Santiago del Castillo.

Zavala Ortiz tuvo el honor de ser ministro de Relaciones Exteriores y Culto de un gobierno constitucional, habiendo desempeñado ese alto cargo entre el 12 de octubre de 1963 y el 28 de junio de 1966, durante la presidencia del Dr. Arturo Illia. No es este el momento de inventariar cada una de las medidas tomadas durante su gestión, para dimensionar los caminos trazados en la política exterior argentina en tan fecundo período. Pero sería injusto omitir las principales iniciativas.

Así, con la vecina República de Chile, Zavala Ortiz contribuyó a disipar los prejuicios de nuestros “halcones”, aventando el fantasma de un menoscabo territorial o de una sistemática actitud antiargentina. Por ello se convino someter el agudo problema de Río Encuentro a la aclaración arbitral, afirmar concretamente la acción de la Comisión Mixta de Límites y someter la cuestión relacionada con la zona del Beagle a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, siguiendo los lineamientos de la Declaración Conjunta suscripta en Santiago el 6 de noviembre de 1964. Así, en un abrazo histórico que sellaron los presidentes Frei e Illia ante la cordillera, se brindó un testimonio de que nuestros pueblos optaban por la solución pacífica de las controversias.

Con el Brasil, la orientación seguida en tiempos del Ministerio del Dr. Zavala Ortiz fue dirigida a alcanzar la unión de todos –y no sólo de los grandes– para fortalecer política, económica y socialmente a cada uno de los Estados. En todo momento se rechazó la idea de acuerdos conducentes a tutorear al resto de América y absorber –aprovechando tal concentración bilateral de poder– la ayuda destinada a todo el continente. Por el contrario, la convicción de que si antes las naciones pudieron crecer aun contra de la comunidad, hoy día tienen que crecer necesariamente dentro y con la co-



munidad, fue enunciada por Zavala Ortiz en su discurso de Río de Janeiro del 5 de agosto de 1964.

En cuanto a nuestras relaciones con la hermana República Oriental del Uruguay se llegó al histórico Protocolo del Río de la Plata de enero de 1964 y se logró la ratificación del tratado de Límites sobre el Río Uruguay, atascado desde 1961, con el Canciller Zorrilla de San Martín. Por lo demás, quedaron perfectamente definidas la realización de Salto Grande y la construcción de los puentes entre Fray Bentos-Puerto Unzué y Paysandú-Colón.

En todas sus actuaciones exhibió un alto nivel para el manejo de los asuntos internacionales, como bien lo demostró al presidir la Conferencia de la OEA de 1964 en Washington.

La cuestión de nuestras Islas Malvinas mereció especial tratamiento del Canciller Zavala Ortiz, durante la referida presidencia constitucional. Se impidió una maniobra en la OEA, por la cual se hacía posible que Inglaterra fraguara una “autodeterminación” de la población de las islas y éstas se incorporasen como país miembro de la organización americana. El planteamiento de la cuestión en la ONU lo formaliza el representante argentino el 20 de abril de 1964. Entretanto, la Cancillería había iniciado una intensa campaña diplomática, cuyo primer éxito se obtiene en el Subcomité III del Comité Especial de los 24, que el 18 de septiembre de 1964 aprueba por unanimidad el reconocimiento de una cuestión de soberanía existente entre la Argentina y el Reino Unido que deberá ser resuelta amistosamente entre ambos. Habían tenido importante actuación en el armado de la gestión, primeramente el Embajador Lucio García del Solar y su continuador ante la ONU, el Embajador José María Ruda, eminente jurista que luego presidiría la Corte Internacional de la Justicia de La Haya: fue él quien argumentó en Nueva York la diferencia entre un pueblo y una población (los “kelpers”). El 13 de noviembre de 1964 el Comité Especial en pleno, aprueba las conclusiones precedentes; y el 16 de diciembre de 1965, la 20ª Asamblea General de la ONU aprueba las recomendaciones del Subcomité III. De tal forma, la cuestión malvinica dejó de ser un diálogo argentino con un sordo, para convertirse en un problema internacional que, bajo el respaldo de la ONU, debería ser resuelto con la justicia demandada durante más de un siglo por la Nación Argentina. Después de ello, en enero de 1966, se iniciaron en Buenos Aires las conversaciones entre el ministro inglés Michael Stewart y el Canciller Zavala Ortiz. Las conversaciones a

ese nivel debieron proseguirse...; Si Stefan Sweig definió algunos episodios trascendentales de la aventura humana, como momentos estelares, ese 4 de enero de 1966 Miguel Ángel Zavala Ortiz protagonizó el momento estelar de su vida.

Aquello fue un triunfo de nuestra diplomacia, asentado en la racionalidad de las propuestas, en el prestigio de la Nación y de su gobierno en aquel momento y en la austeridad republicana del gobernante. La resolución precitada se aprobó sin votos en contra. De haber proseguido la gestión de Zavala Ortiz quizás el conflicto de Malvinas se hubiese solucionado pacíficamente.

Su última actuación pública, muy poco antes de su muerte, coincidió con la guerra de Malvinas, tema que dominaba y que como hemos dicho había sido objeto de sus preocupaciones durante largos años. En esas circunstancias apoyó la propuesta acuerdista del Secretario de Estado de los Estados Unidos que propiciaba la administración conjunta de las islas enarbolando tres banderas en el archipiélago, la argentina, la británica y la de las Naciones Unidas.

La historia es conocida: luego de la derrota, sobreviene la etapa final del régimen “de facto” (Proceso) y al hacerse cargo de la Cancillería el ministro Juan R. Aguirre Lanari, con gran esfuerzo y habilidad, obtiene de la Asamblea de las Naciones Unidas la aprobación en 1982 de la Resolución 37/9 que instaba a reanudar las negociaciones “a fin de encontrar a la mayor brevedad una solución pacífica a la disputa de la soberanía referida a la cuestión de las Islas Malvinas”; texto reiterado al año siguiente por la Resolución 38/12. La asignatura sigue pendiente<sup>10</sup>.

Cierto es que luego del desembarco en Malvinas surgieron propuestas de paz: 1) la del Secretario General de las Naciones Unidas (ONU) Javier Pérez de Cuellar; 2) la del Presidente de la República de Perú, Fernando Belaúnde Terry; y 3) la gestión llevada a cabo ante la Junta Militar por el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Alexander Haig. Este último proponía la retirada de las fuerzas, para dar paso a una administración “interina” conjunta o una administración “neutral”, mientras se negociara la soberanía; pero si bien pareció por un momento que se estaba a punto para alguna de esas alternativas, resultó que tanto Galtieri como Thatcher se

---

<sup>10</sup> La Enmienda Primera de “Disposiciones Transitorias” de la Constitución de 1994 ratifica la soberanía argentina sobre las Islas Malvinas, conforme a los principios del derecho internacional.

opusieron. A fines de abril el Presidente Ronald Reagan se inclinó a favor de Gran Bretaña, e hizo lo propio la OTAN; mientras que Chile dejó trascender que no debía aplicarse el TIAR (Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca) por cuanto consideraba que la Argentina era la atacante (sic). En realidad, en ningún momento hubo una “declaración” de guerra por ninguna de las partes (la Carta de las Naciones Unidas no la contempla, Art. 2° inc. 4°; y en el Art. 51° sólo admite la legítima defensa).

Por su parte, Belaúnde Terry había solicitado una “mediación” a Thatcher, que fracasó porque ésta exigió que fuera sin condiciones previas sobre plazos o consecuencias (sic), a lo que se opuso la Junta Militar.

Así se llega al 16 de mayo, en que el gobierno británico condiciona todo a una “retirada incondicional” de los argentinos, que no es aceptada (rechazo absoluto). En esas condiciones y en plenos combates de guerra, el 21 de mayo comienzan los desembarcos ingleses en las islas, el 14 de junio se procede a parlamentar, para llegar finalmente a la rendición, con algunos combates hasta el 20 de ese mes. FINIS CORONA OPUS.

### **El Acuerdo con la Santa Sede:**

Otra contribución a la PAZ.

Fue una medida de gobierno, de alta política, cuya negociación y feliz arribo marcará sin duda el cambio en toda la perspectiva tradicional de las relaciones entre el Estado y la Iglesia: me refiero al Acuerdo con la Santa Sede, que debía ser firmado la última semana de junio de 1966 y en cuya fundamentación constitucional tuvimos el honor de aportar nuestra modesta colaboración. Por ese instrumento se puso fin a más de un siglo de equívocos, alejándose para siempre la posibilidad de roces o dominaciones entre ambas potestades.

Fue un gran acierto de su gestión, del cual hoy está en pie un fruto ya irreversible, el de la relación con la Iglesia Católica. En ese entonces, y por más de un siglo de vida constitucional, no se había llegado a la sustitución del anacrónico Patronato por un régimen de acuerdo bilateral, porque existía el fantasma de la necesidad, según sostenían algunos, de una reforma constitucional previa. Fue la gran facultad de convicción y persuasión que él tenía la que llevó a que el Nuncio Apostólico Monseñor Umberto Mozconi comprendiera que era perfectamente factible alcanzar un arreglo sin

necesidad de una reforma constitucional. De ese modo se eliminaba un régimen obsoleto y se llegaba a un acuerdo que en definitiva iba a colocar las cosas en su lugar y a dar pie de igualdad a la Iglesia Católica para que no estuviera sometida a la intromisión del Estado, solucionando así un problema que se venía agitando no ya desde el derecho patrio sino también desde el derecho colonial.

Él no pudo firmar ese convenio, acontecimiento que se iba a producir en los últimos días de junio de 1966, porque el alevoso golpe de Estado de los insurrectos de aquel momento hizo que cayera el gobierno constitucional. Pero el acuerdo era bueno y era el que realmente correspondía. Otros lo firmaron después; no importa. Allí quedó, aquí está y transcurridos muchos años, ha sido aceptado pacíficamente por todos.

Asimismo, yo creo que aquellos que habían pedido la interpelación de Zavala Ortiz en la Cámara con motivo de la supresión del juramento de los obispos, porque tenían sus dudas provenientes de razones ideológicas acerca de la viabilidad de ese requisito, en ese momento, ya han superado esos escrúpulos y reconociendo que el camino iniciado en aquella oportunidad y culminado luego por el Concordato, era el que reclamaba la paz social y religiosa del país.

En otros ámbitos también fue precursor o consolidador. Abrió las fronteras al comercio exterior, levantando las barreras ideológicas y dando la posibilidad de que la Argentina pudiera establecer relaciones absolutamente libres con todos los países, cualquiera fuera su origen, procedencia o destino, sobre la base de un reconocimiento irrestricto del principio de la igualdad jurídica de todos los pueblos del orbe.

Pasando a otras iniciativas no menos importantes, cabe recordar que en los años de la gestión del Dr. Zavala Ortiz la Cámara de Diputados recibió el proyecto del P.E. tendiente a afirmar nuestra soberanía plena sobre la plataforma continental y el mar epicontinental, y aprovechar sus inmensos recursos en petróleo y pesca. De esa forma se recuperaban nada menos que un millón de kilómetros cuadrados de la Patagonia sumergida. Ese criterio se aceptó en marzo de 1964 por unanimidad de los países latinoamericanos.

En los años siguientes, abrazó el ejercicio profesional con el calor y el color de una vocación que lo acompañó toda su vida, nunca abandonada ni puesta entre paréntesis, y de la que ha sido su impronta característica aquel mandato del decálogo que enseña a no pasar por encima de un estado de la conciencia.

Por último, es prueba de su pensamiento en pro de la PAZ en las relaciones exteriores su concepción –que compartimos aún hoy –sobre la necesidad del arreglo de cualquier conflicto.

Así entendemos al “Estado de Derecho”, como un régimen orientado a la jurisdiccionalización de todos los conflictos, tanto internos como externos, e inspirado en la creencia de que la solución jurídica prevalece desde lo individual hasta lo universal.

En el orden de los conflictos del derecho público externo, la posición argentina se alinea en forma paralela a lo expuesto y con un sentido que guarda fidelidad con nuestra postura tradicional.

Ello fue avalado el 2 de febrero de 1965 con expresiones de Zavala Ortiz que se transcriben: “Consideramos que no existe ningún conflicto o desinteligencia –en la medida en que cada parte espera justicia, seguridad o defensa– que no pueda ser solucionado pacíficamente. Con esa convicción hemos retomado honrosos antecedentes del país (Bernardo de Irigoyen, Roque Sáenz Peña, Carlos Saavedra Lamas, etc.), para formular iniciativas en la ONU y en la OEA a fin de que se jurisdiccionalicen todos los conflictos existentes o sobrevinientes que las partes no hubiesen solucionado directamente ni puesto en manos de un mecanismo de avenimiento”.

Por todo ello, bien merecidas fueron las distinciones: Gran Cruz de la Orden al Mérito Militense, de la Soberana Orden Militar de Malta; de la Rep. Federal de Alemania; de la Orden Nacional del Cruzeiro do Sul, del Brasil; de la Orden Nacional del Mérito, del Ecuador; de la Orden del Quetzal, de Guatemala; de la Orden al Mérito, de Chile; de la Rep. Árabe Unida; de la Orden de Isabel la Católica, de España; Gran Cruz de Plata de la Orden de Morazán, de Honduras; Gran Collar de la Orden de las Nubes Propicias, de la Rep. de China Nacionalista.

### **Apéndice:**

#### **“Reflexiones sobre nuestras Malvinas”**

Ha pasado mucho tiempo desde los desgraciados episodios de la fallida gesta del año 1982 y de sus remanentes de dolor y de frustraciones que van indisolublemente unidos a la pena tan dolorosa de los caídos en la lucha. Son sentimientos que no se pueden acallar ni sustraer al recuerdo de todos los dolidos. Esto me lleva a meditar sobre el desenvolvimiento

de los prolegómenos, como así también sobre qué impidió que a tiempo se corrigieran errores o, más aún, que se buscaran caminos de tregua y de un entendimiento que acotara el desenlace del conflicto bélico.

En ese período de ocupación, mediaron gestiones que se dirigían a evitar un desenlace trágico para algunos o frustratorio para otros. Desde el Secretario de Estado Haig –a quien el Presidente Reagan le encomendó la gestión por ocupar ese cargo y ser héroe de Corea y general de cinco estrellas– hasta la intervención del Secretario General de las Naciones Unidas Pérez de Cuellar, se llevaron a cabo diálogos conducentes a un entendimiento “razonable”, aunque sin éxito en cuanto a las posiciones irreductibles que asumían las partes beligerantes. Pero fue muy significativa e importante la actitud asumida por el Presidente de Perú, Fernando Belaúnde Terry, quien encaró tres propuestas: a la primera nadie la hizo caso (sic); a la segunda... un poco; y la tercera parecía prosperar, en vista a que las partes contendientes admitieran las condiciones necesarias para la tregua. Pero la excelente buena voluntad de ese gran amigo que fue el Presidente Belaúnde no pudo concretarse en hechos concretos por las objeciones y demoras de Galtieri, que esquivaba la respuesta. Belaúnde lo llamó nuevamente, urgiéndolo a tomar una decisión, pero el General respondió así: “Hemos esperado 150 años, podemos esperar unos días más”. ¿Qué aconteció? Dos días después se produjo el hundimiento del Crucero General Belgrano...y todo lo ulterior es conocido. Quedó flotando la sensación de que el posible “acuerdo” fracasó por una culpa recaída en Galtieri, que no midió la decisión (después mandó una delegación para requerir del Perú buques y submarinos, pero la Marina de Guerra se opuso pues eso pasaba por mar chileno; pero ofreció los MIGS franceses que esquivaron el aire chileno...).

### **Perú en las Malvinas: gesto de hermandad que trasciende en el tiempo**

Plan de Paz elaborado por el Presidente de Perú, Fernando Belaúnde Terry, denominado “Siete Puntos”, del 2 de mayo de 1982.

1. Cese inmediato de las hostilidades.
2. Retiro simultáneo y mutuo de las fuerzas.
3. Presencia de representantes ajenos a las dos partes involucradas en el conflicto para administrar temporalmente las islas.

4. Los dos gobiernos reconocen la existencia de reclamaciones discrepantes y conflictivas sobre la situación de las islas.
5. Los dos gobiernos reconocen que las aspiraciones y los intereses de los habitantes locales tienen que ser tomados en cuenta en la solución definitiva del problema.
6. El grupo de contacto que intervendrá de inmediato en las negociaciones para implementar este acuerdo estaría compuesto por Brasil, Perú, República Federal de Alemania y los Estados Unidos.
7. Antes del 30 de abril de 1983 se habría llegado a un acuerdo definitivo bajo la responsabilidad del grupo de países antes mencionados.

Al respecto ambos países tuvieron sus reparos en algunas frases. Por ejemplo, Thatcher no admitiría la frase “puntos de vista e intereses”, y consideraba que debía ser cambiada por “deseos e intereses”. Mientras que para Costa Méndez podía modificarse por “los puntos de vista concernientes a los intereses”.

Belaúnde estuvo muy esperanzado en el citado documento, y así lo había hecho conocer a la prensa. Con la esperanza de una solución pacífica, convocó a una conferencia de prensa donde expresaba su convencimiento respecto a la aceptación del plan de paz propuesto. Argentina había logrado eliminar la palabra “deseos” y tal como lo reconoció años más tarde el canciller Costa Méndez: “La posición británica era difícil como era difícil la nuestra, en todo sentido. Gran Bretaña no le podía decir “no” a una proposición de Estados Unidos y nosotros no podíamos decirle “no” a una proposición peruana que llevaba tras de sí todo el apoyo latinoamericano” (Cardoso, Kirschbaum y Van der Kooy: 2012, 369).

Para Belaúnde Terry los puntos principales sobre los cuales debía continuar la negociación eran: 1) Cese inmediato de las hostilidades; 2) el retiro simultáneo y mutuo de las fuerzas y la 3) presencia de representantes ajenos a las dos partes involucradas en el conflicto para administrar temporalmente las islas. Su objetivo era entablar las negociaciones para que antes del 30 de abril de 1983 pudiera suscribirse un acuerdo definitivo, como lo establecía el punto 7).

POS-SCRIPTUM: Estimamos que es de gran valor incorporar a este tema de las MALVINAS, algunos párrafos del discurso de incorporación

del Embajador Carlos Ortiz de Rozas, el 21 de junio de 2006, a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, que son testimonios de su actuación diplomática y revisten gran valor para la comprensión de los acontecimientos y del Derecho en juego; a saber: “se concede que ‘cuando en 1825 Gran Bretaña reconoció a las Provincias Unidas no hizo mención al tema de la soberanía sobre Islas Malvinas, pero no hay razón para suponer que esa omisión fue deliberada’. ¿A qué obedeció entonces? ¿A un simple descuido?

No deja de llamar poderosamente la atención que un acontecimiento de tanta relevancia en las relaciones anglo-argentinas, como fue el Tratado de amistad, comercio y navegación, del 2 de febrero de 1825, todavía hoy vigente, pase inadvertido como así también el acata del parlamento británico del 22 de marzo de 1826 que ratifica dicho tratado”.

Apenas ocho años después Inglaterra procede a la incautación de las Islas Malvinas...

Añade “que después de las protestas oficiales argentinas en 1841, 1842 y 1849 –durante el gobierno de mi antecesor Juan Manuel de Rosas– la cuestión no fue planteada hasta 1884. ‘Se puede argüir –dice– que 35 años de silencio es un testimonio de aquiescencia de la soberanía británica’”.

“Por las dos décadas siguientes –comenta Freedman– ‘la confianza en los derechos británicos estuvo en su más bajo nivel’. Para obviar esas dudas, los ingleses volvieron a apostar al derecho que les daba el ejercicio pacífico y continuado de la ocupación, relegando al olvido el acto de fuerza que le dio origen.

“La incertidumbre sobre la solidez de la ‘prescripción’ hizo que el Reino Unido apelara a otro argumento: el derecho de los habitantes de las Islas Malvinas a la autodeterminación. Esto es realmente interesante. Corrían los años inmediatamente posteriores al fin de la IIa. Guerra Mundial. Gran Bretaña, que había salido victoriosa de su titánica lucha con la Alemania nazi, estaba virtualmente postrada”.

Ortiz de Rozas destaca, también, que el Dr. José María Ruda, que fuera presidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, cuando se desempeñaba como Embajador ante las Naciones Unidas presentó a las Islas Malvinas como revistiendo una situación diferente de un clásico caso colonial. “De facto y de jure –dijo– pertenecían a la República Argentina en 1833, estaban gobernadas por autoridades argentinas y ocupadas por



*colonizadores argentinos que fueron expulsados por medios violentos y reemplazados por una administración colonial y una población de origen británico”. “Esa población implantada –agregó Ruda– es básicamente temporaria y no puede ser utilizada por la potencia colonial para aplicar el principio de autodeterminación”.*

Luego, señala Ortiz de Rozas, que: “A todo esto, en las Naciones Unidas la Argentina obtuvo un resonante éxito. Gracias a los intensos esfuerzos de nuestra delegación, en 1965 la Asamblea General aprobó, sin ningún voto en contra, la Resolución 2065 que por primera vez constató la existencia de una disputa de soberanía por las Islas Malvinas e invitó a los gobiernos argentino y británico a encontrar una solución pacífica teniendo debidamente en cuenta, dato importantísimo, ‘*los intereses de la población de las Islas Malvinas*’. Los intereses y no los deseos, como propugna Gran Bretaña.

Era obvio que “las islas habían perdido la importancia estratégica que en el pasado tuvieron para la marina británica y que la proximidad geográfica con la Argentina, tarde o temprano, las condenaban a una integración con nuestro país” (Confr. “ANALES 2006” de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, Argentina).

Las siguientes afirmaciones de Ortiz de Rozas tienen un gran valor testimonial, al expresar que Gran Bretaña diera un paso muy significativo. “El 11 de junio de 1974, la Embajada del Reino Unido en Buenos Aires, actuando por instrucciones de su gobierno, le presentó un ‘bout de papier’ al entonces canciller argentino, señor Alberto Vignes, en el que proponía comenzar a discutir las salvaguardias y garantías que se les otorgarían a los isleños en la eventualidad de un ‘condominio’ sobre las Islas Malvinas. La finalidad era resolver la disputa sobre la base de ‘una soberanía compartida’ con la Argentina con la conclusión de un tratado que permitiese que los isleños se desarrollasen conforme a sus intereses”. Esto incluía las banderas de ambos países, el inglés y el castellano como idiomas oficiales, la doble nacionalidad, la supresión de los pasaportes y la actuación alternativamente de un gobernador por cada país.

“Cuando me desempeñaba como embajador ante las Naciones Unidas, el ministro Vignes me entregó una copia de la propuesta británica asegurando que el presidente Perón le había expresado: ‘Es muy conveniente. Hay que aceptarla. Una vez que pongamos pie en las Malvinas no nos saca nadie y tiempo después tendremos la soberanía plena’. Pero la fatalidad se

interpuso. Pocos días más tarde fallecía el General Perón y su viuda, que lo sucedió en la presidencia, no creyó tener el poder suficiente para ello”.

Más adelante se refiere Ortiz de Rozas a intentos de “arrendamiento” de las Islas por parte de Gran Bretaña a la Argentina; y el fracaso de esas gestiones por la presión del lobby de la “Falkland Islands Company” que insistían en que lo fundamental era asegurar “el deseo” de los isleños; por lo que al cabo del tiempo resultó que:

“La última ronda de negociaciones anglo-argentinas tuvo lugar en Nueva York los días 27 y 28 de febrero y 1° de marzo de 1982. En ella volvió a ponerse sobre el tapete la duración del retroarriendo”.

Pero la situación cambió súbitamente, cuando: “El canciller Nicanor Costa Méndez, que no estuvo para nada conforme con el comunicado conjunto suscripto al concluir la reunión, que hablaba de un diálogo constructivo, el 2 de marzo emitió un nuevo comunicado en el que exigía que se efectuaran sesiones mensuales para preparar la transferencia total de la soberanía, a más tardar, en diciembre de ese mismo año 1982.

Para Londres esa demanda equivalía a un ultimátum y el fin de las tratativas que se venían realizando. Según Freedman, hizo sonar las campanas de alarma en el gobierno británico que adoptó los recaudos indispensables ante la inminencia de un conflicto armado. Desgraciadamente todos los aquí presentes sabemos muy bien lo que ocurrió un mes más tarde. La tentativa de recuperar las Islas Malvinas acabó con un fracaso: la primera vez que la Argentina fue derrotada en una guerra. Centenares de argentinos cayeron combatiendo con coraje como consecuencia de una decisión política equivocada, mal concebida y mal ejecutada. Y cuando diplomáticamente más cerca estábamos de una solución pacífica y honorable”.

Y es sumamente aleccionador el párrafo final de Ortiz de Rozas con respecto al futuro de la cuestión, que dice:

“No dejaran de apreciar ustedes que esa rígida posición no augura nada bueno para las perspectivas argentinas. Vamos a tener que reconciliarnos con la noción de que no existen fórmulas mágicas ni atajos para alcanzar la reivindicación que todo nuestro pueblo anhela. Habrá que armarse de paciencia y proceder por etapas, estructurando una política de Estado que tenga una cabal comprensión de los intereses en juego e inteligencia para adoptar medidas que impliquen reales progresos sin crear falsas expectativas. Tendremos que bregar por una nación que inspire confianza, enrolada

en las tendencias mundiales que marcan rumbos, con instituciones sólidas y respetadas, con seguridad jurídica, estabilidad democrática y un fuerte desarrollo económico. Entonces, con continuidad en las ideas, con perseverancia y con tenacidad, nuestro legítimo reclamo terminará por prevalecer, como se imponen siempre las causas justas” (Confr., “ANALES”, Ídem).

### **Epílogo y epímone**

A manera de despedida, me tomo el atrevimiento de intentar un juego de UCRONÍA, que –como ustedes ya saben– según el diccionario “es la reconstrucción lógica, aplicada a la historia, dando por supuesto acontecimientos no sucedidos, pero que habrían podido suceder” (DRAE). Y se cuentan valiosas obras de ingenio que formulan esas suposiciones. Hoy, se acuña el neologismo “contrafactualidad”, por alusión a hechos que no tuvieron lugar por “equis” circunstancias históricas del momento posible que no fue (lo factual).

Entre las breves y modestas reseñas biográficas que precedieron, pienso que varias de las personalidades de enorme trayectoria pública referidas, todos ellos “hombres de Estado”, pudieron haber accedido a la primera magistratura de la República; pero no pudo ser así.

Bernardo de IRIGOYEN fue descartado por parte de Roca, que prefirió a su pariente Juárez Celman, al que sorprendió la Revolución de 1890.

En el caso de DRAGO, cuando ascendió a los más altos escalones de la fama, su mentor político, el Gral. Bartolomé Mitre ya había fallecido y su partido político estaba disperso (Hipólito Yrigoyen había incorporado a Honorio Pueyrredón, por ejemplo). SAAVEDRA LAMAS, a raíz de despertar los celos del Presidente Justo, éste prefirió auspiciar a ROBERTO ORTIZ en las elecciones de 1937 (junto con Ramón Castillo); ATILIO BRAMUGLIA había sido descartado por Perón con el resentimiento de María Eva Duarte; y a MIGUEL ÁNGEL ZAVALA ORTIZ –el dilecto y favorito del Presidente Illia– le cortó su futuro y destino el aciago golpe de Estado de 1966 que destituyó incluso a una Corte Suprema de gran jerarquía.

## La conclusión final

Ellos fueron –entre otros protagonistas– quienes bregaron con denuedo, tenacidad e inteligencia, en favor de la PAZ a través del Derecho, entre las naciones y los pueblos. Su prédica y sus pacientes esfuerzos merecen el reconocimiento y gratitud no siendo olvidados. ¡Es justo!<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Apéndice: Corresponde añadir que en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pueden consultar las siguientes obras de BERNARDO DE IRIGOYEN: “Derecho Internacional”: efectos del estado de guerra sobre las relaciones mercantiles entre los individuos de las naciones beligerantes”; “Justicia Nacional: apuntes sobre la jurisdicción de la Corte Suprema”; “La Suprema Corte es incompetente para juzgar de la validez o nulidad de las leyes de los Estados y de las sentencias que pronuncien sus autoridades en el ejercicio de su soberanía propia” ; “Los infortunios o siniestros de mar”; “Reforma Constitucional de la Provincia de Buenos Aires”.

Y en la Biblioteca de la Facultad de Derecho (UBA) se encuentran el “Discurso del señor Ministro de Relaciones Exteriores Dr. Bernardo de Irigoyen” (1882); los “Rasgos biográficos del Dr. Bernardo de Irigoyen, candidato a la Presidencia de la República (ampliado por uno de sus amigos)” (1886); como así también citas en la obra “Vidas Argentinas” de Octavio Amadeo (1934) y en “Discursos y semblanzas históricas” de Francisco R. Bello (1939).



# LA PERSONA HUMANA, EL DERECHO A LA VIDA Y EL ABORTO

Por Eduardo A. Sambrizzi\*

Seguidamente expondré algunas ideas sobre la persona humana, el derecho a la vida y el aborto.

## 1. Sobre el inicio de la vida humana

Creo necesario antes de entrar al tema del aborto, poner el acento en el momento en que comienza la vida humana, debiendo al respecto recordar que el artículo 19 del Código Civil y Comercial establece que *la existencia de la persona humana comienza con la concepción*.

La concepción ocurre desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, en que se conjugan –produciéndose la denominada *singamia*– los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, creándose de tal manera un nuevo ser, irrepetible, con una autonomía y una identidad genética propia, distinta a la de sus padres, el cual posee la potencialidad suficiente como para, a partir de allí, desarrollarse hasta su nacimiento mediante un proceso irreversible y continuo, y luego continuar su vida hasta la muerte. Y es desde ese momento de la concepción, precisamente, que la vida humana merece protección jurídica, resultando indiferente a ese efecto el hecho de que el embrión todavía no se haya anidado en la pared del útero materno; de la misma manera, infundadamente se sostiene que el inicio de la condición humana se produce con la aparición de la cresta neural, o teorías semejantes, las cuales olvidan considerar, entre otros irrefutables argumentos, que desde la concepción no se produce en el ser humano nin-

---

\* Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 10 de mayo de 2018.

gún cambio ontológico. El ser humano continúa siendo el mismo desde la concepción, aunque más desarrollado en los diferentes pasos que requiere hasta llegar al nacimiento.

Cada etapa del desarrollo del embrión exige la anterior, ya que se trata de la misma realidad, del mismo ser que tiene una estructura exclusivamente humana y estrictamente suya<sup>1</sup>. Desde el momento de la fecundación del óvulo queda inaugurada la vida de un nuevo ser, siendo en el momento de la fecundación cuando se fija el programa de lo que será: un hombre, individual, con sus notas características ya bien determinadas. Con la fecundación ha comenzado la aventura de una vida humana, cada una de cuyas grandes capacidades exige tiempo, un largo tiempo, para ponerse a punto y estar en condiciones de actuar.

Como afirma Alberto Rodríguez Varela<sup>2</sup>, hablar de persona antes de nacer significa hablar del hombre, porque si el no nacido no es humano desde un principio, o sea, desde la concepción, jamás podrá llegar a serlo. Carece de sentido sostener que comenzamos nuestra vida siendo un ser que todavía no es humano, por lo cual, resulta claro que el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación. Y al ser el embrión un ser humano, no puede negársele el elemental derecho a vivir, consagrado por nuestra Constitución.

## **2. Para la Constitución Nacional la vida humana comienza con la concepción**

En efecto, en el artículo 75 inciso 22 de la CN se incorporaron a la misma distintas Convenciones internacionales, entre ellas, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989 y que nuestro país aprobó mediante la ley 23.849. Pues bien, al aprobar la Convención, la Argentina formuló una reserva al artículo 1º de la misma, en el sentido de que debía interpretarse que *se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad*. Y en el artículo 6º la Convención establece lo siguiente: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes

<sup>1</sup> CHOMALI G., Fernando, “La píldora del día después. Consideraciones antropológicas y éticas”, en Vida y Ética, publicación del Instituto de Bioética de la Facultad de Posgrado en Ciencias de la Salud, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, año 2, n° 2, pág. 179.

<sup>2</sup> “Aproximación a la persona por nacer”, 2ª ed.

*garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*". Resulta claro que no se puede sostener que todo niño tiene derecho a la vida, y a la vez afirmar que algunos no tienen ese derecho, debiendo en todo momento atenderse a su interés superior, consagrado en el artículo 3.1.

Además, en el Preámbulo de la Convención se recuerda lo ya expresado en la Declaración de los Derechos del Niño que fuera adoptada por la Asamblea General en el año 1959, sobre que *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*; a su vez, en el artículo 24.2.d) se dispone que los Estados Partes adoptarán las medidas apropiadas para *asegurar atención sanitarias prenatal y postnatal apropiada a las madres*.

Recuerdo asimismo que en el artículo 75 inciso 23 de la CN se establece la protección del niño desde el embarazo, de lo que resulta el reconocimiento del derecho a la vida desde antes del nacimiento<sup>3</sup>. Como también, que el artículo 29 de nuestra Carta Magna prescribe que *"El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias... ni otorgarles sumisiones o supremacía por las que la vida... de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna"*. El precepto es claro, el Congreso Nacional tiene prohibido otorgar cualquier autorización para que la vida de un argentino quede en manos de persona alguna. Y como bien anota Siro De Martini, *"despenalizar el aborto implica poner la vida de todos los argentinos por nacer a merced de sus madres y el abortero de turno"*<sup>4</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado en el caso *"Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación"*<sup>5</sup>, que *"el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana,*

<sup>3</sup> Recordamos asimismo, que el art. 12 inc. 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reconoce que todas las personas en la provincia gozan del derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural, y que el art. 36 inc. 2° de dicha Constitución dispone que "todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos". A su vez, en el art. 2° de la ley de esa Provincia n° 13.298, de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, se establece que quedan comprendidos en la misma las personas desde su concepción hasta los 18 años de edad.

<sup>4</sup> DE MARTINI, Siro, "El derecho penal y la protección de la vida de las personas por nacer", E.D., del 08/09/05.

<sup>5</sup> CSJN: P.709.XXXVI, del 5/3/2002.



*preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional, derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional*". Lo que reiteró en el caso "*Sánchez, Elvira c/ M.J. y DDHH*"<sup>6</sup>.

### **3. Con respecto al respeto de la vida humana**

Si como recién recordé, para nuestro país se es niño desde la concepción, y si como resulta de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes –entre ellos, la Argentina– reconocen que todo niño tiene derecho a la vida, debiendo garantizar ese derecho, la Argentina no puede dictar una ley permitiendo el aborto.

Cabe por otra parte señalar que el derecho a la vida no existe únicamente en favor de aquellas personas que pueden valerse por sí mismas, o que van a poder hacerlo en el futuro –como ocurre en el caso de las personas de corta edad–, sino de todas, inclusive, por ejemplo, de aquellas que no tienen conciencia de su propio ser, o que carecen de raciocinio o de capacidades propiamente humanas, o que tienen una minusvalía o deficiencia física grave, o que constituyen una carga para la comunidad o para su familia. Resulta suficiente, para el reconocimiento del derecho a la vida, que exista un proceso vital en el ser humano, con independencia de si ese proceso es viable, o si la persona tiene posibilidad de valerse por sí misma en el futuro.

Gregorio Badeni ha sostenido que la libertad de vivir, entendida en un sentido conceptual amplio, es un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a los restantes derechos y libertades, dada la circunstancia de que ninguno de ellos puede ser considerado en forma separada de la vida, que es el presupuesto condicionante de las restantes especies del género libertad. "Sin vida –afirma Badeni– no hay libertad, ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la amplia gama de potestades que, en su consecuencia, le reconoce al individuo la ley positiva"<sup>7</sup>.

Quiero recordar la existencia de distintas Declaraciones o Convenciones internacionales en las cuales se reconoce la existencia del derecho a la

<sup>6</sup> CSJN: S.1091.XLI, del 28/2/2006.

<sup>7</sup> BADENI, Gregorio, "El derecho a la vida", E.D., 197-13.

vida, comenzando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948, en cuyo artículo 3º se establece que *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*, habiéndose destacado en el Preámbulo la necesidad, para el logro de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, de que se reconozca la *dignidad intrínseca* y los derechos de todos los hombres. Por su parte el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 1966, dispone en su artículo 6º que *el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*. Recuerdo asimismo el contenido del artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –más conocida en nuestro país como Pacto de San José de Costa Rica–, acordada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, en el cual se afirma que *toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho será protegido por la ley, y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie será privado de la vida arbitrariamente ...* Además, en el artículo 11.1. de dicha Convención se dispone que *toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*.

Ese derecho a la vida y su consiguiente protección, que resulta tanto de dichas Declaraciones y Convenciones como de nuestra Constitución, resulta de la circunstancia de que la vida es un valor primario en el que se fundamentan los otros valores de la persona, y sin el cual los demás derechos no tendrían existencia posible.

#### **4. Todo ser humano tiene dignidad por el solo hecho de serlo**

Desde el comienzo de su existencia, el ser humano tiene una dignidad intrínseca, objetiva, poseída por todos, que deriva del hecho de constituir un ser que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, así como por tener un fin trascendente<sup>8</sup>. Por la dignidad que esas circunstancias le con-

---

<sup>8</sup> Gonzalo Herranz señala al respecto que “esta comprensión del hombre como imagen de Dios, aun a pesar de sus minusvalías y deficiencias, concedió una inmensa superioridad moral y una humanidad incomparable a la ley mosaica cuando se la compara con otras legislaciones de la antigüedad. Lo distintivo de ella es que ya no es aceptado marcar como indignos a los débiles, pobres y ciegos, a las viudas y huérfanos, los esclavos y extranjeros”: “Eutanasia y dignidad del morir”, Conferencia pronunciada en las Jornadas Internacionales de Bioética de Pamplona, (Bioética y dignidad en una sociedad plural), del año 1999, en Internet, [www.muertedigna.org/textos/euta241.htm](http://www.muertedigna.org/textos/euta241.htm)

fieren, tiene una serie de derechos fundamentales, de carácter inviolable y que no pueden ser impunemente conculcados, entre otros, a que se respete su vida desde el comienzo de su existencia, hasta su conclusión en forma natural, por oposición a *provocada*. Y ese derecho es patrimonio de todo hombre, por el solo hecho de serlo, por lo que no puede encontrarse a disposición de la voluntad mayoritaria o no de las demás personas.

Cualquiera que sea la situación en la que se encuentre la persona, ésta conserva siempre su dignidad –desde la concepción hasta la muerte–, la cual no es susceptible de grados: no podemos ni perderla ni ganarla, incrementarla o disminuirla. La vida no tiene distintos grados de dignidad, siendo errónea la afirmación de que la vida es digna únicamente si tiene ciertas y determinadas características. La ley 26.061, reglamentaria de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que todo niño tiene derecho a la vida y a la dignidad como sujeto de derechos (arts. 8 y 9).

Etienne Montero, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Namur, en Bélgica, ha dicho que “la persona tiene siempre la misma dignidad ontológica, intangible e inviolable, enclavada en su ser mismo y apoyada en el hecho simple y esencial de existir y de pertenecer al género humano: la vida humana fundamenta la dignidad”<sup>9</sup>.

El respeto que merece la vida humana por la dignidad que tiene todo ser humano, implica el derecho de defenderla de ataques ilegítimos efectuados por terceras personas, como también la necesidad de su reconocimiento por los demás, omitiendo toda acción u omisión que pudiera conducir a la muerte, por lo que el Estado debe poner en ejercicio todos los mecanismos que fueran necesarios para protegerla.

## 5. La inviolabilidad de la vida humana

De lo hasta aquí visto resulta incontrovertiblemente, que para la CN, en la Argentina la vida humana es inviolable, lo que se encuentra expresamente reconocido en el artículo 51 del Código Civil y Comercial, que dispone que *la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*. Ello denota que esa inviolabilidad es absoluta, lo que lleva a la indisponibilidad de la vida,

<sup>9</sup> “¿Hacia una legislación de eutanasia voluntaria?. Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía”, en Internet, [www.udep.edu.pe/bolcapella/capinf87.html](http://www.udep.edu.pe/bolcapella/capinf87.html). Conf., CASTAÑEDA, Adolfo J., “Cómo defender la vida ante los argumentos a favor de la eutanasia y el suicidio asistido”, en Internet, [www.aciprensa.com/eutanasia/argumentos.htm](http://www.aciprensa.com/eutanasia/argumentos.htm)

no teniendo la voluntad efecto alguno para decidir sobre su conclusión en forma voluntaria. Debo señalar al respecto que la inviolabilidad e indisponibilidad de la vida humana ha sido establecida por multitud de filósofos, desde Aristóteles hasta Kant, en cuyo pensamiento –según se ha puntualizado– no interfieren consideraciones de orden religioso<sup>10</sup>.

Parece claro que el abandono del principio de la indisponibilidad de la vida humana podría llevar, más tarde o más temprano, al principio opuesto, de la disponibilidad absoluta de la misma. Conocido es el argumento de la pendiente resbaladiza, sin duda aplicable al caso, del que resulta que una vez transgredido el principio de no matar, nada impide que por cualesquiera razones, ya sean económicas, políticas o de cualquier otro tipo, se amplíen las excepciones a otros casos distintos, no comprendidos en un comienzo dentro de lo permitido. Es que cuando se abre una puerta a este tipo de situaciones, resulta imposible mantener esa puerta nada más que *un poco abierta* y sólo para algunos supuestos especiales. Juan C. Lapalma afirma al respecto que “una vez dado el paso fundamental, los demás vienen como consecuencia, y lo que pretendió ser una reivindicación más de la autonomía humana termina convirtiéndose, lisa y llanamente, en la legitimación descarnada del asesinato de los más débiles”<sup>11</sup>.

Elio Sgreccia señala que “cuando la libertad suprime la vida es una libertad que se suprime a sí misma. El aborto o la eutanasia, por ejemplo, no pueden nunca celebrar la libertad porque su fin es suprimir la vida. En ellos se suprime la libertad del niño que va a nacer, en el caso del aborto, y la libertad del enfermo que es moribundo, en la eutanasia. Ninguno de ellos puede ser un acto libre y lícito del uso de la libertad porque es contra la vida. La vida es el presupuesto de la libertad”<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> DE PRADA, JUAN MANUEL, “Eutanasia”, en Internet, [www.muertedigna.org](http://www.muertedigna.org), quien recuerda la afirmación de Kant en el sentido de que el hombre no es libre para decidir sobre su propia vida, porque no se puede utilizar un principio como fundamento de la destrucción del mismo. Así, por ejemplo, un hombre no puede utilizar su libertad decisoria para abdicar de ella y convertirse voluntariamente en esclavo, pues al hacerlo, dejaría de ser libre y, por consiguiente, no podría hacer uso del fundamento capital por el que disponía de su persona. Del mismo modo, agrega, la autonomía personal no justifica que renunciemos en forma voluntaria a la vida, pues dicha elección implicaría la destrucción de nuestra autonomía. Conf. en que la vida tiene un valor eminente en sí misma, que no depende de las personas y que no puede ser aniquilada por la autonomía humana, entre otros, TOBIAS, JOSÉ W., *Derecho de las Personas*, ps. 533 y sigte., n° 14.

<sup>11</sup> “Fin de la existencia de la persona. Límites a los actos de disposición de la propia vida”, JA, 2004-I-815.

<sup>12</sup> La bioética personalista, en *Vida y Ética*, año 2, n° 2, diciembre de 2001, p. 14. Véase asimismo, “El Derecho de Morir y el Matar por Misericordia”, de RAEZ, LUIS E., en Internet, [www.corazones.org/](http://www.corazones.org/)

## 6. Sobre la afirmación del derecho de disponer del propio cuerpo

Es usual escuchar como uno de los argumentos en favor del aborto, que la mujer tiene derecho a disponer de su cuerpo, como si la persona por nacer –en cualquier estadio de desarrollo en el que se halle– fuera una parte de la madre, o como si no tuviera un código genético único e irrepetible, que lo hace distinto a ésta. Pareciera de tal manera olvidarse que el ser que está en el vientre de la mujer, no es una parte de su cuerpo, sino un cuerpo distinto, el cuerpo de un ser humano que puede ser de distinto sexo que la gestante, y que además del ADN, hasta también puede tener una sangre incompatible con la de su madre. Por otra parte, la mujer no es la única protagonista en el tema del aborto, puesto que también existen al menos otros dos protagonistas, el padre (varón) cuyo derecho a proteger su paternidad y la existencia de su hijo no puede ser desconocido, y el niño bajo el plan de extermiación, que se encuentra indefenso, sin voz y a merced del arbitrio de su progenitora, siendo su derecho más esencial –a la vida– ahogado en aras a un protagonismo egoísta de esa madre, que reclama para sí toda la atención.

Pero aunque la persona por nacer fuera una parte del cuerpo de su madre –que no lo es–, aun así la gestante no tendría derecho de disponer del mismo, no debiendo olvidarse que la libertad de las personas tiene variados límites que son ampliamente reconocidos en las sociedades civilizadas, entre los cuales puede destacarse –con relación al proclamado derecho de disponer del propio cuerpo– el de no permitir la mutilación corporal (aún con el consentimiento de la persona que así lo requiriera), o el de no admitir que se sea vendido como esclavo, pues esas conductas atentan contra la dignidad del ser humano, que es de carácter inalienable<sup>13</sup>.

En ninguna Constitución existe el derecho de poder disponer del cuerpo o de partes no renovables del mismo como si fueran una propiedad. No es posible admitir que el individuo pueda renunciar a valores tan altos, pues una conducta de esa naturaleza, fundada en un erróneo enfoque de la autonomía de la voluntad, atentaría contra valores indisponibles, y, en definitiva, contra la propia libertad que se proclama defender. La autonomía personal no es un absoluto, no pudiendo dejarse de lado que la convivencia democrá-

---

[moral/vida/eutanasia/ derecho\\_morir.htm](#)

<sup>13</sup> Como también atenta contra esa dignidad el abominable crimen del aborto, debiendo destacar no obstante que aun las legislaciones que lo permiten, lo hacen –salvo supuestos de excepción, como el de la existencia de malformaciones en el feto– sólo hasta una determinada etapa del desarrollo del nuevo ser.

tica nos obliga a someternos a leyes que no son cuestionadas como límites a la libertad personal, entre otros, a respetar la vida desde la concepción, que como se vio, consiste en un derecho constitucionalmente consagrado.

### **7. La opinión de los médicos sobre la vida humana y el aborto**

La medicina no puede ponerse al servicio de la exterminación del semejante inocente e indefenso, no pudiendo el aborto ser considerado un acto médico, ni propio del arte de curar. Lo que ha llevado a acuñar la siguiente “Fórmula de Ginebra de la Asociación Médica Mundial”: “En el momento de ser admitido entre los miembros de la profesión médica, me comprometo solemnemente a consagrar mi vida al servicio de la humanidad. Desempeñaré mi arte con conciencia y dignidad. La salud y la vida de mi enfermo será la primera de mis preocupaciones... Tendré absoluto respeto por la vida humana desde su concepción. Aun bajo amenazas no admitiré utilizar mis conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad...”

Recuerdo asimismo una Declaración de la Academia Nacional de Medicina en el año 1994: “La vida humana comienza con la fecundación, esto es un hecho científico con demostración experimental... terminar deliberadamente con una vida humana incipiente es inaceptable. Representa un acto en contra de la vida, pues la única misión de cualquier médico es proteger y promover la vida humana, nunca destruirla... Siendo el derecho a la vida el primero de los derechos personalísimos, toda legislación que autorice el aborto es una negación de estos derechos y por lo tanto de la medicina misma...”. Y con fecha 30 de septiembre de 2010, dicha Academia declaró “que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la CN, los tratados internacionales y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país. Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano. Que el pensamiento médico a partir de la época hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción”. Todo lo cual fue ratificado por dicha Academia en su Declaración del 22 de marzo último.

### **8. La persona por nacer también tiene derechos humanos, que deben ser respetados**

Resulta una sorprendente contradicción el hecho de que no obstante reconocerse a los *derechos humanos* como inherentes a toda persona y previos a toda Constitución y legislación, y justo en una época en la que se proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho a la vida misma queda prácticamente negado y conculcado, en particular en uno de los momentos más emblemáticos de la existencia, como es en la primera etapa de su desarrollo. Nunca en la historia mundial se cometieron tantos atentados contra la persona concebida en el seno materno como los perpetrados en el curso de las últimas décadas, siendo realmente aterradora la cantidad de víctimas de este nuevo holocausto.

La eliminación directa y voluntaria de un ser humano constituye una violación a sus derechos humanos, por lo que es siempre un acto gravemente inmoral. Urge una reacción a nivel mundial en defensa de la vida humana inocente, y si bien la empresa no es fácil, reviste un carácter impostergable, debiendo promoverse un gran cambio cultural proclamando a los cuatro vientos el valor inconmensurable e inviolable de toda vida inocente. Si bien siempre se incurrió en la inmoralidad del aborto, lo nuevo y lo grave es el cambio de mentalidad que en vastos sectores se ha producido ya desde el siglo XX, al amparo de una visión corrompida de la libertad, a lo cual coadyuvan distintos factores, entre otros, algunos movimientos de liberación femenina, que proponen una visión licenciosa de la libertad, prescindente del orden natural.

Por otra parte, son manifiestamente falsas las razones en las que se ha fundamentado el mal llamado aborto terapéutico, al que se ha sumado el aborto eugenésico, claramente discriminatorio, arcaico, y hasta racista, más propio de una sociedad bárbara y cruel que de una civilizada, que no constituye sino un eco de los atroces crímenes del nacionalsocialismo.

### **9. La defensa del niño por nacer no puede interpretarse como un desconocimiento de determinadas situaciones en las que pueden encontrarse muchas mujeres**

No desconozco sino por el contrario, las difíciles situaciones en las que pueden encontrarse muchas mujeres con motivo de su embarazo, con res-

pecto a lo cual debe actuar el Estado, como en parte ya lo hace con el actual subsidio a las mujeres embarazadas que lo necesitan.

Claro que allí no debe terminar la ayuda estatal, que debe continuar en forma activa después del nacimiento, lo que de hecho ya se hace con la Asignación Universal por Hijo (AUH), debiendo esa ayuda ampliarse con los aportes materiales de lo que la mujer necesite para criar debidamente a su hijo. El Estado debe también actuar en la prevención, con campañas de salud sexual y reproductiva en distintos ámbitos, como también prestar atención médica, farmacológica y psicológica a la mujer que procedió a abortar, dado el tremendo impacto y la angustia indefinida que ese acto le causa, como he podido constatar en mi actuación como abogado. Es conocido el síndrome postaborto, derivado del conflicto que provoca en la mujer el sentimiento maternal frente al papel de partícipe de la muerte de su hijo.

También existe la posibilidad de dar al niño en adopción, existiendo en nuestro país miles de personas ansiosas de adoptar, que no pueden hacerlo porque son más los requirentes que los niños en condiciones de adoptabilidad, debiendo modificarse la ley para hacer más accesible dicho Instituto.

## 10. Conclusiones

En primer lugar, me parece bien que exista un amplio y respetuoso debate sobre el aborto, sin fanatismos y con la mente abierta a todas las opiniones. Por mi parte, creo que se deben prevenir los embarazos no deseados, y respetar, ayudar y atender a las madres que no quieren o no pueden criar a sus hijos, pero ello –que es ciertamente relevante– se halla muy alejado de aprobar una legislación que permita matar al ser humano cuando se halla en el vientre de su madre. Y aunque existiera “conflicto entre los derechos e intereses de los niños... frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”, como establece expresamente el artículo 3° de la ley 26.061.

El Estado nunca debe involucrarse en la eliminación de seres humanos inocentes, ya que su verdadera obligación es la de garantizar su interés superior y supervivencia.

Resulta indudable que las normas de cualquier especie que se sancionen a nivel nacional o provincial que autoricen la muerte provocada de *modo directo* de una persona inocente, carecen de validez constitucional, lo que



es así mientras no sea reformada la Constitución Nacional, resultando irrelevante que los afectados tengan unas horas, una semana o tres meses de gestación, pues todas las personas, desde su concepción, tienen el mismo derecho a la vida.

La aprobación del aborto implica el desconocimiento de la dignidad que tiene toda persona humana, no pudiendo haber verdadera democracia si no se reconoce la dignidad de cada persona y no se respetan sus derechos.

FICCIONES Y REALIDADES SOBRE  
LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ  
EL NIÑO CON DISCAPACIDAD  
Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN  
Por AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI\*

### 1. La situación fáctica

Se calcula que el 15% de la población mundial adolece de alguna discapacidad; una parte importante de ese porcentaje son niños, niñas o adolescentes (de ahora en adelante NNA)<sup>1</sup>. En 2017 se estimó que en todo el mundo hay más de 1.000 millones de personas que tienen alguna discapacidad; más del 80% vive en países en desarrollo; la mayoría no está escolarizada y es analfabeta, sobre todo, en el caso de las niñas<sup>2</sup>. Un gran número

---

\* Comunicación de la Académica, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 14 de junio de 2018.

<sup>1</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9 (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad*.

<sup>2</sup> Informe de la Relatora especial Sra. Koumbou Boly Barry, 2017, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/303/27/PDF/N1730327.pdf> : “32. Las mujeres y las niñas están con frecuencia excluidas de la educación. A menudo las familias favorecen a los varones al invertir en educación. El matrimonio infantil, los embarazos precoces, el trabajo infantil, las obligaciones de las labores domésticas, las tasas escolares y vivir a gran distancia de las escuelas son todos factores que contribuyen a impedir que las niñas acudan a las aulas. Algunas escuelas no se ocupan de las necesidades de las niñas en materia de seguridad, agua e instalaciones sanitarias. Cuando el programa educativo no es sensible a su vida, o de buena calidad, es posible que los padres no hagan los esfuerzos necesarios para mantener a las niñas en la escuela. La violencia por razón de género también impide a las niñas completar su educación. 33. Como consecuencia de esos y otros obstáculos, las niñas tienen más probabilidades que los niños de no asistir nunca a la escuela. Se ha estimado que 15 millones de niñas en edad de cursar enseñanza primaria nunca tendrán la oportunidad de aprender a leer ni escribir en una escuela primaria, frente a aproximadamente 10 millones de niños. 4. De esos 15 millones de niñas, 9 millones viven en el África Subsahariana. 34. El mayor obstáculo para la educación de las niñas es la pobreza”.

La situación de la mujer está especialmente prevista en la Convención sobre los derechos de las

tiene impedimentos moderados, no detectables a simple vista, ni de fácil diagnóstico, incluyendo dificultades de aprendizaje, problemas de dicción, físicos, cognitivos, sensoriales y emocionales<sup>3</sup>. Además, se calcula que, en algún momento del itinerario educativo, entre un 15 y un 20% presenta necesidades especiales<sup>4</sup>.

Francia, país desarrollado donde las leyes de protección al niño con discapacidad existen desde 1975, reconocía, en 2006, que 15.000 niños con discapacidad grave no tenían ninguna solución escolar. Más aun, en 2007, el diario *Le Monde* publicó un artículo bajo el título “*Bélgica refugia a los autistas franceses*”<sup>5</sup>. Aunque la situación ha ido mejorando en esta década, todavía no se alcanza el nivel deseado.

Diversos documentos internacionales alertan sobre la situación:

La Observación General n° 9 del Comité de los Derechos del Niño, (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad* afirma: “El estigma social, los temores, la sobreprotección, las actitudes negativas, las ideas equivocadas y los prejuicios imperantes contra los niños con discapacidad siguen siendo fuertes en muchas comunidades y conducen a su marginación y alienación”.

La Observación General n° 5 del Comité de los Derechos Económicos, sociales y culturales dice: “Los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educa-

---

personas con discapacidad. El art. 6 dice: *Mujeres con discapacidad. 1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención*”.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ-SALANOVA SÁNCHEZ, Enrique, *Representaciones cinematográficas sobre el derecho a una educación obligatoria, sin exclusiones, digna y solidaria. El derecho a la educación como lo ha tratado el cine*, en BERNUZ BENEITEZ, María José (coordinadora), *El cine y los derechos de la infancia*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2009, pág. pág. 124 y ss.

<sup>4</sup> COTINO HUESO, Lorenzo, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2012, pág. 281, con estadísticas de Naciones Unidas.

<sup>5</sup> COLLOMP, Valérie, *Le droit à l’instruction des enfants handicapés*, en PAILLET, Elisabeth et autre (coordination), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pág. 149.

ción, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos”. “Los niños con discapacidad son especialmente vulnerables a la explotación, los malos tratos y la falta de cuidado”.

Específicamente respecto al derecho a la educación, el Informe sobre “El derecho a la educación de las personas con discapacidades” de 19/2/2007, del Relator Especial de Naciones Unidas Vernor Muñoz, hace constar que “mientras la tasa de matrícula neta en la enseñanza primaria en el mundo en desarrollo ha aumentado para alcanzar en la actualidad el 86% en todas las regiones<sup>6</sup>, las estimaciones del número de niños con discapacidad escolarizados en los países en desarrollo varían entre menos del 1 y el 5%<sup>7</sup>. Además, la tasa de alfabetización de la mujer discapacitada es de un 1%, en comparación con un 3% aproximadamente del total estimado de personas discapacitadas”.

El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, en el informe de 2017, instó a España a garantizar la educación inclusiva para las personas con discapacidad; señaló que la segregación y exclusión de los estudiantes de la educación general supone graves y sistemáticas violaciones a sus derechos y que el sistema educativo paralelo establecido para los estudiantes con discapacidades genera falta de igualdad<sup>8</sup>.

En suma, si es cierto que “poner atención a la cuestión de la educación es atender al corazón de cómo se trata a los niños”<sup>9</sup>, entonces, la mayoría de las sociedades no salen bien calificadas.

Quizás por eso, en mayo de 2018, la Comisión interamericana de Derechos Humanos convocó a las organizaciones de la sociedad civil, Estados y demás usuarios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a participar en la consulta pública de la Unidad sobre los Derechos de las

<sup>6</sup> United Nations, The Millennium Goals Development Report 2006, p. 6. <http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/Progress2006/MDGReport2006.pdf>

<sup>7</sup> PETERS, S.J., *Inclusive Education: an EFA strategy for all children*, World Bank, November 2004 (available at: <http://www.worldbank.org>). Ver también UNESCO, *Guidelines for inclusion: Ensuring access to education for all*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, France, 2005, p.11.

<sup>8</sup> <https://www.idhc.org/es/actualidad/la-onu-denuncia-la-falta-de-inclusion-de-las-personas-con-discapacidad-en-el-sistema-educativo.php?B2238>

<sup>9</sup> CAMPOY CERVERA, Ignacio, *La educación de los niños en el discurso de los derechos humanos*, en CAMPOY CERVERA, Ignacio, *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 150.

Personas con Discapacidad (UDPD), realizada el 22 de junio del 2018 en Lima, Perú. El propósito fue promover la discusión entre los participantes en torno a diversos ejes temáticos y, entre ellos, el derecho a la educación inclusiva.

La educación (o su carencia) no es responsable de todo lo que pasa, pero ciertamente es uno de los motores de cambio más significativo. Esta verdad se muestra sin tapujos en diversas películas; por ej., respecto de las personas con discapacidad, el llamado “*derecho a la normalización educativa*” aparece en “*Gaby, una historia verdadera*”, de Luis Mandoki, México/EE. UU., 1987, que cuenta la historia de la poetisa mejicana Gabriela Brimmer, nacida con una parálisis cerebral tetrapléjica grave de origen perinatal, que le impedía cualquier movimiento o expresión, menos el de su pie izquierdo<sup>10</sup>.

## **2. La educación. Derecho fundamental y humano (i) en sí mismo y (ii) como instrumento de otros derechos**

La educación es un derecho *fundamental*. Su denegación a un niño o a un adolescente implica condenarlo a la exclusión social, el analfabetismo, la marginalidad<sup>11</sup>. La bibliografía que lo explica es muy extensa en la Argentina y en casi todos los países a los que está unida por una tradición jurídica común<sup>12</sup>.

Conforme la Observación General n°13 del Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, 1999,

“1. La educación es un *derecho humano* intrínseco y un *medio indispensable de realizar otros derechos humanos*. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un

<sup>10</sup> BERNUZ BENEITEZ, María José (coordinadora) *El cine y los derechos de la infancia*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2009, pág. 14.

<sup>11</sup> ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, *La protección del menor inmigrante desde la perspectiva constitucional*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 144.

<sup>12</sup> Entre los libros específicos, puede compulsarse, COTINO HUESO, Lorenzo, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2012; MEIX CERECEDA, Pablo, *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental*, Bs. As., Eudeba, 2015.

papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. La idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer está cada vez más aceptada; su importancia no es únicamente práctica, pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana”.

En el mismo sentido, según la Observación General n° 11 del mismo Comité:

“2. El derecho a la educación es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es *todos esos derechos al mismo tiempo*. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es *el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos*”.

Por eso, reducir la educación a un derecho económico y social es empobrecer su sustancia y perder de vista varios de sus desafíos. Adviértase que el art. 28, 2 párrafo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (de ahora en adelante CIDN) exige que la *educación respete la dignidad del niño en tanto ser humano*<sup>13</sup>.

Por su parte, desde la primera sentencia de 1968 (caso lingüístico belga), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante, TEDH), sobre la base del art. 2 del Primer Protocolo de 1952<sup>14</sup>, ha tratado de elaborar una jurisprudencia sólida que acuñe los principios más importantes del derecho a la educación<sup>15</sup>. La primera pauta fijada es que “la regla

<sup>13</sup> LARROSA, Valérie, *Le droit à l'éducation et à la scolarisation*, en NEIRINCK, Claire et autre (sous la direction de) *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, 2014, pág.197.

<sup>14</sup> “Art. 2. Derecho a la instrucción: *A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*”.

<sup>15</sup> MEIX CERECEDA, Pablo, *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág.69.

que prohíbe rechazar el derecho a la educación no tiene excepciones”; por eso, por ej., la educación no puede ser negada por el hecho de que el padre no reúna los requisitos administrativos de residencia legal; así lo decidió el 13/12/2005, en el caso *Timishev c/Rusia*, al analizar la situación de dos niños que, cuando tenían siete y nueve años de edad, fueron excluidos de la escuela a la que asistían desde hacía dos años porque su padre, checheno, no estaba empadronado en la ciudad y no tenía tarjeta de emigrante al haber sido obligado a restituirla; el TEDH concluyó que hubo violación del artículo 2 del Protocolo n° 1.

Obviamente, esto no significa que un establecimiento escolar no puede imponer sanciones, incluida la exclusión. Así, en *Ali c. Reino Unido*, el 11 de enero de 2011, el TEDH analizó la situación de una persona que: (i) fue expulsada de su escuela después de una investigación policial, legalmente tramitada, por un incendio en el establecimiento; (ii) se le ofreció otro modo de enseñanza; (iii) concluida la instrucción penal, la directora de la escuela invitó a sus padres a participar en una reunión con el fin de facilitar su reintegración, pero ellos no se presentaron y, al dilatar su decisión en cuanto a la vuelta al colegio de su hijo, la plaza fue asignada a otro alumno. La decisión sostiene que el Reino Unido no violó la Convención y afirma que el derecho a la educación no comporta, necesariamente, el derecho de acceso a un establecimiento en particular, ni excluye medidas disciplinarias que, en el caso, incluso, fueron acompañada de otras alternativas que no fueron aprovechadas por los padres.

En la Argentina el derecho a la educación tiene base constitucional indiscutible. Así emana claramente de los siguientes artículos de la Constitución Nacional (de ahora en adelante CN), entre otros:

– 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber...de *enseñar y aprender*”.

– 5: Cada provincia debe dictar una Constitución que “asegure...la *educación primaria*”.

– 41: las autoridades deben proveer...*información y educación ambientales*.

– 42: las autoridades deben proporcionar medios para *la educación para el consumo*.

– 75 inc. 17: la Constitución garantiza el respeto a “su identidad y el derecho a una *educación* bilingüe e intercultural”.

– 75 inc. 19. Sancionar leyes de organización y de base de la *educación* que aseguren...la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de *gratuidad y equidad de la educación pública estatal* y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

– 125: “Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden...promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la *educación*, la ciencia, el conocimiento y la cultura<sup>16</sup>.”

Las menciones de la CN se ven reforzada en el ámbito internacional. Así por ej.

- Declaración Universal de los derechos humanos de 1948, arts. 26;
- Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, arts. 13 y 14;
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, arts. 5 y 7;
- Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 5, 10 y 14;
- Convención sobre los derechos del niño, arts. 28 y 29<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Para otras normas, ver SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental*, Bs. As., Eudeba, 2015, capítulo III págs. 29 y ss.

<sup>17</sup> Artículo 28.1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: ...d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar”. Art. 29. 1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural”. Para un análisis del articulado ver LARROSA, Valérie, *Le droit à l'éducation et à la scolarisation*, en NEI-



Frente a toda esta catarata de normas, es razonable que un Superior Tribunal de provincia afirme que “la escolarización es un derecho del niño que prevalece sobre la opinión que su progenitor pueda tener respecto del sistema de educación formal”; es que “la decisión de excluir a un niño de la escuela conlleva consecuencias dañosas para su presente y futuro, una persona diferente a la de sus padres, que no debe cargar con las consecuencias de decisiones que se fundan en opciones personales de vida”. “El derecho que asiste a los progenitores de brindar una educación de acuerdo con los valores familiares y/o religiosos debe ser satisfecho en el seno del hogar, en forma simultánea a la escolarización” aclarando, finalmente, que “la opinión del niño respecto a concurrir o no a la escuela no puede ser atendida porque no se encuentra en condiciones de evaluar el perjuicio actual y futuro que le ocasionaría la exclusión del sistema educativo”<sup>18</sup>.

De mismo modo, parecería imposible decir que una alumna embarazada no tiene el derecho de concurrir al establecimiento donde se educa. Sin embargo, la situación no sólo ha sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia argentina en diversas ocasiones<sup>19</sup>, sino que ha llegado hasta la Comisión interamericana en un caso contra Chile<sup>20</sup>.

### **3. Los derechos de las personas con discapacidad son derechos humanos. El modelo social de la discapacidad**

Conforme la Convención internacional de los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, entrada en vigor en 2008, indiscutidamente los derechos de estas personas integran la categoría de derechos humanos<sup>21</sup>.

---

RINCK, Claire et autre (sous la direction de) *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, 2014, pág. 185.

<sup>18</sup> Tribunal Superior de Neuquén, 03/03/2016, La Ley Patagonia 2016 (junio), pág. 7, Cita Online: AR/JUR/3780/2016; ED 267-237 y en Temas de Derecho civil, persona y patrimonio, Errelus, agosto 2016, pág. 75, con nota de CASTRO, Sandra, *La tutela judicial del derecho a la educación*.

<sup>19</sup> Ver casos relatados por TAGLE DE FERREYRA, Graciela, *El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Córdoba, ed. Nuevo enfoque, 2009 pág. 319 y por SCIOSC-IOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental*, Bs. As., Eudeba, 2015, pág. 93.

<sup>20</sup> El caso concluyó con un arreglo (entre otras prestaciones a cargo del Estado, una beca de estudios para la madre y otra para el niño) Ver CONTRERAS, Daniel, *Apuntes en torno a la discriminación en la escuela: el caso chileno de embarazadas madres y niños viviendo con HIV y el derecho de la educación*, en Justicia y Derechos del niño, n° 11, Unicef, 2009, pág.193.

<sup>21</sup> BIEL PORTERO, Israel, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Las cosas no siempre fueron así, ni en lo formal ni en lo sustancial; uno de los primeros hitos lo marcó la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobada el 20/12/ 1971 bajo el nombre de “Declaración de los derechos del *retrasado* mental”<sup>22</sup>, y cuatro años más tarde, en 1975 la “Declaración de derechos de los *impedidos*”. Adviértase la terminología utilizada (que he marcado en cursivas); la denominación empezó a cambiar varios años después, en 1992, cuando Leandro Despouy, Relator especial de la subcomisión de prevención de las discriminaciones y protección a las minorías, presentó su informe “Los derechos humanos y las personas con discapacidad”, en el que, además de analizar las acciones que se habían tomado hasta ese momento, planteó expresamente el tema como una cuestión de derechos humanos.

La modificación en el lenguaje obedece a un cambio de paradigma. Se pasó del *modelo individual o médico*, al llamado *modelo social*, que puede ser descrito, de modo muy general, a través de los siguientes postulados<sup>23</sup>. La discapacidad:

- (i) Desde lo normativo, debe ser abordada como un derecho humano;
- (ii) Es una *situación* en la que se encuentra una persona y no un *rasgo individual* que la caracterice;
- (iii) En la mayoría de los casos, tiene un origen social, por lo que las medidas destinadas a satisfacer los derechos de estas personas deben tener como destinataria también a la sociedad en general;
- (iv) Las políticas deben tender a lograr la igualdad y la no discriminación;

---

<sup>22</sup> En 1999 se publicó un libro bajo el título *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (Ver SEOANE, José A –coordinador- La Coruña).

<sup>23</sup> Sigo a DE ASÍS, Rafael y otros, *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, Madrid, ed. Dykinson, ps.17 y ss. Para las características de ambos sistemas ver MORENO MOLINA, José A., *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico*, Madrid, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, pág. 65/79; PALACIO, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, ed. Cinca, 2008; de la misma autora, *La ley 39/2006 a la luz del modelo social y de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, en BARRANCO AVILES (co-ord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derecho*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pág. 19 y ss; BIEL PORTERO, Israel, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2011 ( Las primeras páginas de estos dos últimos libros se destinan a distinguir el modelo médico o individual, del modelo social).

- (v) Es un concepto evolutivo, no estático;
- (vi) Su existencia es un ejemplo de la diversidad humana<sup>24</sup>.

El modelo social de discapacidad ha sido expresamente receptado por la Corte Interamericana de Derechos humanos en diversas decisiones:

“La discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. La discapacidad es un concepto que evoluciona”; “incluye a las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”<sup>25</sup>.

#### **4. El derecho humano a la educación del niño con discapacidad. La normativa constitucional y convencional que le presta apoyo**

- a) En la Argentina, las personas con discapacidad se visibilizaron normativamente, de modo definitivo, con la reforma constitucional de 1994. Así, el art. 75, inc. 23° asigna al Congreso de la Nación el deber de “Legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los *niños*, las mujeres, los ancianos y las *personas con discapacidad*”.

Otras constituciones también tienen previsiones específicas, pero inicialmente, los tribunales sostuvieron que tenían carácter sólo programático. Así, por ej., en Italia, recién en 1987, la sentencia n° 215 del Tribunal Constitucional decidió que la inserción en la escuela de las personas con discapacidad debe ser “*asegurada*” (y no meramente “favorecida”)<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> El Informe del Relator Especial de Naciones Unidas Vernor Muñoz sobre “El derecho a la educación de las personas con discapacidades” de 19/2/2007 dice: “Los sistemas educativos deberían dejar de considerar a las personas con discapacidad como problemas que hay que solucionar, y actuar de manera positiva ante la diversidad del alumnado, considerando las diferencias individuales como otras tantas oportunidades para enriquecer la enseñanza para todos”.

<sup>25</sup> Entre otras, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, 1/9/2015.

<sup>26</sup> Citada por GIRELLI, Federico, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel*

- b) En el orden internacional, los tratados también son numerosos. Transcribo el articulado específico de la Convención internacional de los derechos del niño en la parte pertinente, entre otras, por las siguientes razones:
- (i) Se trata del primer tratado de derechos humanos que contiene una referencia específica a la discapacidad (artículo 2 sobre la no discriminación) y un artículo separado, el 23, dedicado exclusivamente a los derechos y a las necesidades de los niños con discapacidad;
  - (ii) Ningún Estado-Parte formuló reservas ni declaraciones en relación con ese artículo.

El art. 23 dice:

“Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación del niño en la comunidad...”

La asistencia que se preste...será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, estará destinada a asegurar que el niño impedido *tenga un acceso efectivo a la educación*, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios *con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual*, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y *los servicios de enseñanza* y formación profesional...”

Por lo demás, el tema ha sido objeto de otras convenciones específicas, algunas de ellas con más de medio siglo de existencia, como la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Unesco el 14/12/1960, entrada en vigor el 22/5/1962; y

---

*seguito delle decisioni d'incostituzionalità*, en COLAPIETRO, Carlo, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, ed. Scientifica, 2011, p. 113.

alrededor de diez declaraciones internacionales (entre otras, la Declaración de la Conferencia Mundial sobre Educación para todos, Tailandia, 1990, etc.).

Concretamente, el art. 24 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2007, destinado al derecho a la educación dice:

*“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida”.*

Durante las deliberaciones, se discutió si era necesario un artículo específico para la educación de la niñez con discapacidad. Se decidió incluirlo con fundamento en que, hasta entonces, los gobiernos centraban la respuesta casi exclusivamente en la salud, olvidando la educación, por lo que la norma serviría para visibilizar la cuestión<sup>27</sup>. Es que “el modelo social de discapacidad tiene escaso éxito *social*<sup>28</sup>, en tanto, en general, la discapacidad se trata especialmente bajo el enfoque médico-asistencial. Por eso, es imprescindible que el derecho mencione expresamente al rol esencial de la educación”<sup>29</sup>.

## 5. Educación, discapacidad y pobreza

Hace pocos años, en 2011, se escribía desde el Ministerio Público Tutelar de la ciudad de Bs. As.<sup>30</sup>: “La CABA ha devenido un escenario desigualitario en razón del trato discriminatorio que afecta a niños, niñas y adolescentes que habitan sus zonas más pobres. Esto se debe a la deficitaria calidad del servicio educativo que allí se brinda en relación con el resto

<sup>27</sup> PALACIO, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, ed. Cinca, 2008, pág. 352/353.

<sup>28</sup> La prensa se hizo eco de un mail enviado por una madre a otra cuyo hijo padece de autismo. Ver <https://www.elsol.com.ar/tu-hijo-es-discapacitado-por-que-no-lo-mandas-a-otro-lado>

<sup>29</sup> DE ASÍS, Rafael y otros, *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, Madrid, ed. Dykinson, ps.31.

<sup>30</sup> A.V., *Niñez, adolescencia y salud mental en la ciudad de Bs As.*, Bs. As. Eudeba, Ministerio Público Tutelar, 2011, ps. 115 y 124.

de la ciudad. La situación muestra su gravedad al ser contrastada con la centralidad y el alcance que el derecho a la educación tiene en nuestra legislación vigente. El desacople entre el marco normativo vigente y las efectivas políticas públicas queda de manifiesto en diversas situaciones de vulnerabilidad del derecho a la educación. La realidad muestra el carácter fragmentario de un sistema que brinda respuestas diferenciales según las condiciones socioeconómicas de los NNA vulnerando su derecho a la educación y el principio de igualdad”.

Indudablemente, hay una estrecha correlación entre discapacidad y pobreza<sup>31</sup>. “La exclusión de la educación intensifica los niveles de pobreza y limita las oportunidades en la vida. La exclusión del aula del alumnado con necesidades educativas especiales marca el principio de una vida destinada a la exclusión social. Las personas con algún tipo de discapacidad se encuentran entre las más pobres de la población empobrecida. La exclusión y la pobreza, además del impacto en la vida concreta de cada persona, tiene un impacto negativo en las comunidades. Abordar la exclusión de la educación supone reducir los niveles de pobreza y desarrollo”<sup>32</sup>.

Por eso, el Comité de la Convención de los derechos del niño ha dicho que “si los Estados Partes *no asignan fondos suficientes* para garantizar la enseñanza de calidad, obligatoria y gratuita para todos los niños, es improbable que asignen recursos para formar a maestros para los niños con discapacidad o para proporcionar el material didáctico y el transporte necesario para esos niños. Actualmente la descentralización y la privatización de los servicios son instrumentos de la reforma económica. Sin embargo, no se debe olvidar que, en última instancia, corresponde al Estado-Parte la responsabilidad de supervisar que se asignan fondos suficientes a los niños con discapacidad, junto con estrictas orientaciones para la prestación de los servicios. Los recursos asignados a los niños con discapacidad deben ser suficientes –y consignados de tal forma que no sean utilizados para otros fines– para cubrir todas sus necesidades, en particular los programas creados para formar a profesionales que trabajan con niños con discapacidad, tales

<sup>31</sup> Las crisis económicas lo ponen aún más de manifiesto; los primeros excluidos del sistema de trabajo son las personas más vulnerables, entre ellas, las personas con discapacidad (Ver MORENO MOLINA, José A., *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico*, Madrid, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, pág. 44.

<sup>32</sup> <https://autismodiario.org/2013/12/03/en-el-dia-internacional-de-las-personas-con-discapacidad-feaps-reivindica-el-derecho-una-educacion-inclusiva/>

como maestros, fisioterapeutas, los encargados de formular políticas; campañas de educación; apoyo financiero para las familias; mantenimiento de ingresos; seguridad social; dispositivos de apoyo y servicios conexos”<sup>33</sup>.

En este mismo sentido, la sentencia 2231/2010 del Tribunal Constitucional italiano afirmó que la discrecionalidad legislativa en la elección de las medidas educativas no es absoluta, sino que encuentra límite en el respeto al núcleo de la garantía del interesado, por lo que declaró inconstitucional la limitación de la reserva presupuestaria relativa al número de horas cubiertas para los alumnos con discapacidad, pues afectaba directamente uno de los instrumentos gracias a los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la instrucción de la persona, especialmente, si tiene una discapacidad grave<sup>34</sup>.

Por todo esto, el Comité de los derechos económicos, sociales y culturales insta “a) los Estados Partes a que conviertan en una cuestión de alta prioridad la atención y la asistencia especiales a los niños con discapacidad y a que inviertan el máximo posible de recursos disponibles en la eliminación de la discriminación contra los niños con discapacidad para su máxima inclusión en la sociedad”<sup>35</sup>.

## 6. Fines de la educación de los niños con discapacidad

La importancia de la educación se hace aún más manifiesta tratándose de NNA con discapacidad<sup>36</sup>. Su principal objetivo es “el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias”<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9 (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad*.

<sup>34</sup> Cit. por GIRELLI, Federico, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel seguito delle decisioni d'incostituzionalità*, en COLAPIETRO, Carlo, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, ed. Scientifica, 2011, p. 121.

<sup>35</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9 (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad*.

<sup>36</sup> MONÓPOLI, Valeria A., *La inclusión social de niñas y niños con discapacidad. Derecho y recurso para la autonomía*, en *Discapacidad, Justicia y Estado* N° 5. Vida independiente pág. 59, Infojus, Id SAJ: DACF150105.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, *Cuando los padres no pueden o no quieren, es el operador del derecho quien debe resguardar los derechos de la infancia*, en *Rev. Derecho de Familia* 2009-II- 167.

El Comité de los derechos económicos, sociales y culturales, en consonancia con el modelo social de la discapacidad, insiste en que los obstáculos no tienen causa en la discapacidad en sí misma, sino más bien en una combinación de valedores sociales, culturales, de actitud y físicos que los niños con discapacidad encuentran en sus vidas diarias. Por tanto, la estrategia para promover sus derechos consiste en adoptar las medidas necesarias para eliminar esos obstáculos. Por eso, el párrafo 1 del artículo 23 debe considerarse el *principio rector* para la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad; la finalidad es entonces: (i) *el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad*, (ii) *le permitan llegar a bastarse a sí mismo* y (iii) *faciliten la participación del niño en la comunidad*. El mensaje principal es, pues que “los niños con discapacidad deben ser *incluidos* en la sociedad”.

En la Argentina, el art. 11 de la ley 26.206<sup>38</sup> dispone que los fines y objetivos de la política educativa nacional son:

---

<sup>38</sup> El Capítulo VIII de la ley de Educación n° 26206 se refiere a la educación especial en estos términos: ART. 42. La Educación Especial es la modalidad del sistema educativo destinada a asegurar el derecho a la educación de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo. La Educación Especial se rige por el principio de *inclusión educativa*, de acuerdo con el inciso n) del artículo 11 de esta ley. La Educación Especial brinda atención educativa en todas aquellas problemáticas específica que no puedan ser abordadas por la educación común. El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, garantizará la integración de los/as alumnos/as con discapacidades en todos los niveles y modalidades según las posibilidades de cada persona. ART. 43. Las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el marco de la articulación de niveles de gestión y funciones de los organismos competentes para la aplicación de la Ley N° 26.061, establecerán los procedimientos y recursos correspondientes para identificar tempranamente las necesidades educativas derivadas de la discapacidad o de trastornos en el desarrollo, con el objeto de darles la atención interdisciplinaria y educativa para lograr su inclusión desde el Nivel Inicial. ART 44. Con el propósito de asegurar el derecho a la educación, la integración escolar y favorecer la inserción social de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, las autoridades jurisdiccionales dispondrán las medidas necesarias para: a) Posibilitar una trayectoria educativa integral que permita el acceso a los saberes tecnológicos, artísticos y culturales. b) Contar con el personal especializado suficiente que trabaje en equipo con los/as docentes de la escuela común. c) Asegurar la cobertura de los servicios educativos especiales, el transporte, los recursos técnicos y materiales necesarios para el desarrollo del currículum escolar. d) Propiciar alternativas de continuidad para su formación a lo largo de toda la vida. e) Garantizar la accesibilidad física de todos los edificios escolares. ART 45.- El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, creará las instancias institucionales y técnicas necesarias para la orientación de la trayectoria escolar más adecuada de los/as alumnos/as con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles de la enseñanza obligatoria, así como también las normas que regirán los procesos de evaluación y certificación escolar. Asimismo, participarán en mecanismos de articulación entre ministerios y otros organismos del Estado que atienden a personas con discapacidades, temporales o permanentes, para garantizar un servicio eficiente y de mayor calidad”.



“inc. e) Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad;...

inc. n) Brindar a las personas con discapacidades, temporales o permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y el pleno ejercicio de sus derechos”.

## 7. El entorno familiar

El Comité de la Convención de los derechos del niño señala que “La mejor forma de cuidar y atender a los niños con discapacidad es dentro de su propio entorno familiar, siempre y cuando la familia tenga medios suficientes en todos los sentidos. Este apoyo de las familias incluye la *educación de los padres y los hermanos*, no solamente en lo que respecta a la discapacidad y sus causas, sino también las necesidades físicas y mentales únicas de cada niño; el apoyo psicológico receptivo a la presión y a las dificultades que significan para las familias los niños con discapacidad; *la educación en cuando el lenguaje común de la familia*<sup>39</sup>. En otras palabras, la escolarización incluye la orientación a los padres para la necesaria cooperación entre la escuela y la familia<sup>40</sup>.

Más aún, incluso para los países de economías emergentes, se ha sostenido que “la familia tiene que desempeñar un papel más activo y responsable en la atención y protección de las personas”, dado que el Estado no puede hacerse cargo<sup>41</sup>.

## 8. El concepto amplio de discapacidad y su impacto en el derecho a la educación

La noción de discapacidad es muy amplia; en efecto, la expresión “personas con discapacidad” incluye a quienes tienen impedimentos físicos,

<sup>39</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9 (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad*.

<sup>40</sup> TORRES LÓPEZ, María A., *Derecho administrativo. Régimen jurídico administrativo de las personas con discapacidad*, en ALCAIN MARTÍNEZ y otros (coord.), *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada, ed. Comares, 2006, pág. 221.

<sup>41</sup> GONZÁLEZ FERRER, Yamila, *En acercamiento a los derechos a la salud y la educación de las personas con discapacidad en Cuba*, en PÉREZ GALLARDO (coord.) *Discapacidad y Derecho civil*, Madrid, ed. Dykinson, 2014, pág.161.

mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Dada esa amplitud, está claro que no todas las minusvalías son iguales respecto a la autodeterminación que se busca alcanzar a través de la educación.

En otras palabras, como afirma el Tribunal Constitucional italiano, las personas con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo (o como dicen los franceses, se trata de una población heterogénea<sup>42</sup>); por lo tanto, es necesario individualizar mecanismos de remoción de los obstáculos que tengan en cuenta la tipología de la discapacidad que afecta *in concreto* a la persona<sup>43</sup>.

Todas las discapacidades presentan alguna especialidad que debe ser atendida; quizás, el colectivo de las personas afectadas mentalmente sea uno de los más desfavorecidos<sup>44</sup>; cada una requerirá tratamientos específicos; así, por ej., el derecho a la educación de un niño con discapacidad auditiva, menos visible pero tan frecuente, tendrá en miras la forma de comunicación<sup>45</sup>, etc.

En Francia, al igual que en la Argentina, se verifica una cierta *fragmentación* de las movilizaciones en favor de los niños con discapacidad mediante acciones colectivas con reivindicaciones específicas. Por ej., la asociación “*Vencer el autismo*” interpuso una acción colectiva en 2009, para reclamar contra las disposiciones de una ley de 11/2/2005<sup>46</sup>; la educa-

<sup>42</sup> MALLET, Eric, *Enfant handicapé et protection juridique*, Paris, ed. Litec, 2005, ps. 4.

<sup>43</sup> Citado por GIRELLI, Federico, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel seguito delle decisioni d'incostituzionalità*, en COLAPIETRO, Carlo, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, ed. Scientifica, 2011, p. 117.

<sup>44</sup> SALAS LABAYEN, María R. *Educación y discapacidad. La autodeterminación en la persona con discapacidad*, en ADROHER BIOSCA, Salomé (coordinadora) *Discapacidad e integración: familia, trabajo y sociedad*, Madrid, ed. Universidad de Comillas, 2004, pág. 93.

<sup>45</sup> ABADÍA BELTRAN, Ángeles. *Cuestiones en torno a la educación*, en ADROHER BIOSCA, Salomé (coordinadora) *Discapacidad e integración: familia, trabajo y sociedad*, Madrid, ed. Universidad de Comillas, 2004, ps.139; DIAZ RUBIDO, Claudia, *La sordomudez como discapacidad sensorial: su enfoque jurídico y tratamiento en la legislación cubana*, en PÉREZ GALLARDO (coord.) *Discapacidad y Derecho civil*, Madrid, ed. Dykinson, 2014, pág. 81.

<sup>46</sup> LARROSA, Valérie, *Le droit à l'éducation et à la scolarisation*, en NEIRINCK, Claire et autre (sous la direction de) *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, 2014, p. 195.

ción del niño que adolece del trastorno de espectro autista (TEA) ha sido objeto de diversos estudios<sup>47</sup>; otro tanto con las personas con discapacidades auditivas<sup>48</sup> etc.

Una alteración frecuente en la escuela primaria es la *dislexia*. En la Argentina, la ley 27.306/2016<sup>49</sup>, declara de interés nacional el abordaje integral e interdisciplinario de las personas que presentan “Dificultades Específicas del Aprendizaje (DEA)”. “Las DEA son alteraciones de base neurobiológica, que afectan a los procesos cognitivos relacionados con el lenguaje, la lectura, la escritura y/o el cálculo matemático, con implicaciones significativas, leves, moderadas o graves en el ámbito escolar”. Los impulsores de la ley aclaran que las DEA no son el resultado de una discapacidad sensorial, física, psíquica, motora o intelectual; no se deben a causas externas (como diferencias socioeconómicas o culturales); la dificultad –según explican– es intrínseca a la persona, debido a la base neurobiológica del padecimiento.

## 9. El derecho del niño con discapacidad a la educación *inclusiva*

La dicotomía existente entre educación *especial* y educación *inclusiva* ha sido trabajosamente debatida.

Desde lo normativo, se ha pasado de un sistema basado en la educación *especial*, que segrega, a un sistema de educación *inclusiva*, que integra al niño en la educación llamada “ordinaria”, con otros niños. No obstante, hay que señalar que la educación *especial* fue el primer enfoque desde el

<sup>47</sup> MASEDA MORENO, Pilar, *Reflexión en torno a la educación inclusiva de las personas con trastorno de espectro autista*, en ADROHER BIOSCA, Salomé (coordinadora) *Discapacidad e integración: familia, trabajo y sociedad*, Madrid, ed. Universidad de Comillas, 2004, p. 129. El 10-3-2004, durante la reunión de los delegados de los ministros, el Consejo de Europa suscribió una resolución que respondió a la reclamación colectiva 13-2000 interpuesta por la asociación “Autismo Europa c/ Francia” exhortando a Francia a cumplir con el plan de mejoramiento de la situación de los autistas en Francia, conforme el plan que el propio país había presentado.

<sup>48</sup> CUENCA GÓMEZ, Patricia (editora), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Madrid, ed. Dykinson, 2011. El libro contiene cuatro artículos; uno de ellos trata la cuestión de la educación (BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Significado y alcance de las medidas de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Especial atención al ámbito educativo*, pág. 135).

<sup>49</sup> ALFONSO, Horacio C. y WIGUTOW, Emiliano J. *La sanción de la Ley de Dislexia: una verdadera medida de acción positiva por parte del Congreso de la Nación*, en Rev. DFyP 2017 (abril), 06/04/2017, 224, Cita Online: AR/DOC/608/2017. La provincia de Tucumán dictó la ley 8938 de Atención integral de niñas, niños y adolescentes con dificultades específicas del aprendizaje (DEA) promulgada el 17/11/2016, Cita Online: AR/LEGI/8Z23.

cual los sistemas educativos trataron de dar respuesta a las necesidades de las personas con discapacidad; antes, ellas no tenían derecho a la educación y, por lo tanto, en la mayoría de los casos estaban excluidas del sistema educativo. En consecuencia, la aparición del modelo de la educación especial fue un progreso. Además, en muchos casos, particularmente en la discapacidad mental o intelectual más profunda, la educación especial continúa siendo el modelo posible o, a veces, único<sup>50</sup>.

La idea de la inclusión se manifestó en forma expresa en 1981, con motivo de la Conferencia Mundial sobre Estrategias de acción para la educación, prevención y rehabilitación, celebrada en Torremolinos<sup>51</sup>. Pero los pilares se consolidaron varios años más tarde, en 1994, en la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas especiales, que emitió la Declaración de Salamanca, firmada por los delegados de 92 gobiernos y 25 organizaciones internacionales participantes, que expresa: “*Las personas con necesidades educativas especiales deben tener acceso a las escuelas ordinarias, que deberán integrarlas en una pedagogía centrada en el niño, capaz de satisfacer esas necesidades*; las escuelas ordinarias con esta orientación integradora representan el medio más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y lograr la educación para todos; además, proporcionan una educación efectiva a la mayoría de los niños y mejoran la eficiencia y, en definitiva, la relación costo-eficacia en todo el sistema educativo”<sup>52</sup>.

El informe de 2005 de la Unesco definió los cuatro elementos característicos de la *inclusión* en la educación:

- La inclusión como *proceso*, como búsqueda constante de las fórmulas más adecuadas para responder a la diversidad.
- Identificación y eliminación de las barreras que limitan el acceso a la educación.
- No basta con la presencia; es necesario asegurar la *participación* y éxito académico en el sistema.

---

<sup>50</sup> ROSALES, Pablo, *Reflexiones sobre la escolaridad común de las personas con discapacidad y la obligación de cobertura de obras sociales y prepagas*, El Dial 16/9/2009.

<sup>51</sup> BIEL PORTERO, Israel, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 410.

<sup>52</sup> ALONSO PARREÑO, María J., *Los derechos de los niños con discapacidad en España*, en PEREZ BUENO, Luis C (dirección), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Madrid, ed. Aranzadi, 2009, pág.908.

- Énfasis especial sobre los grupos de estudiantes en riesgo de exclusión, marginalización o fracaso educativo.

Las dificultades de este proceso se hacen evidentes porque, como dice Agustina Palacio<sup>53</sup>, “desafía la noción de *normalidad* en la educación; la normalidad es una construcción impuesta sobre una realidad donde solo existe la diferencia. Desde esta premisa, las necesidades especiales son una característica de todos los alumnos y alumnas y no solo de quienes tienen una diversidad funcional. No obstante, el problema es que sus necesidades no han sido tenidas en cuenta a la hora del diseño de la currícula, de la formación de los maestros, etc. sino que han sido ignoradas en todos los ámbitos del sistema educativo ordinario”.

El Informe del Relator Especial de Naciones Unidas Vernor Muñoz sobre “El derecho a la educación de las personas con discapacidades” de 19/2/2007 marca las dificultades de pasar de un sistema a otro: La transición de una educación segregada y especial a una educación inclusiva no es sencilla, por lo que hay que tener presente las complejas cuestiones que plantea y hacerles frente con decisión. Y es que no se puede hacer las cosas a medias... Así, por ejemplo, la “integración” educativa que a menudo se presenta como una verdadera “inclusión”, o un sustituto, ha creado sus propias dificultades. Los intentos de una mera integración en las escuelas regulares sin los correspondientes cambios estructurales (por ejemplo, organización, planes de estudios y estrategias didácticas y de aprendizaje) han resultado, y seguirán resultando inútiles, por varios motivos, para observar los derechos educativos de las personas con discapacidad. En efecto, puede ocurrir que la “integración” implique una exclusión en las escuelas regulares antes que en las escuelas especiales. Por ello, es indudable que la política educativa actual y la del futuro debe determinar y eliminar todos los sesgos estructurales que entrañen una posible exclusión del sistema educativo ordinario. Las políticas y los recursos encaminados a formular prácticas genuinamente “inclusivas” deben primar sobre las antiguas prácticas.

En el mismo sentido, el Informe de la Relatora especial sobre el derecho a la educación, Sra. Koumbou Boly Barry, dice: *Para que la educación sea inclusiva es necesario que las escuelas se adapten y acepten a todos los niños, con independencia de sus condiciones físicas, intelectuales, sociales,*

---

<sup>53</sup> PALACIO, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, ed. Cínca, 2008, p. 382.

*emocionales, lingüísticas o circunstancias personales de otro tipo. Los Estados deben velar por que todos los niños reciban la asistencia especial que necesitan para atender sus necesidades particulares; no puede añadirseles simplemente a las clases sin hacer ninguna adaptación. La inclusión efectiva debe llevarse a cabo mediante leyes y políticas educativas, y también debe incorporarse en la cultura y las prácticas dentro de las escuelas*<sup>54</sup>. La educación inclusiva ha demostrado ser eficaz en función de los costos y ayudar a lograr los mejores resultados de aprendizaje. *Por lo general deberían evitarse, como solución menos deseable, las instituciones especiales, incluidas las escuelas especializadas, pues, como mínimo, dificultan a los alumnos con capacidades diferentes el socializar e interactuar, actividades que pueden mejorar la tolerancia y el respeto mutuo. Se ha demostrado que las escuelas inclusivas que brindan un entorno de apoyo y condiciones de aprendizaje apropiadas al contexto son mejores para los alumnos*<sup>55</sup>.

Ese mismo informe recomienda:

*“118. La legislación nacional sobre educación nunca debe impedir a los niños con discapacidad realizar su derecho a la educación. Debe modificarse la legislación que considere determinadas categorías de niños como ineducables o que asigne la responsabilidad de la educación de los niños con discapacidad a ministerios que no sean el de educación”*.

De cualquier modo, lograr que todas las personas con discapacidad participen efectivamente en los sistemas generales de educación no siempre es posible, por lo que debe preverse la posibilidad de proporcionar los medios y la asistencia especiales para aquellas personas que lo requieran.

Por eso, los artículos 15, 17 y E de la Carta Social Europea (revisada) de 1996, que regulan la discriminación, la educación y, específicamente, la educación de personas con discapacidad dispone que las Partes se comprometen, en particular “a tomar las medidas necesarias para proporcionar a las personas con discapacidad orientación, educación y formación profesional dentro del marco de los programas generales siempre que sea posible o, cuando no sea posible, a través de instituciones especializadas, públicas o privadas”.

<sup>54</sup> Informe presentado a la Asamblea de Naciones Unidas por la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Sra. Koumbou Boly Barry, en 2017, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/303/27/PDF/N1730327.pdf?OpenElement>.

<sup>55</sup> <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/303/27/PDF/N1730327.pdf?OpenElement>, 2017.

O sea, “la inserción de los estudiantes con discapacidad en las escuelas representa un índice significativo del desarrollo de una sociedad”<sup>56</sup>, pero la alternativa de la educación especializada debe estar presente, aunque de modo subsidiario y excepcional, para aquellos supuestos de discapacidad tan grave que la inclusión no sea la vía adecuada<sup>57</sup>.

Mientras se elaboraba la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, las distintas delegaciones mostraron diversos puntos de vista. La más radical a favor de la educación inclusiva sostenía: “La educación general debe cambiar, y ello significa adaptarse a las necesidades de todos y todas. El desafío es inmenso: se requiere que el sistema de educación se adapte a cada niño o niña en particular, en contra de la tradición histórica de excluir a aquellos niños o niñas que se consideran incapaces de adaptarse al sistema de educación, tal cual se encuentra diseñado”. Otros, en cambio, reclamaban que el texto permitiese elegir entre la educación general y las escuelas especiales.

Finalmente, el artículo 24, antes citado, previó la obligación de los Estados Partes de asegurar un sistema de *educación inclusivo* a todos los niveles; y para hacer efectivo ese derecho, los Estados partes aseguran que:

- a) *Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;*
- b) *Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;*
- c) *Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;*
- d) *Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;*

---

<sup>56</sup> GIRELLI, Federico, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel seguito delle decisioni d'incostituzionalità*, en COLAPIETRO, Carlo, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, ed. Scientifica, 2011, p. 111.

<sup>57</sup> Ver todos los antecedentes en BIEL PORTERO, Israel, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 252 y ss.

- e) *Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión*".

Ahora bien, la Observación General N.º 9 (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad* del Comité de los Derechos del Niño advierte que "el término *inclusivo* puede tener significados diferentes. Básicamente, la educación inclusiva es un conjunto de valores, principios y prácticas que tratan de lograr una educación cabal, eficaz y de calidad para todos los alumnos, que hace justicia a la diversidad de las condiciones de aprendizaje y a las necesidades no solamente de los niños con discapacidad, sino de todos los alumnos. Este objetivo se puede lograr por diversos medios organizativos que respeten la diversidad de los niños. La inclusión puede ir desde la colocación a tiempo completo de todos los alumnos con discapacidad en un aula general o la colocación en una clase general con diversos grados de inclusión, en particular una determinada parte de educación especial. Es importante comprender que la inclusión no debe entenderse y practicarse simplemente como la integración de los niños con discapacidad en el sistema general independientemente de sus problemas y necesidades. Es fundamental la estrecha cooperación entre los educadores especiales y los de enseñanza general. Es preciso volver a evaluar y desarrollar los programas escolares para atender las necesidades de los niños sin y con discapacidad. Para poner en práctica plenamente la idea de la educación inclusiva es necesario lograr la modificación de los programas de formación para maestros y otro tipo de personal involucrado en el sistema educativo".

Por su parte, el párrafo 35 de la Observación n.º 5 del Comité de Derechos Económicos Sociales y culturales dice: "En la actualidad, los programas escolares de muchos países reconocen que la mejor manera de educar a las personas con discapacidad consiste en educarlas *dentro del sistema general de educación*. Las Normas Uniformes estipulan que "los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados". Para llevar a la práctica ese principio, los Estados deben velar por que los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad *en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas*".



Una importante cantidad de leyes provinciales de la Argentina intentan seguir ese derrotero. Por ej., el Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba dictó la Resolución 667/2011 cuyo ámbito de aplicación es “el conjunto de los servicios educativos orientados a los procesos de integración de los alumnos que presentan necesidades educativas derivadas de la discapacidad en el ámbito de la escuela común, tanto de gestión estatal como privada”. Establece que el Estado Provincial garantizará el proceso de integración en el ámbito de la escuela común, de los alumnos que presenten necesidades educativas derivadas de la discapacidad, sea con carácter permanente o temporal, y agrega “a cuyos fines disminuirá y/o eliminará toda barrera física, ambiental y de organización institucional que impida o entorpezca el mismo”.

No obstante, aquí también, “la exigencia de un modelo de educación inclusiva, coherente con el discurso de los derechos humanos, es discutida socialmente y no ha tenido reflejo generalizado en las estructuras educativas. En ocasiones, esto se ha debido a un problema del propio discurso de los derechos, que se traduce, todavía hoy, en la discusión sobre su alcance en el ámbito de las relaciones privadas. Si nos cuesta asumir el principio de la educación inclusiva en el campo de la educación pública, cuando se plantea en el de la educación privada, surge un nuevo principio (el de la autonomía privada) que se sigue queriendo situar por encima de los derechos”<sup>58</sup>.

Específicamente, para el ámbito del territorio argentino, en 2012, el Comité de los Derechos de las personas con discapacidad dijo en sus observaciones finales respecto a los informes presentados por los países: “el marco legislativo que regula la educación en el Estado parte contiene de manera expresa el principio de la educación inclusiva (artículo 11 de la Ley No. 26.206). Sin embargo, observa con preocupación que la implementación de este principio se ve limitado, en la práctica, por la falta de adecuación de los programas y planes de estudio a las características de los educandos con discapacidad, así como por la prevalencia de barreras de todo tipo que impiden que las personas con discapacidad accedan al sistema educativo en condiciones de igualdad y no discriminación con el resto de los estudiantes. El Comité expresa su gran preocupación por el elevado número de niños y niñas con discapacidad atendidos en escuelas especiales y por la

---

<sup>58</sup> DE ASÍS, Rafael y otros, *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, Madrid, ed. Dykinson, ps.31.

ausencia de centros de recursos educativos que apoyen la inclusión efectiva de los estudiantes con discapacidad”. En consecuencia, recomendó “intensificar los esfuerzos para asegurar la escolarización de todos los niños y niñas con discapacidad en la edad obligatoria establecida por el Estado parte, prestando atención a las comunidades de los pueblos indígenas y a otras comunidades rurales”. Asimismo, urgió a “tomar las medidas necesarias para que los estudiantes con discapacidad inscritos en escuelas especiales se incorporen a las escuelas inclusivas y a ofrecer ajustes razonables a los estudiantes con discapacidad en el sistema educativo general”.

Será cuestión, pues, de tomar en serio aquello que “la inserción de los estudiantes con discapacidad en las escuelas representa un índice significativo del desarrollo de una sociedad”<sup>59</sup>.

### **10. El carácter no absoluto del derecho a la educación inclusiva en el Tribunal Constitucional español**

¿Qué sucede si la autoridad educativa decide que la única posibilidad del alumno es una escuela de educación especial y los padres insisten en el modelo inclusivo?

El Tribunal Constitucional español<sup>60</sup> debió resolver el conflicto planteado por los padres de un niño con autismo, que había sido sometido, por decisión de las autoridades educativas, a varios cambios de colegio, en poco tiempo. Los padres insistían en que volviese a la escuela ordinaria en la que había cursado inicialmente, en contra de la opinión de la autoridad administrativa que entendía que la única posibilidad para el niño era ingresar en una escuela especial que trabajaba con grupos no superiores a cuatro niños. El Constitucional rechazó la petición de los padres con los siguientes argumentos, sintéticamente expuestos: (1) la decisión de escolarización en un centro de educación especial no configura una lesión del derecho a la integridad moral del menor y a su dignidad personal en tanto no puede calificarse como “trato degradante”, al haber sido tomada, con independencia de su acierto o no, por los órganos legalmente habilitados y en el marco de un amplio expediente reglado dirigido a evaluar sus ne-

<sup>59</sup> GIRELLI, Federico, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel seguito delle decisioni d'incostituzionalità*, en COLAPIETRO, Carlo, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, ed. Scientifica, 2011, p. 111.

<sup>60</sup> 27/1/2014, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23770>.

cesidades educativas, en el que han intervenido profesionales cualificados e incluso los padres del alumno afectado; (2) el derecho de los padres a determinar el tipo de educación de sus hijos no incluye, como elemento del derecho constitucionalmente garantizado, el derecho de los padres a escolarizar a su hijo en un centro ordinario de educación, en lugar de hacerlo en un centro de educación especial, pues ello vendrá condicionado a la acreditación por parte de las autoridades competentes de las necesidades educativas específicas del menor; (3) el debate constitucional del caso debe centrarse en determinar si, como sostiene la parte recurrente y el Fiscal, la Administración educativa al ordenar la escolarización del niño en un centro de educación especial en lugar de incluirle en un centro ordinario con los apoyos necesarios para su integración, le ha discriminado y vulnerado su derecho a la educación; (4) Según el art. 74 de la Ley Orgánica 2/2006 de educación, la escolarización de estas personas en unidades o centros de educación especial “sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. La valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realiza “por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas”, correspondiendo a éstas últimas “promover la escolarización en la educación infantil del alumnado que presente necesidades educativas especiales”. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, la Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario; (5) en el caso, no puede sostenerse que el déficit de motivación del acto administrativo haya vulnerado los derechos fundamentales a la educación e igualdad pues, de la consideración del expediente educativo del alumno en su conjunto se puede deducir sin dificultad que esa resolución justifica la decisión de que el alumno continúe escolarizado en un centro de educación especial, ponderando sus especiales necesidades educativas, y lo hace mediante un razonamiento que supera el juicio de proporcionalidad exigido por nuestra doctrina en aquellos casos en los que la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta a un derecho fundamental sustantivo”.

## 11. El derecho a la educación inclusiva en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El derecho a la *educación inclusiva* de los niños con discapacidad no ha sido tratado específicamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). No obstante, varias decisiones han abordado dos cuestiones estrechamente vinculadas: por un lado, la existencia de establecimientos educacionales especiales para algunas minorías étnicas (la de los niños gitanos<sup>61</sup>), práctica lamentablemente común, hasta tiempos recientes, en diversos países europeos; por el otro, la discriminación fáctica generada a personas con discapacidad en su acceso a la educación (sin analizar si esa educación debe ser inclusiva o en establecimientos especiales).

Los analizaré en ese orden:

### (1) *Precedentes relativos a niños pertenecientes al colectivo gitano (o romaní)*

a) La condena contra la República Checa en el caso *D.H. y otros contra República Checa* requirió llegar hasta la Gran Sala, el 13-11-2007 (*Application no. 57325/00*).

En efecto, una de las salas, por seis votos contra uno, había considerado que no había violación de los arts. 14 de la Convención y 2 del Primer protocolo; reconocía que la solución de la autoridad checa no era la ideal, que la prueba rendida mostraba que la educación concerniente a los niños gitanos no era perfecta, pero la elección de un sistema educativo que concilie todos los intereses no es fácil y no cabía concluir que la ubicación de los niños en las escuelas especiales obedeciera a un prejuicio racial. En definitiva, los denunciantes no habían podido refutar la prueba pericial según la cual las dificultades de aprendizaje impedían a esos niños seguir el currículum de las escuelas primarias ordinarias.

La revocación de la Gran Sala comienza relatando el origen y la situación de los gitanos en Europa: provienen del noroeste de la India y de la terraza iraní; llegaron al continente en el siglo XIV y en algunos países de Europa oriental, en la actualidad, representan hasta el 5 % de la po-

<sup>61</sup> Compulsar REY MARTÍNEZ, Fernando, *La discriminación racial en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*, <https://asistenciavictimasdiscriminacion.org/wp-content/uploads/2013/11/Jurisprudencia-de-Tribunal-Europeo.pdf>. y en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 79, enero-abril (2007), pp. 279-307.

blación. En su mayoría, además de la suya, hablan la lengua del país en donde viven. A pesar de un origen tan antiguo, siguen siendo discriminados; el nazismo quiso eliminarlos por considerarlos una raza inferior. La República checa los considera una minoría a la que ha otorgado un estatus especial. Existen en ese país, aproximadamente, entre 150.000 y 300.000 gitanos. Después de la Primera Guerra Mundial, ese Estado comenzó a instalar escuelas para niños con necesidades especiales, incluidos aquellos que tienen discapacidades *mentales* o *sociales*. El número de alumnos de esas escuelas especiales ha ido creciendo, desde 23.000 en 1960 hasta casi 60.000 en 1988 y a ellas asisten muchos niños gitanos. Según el reglamento, a esos establecimientos van los niños con deficiencias mentales que no pueden concurrir a las escuelas primarias ordinarias. A los niños se los ubica en estos colegios después de un test que mide su capacidad intelectual, la certificación de la maestra y el consentimiento de quien tiene la guarda de la persona menor de edad. En 1995 la República checa produjo importantes cambios en el sistema educativo. En 1998 aprobó un reglamento curricular alternativo para chicos gitanos que hubiesen sido colocados en escuelas especiales; también designó asistentes para facilitar la comunicación con las familias. En 2000 la reforma permitió a los alumnos que hubiesen completado la educación obligatoria en las escuelas especiales el ingreso a las escuelas secundarias ordinarias, siempre que cumplieran los requerimientos ordinarios fijados. Los dieciocho denunciados de esta causa estuvieron en escuelas especiales entre 1996 y 1999 en la región de Ostrava; los padres prestaron consentimiento a través de un formulario; habían realizado los test cuyos resultados se habían comunicado con la aclaración que podían apelar, pero ningún padre lo hizo; en 1999 se les comunicó la posibilidad de pasar a escuelas ordinarias; cuatro rindieron el nuevo test e ingresaron en esos establecimientos. Los padres de los que quedaron en las escuelas especiales recurrieron, pero no por las vías que formalmente correspondían; la autoridad rechazó esos recursos. Llegaron hasta el tribunal constitucional; invocaban discriminación porque había estatutos escolares especiales para niños de la comunidad gitana.

La Gran Sala analiza todos estos antecedentes a la luz de su jurisprudencia en torno a la igualdad, la discriminación y los medios y carga de la prueba para acreditar las violaciones a tales garantías. Aunque en el pasado, dijo, algunos precedentes rechazaron las estadísticas como prueba para calificar una determinada práctica como discriminatoria, en casos más recientes se apoyó en esos datos para identificar diferencias de trato a deter-

minados grupos. Así, por ej., en *Hoogendijk contra Holanda*, el 6 de enero de 2.005, decidió: “Cuando el demandante, sobre la base de estadísticas oficiales incontestables, es capaz de mostrar que la existencia de una regla específica (aún formulada de una manera neutral) afecta *de hecho* a un porcentaje claramente mayor de mujeres que de hombres, corresponde al Gobierno demandado demostrar que esto es el resultado de factores objetivos sin relación con cualquier tipo de discriminación por sexo”. La prueba de tales datos genera una inversión de la carga de la prueba, de modo que no es quien alega la discriminación sino el Gobierno demandado el que tiene la carga de demostrar que la diferenciación de trato es objetiva y no tiene que ver de ninguna manera con una discriminación fundada en un dato sensible. En el caso, los denunciantes se quejaban de que, sin datos objetivos, los niños eran tratados o situados en peor condición que el resto. En efecto, conforme prueba estadística, el 56 % de los niños de las escuelas especiales de la región de Ostrava son gitanos; por el contrario, representan solo el 2.6% de los niños de las escuelas primarias ordinarias.

El tribunal también valoró que los test usados para detectar las habilidades de aprendizaje habían dado lugar a un debate científico importante. Aunque reconoce que el rol de los jueces no es juzgar esos test psicológicos, muchos factores lo llevaron a concluir que esos exámenes contienen material que no constituyen una razonable justificación a la luz del art. 14. En primer lugar, porque están hechos para la población en general, sin tener en consideración especiales características de otros niños. Por lo demás, muchos organismos independientes han puesto en duda su valor; uno de ellos informó que ubicar a los niños gitanos con los que tienen retardos mentales, en algunos casos, había sido casi automático, sin que se tengan pruebas que se evaluaban de modo justo.

El decisorio recuerda que el problema de los niños gitanos discriminados ha sido objeto de diversos documentos. Así el informe final del comisionado de derechos humanos de 2006 señala que “estar sujeto a escuelas especiales o clases, generalmente, significa seguir un currículum inferior a los que tienen el resto de los niños y, de este modo, se disminuyen las oportunidades de una posterior educación, o encontrar puestos de trabajo. La ubicación automática de estos niños con los que tienen necesidades especiales aumenta el estigma relativo a que los gitanos son menos inteligentes y menos capaces. Al mismo tiempo, la educación segregada priva tanto a los niños gitanos como a los no gitanos de la oportunidad de conocer,

aprender y vivir como ciudadanos iguales generando un círculo vicioso de marginación”. El tema ha alcanzado tal gravedad que ha sido objeto de resoluciones de los ministros de educación de los países europeos.

En definitiva, el pleno revocó la decisión de la Sala y condenó a la República checa por violación del art. 14 de la Convención.

b) En *Sampanis y otros c. Grecia*, de 5/6/2008, se acreditó que durante todo un curso escolar, las autoridades rehusaron inscribir en la escuela a un grupo de niños griegos de origen gitano que, por lo tanto, no fueron escolarizados. Posteriormente, con el pretexto de preparar su integración en las clases normales, acomodaron a más de cincuenta niños en clases especiales en un anexo de la escuela. El TEDH verificó que las Autoridades no evaluaron, por medio de pruebas adecuadas, si los niños tenían aptitudes para concurrir a los colegios ordinarios; tampoco organizó clases de integración, ni controles para ver si habían progresado lo suficiente para incorporarse a ellas. Concluyó, entonces, que el procedimiento de inscripción y de distribución de los niños en clases especiales conllevó la violación del artículo 2 del Protocolo n° 1, y del artículo 14 del Convenio, y que los demandantes no tuvieron acceso a un recurso efectivo, violándose el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo).

El caso *Sampani y otros c. Grecia* dio lugar a una nueva decisión el 11 de diciembre de 2012. El asunto se refería a la escolarización de niños gitanos en una escuela primaria de Aspropyrgos. Advirtiendo la falta de cambio notable desde la primera sentencia, el TEDH estimó que Grecia no tuvo en cuenta las necesidades particulares de los niños gitanos como miembros de un grupo desfavorecido, y consideró que el funcionamiento de esa escuela, a la que entre 2008 y 2010 concurrían sólo niños gitanos, constituyó una discriminación repudiada por la Convención. Preocupado por la eficacia de la decisión, ordenó que los demandantes que todavía estaban en edad de ser escolarizados fuesen inscritos en otra escuela pública, y los que ya habían alcanzado la mayoría de edad, en las “escuelas de la segunda oportunidad” o en las escuelas para adultos, implementadas por el Ministerio de Educación en el marco del Programa de educación permanente.

c) *Orsus contra Croacia* tuvo un derrotero similar al primer caso relatado: la sentencia de Sala, de 17/7/2008 fue revocada por la Gran Sala el 16/3/2010 por una ajustada mayoría (9 contra 8). Recordó, una vez más, que los gitanos son una minoría en desventaja y vulnerable, que requiere

especial protección, sobre todo en el ámbito de la educación y particularmente en relación con los niños. A diferencia de los dos casos anteriores, en éste, los datos estadísticos no permitían determinar, *prima facie*, la discriminación racial. El Tribunal dijo, entonces, que la discriminación indirecta puede ser probada sin datos estadísticos. A ese fin, observó que la medida de separar a los niños en el colegio basándose en el insuficiente dominio del idioma, en diversas escuelas de una región, era aplicada sólo a los niños gitanos; que no había exámenes para evaluar objetivamente el nivel de idioma, ni monitorización o control de la medida; que la currícula escolar se reducía sensiblemente en las clases exclusivas de niños gitanos, etc. por lo que la mayoría entendió que se había violado el principio de no discriminación. La minoría, en cambio, consideró que no había discriminación racial porque la diferenciación se fundaba en un criterio neutro impecable: el dominio del idioma.

d) *Horvath y Vadazi c. Hungría*, de 9/11/2010 no ingresó al fondo del asunto. Los demandantes eran de origen gitano. Cuando eran niños, se les diagnosticó una discapacidad mental menor y fueron acomodados en una clase de adaptación en la que el profesor no detentaba ningún diploma en pedagogía para niños con necesidades especiales. Denunciaron que la decisión de colocarlos en una clase especial estaba basada en su origen étnico y, por lo tanto, era discriminatoria. El Tribunal declaró la demanda inadmisibles por razones formales (no haber agotado las vías internas).

En cambio, el caso *Horvath et Kiss c. Hungría* dio lugar a la sentencia de fondo de 29/1/2013. Dos personas jóvenes de origen gitano se quejaban de haber sido llevados de manera discriminatoria e infundada a una escuela para personas con discapacidad mental. El TEDH recordó que en Hungría existían muchos precedentes de este tipo y concluyó que las Autoridades no habían tomado debida cuenta de las necesidades particulares de estos niños como miembros de un grupo desfavorecido, al haber sido aislados, dificultándose su integración en la sociedad mayoritaria.

e) El 30/5/2013, en el *affaire Lavidia et autres c. Grèce (Requête n° 7973/10)*<sup>62</sup>, decidió nuevamente sobre una denuncia de un grupo de 84 familias de origen gitano que vivía en Sofades. En esa ciudad griega, funcionaban cuatro escuelas públicas; los denunciantes se quejaban porque las

<sup>62</sup> Ver resumen de ROSENBLAT, Katia, *Derecho a la educación. Igualdad y no discriminación*, en Rev. Derechos Humanos, año III, n° 5, Infojus, 2014, pág. 295.



vacantes no eran suficientes, por lo que debían transportar los niños hasta la cuarta escuela, situada muy lejos de su vivienda. La situación podía ser calificada de segregación étnica dada la existencia de “escuelas para gitanos”, con un nivel desvalorizado o inexistente de enseñanza. Algunos padres de esa comunidad que inscribieron a sus hijos en las otras escuelas fueron rechazados por los padres de los otros niños. El gobierno decidió: (i) mantener los niños en la cuarta escuela y proveerla de más equipamiento y personal; (ii) construir una nueva escuela para niños gitanos; (iii) que niños gitanos comenzaran a inscribirse en las escuelas ya existentes no debiendo superar el 20% del alumnado en cada una; (iv) que no deberían existir escuelas en las cuales más del 50% del alumnado fuese gitano. Los denunciantes se quejaron de que los hijos habían sido ubicados en una escuela reservada exclusivamente a gitanos, privándolos de una verdadera escolaridad, siendo violatorio del art. 14 de la Convención.

El TEDH recordó, como en otras decisiones, que la comunidad gitana es una minoría vulnerable que merece protección especial. Estimó que, aunque el Estado no tenga *intenciones* discriminatorias, una posición que perpetúa la escolarización de los niños gitanos en escuelas exclusivas para esa comunidad y renuncia a las medidas antisegregacionistas efectivas debido a la oposición manifestada por los padres de alumnos no gitanos, no puede considerarse justificada por un objetivo legítimo. Dado que esta situación perduró hasta el período 2012/2013, hubo violación del art. 14, combinado con el art. 2 del protocolo.

## ***(2) Persona con discapacidad a quien se le ha impedido el derecho a la educación musical***

Un caso relativo al derecho a la educación de una adolescente no vi-dente fue decidido el 23/5/2016 en la sentencia recaída en *Çam c. Turquie (Requête n° 51500/08)*. La denuncia contra Turquía implicó a una institución educativa musical dependiente de la Universidad de Estambul que negó el ingreso a una persona que quería perfeccionar los estudios con un instrumento turco, similar a un laúd, porque no obtuvo el certificado de salud requerido por la reglamentación al presentar una seria enfermedad visual. Los hechos probados al tribunal fueron: al comienzo, la comisión médica libró un certificado en el que decía que esta niña podía recibir educación musical en aquellas secciones que no requerían aptitud visual; visto

este certificado, el instituto notificó a los médicos que lo habían expedido que no había ninguna sección que no requiriese el sentido de la vista. En definitiva, la inscripción fue rechazada por carencia de el certificado. Los padres, en su propio nombre y en el de la hija, recurrieron la decisión administrativa. Alegaron que la adolescente cumplía todos los requisitos para ser inscrita: no había cumplido aún 15 años; tenía título de la escuela primaria; disponía de las especificaciones físicas requeridas para tocar el instrumento elegido; no tenía ninguna discapacidad que le impidiese aprender; había pasado el examen de ingreso con las felicitaciones de una comisión integrada por veinte profesores; también invocaron que, en el pasado, en ese instituto, se habían diplomado otras personas no videntes. La universidad se defendió diciendo que, al inscribirla, los padres habían omitido mencionar la falta de visión de la hija ocultando de tal modo esa discapacidad; que de cualquier modo, el instituto no tenía ni personal ni infraestructura para poder enseñar a una persona con una discapacidad visual del tipo de la que sufría la peticionante. El tribunal en lo administrativo rechazó el recurso sosteniendo que la decisión no causaba un perjuicio definitivo. Durante la tramitación, se agregó un nuevo certificado emitido por el mismo médico dos meses después en el que decía que *no* podía recibir enseñanza. Los padres denunciaron la situación a la Procuración general, indicando que sin haber visto nuevamente a la hija, los médicos habían modificado el sentido del certificado. Diversos recursos deducidos fueron también rechazados, hasta que el asunto llegó al Consejo de Estado, que negó la revisión de las decisiones por razones formales. Al momento en el que el TEDH se pronunció, la denunciante continuaba su escolaridad en una escuela ordinaria del departamento de música de la facultad de Bellas Artes de la Universidad de Mármara.

Después de relatar todos estos antecedentes, el TEDH, como es habitual, analizó la legislación interna, la normativa internacional (en especial, el art. 24 de la Convención de Naciones Unidas relativas a las personas con discapacidad, ratificada por Turquía en 2009) y concluyó que el país denunciado había violado el art. 2 del Protocolo n° 1, en combinación con el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Para llegar a esa conclusión, afirmó que:

- (i) La exclusión de la adolescente se fundó en un reglamento.
- (ii) La reglamentación no excluye a los no videntes, pero exige un certificado de aptitud física y, en el caso, no hay duda de que

la causa por la cual no se expidió ese certificado fue la ceguera de la peticionante y que, según surge de los antecedentes, está claro que no podría obtener ese certificado.

- (iii) El gobierno afirma que en esa época la universidad no tenía infraestructura para recibir a personas con discapacidad de este tipo; sin embargo, los derechos no son ilusiones, sino derechos concretos y efectivos, especialmente, tratándose de derecho a la educación, señalado como uno de alta importancia en todos los tratados internacionales.
- (iv) No se ignora que cada niño tiene necesidades pedagógicas propias, especialmente tratándose de niños con discapacidad; en el ámbito de la educación, los ajustes razonables pueden tomar diferentes formas, materiales, inmateriales, pedagógicos u organizativos, sea en términos de accesibilidad, de formación de los profesores, de adaptación de programas de equipamiento adecuados. Por eso, no le corresponde al TEDH sino a los gobiernos locales adaptar los programas o los equipamientos, por encontrarse en mejor situación para resolver estas cuestiones. No obstante, dada la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los niños con discapacidad, el Estado debe estar particularmente atento a esas necesidades. En el caso, ninguna prueba muestra que las autoridades locales tomaran medidas para satisfacerlas; simplemente, dijeron que no tenía un certificado justificado en el hecho de que la universidad elige los mejores talentos. Más aún, desde 1976 ese conservatorio no tomó ninguna medida para hacerlo accesible a personas no videntes.

En definitiva, otorgó € 10.000 en concepto de daños y €580 en compensación de gastos.

**(3) *Persona con discapacidad a quien no se le proveen los elementos para poder acceder al edificio educativo***

Otra cuestión vinculada a la educación inclusiva, pero totalmente diferente a la planteada, ha sido decidida por una sala del TEDH el 10/1/2018, en el caso *Enver Şahin c. Turquie (Requête n° 23065/12)*, resolución que

se encuentra recurrida ante la Gran Sala<sup>63</sup>. Un estudiante universitario de primer año sufrió en 2005 un accidente que le dejó parapléjico, razón por la que debió suspender sus estudios hasta que su estado le permitiese reintegrarse a la universidad. En marzo de 2007 solicitó a las autoridades académicas que se hicieran las adaptaciones materiales necesarias en las instalaciones para poder reanudar sus estudios el año siguiente en igualdad de condiciones que el resto de los estudiantes. En mayo de 2007 la Facultad respondió indicándole que el edificio había sido proyectado y construido con varios pisos para recibir a 3.000 estudiantes y que su arquitectura no podría ser modificada en poco tiempo; precisó que se había pedido al Rectorado autorización para proceder a realizar ciertos cambios en las entradas y salidas del edificio; también indicó que si el interesado quería continuar con sus estudios, buscarían darle una ayuda dentro de sus posibilidades. En agosto de ese año, por vía notarial, el estudiante emplazó al rector de la universidad y al decano de la facultad a realizar los acondicionamientos solicitados. El Rectorado reiteró que las adaptaciones solicitadas no podían finalizarse a corto plazo por razones presupuestarias y le ofreció la ayuda de un asistente personal para asegurar sus desplazamientos dentro de las instalaciones de la facultad. Preciso, además, que los talleres se encontraban en planta baja, por lo que no tendría dificultad de acceso. El estudiante rechazó la oferta y en noviembre interpuso demanda judicial; reclamó 55.000 libras turcas de indemnización; alegó violación discriminatoria de su derecho a la educación; sostuvo que: (i) la alternativa propuesta por la Universidad lesionaba su privacidad y autonomía; (ii) el hecho de que una persona lo subiese por las escaleras del edificio presentaba un riesgo serio de caída; (iii) los acondicionamientos que exigía constituían una obligación legal para la universidad de acuerdo con la normativa sobre urbanismo, reformada en el año 1997. En abril de 2010, el Tribunal administrativo rechazó la petición; sostuvo que los edificios se habían construido de conformidad con la normativa vigente en 1988, por lo que no se podía culpar a las autoridades universitarias por no haber aplicado al edificio las directrices técnicas en materia de accesibilidad establecidas en una legislación adoptada posteriormente para las personas con discapacidad; además, la administración había informado al demandante que se adoptarían medidas

<sup>63</sup> La síntesis del texto modifica brevemente el resumen traducido al español por HERRERO LÓPEZ, Juan Manuel, *Discriminación por razón de discapacidad (sobre la STEDH de 30 de enero de 2018, Enver Şahin c. Turquía)* <http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2018/06/13/discriminacion-por-razon-de-discapacidad-sobre-la-stedh-de-30-de-enero-de-2018-enver-sahin-c-turquia-juan-manuel-herrer-lopez/>

arquitectónicas de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y que se designaría a una persona para que lo llevara a las clases. El demandante recurrió ante el Consejo de Estado, que desestimó el recurso.

El perjudicado accedió, entonces, al sistema europeo de derechos humanos; denunció violación discriminatoria de su derecho a la educación. Sostuvo que la continuación de sus estudios universitarios en la Facultad dependía de la realización de trabajos de adaptación y que la negativa de la autoridad le obligó a renunciar a sus estudios. Fundó su queja en que el Estado no tomó las medidas positivas que le incumbían y que podrían haberle permitido continuar sus estudios. La Sala interviniente acogió la petición. Recordó que, conforme su jurisprudencia, en una sociedad democrática, el derecho a la educación es esencial para la realización de los derechos humanos y ocupa un lugar fundamental. El artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio se aplica a la educación universitaria y, en este contexto, exige que cualquier Estado que haya establecido instituciones de educación superior debe asegurarse de que esas instituciones sean efectivamente accesibles. De acuerdo con la jurisprudencia del tribunal, el principio de no discriminación consagrado en el artículo 14 incluye a las personas con discapacidad como grupo “particularmente vulnerables”. Conforme a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, ellas tienen derecho a esperar “modificaciones” o “ajustes” necesarios y apropiados que no impongan una carga desproporcionada o excesiva de acuerdo con las necesidades en una situación dada, con el fin de garantizar “el disfrute o el ejercicio, sobre la base de la igualdad con los demás, de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Artículo 2 de la CDPD). Siendo así, cabe rechazar los argumentos esgrimidos por la Administración en el sentido que los edificios públicos universitarios cumplían con la normativa en materia de accesibilidad de las personas con discapacidad pues, ciertamente, esos acondicionamientos, que se llevaron a cabo en 2010, no sirvieron para dar satisfacción a una situación planteada con anterioridad. El Tribunal reconoce que para cumplir con el deber de proporcionar un acceso adecuado a las instituciones educativas, las autoridades nacionales disfrutaban de un margen de apreciación y están en mejor posición para evaluar la situación de acuerdo con los fondos disponibles; sin embargo, no puede aceptarse que la cuestión de las condiciones de accesibilidad pueda permanecer suspendida hasta que se hayan obtenido todos los fondos necesarios para completar todos los proyectos de adaptación impuestos por la ley. Recuerda que, conforme su jurisprudencia, cuando el cumplimiento

de una Convención exige medidas positivas por parte del Estado, éste no puede limitarse a permanecer pasivo. La función de definir en qué consisten los “ajustes razonables” no corresponde al TEDH, ya que en el ámbito de la educación caben diversas alternativas, materiales e inmateriales, a fin de satisfacer las necesidades educativas de las personas en una situación de desventaja, estando las autoridades nacionales mucho mejor situadas para hacerlo. No obstante, cabe controlar si éstas pusieron especial atención a la hora de elegir las medidas más adecuadas, dado el impacto de estas elecciones en las personas con discapacidades, cuya vulnerabilidad particular no puede ser ignorada. En el caso concreto analizado, y a diferencia del asunto *Çam contra Turquía*, la Facultad no se opuso frontalmente a la petición del solicitante, pero se limitó a ofrecer la ayuda de una tercera persona. El Tribunal estima que esa propuesta se hizo sin antes realizar una evaluación real de sus necesidades y, sobre todo, sin tener en cuenta que lesionaba su dignidad al afectar su privacidad y autonomía (art. 8 CEDH), ignorando la necesidad de vivir, en la medida de lo posible, de forma independiente y en pleno desarrollo del sentimiento de dignidad y estima. Por su parte, los tribunales nacionales fueron demasiado indulgentes, ya que se limitaron a reconocer vagamente que las autoridades estaban obligadas a hacer cumplir las pautas técnicas adoptadas para las personas con discapacidad, pero dispensaron a la Universidad de este deber, simplemente porque el edificio se había erigido en 1988, antes de la entrada en vigor de estas directivas. En definitiva, no realizó una ponderación equilibrada entre los intereses concurrentes del interesado, por un lado, y los de la sociedad en general, por otro. En consecuencia, condenó a pagar, además de las costas (€ 2952) una indemnización de € 10.000.

El juez Lemmens votó en disidencia. En su opinión, la cuestión debería haberse abordado desde el punto de vista del derecho a la educación y, en concreto, del derecho al acceso a la educación. Fundado en la Convención de personas con discapacidad y la Observación general n° 2 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, distingue entre “*accesibilidad*” y “*ajustes razonables*”. La accesibilidad beneficia a todas las personas con discapacidades, mientras que los ajustes razonables conciernen a un individuo en particular en una situación particular<sup>64</sup>. El Estado

<sup>64</sup> El art. 9 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad dice: *Accesibilidad*. • A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las

debe cumplir, en primer lugar, con su obligación general de garantizar el acceso; además, aún puede estar obligado a hacer ajustes razonables en un caso individual. Recuerda que, en el primer caso, la falta de presupuesto no es excusa para no implementar medidas de accesibilidad universal. Sin embargo, los “ajustes razonables” sólo son exigibles si no se impone una carga desproporcionada y su no concesión no justificada supone una discriminación. Aun así, la Convención no puede interpretarse como la imposición de una obligación “incondicional” para garantizar la accesibilidad, sin tener en cuenta el equilibrio entre los derechos individuales y los intereses públicos que caracteriza a esta totalidad acuerdo. En el caso concreto, la petición inicial se habría referido a las modificaciones arquitectónicas que harían que el edificio en cuestión fuera accesible a todos los estudiantes con discapacidades locomotor, y no sólo a la necesidad de acomodaciones en

---

demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

- a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
  - b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.
- Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:
- a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;
  - b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;
  - c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;
  - d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;
  - e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;
  - f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;
  - g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;
  - h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

atención de su situación específica. En realidad, fue el demandante el único “culpable” de no haber continuado sus estudios ya que actuó de mala fe, pues tras la primera contestación del rectorado, acudió directamente a los tribunales en cuya sede, y no antes, explicó los motivos que le llevaban a rechazar el apoyo personal.

Cabe destacar que la ley turca relativa a las personas con discapacidad, de 1 de julio de 2015, estableció un plazo de siete años (prorrogado un año más) para efectivizar la accesibilidad en varias categorías de edificios ya existentes (entre ellos, las Universidades).

## 12. El derecho a la progresión en el sistema educativo

El derecho a la educación existe, pero el éxito académico no puede asegurarse en todos los casos.

El derecho a *progresar* dentro del sistema educativo, entonces, puede quedar condicionado por la falta de rendimiento del alumno, pese a todos los esfuerzos, apoyos y otras medidas llevadas adelante por el establecimiento escolar. Por eso, el derecho a la permanencia no es absoluto, sino que debe sujetarse a un ejercicio racional y razonable. Más aún, a veces esa continuidad no es posible en el mismo centro por lo que el Estado debe generar las condiciones necesarias para el cambio <sup>65</sup>.

Ahora bien, la evaluación del niño, base para el progreso, debe ser atendida y complementada por acciones pedagógicas, psicológicas, educativas, sociales, médicas y paramédicas coordinadas en el marco de un proyecto personalizado de escolarización<sup>66</sup>. Dicho de otro modo, la evaluación también debe ser diferenciada.

Un caso resuelto en Montevideo, Uruguay, el 20/2/2018, por un tribunal de Familia, mueve a la reflexión. En el caso, una niña de 4° grado con trastorno de coordinación motriz que acarrea dificultades en la escritura, ritmo de adquisición lento y presunción de déficit atencional, no fue promovida a 5° grado por no haber pasado satisfactoriamente los exámenes. Por lo

<sup>65</sup> COTINO HUESO, Lorenzo, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2012, pág. 155.

<sup>66</sup> COLLOMP, Valérie, *Le droit à l’instruction des enfants handicapés*, en PAILLET, Elisabeth et autre (coordination), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pág. 155.



tanto, debía repetir el curso. Los padres interpusieron un recurso de amparo contra el colegio privado al que concurría. La jueza de primera instancia hizo lugar a lo peticionado y ordenó que el colegio la promoviera. La escuela apeló y la Cámara, aun reconociendo la revisibilidad jurisdiccional de las decisiones administrativas en materia educativa y la posibilidad de esa revisión a través del amparo, revocó la decisión, sobre la base de esta línea argumental:

- (a) La acción interpuesta se sustenta en la protección del derecho a la trayectoria educativa.
- (b) La actora no cumplió con la carga de demostrar que existió ilegitimidad manifiesta en el proceder de la institución demandada desde que:
  - (i) La decisión de la maestra relativa a la no promoción de la niña a 5º año fue adoptada dentro del marco de atribuciones que le confiere la normativa incidente.
  - (ii) Según el art. 12 de la ley de educación uruguaya la “política educativa nacional tiene como objetivo fundamental que todos los habitantes del país logren aprendizajes de calidad a lo largo de toda la vida y en todo el territorio nacional, a través de acciones educativas desarrolladas y promovidas por el Estado, tanto de carácter formal como no formal”. Conforme el art. 73 de la misma ley “Los educandos de cualquier centro educativo tendrán el deber de: A) Cumplir con los requisitos para el cumplimiento de los planes y programas de estudio aprobados y para la *aprobación de los cursos respectivos*”.
  - (iii) De conformidad con las normas administrativas, la decisión de una promoción es competencia del maestro de clase quien, para adoptarla, utilizará información proveniente de diferentes ámbitos, entre los que se incluye a la Dirección Escolar, Maestro de Apoyo, Maestro Comunitario, Psicólogos y Asistentes Sociales, según el caso, así como el asesoramiento y orientación correspondiente al ámbito de la supervisión.
  - (iv) El art. 29 de la Convención internacional de los derechos del niño deja a los países firmantes la mayor libertad de enseñanza, dentro del respeto a principios básicos y los de la ley. Tiene parangón con el de la independencia de los tribunales y el poder

deber de estos de ejercer su jurisdicción, cuando existan actos manifiestamente ilegítimos.

- (v) Según la Observación General Nro. 9 del Comité de Derechos del Niño, párrafos 62 a 65, los niños con distrofia tienen el mismo derecho a la educación que todos los demás niños y disfrutarán de ese derecho sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades. Con este fin, su acceso efectivo a la enseñanza debe garantizarse para promover el desarrollo de “la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”.
- (vi) Ningún documento internacional hace referencia a limitantes en cuanto a la evaluación del docente, ni norma que contradiga la decisión política del Estado uruguayo dispuesta por las autoridades competentes. Por lo tanto, el acto no tiene ninguna ilegitimidad ni arbitrariedad manifiesta
- (vii) En el caso, la institución educativa hizo todo lo posible para alcanzar los fines; “actuó con respeto de las particularidades de la edad de la niña, su personalidad y las dificultades que inciden en su aprendizaje, para tratar de compensar dichas dificultades con el objetivo de lograr un resultado satisfactorio de su proceso de aprendizaje. Pese a lo cual, la alumna, aun habiéndose superado dentro de su propio proceso de aprendizaje en forma remarcable, no alcanzó la meta de la adquisición de ciertos conceptos básicos correspondientes al grado que cursaba a juicio de la institución educativa, de lo que tomaron nota, sin observaciones y las autoridades de la Enseñanza Primaria en Uruguay”. Pese a todos los medios instrumentados, la niña no alcanzó los objetivos requeridos para el pasaje de grado, como lo entendió quien está llamado por el orden jurídico a resolverlo, es decir la Maestra del Curso. Al punto que la Inspectora firmante del documento tomó nota de ello, sin que le mereciera otra observación que la forma de comunicación de una decisión de ese tenor a los padres.
- (viii) La promoción de un alumno dentro del ciclo escolar es una situación compleja, que exige analizar cuál es su mejor destino en el próximo período.

- (ix) No hay ilegitimidad manifiesta porque es discutible que, con la promoción de la niña a 5º año, se cumplan los objetivos previstos por la ley de educación.
- (x) Difícilmente pueda admitirse que “todos los habitantes del país logren aprendizajes de calidad” si no se cumplen los objetivos perseguidos en cada año lectivo.
- (xi) Se viola el derecho del educando – que en definitiva viene a ser una aplicación del interés superior del niño – si se decide un paso de grado para la niña si no está preparada. El citado interés debe ser visualizado al futuro más que al presente, y ello es particularmente así en materia de educación.

### ***13. Eficacia del derecho. El control jurisdiccional***

En el plano jurídico, la mayor o menor efectividad de un derecho depende, entre otros elementos, de su: (i) reconocimiento constitucional, (ii) puesta en vigencia legislativa o reglamentaria y (iii) protección jurisdiccional.

En Francia, en los primeros tiempos de la creación del Tribunal constitucional, se sostenía que este órgano cuida que el legislador no viole los principios, pero no puede imponerle los ponga en marcha, y que un derecho económico, social y cultural se hace justiciable sólo si el legislador así lo quiere. Con este criterio, se entendió que el Estado solo tiene una obligación de medios respecto las dificultades particulares que pueden comportar la escolarización de ciertos niños con discapacidad; por lo tanto, se liberaba diciendo que había hecho todo lo posible por escolarizarlo, pero había resultado imposible.

No obstante, a partir de 8/4/2009, en el caso *M. et Mme. Laruelle*, el Consejo de Estado francés sostuvo que *la educación integrada implica una obligación de resultados*, y que el Estado no se libera de responsabilidad por carencias presupuestarias. El dictamen informante redactado por P. Keller señala que la responsabilidad del Estado desaparece cuando la discapacidad es de tal entidad que ninguna solución educativa puede proponerse. “Si la educación es imposible, el daño desaparece”. Desde entonces, son muchos los casos en los que el Consejo de Estado ha condenado al Estado francés por no haber proporcionado educación a los niños con discapa-

cidad. La autora que comenta estas decisiones lamenta que los jueces no condenen a pagar astreintes cuando las sentencias no se cumplen<sup>67</sup>.

Los jueces de la República argentina han intervenido en numerosos casos en los que está en juego la actividad educativa; los supuestos de educación a niños con discapacidad también están presentes. Me referiré primero al control judicial de los casos generales y luego a los específicos referidos a los niños con discapacidad:

(1) Una posición extremadamente *restrictiva* de la facultad judicial de control de los actos de la administración educativa asumió la sentencia<sup>68</sup> que rechazó la acción de amparo promovida por un particular, en representación de sus hijos menores, contra un instituto educacional privado que no los inscribió para el año lectivo, “toda vez que de la lectura de la causa no se advierte que la institución haya ejercido la facultad de no admisión en forma arbitraria, irregular o abusiva, por cuanto ha ejercido regularmente un derecho que le es propio, cual es el de admisión y permanencia de los alumnos conforme a las disposiciones legales y contractuales vigentes. La negativa no supone impedir que los menores continúen su educación, dada la existencia de una gran cantidad de institutos educacionales de igual orientación y características, por lo que no se menoscaba de modo alguno el derecho constitucional de aprender”. El tribunal entendió que “el derecho de admisión a los institutos de enseñanza privada reconocido en los arts. 137 y 138 de la res. 641 del Ministerio de Educación, que implica el de no admisión y el de no inscripción en un curso siguiente de alumnos que hubieran cursado uno anterior en el mismo establecimiento es de aquellos que la doctrina considera *discrecionales*. No puede exigirse que esa potestad se encuentre fundada, indicándose las razones por las cuales no se va a re-matricular al alumno. De entenderse así, no sólo se posibilitaría la discusión de la existencia y veracidad de las razones alegadas y la apreciación también opinable sobre cuáles eran las razones que lo justificaban y cuáles no, sino que se impondría la obligación enseñar aun cuando esto no fuera deseado

<sup>67</sup> COLLOMP, Valérie, *Le droit à l’instruction des enfants handicapés*, en PAILLET, Elisabeth et autre (coordination), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pág. 159. LARROSA, Valérie, *Le droit à l’éducation et à la scolarisation*, en NEIRINCK, Claire et autre (sous la direction de) *La convention internationale des droits de l’enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, 2014, p. 185.

<sup>68</sup> C1° Civ. y Com. San Isidro, Sala II, 03/03/2005, LLBA 2005 (junio), 581 - LLBA 2005 (julio), 651, con nota de CAPPARELLI, Facundo L., *La acción de amparo: Eficacia y celeridad*, AR/DOC/2299/2005; cita on line de la sentencia AR/JUR/517/2005.

por la parte educadora. La resolución de no reinscribir es un acto lícito por aparecer reconocido por la norma dictada por la autoridad de aplicación, por lo que no cabe, en principio, la reparación de los perjuicios eventuales pudiera provocar este acto. Los colegios no tienen obligación de aceptar *a nadie* en la matrícula, pues el vínculo que une al alumno con el establecimiento es de derecho privado y de naturaleza comercial, donde debe imperar la libre elección de los contratantes dentro de los límites impuestos por el orden público; la actora alude a un trato discriminatorio que no fundamenta ni tan siquiera describe. La actora refiere “una serie de persecuciones, malos tratos... cambio de grupos académicos”. Los primeros no se describen de modo alguno. Lo segundo no aparece sin más discriminatorio.

No puede olvidarse que la demandada es una institución privada. En ese marco *cabe admitir que un particular otorgue trato preferente a una persona frente a otras incluso cuando esa preferencia sea irrazonable*. Ella está reconocida porque pertenece al ámbito de la libertad de cada persona. Si negáramos esto, se violentaría el espacio reservado que reconoce el art. 19...”. “Pero esto no implica tampoco aceptar la discrecionalidad absoluta... La actora debió en todo caso haber alegado y probado discriminación por sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo o cualquier otra condición amparada por normas constitucionales (art. 11 Const. Prov.). Lo que no puede aceptarse es que la posibilidad de seleccionar sus alumnos obedezca a una clasificación estigmatizante”.

En mi opinión, independientemente de la falta de prueba invocada por el tribunal, el excesivo rigorismo lingüístico y sustancial de la sentencia olvida que el servicio educativo de las escuelas privadas ingresa en la ley de protección de los consumidores. Por eso, puede ser controlado si, bajo la excusa del carácter discrecional del acto administrativo, se esconde una gran arbitrariedad. No es cierto, entonces, que por tratarse de un instituto privado “*no tiene obligación de aceptar a nadie en la matrícula*” y que puede otorgar situaciones de privilegio a algunos aún cuando la preferencia sea irrazonable”.

En una línea similar, pero con mejores argumentos, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, el 18/05/2005<sup>69</sup> revocó la resolución que había admitido el amparo promovido con el fin de que se condenara al esta-

<sup>69</sup> LL 2005-F, 371 Cita Online: AR/JUR/4181/2005 y en ED 213-534, con nota aprobatoria de QUINTANA, Eduardo Martín, *El derecho de admisión de los institutos de enseñanza privada*

blecimiento educativo privado que negó la reinscripción a sus hijos para el año siguiente, con fundamento en las actitudes irrespetuosas de los menores y de sus padres ante las sanciones disciplinarias que los directivos le impusieron, “pues resulta imperioso restaurar la autoridad de la escuela y del maestro, sobre la base del respeto al otro, a las autoridades legalmente constituidas y a las instituciones que se insertan en el marco legal republicano”.

En cambio, se ha declarado *formalmente admisible* la acción de amparo deducida contra la resolución de la Dirección General de Enseñanza Superior que imposibilita retomar el cursado a aquellos alumnos que se retrasen en el plan de estudios, pues debe tenerse en cuenta la grave afectación de intereses comunitarios y la aparente falta de justificación de la medida, *sin que ello importe prejuizamiento*<sup>70</sup>.

Cualquiera sea la posición, evidentemente, la validez de las sanciones impuestas presupone que se haya respetado el derecho de defensa. Por eso, un tribunal declaró nula la decisión de un colegio privado que impuso a una alumna el máximo de amonestaciones, tras acusarla de sustraer mercadería de un comercio durante un viaje de estudios y le comunicó la decisión de no admitir su inscripción para el nuevo ciclo lectivo, en razón de que “al no permitirle defenderse con la presencia de sus padres se violó el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, reconocido en el artículo 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño”<sup>71</sup>.

(2) La situación de los niños con discapacidad ha corrido mejor suerte. Los numerosos casos se han planteado contra escuelas públicas y privadas y también contra las obras sociales, buscando la cobertura de los gastos.

Así, se ha decidido que<sup>72</sup>:

(a) Un establecimiento educativo privado “está obligado a matricular en el nivel secundario a un joven con discapacidad que fue alumno de la institución desde que tenía cuatro años y a implementar las medidas nece-

<sup>70</sup> Cám. Civ. Neuquén, Sala I, 19/10/2010, La Ley Patagonia 2011 (junio), pág. 261, con nota de MÁRQUEZ, Armando Mario, *La operatividad del sistema constitucional de resguardo de derechos y garantías*, Cita Online: AR/JUR/100147/2010.

<sup>71</sup> Cám.Civ.Com.Trab.y Familia Cruz del Eje Sala Unipersonal, 06/06/2012, La Ley Córdoba 2012-1165 y en Doc. Jud. Boletín del 03/01/2012, pág. 19, con nota de CARREIRA, Braulio y otra, *Un fallo ejemplar, motivado por la sanción de una alumna, a la luz de la convención sobre los derechos del niño*, Cita Online: AR/JUR/50812/2012.

<sup>72</sup> Además de los referidos en el texto, compulsar otros casos en SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental*, Bs. As., Eudeba, 2015, capítulo III págs. 93 y ss.

sarias para superar las barreras que puedan impedirle el acceso a la educación dentro de esa comunidad, a fin de que se respete el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural y su centro de vida, donde transcurrió en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, todo lo cual conforma el superior interés del niño por el que impone velar la Convención sobre los Derechos del Niño”.

La procedencia formal de la vía intentada (un amparo) y el carácter manifiesto de la ilegalidad del acto se fundaron en que “estando comprometido el interés de un niño, involucrando derechos fundamentales como es el acceso a la educación y a la elección del ámbito en el cual se está desarrollando, máxime en circunstancias en que su salud psico-física se halla disminuida sufriendo la consecuente discapacidad que su dolencia le produce, se impone la consideración primordial del interés del menor en razón de lo ordenado por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Sobre el fondo del asunto afirmó: “Considerando la carencia de condición vinculante del informe en el cual la accionada sustenta el acto lesivo, la prioritaria directriz de la integración en la escolaridad común –modalidad del servicio que presta la institución educativa Galileo Galilei– pauta de política educativa que deben cumplir las instituciones educativas de gestión privada, el derecho reconocido a los padres a elegir para sus hijos la institución educativa cuyo ideario responda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas y a que sus hijos reciban una educación ...con la posibilidad de optar por la modalidad y orientación según sus convicciones, se advierte que la negativa de la accionada a la matriculación de G. en el nivel medio de enseñanza de modalidad común, constituye un acto cuya ilegalidad emerge de manera manifiesta porque en modo alguno se adecua a la que rige el sistema educativo nacional y provincial y, puntualmente contrasta con las pautas que conforman el proceso de integración escolar en el ámbito de la escuela común de los alumnos con necesidades educativas derivadas de la discapacidad. El acto denunciado luce también arbitrario porque su fundamentación deriva de una descontextualizada, parcializada y antojadiza interpretación de la resolución ordenatoria de la integración como estrategia de inclusión para los alumnos que presenten las características aludidas”. “Gravita también fuertemente que el magistrado ha escuchado al menor cuyo interés está en juego en este proceso y que éste le manifestó *que quiere seguir el secundario en el Colegio Galileo*

*Galilei porque allí tiene sus amigos y a ese mismo Colegio concurren su hermano y hermana, quien lo haría a la tarde igual que él ...que le gusta ese Colegio, que es al que ha asistido desde jardín de infantes ... que conoce el Colegio Santo Tomás porque fue ... para ver si le correspondía pasar al mismo y que no le gustaría ir a ese Colegio ni a ningún otro que no sea el Galileo Galilei, que para él es su Colegio.* La demandada entiende que el niño no podrá responder a las exigencias del ciclo secundario en la modalidad común. Pero no menos cierto es que el derecho del niño a opinar y que sus opiniones sean tenidas en cuenta se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo, no surgiendo de las actuaciones que en el ámbito educativo haya sido oído respetándose aquella garantía supraconstitucional”. Obviamente, “el proceso de integración en la modalidad común exige mayores esfuerzos al niño, a su familia, a los educadores y a la Institución educativa, pero la decisión de afrontar ese desafío debe valorarse e incentivarse con una visión integradora desentendida de etiquetas y prejuicios que no hacen sino sumar obstáculos a los impuestos por la propia realidad”<sup>73</sup>.

(b) En el mismo sentido, y “teniendo en cuenta que se encuentra en cabeza del Estado Provincial procurar la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidades, contando con los organismos técnicos de aplicación de la ley 6.830, y que el área pertinente entiende que la Escuela Especial ALPI es la idónea para atender la problemática del menor, la que además cuenta con convenios con escuelas de educación común vecinas, resulta ajustado a derecho ordenar *cautelamente* que el referido establecimiento (ALPI) inscriba al menor en el 5° año EGB II y le preste todos los servicios necesarios para su adaptación y superación educativa. Igualmente, se ordena cautelarmente a la Sub Directora de Educación Especial de la Secretaría de Educación a efectuar los controles y seguimientos pertinentes para lograr el objetivo expresado en el párrafo precedente y permitir así la integración del menor a una escuela común, con la asistencia permanente de una Maestra Integradora”. En el caso, se trataba de inscribir en el curso de 5° año, a una persona que padece parálisis cerebral hipotónica, cuya

<sup>73</sup> C.Civ.Com. y Contencioso administrativo Rio Cuarto, 1aNom, 06/08/2014, DJ 22/10/2014, 95 - DJ 11/02/2015, 9, con nota de MIDÓN, Mario A. R. *La discapacidad de un niño tutelada por la jurisdicción* y en DFyP 2015 (abril), 197, con la misma nota Cita Online: AR/JUR/47071/2014. Para el tema ver, también SACCON, Estefanía, *El derecho a la educación inclusiva, un título en igualdad de condiciones*, en Rev. Derechos en acción, año 3, n° 7 pág. 60.



consecuencia es un retardo gnóstico y de lenguaje; la demandada invocó que ya había completado el cupo de los niños en condiciones de ser integrados en las escuelas.<sup>74</sup>

c) Otro caso paradigmático fue resuelto por el Juzgado civil n° 99 de la ciudad de Buenos Aires el 6/4/2017 contra un escuela religiosa privada que se negó seguir prestando los apoyos a una adolescente de 16 años nacida con una condición genética muy poco conocida, denominada “Síndrome de Williams”; la institución sostenía que la remuneración de la maestra apoyo debía ser pagada por los padres, por lo que, sin esa ayuda, la niña dejó de asistir al colegio; ante un número determinado de inasistencias, la escuela la dejó afuera e invocó ese motivo para no reincorporarla.

El juez recordó: (i) el art. 42 de la Constitución de la Ciudad de Bs As. que *garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades*; (ii) La modificación de la normativa específica en términos educativos. Si bien con anterioridad las escuelas de gestión privada debían contar, a nivel ministerial, con un proyecto institucional de integración formal, presentado y aprobado por la Dirección General de Escuelas de Gestión Privada (DGEGP), ese “requisito” fue suprimido por la autoridad estatal porque la falta de presentación formal de ese proyecto por parte de muchas escuelas de gestión privada solía constituir una barrera burocrático-administrativa para la matriculación de alumnos con discapacidad. Así las cosas, más allá del antiguo “listado de instituciones integradoras”, actualmente por imperativo legal todas las escuelas están obligadas a matricular y a re-matricular a los niños con discapacidad; (iii) El Diseño Universal del Aprendizaje posibilita que la educación cumpla con las cuatro características propuestas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU (1999) (observación general n° 13, párr. 6) para la educación: (A) *disponibilidad* (instituciones educativas en cantidad suficiente), (B) *accesibilidad* (accesibles física, comunicacional y económicamente a todos); (C) *aceptación* (con forma y fondo relevantes, adecuados culturalmente y de buena calidad y valorados por alumnos y familias); (D) *adaptabilidad* (educación flexible a las necesidades de las sociedades y de los alumnos en diferentes contextos). (iv) Al aprobar la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad mediante ley 26378, la Argentina

<sup>74</sup> Cám. Contencioso administrativo de Tucumán, sala I, 25/03/2005, elDial.com - AA2ABB, publicado el 16/06/2005.

se comprometió a garantizar el acceso de las personas con discapacidad a la escuela común; (v) En el caso, las inasistencias de la menor fueron causadas por la propia institución demandada por no haberle provisto la correspondiente maestra integradora, con el inconfesable pero inocultable propósito de obtener la renuncia de su derecho a una verdadera educación inclusiva. Ello es inadmisibles en un estado de derecho, por lo que no puede ser considerada una alumna libre por inasistencias.

d) En oportunidades, las escuelas públicas enfrentan el problema de que la autoridad escolar no proporciona el recurso humano necesario. Así, en un caso decidido en la provincia de Río Negro se acreditó que “el Ministerio de Educación y Derechos Humanos no había autorizado la creación del cargo de intérprete de señas para el adolescente y no hay certeza a que lo autoricen, inclusive el del turno tarde, que es el horario donde funcionan los talleres deportivos; que los intérpretes de señas eran compartidos por diferentes escuelas, lo que implicaba que los estudiantes no contarán con el recurso durante toda la jornada escolar”; en el caso, esto significaba que el adolescente era asistido solo dos veces a la semana en el turno mañana. Sobre la base de estos hechos, el 29/4/2016, la jueza de prima instancia de General Roca hizo lugar al amparo y ordenó al Ministerio de Educación que disponga lo necesario para que en el término de CINCO días se brinde el apoyo y asistencia de Maestro de Apoyo a la Inclusión (MAI), intérprete de señas, con la mayor carga horaria posible y de acuerdo a las necesidades de desarrollo e integración del hijo de la amparista, bajo apercibimiento de aplicar astreintes diarias de \$1.000 en caso de verificarse el incumplimiento”<sup>75</sup>.

e) Un caso de singulares características se presentó en un tribunal de Río Negro. Los padres de una niña con síndrome de Down sostenían que el colegio no había realizado todos los actos necesarios para la integración de su hija. Acusaban al establecimiento de discriminación, desinterés y exclusión. Lo extraño era la pretensión deducida: el cese de todos los subsidios que recibe el colegio, una asociación privada.

El tribunal decidió que “aun admitiendo que los actores tengan acción para interponer la demanda a fin de que se disponga la cesación de todo subsidio estatal a una institución educativa por presuntas discriminaciones hacia su hija discapacitada, la demanda debe ser rechazada pues los accionantes no han probado que en ese instituto exista una política de discrimi-

<sup>75</sup> Cita on line SAJ: NV14495.

nación que lleve a la cancelación del subsidio que el Estado otorga con fines generales y que, como tal, expande beneficios a un colectivo que se vería privado de los mismos<sup>76</sup>.

d) No faltan supuestos en los que, incluso a través de medidas cautelares, se ha condenado a una obra social a cubrir los costos del ciclo lectivo, incluidas matrícula y cuotas, a favor de un niño con discapacidad<sup>77</sup>.

e) A veces, el pase a otra escuela enfrenta problemas burocráticos, como es el certificado de escolaridad, o estudios para determinar en qué escuela puede ser recibido el niño, etc... Normalmente, la decisión judicial llega tarde, porque durante la tramitación, la administración “soluciona” el problema que ella misma ha creado<sup>78</sup>.

f) Respecto al sujeto obligado a cubrir los gastos y la carga de la prueba de los presupuestos, quizás, el *leading case* sea el resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 15/06/2004, en el caso *Lifschitz, Graciela B. y otros c. Estado nacional*. La Corte hizo suyo el dictamen del Procurador general y dejó sin efecto la sentencia de la cámara de apelaciones que no había hecho lugar a la cobertura de asistencia educativa y transporte especial otorgada a una persona menor de edad con discapacidad con fundamento en que los padres no habían probado la falta de cupo en entidades educativas estatales, ni la imposibilidad de utilizar el servicio gratuito de transporte. La Corte recoge el principio de las cargas probatorias dinámicas y afirma que resulta más sencillo que sea el Estado quien demuestre

<sup>76</sup> Cám. Apel. CC Minería de Cipolletti, 27/10/2010, La Ley Patagonia 2010-636 y ED 239-431 c/nota de BULIT GOÑI, *Derechos de incidencia colectiva, discriminación, derechos humanos y discapacidad. Cuando los jueces tomar el toro por la cola*.

<sup>77</sup> Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. Sala I, 24/05/2016, LL 2016-D-330, Cita Online: AR/JUR/30847/2016; idem. Cám. Fed. de Mendoza, sala B, 6/4/2016, cita Online: RC J 2149/16). Para el tema de la cobertura de las obras sociales, ver ROSALES, Pablo Oscar: *La Discapacidad en el sistema de salud argentino: Obras Sociales, prepagas y Estado Nacional: Ley 24.901 y normas complementarias*”, 2° ed., Lexis Nexis, 2005; y más específicamente, del mismo autor, *Reflexiones sobre la escolaridad común de las personas con discapacidad y la obligación de cobertura de obras sociales y prepagas*, El Dial 16/9/2009. La solución ha sido ratificada en decisiones posteriores de 2008 y 2009 (ver SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental*, Bs. As., Eudeba, 2015, pág. 106 y ss).

<sup>78</sup> Ver sentencia del juez Pedro Hoof, J. Correccional n° 4, 28/4/2017, JA, XX Número especial de Bioética. Numero Aniversario, pág. 128, con nota de JORGE, Carina S., *La educación integradora de niños con discapacidad a través de un sistema de apoyos administrativo. Un caso decidido en clave convencional*.

que tales cupos existen, y la imposibilidad de transportar en vehículos de transporte público a una persona en silla de ruedas que no se vale por sí mismo es evidente; por eso “Ante la claridad de las leyes 24.431 y 24.901 y del decreto 762/97, que ponen a cargo del Estado el sistema de prestaciones básicas para los discapacitados en la medida en que éstos, las personas de quienes dependan o las obras sociales no puedan afrontarlos, y atento a la jerarquía de los intereses en juego, cabe concluir que no existen elementos de juicio para invalidar los beneficios -costo de educación escolar y transporte especial- otorgados a un menor por el juez de primera instancia, sin perjuicio de que el Estado Nacional demandado pueda demostrar la aptitud económica de los padres y repetir contra ellos o contra la obra social, si así correspondiere, las erogaciones realizadas<sup>79</sup>.

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, dejó sin efecto, por arbitraria, la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza que había ordenado a una obra social dar cobertura de escolaridad a una niña con discapacidad —síndrome de Down— en el instituto educativo privado, uno de los más costosos del ámbito educativo provincial, donde la niña concurría hacía cinco años. La Corte fundó esa revocación en que el tribunal de grado : (i) relativizó los testimonios de expertas en psicopedagogía y de la Dirección General de Educación Especial provincial, que daban cuenta de la posibilidad de que la niña asista a escuelas públicas provinciales; (ii) no evaluó que la demandada se había hecho cargo de las prestaciones de apoyo escolar e integración a través de tratamientos psicopedagógicos, neurolingüística, terapia ocupacional; (iii) los padres pidieron intempestivamente la cobertura, después de cinco años de haber afrontado esos gastos<sup>80</sup>.

g) En algún caso, el amparo que solicitaba la incorporación a un instituto privado se rechazó por carencia total de prueba. Así, por ej. se decidió<sup>81</sup> que “no corresponde acceder a la pretensión de la madre de un niño de cin-

<sup>79</sup> Doc. Jud. 2004-2-1270, LL 2004-E-95, Fallos 324:122, Cita Online: AR/JUR/1377/2004.

<sup>80</sup> CSN, 29/05/2018, LA LEY 02/07/2018, pag. 11, Cita Online: AR/JUR/19501/2018.

<sup>81</sup> Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 04/10/2017, Rubinzal OnlineCita: RC J 9792/17. En la misma línea, se rechazó el pedido de cobertura en un colegio privado al que el niño concurre como medida cautelar porque “la prescripción médica se limita a sugerir en forma general la “escolaridad común integradora, de poca población por sala, con gabinete psicopedagógico” sin hacer referencia a un colegio específico, ni brindar detalle alguno en cuanto a las características en relación con las especiales necesidades y no se corrobora, *prima facie*, la inexistencia de oferta educacional estatal adecuada” (Cám. Naci. de Apel, CC Federal, sala I, 26/6/2018, Cita on line MJ-JU-M-113152-AR | MJ113152)

co años con discapacidad –trastornos generalizados del desarrollo, espectro autista– a fin de obtener de la obra social demandada el pago de la cuota mensual al colegio elegido por la amparista, por no haberse acreditado que el médico pediatra tratante o el equipo interdisciplinario de la institución educativa hayan indicado la necesidad ineludible de concurrir a la escuela peticionada. Asimismo, tampoco se acreditó que se haya negado a su hijo el acceso a la educación en el ámbito público acorde a las particularidades de la discapacidad que presenta, o bien la existencia de negativa o conducta arbitraria atribuible al Ministerio de Educación y Derechos Humanos; no se desconoce el derecho a la salud, ni a la cobertura integral de prestaciones para personas con discapacidad, sino que al declararse inadmisibles la acción de amparo, se trata de respetar un encaminamiento lógico que es natural en cualquier organización que atiende a la administración de los intereses colectivos de sus afiliados, que se deben solidaridad entre sí”.

h) Concluir los estudios secundarios no implica el final de las vicisitudes.

El 24/10/2016, un tribunal en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Bs. As.<sup>82</sup> resolvió el conflicto planteado por un alumno con síndrome de Down, que cursó sus estudios con un proyecto pedagógico individual (PPI), diseñado con ajustes razonables, metas personalizadas y una propuesta pedagógica-didáctica que atiende a las necesidades, intereses y desarrollo del máximo potencial de cada alumno/a; también contó con la asistencia de una maestra integradora; al terminar de cursar, se le otorgó un diploma no oficial de graduado, de modo que no contaba con un certificado que acreditase válidamente que finalizó el colegio secundario. La reglamentación invocada por el colegio decía: “En caso en que la normativa vigente referida al régimen de evaluación, promoción y acreditación no permita acreditar el aprendizaje de los contenidos mínimos previstos para cada grado, año, o nivel en los que se encuentran matriculados alumnos con discapacidad (...) la institución con acuerdo de los padres y del equipo profesional que asiste al menor, podrá determinar la continuidad del alumnos con su grupo de pertenencia, su PPI y los ajustes que sean necesarios a los fines de facilitar la adquisición de competencias socio educativas y aprendizajes significativos. Dicho PPI lo habilitará para continuar con su grupo de pares en el siguiente grado, año o nivel y no acreditarán por sí la terminalidad del nivel correspondiente...”

<sup>82</sup> <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/071/280/000071280.pdf>

Para hacer lugar a la pretensión, que incluyó la declaración de inconstitucionalidad de la reglamentación, la jueza argumentó; (i) “Las características principales de la educación inclusiva son: (A) El enfoque total de la persona: Se reconoce a toda persona la capacidad de aprender y se establecen altos niveles de expectativas para todos los estudiantes, incluso aquellos con discapacidad. (B) Currículas flexibles, métodos de enseñanza y aprendizaje adaptados a diferentes intensidades, necesidades y estilos de aprendizaje. (C) Ajustes razonables e intervenciones tempranas de manera tal de que sean capaces de alcanzar su máximo potencia. *Los planes de enseñanza y los procedimientos de evaluación deben hacer foco en las capacidades y metas de los estudiantes más que en el contenido.* (ii) La expresión “en igualdad de condiciones con los demás” no es equivalente a *idénticas condiciones de evaluación en el sentido de los mismos contenidos para unos y otros*; sino que lo que “condiciones de igualdad” requiere es que se evalúe a los alumnos con y sin discapacidad conforme los mismos parámetros de relevancia en la selección de los aspectos por los que son evaluados. Y en tal sentido, dependiendo de cuáles fueran los ajustes realizados, tomar en consideración los contenidos diseñados para los alumnos sin discapacidad a fin de certificar la escolaridad de los alumnos con discapacidad podría quebrar tal equidad; (iii) Colocar estudiantes con discapacidad en clases comunes sin que ello sea acompañado de cambios estructurales, por ejemplo, en la organización, currícula y en las estrategias de enseñanza y aprendizaje, no constituye inclusión. Por lo tanto, la integración no garantiza automáticamente la transición de segregación a inclusión”; (iv) La falta de emisión del título acarrea para el actor perjuicios concretos. Lo margina de condiciones igualitarias de acceso al empleo en aquellos casos en los que se lo exige como condición de admisibilidad; podría privarlo de los adicionales salariales que en ocasiones se contemplan, etc. En consecuencia, ordenó al colegio privado demandado extender el correspondiente título oficial de finalización de los estudios secundarios y ordenar al gobierno de la Ciudad de Bs As. que –una vez extendido el certificado referido– lo legalice en los términos establecidos<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> La sentencia fue comentada favorablemente por YANKIELEWICZ, Daniela L. *Derecho a la educación inclusiva. Importancia de la implementación de ajustes razonables en toda la trayectoria educativa de las personas con discapacidad*, DFyP 2017 (abril), 06/04/2017, pág. 232, Cita Online: AR/DOC/327/2017.

#### 14. Conclusiones provisionales. La tecnología, nueva forjadora de esperanzas

El sistema educativo de un estado constitucional y convencional de derecho debe procurar: (i) *incluir* a todas las personas, por el solo hecho de ser tales; (ii) que ellas reciban una educación de *calidad*, que les permita desarrollar plenamente su personalidad en sociedad; (iii) transmitir e inculcar el respeto por la diversidad, la solidaridad, la responsabilidad y el esfuerzo<sup>84</sup>.

Alcanzar estas metas no depende sólo del orden normativo; exige un cambio social y cultural; mucho se ha hecho, pero aún queda mucho por hacer.

La esperanza puede depositarse en las nuevas tecnologías. En este sentido, el Comité de los derechos del niño afirma que “El acceso a la información y a los medios de comunicación, en particular las tecnologías y los sistemas de la información y de las comunicaciones, permite a los niños con discapacidad vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida... Estos conocimientos son sumamente valiosos, ya que no solamente les permiten ajustarse y vivir mejor con su discapacidad, sino que también les dan la posibilidad de participar más en sus propios cuidados y adoptar decisiones sobre la base de la información recibida”.

En esta línea, téngase en cuenta el programa eLearning<sup>85</sup>, receptado por la Decisión 2318/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5/12/2003, por la que se adoptó un programa plurianual (2004-2006) para la integración efectiva de las tecnologías de la información y la comunicación en los sistemas de educación y formación en Europa, uno de cuyos propósitos fue la aportación de las TIC (Tecnologías de la Información y de la Comunicación) al aprendizaje, en particular, para quienes no se pueden beneficiar de la oferta educativa y de formación tradicional, debido a su situación geográfica o social o a *necesidades especiales*. En este sentido, por ej.,

<sup>84</sup> ZANINO, Bárbara *El derecho humano a una educación inclusiva y de calidad: ¿Desde dónde partimos y hacia dónde vamos con el Sistema Educativo Nacional?*, en Rev. Derecho de familia n° 80, noviembre 2017, pág. 139.

<sup>85</sup> LABAT, Jean Marc, *Apports de l'intelligence artificielle aux environnements informatiques d'apprentissage humain*, en Université Panthéon-Assas/Paris II, Clés pour le siècle, Paris, Dalloz, 2000, pág. 969

Irlanda tiene una línea de trabajo especial dentro del programa NCTE<sup>86</sup>, y la Agencia Europea para el Desarrollo de la Educación Especial, con sede en Dinamarca, ha implementado una base de datos de Políticas, Prácticas, Temas, Perspectivas y Contactos de los países miembros que elabora documentos orientadores para la incorporación efectiva de estas herramientas<sup>87</sup>.

Recuérdese también el “*Report on the public consultation on European e-Inclusion Policy*”, de 2009 <sup>88</sup> que dice: “El acceso a la sociedad de la información es un derecho fundamental para que las personas mayores y las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en la sociedad de la información, de igual forma que el resto de sus conciudadanos. Las TIC representan una oportunidad real para combatir el aislamiento y la exclusión social y juegan un papel crucial en la vida diaria de estas personas”.

Por eso, mantienen vigencia, también para este tema, las palabras del gran José Ingenieros: *La meta importa menos que el rumbo. Quien pone bien la proa no necesita saber hasta dónde va, sino hacia dónde. Los pueblos, como los hombres, navegan sin llegar nunca; cuando cierran el velamen, es la quietud, la muerte. Los senderos de perfección no tienen fin. Belleza, Verdad, Justicia, quien sienta avidez de perseguirlas no se detenga ante fórmulas que se dicen inhallables. En todo arte, en toda doctrina, en todo código, existen gérmenes que son evidentes anticipaciones, posibilidades de infinitos perfeccionamientos. Frente a los viejos que recitan credos retrospectivos, los jóvenes entonan himnos constructivos. Es de pueblos cansados contemplar el ayer en vez de preparar el mañana*”<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> <http://www.ncte.ie/SpecialNeedsICT/>

<sup>87</sup> <http://www.tecnoneet.org/docs/2002/12002.pdf>. En 2002, la dirección de proyectos de este organismo elaboró un estado del arte de la cuestión, en el que se insiste en la determinación de objetivos pedagógicos para la inclusión de TIC y en aplicación de criterios de accesibilidad según discapacidad para diseñar Software ad hoc, más que adecuar los existentes en el mercado.

<sup>88</sup> Ver CHARDÍ TORTAJADA, Pablo, *Las nuevas tecnologías contribuyen a una mayor autonomía de las personas con discapacidad y por tanto a una mayor adaptación e integración en nuestra sociedad*. <http://idibe.org/tribuna/derecho-las-nuevas-tecnologias-discapacidad-notas-propuestas-la-inclusion-no-discriminacion-personas-discapacidad>.

<sup>89</sup> INGENIEROS, José, *Las Fuerzas Morales*, Bs. As., ed. Gradifco, 1º reimpresión, 2007, pág.22.





# SEMBLANZA DEL PROFESOR JOSÉ ANTONIO TERRY

POR JOSÉ O. CASÁS\*

## El sentido de estas semblanzas

Si la vida me lo permite, mi intención, en sucesivas reuniones privadas de la Academia, sería ocuparme de los distintos profesores titulares regulares de *Finanzas Públicas*, *Derecho Financiero* y *Derecho Tributario* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales –hoy Facultad de Derecho– de la Universidad de Buenos Aires que hayan sido Miembros de Número de esta Academia.

La razón de ser de este plan maestro es la íntima vinculación de reconocer su origen en la Academia con distinto alcance y características, primero en la sede de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA y luego en forma independiente de esta Casa de Altos Estudios.

El sentido del trabajo viene dado por varias circunstancias.

- a) Por haber tenido la Universidad de Buenos Aires como alumnos, graduados o profesores a los cinco Premio Nobel que distinguen a la República Argentina;
- b) Por haber tenido la Universidad de Buenos Aires como alumnos, graduados o profesores a los 14 presidentes constitucionales desde Nicolás Avellaneda a Eduardo Duhalde
- c) Por estar ranqueada por las más prestigiosas consultoras de valorar la producción científica, el nivel de claustro docente, la producción con reconocimiento internacional y la percepción general desde hace un tiempo a esta parte, siempre dentro de las tres más reconocidas universidades al sur del Río Bravo, alternando posiciones

---

\* Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de julio de 2018.

con la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad Estadual de San Pablo y las Universidades Estadual y Católica de Santiago de Chile

- d) Por haber obtenido los más importantes logros en el plano internacional en competencias referidas a arbitraje, alegatos, defensas, etc. Compitiendo con las más reconocidas universidades del mundo.

Estas figuras emblemáticas son por su orden los doctores:

José Antonio Terry;

Francisco J. Oliver;

Carlos Alberto Acevedo;

Alejandro Ruzo y

Horacio Adolfo García Belsunce.

En la metodología de la exposición referida, lo más sintéticamente posible a tratar:

1. Algunos **datos biográficos** del doctor José Antonio Terry.
2. Su **desempeño emblemático como profesor** de *Finanzas* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
3. Su **actuación como Ministro de Hacienda de la Nación** durante las presidencias de Luis Sáenz Peña entre el 12 de octubre de 1892 y hasta la asunción de José Evaristo Uriburu el 22 de enero de 1895; desde abril de 1904 hasta el 12 de octubre del mismo año en los seis últimos meses de la segunda presidencia de Julio A. Roca, y por ser ratificado por el presidente Manuel Quintana permaneciendo en funciones hasta el fallecimiento de éste en 1906. Sus debates en el Congreso por la prórroga de los Impuestos Nacionales e Internos al Consumo y su particular polémica con el Diputado por la Provincia de Corrientes Manuel F. Mantilla.
4. Sus principales **publicaciones**.
  - 4.1. “*La Crisis*”.
  - 4.2. Las cuatro ediciones de “*Finanzas*”.

5. **La consolidación de la deuda argentina, sus críticas, el fracaso del proyecto y la solicitud al Congreso de la declaración del estado de sitio.**
6. Su condición de **académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales** de la Universidad de Buenos Aires y su **incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales**
7. Algunas **lecciones** olvidadas del profesor indiscutido de *Finanzas Públicas* José Antonio Terry guardadas durante casi un siglo en el depósito de los trastos viejos y descolados de nuestra Facultad de Derecho y la **necesidad de estudiar el fenómeno “ingresos-gastos públicos”**.

### **1. Algunos datos biográficos del doctor José Antonio Terry**

José Antonio Terry nació en Bagé, Brasil, el 31 de octubre de 1846, durante el exilio de sus padres —el doctor José Antonio Terry y doña Sotera Costa—, perseguidos por sus ideas políticas durante el período rosista, más allá de que el primero había sido médico personal del caudillo<sup>1</sup>.

Se le reconoció la nacionalidad argentina como consecuencia de la ley que para casos de tal naturaleza se dictó después de la Batalla de Caseros.

Inició sus estudios en Europa y de regreso a Buenos Aires ingresó y se recibió de doctor en jurisprudencia, con diploma *distinguido por unanimidad*, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1869. Su tesis versó sobre *Condiciones del extranjero en*

<sup>1</sup> TOBAL, Gastón Federico: *Discurso en el Cementerio del Norte*, pronunciado el 31 de octubre de 1946, al descubrirse la placa colocada en el sepulcro de José Antonio TERRY por la Comisión de Homenaje, en *Centenario del Dr. José Antonio Terry, discursos pronunciados en su homenaje*, ob. cit., ps. 53 y ss., en particular p. 55. En aquella oportunidad, el disertante rememoró: “... en una fría madrugada del invierno de 1845, una vieja carreta partía sigilosamente antes del alba, desde las afueras de Montevideo, rumbo a la costa limítrofe del Brasil. Viajaban ocultos en ella, un médico de fama, el Dr. José Antonio Terry, natural de Buenos Aires, su esposa, y dos niños. Cinco años atrás, aquel facultativo, no obstante haber sido médico de Rosas —sospechado de unitario— había tenido que refugiarse en su estancia de Carmen de Areco, que poco después le fuera confiscada y repartidas sus haciendas, cuando su dueño, decidido a luchar por la libertad, incorporose al ejército de Lavalle en el que prestara servicios como cirujano mayor. Tras del dolor de la campaña infructuosa, Terry pasó al Uruguay y tuvo a su cargo durante el sitio, un hospital de sangre. Mas como se le continuara persiguiendo, temeroso de la suerte de los suyos, huyó al Brasil, y tras de larga y accidentada travesía, ... llegó a Bagé con los suyos, y un peso fuerte por todo capital. Allí en el exilio, nació poco después, el 31 de octubre de 1846, José Antonio Terry”.

la *República* y mereció un cumplido elogio de Dalmacio Vélez Sarsfield quien la recomendó a una comisión parlamentaria como fuente informativa.

Se inició en la vida pública como periodista, desempeñándose en los diarios *La Prensa*, *La Discusión* y *La Nación*. También colaboró en *La Biblioteca* y en la *Revista de Derecho, Historia y Letras*, de Estanislao S. Zeballos.

Ocupó diversos cargos públicos, en los cuales se distinguió por el celo con que defendió el interés común. Entre los cometidos que afrontó, por su relevancia, destacamos los siguientes: fue diputado y senador de la Legislatura de Buenos Aires; diputado nacional; Ministro de Hacienda en tres oportunidades –aspecto sobre el que volveremos más adelante–; Ministro de Relaciones Exteriores interino durante la ausencia de Luis María Drago en el segundo período presidencial de Julio A. Roca, quien lo designó Ministro Plenipotenciario para preparar las negociaciones con Chile sobre el diferendo limítrofe, siendo, además, el representante por la Argentina en la firma de los *Pactos de Mayo*. También por su iniciativa se erigió en las altas cumbres de nuestra Cordillera el *Monumento al Cristo Redentor*, como símbolo de paz y fraternidad entre los dos pueblos hermanos, presidiendo la delegación argentina que inauguró la obra el 13 de mayo de 1904, oportunidad en que pronunció un brillante discurso.

En 1906, Terry concurrió a la Ciudad de Río Janeiro como delegado a la III Conferencia Interamericana.

En lo que hace a la actividad económica y financiera, se desempeñó como miembro del directorio del Banco Hipotecario Nacional (1892), de la Caja de Conversión, revistando, asimismo, como Director de ferrocarriles, y de la Inspección de Sociedades Anónimas.

Una faceta poco conocida de su actuación, es que dedicó gran tiempo y esfuerzo a trabajar por los sordos y organizó un instituto para ellos. Su interés ante esta discapacidad lo llevo a presentar en el Congreso Pedagógico de 1882, donde participó como delegado, un trabajo sobre: *El sordomudo americano, su instrucción y educación*, que fue aprobado, motivando al Gobierno Nacional a designar una comisión, que integró el propio Terry y que presidiera Guillermo Rawson, para elaborar un proyecto que se ocupara del tema y ofreciera soluciones. Dicho proyecto fue receptado por el Poder Ejecutivo y, presentado al Congreso, obtuvo sanción legislativa en 1885.

Estaba listo para partir a Chile –junto con su esposa, doña Amalia Felisa Amoedo–, como Ministro Plenipotenciario, cuando murió de un ataque cardíaco en Buenos Aires, el 8 de diciembre de 1910.

## **2. Su desempeño emblemático como profesor de finanzas de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires**

Según el doctor Agustín Pestalardo, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: “desde que se reimplantó la enseñanza de la economía política hasta 1892 una sola cátedra atendía esa materia y las finanzas”<sup>2</sup>. Así, entonces, debe recordarse que la Facultad, en las dos últimas décadas del siglo XIX, experimentó un proceso marcadamente renovador, ampliando el campo de los estudios, ya por la creación de nuevas cátedras, ya por el desdoblamiento de las existentes. En ese marco se separaron el Derecho Comercial y el Penal; el Internacional Público y el Internacional Privado, y el Constitucional y el Administrativo. Al mismo tiempo, se suprimió la cátedra de Derecho Canónico y se fundaron las de Filosofía del Derecho y de Práctica Forense.

**En el período antes aludido, la asignatura *Finanzas* hizo su aparición como materia independiente a través de la previsión presupuestaria para dicha cátedra, contenida en la Ley de Presupuesto de Gastos de Administración de la Nación para el Ejercicio 1889**, sustituyendo, en el Plan de Estudios, al segundo curso de *Economía Política* que se dictaba en el tercer año de la carrera de abogacía.

Adviértase que esta transformación **colocó a nuestra Facultad a la vanguardia de las Universidades de su tiempo**, junto con las más avanzadas casas de altos estudios de Europa. Al respecto, cabe tomar nota de la referencia efectuada por el profesor **Carlos M. Giuliani Fonrouge** quien indica que en el **Viejo Continente “Luigi Cossa creó por primera vez en la Universidad de Pavía la cátedra de ‘Ciencia de las Finanzas’** como disciplina independiente de la Economía Política, cuya enseñanza tuvo a su cargo Giuseppe Ricca Salerno a partir de 1878”.

<sup>2</sup> PESTALARDO, Agustín: *Historia de la Enseñanza de las Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Buenos Aires*, tesis presentada en julio de 1913 para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia, aprobada y recomendada para los Premios “Facultad” y “Alberto Gallo”, Parte III, Capítulo III, ps. 86 y ss., en particular p. 146, Imprenta Alsina, Buenos Aires, 1914.

Simultáneamente, en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba –esto es, en el año 1889–, también se iniciaron los estudios de Finanzas Públicas, materia que se ubicó en el tercer año de la carrera, designándose al frente de la cátedra el doctor **Félix Tomás Gascón**<sup>3</sup>.

Volviendo a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en el año 1889, el doctor **Luis Lagos García**, profesor de “Economía Política” **continuó, por opción, con el dictado de “Finanzas”**, compartiendo luego tal cometido con el doctor **Juan Carballido** –designado profesor suplente–, quien, ante la renuncia del primero el 23 de febrero de 1893, fue investido como titular el 17 de mayo del mismo año, al ser elegido dentro de una terna que también integraron los doctores José A. Terry y Daniel M. Donovan, en ese orden.

Por su parte, el doctor José A. Terry fue designado profesor suplente el 5 de junio de 1893 –si bien él mismo nos dio cuenta de que se hizo cargo del dictado de la materia en marzo de 1898– y, ante la renuncia del doctor Carballido el 28 de abril de 1899, pasó a sucederlo al haber sido designado titular el 26 de junio de igual año, dentro de una terna que encabezara y en la que lo acompañaron los doctores Juan José Romero y Francisco J. Oliver.

De todos modos, y más allá de haber sido precedido por otros profesores al frente de la cátedra<sup>4</sup>, el doctor José Antonio Terry siempre fue

---

<sup>3</sup> El catedrático Félix Tomás GASCÓN (1861-1939), nació en la Ciudad de Córdoba. Cursó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional Monserrat. Egresó con el título de Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de aquella provincia y, posteriormente, se doctoró en la misma Casa de Altos Estudios. Revistó en la Justicia como Juez en lo Civil (1880) y como Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (1932). Se desempeñó como Profesor Titular de la Cátedra de Finanzas Públicas de la Facultad durante más de treinta años. Ocupó una banca como diputado, primero provincial y luego nacional. Fue intendente de la Municipalidad de Córdoba, Ministro de Gobierno, Ministro de Hacienda, Vicegobernador y Gobernador de aquella Provincia (cfr. YANZI FERREIRA, Ramón Pedro: *Los Estudios de las Finanzas y el Derecho Tributario en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1889–1998*, ob. cit., ps. 77 y ss.).

<sup>4</sup> Incluso en el caso de Juan CARBALLIDO, en 1894, se publica en Buenos Aires el *Curso de Finanzas* de Juan Carlos CRUZ y Paulino PICO (Imprenta de Obras de J. A. Berra), obra en dos tomos, con una extensión aproximada en conjunto de 840 ps., que, según mención consignada en su título, se encontraba *Adaptado al Programa de la Facultad de Derecho*. El *Prefacio* del libro daba cuenta de que, en su mayor parte, los autores se basaron en la traducción del *Tratado de Ciencia Financiera* del profesor del Colegio de Francia P. LEROY BEAULIEU, completando, en lo atinente a nuestras leyes financieras, con “las notas tomadas del ilustrado profesor de la materia doctor Juan Carballido, y que, debidamente verificadas, nos han permitido completar nuestro trabajo, satisfaciendo las exigencias del programa”.

reconocido como el *iniciador de esta materia*<sup>5</sup>, el *maestro indiscutido*<sup>6</sup> de la asignatura por la trayectoria que lo precedía, dar vida e importancia a la materia<sup>7</sup>, publicar sus conferencias abarcando el total desarrollo del programa de enseñanza<sup>8</sup>, y atento el prestigio de que gozaba entre sus alumnos<sup>9</sup>.

Un aspecto que también hay que tener en cuenta, y que marca la trascendencia del profesor cuya reseña biográfica efectuamos, es que su desempeño en la cátedra fue continuo, y con dedicación excluyente, salvo cuando se le requirió atender los intereses de la Nación, cumpliendo el cometido de la docencia hasta el mismo día en que lo sorprendió la muerte. Prueba de ello es que los profesores doctores Francisco J. Oliver y Carlos Saavedra Lamas tomaron noticia de la infausta nueva mientras lo esperaban en la Facultad para proseguir la tarea de la mesa examinadora de la materia.

### 3. Su actuación como Ministro de Hacienda de la Nación

El doctor Terry se desempeñó como Ministro de Hacienda de la Nación bajo tres Presidencias distintas: durante la de Luis Sáenz Peña, en el período comprendido entre el 12 de octubre de 1892 y la asunción de José Evaristo Uriburu, el 22 de enero de 1895; de abril de 1904 hasta el 12 de octubre del mismo año, correspondiendo este lapso a los últimos seis meses de la segunda presidencia de Julio A. Roca; y por último, al ser ratificado

<sup>5</sup> SAAVEDRA LAMAS, Carlos: *Prólogo* a la cuarta edición de *Finanzas* de José A. TERRY, Jesús Menéndez Librero Editor, Buenos Aires, 1927.

<sup>6</sup> LUQUI, Juan Carlos: *La nueva cátedra de Derecho Financiero*, Jurisprudencia Argentina, Tomo 1948-IV, Sección Doctrina, ps. 43 y ss., en particular p. 44.

<sup>7</sup> GARCÍA, Juan Agustín: *José Antonio Terry*, discurso pronunciado en nombre de la Facultad de Derecho en su sepelio, en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Tomo I, 2ª serie, ps. 745 y ss., en particular p. 745, Buenos Aires, 1911.

<sup>8</sup> TERRY, José A.: *Finanzas (Conferencias dictadas por el catedrático de la materia en la Facultad de Derecho)*, tercera edición sobre la segunda ampliada por el autor, dirigida por Francisco J. OLIVER (profesor de la materia y después Ministro de Hacienda de la Nación), Jesús Menéndez, Editor, Buenos Aires, 1918. En la *Advertencia* con que se introduce a la obra, el doctor Terry consignó: "Me recibí de la cátedra de Finanzas, como profesor suplente, en los primeros días de marzo de 1898, y me vi obligado a dictar el curso en conferencias que tenían lugar tres veces por semana. Los estudiantes Luis A. FOLLE y Carlos M. BIEDMA las tomaban taquígraficamente y las publicaban por entregas a las veinticuatro horas, formando al finalizar el año un tomo de 700 páginas".

<sup>9</sup> DE TEZANOS PINTO, Mario A.: *Discurso en la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, pronunciado el 30 de octubre de 1946, en *Centenario del Dr. José Antonio Terry, discursos pronunciados en su homenaje*, recopilación de las palabras vertidas en los distintos actos llevados a cabo al conmemorarse el centenario de su nacimiento.



al frente de la cartera por el presidente entrante Manuel Quintana, permaneciendo en funciones hasta el fallecimiento de éste, en marzo de 1906.

En su actuación en dicho cargo, una de sus intervenciones más trascendentes fue la que llevara adelante en el Congreso –en el año 1894– defendiendo un nuevo proyecto de ley de Impuestos Internos a los Consumos Específicos, impulsado por el Poder Ejecutivo, logrando su sanción como recurso permanente del Estado central.

La implantación original de los gravámenes (a los vinos, naipes, bancos y compañías de seguros) había sido por tres ejercicios, venciendo su vigencia en 1894. La defensa del mantenimiento y ampliación del campo impositivo de los tributos fue realizada de modo brillante por el doctor Terry, originándose, particularmente con el diputado por la Provincia de Corrientes Manuel F. Mantilla, un intenso debate sobre el alcance de las disposiciones constitucionales que definían las competencias financieras de la Nación y de las provincias. El diputado Mantilla entendió que la aplicación de los gravámenes no encuadraba en el espíritu económico de la Constitución. Efectuó, para ello, un paralelismo entre los distintos recursos enumerados en el art. 4° del Estatuto Fundamental que integraban el Tesoro Nacional y los sucesivos incisos del art. 67 (texto 1853/1860), en cuanto asignaban al Congreso las correlativas facultades financieras para hacer uso de tales mismos. Entendía el legislador que entre ambas normas existía una relación de necesaria complementación, por lo cual, la Nación sólo podía establecer contribuciones directas a condición de que fueran equitativas y proporcionales a la población y subordinadas a las limitaciones de tiempo que establece el art. 67, inc. 2 (texto histórico), siendo además necesario, en la opinión del diputado, que concurrieran las circunstancias extraordinarias –*siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan*– previstas en el indicado inciso<sup>10</sup>.

El Ministro Terry interpretó de modo distinto las disposiciones constitucionales. Para él, las dos prescripciones –art. 4° y 67, inc. 2 (texto 1853/1860)– eran independientes entre sí, aun cuando se hubieran empleado giros semejantes. Según esta inteligencia, el art. 4° enumeraba los ingresos ordinarios y normales de la Nación, mientras que el art. 67, inc. 2 (texto histórico), hacía referencia a los recursos excepcionales; lo que se corroboraría, en tanto, en el primero de los artículos, al aludirse a las *con-*

<sup>10</sup> DE VEDIA Y MITRE, Mariano: *El Régimen Tributario de la Argentina. Estudio Constitucional, Económico y Financiero del Sistema Impositivo de la Nación, las Provincias y las Municipalidades.*

*tribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General*, no se efectuaba distinción alguna entre contribuciones directas e indirectas, para continuar razonando que era sabido que en el lenguaje técnico y financiero al hablar de *contribuciones* a secas se entendía toda clase de impuestos, y no un impuesto determinado.

Triunfante la postura sustentada por el Poder Ejecutivo, los gravámenes a los consumos específicos se incorporaron al cuadro permanente de recursos rentísticos de la Nación, pero dando lugar, a partir de entonces, a la utilización concurrente de tal fuente impositiva por la Nación y las provincias.

A su vez, en septiembre de 1905, en su gestión al frente de la cartera durante la presidencia de Quintana, envió al Congreso un proyecto de ley que contenía diversas disposiciones sobre la unidad monetaria y la acuñación de monedas de oro, plata y níquel, estableciendo, en su art. 14, que la Caja de Conversión, con carácter definitivo y permanente, emitiría y entregaría, al que lo solicitase, billetes moneda por moneda de oro sellado equivalente, y viceversa.

También durante el último período que venimos refiriendo, el doctor Terry abordó el problema de la deuda pública. Al respecto señalaba: “La conversión de la deuda interna era operación delicada por la magnitud del monto a convertir, 66 millones, y por la carencia de precedentes entre nosotros”. De todos modos, con su habilidad y experiencia se superaron todas las dificultades lográndose convertir la deuda del 6 % de interés y con diversas amortizaciones, por un título *Crédito Argentino* del 5 % de interés y 1% de amortización, que determinó para el erario una economía anual de \$ 9.000.000. En cuanto a la deuda externa, que según el doctor Terry presentaba mayores inconvenientes que la interna, se resolvió cancelar la del 6 % de interés y convertir la del 5 % por títulos del 4 %.

#### **4. Publicaciones**

Como legado del doctor Terry hemos recibido diversas obras referidas a temas de economía política; finanzas públicas y su historia en la Argentina; cuestiones monetarias; circulación a papel y la Caja de Conversión; sistema bancario y su crisis; y crédito público, que compendiaron sus vastos conocimientos sobre todas estas disciplinas, muchas de las cuales conservan, aún hoy, indiscutible actualidad, y que reseñaremos brevemente a continuación.

#### 4.1. “La Crisis”<sup>11</sup>

La primer obra de repercusión notable dentro de las escritas por José Antonio Terry es la que da título a este párrafo. En ella se desarrollan sustanciosos capítulos que se ocuparon respectivamente de la “Teoría de las Crisis”, la “Inconversión de 1885”, el “Desarrollo de la Crisis”, el “Sistema Bancario” y de otras “Cuestiones de Actualidad” al momento de aparición del ensayo.

El libro constituye un estudio pionero del *ciclo económico argentino*, y describe una situación que se inicia en 1885 con la inconversión, y se acentúa durante la gestión presidencial de Miguel Juárez Celman, donde “no hubo fraude o especulación que no se intentase: (por) un gobierno obsesionado en privatizar servicios públicos a cualquier precio; un Congreso corrupto, ocupado en obtener sobornos por concesiones ferroviarias y obras de salubridad; un sistema bancario de ‘bancos garantidos’ embarcado en un festival de emisiones clandestinas; y una burguesía encandilada por la plata dulce de la especulación bursátil”.

En lo económico, la expansión alcanzó su nivel máximo en 1889, estallando la burbuja al detenerse la suba de los precios, quebrar sociedades y bancos, desplomarse los títulos en la Bolsa, generalizarse la suspensión de pagos, difundirse el pánico, acelerarse la corrida por la extracción de los depósitos bancarios, desaparecer el crédito, caer el consumo junto con las importaciones y los ingresos públicos, generalizarse el empobrecimiento y difundirse el pesimismo y la desesperación.

Terry inicia su obra, y el capítulo “Teoría de las Crisis”, indicando que: “...conviene que suministremos al lector las explicaciones necesarias, aunque sucintas, para que pueda darse cuenta de lo que son las crisis económicas o comerciales, que de tiempo en tiempo visitan a los pueblos, diezman sus fortunas, arruinan sus industrias, conmueven aun las más sólidas casas comerciales, voltean bancos, y llevan al humano espíritu la duda y el pavor, que las crisis en el orden económico desempeñan el mismo papel de las epidemias, que diezman las poblaciones y dejan su reguero de lágrimas y ruinas.

“Háse comparado las crisis a esos grandes ciclones que, en su vertiginosa marcha, devastan comarcas enteras arrancando de raíz los mismos

<sup>11</sup> TERRY, José A.: *La Crisis. 1885-1892. Sistema Bancario*, Imprenta M. Biedma, Buenos Aires, 1893.

seculares árboles, y ya que recordamos esta comparación, séanos permitido transcribir este bellissimo párrafo de Laveleye ... ‘Las tempestades del mundo financiero y las del mundo físico nacen y se propagan casi de la misma manera. Con la continuación de bellos días, la tierra se calienta, la atmósfera se carga de electricidad, las fuerzas de la naturaleza se tienden como para la lucha: pronto se cubre el cielo, la tormenta se prepara, aproxima y se desencadena en fin devastando comarcas enteras en su vuelo destructor. Así en el dominio económico se presenta primero el período de progreso, la confianza ilimitada, el oro corre a raudales, suben los fondos públicos y todos los valores, baja el interés –y el bienestar y la prosperidad se generaliza–. De repente un punto negro aparece en el sereno cielo –la nube sombría se agranda, se extiende y amenaza: se propaga la desconfianza, se restringe el crédito, desaparece el dinero– en fin estalla la crisis y pasa de uno a otro país, dejando por doquiera sus desastrosos vestigios’ ...

“La intensidad de los fenómenos y la duración de los períodos, será distinta según sea la intensidad de las causas, la gravedad del mal, y la condición económica del mercado o del país, es decir, del medio en que la crisis se desenvuelve, que la misma enfermedad se desarrolla de distinta manera según sea la constitución física del paciente; pero los períodos se suceden siempre en el mismo orden siendo los unos causas de los otros, y los fenómenos se presentan siempre con igual fisonomía, dentro de cada período.

“El observador científico ha dividido toda crisis en tres períodos distintos, perfectamente determinados. El período de engrandecimiento y de riqueza: El de la crisis propiamente dicho, es decir, aquel en que la enfermedad estalla; y por último el período de la liquidación. Los tres se encadenan de manera que el segundo no se produce, sin que el primero haya consumado su evolución, y del último, no se diga, porque es consecuencia directa del segundo; que no puede haber liquidación donde no hubo quiebra”.

Como se observa, en esta parte del ensayo no sólo se hace una precisa *caracterización de las crisis* sino que, también, se las describe como una etapa dentro de los *ciclos económicos*, tal cual lo hicieran, mucho tiempo después, enjundiosas obras de economía política y de hacienda pública.

Al ocuparse de la balanza comercial y el crédito, señala que con la crisis en 1891 los capitales que antes entraban al país por la acción pública o por la iniciativa particular habían sido detenidos en Europa, que había cerrado su crédito para todo lo que fuera argentino, señalando que a la falta de cré-

dito era menester responderle con capital nacional alcanzado por el trabajo y la producción, añadiendo:

“Bien se ha dicho que la riqueza es condición de independencia personal. Otro tanto sucede a las Naciones. Si deseamos que la República Argentina se baste a sí misma, produzcamos orden y estabilidad, para fomentar así el trabajo, la producción y la economía.

“El programa de todo hombre de Estado debiera ser la formación del capital Argentino para obtener la preponderancia de éste sobre el extranjero. Mientras nuestro consumo sea mayor que nuestra producción, mientras los ferrocarriles, las grandes industrias, las fuertes empresas pertenezcan al extranjero, la estabilidad de nuestra moneda convertible será una simple y bella esperanza y nada más”.

A su vez, al tratar la situación nacional, la europea y el capital extranjero, Terry consignaba:

“La fórmula que la América debe bastarse a sí misma, no quiere decir, que deba establecer un cordón sanitario en sus fronteras del Atlántico, porque eso sería fórmula de barbarie y en consecuencia de retroceso. Para nosotros quiere decir, que debe aspirar a un capital propio, y a independizar en lo posible su circulación monetaria de influencias extrañas. Mientras no se conquiste esa independencia, dentro de lo posible, la conversión o in-conversión de nuestro billete, dependerá de la mayor o menor exportación de oro para saldar nuestros consumos y nuestras deudas.

“Formemos capital propio, y entonces esos saldos o quedarán equilibrados o nos serán favorables, salvo períodos excepcionales debidos a causas también excepcionales...

“La carencia de capital propio, que equivale a pobreza, nos ha obligado a recurrir al capital extranjero, para nuestras deudas, como para todas nuestras obras públicas y nuestros adelantos; y el capital extranjero exige la exportación trimestral de una fuerte cantidad de oro, para pagos de intereses o dividendos...

“Disminuir en lo posible la intensidad de esta causa –*drenaje de recursos al extranjero minando la posibilidad de conversión de nuestros billetes*– en el presente y en el porvenir, es deber del Gobierno, arreglando por ahora el servicio de nuestra deuda en condiciones que nuestras fuerzas nos lo permitan, y adoptando para lo por venir un plan económico y financiero que, incorporando los capitales extranjeros a nuestro suelo y a nuestro

trabajo, tienda a formar capital propio, capital Argentino, capaz de independizarnos dentro de la solidaridad económica universal (el énfasis en bastardilla ha sido agregado al original)...

“Recién entonces nuestra circulación será a metálico, los billetes bancarios serán convertibles a la par, y recién entonces la República habrá entrado, por primera vez, en su período normal de vida económica”.

Así, el autor, efectuó una encendida defensa de la convertibilidad monetaria como medio efectivo para evitar las crisis y formar capital nacional. Al mismo tiempo, al ocuparse del *Sistema Bancario*, defendió como solución en la materia limitar a un solo Banco la función de emitir moneda, remarcando que ese Banco único debía ser un Banco de Estado incorporado a la Constitución, en atención a las necesidades presentes y del futuro, a la doctrina constitucional, a los antecedentes políticos y bancarios, a la tendencia bancaria universal y al rol que adjudicaba al Estado en esta materia. Puntualizó al respecto:

“Pero el Banco tal como lo proponemos con su carta orgánica incorporada a la Constitución, será verdadero y únicamente Banco de la Nación Argentina, no al servicio del Gobierno sea éste Poder Ejecutivo o Congreso, sino del Estado Argentino, del todo y de cada una de las partes que constituyen la entidad Nación. De este punto de vista el Banco propenderá eficazmente al predominio de la fuerza centralista, dentro de las limitaciones constitucionales, que es para nosotros la que organizó la Nación y la que tiende a la patria única e indivisible.

“Nuestro Banco, tal como lo concebimos, será creado por el Gobierno, pero en seguida se transformará en órgano del Estado y para el Estado, independiente de todo poder público, y en consecuencia de toda necesidad transitoria. Participará en cierta manera de la naturaleza y de los atributos del Estado, y seguirá su suerte que será la suerte del país y de todos sus habitantes tomados en el conjunto y en su unidad de vida”.

Finalmente, el profesor José Antonio Terry postulaba una actitud protagónica del Estado en materia económica como motor de progreso, de manera particular en países como el nuestro, todavía singularmente pobres, sin confundir, de todos modos, el Estado con la sociedad. Resaltando entonces:

“Nuestra Constitución no es socialista pero dispone que el Gobierno Nacional fomente la inmigración europea, establezca el Banco Nacional

con facultad de emitir billetes, acuerde subsidios del Tesoro a las Provincias cuyas rentas no alcancen según sus presupuestos a cubrir sus gastos ordinarios, provea lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las Provincias, promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros.

“¿Por qué nuestra Constitución ha entrometido al Estado en estas necesidades que debieran ser exclusivamente del dominio privado? Porque las constituciones, como dice Alberdi no son ideales. Son el producido lógico de las necesidades y de las condiciones del país para que son hechas.

“Si la Constitución hubiera negado al Estado toda ingerencia en asuntos de esta clase, hoy nos encontraríamos en las mismas condiciones que cuando se dictó: ni ferrocarriles, ni puertos, ni poblaciones, ni riqueza. Buenos Aires misma no hubiera salido del estado embrionario de 50 años atrás, porque el Estado de Buenos Aires no hubiera podido ser banquero y habilitador.

“El Estado se dice, no es órgano de progreso, pero sí de simple conservación. Admitido ... pero es que para conservar es indispensable progresar. ¡Qué hubiera sido de nosotros sin el progreso de estos últimos 50 años! Tal vez seguiríamos defendiéndonos de los indios que traerían sus invasiones hasta el Azul o Chivilcoy.

“Si las funciones esenciales del Estado derivan de su misma naturaleza, es lógico concluir que el Estado está obligado a proveer a las necesidades comunes de la Nación, es decir, aquellas que no puedan ser satisfechas por la iniciativa y el concurso individual.

“En este caso está el Banco y todas las necesidades señaladas por la Constitución. ¿Qué acaso se pretendería que formásemos el Banco único, regulador y distribuidor de nuestra riqueza y de la circulación que es nuestra sangre en la economía social, con capitales y dueños extranjeros?

“Si el Estado posee la perpetuidad, es lógico concluir que representa los intereses perpetuos y que debe defenderlos de la imprevisión de los intereses presentes y transitorios. Se cita como ejemplo de esta verdad las maravillas del Estado holandés en su lucha contra las aguas, ¡y se olvida que nosotros luchamos con el desierto y contra nuestra pobreza!

“Para lo primero el ferrocarril. Para lo segundo el Banco de Estado, el Banco habilitador.

“No por esto llevamos nuestras opiniones hasta la exageración. Para nosotros el socialismo de Estado tiene sus límites señalados por las mismas necesidades. El Estado debe acudir donde el interés privado sea impotente ...

“Si deseamos salir de la situación crítica en que nos encontramos, si buscamos levantar nuestro país a la altura que le corresponde colocándolo en las mismas condiciones de las naciones europeas, aceptemos el socialismo de Estado dentro de límites prudenciales, porque sólo el esfuerzo colectivo, bien dirigido y honradamente manejado, podrá vencer las dificultades del presente para producir en lo venidero un pueblo rico, grande y una Nación con carácter y fisonomía propia.

“No es el socialismo de Estado que mata la iniciativa individual, que fomenta nuestra empleomanía, que nos mantiene en el curso forzoso, que aleja de nuestros mercados los capitales europeos y que corrompe nuestras sociedades. Estos son efectos de distintas causas que han venido actuando desde algún tiempo a esta parte, causas que hoy militan con más o menos intensidad en el mundo entero, con o sin socialismo de Estado. ...

“Así podemos concluir que el socialismo de Estado llevado hasta ciertos límites, es indispensable en nuestro país como ha sido indispensable en la misma Europa; y que si deseamos salir cuanto antes de este período de evolución o transformismo porque pasamos, necesario será levantar el Banco habilitador, que no podrá ser otro que el Banco de Estado y para el Estado.

“No se confunda. Nosotros no abogamos por el Banco de Gobierno ni por el socialismo de los Gobernantes; porque ni los Gobiernos ni las personas de los Gobernantes constituyen el Estado. Nosotros no aceptamos el régimen último del Banco Nacional o el de la Provincia de Buenos Aires, porque sólo en una época de la más tremenda decadencia moral y política, los Gobernantes pueden llegar hasta considerarse dueños de los dineros públicos y de los establecimientos oficiales, confundiendo al Estado con sus personas.

“Levantamos resueltamente el verdadero *Banco de Estado*, desde que su carta orgánica incorporada a la Constitución, colocará al establecimiento y sus dineros y a su administración, perfectamente independiente y libre del Gobierno, llámese Poder Ejecutivo o Congreso.



“Es el socialismo de Estado y para el Estado, y no el socialismo de Gobernantes y para los Gobernantes”<sup>12</sup>.

De tal modo, en aquella fecha lejana, se echaron las bases para que cuatro décadas más tarde se creara, en mayo de 1935, el Banco Central de la República Argentina mediante la Ley N° 12.155<sup>13</sup>, primero como una entidad de economía mixta, y luego como un sujeto totalmente estatal, al cual se le confirieron una serie de funciones que hasta entonces se encontraban dispersas a cargo de distintas instituciones y organismos públicos, transfiriéndosele los activos y pasivos de la Caja de Conversión que, a esa fecha, se ocupaba de la emisión de billetes y acuñación de moneda. De esta manera, la novel institución recibió el monopolio de tales cometidos, delegándosele el poder de policía para impedir actos que violaran dicho privilegio. Además, se le traspasaron funciones tales como la implementación del control de cambios, la organización de la Cámara Compensadora de Valores y las operaciones de redescuento con bancos oficiales que estaban encomendadas al Banco de la Nación Argentina. Finalmente, el Banco Central fue investido como agente financiero del Gobierno Nacional, con el rol de administrar la deuda pública y de supervisar el sistema financiero.

Digamos, como síntesis, que en la obra que hemos comentado no cabe descartar la gravitación que pudo haber ejercido en José Antonio Terry, el pensamiento de la Cátedra Pontificia y, en particular, los desarrollos receptados dos años antes por la Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> TERRY, José A.: *La Crisis. 1885-1892. Sistema Bancario*, ob. cit., Capítulo IV, parágrafo 7: “Socialismo de Estado”, ps. 319 y ss., en particular ps. 323 a 328.

<sup>13</sup> Anales de Legislación Argentina, Tomo Complemento 1920-1940, ps. 596 y ss.

<sup>14</sup> Encíclica *Rerum Novarum*, sobre la situación de los obreros, dada por S. S. León XIII, en Roma, el 15 de mayo de 1891, en *Once Grandes Mensajes*, ps. 13 y ss., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1993.

#### 4.2. “Finanzas”<sup>15</sup>

Esta obra, que contiene las versiones taquigráficas de las clases del profesor doctor José Antonio Terry, dictadas a partir del mes de marzo de 1898, según las palabras del autor, tomó como texto de enseñanza la Ley Nacional de Presupuesto. Así, en su introducción, al ocuparse del material bibliográfico nos refiere que: “Nuestro texto ... será el presupuesto nacional del último año. Es este folleto que apenas contiene 400 páginas, de las cuales 396 están llenas de simples partidas de sueldos y gastos. No obstante, es libro que encierra en pocas páginas todos los conocimientos que pueden ustedes desear para hacerse financistas. Conocer bien el presupuesto es conocer las finanzas, es ser maestro en la materia. Así, pueden desde ahora buscar el presupuesto para 1897, que ese será el texto que les guiará en el camino a recorrer y que sin duda alguna les llevará a buen puerto, es decir, al consciente examen”.

De modo simple, estas palabras introductorias anticipaban el carácter nacional que imprimió a la enseñanza de la asignatura, más allá de complementarla con las referencias obligadas a la parte teórica o Ciencia Financiera, enfatizando que, al lado de cada partida presupuestaria, la doctrina estaría seguida por el ejemplo histórico, no de Francia o de Inglaterra (a no ser casos muy justificados), sino de la República Argentina.

La metodología interna del libro contiene un primer capítulo introductorio a la Ciencia Financiera; el segundo se ocupa del Presupuesto; el tercero, de su preparación; el cuarto, de su trámite en el Poder Legislativo; y el quinto, de la ejecución y control. Los capítulos sexto y séptimo se refieren a los gastos; y los capítulos octavo a duodécimo, a los recursos en general, a los obtenidos del dominio del Estado y, dentro de estos, a los provenientes del dominio industrial y financiero, como a los obtenidos de los servicios del Estado combinados con su dominio. Los capítulos decimotercero a decimonoveno se dedican a los recursos provenientes del impuesto, sus fundamentos y su técnica, como así también a los distintos impuestos en

---

<sup>15</sup> TERRY, JOSÉ A.: *Finanzas – Apuntes Taquigráficos de las clases dictadas por el catedrático de la materia en la Facultad de Derecho*, Imprenta de M. Biedma e hijo, Buenos Aires, 1898. La segunda edición de esta obra es de 1911, fue ampliada por el autor, y a ella se agregaron dos apéndices, el primero sobre: *Contribución a la historia financiera de la República Argentina*, y el segundo relativo a: *Crédito Público*. La tercera edición fue dirigida por Francisco J. OLIVER, y publicada por Jesús Menéndez Editor, Buenos Aires, 1918. La cuarta edición, además de ser aumentada con un ensayo del autor sobre: *Cuestiones Monetarias*, cuenta con un prólogo del doctor Carlos SAAVEDRA LAMAS, habiendo sido publicada también por Jesús Menéndez Librero Editor, Buenos Aires, 1927.

particular, ello sobre la base de la distinción contenida en la Constitución Argentina entre contribuciones directas e indirectas.

El pensamiento de este ilustre precursor de la enseñanza de las Finanzas estuvo influido por las ideas de Adolfo Wagner<sup>16</sup>, lo que se colige en la definición misma que nos brindara del impuesto cuando refiriera sobre el particular: “He dicho que es la cuota parte en dinero que el Poder público obtiene del contribuyente en virtud de una ley ‘debiendo ser aplicada a las necesidades de los servicios públicos’”; para agregar: “Entre los servicios públicos comprendo aquellos que tiendan a la mejor distribución de la riqueza o a la creación de la riqueza”.

Según surge del párrafo anterior queda claro que en el pensamiento del profesor José Antonio Terry, no tenía cabida el dogma de la *neutralidad impositiva*, ejemplificando con los *derechos aduaneros protectores de industrias nacionales*, argumentando que si los tributos no pudieran perseguir otro fin que no fuese el fiscal, los aludidos gravámenes dejarían de ser impuestos, y no habría justificación posible, tampoco, para las *excepciones* que ciertas leyes impositivas establecían *en favor de los pobres o indigentes*.

## V. La consolidación de la deuda argentina, sus críticas, el fracaso del proyecto y la solicitud al Congreso de la declaración del estado de sitio<sup>17</sup>

El 11 de junio de 1901, el presidente de la República, General Julio A. Roca, junto con su Ministro de Hacienda el doctor Enrique Berduc, remitieron al Congreso un *proyecto de unificación de la deuda pública argentina*, operación que, según se afirmó, constituía la mayor que, en su género, se hubiera llevado a cabo hasta esa fecha en el mundo. La iniciativa tendía a unificar todas las deudas, con el fin de disminuir la gravitación de los servicios, autorizándose al Poder Ejecutivo a emitir, hasta la suma de 435 mi-

<sup>16</sup> WAGNER, Adolfo, nacido en Erlangen, el 25 de marzo de 1835, y fallecido en Berlín, el 8 de noviembre de 1917. Estudió Derecho y Economía y se ocupó, entre otros temas, de la Hacienda, la Banca y la Estadística. El profesor alemán perteneció a gran número de academias y fue designado doctor *honoris causa* por las Universidades de Berlín, Münster, Dublín, Oslo, Czernowitz y Wisconsin. Se lo ubica como perteneciente al *kathedersozialisten* (socialismo de cátedra), y su obra maestra versó sobre la *Ciencia de las Finanzas*, en la que propició dar a ésta una base jurídico social como medio para su consideración política.

<sup>17</sup> TERRY, José Antonio: *Unificación de deudas*, conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1901.

lones de pesos oro o su equivalente en monedas extranjeras, títulos que se denominarían *consolidados argentinos*. El artículo 4º del proyecto contemplaba que el servicio sería atendido por el Banco de la Nación, a cuyo efecto las aduanas marítimas del país enviarían diariamente una cierta cantidad de las entradas, destinada al pago y amortización de la deuda.

La previsión contenida en el proyecto, en virtud del cual las aduanas aplicarían parte de los derechos para atender los nuevos títulos fue considerada vejatoria y se la comparó con las disposiciones que los acreedores de la República de Santo Domingo habían impuesto en aquella época a ese país, argumentándose que, si se sancionaba la iniciativa, la República Argentina vendría a quedar intervenida financieramente como no lo había estado ninguna Nación medianamente importante.

El Senado, por donde había ingresado el proyecto, lo sancionó en una sola sesión, tras un elocuente discurso favorable del senador Carlos Pellegrini y con el único voto disidente del senador José Evaristo Uriburu, pasando en revisión a la Cámara de Diputados.

En tales circunstancias, el doctor José Antonio Terry, a pedido del alumnado de la Facultad, ocupó la cátedra para formular una severa crítica al proyecto, sosteniendo que la operación se aproximaba a una conversión irregular, causa, a su vez, de la unificación; agregando que ambas cosas siempre habían significado en la historia financiera del mundo, actos de quiebra o precursores de la quiebra; a lo que se sumaba que, en caso de incumplimiento de sus términos, podría afectarse la soberanía de la Nación por una intervención extranjera. Por último, puso todo su énfasis en contra de la medida, denunciando: “Enterramos, señores, con esta operación, el crédito personal del gobierno argentino. En adelante todo empréstito será contraído con prendas de otras rentas y, a falta de ellas, con hipotecas sobre la tierra o sobre las obras públicas, que serán administradas por representantes de los acreedores”.

El debate fuera de las Cámaras derivó en disturbios callejeros y en manifestaciones que culminaron el 3 de julio en un mitin organizado por los estudiantes, mientras que desprendimientos de aquellas columnas, apedrearon los domicilios del senador Carlos Pellegrini y del Presidente Julio A. Roca.

Como la convulsión iba en aumento, el 4 de julio, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso la declaración del estado de sitio por seis meses y, al

agravarse la situación, el 8 de julio, procedió a *desistir* del proyecto de unificación de la deuda nacional por haberse tornado *irrealizable*<sup>18</sup>.

Este paso del presidente Roca, abandonando la iniciativa, fue dado sin previo conocimiento de Carlos Pellegrini, y con la oposición del Ministro de Hacienda Berduc, lo que produjo la ruptura política entre los dos primeros y una crisis parcial de gabinete generando el cisma del Partido Autonomista Nacional y, por lo tanto, su debilitamiento.

## **6. Su condición de Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales**

El 23 de octubre de 1903, José Antonio Terry fue nombrado Académico Titular. Se desempeñó como Consejero de la Facultad desde el 29 de agosto de 1906 hasta el 22 de septiembre de 1908 y, nuevamente ocupó tal cargo, a partir del 14 de mayo de 1910 hasta el momento de su fallecimiento.

El doctor José Antonio Terry también fue miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en la que el sitial n° 6 lleva su nombre<sup>19</sup>. Dicho sitial fue, posterior y sucesivamente, ocupado por los doctores José Díaz Arana, Juan Francisco Linares y, en la actualidad, por el doctor Jorge R. Vanossi.

<sup>18</sup> LA NACIÓN, Columna *Cien años atrás*, artículo titulado: *El desistimiento de la unificación. Mensaje del P.E.*, ejemplar del 9 de julio de 2001, Primera Sección, Cultura, p. 8. En el mensaje se consigna: “La difícil situación financiera que tocó afrontar a la administración actual, inaugurada como consecuencia de una crisis intensa de sacrificios necesarios y de cargas que no podemos repudiar, exigió medidas inmediatas que bastasen para salvar compromisos de honor, asegurar el servicio regular de la deuda pública, restablecer el equilibrio de la hacienda, aliviar ó estimular directa ó indirectamente la producción nacional, la inmigración y demás factores de la riqueza y engrandecimiento del país... Por causas que será necesario estudiar como uno de los tantos problemas de la época presente, aquel proyecto ha suscitado una oposición violenta y ha sido bandera ostensible de movimientos tumultuosos y hasta criminales, creándose con tal motivo una situación tan grave, que V. H. ha reconocido la necesidad de suspender en esta ciudad el ejercicio de las garantías constitucionales que habilitan al P. E. para restablecer la tranquilidad pública perturbada por aquella excitación propia sólo de un estado anormal y enfermizo... He adquirido, pues, la convicción de que el proyecto de unificación de la deuda nacional se ha hecho de todos modos irrealizable é inhabilitado el P. E. constitucionalmente para retirarlo, después de haber merecido la aprobación de una de las honorables cámaras, debe manifestaros que desiste de sostenerlo y os pide que no le prestéis vuestra sanción definitiva. Dios guarde a V. H. Julio A. Roca. Felipe Yofre”.

<sup>19</sup> De las Actas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales surge que el doctor José Antonio Terry asistió a una única sesión del cuerpo, la del 15 de julio de 1910 (agradecemos los datos respectivos que nos fueran brindados en dicha Corporación, por el señor Juan Manuel Nievas, quien se desempeña en su Secretaría Administrativa).

## 7. Algunas lecciones olvidadas del profesor indiscutido de *Finanzas Públicas* José Antonio Terry guardadas durante casi un siglo en el depósito de los trastos viejos y descolados de nuestra Facultad de Derecho y la necesidad de estudiar el fenómeno “*ingresos-gastos públicos*”.

El doctor Juan Carlos Luqui, profesor titular de *Finanzas y Derecho Tributario* siempre nos enseñaba en las tertulias que solía darnos a los graduados en su estudio de la calle Hipólito Yrigoyen, frente a Plaza Lorea, la importancia del presupuesto y de los gastos públicos, y recordaba que José Antonio Terry, en su primera actuación como Ministro de Hacienda, durante la presidencia de Luis Sáenz Peña, solía molestarse de sobremana cuando las reuniones de gabinete comenzaban sin su presencia. En ese momento la Constitución fijaba el número de secretarios ministros en cinco y él solía reflexionar en voz alzada que el presidente y los restantes cuatro secretarios ministros (esto es, los cinco), solo tenían por función gastar y que él, en cambio, tenía la difícil tarea de recaudar y de hacer cumplir el presupuesto, por lo cual, antes de decretar cualquier gasto, tenían que consultarlo si era posible efectuar el pertinente compromiso y si éste se proyectaba a ejercicios venideros, cómo se lo incluiría al elaborarse esta ley trascendental.

Es menester tener presente que según señalara el gran jurista tucumano Juan Bautista Alberdi: “*No puede haber gobierno gratis, por ser el más caro de los gobiernos*”<sup>20</sup>.

Debemos tener presentes algunos fallos que marcan la impronta del constitucionalismo social dictados por la CSJN en las causas:

“*Asociación Benghalensis y Otros v. M° de Salud y Acción Social – Estado Nacional*”<sup>21</sup>, sentencia del 1° de junio de 2000 y

“*Ana Carina Campodónico de Beviacqua v. Ministerio de Salud y Ac-*

---

<sup>20</sup> ALBERDI, Juan Bautista: *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Tercera Parte: “Disposiciones de la Constitución que se refieren al fenómeno de los consumos públicos, o sea de la formación, administración y empleo del Tesoro Nacional”, Capítulo III: “De los consumos o gastos públicos. Recursos que la Constitución señala para sufragarlos. Elementos y posibilidad de un Tesoro Nacional en la condición presente de la Confederación”, párrafo I: “De la sensatez con que la Constitución ha declarado nacionales recursos que lo son por su naturaleza y por la tradición política argentina...” (en cualquiera de sus ediciones).

<sup>21</sup> *Fallos*: 323:1339.

*ción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*”<sup>22</sup>, sentencia del 24 de octubre de 2000.

Las enseñanzas centenarias del profesor José Antonio Terry, y principalmente su actuación pública como ministro de Hacienda durante las presidencias de Luis Sáenz Peña, Julio A. Roca y Manuel Quintana –verdaderos padres fundadores de una etapa de desarrollo y grandeza para la Nación Argentina–, demuestran que el *excesivo socialismo de Estado*, ya sea mediante un intervencionismo regulador irrestricto o a través de un protagonismo desmedido de los poderes públicos en materia económica, es incompatible con nuestra Constitución, resulta paralizante y se exhibe, hoy, retrógrado; pero que, igualmente, el *abstencionismo prescindente* de las autoridades en el campo económico y social, conduce también, de forma irremediable, a un modelo no deseado de *Estado desertor*, declinante, ante los núcleos de poder económico y financiero, del rol fundamental de gerenciar los intereses de la sociedad en su conjunto, para la realización concreta y efectiva del *bien común* –en nuestra terminología constitucional: para promover *el bienestar general*– que lo explican y fundamentan como comunidad política organizada.

---

<sup>22</sup> Fallos: 323:3229.

# DERECHO ANIMAL. ALGUNAS PROPUESTAS

POR JOSÉ W. TOBIÁS\*

## I. Ideas iniciales

Como es notorio, el estudio doctrinario del tema de la cuestión animal en nuestro país, se ha incentivado recientemente<sup>1</sup> –incluso antes, en el ámbito de las comunicaciones en esta Academia<sup>2</sup>–, con motivo de la repercu-

---

\* Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 9 de agosto de 2018.

<sup>1</sup> Puede verse PICASSO, Sebastián, “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda”, LL 2015-B-950; MUÑIZ, Carlos M., “Los animales ante la ley. De objetos y sujetos”, LL 2016-A-547; íd. “Dudas y aciertos sobre los animales y su personalidad”, LL del 26/10/2017; SAUX, Edgardo I., “Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas”, LL 2016-B-1020; GUIBOURG, Ricardo A., “Personas, simios y otras abstracciones”, LL 2014-A-1251; VANOSI, Jorge R., “La protección jurídica de los animales”, LL 2015-A-850; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Hacia una teoría normativa de los animales no humanos como titulares de derechos. La opinión consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, diario La Ley del 14/05/2018; BANDIERI, Luis M., “Los animales tienen derechos?”, Prudentia Iuris núm. 79, p. 33; SABSAY, Daniel, “Los derechos de las personas no humanas”, LL del 29/4/2015, Suplemento de Derecho Ambiental; BUOMPADRE, Pablo, “De Suiza a Sandra. Un camino hacia el reconocimiento de derechos básicos fundamentales de los animales no humanos. Los animales como sujetos de derecho”, LL del 29/4/2015, Suplemento de Derecho Ambiental; BERROZ, Valeria, “Por qué tienen derecho a existir: una introducción al debate ético sobre el derecho de los animales no humanos”, en CAFFERATA, Néstor (dir.), *Derecho ambiental. Dimensión social*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 83 y ss.; GUY, Carina, “El status jurídico de los animales no humanos, la ley 14.346 que pretende su protección”, *Revista del Foro de práctica profesional del Colegio de Abogados de Santa Fe*, edición en honor al Dr. Carlos Santiago Fayt, ps. 143 y ss.; DOBOKOVIC, Pablo, “Los caballos también sienten”, Supl. Derecho ambiental, AR/DC/1312/2015; ESAIN, José A. “Régimen jurídico de la fauna en la Argentina”, AP/DOC/770/2016; ROSA, María E. “El reconocimiento de los animales como sujetos de derecho. El caso del Habeas Corpus de Sandra la orangutana”, RD Amb. 41, 164.

<sup>2</sup> VANOSI, Jorge, “La protección jurídica de los animales”, Anales, 2ª época – año LIX – núm. 52, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2014, p. 193; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La categoría jurídica “sujeto-objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2010.



sión del recurso de hecho interpuesto por una Asociación Civil en reclamo de la situación de la orangután de Sumatra –apodada “Sandra”– alojada en el Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires, a quien un pronunciamiento judicial le atribuyó la calidad de “sujeto de derecho no humano” o “persona no humana” y por ende, lo que consideró el goce de un “derecho” a su libertad ambulatoria<sup>3</sup>.

En otro pronunciamiento, asimismo, la sala I de la Cámara Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>4</sup>, admitió la viabilidad de calificar a los animales como personas no humanas, aunque con la salvedad de que ello “no significa que sean titulares de los mismos derechos que poseen los seres humanos, sino que se trata de reconocerles sus propios derechos como parte de la obligación de respeto a la vida y su dignidad de ‘ser sintiente’”.

Fuera del ámbito nacional, tuvo también reciente relevancia pública un caso resuelto en el Distrito de California del Norte, Estados Unidos: un mono a quien se apodaba “Naruto” apretó el botón de disparo utilizando la cámara que se encontraba en un trípode, de lo que resultó una “selfie” que dio lugar a un conflicto judicial en que se discutían los dere-

<sup>3</sup> La Asociación actora interpuso una acción de amparo a favor de la orangután –atribuyéndole la calidad de persona no humana– fundado en que había sido privada ilegítimamente de su libertad y que su estado de salud –muy deteriorado– le producía un riesgo de muerte reclamando, en base a ello, su libertad y posterior e inmediato traslado a un santuario ubicado en el Estado de San Pablo, Brasil. La acción es rechazada en las dos instancias (no obstante lo cual se resuelve pasar las actuaciones a la justicia correccional ante la eventualidad que los hechos denunciados pudieran encuadrarse en el tipo penal del art. 1 de la ley 14.436) y llega a la Casación. En el pronunciamiento de diciembre de 2014, la Sala II de la Cámara de Casación Penal reconoció al simio la naturaleza que se le atribuía en el recurso promovido y habilitó a la entidad que accionaba en su interés para promover en la jurisdicción competente el hábeas corpus en cuestión (acerca de los cuestionamientos al fallo, vinculados con su carácter abstracto y carencia de fundamentación, BANDIERI, Luis M., “Los animales ¿tienen derechos?”, *Prudentia Juris*, núm. 79, p 34 y ss.). La misma actora inició una acción de amparo a favor del simio, reclamando el reconocimiento de su rango de persona no humana y por ende titular de derechos (entre ellos el de la libertad) como consecuencia de lo cual peticionó la liberación del cautiverio en que se encontraba y se lo reubicara en un santuario “acorde a su especie”. Tal reclamo fue resuelto favorablemente disponiéndose que los expertos elaboraran un informe proponiendo las medidas a adoptarse, las que debían garantizar “las condiciones adecuadas del hábitat” y las actividades necesarias para preservar sus habilidades cognitivas”.

<sup>4</sup> Causa “Incidente de apelación G.B.R. s/infracción ley 14.346”, LL del 29/2/2016, con nota de MUÑOZ, Carlos, “Los animales ante la ley. De objetos y sujetos”. Ver también voto del Dr. Fraenza (CPenal Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1/3/2017, LL del 15/5/2017), que atribuye a los animales el *status* de “personas no humanas” en un proceso en que se otorgó un régimen de visitas a un perro secuestrado.

chos emergentes de la “autoría”<sup>5</sup>.

Pero lo cierto es que en la cuestión del “derecho animal” –importa señalar que con la expresión no entiendo hacer referencia a derechos subjetivos de los animales sino al régimen legal (el sistema normativo) de ellos– se viene desarrollando a nivel global, particularmente desde la década de los setenta del siglo pasado, un extendido movimiento cultural –sustentado, a su vez, en una mayor sensibilidad y atención social con el tema– que, con variantes significativas entre sí, viene propiciando innovaciones en reclamo de un derecho animal nuevo basado en nuevas reglas y nuevos instrumentos de tutela.

Corolario de todo ello, por ejemplo, es que en los Estados Unidos la disciplina del “Animal Law” ha tenido un importante desarrollo y es enseñada, al parecer, en más de 110 Universidades (entre ellas, Harvard, Michigan, Stanford, Georgetown y Rutgers) con el simultaneo aparecer de Revistas Jurídicas dedicadas al tema (*Animal Law*, *Journal of Animal Law*, *Animal Law and Ethics*)<sup>6</sup>. Más relevante aún, la citada tendencia, como se verá mas adelante, se manifiesta en el derecho supranacional, y en el nacional en reformas constitucionales, en reformas de Códigos Civiles y en la proliferación de la legislación especial.

El propósito de esta comunicación –luego de mencionar el contenido del derecho clásico de la relación hombre-animal en Occidente (basado en la centralidad del paradigma cosa-proprietario) y la situación en el derecho argentino– es indicar y evaluar las nuevas corrientes, su impacto en las reformas constitucionales, en los Códigos Civiles y en parte en

<sup>5</sup> Causa “Naruto v. David John Slater”. La “selfie” fue publicada por el demandado en varios sitios y la asociación de animales (PETA) demandó a Slater por violación de *Copyright*, argumentando la “autoría” de Naruto. El juez rechazó el reclamo por entender que la legislación carecía de registros de la autoría de la naturaleza, animales o plantas y consideró que la foto pertenecía al dominio público. Estando el expediente en la Corte de Apelaciones de San Francisco, la actora y el demandado solicitaron que el tribunal se abstuviera de juzgar debido a que habían arribado a un acuerdo, en virtud del cual un porcentaje de las regalías se reconocía a la actora para todos los monos de Indonesia (datos extraídos de la ponencia de Lucas Leiva Fernández en la Comisión 14 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017).

<sup>6</sup> FRANCAVILLA, Domenico, *Comparare il diritto degli animali*, en “Trattato di Biodiritto” diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 825; LAO RODRIGUEZ, Belén, “Legislación inglesa y norteamericana. Derecho animal”, Michigan State University College of Law, <https://www.animallaw.info/article/legislaci%C3%B3n-inglesa-y-norteamericana-derecho-animal-0#.Wvrrv75AnWE.email>. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –a su vez– desde el año 2015, una materia del CPO se titula “Derecho animal”.

la legislación particular, para concluir con sugerencias relacionadas con algunos aspectos básicos para una eventual reforma del Código Civil y Comercial la implementación de una legislación marco de derecho animal.

## II. La tradición jurídica en la cuestión animal

Es perceptible que las reglas jurídicas clásicas relativas a los animales, se han visto influenciadas por la importancia de ellos en la economía (medio de transporte, de alimentación, de explotación; de experimentación; de entretenimiento), en las prácticas sociales y, aún, en la religión, aunque la interacción entre los grupos humanos y los animales haya variado en intensidades variables según las épocas y los ámbitos físicos<sup>7</sup>.

En lo que acá interesa, puede decirse que tanto el derecho clásico de tradición continental como de tradición anglosajona, parte de la calificación de los animales como “cosas” (siendo indiferente que sean animales de producción, de afección o selváticos). Así calificados, resulta de ello una serie de consecuencias: son objeto del derecho de propiedad; en el ámbito del derecho penal la violencia contra los animales es considerada como delito contra la propiedad; los animales sin dueño son susceptibles de apropiación; el daño causado a los animales es considerado como un daño causado a una cosa (prescindiéndose por ende, de un eventual vínculo especial con el propietario), en los daños causados por los animales, rige el régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas, etc.

El paradigma dominante en el derecho animal, en suma, es el de la relación “cosa-propiedad” o, puesta la cuestión en parecidos términos, el de la dicotomía “persona-cosa”. Es el encuadre adoptado por el Código Civil francés, que es recogido por los Códigos decimonónicos, entre ellos el Código Civil de Vélez Sarsfield (arts. 2318; 2525; 2540 a 2544).

El vigente Código Civil y Comercial no se aparta de los indicados lineamientos: de varias de sus disposiciones se infiere su naturaleza de

<sup>7</sup> Observa FRANCAVILLA, Domenico, *Comparare il diritto degli animali*, en “Trattato di Bio-diritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 824, que en las sociedades primitivas con la lucha por la sobrevivencia resultaba evidente la posición de paridad entre hombres y animales y, aún, la debilidad de los primeros y que es distinta la relación hombre-animal en una sociedad de cazadores que en una sociedad de criadores.

cosas muebles, por lo cual son objeto de derechos e intereses (arts. 227, 464 incs. f] e i]; 465 inc. i]; 1919 inc. c]; 1947, 1948; 1949; 2130 inc. c], 2141 inc. a]; 2153).

### III. La revisión del derecho clásico animal

Probablemente, pueda decirse que el significado de la relación hombre-animal tiene raíces tan antiguas como la humanidad.

Sin embargo, el movimiento de revisión del derecho animal –tal como fue elaborado por las legislaciones decimonónicas– tiene influencias filosóficas e ideológicas relativamente recientes. Con sustento en el pensamiento de Jeremías Bentham<sup>8</sup> y Henry Salt<sup>9</sup>, se coincide en atribuir relevancia a las posturas de los filósofos Peter Singer<sup>10</sup>, Tom Regan<sup>11</sup> y más recientemente Gary Francione<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> A diferencia de Kant, Bentham afirma que los animales ostentan significación moral proveniente de su aptitud de sentir. Es ilustrativo este párrafo: “Un caballo o un perro adulto son más allá de toda comparación animales racionales, así como también con mayor capacidad de comunicación que un niño de un día, de una semana o incluso, de un mes. Pero supongamos que esto no fuera así, ¿de qué serviría? El asunto no es ¿pueden razonar? Ni tampoco ¿pueden hablar? Sino ¿pueden sentir? (BENTHAM, Jeremías, citado por LAO RODRIGUEZ, Belén, “Legislación inglesa y norteamericana. Derecho animal”, Michigan State University College of Law, <https://www.animallaw.info/article/legislaci%C3%B3n-inglesa-y-norteamericana-derecho-animal-0#.Wvrrv75AnWE.email>)

<sup>9</sup> En un opúsculo de 1892, “Los derechos de los animales considerados en relación al progreso social” concluye afirmando “... que la realización de los derechos humanos que se aproxima tendrá inevitablemente que traer detrás de sí la realización, posterior pero no menos cierta, de los derechos de las razas animales inferiores (cit. por BANDIERI, Luis M., *Los animales ¿tienen derechos?*, Prudentia Juris, núm. 79, p. 42).

<sup>10</sup> A partir de su obra “*Animal Liberation*” publicada en 1975 (hay traducción castellana, “Liberación animal”, Trotta, 1999). Un desarrollo y crítica de la postura, en BANDIERI, Luis M., *Los animales, ¿tienen derechos?*, Prudentia Juris, núm. 79, p. 42 y ss.

<sup>11</sup> REGAN, Tom, “*The case for animal rights*”, Univ. of California Press; íd. “*Defending Animal Rights*”, Univ. of Illinois Press. Para Regan, todo “sujeto de una vida” merece respeto y posee un valor intrínseco; ello no está basado en una diferencia de especie y abarca animales con las aptitudes suficientes para serlo. Tal circunstancia supone que deban gozar de derechos dirigidos a proteger su vida, su salud, su libertad y otras características derivadas de ese valor inherente. Concluye propiciando la total abolición del uso de animales para experimentos científicos; su caza o utilización comercial o deportiva y la cría de animales con fines comerciales

<sup>12</sup> FRANCIONE, Gary L., Profesor de Derecho en la Universidad Rutgers, New Jersey, fue fundador y director del “Rudgers Animal Rights Law Center”. Su visión apunta a diferenciar los derechos de los animales del bienestar animal; a defender los derechos de los animales basados en la “sintiencia” y a cuestionar el estatus de los animales como “propiedad” (“*Animals, Property and the Law*”, Tem-

La citada corriente, en las posturas más extremas, propicia el reconocimiento a los animales de derechos subjetivos y como corolario de ello, en la necesidad de atribuirles la calidad de persona no humana (en algunos casos sólo a determinados animales y a partir de una mayor o menor generalidad de animales titulares, atribuirle mayores o menores derechos, según las diversas posturas)<sup>13</sup>. En la indicada evolución, un papel relevante, no obstante su carácter no vinculante, ha de atribuirse a la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, elaborada por la Liga internacional por los Derechos del Animal y aprobada por la Unesco en septiembre de 1977 y por la ONU en 1978, debido a la importancia supranacional de los entes que la aprobaron y que es invocada sistemáticamente por las llamadas asociaciones animalistas, en razón de que atribuye a aquellos una serie de derechos subjetivos<sup>14, 15</sup>.

En la imposibilidad de desarrollar, aquí, los cuestionamientos a las tesis de los derechos subjetivos de los animales (o de algunos de ellos) y su

---

ple University Press; “*Rain without Thunder. The ideology of the Animal Rights*”, Temple University Press; “*Introduction to Animal Rights ¿your child or the dog?*”, Temple University Press.

<sup>13</sup> Alguna doctrina argentina recoge la indicada postura: SABSAY, Daniel, “Los derechos de las personas no humanas”, LL 2015-A-850; BUOMPADRE, Pablo, “De Suiza a Sandra. Un camino hacia el reconocimiento de derechos básicos fundamentales de los animales no humanos. Los animales como sujetos de derechos”, Supl. Ambiental, AR/DOC/1311/2015; BERROS, Valeria, *¿Por qué tienen derecho a existir?: una introducción al debate ético sobre el derecho de los animales no humanos*, en “Derecho ambiental-Dimensión social”, dirigido por Néstor Cafferrata, Rubinzal Culzoni, p. 83; GUY, Carina, “El status jurídico de los animales no humanos. La ley 14.2346 que “pretende” su protección, Rev. del Foro Profesional del Colegio de abogados de Santa Fe, 2015, p. 143; DUBOKOVIC, Pablo “Los caballos también sienten”, Supl. de Derecho ambiental, AR/DOC/1312/2015; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Hacia una teoría normativa de los animales no humanos como titulares de derechos. La Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, diario La Ley del 14 de mayo de 2018; ROSA, María E, “El reconocimiento de los animales como sujetos de derecho. El caso del habeas corpus de Sandra. La orangutana”, RDAMB. 41, p. 164.

<sup>14</sup> Se menciona allí el derecho a la existencia (art. 1); a la alimentación, a los cuidados y a la protección del hombre (art. 3), a no ser explotado para esparcimiento del hombre (art. 10); el de los animales salvajes a vivir libre en su propio ambiente (art. 4); el de los animales de trabajo a una limitación razonable del tiempo e intensidad del trabajo (art. 7); a no ser explotado para experimentos del hombre cuando ello implique un sufrimiento físico o psicológico (art. 8), etc.

<sup>15</sup> En rigor, una corriente aún más extrema plantea los derechos de la naturaleza misma, abarcando tanto las formas animadas como las inanimadas: es la corriente de la “ecología profunda” (“*deep ecology*”) (ZAFFARONI, Eugenio R., *La Pachamama y el humano*, Eds. Madres de Plaza de Mayo - Colihue, Acerca de la Constitución de Ecuador y los “derechos” de la “Pachamama”, *infra* núm. IV).

consiguiente calidad de persona (no humana)<sup>16</sup>, será suficiente al menos, enunciar algunas premisas, indicativas –a mi juicio– de que se trata de construcciones conceptualmente erradas y funcionalmente inútiles<sup>17</sup>.

- a) Prescindiendo de adscribirse a doctrinas ius naturalistas o positivistas respecto del concepto de persona, ambas coinciden que es una categoría jurídica que requiere de un sustrato real –el hombre, individual o colectivo– y una cualidad jurídica que le es dada o reconocida por el ordenamiento. La “personalización” de seres no humanos (vegetales, animales, muertos) es incompatible con la noción misma de Derecho, cuyo fin y razón de ser es el hombre: el derecho regula conductas y ellas son propias de los seres humanos (los animales se mueven por instintos o hábitos pero sus actividades no son susceptibles de ser reguladas por el ordenamiento jurídico). La “esencia humana”, de ese modo, es de la esencia de la calidad de sujeto de las relaciones jurídicas.
- b) La base ética de las tesis que se observan se sustenta en la injusticia de los tratos humanos a los animales: infligirles dolores o sufrimientos; tratarlos con crueldad, privarlos injustificadamente de la vida o la libertad. Es la indicada base la que sustenta la invocación de la existencia de derechos para impedir esos comportamientos humanos (no, inversamente, que ellos “son” titulares de derechos y que los indicados comportamientos los violan).
- c) Se trataría, en fin, de una ética del comportamiento humano hacia los animales que fundaría, para estas tesis, la existencia de derechos

---

<sup>16</sup> En nuestro país, en contra de la existencia de derechos subjetivos y de personas no humanas, BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil*, cit., t. I, p. 237; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 3ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2004, T° I, p. 344; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, actualizado por Patricio Raffo Benegas, 24ª edición, Abeledo Perrot, T° I, ps. 193 y s.; PICASSO, Sebastián, “Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda”, LL 2015-B-950; MUÑOZ, Carlos M., “Los animales ante la ley. De objetos y sujetos”, LL 2016-A-547; id. “Dudas y aciertos sobre los animales y su personalidad”, LL del 26/10/2017; SAUX, Edgardo I., “Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas”, LL 2016-B-1020; GUIBOURG, Ricardo A., “Personas, simios y otras abstracciones”, LL 2014-A-1251; VANOSI, Jorge R., “La protección jurídica de los animales”, LL 2015-A-850; ESAIN, José A., *Régimen jurídico de la fauna en la Argentina*, RDAmb. 48, p. 131; TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil – Parte general*, La Ley, T° I, p. 336 y ss.; despachos A y B de la Comisión 14, de Estudiantes: “Persona física no humana”, XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata 2017.

<sup>17</sup> DESMOULIN, Sonia, *Quel droit les animaux? Quel statut juridique pour l'animal?*, Rev. Pouvoirs, 2009, p. 43 y ss.

de la titularidad de estos. Cuando se trata de establecer a quién incumbraría atribuir esa calidad subjetiva, la respuesta es inequívoca. El hombre es el protagonista único y exclusivo de la generación de normas jurídicas (los animales no humanos, como es obvio, no están en grado de establecer reglas de comportamiento).

- d) Las indicadas reglas normativas –de fuente humana– buscan la satisfacción de intereses humanos y en esa instancia, la expresión “derechos de los animales”, en rigor, tiende a confundirse con la de “bienestar animal”. La finalidad de las fuentes normativas humanas es salvaguardar a ciertos seres vivientes del actuar humano (una relación hombre-animal) de modo diverso a la del derecho tradicional (no hay un derecho del conejo a evitar la agresión del perro que está por agredirlo, pues allí juegan las reglas de la naturaleza y, en todo caso –otra vez – habría un deber del hombre de impedirlo).
- e) En la indicada relación hombre-animal, de lo que se trata, por lo tanto, es de elaborar normas que disciplinen el comportamiento de los hombres hacia los animales (en rigor, más ampliamente, de establecer reglas de un deber de comportamiento de protección y salvaguarda del ambiente, la naturaleza y la biodiversidad (las que en última instancia, son funcionales al uso que el hombre les da).

Así, hay un solo sujeto de derecho respecto del cual los animales son necesitados de protección: el hombre. La sustancia del derecho animal, por consiguiente, es la de cumplir dos objetivos: proteger a los animales del hombre y mantener la coherencia de los sistemas jurídicos.

En esa dirección, las normas de protección se sustentan en un genérico deber de solidaridad con seres vivientes diversos de la persona humana que forman parte de la naturaleza, a cuyo respecto es menester recordar que la imposición de deberes normativos no presupone necesariamente el correlativo derecho subjetivo.

Es a la persona humana a quien le incumbe elaborar un sistema jurídico de protección de los animales compuesto de deberes jurídicos y reglas de comportamiento y es a ella, asimismo, a quien le incumbe cumplir esos deberes. Y, en el fondo ¿cuál es la finalidad que los sostenedores de derechos de los animales intentan perseguir si no es el del bienestar animal?<sup>18</sup> Y si

---

<sup>18</sup> MAZZONI, Cossimo M., *La questione dei diritti degli animali*, en “Trattato di Biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 290 y ss.

el objetivo es el mismo ¿para qué pretender alterar la esencia y naturaleza misma de los sistemas jurídicos?

En definitiva, se trata de elaborar nuevas formas de protección de los animales a través de los deberes que el ordenamiento jurídico imponga al Estado y a la sociedad. En la indicada dirección, en los dos números siguientes se enuncian las novedades en las Constituciones y en los Códigos Civiles, con algunas referencias a documentos internacionales. Se podrá advertir, luego de ello, que las reformas se enmarcan en la tesis de imponer deberes a cargo de los únicos destinatarios del orden jurídico (las personas humanas, individuales o colectivas) prescindiendo de atribuir derechos a los animales.

#### IV. La evolución en las Constituciones

La tutela de los animales en el nivel constitucional es un fenómeno relativamente reciente en algunos países europeos, y susceptible de incidir en todo el sistema jurídico de los respectivos países.

En ese orden, la Constitución suiza (2.000) reserva a la Confederación el dictado de prescripciones sobre la protección animal, y establece que la disciplina debe versar, en particular, sobre: *a)* el mantenimiento y el cuidado de animales; *b)* la experimentación e intervención sobre animales vivos; *c)* la utilización de animales; *d)* la importación de animales y de productos animales; *e)* el comercio y transporte de animales; *f)* la matanza de animales (art. 80)<sup>19</sup>.

Una enmienda introducida en el año 2002 a la Constitución alemana –posterior a una reforma del BGB según se dice más adelante– establece: “El Estado, asumiendo igualmente su responsabilidad respecto a las generaciones futuras, protege los recursos naturales y a los animales por medio

---

<sup>19</sup> La regulación se completa con los arts. 78 y 79. El primero establece que le corresponde a la Confederación la sanción de las normas referidas a la tutela de la flora y la fauna y la salvaguarda de aspectos vitales de la multiplicidad natural, además de incumbirle la protección de las especies amenazadas de extinción. El art. 79 dice que le corresponde el dictado de los principios de la pesca y la caza, en particular para la conservación de las múltiples especies de peces, de mamíferos selváticos y los pájaros. Pero es desde 1992 que ya hay una norma referida a los animales: “La Federación promulgará normas sobre el uso de material reproductivo y genético de animales, plantas y otros organismos. Tomará para ello en cuenta la dignidad como criatura y la seguridad del ser humano, los animales y el medio ambiente y protege la diversidad genética de las especies animales y vegetales” (art. 120 ap. 2).



del ejercicio del poder legislativo, en el cuadro del orden constitucional y de los poderes ejecutivo y judicial en las condiciones que establezcan la ley y el derecho” (art. 20.a)<sup>20</sup>.

En la misma dirección que las anteriores, una reforma de la Constitución austríaca (2004) establece que el Estado protege la vida y el bienestar de los animales atendiendo que los seres humanos tienen responsabilidad especial hacia los seres prójimos (art. 11.1).

La última Constitución europea en incorporar referencias a la protección animal es la de Luxemburgo. En la revisión constitucional de 2007, la fórmula final del art. 11 apartado 2 dice: “*Il (el Estado) promet la protection et le bienetre des animaux*”.

Interesa señalar, asimismo, la influencia del derecho de la Unión Europea. El Tratado de la Unión Europea que entro en vigor el 1º de diciembre de 2009, establece que en “la formulación y aplicación de las políticas de la Unión en los sectores de la agricultura, transporte, mercado interno, investigación y desarrollo tecnológico y del espacio, la Unión y los Estados miembros deben tener plenamente en cuenta las exigencias del bienestar animal en cuanto seres sintientes, respetando las disposiciones administrativas y legislativas y las costumbres de los Estados miembros en particular, en lo atinente a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonios regionales” (art. 13).

Se trata de una fórmula que computa que las fiestas populares con la participación de animales vivos –una manifestación relevante de ello son las corridas de toros en España que forman parte de su identidad nacional– suscita contrastes entre quienes invocan la tradición con los que reclaman el respeto de la vida y los “sentimientos por los animales”, corolario de lo cual es que los principios innovativos del artículo se subordinan, en caso de contraste, a las normas y tradiciones locales<sup>21</sup>.

Independientemente de la salvedad señalada, es perceptible que el ran-

---

<sup>20</sup> Se ha discutido si la referencia del texto a los animales como objeto de protección abarca a todos ellos (unicelulares, pluricelulares, insectos o chimpancés) y, con sustento en que la finalidad de la norma es evitar dolor, sufrimiento, miedo u otro tipo de daño, se afirma por algunos que ella estaría referida, más bien, a los animales con una “estructura nerviosa” (GIMÉNEZ CANDELA, Teresa, “Informe sobre los animales en el derecho civil: cuestiones básicas para una legislación marco de bienestar animal”, [web.psoe.es/source-media/000000484000/000000484368.pdf](http://web.psoe.es/source-media/000000484000/000000484368.pdf)).

<sup>21</sup> CAMPANARO, Carla, *Feste, sagre, palii e corride*, en Trattato di biodiritto, diretto da S. Rodotà – P. Zatti, “La questione animale”, Giuffrè, p. 617).

go del Tratado impone al jurista europeo una interpretación de las normas nacionales sobre animales en concordancia con la calidad de “seres sintientes” del citado art. 13 y que el texto adquiere en ese ámbito el carácter de “principio fundamental” en la materia de las relaciones hombre-animales<sup>22</sup>.

La legislación europea se integra con importantes Directivas del Parlamento Europeo<sup>23</sup>.

Fuera del ámbito de la experiencia constitucional europea, la Constitución de la India comporta un importante reconocimiento de la protección de los animales en ese nivel. Dispone el art. 48: “*The State shall endeavour to organize agricultural and animal husbandry on modern and scientific lines and shall, in particular, take steps for preserving and improving the breeds and prohibiting the slaughter of cows and calves and other milk and draught cattle*”. El art. 48A, a su vez, está dirigido a la protección de animales selváticos dentro del ámbito de la tutela del ambiente<sup>24</sup>.

En el ámbito del derecho constitucional latinoamericano, algunas de las Constituciones han establecido regulaciones acerca de la tutela del medio ambiente y la biodiversidad y sólo en ese marco se puede considerar la incidencia de algún impacto en la cuestión animal. En ese orden, la Constitución ecuatoriana, por ejemplo, impone al Estado la aplicación de medidas de prevención y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies (art. 73) y, aludiendo a la “soberanía alimentaria”, establece que es responsabilidad del Estado que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable (art. 281)<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Testimonianze, tendenze, tensioni del diritto animale vigente*, en “Trattato di biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 252.

<sup>23</sup> Algunas de ellas: 92/43 sobre la conservación del hábitat natural y seminatural de la flora y de la fauna selvática; 93/19 relativa a la protección de los animales en el momento de su sacrificio o matanza; 95/19 sobre la protección de animales durante el transporte; 2003/65 sobre protección de animales utilizados en experimentación y con fines científicos; 2009/147 relativa a la conservación de pájaros selváticos; 1999/22 relativa a la custodia de los animales selváticos en los jardines zoológicos. También, Convención Europea para la protección de los animales de compañía (Estrasburgo 13 de noviembre 1987).

<sup>24</sup> En un plano también general el art. 51 A incluye entre otros deberes el de “*protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures*”.

<sup>25</sup> El art. 71 del Capítulo séptimo (denominado “derecho de la naturaleza”), dice: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos

Más precisamente, aunque también dentro de la protección del medio ambiente y la biodiversidad, la Constitución de Bolivia (2009), contiene normas sobre la cuestión animal. Entre ellas, establece el deber de los bolivianos de “Proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos” (art. 108 inc. 16); prescribe que entre las facultades del Tribunal Agroambiental –máximo tribunal especializado de la jurisdicción agroambiental– está la de entender en las demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente y sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales (art. 186); consagra la competencia concurrente del nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas para preservar, conservar y contribuir a la protección del medio ambiente y fauna silvestre (art. 299); proclama, en fin, que “los recursos naturales son de propiedad del pueblo boliviano” (art. 346) y que son patrimonio natural las especies nativas de origen animal y vegetal debiendo el Estado establecer las medidas necesarias para su conservación, aprovechamiento y desarrollo (art. 302).

En las circunstancias actuales, quizás pueda decirse que la protección constitucional se reduce a una enunciación de objetivos –más bien normas programáticas– no obstante lo cual su importancia no debe ser subestimada, no sólo por su valor simbólico y cultural sino por los deberes que ponen a cargo de los órganos del Estado y, en todo caso, por su importancia como instrumento de interpretación constitucional<sup>26</sup>.

## V. La evolución en los Códigos Civiles

En el plano legislativo –específicamente el de los Códigos Civiles– se han sucedido reformas significativas desde las dos últimas décadas del siglo pasado que se extienden hasta la actualidad, algunas de las cuales se mencionan a continuación.

La tendencia de que se da cuenta, da inicio con una ley de Austria del 1º de julio de 1988 que incorporó al Código Civil el art. 285.a, que dice:

---

evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar esos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. ...”

<sup>26</sup> FRANCAVILLA, Domenico, *Comparare il diritto degli animale*, en “Trattato di biodiritto”, diretto da S. Rodotà - Paolo Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 852.

“Los animales no son cosas; están protegidos por leyes especiales. Las disposiciones referidas a las cosas se aplican en caso de no existir una previsión expresa” y, correlativamente, agrega otra reforma relativa a los animales: el art. 1332.a en alusión a la regulación de la indemnización debida por los costos derivados de un animal herido<sup>27</sup> (con posterioridad, por otra reforma del año 1996, el art. 250 del Código de ejecución estableció la inembargabilidad de los animales que no se destinan a la venta, con los que existe “apego emocional” y tienen un valor de hasta 10.000 chelines).

Luego, en parecida dirección, se suceden las reformas de otros códigos civiles europeos:

- a) Una reforma del año 1990 del Código Civil alemán –“Ley para la mejora de la situación del animal en el derecho civil”–, amplió la denominación del Capítulo 2 del Libro I que pasó a denominarse “Cosas. Animales” (antes “Cosas”) e incorporó el § 90a, que establece: “Los animales no son cosas. Están protegidos mediante leyes especiales. Se les aplican las disposiciones vigentes para las cosas, siempre que no haya otra previsión”. Correlativamente, se agrega un párrafo al § 903 en relación a los poderes del propietario, precisando que el de un animal ha de observar en su ejercicio las previsiones especiales para la protección de los animales y se modifica el § 251, en lo relativo al ámbito de la indemnización, precisando que los gastos ocasionados por la curación de un animal no son desproporcionados, aunque excedan considerablemente el valor del animal.
- b) Una reforma en el año 2002 del art. 641 del Código suizo dispone: “1. Los animales no son cosas. 2. Cuando no existen previsiones especiales para los animales, están sujetos a las disposiciones sobre las cosas”. Es de señalar que la reforma introduce otras normas referidas a casos específicos. Así, el art. 482.4 establece que “la liberalidad de la disposición por causa de muerte hecha a un animal equivale a la carga del cuidado del animal en forma apropiada” y los arts. 41 y 42, a su vez, que siempre que se trate de animales domésticos no tenidos con fines patrimoniales o lucrativos, los gastos de cura pueden ser invocados como daño aunque excedan el valor del animal y en caso de fallecimiento o heridas se puede tener en cuenta el valor afectivo

---

<sup>27</sup> Dice el texto: “Si un animal resulta herido se deben los costos reales de la curación, aun cuando excedan el valor del animal, siempre que si en vez del condenado, se hubiera tratado del propietario juicioso de dicho animal aquel si hubiese asumido tales gastos”.

- para su tenedor y su cónyuge a los fines del resarcimiento del daño. El art. 651 dispone que en el caso de los animales domésticos no detentados a título patrimonial o lucrativo, el Tribunal –en caso de litigio– atribuye la propiedad exclusiva a la parte en grado de garantizar mejor la protección del animal, sin perjuicio que el juez puede obligar a la parte a quien ha atribuido el animal a hacerse cargo de una adecuada indemnización a favor de la otra parte.
- c) Una ley 2015-177 del 6 de febrero de 2015 modificó el art. 515-14 del Código Civil francés: “Los animales son seres vivientes dotados de sensibilidad. Salvo reserva de las leyes que los protegen, los animales están sometidos al régimen de las cosas”. Con anterioridad –esbozando una distinción conceptual entre animales y cosas– ya el art. 9 de la ley del 10 de julio de 1976, disponía “*tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans les conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce*”.
- d) Particular relevancia tiene una reciente ley 08/2017 del 3 de marzo de 2017 de reformas al Código Civil portugués, algunas de las cuales son estas:
- d.1) Caracteriza a los animales como “seres vivos dotados de sensibilidad y objeto de protección jurídica en virtud de su naturaleza” (art. 201.b), disponiendo que en ausencia de disposiciones especiales se le aplican subsidiariamente aquellas relativas a las cosas que no sean incompatibles con su naturaleza (art. 201.d).
- d.2) Tanto las cosas muebles e inmuebles como los animales pueden ser objeto del derecho de propiedad, en los términos regulados por el código y la legislación especial (art. 1302), como corolario de lo cual (arts. 493,1305) establece otra serie de disposiciones especiales (indemnización en caso de lesión o muerte del animal y especial en caso de tratarse de un animal de compañía –comprensiva del daño moral– deberes relativos a su bienestar adecuadas a cada especie; garantías básicas atinentes a su alimentación y a los cuidados medico veterinarios, etc.).
- d.3) Son bienes propios los animales de compañía que cada uno de los cónyuges tenía al tiempo de la celebración del matrimonio

(art. 1733 inc.h) y en el régimen de separación de bienes es lícito estipular en la convención prenupcial un acuerdo sobre el destino de animales de compañía en caso de existir (art. 1775 inc. f).

d.4) Los animales de compañía son confiados a uno o ambos cónyuges, considerando los intereses de cada uno y de los hijos de la pareja y también el bienestar del animal (art. 1793-A)<sup>28</sup>.

En parecida dirección a los primeros nombrados, el Código Civil de Cataluña<sup>29</sup>, establece que los animales que no se consideran cosas están bajo la protección especial de las leyes y sólo se le aplican las reglas de los bienes en lo que permita su naturaleza (art. 511.1.3).

En el derecho americano, la ley de Colombia 1774 del 6 de enero de 2016 modificó una disposición del Código Civil (además de otras del Código Penal, del procedimiento penal y de sancionar otras disposiciones), agregando un párrafo al art. 655: “Reconózcase la calidad de seres sintientes a los animales”<sup>30</sup>.

La reciente ley 54 del Estado de Quebec, a su vez, sancionó un nuevo texto como art. 898.1 del Código Civil: “Los animales no son bienes. Son seres dotados de sensibilidad y tienen necesidades biológicas. Además de las disposiciones de leyes particulares que los protegen, las disposiciones del presente Código y de cualquier otra ley relativa a los bienes le son de ahora en adelante aplicables”.

En los países del *Common law*, la evolución del derecho clásico ha sido principalmente jurisprudencial, no obstante lo cual la “*Animal welfare Act*” de los Estados Unidos de América –de nivel federal– ha también acarreado un incremento de la legislación en ese país (a la que se agrega una prolife-

<sup>28</sup> Simultáneamente con ello se modifica una disposición del Código Procesal y normas del Código Penal.

<sup>29</sup> En España, el Parlamento español aprobó en diciembre de 2017 una proposición de ley para la consideración de un estatuto jurídico de los animales tendiente a prever una categoría especial en el Código Civil distante a las cosas, referida a los animales en que se los considere como seres dotados de sensibilidad y reglas legales para que los animales de compañía no puedan ser objeto de embargos.

<sup>30</sup> En concordancia con ello, el art. 3 de la ley establece una serie de principios relacionados con la protección y el bienestar animal, resultado de lo cual, a su vez, es la adición de un Título al Código Penal (“De los delitos contra los animales”) que consta de un Capítulo único (“Delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales”).

ración de legislación a nivel estatal de *Animal welfare laws*)<sup>31</sup>.

Es de señalar que la mayor parte de las normas en los distintos países sobre el derecho del bienestar animal, se encuentran en la legislación especial. Más adelante se hace referencia muy parcial a parte de ella, con unas pocas propuestas básicas para una legislación marco en nuestro país.

## VI. La cuestión en nuestro Derecho

Según se adelantó (*supra* núm. II), el Código Civil y Comercial no se apartó de los lineamientos del Código Civil derogado: los animales son cosas muebles semovientes.

Es de señalar, no obstante, la existencia de disposiciones de conservación y tutela de la fauna y de la biodiversidad y, en consecuencia, de la fauna silvestre y de su hábitat natural y de especies en vía de extinción. El art. 240, en lo que acá interesa, establece un límite al ejercicio de los derechos individuales: ellos no deben afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la fauna ni la biodiversidad, según criterios previstos en la ley especial. Así, por ejemplo, la facultad de apropiación de un animal silvestre no podría ejercerse si compromete la viabilidad del sistema ambiental (la fauna)<sup>32</sup>. Es la misma dirección del art. 41 de la Constitución Nacional: la preservación del “patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica”.

Pero, como se dijo, subsiste en el nuevo Código la dicotomía “persona-cosa”. En ese orden, –en concordancia con las modificaciones de los Códigos Civiles de que se da cuenta en el número anterior– es de propiciar una reforma en aquel que establezca una nueva categoría, distinta de las cosas: la de los animales dotados de sensibilidad, que queden sujetos a la vigencia de reglas especiales, sin perjuicio de la aplicación del régimen de las cosas en ausencia de previsiones especiales.

<sup>31</sup> FRANCAVILLA, Domenico, *Comparare il diritto degli animali*, en “Trattato di biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 856. El “*Animal Welfare Act*” data del año 1967 y se dirigió inicialmente –de modo principal– a las prácticas con animales de laboratorio para luego extenderse a los animales vertebrados.

<sup>32</sup> ESAIN, José A., *Régimen jurídico de la fauna en la Argentina*, RD Amb. 48, 131. Algunas normas especiales declaran Monumento natural a determinadas especies (ley 23.084 a la ballena franca austral dentro de las aguas jurisdiccionales; ley 25.643/01 al yaguararé) y otras prohíben la caza o captura de especies (ley 25.052/98 a la orca; ley 25.577/0 a cetáceos).

Simultáneamente con ello, cabe promover, además, una legislación especial<sup>33</sup> u otras modificaciones al Código Civil y Comercial, según los casos, que regule los sistemas de protección. En los números que siguen, se consideran algunas cuestiones especiales con algunas propuestas de “*lege ferenda*”.

### VII. Los animales de “compañía” o de “afección”

La descripción de las especiales relaciones afectivas que vinculan al hombre y el animal (o, más bien, a determinadas especies de ellos) se encuentra reflejada, desde muy antiguo, en centenares de poesías, romances, autobiografías y en la literatura general<sup>34</sup>.

Lo cierto es que cualesquiera sean los motivos o causas psicológicas humanas que explican el indicado vínculo<sup>35</sup> –regularmente con perros, gatos, caballos, aunque también con tortugas y hasta pájaros– su existencia es un dato socio cultural y psicológico indudable (un limitado reflejo de su importancia puede encontrarse en la popularidad de animales de fantasía como “Snoopy” “Pluto”, “Rin Tin Tin” o “Lassie”). La existencia de una “presencia afectiva importante” ha llevado a la caracterización y regulación legislativa de esta categoría de animales.

En el ámbito europeo, el 13 de noviembre de 1987 se suscribió en Estrasburgo la “Convención Europea para la protección de animales de compañía”.

---

<sup>33</sup> Está vigente la ley 14.346 que reprime penalmente los actos de malos tratos o crueldad con los animales. Un antecedente de importancia por la época de su sanción (1891) es la ley 2786 (llamada ley Sarmiento) que penaba con multas o arresto los actos de malos tratos ejercitados con animales.

<sup>34</sup> Se recuerda, por ejemplo, que en Homero, se describe a un guerrero troyano, Pandore, que no lleva a la batalla a su querido caballo para no someterlo al peligro de la guerra y a su muerte. En el mismo Homero, el perro Argo ha esperado durante veinte años el retorno de Ulises y cuando arriba, Argo, medio ciego y viejo pero feliz con el reencuentro, cierra los ojos para siempre mientras Ulises llora al lado del perro moribundo. Los monumentos funerarios romanos contienen numerosos epitafios para conmemorar al caballo amigo o el buen compañero de trabajo o el perro fiel (CASTIGNONE, Silvana, *Psicología della relazione affettiva tra l'uomo e gli animali*, en “Trattato de biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Patti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 113 y s.).

<sup>35</sup> Los más comunes se relacionan, en los niños, con el reemplazo de eventuales carencias afectivas o solución en horarios de ausencia de los progenitores o alternativa a la escasa dedicación de la familia y en los ancianos, evitar la soledad en el vivir, la sensación de seguridad y, en general, la de ser útil a alguien, de querer y ser querido (CASTIGNONE, Silvana, *Psicologia della relazione affettiva tra uomo e degli animali*, en “Trattato di biodiritto”, diretto da S. Rodotà- P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 120).



En la legislación italiana (l. 281/1991 que ratificó la citada convención), por ejemplo, se los denomina “animales de afección” y la norma se refiere a ellos como “perros, gatos o cualquier otro animal bajo cuidado en la propia habitación” (art. 5). Más apropiado, sin embargo, parece ser atenerse al carácter “relacional afectivo”, del que la cohabitación, en todo caso, es sólo un presupuesto de aquél (como lo serían también, la atribución de un nombre y el cuidado que se le da y especialmente, a mi juicio, la calidad de “seres sensibles”). Es común, también, aludir a ello como “animales de compañía”: así los califica la citada Convención de Estrasburgo que los define como “cualquier animal destinado a ser mantenido por el hombre, en particular en su casa para uso privado y el compañerismo”<sup>36</sup>.

En cualquier caso, el especial vínculo relacional con el propietario y su núcleo familiar justifica considerar un régimen legal —en este caso por modificaciones en el Código Civil y Comercial— que comprenda: *a*) la eventual inembargabilidad del animal (ver *infra* nota 29), a lo mejor siempre que no exceda de un determinado valor (como lo establece el art. 250 del código de ejecución de Austria); *b*) la circunstancia que puedan ser materia de acuerdos o decisiones judiciales en lo atinente a la tenencia y régimen de visitas en la disolución del matrimonio o el cese de la convivencia<sup>37</sup> (de modo similar a lo que prevé el Código Civil portugués); *c*) la fijación en esos casos de cuotas para la alimentación; *d*) la consagración de deberes a cargo de los dueños<sup>38</sup>.

Requeriría también considerar la conveniencia de una eventual norma interpretativa (parecida a la del Código suizo) que estableciera que la liberalidad de una disposición por causa de muerte hecha a un animal equivale a la carga a los herederos del cuidado del animal en forma apropiada, en relación a lo cual importa señalar que ese tipo de normas no son ajenas al

<sup>36</sup> La ley 1338/04 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se refiere a los “animales domésticos” y, a la par de promover la “convivencia armónica de las personas...” con ellos, “...dentro de una concepción de respeto por la vida...” contempla un régimen de control de la población a través de la esterilización gratuita (art. 2).

<sup>37</sup> En una causa penal (CPenal Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III, 1/3/2017, AR/JUR/10178/2017), por maltrato animal se atribuyó al denunciado un régimen de visitas respecto de las perras madres secuestradas (en la oportunidad se consideró —con divergencias— el *status* legal de los animales). Puede verse en parecido sentido un fallo del Tribunal de Pescara citado por ZAMPERETTI, Giorgio M., *Disposizione succesorie e Trust a favore d animale da affezione*, en “Trattato di biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 592, que atribuyó a uno de los cónyuges la tenencia y otorgó un régimen de visitas al otro.

<sup>38</sup> TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, La ley, T° I, p. 342.

derecho argentino (art. 2485 Código Civil y Comercial y arts. 3722 y 3792 Código Civil derogado).

### VIII. Los animales usados en laboratorios de experimentación

Las regulaciones relativas a la investigación biomédica en seres humanos suelen prever un deber de cumplir en forma previa la investigación en animales. La Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial<sup>39</sup> establece que la investigación debe conformarse con “experimentos de laboratorio correctamente realizados y en animales cuando sea oportuno” y que “se debe cuidar también de los animales utilizados en la investigación” (par. 21 en su actual formulación).

La Directiva 2010/63 de la Comunidad Económica Europea relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos –ampliando considerablemente el nivel de resguardo respecto de la Directiva 86/609 a la que reemplazó<sup>40</sup>– establece diversas medidas de protección, que están imbuidas de la consideración que sería deseable la sustitución de los procedimientos con animales vivos y que ellas constituyen un paso hacia el objetivo final de su reemplazo cuando ello sea científicamente posible (considerando 10)<sup>41</sup> y, además, de tres principios (las llamadas “tres R”): de “*replacement*” (cuando sea posible, un método científico satisfactorio que no requiere el uso de animales protegidos debe ser empleado en lu-

<sup>39</sup> Acerca de la importancia de este documento, TOBIAS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, La Ley, T° II, p. 241 y ss.

<sup>40</sup> Se expresa en los Considerandos que desde la adopción de la anterior Directiva habían surgido disparidades entre los Estados miembros debido a que algunos habían adoptado medidas nacionales de ejecución que garantizaban un elevado nivel de protección animal mientras que otros aplicaban únicamente los mínimos previstos. Corolario de ello es que la aplicación de normas estrictas en materia de protección animal acarrea desventajas competitivas debido a los costos variables de los proyectos (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La categoría jurídica “sujeto/objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios*”, Separata, 2010, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, p. 19).

<sup>41</sup> En su ámbito están comprendidos los animales vertebrados, las larvas para su alimentación, los cefalópodos y los fetos de mamíferos a partir del último trienio de su desarrollo normal (estos últimos, según se expresa en los considerandos, debido a que están expuestos a un riesgo mayor de experimentar dolor, sufrimiento o angustia y a que ello puede afectar su desarrollo posterior). Se han considerado aspectos negativos de la Directiva, la posibilidad de poder recurrir a gatos y perros abandonados; la de utilizar especies en vías de extinción o especies silvestres capturadas o el recurso a la inhalación de anhídrido carbónico como método de muerte por entenderse que provoca elevados niveles de sufrimiento (KUAN, Mechela, *La normativa sulla sperimentazione animale* en “Trattato di biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 501).

gar del procedimiento regulado); de “*reduction*” (el número de animales protegidos debe ser reducido al mínimo sin comprometer los objetivos del programa) y de “*refinement*” (deben practicarse los procedimientos de modo de eliminar o reducir al mínimo cualquier posible dolor, sufrimiento o lesión de los animales protegidos)<sup>42,43</sup>.

Particulares cuestionamientos suscita la práctica de testear los cosméticos en animales<sup>44</sup>, razón por la cual se propicia eliminar el test toxicológico por la gravedad de las torturas infligidas al animal no sólo en el ámbito de los cosméticos sino en el de los productos químicos ajenos al específico de los medicamentos y de los productos de la alimentación<sup>45</sup>.

En nuestro derecho, la ley 25.467 establece la obligación de realizar ensayos preclínicos y con animales en forma previa a la investigación con seres humanos a fin de determinar adecuadamente la relación ventajas-riesgos y el grado de seguridad y eficacia del estudio propuesto (art. 3 inc. e).

Se ha entendido –en criterio compartible– que una ley marco en la materia debería supeditar la investigación con animales al cumplimiento de estos recaudos mínimos: *a*) inexistencia de otra alternativa; *b*) minimizar el número y el sufrimiento del animal; *c*) exigir objetivos claros en cada proyecto que autorice el uso de animales y que limiten su utilización a aquellas prácticas que tiendan al mejoramiento de la salud humana y animal

---

<sup>42</sup> En el Reino Unido rige la “*Animal (Scientific Procedures) Act 1986 (ASPA)*”, que fue revisada en el año 2012 para incluir nuevas regulaciones –en concordancia con la Directiva 2010/63– que es ahora conocida como “*Animal (Scientific Procedures) Act 1986 Amendments Regulations 2012 (ASPA 2012)*”. “Animales protegidos” en los términos del Acta, son los animales vertebrados y cualquier animal cefalópodo.

<sup>43</sup> Acota KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, (“La categoría jurídica “Sujeto/objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios, Suplemento Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2010, p. 25, nota 54) que “hoy se habla de la “cuarta R”, la de la “responsabilidad” o control.

<sup>44</sup> Un proyecto de ley de la Senadora Odarda que tiene estado parlamentario (expte. 521/2017) propicia prohibir su empleo en los cosméticos. En esa línea, Directiva de la Comunidad Europea 2003/15 que modifica la Directiva 76/768. Recuerda Aída Kemelmajer de Carlucci (“La categoría jurídica “sujeto/objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios”, Suplemento Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2010, p. 23) que la práctica se habría iniciado en la década de los 90 del siglo pasado con motivo del uso de una máscara para oscurecer las pestañas, que causó la ceguera y luego la muerte de la mujer.

<sup>45</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La categoría jurídica “sujeto/objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios”, Suplemento Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2010, p. 23.

(agrego, por mi parte, la protección del medio ambiente o la conservación de las especies), quedando prohibida su utilización para testear el control de calidad de productos que no tienen las indicadas finalidades; *d*) el deber de una detallada y completa publicación de los trabajos (para evitar procedimientos innecesarios por reiterativos); *e*) adecuada instrucción y capacitación del personal profesional y técnico a cargo de la investigación; *f*) buenas prácticas de inyección, analgesia, anestesia y eutanasia; *g*) regulación de las condiciones de alojamiento; *h*) limitar al máximo el uso de la fauna silvestre; *i*) establecer comités de ética independientes que controlen el cumplimiento de las reglas existentes<sup>46</sup>. Es deseable, además, que a estos Comités se les imponga evaluar la relación costo-beneficio, es decir, que el daño probable a los animales deba contrapesarse con los beneficios esperados del proyecto para su aprobación y la existencia de un régimen de sanciones por el incumplimiento de los requisitos mínimos.

### IX. Circos y espectáculos itinerantes

Subsiste hoy –aunque no con la frecuencia de antaño– el fenómeno de los circos y los espectáculos itinerantes –ahora también los circos acuáticos– con la particularidad crónica de animales constreñidos a una vida no natural respecto de sus particularidades biológicas.

La mayor sensibilidad respecto de la cuestión animal ha determinado que junto con el circo tradicional (acróbatas y animales con sus domadores en exhibiciones de ejercicios de habilidad) convivan los circos “contemporáneos” con números sin la presencia de animales<sup>47</sup>.

Lo cierto es que el problema de la cuestión animal en aquel tipo de actividades –a través de la búsqueda de individualizar un punto de equilibrio entre los contrapuestos intereses en juego (el desarrollo de una actividad económica) con la salvaguarda del bienestar animal– ha sido calificada de extremadamente compleja y de difícil solución: las particularidades de los circos tradicionales, ontológicamente itinerantes, se presentan como incompatibles (o casi) con la necesidad de garantizar un mínimo de bienestar

<sup>46</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La categoría jurídica “sujeto/objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios”, Suplemento Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2010, p. 25.

<sup>47</sup> CAMPANARO, Carla - MASUTTI, Nadia, *Circhi e spettacoli viaggianti*, en “Trattato de Biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 621.

animal (v.g. la carencia de estructuras idóneas para el traslado de elefantes, monos, leones, tigres u osos). Se agrega a ello que el tipo de adiestramiento y ejercicios empleados –casi siempre antinatural por las características de la especie animal involucrada y, por lo tanto, transmisor de información falsa acerca de las características y comportamiento de cada una en sus entornos naturales– se presenta en contraste con los nuevos criterios del bienestar animal. Habría que anotar, además, la dificultad para monitorear y controlar los eventuales requisitos de las modalidades de los ejercicios y las modalidades de traslado de los animales en un determinado territorio<sup>48</sup>.

Seguramente debido a las circunstancias reseñadas, es que algunos países (Costa Rica, Bolivia, Austria, Portugal<sup>49</sup>) prohíben la actividad de circos con animales. También la ley 22/2015 de Cataluña y la ley general de vida silvestre de Méjico respecto de ejemplares de vida silvestre (art. 78 últ. párr.).

En nuestro país, la ley 1446/04 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prohíbe en su ámbito territorial el funcionamiento de circos y espectáculos circenses en que intervengan animales cualquiera sea su especie y también lo prohíbe la Ordenanza 762/00 del partido de Almirante Brown, Provincia de Buenos Aires

## X. Zoológicos y bioparques

La cuestión de los animales mantenidos en cautiverio en zoológicos o bioparques es materia de relativamente recientes controversias acerca de su posibilidad “ética”. A la importancia de estos centros como elementos para la investigación científica y para la instrucción y educación de la población acerca de las características de vida de los animales de las distintas especies –en especial de los niños–, se le contraponen la consideración que al menos en aquellos animales con aptitud de seres sensibles –en grado de sufrir dolor y angustia– ello se presenta incompatible con la cautividad forzada.

---

<sup>48</sup> Sobre todo ello, CAMPANARO, Carla - MASUTTI, Nadia, *Circhi e spettacoli viagganti*, en “Trattato de Biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 622.

<sup>49</sup> CAMPANARO, Carla - MASUTTI, Nadia, *Circhi e spettacoli viagganti*, en “Trattato di Biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 626.

Las posturas (al menos las más extremas) que pregonan la titularidad de derechos subjetivos en los animales, enuncian entre uno de los principales (junto con el de la vida) el de la libertad y los criterios más extremos propician la prohibición, lisa y llana, de los zoológicos y bioparques.

Posturas menos drásticas propician armonizar el objetivo de garantizar parámetros mínimos de bienestar animal (ámbitos bien similares al del hábitat natural de cada especie, prohibición de cualquier forma de restricción inútil o injustificada; las mejores condiciones de vida acorde con los imperativos biológicos de cada especie) con la acentuación (más bien un cambio de dirección) de los fines humanos de un zoológico: la satisfacción de intereses humanos relevantes, tales como las actividades de investigación; de instrucción y educación del público, entre los que quede comprendida la tutela del ambiente y la biodiversidad; información sobre las especies y su hábitat natural; los deberes de protección y respeto a los animales; listado y protección de especies en extinción, etc. Se trataría de un cambio drástico: la transformación de un Centro basado en una lógica de exhibición de animales con fines recreativos en otro destinado a contribuir a la conservación de la biodiversidad (a través de la investigación, la educación y la recreación).

La Directiva 1999/22 de la Comunidad Económica Europea relativa a la custodia de animales selváticos en los jardines zoológicos puede citarse como una manifestación particular de esa postura<sup>50</sup>.

En nuestro país –como es sabido– en parecida dirección la ley 5.752 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (diciembre 2016) dispuso la transformación progresiva del Jardín Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires (art. 1) con los objetivos, entre otros, de implementar los más altos estándares de bienestar animal y proyectos de conservación de especies silvestres y hábitats naturales; inserción de animales alojados en el predio en su hábitat natural o su traslado a destinos adecuados; difusión de temas ambientales, en particular de protección de la flora y fauna autóctonas; rehabilitación y reinserción de la fauna silvestre rescatada; posicionamiento del predio como paseo familiar y recreativo de referencia, etc. (art. 3). Quedan prohibidos los programas de reproducción de animales en cautiverio, salvo los incluidos en proyectos de conservación; la incorporación de nuevos ejem-

<sup>50</sup> Algunas referencias a la Directiva en CAMPANARO, Carla - MASUTTI, Nadia, *Zoo, Bioparchi e Delfinari*, en "Trattato di Biodiritto", diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *La questione animale*, Giuffrè, p. 607.

plares con algunas excepciones y cualquier procedimiento que implique maltrato animal en los términos de la ley nacional 14.346 (art. 11).

## XI. Conclusiones

Al hilo de la exposición, corresponde enunciar las conclusiones (algunas provisorias).

- 1) Las posturas que con variantes entre sí proclaman la existencia de derechos subjetivos en los animales (o en algunos de ellos), son conceptualmente erradas y funcionalmente inútiles.
- 2) Cabe propiciar una modificación del nuevo Código que desvincule de las cosas a los animales dotados de sensibilidad, delegando su protección a leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación del régimen de las cosas en ausencia de previsiones especiales.
- 3) Dentro del ámbito del Código Civil y Comercial, debiera también considerarse un régimen especial para los llamados “animales de compañía” o “animales de afección” que, además de caracterizarlos, establezca determinados deberes a cargo de sus dueños; consagre su inembargabilidad (al menos a partir de determinados valores) y en lo atinente a la disolución del matrimonio o el cese de la unión convivencial, posibilite que puedan ser materia de acuerdos o decisiones judiciales respecto de la tenencia, régimen de visitas y fijación de deberes alimentarios.
- 4) Debiera ser además motivo de consideración la conveniencia de la incorporación de una eventual norma interpretativa (parecida a la del Código Civil suizo) que estableciera que la liberalidad de una disposición por causa de muerte hecha a un animal, equivale a la carga a los herederos del cuidado del animal en forma apropiada.
- 5) Una ley marco en materia de derecho animal debiera al menos: *a*) supeditar la validez de la investigación con animales al cumplimiento de ciertos requisitos mínimos, algunos de los cuales se mencionan en la exposición; *b*) considerar pautas básicas en materia de zoológicos tendiente a su transformación paulatina desde centros basados en una lógica de exhibición de animales con fines recreativos hacia otros destinados a contribuir a la biodiversidad (a través de la investigación, la educación y el resguardo del medio ambiente y el hábitat

---

natural) sin abandonar del todo los fines de recreación, con la simultánea regulación de Parques Nacionales tendientes al resguardo del hábitat natural de determinadas especies y la conservación de otras en peligro de extinción.

- 6) Las legislaciones locales deben considerar la prohibición de circos y espectáculos circenses con la intervención de animales.





# PARTICULARIDADES DEL DERECHO ELECTORAL

POR ALBERTO R. DALLA VÍA\*

En el caso “Yick Wo v. Hopkins”, el 10 de mayo de 1886, la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró, por primera vez que “... el derecho de voto es el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos...”

La materia electoral y de partidos políticos era considerada una “cuestión política no justiciable” hasta bien entrado el siglo XX. Todavía subsiste en muchos textos constitucionales la atribución a los parlamentos de ser juez de los títulos, derechos y elecciones de los miembros, disposición que se remonta al derecho constitucional de Inglaterra.

Tal fórmula está expresada en el artículo 64 de la Constitución Nacional. La doctrina mayoritaria interpreta que el alcance de tal facultad para cada Cámara se refiere en cuanto la validez de los títulos respectivos pero no en cuanto al resultado de la elección.

El Académico Germán Bidart Campos destacaba que desde que existe en nuestro país un fuero electoral, es al Poder Judicial a quien corresponde resolver los conflictos jurídicos e impugnaciones que se producen durante un proceso electoral, aplicando las normas vigentes y respetando el denominado “debido proceso electoral”, en tanto que a las Cámaras Legislativas les toca analizar la validez formal de los títulos emitidos por la Justicia Electoral.

No obstante que esa línea demarcatoria parece bastante clara, con alguna frecuencia se producen conflictos o choques entre las deci-

---

\* Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de septiembre de 2018.

siones judiciales y las mayorías políticas de las cámaras legislativas, como ocurriera en los casos “Bussi”, “Patti” y “Beliz c/Bravo”, entre otros.

Promediando el siglo XX, la Suprema Corte de los Estados Unidos se pronunció en el caso “Baker v. Carr” en el que sentó la doctrina que todas las cuestiones son judiciales si hay derechos constitucionales involucrados. Se trataba de un caso de “garrymandering”, muy común en aquel país en donde los representantes al Congreso son elegidos por circunscripciones individuales y es frecuente que se altere la demarcación de las mismas, con el fin de favorecer el resultado de los comicios.

La Suprema Corte señaló que no es el rótulo el que determina si se trata una “political question” y por lo tanto, ajena a la intervención de los jueces. Por el contrario, en el caso se encontraban involucrados los derechos políticos de los electores defraudados ante una maniobra ilegítima, que debe tener una reparación.

Efectivamente, no es el rótulo o el título lo que determina que una materia sea política o no, sino la manera en que se decide. Decía Alberto Antonio Spota que mientras “lo político” se caracteriza por la discrecionalidad, “lo jurídico” se caracteriza por la adscripción al principio de la lógica de los antecedentes.

Así entendido, puede ser más “política” la decisión de un juez de faltas si actúa discrecionalmente que una decisión en materia electoral si se sigue estrictamente la ley aplicable y la sentencia cumple con la adecuada argumentación y fundamentación. En tal sentido, cabe recordar que el artículo 6° de la ley 19.108 establece que los fallos de la Cámara Nacional Electoral son de seguimiento obligatorio para el propio tribunal así como para los jueces federales con competencia electoral y para las Juntas Electorales Nacionales que están obligadas a acatarlos aunque pueden dejar a salvo su opinión.

De ese modo se ha consolidado una “doctrina” que es la que resulta de los precedentes que tiene por objeto fijar criterios unánimes en todo el territorio, especialmente en tiempo de elecciones en don-

de la seguridad jurídica y el principio de certeza adquieren valor preponderante frente a un cronograma que subordina las acciones y decisiones a un fecha fija, que es la elección.

El Estado Democrático de Derecho requiere en nuestros tiempos que los jueces completen el sistema representativo a través de una argumentación y fundamentación que se sostenga en el debate público. De ese modo se cumple con el “valor epistémico” de la justicia.

Cuando el presidente Roque Sáenz e Hipólito Yrigoyen mantuvieron las reuniones en la mansión de los Paz, que darían origen a la primer ley de sufragio universal, secreto y obligatorio, acordaron por razones de imparcialidad que la administración electoral, así como el conocimiento de las cuestiones regidas por las nuevas normas a sancionarse debía estar a cargo de órganos integrantes del Poder Judicial.

De ese modo, quedó a cargo del Poder Judicial garantizar la pureza de los padrones electorales; así como las decisiones acerca de la validez o nulidad de las elecciones, de manera que la Ley 8130 de 1911 encomendó la formación del padrón electoral al Juez federal más antiguo de la Capital federal y a los que tuvieran su asiento en las capitales de las demás provincias. Por la misma ley se creó el cargo de Secretario Electoral en la Capital Federal y en la Provincia de Buenos Aires. Años después, por ley 11.387 de 1926 se creó una Secretaría Electoral en cada uno de los restantes distritos.

En materia de partidos políticos, la primera norma fue un decreto dictado por el gobierno provisional de 1931, al que sucedieron posteriormente diversas leyes hasta la actual Ley Orgánica de los partidos políticos n° 23.298, sancionada en 1985, con las posteriores modificatorias, incluyendo la Ley 26.571 que incorporó las PASO.

En los primeros tiempos, intervenían como tribunales de apelaciones las cámaras federales de las respectivas jurisdicciones hasta que en el año 1962 se crea la Cámara Nacional Electoral como único tribunal de alzada por razones de organización y de especialización, encargado de resolver las cuestiones suscitadas en la aplicación del Código Electoral Nacional, la Ley Orgánica de Partidos Políticos y la

Ley de Financiamiento de partidos políticos y campañas electorales.

En su primera conformación tenía cinco jueces y un procurador general electoral. Su primer presidente fue el Doctor Héctor Rodolfo Orlandi, a quien sucedió el Doctor César Enrique Romero.

Tuvo una vida corta y episódica. El golpe de Estado de 1966 disolvió los partidos políticos y suprimió la Cámara Electoral hasta que en 1971 se reanudó la vida política y se vio la necesidad de contar con órganos judiciales para llevar adelante la elección del 11 de marzo de 1973, sancionándose la Ley 19.108, posteriormente modificada por la ley 19.277.

El 24 de marzo de 1976 volvieron a cesar sus integrantes y entró en receso siendo subrogada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Para el proceso electoral del 30 de octubre de 1983, la Cámara se integró con los Doctores Alejandro Máximo Paz, Carlos Arana Tagle y Miguel Sussini. Una vez recuperada la democracia en nuestro país, se conformó el tribunal siguiendo el procedimiento constitucional de nombramiento por el Presidente con acuerdo del Senado, designando el Dr. Raúl Alfonsín a los Doctores Héctor Rodolfo Orlandi, Enrique V. Rocca y Rodolfo Emilio Munné.

El fuero electoral federal, como rama independiente dentro del Poder Judicial es relativamente nuevo, aunque se trata de un fuero imperfecto o incompleto. El Código Electoral Nacional menciona muchas veces a los jueces electorales, aunque la legislación dispone que hasta tanto sean designados jueces exclusivamente electorales, desempeñarán esas funciones los jueces federales a cuyo cargo se encuentren las secretarías electorales. Como las secretarías electorales están creadas y funcionan en los 24 distritos, sólo cabría llevar adelante los concursos respectivos.

La Justicia Nacional Electoral tiene a su cargo tanto la administración electoral como la competencia en materia contenciosa electoral. Puede así decirse que el Poder Judicial, controla todo el proce-

so democrático de formación y expresión de la voluntad política del pueblo, que se inicia con la organización de los partidos, prosigue con la selección interna de candidatos y culmina con la realización de los comicios para la elección de las autoridades nacionales, asegurando su pureza y legitimidad.

En la organización de las elecciones, además de la Justicia Nacional Electoral interviene el Ministerio Público Fiscal en el control de los partidos políticos y en las tareas organizativas también actúa la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, Vivienda y Obras Públicas que se dedica a los aspectos materiales y logísticos de la elección, el registro Nacional de las Personas que reúne la información de los Registros Civiles en las Provincias y la remite a la Cámara Nacional Electoral para la confección de los padrones, el Servicio Nacional de Correos que se ocupa del despliegue y repliegue de las urnas y del material electoral así como de la comunicación para el escrutinio provisorio y el Comando Nacional Electoral, integrado por las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Seguridad, que tienen a su cargo la custodia de las urnas y del acto electoral.

Siendo la Argentina un país federal, la organización electoral se repite en cada provincia a los efectos de controlar los procesos electorales para cargos locales. Cuando las elecciones son simultáneas (ley 15.262), cosa que tradicionalmente ocurría con casi todas las provincias, son las Juntas Electorales Nacionales, conformadas 60 días antes de la elección quienes intervienen en los aspectos vinculados con la elección hasta el escrutinio definitivo. La oficialización de las candidaturas, en cambio, está reservada a las autoridades locales.

Algunas provincias tienen órganos específicamente electorales, como la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires, cuyas decisiones son apelables ante la Suprema Corte Provincial, como el Tribunal Electoral de Salta o Tribunal Electoral de Santa Fe. Otras provincias tienen Juzgado Electoral Provincial, como es el caso de Córdoba y de Tierra del Fuego; en tanto que en muchas otras, tales funciones son ejercidas por el Superior Tribunal de Justicia, como

ocurre en el caso de la Ciudad de Buenos Aires. En muchos casos, los tribunales electorales provinciales no tienen naturaleza judicial sino administrativa, aunque prevén un recurso ante la Corte Provincial, como es el caso de Tucumán.

La diversidad de modelos también se vincula con la diversidad de sistemas electorales que en algunos casos han generado cuestionamientos, como por ejemplo ocurre con los “acoples” o las denominadas “leyes de lemas” o de doble voto simultáneo cuya constitucionalidad ha sido cuestionada. En algunos trabajos de Ciencia Política se ha denunciado la existencia de modelos “mayoritaristas”, alegándose que los ciudadanos de algunas provincias tendrían una calidad de derechos políticos inferior a los Ciudadanos de la Ciudad de Buenos Aires, Córdoba, Mendoza o Santa Fe, en las que existen sistemas electorales más claros con mayores garantías para el ejercicio de los derechos políticos.

En tal sentido, cabe recordar que el artículo 8° de la Constitución Nacional equipara en derechos a los ciudadanos de todas las provincias y que, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, contienen “clausulas federales”, conforme a las cuales los Estados Parte no pueden escudarse en la diferencia de trato interno para incumplir con los derechos humanos, como en este caso lo son los derechos de participación política.

El “federalismo electoral” supone la necesidad de coordinar los aspectos que surgen de las competencias propias de las provincias enunciadas en el artículo 122 de la Constitución Nacional, con el estándar mínimo en materia de derechos políticos al que tiene derecho todo ciudadano argentino.

El Derecho Comparado latinoamericano ofrece distintos modelos. Brasil, es un país federal más descentralizado que la Argentina en lo que se refiere a competencias fiscales de los Estados y también en materia de algunas competencias políticas, sin embargo la materia electoral está confiada totalmente a la Justicia Federal que se

encarga de las elecciones en todos los niveles, El Superior Tribunal Electoral es la autoridad en la materia y es también propietario del sistema de voto electrónico que se utiliza en las elecciones de aquél país, desarrollado por ese Tribunal.

México ha separado los aspectos vinculados al contencioso Electoral, que están a cargo del Tribunal Electoral de la Federación (TRIFE), organizado en salas regionales y una Sala Superior y el Instituto Nacional Electoral (INE), a cargo de la Administración Electoral, El Instituto Nacional Electoral también fue objeto de una reciente reforma que modificó el anterior Instituto Federal Electoral (IFE), que contaba con competencias más descentralizadas para concentrar las actividades en favor de una mayor transparencia y homogeneidad en la organización electoral.

Los Estados Unidos de Norteamérica, por su parte, cuentan con una administración electoral descentralizada y de competencia local, conforme a su estructura federal proveniente de una anterior confederación de Estados. El carácter local de sus instituciones y de la participación ciudadana fue tempranamente descrito por Alexis De Tocqueville en “La Democracia en América” conservándose esas características en sus usos y costumbres a la hora de votar. De manera que cada condado tiene su propio sistema de votación y cada Estado su propio sistema electoral y sus propias autoridades.

No obstante ello, después de lo sucedido con la elección del año 2000 entre George W. Bush y Al Gore, en la que tuvo que intervenir la Suprema Corte para dilucidar el resultado de la elección, debido a problemas ocurridos en diversos condados del Estado de Florida, con el consecuente desgaste institucional, se decidió la creación de la “Federal Electoral Commission” que audita los sistemas de votación electrónicos, por intermedio de laboratorios informáticos. Asimismo, se creó otra Comisión Federal para controlar las fuentes de financiamiento de las campañas electorales, incrementándose también de ese modo el control federal de carácter técnico sobre los procesos electorales.

A la luz de la experiencia comparada, surge que resulta necesaria



una coordinación entre los distintos niveles que podría lograrse a través de una Casación Federal. También cabría considerar, para el caso en que las provincias –y los municipios– comenzaran a utilizar sistemas de votación informatizados, en el ámbito de sus respectivas competencias, el contar con una certificación y homologación de tales sistemas por parte de la autoridad federal, con el fin de no generar una dispersión que podría ser anárquica.

En este orden cosas, debe destacarse que en América Latina sobresalen los organismos electorales con fortaleza institucional e independientes de los gobiernos. Algunos de ellos son cabeza de un denominado “Poder Electoral” (Venezuela, Nicaragua) Otros tienen categoría equivalente a las Cortes Supremas, aunque independientes de las mismas (Uruguay, Paraguay, Perú, Panamá, Costa Rica), en tanto que en otros casos se trata de organismos especializados dentro del Poder Judicial, aunque con autonomía presupuestaria (Brasil, México). Los organismos electorales de América Latina están nucleados en la UNIORE que nuclea a los miembros del Protocolo de Quito (América del Sur) y del Protocolo de Tikal (América Central y el Caribe).

El intercambio de experiencias en materia de observación electoral ha establecido criterios que se traducen en el Tratado de Derecho Electoral Latinoamericano, coordinado por Dieter Nohlen, junto a Daniel Zovatto, Jesús Orozco y Joseph Thompson, así como el Diccionario de Derecho Electoral Latinoamericano, editado por la Comisión de Asistencia y Promoción Electoral (CAPEL) del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) con sede en San José de Costa Rica.

La existencia de organismos electorales fuertes, hace que en América Latina sean pocas las sentencias en esta materia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo que se limitan a tres pronunciamientos, si bien ellos son de gran extensión y contenido doctrinario: “Yatama c Nicaragua” (2005); “Castañeda Gutman c Estados Unidos Mexicanos” (2008) y “López Mendoza c.

Venezuela” (2011). En cambio, cruzando el Atlántico, son cientos los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo; si bien la mayoría de los mismos tratan de hechos ocurridos en los países del Este, en transición a democracias recientes, porque el Tribunal suele aplicar la doctrina del “margen de apreciación nacional” cuando se trata de los países grandes, como Francia o Alemania.

Hechas todas estas consideraciones que caracterizan a la organización electoral, cabe ahora referirse a la “materia electoral”, es decir al contenido de fondo, sobre el cual actúan y deciden los organismos y tribunales destinados a asegurar la transparencia del sufragio.

La ciudadanía sigue siendo una condición “sine qua non” para el ejercicio de los derechos políticos en el continente americano pero en cambio ya no lo es en el ámbito europeo debido en buena medida a las minorías nacionales y a las migraciones transfronterizas que permiten el voto de los extranjeros en las elecciones de muchos países. En nuestro país se permite el voto de los extranjeros con residencia sólo para las elecciones locales.

Desde otro ángulo, los derechos políticos se inscriben hoy en la categoría de “derechos de participación” que consagran tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, de manera que no son solamente derechos de primera generación sino, fundamentalmente derechos de tercera generación, en tanto encarnan a una multiplicidad de titulares. En ese contexto se ubica el tránsito desde una democracia representativa (arts. 1,14, 22 y 33 CN) hacia una democracia participativa (arts. 36, 37, 38,39 y 40 C.N. reformada en 1994).

En términos generales, la materia electoral, comprende al Código Electoral Nacional, La Ley Orgánica de Partidos Políticos y la Ley de Financiamiento de Partidos y de Campañas Electorales. También el Fuero Electoral es competente en la Ley de Ciudadanía y Naturalización, la Ley de Sufragio de Argentinos Residentes en el Exterior, la Ley de Sufragio de Electores Privados de Libertad, La Ley de

Simultaneidad de Elecciones nacionales y provinciales, La ley de Iniciativa Popular así como la Legislación sobre Consulta, Referéndum y Plebiscito, La elección de Parlamentarios del Mercosur, La Ley de Cupo Femenino y de Paridad de Género, La ley de Debates Presidenciales, etcétera.

En materia de control de constitucionalidad, la Cámara exhibe una línea ortodoxa en cuanto a los requisitos clásicos, cuando se trata de cuestiones de eventuales conflictos con los otros poderes del Estado. En tales casos suele ser muy exigente en la existencia de “causa” y de “gravamen” así como de la “legitimación” de las partes en el proceso. En el caso “Monner Sanz” (2003) la Cámara rechazó por falta de legitimación activa la presentación de un ciudadano que cuestionaba que no se cumplían los plazos constitucionales para convocar a elecciones presidenciales, después de que el Presidente provisorio decidiera adelantar el cronograma electoral.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal se muestra más flexible y abierta cuando se trata de temas de interés de la sociedad, removiendo obstáculos formales. Tal es el criterio que se ha seguido en materia de cupo femenino o “cuota de género”, así como la legitimación activa abierta a cualquier ciudadano que quiera tomar conocimiento de las cuentas partidarias.

Por aplicación del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, también corresponde al Fuero Electoral la interpretación de dichos tratados en los casos concretos, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

En la causa “Mignone”, promovida por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en el año 2000, la Cámara Nacional Electoral interpretó el art. 23.2 de la Convención Americana, declarando la inconstitucionalidad del inciso del art. 3° del Código Electoral Nacional que excluía del padrón a los privados de libertad sin condena.

En el año 2016, tuvo sentencia la causa “Procuración Penitenciaria”, en el cual se declaró inconstitucional la condena accesoria automática de privación de derechos políticos dispuesta en los ar-

título 12 y 19 del Código Penal, en el entendimiento que el objetivo de reinserción social de los condenados no es compatible con la privación del sufragio activo; excepto en aquellos casos que el Congreso de la Nación específicamente determine, vinculados con delitos electorales, delitos contra la administración pública o delitos de corrupción. Para resolver en esta causa, la Cámara Electoral tuvo en cuenta los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso “Hirst c/ Gran Bretaña” en atención al “diálogo” entre los tribunales de uno y otro lado del Océano).

También el Tribunal ha tenido que aplicar e interpretar el artículo 75 inc. 24 de la Constitución Nacional cuando le tocó resolver en la causa “Millman” sobre privilegios parlamentarios extendidos a los diputados del Mercosur, revocando la decisión de primera instancia, al entender que la Constitución Nacional establece como principio que los privilegios de los parlamentarios son de interpretación restrictiva. En el mismo sentido, en otra causa se entendió que los parlamentarios electos por sufragio popular no desempeñan una carga gratuita y que tienen derecho a una compensación, al igual que sucede con los demás cargos electivos.

Para el estudio del Derecho Electoral vigente, resulta sustancial el conocimiento de la Jurisprudencia condensada en los “Fallos” de la Cámara Nacional Electoral. Ya hemos dicho “ut supra” que la misma es obligatoria para la misma Cámara así como para las Juntas Electorales Nacionales y los Jueces de Primera Instancia que componen el fuero electoral. La jurisprudencia también es seguida por los jueces y tribunales electorales provinciales, siendo de trascendencia fundamental para conocer el Derecho Electoral Argentino.

También son de interés y seguimiento por parte de los demás Tribunales y organismos electorales de nuestra región latinoamericana. De hecho la jurisprudencia de nuestro tribunal electoral ha servido como base para configurar bases de datos de jurisprudencia de organismos regionales como OEA y CAPEL.

La informatización permite que se pueda acceder al sitio web en donde se encuentra disponible la jurisprudencia como así también

las Acordadas que muchas veces se dictan sobre temas de trascendencia institucional.

Así ha ocurrido cuando se dispuso la adopción de distintos aplicativos informáticos para el control del financiamiento partidario o cuando se regularon aspectos vinculados al llamado escrutinio provisorio, además de las numerosas cuestiones de superintendencia. Especial relevancia tuvieron las acordadas dictadas durante la elección presidencial del año 2015 en las que la Cámara Nacional Electoral dispuso una cantidad de medidas adicionales para reforzar la seguridad y la credibilidad de los comicios, teniendo en cuenta el estado de opinión negativo que se generó después de las elecciones locales en la Provincia de Tucumán. Hace pocos días, una nueva Acordada número 66/2018 se refirió al control de la propaganda política en las redes sociales.

Otra modalidad que merece consideración debido a su habitualidad son las “sentencias exhortativas”, siguiendo la modalidad de sentencias “atípicas” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Cámara Nacional Electoral ha recurrido a esta modalidad en diferentes casos en que las normas jurídicas vigentes no ofrecen soluciones a los casos concretos sometidos a su conocimiento y decisión. Así ocurrió por ejemplo en el caso “Pagani”, en el que se cuestionaba un presunto caso de transfuguismo por parte del Diputado Eduardo Lorenzo (a) Borocotó. Toda vez que en el Derecho Electoral argentino prima la doctrina del “mandato representativo” y no hay sanción alguna prevista para tal conducta, la Cámara expuso una cantidad de consideraciones acerca de la inconveniencia de tales prácticas para el sistema democrático.

Lo mismo ocurrió en distintos pronunciamientos dirigidos a los poderes políticos para que se estudien propuestas para cambiar el sistema de votación de boletas múltiples de papel provistas por los partidos políticos, ante los problemas de fiscalización que plantean y la confusión que ocasionan en los electores, manifestándose el Tri-

bunal en favor de la boleta única de papel que ya se utiliza para el voto de los ciudadanos privados de libertad y para el voto de ciudadanos argentinos residentes en el exterior, así como en la mayoría de países de la Región.

Esta modalidad de sentencia también fue suscripta por la Cámara en los casos vinculados a la publicidad oficial, cuyos plazos de prohibición son exiguos en las leyes vigentes. En tal sentido se ha puesto de manifiesto que el uso de los fondos públicos por parte del Estado, en cualquiera de sus niveles en las campañas electorales, es inequitativo y genera un desbalance en la igualdad en la contienda (casos “Fútbol para Todos” y “Asociación de Derechos Civiles”, entre otros). En fecha reciente, una sentencia exhortativa se dirigió a la Cámara de Diputados para que actualice la representación al último censo, conforme lo establece el artículo 46 de la Constitución Nacional.

Una temática de características particulares es la referida al control de financiamiento de partidos y campañas electorales. La relación entre dinero y política es siempre una relación muy compleja. Max Weber señaló que en la forma en que los partidos políticos se financian se encuentra uno de los puntos más oscuros de la vida democrática.

En el año 2002, la causa “Partido Nacionalista Constitucional” fue el “leading case” de esta materia anticipada pretoriamente por el Tribunal y que un año más tarde el Congreso recogería en la ley 26.215 sobre Financiamiento de Partidos y Campañas.

Entre otras cuestiones, se habló de la necesidad de proteger el “voto informado” del elector y de la transparencia como principio a resguardar, evitando el intercambio de favores entre aportantes y representantes electos. A tal efecto la sentencia recordó el precedente de la Suprema Corte estadounidense en el caso “Buckley v. Valeo” en donde se señaló que en este tema predomina la “aparición de corrupción” como criterio a controlar.

A partir de esa sentencia y de la jurisprudencia posterior en su consecuencia, se produjo un cambio sustancial en el control de financiamiento. Se extendió la legitimación de los ciudadanos para acceder al conocimiento de las cuentas partidarias y de campañas. La

Cámara adoptó una política de transparencia en esa materia, volcando la información disponible en la web para que las organizaciones de la sociedad civil, como los partidos políticos y la prensa puedan tener acceso a los datos.

Hasta la fecha se han aplicado más de 5.000 sanciones por incumplimientos de los partidos políticos, registrándose las mismas de manera general a todas las agrupaciones. La legislación sobre este tema es materia de debate frecuente, razón por la cual los alemanes la denominan “la legislación interminable”

A partir del caso “Sobisch” se ha establecido la práctica de un procedimiento administrativo sancionador, a cargo de los jueces federales con competencia electoral y apelación ante la Cámara Nacional Electoral contemplando la intervención del Ministerio Público Fiscal y el estricto cumplimiento de las garantías del debido proceso adjetivo y sustantivo. El proyecto de reforma política que tiene media sanción en la Cámara de Diputados así lo contempla.

Por esa vía se busca dar solución a un problema que afecta a la conformación del Derecho Electoral argentino, cuál es su excesiva vinculación al fuero penal, cuando por razones de especialidad corresponde la intervención del fuero electoral en sentido técnico; por el contrario, cuando un delito o falta electoral es resuelto por la justicia penal, la cuestión suele ser soslayada por razones de insignificancia o bien, por el contrario, es sobreactuada por su vinculación con “megacausas” que suelen ser alcanzadas por los plazos de prescripción.

Una de las razones que explican que esto ocurra es la conformación del fuero electoral como fuero imperfecto o incompleto. En la mayoría de los casos los jueces electorales son jueces federales con competencia múltiple y están asistidos por la secretaría electoral respectiva. Excepto muy raras excepciones, los jueces electorales son jueces en lo penal. Lo mismo ocurre con los fiscales, ya que en cada distrito tienen competencia múltiple, además de la competencia electoral.

En la práctica, muchas veces los jueces y fiscales electorales razonan y deciden como penalistas al resolver cuestiones en las que se

encuentran vinculadas faltas o delitos electorales. En no pocos casos se ha resuelto una prejudiciabilidad penal, que demora el trámite de las causas, de modo que la decisión recién llega muchos años después de la elección o el ejercicio respectivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de este asunto en un voto concurrente del Juez García Sayán al interpretar el artículo 23.2 en cuanto permite calificar entre los supuestos de ineligibilidad a la existencia de “condena en sede penal”, señaló con precisión que el ámbito de América Latina debe tenerse en cuenta que los Tribunales Electorales emiten pronunciamientos que deben considerarse a tal efecto por razones de especialidad en la materia.

La superposición del Derecho Penal sobre el Derecho Electoral no solamente se da en materia de control de financiamiento o de delitos y faltas electorales sino también y con frecuencia a la hora de oficializar candidaturas.

En el caso “Menem, Carlos Saúl”, correspondiente a la elección legislativa del año 2017, La Cámara Nacional Electoral rechazó la candidatura a senador nacional, siguiendo el precedente del Caso “Romero Feris” del año 2003. Allí se dijo que la existencia de condenas penales, aunque no estuviesen firmes, afectaban el requisito de la “idoneidad” previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, más allá de que subsistiera la presunción de inocencia.

El expresidente Menem tenía dos condenas penales más una accesoria de inhabilitación para ejercer cargos públicos de catorce (14) años, entendiendo la Cámara Nacional Electoral que esa circunstancia inhabilitaba su candidatura. No obstante, la Corte Suprema anuló la sentencia y ordenó dictar una nueva por la Cámara Criminal y Correccional federal que, hizo valer un precedente de la propia Corte, requiriendo un “doble conforme” y sentencia firme en materia penal.

En los hechos, la sentencia de la Cámara subrogante ordenada por la Corte Suprema, hizo prevalecer el artículo 18 de la Constitución Nacional por encima de otra consideración, aún de la exigencia de “idoneidad” del artículo 16 de la propia Constitución. Mientras la regla clásica de interpretación de la propia Corte indica que las nor-



mas constitucionales no deben sean puestas en pugna entre sí, sino armonizarse para que todas conserven igual valor y efecto, en este se hizo valer uno si siquiera considerar al otro.

Los conflictos entre normas electorales y normas penales se han presentado con frecuencia en otros casos. En la última elección, 2017, se presentó una cuestión de competencia en el Distrito La Pampa cuando el juez subrogante a cargo del juzgado federal (Penal y Electoral) participó como integrante de la Junta Electoral Nacional del Distrito, pero al mismo tiempo hizo lugar a una denuncia penal de un particular que cuestionaba el resultado de algunas mesas, dando intervención a otra jueza penal subrogante después de ordenar el secuestro de las urnas y material electoral denunciado.

Los ejemplos señalados en nada contribuyen a la conformación de la autonomía del Derecho Electoral, sino que lo subordinan al Derecho Penal sin fundamento razonable. Se pone en riesgo la certeza y la seguridad jurídica que debe primar en esta materia y genera sombras sobre una cuestión que ha causado problemas en otros países del continente, cuál es la de abrir el debate ante las instancias ordinarias sobre procesos electorales concluidos, en cuyo control y juzgamiento ya interviniera la justicia electoral.

Si ya son reiteradas las demandas en cuanto a la necesidad de fortalecimiento del Fuero Electoral, dotándolo de la necesaria autonomía presupuestaria e institucional, las advertencias ahora se extienden a respetar las particularidades del Derecho Electoral como rama del Derecho Constitucional.

Tal no sea ocioso recordar la advertencia de José Ortega y Gasset en “La Rebelión de las Masas” (cito): “La salud de las democracias, cualesquiera que sean su tipo y su grado, dependen de un mísero detalle técnico: el procedimiento electoral. Todo lo demás es secundario. Sin el apoyo de una auténtico sufragio, las instituciones democráticas están en el aire”.

El debido proceso electoral pertenece a las tradiciones arraigadas de los argentinos que concurren a las urnas de manera participativa

---

cada vez que son convocados. Y aun cuando se han presentado crisis institucionales, el sufragio ha marcado el camino de salida, por eso concluyo esta vez con la cita de un argentino el Presidente Roque Saénz Peña, quien al concluir su discurso del 28 de febrero de 1912 decía: “He dicho a mi país todo mi pensamiento, mis convicciones y mis esperanzas. Quiera mi país escuchar la palabra y el consejo de su primer mandatario. Quiera votar”.



# UNA ASIGNATURA AUSENTE EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL: LA “CONSULTA” ORGÁNICA, PLURISECTORIAL Y PERMANENTE

POR JORGE REINALDO VANOSI\*

## I.

En una sociedad tan altamente tensionada y con poderes públicos muy requeridos en todo momento, es bueno reflexionar en torno a la necesidad de institucionalizar el camino y los ámbitos para la búsqueda de los consensos. Una alternativa posible sería la de revitalizar el Consejo Económico Social, que fuera creado por la ley de facto 19.569, derogada por la ley N° 20.954, y que en la práctica fracasó por errores sustanciales en su instrumentación.

Los Consejos Económicos Sociales, como se detalla más adelante, se difundieron después de la Primera Guerra Mundial, a partir de su inserción en la Constitución de la República Alemana de Weimar (año 1919), que recogió la Constitución de Checoslovaquia de 1920, Francia (decreto de Herriot de 1925 y la ley del 19 de marzo de 1936) y, por último, varias Constituciones de la segunda posguerra mundial, como la de Francia (IV y V Repúblicas) y de Italia.

En todos esos casos los Consejos tuvieron un carácter consultivo, sirviendo a la tendencia de integración social que en sus últimas consecuencias llega al plano del Estado con los rasgos que le imprime al llamado constitucionalismo social. También se ha visto en esos cuerpos la expresión de un reconocimiento a la actuación que tuvieron las organizaciones sindicales en el frente interno de los países beligerantes durante la Primera Guerra Mundial, al propio tiempo que un medio eficaz para encauzar y

---

\* Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de septiembre de 2018.

aprovechar la experiencia técnica de los delegados de las distintas actividades representadas. Pero este conjunto de buenas intenciones tropezó con dificultades al querer imprimir al funcionamiento de los Consejos una justiciera proporción para todos los sectores y un mínimo de salvaguarda para las prerrogativas de los demás órganos estatales. Las principales dificultades surgieron en cuanto a la determinación de los siguientes aspectos:

1º) Grupos que debían estar representados y peso de cada uno.

Algunos sectores han pretendido la formación de varios Consejos, cada uno de ellos representativo de una actividad. Otros, en cambio, han defendido la unidad del Consejo, criterio que ha prevalecido en la legislación comparada. En tal Consejo único, los criterios de integración han variado: de la paridad entre el capital y el trabajo (Holanda y Bélgica), a la pluralidad (caso de Francia), en que los trabajadores quedan en minoría. De lege ferenda, se ha sugerido en Francia que la representación se acomoda a dos factores: el peso demográfico y el peso económico de cada sector (calculado por su contribución al producto nacional), además de la inclusión de los consumidores, agrupados en “no especializados” (familia) y “especializados” (grupos deportivos, culturales y de inquilinos). En Italia, la Constitución habla de “representantes de las categorías productoras, teniendo en cuenta su importancia numérica y cualitativa” (artículo 99º).

2º) Nombramiento de los respectivos miembros del Consejo.

La tendencia francesa ha sido y es en favor de la designación por los propios grupos con representación en el Consejo, que tendrán así el carácter de delegados. La solución alemana (Constitución de Weimar) y del primitivo régimen francés, fue a favor de la designación por el Gobierno, contemplando la opinión de los principales sectores interesados.

3º) Asesoramiento al Parlamento o al Gabinete.

Las soluciones han variado, entre la concepción del Consejo como un órgano asesor a disposición del Parlamento (casos de Alemania y del régimen francés a partir de la reforma de 1936), y a disposición del Gabinete (régimen francés hasta 1936 y el actual de la V República), y a disposición de ambos poderes indistintamente, (régimen francés de la IV República y de Italia). El Consejo italiano tiene iniciativa propia en caso de no ser consultado.

Después de la Primera Guerra Mundial, dentro del campo democrático surge la idea de enriquecer la representación política, sin desnaturalizarla. Es decir, frente a todas estas ideas de reemplazar la representación política, surge otra tendencia que partiendo de la representación política, no quiere reemplazarla sino enriquecerla o perfeccionarla.

El debate se inicia en Alemania en un momento muy crítico en 1919, cuando los sacrificios impuestos por la guerra pesaban sobre los sectores intermedios de la sociedad. En primer lugar, las organizaciones obreras que habían aprobado los presupuestos de guerra y los créditos de la Primera Guerra Mundial, exigían algún tipo de compensación. Por otra parte, estaban las tendencias más radicalizadas, los “espartaquistas”, que pretendían imitar la revolución rusa de 1917, y aplicar un sistema que respondiera a la idea corporativista de los soviets, porque los soviets de Lenin en la constitución de 1919 y 1924 eran entidades de una representación puramente funcional, sectorial, con prescindencia del interés general. Por su parte, los que querían mantener los moldes políticos del siglo XIX no querían hacer ningún tipo de concesiones y querían conservar instituciones puramente políticas: un hombre es igual a un voto y no podía haber ninguna otra forma de representación que no fuera la parlamentaria.

En definitiva, en Weimar, donde estuvieron presentes intelectuales de gran fuste y otros como asesores (y estuvo el gran sociólogo Max Weber) se llegó a la invención de un cuerpo que, si bien no tenía facultades de decisión, debía intervenir necesariamente en toda sanción de normas que implicaran una decisión en materia económica y social; y, a este cuerpo, se lo llamó Consejo Nacional de la Economía. Esta era una idea que en ese momento se lanzaba para poder calmar ciertas expectativas y de alguna manera experimentar un tipo de institución que canalizara esas expectativas, aunque fue visto por algunos como la quinta rueda del carro.

Por supuesto el proyecto tenía defectos; el cuerpo era excesivamente numeroso y no había clara distinción de los sectores que debían componerlo. Comenzó a funcionar y el resultado, hasta el momento en que terminó la República de Weimar en 1933, cuando Hitler llegó al poder, fue relativo. Si bien el cuerpo en sí, considerado *in totum* no dio la imagen de una función relevante y eficiente, el trabajo en las comisiones fue interesante: pequeños grupos abordaban los problemas y los estudiaban desde su punto de vista respectivo, y cumplieron una función positiva, constructiva, que contribuyó a la legislación de esos años.

La idea se esparció en un clima tan angustiante como el de la década del 20 y el de la década del 30, en otros países de Europa; y Francia en el gobierno de Herriot, en el 24, y con unos retoques en la década del 30, incorporó este sistema; pero para ponerlo al servicio del gabinete, es decir, del Poder Ejecutivo, como un órgano asesor del gobierno antes de que éste enviara sus propuestas al parlamento.

La idea se desnaturaliza con la derrota de Francia, porque el régimen de Pétain utiliza esto como remedo de la representación política. El saldo no debe haber sido tan negativo, porque después del restablecimiento de las democracias en Europa, al término de la Segunda Guerra Mundial, Francia incorpora esta institución en la constitución. Italia hace lo propio en su constitución republicana de 1947, y Bélgica, Holanda y algunos otros países –con la excepción de Alemania donde había nacido la institución– le dan también rango constitucional.

## II.

De esta pluralidad y variedad de consejos económicos y sociales lo único que podemos rescatar como denominador común es la idea, la inspiración y la necesidad de conseguir que todos los intereses que existen en la sociedad y que forman parte de esa nota pluralista aludida, estuvieran no aisladamente expresados, sino orgánicamente manifestados. De tal manera que en el momento de la consulta se pudiera acudir a ellos, no en una forma improvisada, teniendo en cuenta a unos y excluyendo a otros, o dando mayor preponderancia a unos y dando menos potenciamiento a otros. Sino que se pudiera de una sola vez y para siempre tenerlos a todos reunidos, de modo que la consulta fuera orgánica y estuviera institucionalizada.

Fundamentalmente empezaron a rivalizar dos tipos de modelos –luego veremos de qué manera influyó en la Argentina– :

El criterio bisectorial y paritario, o sea, que estos cuerpos sólo dieran cabida a dos sectores y en igual número; o el criterio plurisectorial y no paritario, vale decir, que estos cuerpos fueran más amplios en su expresividad y dieran cabida a otros sectores (además del capital y del trabajo considerados en bruto) una representación diversa.

Esto –como veremos– motivó en nuestro país la existencia de dos proyectos, y de la adopción de uno de esos criterios puede deducirse en parte el fracaso que tuvo entre nosotros el Consejo Económico Social.

Pero todo esto quedaría como un parche, como un remiendo, si no lo ubicamos en un plano superior: el de ver cuál es la función que estos cuerpos pueden cumplir en el Estado moderno, contemporáneo. ¿Es un órgano burocrático más? ¿Es una repartición? ¿Es un tinglado o una tribuna para que con voz más alta y mayor eco se puedan expresar ciertos sectores, o cumple una función en el “iter” del proceso gubernamental o político?

La respuesta es la segunda: afirmativa, y, para entenderla, hay que comprender la transformación operada en la idea tradicional de la distribución del poder, que arranca de la Revolución Inglesa, que perfecciona luego Montesquieu y que la acogen la mayor parte de los regímenes constitucionales del siglo XIX. Hacía coincidir la división orgánica y funcional del poder estrictamente en un trípode que todos conocemos: el Poder Legislativo para hacer la ley, el Ejecutivo para aplicarla y el Judicial para juzgar la aplicación o la violación de la ley. Esto es lo que se universalizó en Occidente respondiendo a la vieja idea de Montesquieu de que “sólo el poder contiene al poder” y que la mejor forma de limitarlo es dividirlo para que se controlen recíprocamente los órganos que lo detentan.

Pero la complejidad del Estado moderno, la complejidad de nuestro tipo de Estado conocido en Occidente, ha desbordado completamente este esquema por cuanto, aun manteniéndose en las concepciones del Estado-medio y las “personalistas” de un Estado limitado, es evidente que la absorción de nuevas funciones (los nuevos papeles que el Estado ha asumido) han requerido un reajuste en aquellos órganos que tienen que cumplir esas funciones.

Por eso hoy en día se habla de una variedad de funciones que responden a un orden lógico y cronológico, cuyas etapas serían: la consulta, la decisión, la ejecución, el control y la responsabilidad.

Estas cinco etapas no difieren mayormente de lo que pasa o acontece en el orden de las actividades privadas, sólo que el traslado al orden público y de las actividades estatales, necesitan desde luego, una muy cuidadosa precisión en la distribución de esas funciones y en la articulación concreta de los órganos que tienen que cumplirlas.

Pero la distribución señalada es lógica y cronológicamente así, porque antes de la decisión tiene que existir el asesoramiento y la ilustración respecto de todas las alternativas posibles. Antes de decidir hay que conocer, luego se decide. Después de la decisión se ejecuta; pero hay que saber



si la ejecución ha sido conforme a la decisión o violatoria de la misma o en exceso por sobre ella. Para ello es menester el control, y si éste arroja resultados que indican que ha habido deformaciones, deben afrontarse tales responsabilidades. Por lo tanto, debe haber mecanismos y órganos que permitan efectivizar las responsabilidades, para que no se desnaturalice el régimen todo.

La primera función, el asesoramiento y la consulta, no estaba institucionalizada en el Estado. Simplemente se consideraba que el legislador decidía. Eso era propiamente así en el Estado parlamentario inicial, donde el legislador inventaba la ley, la hacía, la sancionaba, y el Ejecutivo o Administrador la aplicaba.

Se suponía que por ser tan limitadas las funciones del Estado, el legislador estaba fácilmente en conocimiento de todos los datos y de todos los elementos. Es decir, podía autosuministrarse la información necesaria para elaborar la ley, para discernir no sólo el criterio político; sino para tener la precisión técnica que le permitiera confeccionar la ley.

Pero en la medida en que el Estado deja de ser un Estado puramente legislativo, para ser crecientemente el Estado administrador y un Estado que debe arbitrar, decidir o intervenir en una serie de otros temas y materias, es evidente que queda desbordada la capacidad del legislador.

Eso se traduce en gran medida en todos los Estados contemporáneos en el crecimiento constante del Poder Ejecutivo y en la translación más o menos sensible de la función legislativa al Ejecutivo. Ya sea por delegación lisa y llana que hace el legislador, ya sea por crecimiento de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, ya sea –en definitiva– por un “aggiornamento” de los mecanismos legislativos, por la que la capacidad de iniciativa del Poder Ejecutivo es irresistible, es imposible de frenarla por parte del legislador. En esas condiciones, “el asesoramiento” y “la consulta” tienen necesidad, no sólo de organizarse, sino de institucionalizarse.

Esto es lo que los modernos autores franceses asignan al Consejo Económico Social, que cumple esa función de consulta. Es un poder que lo llaman “Poder de consulta” (Duverger), aun aceptando que la propia expresión puede parecer contradictoria, porque si se consulta no se decide. Es tal la fuerza del que evacúa la consulta que, en los hechos, influye al otro poder. Es decir, una parte de ese poder estará en la autoridad que emana del contenido de esas consultas.

Hoy se admite la existencia de un poder de consulta cuyo funcionamiento es previo a los poderes de la sanción y ejecución. Este es el criterio predominante en Europa, que difiere del criterio predominante en Estados Unidos y en los países de origen anglosajón. Lo que está en juego es la forma de ver cómo se articula el rol de los sectores intermedios que representan a los diversos sectores de la sociedad, que expresan y enriquecen al pluralismo en sus relaciones con el Estado. El criterio europeo predominante es el de buscar a través de estos organismos esa institucionalización. El criterio anglosajón predominante no es el de crear órganos sino el de reglamentar la actividad, y eventualmente dar cabida a las manifestaciones de esa actividad en los órganos que deben tomar las decisiones para que puedan expresarse fácilmente. Esto es lo que en Estados Unidos procura la Lobby Act de 1946 (unas normas sancionadas en un momento de reorganización del Congreso norteamericano) y que se limitó a reglamentar un tipo de actividad: la actividad de los lobistas que trabajan por un determinado sector de interés para hacer gravitar ese interés en aquellos órganos que tienen que tomar decisiones pero que no son únicamente órganos legislativos. Puede manifestarse ese tipo de presión ante órganos ejecutivos; e incluso, ante órganos judiciales, con las debidas modalidades que puede tener esa presión.

Son dos maneras distintas de entender las cosas y responden a características peculiares de los pueblos anglosajones y de la vieja Europa continental. La idea del pueblo anglosajón es, fundamentalmente la de admitir la realidad de las cosas dejando que el juego sea lo más espontáneo posible y cuidando de evitar ciertos abusos, los que podrían traducirse en actos de corrupción. La filosofía subyacente en este tipo de reglamentación que se ha hecho en los Estados Unidos, es admitir la presión sectorial, inorgánicamente expresada, es decir espontánea, traducida en una intermediación de esa presión, porque es una profesionalización de la presión y porque no la hacen los propios grupos, sino personeros o profesionales al servicio de esos grupos.

Una cosa más o menos parecida ha ocurrido en las décadas posteriores con el régimen de partidos políticos en Estados Unidos, y recordemos que allí no existe una ley orgánica de partidos políticos. Lo único que reglamentan los anglosajones es la faz financiera de administración, contribuciones y sostenimiento de los partidos políticos. Para ellos lo reglamentable es eso y no lo demás.

### III.

En la Argentina, la idea de institucionalizar la consulta es bastante lejana; no es una idea reciente. Ya en el año 1912, antes de la creación del Consejo Nacional de la Economía en Alemania, Carlos Saavedra Lamas, entonces legislador, presenta un proyecto de ley creando el Consejo Nacional de la Agricultura, Industria y Comercio, de carácter consultivo y con características bastante parecidas. Quizás se haya inspirado en el funcionamiento de entidades que en alguna parte del mundo funcionaban, pero con carácter privado. Después hay un proyecto del Dr. Ibarlucea del año 1928, y después otros proyectos de Rodríguez, de Noel y el del Diputado Tonelli. El Poder Ejecutivo eleva por primera vez un proyecto al Congreso en 1964, pero no obtiene tratamiento en las Cámaras. Se llega así al gobierno del Gral. Lanusse en 1971; la idea comienza nuevamente a manejarse y a elaborarse hipótesis de trabajo acerca de un régimen de este tipo. Por un lado, un sector de la opinión pública denuncia que cualquier intento de crear un Consejo Económico Social no existiendo Parlamento en funciones, era un solapado intento de restablecer ideas corporativistas y desnaturalizar nuestro régimen constitucional. Por otro lado, otro sector señala que ante un órgano de este tipo, teniendo en cuenta que en el país no existen experiencias preexistentes, es mejor no innovar y mantener los sistemas de consultas espontáneos, inorgánicos, como tradicionalmente lo realizaba el Poder Ejecutivo o los ministros, según los casos. Un tercer grupo de opinión se vuelca decididamente en favor de la constitución de un órgano de esta índole.

Al proyectar el organismo entraron en juego dos criterios dispares. Por un lado, el de los que pensábamos que tenía que seguirse más de cerca el modelo francés, el más conocido, el más experimentado, que ya había cumplido una función positiva; porque en el modelo francés se había incorporado un rol de bastante importancia, que era no sólo el de emitir opinión en todos los proyectos de ley vinculados con la materia económica y social, sino de intervenir en la elaboración de planes de desarrollo a cargo del gobierno. El modelo francés era el que daba cabida no estrictamente a dos bloques enfrentados entre sí, sino que abría la posibilidad de una representatividad de manera tal que ningún sector pudiera tener hegemonía y, por lo tanto, ningún sector tenía mayoría propia. Pero el régimen político de aquel momento optó por la implantación del modelo belga (bisectorial y paritario), desechando al francés (plurisectorial y no paritario). De esa

manera, la llave del quorum y, por ende, del éxito en el funcionamiento del cuerpo, quedaba en manos de un solo sector de los dos únicos allí representados. Ello precipitó –en mi opinión– la frustración de tan interesante ensayo institucional.

Más allá de los errores que puede haber tenido la implementación de esta institución, más allá de lo que hace el fracaso que coyunturalmente tuvo el Consejo Económico y Social en nuestro país, sigue siendo razonable la idea de contar con un organismo de esta índole. Es evidente que cada vez tiene más cabida en muchas manifestaciones de la actividad lo que hemos llamado “un nuevo contrato social”. Aquella idea de los clásicos que gustaba a Locke y Rousseau, de ese contrato puramente individual, interindividual, de sumas individualidades, deja paso a otra realidad propia de este siglo que es la realidad de las relaciones globales. Es decir, hay un nuevo contrato social intergrupal, donde las concertaciones son cada vez mayores sin llegar a ser totales, sin abarcar la totalidad de las actividades. Es evidente que en el terreno donde se practican las concertaciones es cada vez más amplio; desde los lejanos confines colectivos hasta las regulaciones de precio que pueden ser concertadas (y hasta la variedad de modalidades que se dan en otros países y que hemos observado).

Este es un hecho que ya no se puede ignorar. Ya no existe una relación pura, exclusiva, limpia, entre individuo y el Estado. Ni tampoco entre los grupos y el Estado o entre los individuos, los grupos y el Estado; sino que se dan relaciones horizontales (que se dan entre los grupos) y de las cuales el Estado toma conocimiento; o eventualmente arbitra, o eventualmente homologa, sin intervenir en forma directa y sin substituir.

Hay una horizontalización de las relaciones sociales, que tiene una enorme importancia en la faz productiva y que, en definitiva, es una manifestación más de la participación, de eso que mencionábamos como complemento en las democracias sociales de la idea puramente representativa.

Hoy en día el individuo participa; pero evidentemente no puede participar en un número ilimitado de entidades ni de actividades. Ahí viene el error, al no percibir esto, de aquellos que quieren sobredimensionar las posibilidades de la participación; error tan grave como el de los que la quieren desconocer o subestimar.

Es evidente que el individuo sólo puede participar en ciertos números de entidades o cierto número de actividades, y también es evidente que

participa. Pero probablemente no sean los consejos económicos y sociales la palabra final, como no lo han sido otras formas participativas previas; pero que han abierto paso luego a formas más decantadas, más perfeccionadas y más amplias.

Quizás lo más apasionante en el tema de la participación es que no tiene una pared. Una vez que se comienza se puede seguir, porque se van abriendo nuevos rumbos. Cada puerta que se abre conduce a un ámbito, en el cual hay otra puerta que conducirá a otro ámbito, porque la humanidad va a ir enriqueciendo las modalidades participativas.

#### IV.

Las distintas técnicas seguidas por los países europeos que han ensayado este tipo de organismos arrojan el resultado de una cierta desproporción entre los esfuerzos invertidos y los efectos producidos o alcanzados: para sus adversarios la magnitud de la esperanza depositada en los Consejos ha sido mucho mayor que la módica satisfacción ofrecida por la realidad de su complicado funcionamiento. Un conocedor del problema, Van Potobsky, ya había señalado que las recomendaciones de los Consejos sólo fueron seguidas cuando se había logrado un cierto acuerdo general sobre el tema tratado, pero que un acuerdo así únicamente se lograba en el caso de tratarse de asuntos de menor importancia, ya que en los grandes asuntos los grupos se limitaban a una mera afirmación y defensa de las posiciones respectivas: cuando se llegaba a una solución se concretaba gracias a la vaguedad de los términos del acuerdo alcanzado. Como cada grupo defiende a ultranza su interés, y en el Consejo conviven los más heterogéneos intereses de la sociedad, ha resultado evidente y concreto el riesgo de desembocar en el estancamiento. Según la opinión de Julio César Cueto Rúa —en su conocida disertación de la Academia Nacional de Ciencias Económicas— la alternativa está dada entre esa irreductibilidad de los intereses contradictorios o una transacción sin grandeza, en la que los intereses generales de la comunidad quedan sacrificados en beneficio de los intereses específicos de los grupos en juego.

Las dificultades que ofrece el problema han preocupado a teóricos políticos de las más diversas tendencias, que no han vacilado en confesar la dificultad para encontrarle una solución. Desde el punto de vista visual del socialismo, por ejemplo, Harold Laski reconoció como insoluble la dificul-

tad en establecer la proporción en que han de estar representados el capital y el trabajo, así como la imposibilidad de responder la cuestión referente al lugar por donde ha de trazarse la línea demarcatoria de las unidades de representación; y ha dicho –el mismo Laski– con gran agudeza: “Todo ello independientemente de la cuestión de por qué, justamente una función como la de la medicina, por ejemplo, tenga vinculación inmediata con los fines de una asamblea legislativa. No hay un criterio médico acerca de la política extranjera, de la nacionalización de las minas, o del libre cambio. Si los médicos votaron a un candidato a causa de sus opiniones sobre estas materias, no votan en realidad como médicos; y si hubieran votado a algunos de ellos (médicos) basándose en consideraciones estrictamente vinculadas con sus intereses profesionales, éstos no se hallarían autorizados a hablar en nombre de aquellos sobre cuestiones que no se refieran a la medicina”. Desde muy otra perspectiva ideológica, Cueto Rúa ha puesto de manifiesto idénticas dificultades, desde el momento que los partidos políticos fueron la primera instancia de conciliación y de síntesis de los diversos intereses vigentes en la comunidad (verdaderos factores relevantes de entendimiento social y político), pero que perdieron ese carácter a raíz del surgimiento de partidos que no aceptaron las reglas de juego (v. gr. los partidos extremistas o antisistema) y de partidos de sectores (obreros, religiosos, empresarios, propietarios, etc.). Al clamor actual en favor de la “representación de intereses”, observaba Cueto Rúa que no se busca en verdad la participación o el reconocimiento de las pretensiones de muchos sectores (v. gr. los deudores, consumidores, indígenas, inmigrantes, etc.), sino que el requerimiento es limitado a los sectores productores: únicamente para los sindicatos obreros y los empresarios y patronos. O sea, que se intenta un tratamiento especial para algunos intereses que se caracterizan por la defensa de sus “conquistas” con olvido de otros tan respetables como los primeros (por ejemplo, los consumidores). Sin embargo, las críticas de Laski y de Cueto Rúa, así como la experiencia francesa durante la guerra mundial, parecen mas bien dirigidas al descarte del ensayo corporativista que a la condena de un sistema de asesoramiento y consultas, que hoy parece inseparable de un esquema mínimo de planificación en la vida de cualquier Estado moderno. Autores y pensadores de la orientación de Duverger piensan que la función que cumplen los Consejos Económicos Sociales es tan relevante entre las competencias del Estado, que hoy en día cabe hablar de la existencia de un verdadero Poder de Consulta, incorporado definitivamente a la trinidad de poderes o funciones reconocidas al

Estado. Al referirse a esta novedad institucional, el autor citado remarca la independencia del órgano que debe cumplir con tales funciones, expresando en forma terminante: “Tal separación no es solamente posible, sino necesaria, si se considera el poder de consulta consistente en dar consejos con anterioridad a una decisión a la autoridad encargada de tomarla”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El tema fue esquivado en la Convención Nacional Constituyente de 1994. Antes y después se presentaron proyectos de ley sobre la materia, pero ninguno llegó a ser aprobado; entre ellos, el de autoría del suscrito, que fue reproducido en cuatro oportunidades en la Cámara de Diputados de la Nación.

# LA SAS Y LAS NORMAS GENERALES DE LA LEY DE SOCIEDADES

POR RAFAEL MARIANO MANÓVIL\*

## I. Notas introductorias

El reglamentarismo en materia societaria tiene hondas raíces históricas y está vinculado con la personificación de las sociedades. Equiparadas a las corporaciones medievales, las compañías de Indias de principios del siglo XVII fueron producto de una concesión del Estado, con condiciones restrictivas, precisas y limitativas. Desde entonces, una evolución muchas veces muy lenta, pero constante, condujo a que las sociedades personificadas, o sea las sociedades por acciones, pasaran del de la concesión al régimen de la autorización, y luego al normativo. Más tarde se creó la sociedad de responsabilidad limitada, también personificada pero con un régimen de configuración interna más flexible. Finalmente, en muchos países, aunque no en todos, se llegó al paulatino reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las sociedades. El fuerte contenido reglamentario de las legislaciones en materia de sociedades, como es natural, se produjo especialmente en lo referido a las que cuentan con limitación de responsabilidad de sus socios, y se refiere particularmente a aspectos como la función del Estado en la protección el ahorro y la inversión del público y en el ejercicio del control que le corresponde cuando otorga una concesión. A ello se agregan la preservación de la seguridad jurídica y del patrimonio de la sociedad, que hace al interés de los terceros, y la tutela del funcionamiento interno en beneficio de los socios. Nuestra innovadora e importante ley de sociedades de 1972, de conformidad con las concepciones de su época, abunda en normas imperativas que abarcan todos los ámbitos indicados.

Pero a mediados de la década del ochenta comienza a tomar cuerpo en el derecho continental europeo el reclamo de mayor espacio para la au-

---

\* Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de octubre de 2018.



tonomía de la voluntad y, en todo caso, de simplificación de las reglas de funcionamiento interno de las sociedades. En Alemania se sancionó, así, una reforma a la ley de sociedades por acciones de 1965 para aliviar los requisitos y exigencias internos y externos en las pequeñas sociedades por acciones. En Francia, desde una óptica diversa, se produce la creación de la *Société Anonyme Simplifiée*: se la implementa para facilitar los negocios de las grandes empresas. Al decir de una integrante de la comisión que la elaboró, los objetivos fueron dotar al tipo de flexibilidad (para adaptar el instrumento a las necesidades y objetivos de quien lo utilice), de transparencia (para evitar la opacidad de pactos de accionistas no publicados), así como de eficacia y seguridad (dando certeza a la validez de los pactos resultantes de la autonomía de la voluntad)<sup>1</sup>.

Tanto fue ésta la concepción tenida en mira, que en la versión original del primer proyecto sólo se admitía como accionistas a personas jurídicas que tuvieran por lo menos 1,5 millones de francos de fondos propios, cifra que también era el capital mínimo requerido. Se proyectaba prohibirles hacer oferta pública, y se establecía el régimen germano de la *Prokura*, es decir, la inoponibilidad a los terceros de las limitaciones estatutarias de los representantes de la sociedad. Cuando se convirtió en ley el 4 de junio de 1994, las exigencias se redujeron (capital mínimo 250 mil francos) y se mantuvo la representación legal sólo en cabeza del presidente. En todo caso, la intención fue ofrecer al mercado un producto llave en mano<sup>2</sup>. Destacados autores lo calificaron como una revolución en el derecho societario, y el fin del *colbertismo* intervencionista.

Sólo una década después, las SAS en Francia cuadruplicaban a las sociedades anónimas, para lo cual seguramente tuvo influencia el hecho de que en 1999 se autorizó que también pudieran ser socias las personas físicas. La evolución posterior llegó incluso a autorizar que hagan algún tipo de oferta pública.

También la Argentina fue paulatinamente escenario de un creciente reclamo de mayor flexibilidad y más espacio para la autonomía de la voluntad<sup>3</sup>. La ley 27.349 terminó siendo tributaria de esta revolución y, pese a

<sup>1</sup> SIMON, Joëlle, *La SAS: histoire d'un succès*, en *La société par actions simplifiée (SAS)*, dirigida por Pierre-Henri Copnac e Isabelle Urbain-Parleani, Paris, Dalloz, 2016, pág. 40.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pág. 41.

<sup>3</sup> Para no citar sino algunos trabajos, véase ODRIOZOLA, Carlos S., *Limitación de la voluntad contractual expresada en el estatuto social. ¿Por qué no?*, LL, T. 2006-D, págs. 1305/13; ROTHEN-

nuestra clásica inclinación a privilegiar lo pequeño y desconfiar de lo grande<sup>4</sup>, se convirtió en un instrumento a disposición de todos los que deseen servirse de él<sup>5</sup>.

El Art. 33 de la ley 27.349 crea, entonces, la Sociedad por Acciones Simplificada, como un nuevo tipo societario y con un régimen propio por fuera de la Ley General de Sociedades, pero con dos remisiones importantes a ésta: la supletoria aplicación de las normas de esta última “*en cuanto se concilien con las de esta ley*”, y la más específica pero también supletoria remisión a las normas de funcionamiento establecidas para la sociedad de responsabilidad limitada y a “*las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades*” (Art.49).

Mucho se ha escrito alabando, pero también denostando, la adopción de esta figura, ya muy extendida en los países latinoamericanos. Para algunos la figura es el bienvenido instrumento para la actividad de las pequeñas y medianas empresas, para otros constituye la materialización de la ruptura con las rigideces de un sistema impregnado por un exceso de normas imperativas para dar lugar a un largamente anhelado espacio para la autonomía de la voluntad. La crítica opuesta se centra en el miedo a la libertad de configuración y el debilitamiento de los controles que deberían existir sobre las sociedades, incluso considerándolo un instrumento ideal para cometer fraudes de todo tipo<sup>6</sup>. Aun aceptando la necesidad de contar con una figura flexible, se le critica también su origen foráneo y se subraya lo difícil del trasplante de institutos y soluciones provenientes del derecho comparado. Incluso se ha señalado que ha sido un éxito en países unitarios y centralizados, como Francia, Colombia, Chile y otros, mientras que sería difícil trasladar su funcionamiento a un país federal como la Argentina<sup>7</sup>. Es frecuente la crítica por el hecho de que este nuevo tipo no ha sido incorpo-

---

BERG, Mónica L., *Autonomía de la voluntad y sociedades de capital*, Bs. As., Astrea (en prensa).

<sup>4</sup> Prueba de ello es que la SAS aparece, entonces, en una ley dedicada al “Apoyo al capital emprendedor”, y la absurda disposición del Art. 62 que les hace aplicables las normas de la Ley de Contrato de Trabajo y las responsabilidades solidarias establecidas en los Arts. 29, 30, y 31 de la misma.

<sup>5</sup> Se argumentó con su ubicación en la ley de emprendedores, hecho que enmarcaría el alcance que el legislador ha querido darle a la SAS. Pero el argumento cae a poco que se repare en que el Art. 1º de la ley dice que “*el presente título tiene por objeto apoyar la actividad emprendedora*”, no toda la ley.

<sup>6</sup> Véase, como máximo exponente de esta crítica, NISSEN, Ricardo A., *La sociedad por acciones simplificada (SAS) El aporte societario del neoliberalismo o las sociedades off shore argentinas*, Bs. As., FIDAS, 2018.

<sup>7</sup> VÍTOLO, Daniel R., *Capital emprendedor y sociedades por acciones simplificadas (SAS)*, Bs. As., La Ley, 2ª ed., 2018, págs. 45/6.

rado al cuerpo de la ley de sociedades, pero también se han emitido voces en sentido opuesto, que quieren mantener incontaminado el sistema de las SAS. De hecho, una comisión designada en el Senado para su reforma, deberá resolver si traslada esa regulación al cuerpo de la Ley General de Sociedades. Se ha llegado a sostener que la autonomía de la voluntad para su configuración es una nota tipificante de la SAS<sup>8</sup>. Abundan, asimismo, los meticolosos análisis del articulado legal y, en algunos casos, su comparación con las normas que tratan aspectos similares o equivalentes en la ley de sociedades<sup>9</sup>.

## **II. La parte general de la normativa societaria. La autonomía de la voluntad y la razón de las normas imperativas**

El propósito de esta comunicación no es terciar en especial en ninguna de estas disputas, aunque pueda caerse en inevitables menciones a algunas de sus aristas. En cambio, se procurará analizar el alcance de la aplicación a las sociedades por acciones simplificadas de principios societarios generales y de la parte general de la LGS.

La idea misma de una parte general con principios y normas que se apliquen a todos los tipos de sociedades no es universal. Dejando de lado el mundo anglosajón, más adepto a las soluciones prácticas que a las sistematizaciones teóricas, y sin computar las sociedades civiles subsistentes en los países que mantienen separado el código civil del mercantil, algunos importantes ejemplos del derecho comparado dan la pauta de las relevantes diferencias en sus respectivas legislaciones. Así, por ejemplo, en Alemania, las sociedades colectivas, en comandita simple y la sociedad en participación siguen reguladas en el Código de Comercio de 1900, con remisión a las normas del Código Civil, mientras que las sociedades por acciones, por una parte, y las de responsabilidad limitada por la otra, están reguladas en leyes separadas<sup>10</sup>. Algo similar ocurre en España, donde en el cuerpo del Código de Comercio, entre los contratos especiales

<sup>8</sup> PÉREZ HUALDE, Fernando, *La autonomía de la voluntad como nota tipificante de las sociedades por acciones simplificadas*, LL, T. 2017, págs. 561/5.

<sup>9</sup> VÍTOLO, Daniel R., *op. cit.* en nota anterior.

<sup>10</sup> El complejo de la legislación societaria alemana se integra con numerosas otras normas, como las disposiciones especiales para contabilidad y balances, la ley de “transformaciones” (Umwandlungen), que comprende a la fusión, a la escisión, a la transferencia de patrimonios y a la transformación propiamente dicha, etc.

del comercio, se legisla sobre las compañías mercantiles y, entre éstas, las colectivas y las comanditarias simples; pero las sociedades de capital, o sea las de responsabilidad limitada y las anónimas, que estaban regladas en sendas leyes separadas, ahora tienen una regulación unificada en una ley especial<sup>11</sup>. Las normas generales son, en todo caso, extremadamente escasas, lo mismo que en el Código de las Obligaciones suizo, que regula las sociedades simples, las colectivas, las comanditarias, la anónima y la de responsabilidad limitada, pero sin normas comunes. Algo parecido debe predicarse del Código Civil italiano de 1942, que apenas trae algunas disposiciones comunes a todos los tipos, y de la ley de sociedades comerciales francesa, ahora incorporada al Código de Comercio. En cambio, el Código de las Sociedades portugués de 1986, contiene una extensa parte general con normas comunes y algunos principios aplicables a todos los tipos.

Entre las legislaciones que nos son más afines, debe mencionarse la Ley de Sociedades Comerciales del Uruguay, inspirada en gran medida en la normativa argentina. Si se midiera el tema por la cantidad de artículos dedicados a su parte general, se llegaría incluso a la conclusión de que las reglas aplicables a todos los tipos son aún más abarcativas e intensas que las de la Argentina. La comparación de ambas leyes rioplatenses sirve para demostrar cuán impregnadas están del espíritu de su época, de marcado intervencionismo legislativo, de control de las estructuras y, hasta cierto punto, de supervisión de la actividad de las sociedades.

No debe olvidarse que las normas imperativas, restrictivas de la autonomía de la voluntad, deben responder a la protección de un interés que el legislador entienda que, por algún motivo, lo requiera. Salvo muy contados aspectos en los que puede estar en juego un interés público, como en el supuesto del objeto o la actividad ilícita de una sociedad, o un interés general, como el de los acreedores, los intereses protegidos son intereses privados. Consecuencia de ello es que, operada la protección de la norma imperativa, el objeto de esa protección es disponible por el sujeto protegido. De lo mismo deriva, también, que si el bien jurídico protegido no ha sufrido daño, no cabe reclamo o impugnación alguna.

Las pautas enunciadas llevan, por una parte, a convencernos del amplio margen que las normas societarias dejan a la autonomía de la voluntad, desaprovechadas por la pereza de los operadores o por la atávica falta de

<sup>11</sup> Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto de 2010).

comprensión de que la regla es la libertad y lo prohibido la excepción, y no al revés. Pero por la otra, y esto es lo que aquí importa, lleva a la pregunta de cuál es realmente el interés protegido con una determinada norma imperativa, y al análisis de si ese interés merece o requiere de esa protección, o si es más valioso permitir que sobre el punto se permita disponer a los interesados como mejor entiendan que les conviene.

Varios autores han marcado la presencia de un nuevo paradigma societario a partir de las reformas que vinieron con la sanción del Código Civil y Comercial. En particular lo predicán a partir de las nuevas reglas de la Sección IV del Capítulo I de la LGS y algunos también a partir de la admisión de la sociedad anónima unipersonal, aunque se haya tratado de una admisión maliciosamente retaceada. Ese cambio de paradigma estaría embanderado, precisamente, con el menor rigor, la mayor tolerancia y la incrementada libertad del régimen. Ciertamente hubo cambios en algunas reglas, pero si puede señalarse una conclusión, es la de que se superaron viejas rémoras y se remediaron algunas injusticias. Mas discutir en abstracto si ello constituye o no un cambio de paradigma no parece conducir a puerto alguno: la caracterización de la sociedad sigue siendo la misma, a todas las sociedades se les aplican las reglas y principios de la parte general.

La normativa que incorpora la SAS a nuestro derecho es vista como un generoso gesto del legislador para que los interesados se puedan apartar aún más del corsé de las reglas de los tipos preexistentes. Ciertamente, es lo que, en numerosos aspectos, *expressis verbis* prevé la ley 27.349: donde para los tipos de la LGS hay restricciones, se admite expresamente dejarlas de lado. Sin embargo, como señalé más arriba, las reglas que rigen a la SAS no son solamente las de la ley que las sancionó, sino también aquellas a las cuales remite o declara supletoriamente aplicables. En este plano, son infinitas las preguntas que pueden plantearse, y muchas más que infinitas las que surgirán de la práctica en los casos concretos. Pueden ser de fácil respuesta, o pueden requerir razonamientos más complejos, como, por ejemplo, en una SAS con un directorio, ¿es imperativo admitir el voto acumulativo?; ¿pueden dividirse las acciones en clases para elegir directores? Nada de ello encontrará respuesta en esta comunicación. Sólo señalaré que a la SAS, lo mismo que a cualquier otro tipo societario, se le aplican las normas contenidas en la parte general de la Ley General de Sociedades, por cierto que con algunos matices, de los que me ocuparé.

### III. La SAS es sociedad. La falta de proporcionalidad no afecta el elemento causal distintivo

La SAS, definida como *sociedad* típica, hace preciso recordar que su esencia anida en su elemento causal. Está contenido en la caracterización del Art. 1º LGS cuando se refiere a que los socios “*se obligan a realizar aportes...participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”. Ese dato causal puede ser definido como el de la **comunidad de riesgos**, que es el elemento que distingue a la sociedad de cualquier otro contrato, en particular de los contratos asociativos. Aunque estos últimos tengan una finalidad común, en el sentido de un propósito compartido en contraste con una oposición de intereses y prestaciones, como en los contratos bilaterales, les falta el elemento del riesgo común al que están sujetos todos los socios de una sociedad. Dato determinante éste, para predicar la objetiva existencia de un interés que también les es común. Ese objetivo interés común es el de que las decisiones que se adoptan en la vida de la sociedad, en especial en la conducción de los negocios sociales, estén dirigidas de buena fe a que el resultado de ese riesgo corrido en común se traduzca en beneficios y no en pérdidas.

Este elemento causal de la sociedad, fácilmente reconocible, es tanto más relevante desde que el CCyC, Art. 1013, estableció que “*la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución*”. A esto se agrega que “*la falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato*”. Son aplicables a los contratos, y entre ellos a la sociedad, las normas sobre la causa del acto jurídico. Entre ellas sobresale la que establece que “*la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad*”. Parece ser demasiado pronto aún para sacar conclusiones definitivas sobre los ricos alcances de la instalación de la causa fin como elemento de los contratos, e incluso respecto de los alcances de que los motivos exteriorizados e incorporados al acto sean también elevados a la condición de causa. Pero cabe ya plantearse para las sociedades si la apuntada exigencia de que la causa deba subsistir durante la ejecución del contrato puede llevar en determinadas situaciones a la extinción, o sea, al derecho de los socios a exigir la disolución de la sociedad.

En este contexto, con relevancia para la SAS, debe recordarse que esa causa encuentra respaldo en las normas destinadas a proteger su esencia, a saber, las que condenan las sociedades leoninas. Los cinco incisos del Art.

13 argentino, y cinco de los seis del Art. 25 de la ley uruguaya, castigan como nulas las cláusulas que rompen el principio de la comunidad de riesgos. Recibir un socio todos los beneficios o ser excluido de ellos, o liberado de soportar las pérdidas; la restitución de los aportes con un premio o con frutos, haya o no ganancias; asegurar a un socio su capital o las ganancias eventuales; que la totalidad de las ganancias o de las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio sobreviviente (las llamadas “*tontinas*”), son todas previsiones inadmisibles en el sistema de las leyes rioplatenses<sup>12</sup>. Y también lo es la otra, que es de las de mayor dinámica en la vida de una sociedad: es nula la cláusula que permita la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

Todas estas reflexiones llevan a concluir que ya no puede afirmarse hoy día que el *lucro* es el elemento diferenciante de la sociedad, sino el mencionado *riesgo corrido en común*. La comisión de reformas a la ley de sociedades está estudiando incluir en el texto del Art. 1º LGS este elemento diferenciante<sup>13</sup>.

Con mayor amplitud aún, algunas legislaciones del derecho comparado, al abarcar cuestiones que exceden de lo patrimonial, derivándolo de normas concretas, han reconocido como principio el de tratamiento igualitario de los socios o accionistas en el ejercicio de sus derechos. Un ejemplo es la sección 7 del capítulo 1 de la ley de sociedades de Finlandia del año 2006, o la previsión similar de la ley de sociedades sueca, el § 53 el AktG alemán, y hasta el Art. 1833 del Código Civil francés.

Aunque la ley 27.349 provea diversas normas que de modo expreso permitan el apartamiento de la proporcionalidad de los derechos de los socios, los principios comentados son de aplicación a la SAS. Tampoco en la LGS la proporcionalidad es una regla de la que no se pueda disponer. Así, su Art. 11, inc. 7, establece que, en caso de silencio sobre las reglas para distribuir utilidades y soportar pérdidas, ello será en proporción a los aportes, y que si se prevé la forma de distribuir ganancias, pero no soportar pérdidas, o al revés, la misma proporción se usará para lo contrario. Las sociedades anónimas pueden emitir acciones con preferencias patrimoniales, o privilegio

<sup>12</sup> Estos principios no están modificados por la previsión del Art. 1521, inc. a), del CCyC, que permite el mutuo con participación en las ganancias.

<sup>13</sup> Ello sin perjuicio de que siga siendo lícita la utilización de la forma estructural de una sociedad, para una causa fin diferente, libremente determinada por quien o quienes la constituyan.

en el voto. No existe ruptura de esos principios, entonces, cuando el Art. 47 de la ley de SAS dispone que “*podrán reconocerse idénticos derechos políticos y económicos a distintas clases de acciones, independientemente de que existan diferencias en el precio de adquisición o venta de las mismas*”. Lo mismo para el voto de cada clase, que depende de lo que exprese el instrumento constitutivo, y podrá contener la “*la atribución de voto singular o plural*”, sin límites. De algún modo, el legislador sigue algo parecido al modelo suizo, donde las acciones tienen un solo voto, pero pueden ser emitidas cada una con un valor que tenga una diferencia de hasta diez veces. Es un modo indirecto de admitir acciones de hasta diez votos.

Otro relevante apartamiento del principio de proporcionalidad que permite la ley 27.349 es el de su Art. 44, cuando autoriza a fijar primas distintas para las acciones que sean emitidas en un mismo aumento de capital, siempre que sean diferenciadas por clases, aunque esas clases pueden reconocer derechos económicos y políticos diferentes. La admisión de estas desigualdades permite resolver un sinfín de problemas que se presentan en la práctica de sociedades que estructuran negocios de integración compleja. No me detendré en ejemplificaciones, pero sí importa sostener que, por aplicación de los principios societarios sustentados en la LGS, o inducidos de sus normas, e incluso también del nuevo CCyC, ninguna de esas desigualdades sería válida si fuera abusiva y si no respondiera, cada una de ellas, a un principio de racionalidad que las justifique<sup>14</sup>.

#### IV. Normas de la LGS que rigen para la SAS

Llegamos así al objeto central de esta comunicación, que es explorar cuáles son algunas de las reglas de la parte general de la LGS que son de aplicación a la SAS, e imaginar cómo inciden<sup>15</sup>. Algunas de esas normas de ellas son casi obvias.

• **La tipicidad.** Rige para las SAS el principio de tipicidad (Art. 1º, LGS). Como dato de color respecto de las consecuencias de la atipicidad,

<sup>14</sup> Por gentileza de sus autores, he leído un artículo de Diego COSTE y José D. BOTTERI, intitulado *Los límites de la autonomía de la voluntad en la Sociedad por Acciones Simplificada*, de próxima publicación en la revista La Ley. El título de esta excelente contribución da la pauta de su contenido.

<sup>15</sup> Luego de presentada esta comunicación apareció el muy recomendable artículo de Julia VILLANUEVA, *La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario*, LL, T. 2018-F, págs. 890 y sigtes., donde se abordan con ventaja los temas que aquí se tratan.



la ley uruguaya, a diferencia de la normativa original argentina, que la castigaba con la nulidad, le aplica el régimen de irregularidad societaria. Es la solución que trajo la reforma producida con la sanción del CCyC, cuando, en caso de atipicidad, remite al régimen de la Sección IV del Capítulo I.

• **La regularidad.** La regularidad de la sociedad nace con la inscripción en el Registro (Art. 7°; LGS). Recién luego de inscripta se hacen efectivas y oponibles a terceros las reglas del tipo social elegido.

• **El plazo de duración.** La necesidad de establecer un plazo, que debe ser determinado (Art. 11, inc. 5° LGS). Ya se señaló que las normas imperativas, restrictivas de la autonomía de la voluntad, deben responder a la protección de un interés: de lo contrario no tienen justificación. Un plazo determinado de duración, y tanto más un plazo máximo, protege a los socios contra la celebración de un contrato que restrinja su libertad por un tiempo que, en términos de vida, a menudo excede del de una generación. La ley de SAS no limita la duración: sólo exige que sea determinado.

• **La determinación del objeto.** La LGS exige la determinación del objeto (Art. 11, inc. 3, LGS), o sea que no se admite una sociedad con objeto indeterminado, como la sociedad colectiva en el régimen del Código de Comercio de Acevedo y Vélez Sarsfield. Existen diferencias entre la redacción del inciso 4° del Art. 36, ley 27.349 (texto según ley 27.444) y el inc. 3° del Art. 11 de la LGS. Mientras esta última norma requiere que el objeto sea “*preciso y determinado*” –lo cual ha dado lugar a abusos interpretativos de parte de los organismos locales de control para restringirlo hasta el extremo de exigir un objeto único–, para la SAS se aclara que el objeto “*podrá ser amplio y plural*”, con el agregado de que es admisible que las actividades guarden o no conexidad o relación entre sí<sup>16</sup>.

La precisión del objeto está destinada a tutelar a los socios: los protege de que su inversión sea destinada a una actividad no consentida, por los motivos que ello fuese, sea porque importan un tipo de riesgo que no han querido correr, sea porque se trate de una actividad de la que no les gusta participar por motivos morales, políticos, de convicción íntima, o cualquier otra causa. La única excepción son las sociedades reglamentadas por su objeto como, esencialmente, las que están vinculadas al ahorro público

<sup>16</sup> El texto original del inciso 4° del Art. 34, con redacción un tanto torpe, se refería a “*la designación de su objeto que podrá ser plural y deberá enunciar en forma clara y precisa las actividades principales que constituyen el mismo, que podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas*”.

(entidades financieras, de seguros, etc.) o en cuya actividad exista un interés público involucrado, como una concesión o un servicio público. Dejar librado en gran medida a la autonomía de la voluntad el enunciado de las actividades que la sociedad se propone realizar, es altamente plausible. La interpretación razonable de la LGS no es distinta de lo que se hace explícito para la SAS. Sin embargo, el riesgo de esa redacción estriba en que quienes pretendan para los restantes tipos una restricción reglamentaria del alcance del objeto, pueden intentar la construcción de un argumento *a contrario*, por injustificado y carente de toda lógica que fuera.

• **La SAS con defectos formales o substanciales.** A falta de normas especiales en sentido diverso –normas que, en todo caso, no se justificarían– a la SAS se le aplica el régimen de la LGS sobre defectos formales o substanciales en la constitución de la sociedad. Lo mismo ocurre con respecto a las disposiciones relativas a las sociedades que omitan elementos característicos del tipo o incluyan otros que sean incompatibles con él. En otras palabras, son aplicables a las SAS las normas relativas al régimen de nulidad de los Arts. 16 y 17 de la LGS y, por supuesto, las de la Sección IV del Capítulo I de la LGS. La SAS que no se inscribe, o que adolece de defectos formales o substanciales, está sometida a este régimen porque cae con toda precisión conceptual en los supuestos de inclusión establecidos por el Art. 21 LGS. Ello así aunque la redacción de esa norma parezca endógena, por referirse a los tipos del Capítulo II y a las formalidades exigidas por la propia LGS<sup>17</sup>. No existe una solución alternativa y la identidad de situaciones impone, en todo caso, una aplicación analógica de ese régimen.

• **La cuestión del objeto y la actividad ilícitos.** También se proyecta sobre la SAS la discusión, aún en curso en la doctrina, acerca del significado de la ilicitud a que se refieren los Arts. 18 y 19 de la LGS al declarar la nulidad de sociedades con objeto u actividad ilícitos. El tema no ha sido tratado con la profundidad suficiente por la doctrina, más allá del enunciado genérico del régimen<sup>18</sup>. Hay quienes sostienen una interpretación

<sup>17</sup> Recuérdese el texto del Art. 21: “La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección”

<sup>18</sup> Sin embargo, pueden consultarse con provecho, ALEGRÍA, Héctor, *El régimen de nulidad de las sociedades comerciales. Consideraciones críticas y alternativas superadas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 8, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995; ETCHEVERRY, Raúl A., *Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de sociedades comerciales*, LL, T. 150, pág.1101;

extensiva, equiparando en la práctica *ilicitud* con *antijuridicidad*. Otros, más moderados, restringen los supuestos de esas normas a los de ilicitud penalmente sancionada<sup>19</sup>. También existe controversia acerca de qué es lo que califica como *actividad* para dar lugar a la sanción. Algunos consideran que la reiteración de ilícitos es suficiente. Personalmente me enrolo entre quienes exigen que la *actividad*, para ser calificada de ilícita, debe consistir en la realización continuada, sistemática y principal de negocios y actos ilícitos. No es razonable que la sola reiteración de actos ilícitos en el marco del desarrollo de una actividad empresarial lícita, dé lugar a sanciones de la envergadura de las dispuestas en esas normas. La sanción de confiscación del remanente de la liquidación para destinarlo al “*fomento de la educación común*”, obliga a ser severo en las exigencias para dar por configurado el supuesto.

Como quedó dicho, no hay ni puede haber discusión acerca de la aplicabilidad de estas dos normas a la SAS: si tiene declarado un objeto ilícito, o si bajo la cobertura del enunciado de un objeto lícito, realiza actividades ilícitas, la sociedad se liquida y el remanente pasa al Estado.

Lo mismo debe predicarse respecto del caso previsto en el Art. 20, de objeto prohibido en razón del tipo. Este es un supuesto que en la práctica es de casi imposible configuración: el legislador de 1972 se representó el caso de una sociedad de responsabilidad limitada que realizara actividad bancaria, para la cual la ley especial de la materia, establece el monopolio de los tipos anónima y cooperativa. Sin embargo, las restricciones del Art. 39, inc. 1, de la ley 27.349 (reformado por ley 27.444) se estructuran sobre el hecho de no estar comprendidas en los supuestos de los incisos 3º, 4º y 5º del Art. 299. Los últimos dos incisos se refieren a la realización de operaciones de capitalización, o ahorro, o de las que “*en cualquier otra*

---

FARGOSI, Alejandro, *Sociedad de objeto prohibido y actividad prohibida*, RDCO, Año 12, 1979, págs. 9/21; HALPERIN, Isaac, *El régimen de nulidad de las sociedades comerciales*, RDCO, 1970, pág. 545 ZUNINO, Jorge O., *En torno a las denominadas sociedades de objeto lícito y actividad prohibida y su recepción en un fallo*, LL, T. 1990-C, pág. 990; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Los vicios en la constitución de sociedades*, RDCO, 1994, págs. 131/202.

<sup>19</sup> En esta línea el fallo de la Cám. Com., Sala E, 18.5.87, *Bunge Soc. de Hecho s/Quebra*, RDCO, Año 20, pág. 974, que rechazó la aplicación del Art. 19 LGS a un caso de intermediación financiera sin sujeción a la autoridad de control. Se aludió en ese fallo a que “*la realización de actos, negocios o actividades esencialmente lícitas ... jamás puede elevarse a categoría de ilícitos, debido a las características personales del sujeto a quien se imputa tal conducta. No puede aceptarse que un acto lícito para la generalidad de los individuos se convierta en ilícito cuando es llevado a cabo por quien lo tiene prohibido no ya siquiera por razones de fondo, sino tan solo por cuestiones de forma*”. Palabras éstas que se originan en Alejandro FARGOSI, citado en la nota anterior, págs. 19/20.

*forma requieran dinero o valores al público con la promesa de prestaciones o beneficios futuros*” (inc. 4°), o que “*exploten concesiones o servicios públicos*” (inc. 5°). La norma es de mala técnica, porque literalmente prohíbe que la SAS esté comprendida en una norma que es exclusiva para las sociedades anónimas, como el Art. 299. La interpretación razonable de lo que dispone lleva a leerla como estableciendo que la SAS no puede tener por objeto ni puede realizar ninguna de las actividades descritas en esos dos incisos.

De todos modos, en ambos casos se trata de una prohibición de cierto objeto en razón del tipo elegido. De producirse un caso que encuadre en estos supuestos, se contradicen las sanciones de ambas leyes: mientras el Art. 20 de la LSG dispone que la sociedad sería nula de nulidad absoluta, e impone su liquidación, lejos de ello, el Art. 39 de la ley de SAS impone la obligación de transformarse en alguno de los tipos regulares previstos en la LGS. La transformación deberá estar completada dentro de los seis meses y, en caso de incumplimiento, se impone a los socios responsabilidad solidaria, aunque subsidiaria, por los pasivos de la sociedad. Cuando la norma especial establece una sanción específica distinta de la de la norma general, prevalece la primera. Por otra parte, ello es coherente con el criterio interpretativo del Art. 100 de la LGS, que hace prevalecer el principio de conservación de la empresa.

• **Cónyuges y herederos menores.** Algunas de las normas sobre los socios, tanto en cuanto a quiénes pueden serlo como a ciertas restricciones, merecen de una atención especial. Sin duda los Arts. 27 (sociedades entre cónyuges) y 28 (herederos menores) de la LGS son aplicables a la SAS. Los cónyuges pueden ser socios de la misma SAS, aunque se hallen bajo el régimen de comunidad de bienes. Va de suyo que los menores pueden ser socios de una SAS.

• **Qué sociedades pueden ser socias de la SAS y de cuáles puede ésta ser socia.** El Art. 30 de la LGS, reformado por la ley 26.944, todavía limita a las sociedades anónimas y en comandita por acciones a tomar parte sólo de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. La Comisión Redactora del CCyC había propuesto la derogación lisa y llana de las inexplicables limitaciones a la capacidad de derecho establecidas para las sociedades por acciones en el texto original, pero la norma sancionada fue avara y sólo agregó que pueden ser socias de sociedades de responsabili-

dad limitada. No hizo otra cosa así, que aumentar la incongruencia lógica de la norma, que carece de toda justificación<sup>20</sup>. La vinculación de esta norma con las SAS debe ser analizada desde la doble perspectiva de las sociedades que pueden participar en las de este nuevo tipo, y la de cuáles son los tipos en las que pueden participar las SAS.

Ante todo, debe destacarse que el Art. 34 de la ley 27.349 dispone expresamente que “*la SAS podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas*”, sin discriminación alguna. Ello determina que toda hipotética discusión fundada en cualquier analogía que se hubiera podido intentar trazar con los tipos sujetos a las restricciones del Art. 30 LGS, queda necesariamente superada por la expresa disposición de la ley: las sociedades anónimas y en comandita por acciones pueden constituir o participar en las SAS. A la inversa, una SAS puede ser socia de sociedades de cualquier tipo, sin restricción alguna. El Art. 30 LGS no se le aplica, porque una incapacidad de derecho como la impuesta por esa norma no admite interpretación extensiva.

• ***La unipersonalidad en relación con la SAS.*** Las limitaciones derivadas de la unipersonalidad retaceada en la LGS, y las restricciones establecidas en el Art. 39 de la ley 27.349 (según fue reformado por la ley 27.444) no se vinculan con el Art. 30 de la LGS recién analizado. Pero es necesario detenerse en la interacción de las diferentes normas que rigen la materia, para determinar en qué situaciones las sociedades unipersonales pueden participar unas en otras, y en qué casos no.

En este plano, debe comenzar por recordarse que el Art. 34 de la ley 27.349 establece que la SAS unipersonal no puede “*constituir ni participar*” en otra SAS unipersonal<sup>21</sup>. Es decir, la prohibición es de mayor

<sup>20</sup> En tiempos del Código de Comercio se argumentaba que la sociedad anónima debía ser protegida de una eventual extensión de responsabilidad, e incluso de quiebra, si se le permitía ser socia solidaria de un tipo que tuviera esa clase de socios. Cuando se sancionó la ley de 1972 se ensayó la justificación por los límites que tendrían las autoridades de contralor par la fiscalización de las sociedades anónimas si se permitía que participen en tipos de sociedades no sujetas a control, olvidando que iguales límites existen cuando la participación es en una sociedad de otra jurisdicción. La norma hoy vigente no responde a ninguno de los dos principios, ya que, superada la cuestión de las facultades del ente controlador, no impide que sea socia comanditada ni protege a la sociedad de responsabilidad limitada, respecto de la cual la cuestión de la eventual responsabilidad es idéntica.

<sup>21</sup> Aunque de modo dubitativo, un autor sostiene que el tratamiento de la unipersonalidad en la LGS y en la ley 27.349 deben marchar por carriles separados (VÍTOLO, Daniel Roque, *Capital Emprendedor y Sociedades por Acciones Simplificadas*, Bs. As., La Ley, 2ª ed., 2018, págs. 250/1: “parecería que no es un tema –este– de conciliación de normas ... sino de regulación particular de tipos

alcance que la del Art. 1º, último párrafo, de la LGS, que sólo dispone que la sociedad unipersonal (sólo anónima) “*no puede constituirse*” por una sociedad unipersonal, cualquiera sea el tipo de ésta. Empero, tratándose de una incapacidad de derecho, el citado Art. 34 no admite una interpretación extensiva para prohibir, por ejemplo, que una SAS participe de modo sobreviniente como socia única de una sociedad de otro tipo.

Una SAS unipersonal no puede constituir una sociedad anónima unipersonal por expresa disposición del Art. 1º LGS. Pero si la SAS participa de una sociedad anónima pluripersonal que luego deviene unipersonal, nada le impide mantener su condición de socia única. Idéntica solución cabe, demás está decirlo, cuando deviene unipersonal otro tipo de sociedad de la que participe la SAS, especialmente una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad colectiva. Según espero haber demostrado en otra oportunidad<sup>22</sup>, no sólo el texto expreso del Art. 94 bis de la LGS, sino también la interpretación armónica de todas las normas involucradas, así lo imponen.

La interpretación que entiendo coherente, lleva a la conclusión de que una sociedad anónima unipersonal (o la devenida unipersonal de otros tipos reglados en la LGS) no puede tampoco constituir una SAS unipersonal. El texto expreso y genérico del Art. 1º de la LGS<sup>23</sup> así lo impone. Pero ello no impide que, por las mismas razones que respecto de otros tipos, cuando su propia condición de unipersonal es sobreviniente, una sociedad de cualquier tipo sea socia única de una SAS.

Por fin, debe destacarse que la ley no prevé solución alguna para el supuesto de que una SAS unipersonal participe en otra SAS que, por cualquier motivo que fuese, posteriormente deviene unipersonal. El estudio de las consecuencias de tal situación está abierto. Como mecánica posible pueden considerarse la nulidad sobreviniente de la SAS unipersonal participada, cuyo efecto sería una posible suerte de absorción por la SAS unipersonal socia, o la aplicación de un plazo para transformarse o para recuperar la pluralidad de socios en la participante o en la participada, al

---

societarios particulares que difieren entre sí ... que permitiría ... la constitución o participación de las sociedades anónimas unipersonales en SAS y de éstas en sociedades anónimas unipersonales”).

<sup>22</sup> MANÓVIL, Rafael Mariano, *La unipersonalidad sobreviniente*, Revista Código Civil y Comercial, Octubre 2015, págs. 37/60.

<sup>23</sup> “*La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal*”.

modo de lo dispuesto en el Art 39 para los supuestos allí previstos<sup>24</sup>.

Es imaginable que la composición de supuestos que dejo expuesta se pueda contestar con la alegación de la falta de sentido lógico de las diferenciaciones efectuadas. Comparto la crítica, pero no para permitir una interpretación expansiva de incapacidades de derecho, sino para sostener, como ya lo he hecho reiteradas veces, que la sociedad unipersonal debe ser admitida sin restricciones de ninguna clase ni tratamiento diferencial, para cualquier tipo de sociedad, sea desde el momento constitutivo o como situación sobreviniente, con la sola y única excepción de aquellos tipos que requieren de dos clases de socios diferentes, como las comanditarias y las de capital e industria.

• **Limitaciones cuantitativas.** El Art. 31 de la LGS establece limitaciones cuantitativas a la participación de una sociedad en otra, salvo para las sociedades de objeto exclusivamente financiero o de inversión. La norma está mal estructurada porque le falta coherencia entre, por una parte, lo que intenta proteger (los socios, para que no se desvíe su inversión hacia negocios no consentidos, y para que no se los aleje de la intermediación con la actividad de la sociedad) y, por la otra, las excepciones que permite y la autoridad a quien asigna la facultad para otorgarlas, la flexibilidad cuantitativa que autoriza y las sanciones que impone. Por ello se ha proyectado su sustitución por un régimen más compacto y eficiente<sup>25</sup>. De todos modos, imperfecto como es, al no hacer diferenciaciones de ninguna clase, la norma resulta aplicable a todas las sociedades, de cualquier tipo y clase. Es aplicable a las sociedades de la Sección IV de la LGS, y también lo es a las SAS. De ello resulta que las restricciones del Art. 39 de la ley 27.349 (reformado por la ley 27.444), se suman a las del Art. 31 de la LGS, y no las sustituyen.

• **Participaciones recíprocas.** Pese a que el legislador pudo imaginar a los emprendedores pequeños como destinatarios principales del nuevo tipo, y pese a lo exiguo del monto de capital que se estableció, la SAS

<sup>24</sup> En el proyecto de reformas de 2005 de los Dres. Jaime L. Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl A. Etcheverry, se preveía que cuando una sociedad unipersonal devenía de modo sobreviniente en socia de otra unipersonal, “*deben fusionarse o la participada disolverse a menos que una de ellas incorpore nuevos socios en el término de tres meses*” (última parte del proyectado Art. 30).

<sup>25</sup> Véase el proyecto de reformas de 2005 de los Dres. Jaime L. Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl A. Etcheverry, seguido también por la Comisión Redactora del Anteproyecto de 2012, pero rechazado por el Ministerio de Justicia.

no ha prescindido de contar con un capital social expresado en moneda corriente. Esto determina que cuanto se ha legislado y predicado en torno a la realidad e intangibilidad del capital social, le será necesariamente aplicable<sup>26</sup>. En este contexto, la SAS está sometida a las restricciones que el Art. 32 de la LGS establece para las participaciones recíprocas entre sociedades. En una ya lejana oportunidad he señalado que el texto del Art. 32 es impreciso y contradictorio, que admite situaciones que sólo en apariencia rechaza y que llega a entrañar el grave peligro de permitir que una sociedad controlada se convierta en controlante de su controlante, generando un círculo vicioso que puede desnaturalizar la organicidad de las sociedades involucradas<sup>27</sup>. Una buena parte de esas incongruencias se originan en que en el texto sancionado como ley 19.550 se omitió un relevante párrafo entre el 1º y el 2º, que estaba previsto en el Anteproyecto presentado por la comisión redactora en el año 1968<sup>28</sup>. En diversas oportunidades<sup>29</sup> se trató de restituir este párrafo, para darle coherencia a la norma, sin éxito hasta ahora.

La ley 27.349 nada dispone en esta materia, razón por la cual el Art. 32 LGS se aplica a las participaciones recíprocas entre una SAS y una sociedad de cualquier otro tipo, lo mismo que entre dos SAS.

• **Control y vinculación.** El ya citado Art. 39 de la ley de SAS dispone que ésta no podrá ser controlada por una sociedad de las que mencionan los incisos 3º, 4º y 5º del Art. 299 de la LGS. Tampoco podrá participar en más del 30 % del capital de sociedades comprendidas en esos incisos. Ya señalé que la metodología que usa para establecer las restricciones que contiene,

---

<sup>26</sup> Sobre las funciones del capital social, además de los tratados clásicos, puede verse, entre otros libros específicos, SÁNCHEZ RUS, Heliodoro, *El capital social. Presente y futuro*, Ed. Civitas, Pamplona, 2012; y entre sus críticos a ARAYA, Miguel, *El capital social*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003-2, pág. 213; OLIVERA GARCÍA, Ricardo, *La crisis del concepto de capital social*, RDCO 1999, págs. 369/87.

<sup>27</sup> MANÓVIL, Rafael Mariano, *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, págs. 909/12.

<sup>28</sup> El párrafo omitido resolvía la importante cuestión de las participaciones recíprocas derivadas. Decía: “ninguna sociedad puede participar en otra sociedad que, a su vez sea socia de ella, si por efecto de la participación el capital y las reservas legales resultan, aun indirectamente, invertidas en todo o en parte en su propio capital”.

<sup>29</sup> Proyecto de reformas de 2005 de los Dres. Jaime L. Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl A. Etcheverry; Comisión Redactora del Anteproyecto de 2012, rechazado en este punto por el Ministerio de Justicia.



remitiéndose a disposiciones propias y exclusivas de las sociedades anónimas, no es la mejor, ni siquiera luego de su imprescindible reforma por la ley 27.444. Antes de ésta, era evidente que restricciones como la de no poder ser controlada por una sociedad que superara cierto capital, aplicaba a la anónima pero no a una SRL o colectiva, lo cual era absurdo. Con la reforma sólo subsiste una fracción de las restricciones, pero todavía puede imaginarse el supuesto de una sociedad concesionaria de un servicio público bajo forma, por ejemplo, de una SRL.

Al margen de lo dicho, la ley de SAS no contiene un concepto de control. Ello hace aplicable la caracterización del Art. 33 de la LGS, bien que requiriendo ciertas relevantes precisiones. ¿A qué control se refiere?

El inciso 1° establece lo que la doctrina llama *control interno de derecho*. Es el supuesto en el que la controlante posee participación que le otorga los votos para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias. El inciso 2° comprende dos supuestos esencialmente distintos, aunque ambos tengan en común el efectivo ejercicio de una influencia dominante. La diferencia es que en uno, el fundamento del poder que le permite ejercer esa influencia deriva de participaciones poseídas que, aunque no mayoritarias, de hecho le alcanzan para predominar. Es el llamado *control interno de hecho*, que tiene en común con el primero, que se traduce en la imposición de la voluntad dominante a través de la mecánica de formación de la voluntad social. En cambio, en el otro supuesto, la influencia dominante es externa: de modo ambiguo describe el caso como el de “*los especiales vínculos existentes entre las dos sociedades*”. La fuente de esta norma es el Código Civil italiano, que lo restringe a los especiales vínculos contractuales. Sin embargo, pese a más de tres cuartos de siglo de vigencia de la idea, su uso por la jurisprudencia italiana ha sido casi nulo, y la doctrina no se ha puesto de acuerdo en definir supuestos que concretamente encuadren en la norma. Se suelen mencionar tipos de contratos que *podrían* convocar esa calificación, como la franquicia, la financiación de proyectos, la distribución exclusiva, etc., pero siempre se lo hace de modo condicional, haciéndolo depender de las circunstancias particulares del caso. En lo que concierne al Art. 39 de la ley de SAS, estos últimos supuestos deben darse por excluidos porque los incisos 3°, 4° y 5° del Art. 299 LGS carecen de vínculo alguno con esos tipos de actividades. De modo así que el *control* al que se refiere la ley de SAS, es únicamente el participativo.

• **Las prestaciones accesorias en ambos regímenes.** El Art. 42 de la ley 27.349 introdujo un régimen de *prestaciones accesorias* diferente del previsto en el Art. 50 de la LGS, que quiere ser más amplio y flexible que este último. Toda flexibilización es bienvenida porque la utilidad de estas prestaciones no tiene límites. Pero ello no está totalmente logrado con la nueva norma. Es positivo que se haya ampliado el elenco de los posibles prestadores, que podrán ser, además de los socios, administradores o proveedores externos, y consistir no sólo en las comprometidas para el futuro, sino comprender también las ya prestadas en el pasado.

Pero inexplicablemente el texto se refiere sólo a la prestación de servicios y, para peor, incurre en la imprecisión de referirse a un valor de *aporte*. Precisamente, las prestaciones accesorias no constituyen *aportes* en el sentido técnico jurídico sino que son externos a ellos<sup>30</sup>. Mucho más importante que esta observación, que puede ser tachada de ser sólo terminológica, es el hecho de que se pasó por alto que las prestaciones accesorias pueden no consistir en servicios. Los ejemplos son muchos: un derecho locativo, la licencia de una patente, la obligación de conseguir financiación, la obligación de contratar con la sociedad los servicios que presta ésta, la provisión de insumos o materia prima, un pacto de exclusividad, etc. etc. Esto lleva a sostener que un régimen de prestaciones accesorias no desplaza al otro, sino que lo complementa: ambos pueden ser utilizados en la SAS. Por de pronto, para prestaciones accesorias que sean servicios, se podrá aplicar lo reglado en el Art. 42, ley 27.349. Para otras clases de prestaciones nada impide utilizar el sistema del Art. 50 LGS.

¿Podrán integrarse ambos regímenes? Es decir, ¿podrán admitirse prestaciones accesorias que no sean servicios comprometidas por quienes no sean socios, o que se hayan comenzado a prestar antes de su instrumentación? ¿Podrán las prestaciones que consistan en servicios no ser valuadas, y ser gratuitas o ser simplemente remuneradas sin asignársele un valor intrínseco? En lo personal me inclino por la respuesta permisiva de cualquier clase de combinaciones. Mas ello está condicionado a que no se desvirtúe la esencia de su régimen, a saber, que no pueden ser confundidas con el capital de la sociedad, y que deben estar ancladas en el contrato social o estatuto.

---

<sup>30</sup> Para un listado de interrogantes derivados del modo en que se regulan las prestaciones accesorias, puede verse VÍTOLO, Daniel Roque, *Capital Emprendedor y Sociedades por Acciones Simplificadas*, Bs. As., La Ley, 2ª ed., 2018, págs. 323/4.

• **El derecho de suscripción preferente de nuevas acciones.** La ley 27.349 no prevé un derecho de suscripción preferente de los accionistas en caso de aumento de capital. Por supuesto que el contrato puede establecerlo. Pero este derecho responde a una protección contra la dilución y la pérdida de valor de su participación, que los socios merecen tener en toda sociedad en que las decisiones de aumento de capital se adoptan por mayoría. Por lo menos debe ser así para supuestos de integración en dinero de los aumentos de capital. Esta cuestión y la aún más compleja de la eventual obligatoriedad de que los aumentos incluyan una prima de emisión exceden de las posibilidades de esta comunicación. La mención del punto aquí tiene el propósito de plantear y contestar el interrogante sobre la aplicación supletoria del régimen de los Arts. 194 y sigtes. de la LGS y de los principios elaborados alrededor de su Art. 202, segundo párrafo. La remisión del Art. 49 de la ley de SAS establecida en el capítulo referido a la organización jurídica interna, lo es a la aplicación *supletoria* de las normas sobre SRL y a las disposiciones generales de la LGS. El derecho de suscripción preferente no aplica a la SRL, no se refiere a la organicidad de la sociedad, ni está en la parte general de la LGS. Además debe tenerse presente que el espíritu y el propósito de la SAS es el de permitir desigualdades para poner en práctica incentivos de los que se espera un mejor resultado. Por ello, la conclusión debe ser que esos institutos no son aplicables en una SAS, salvo pacto en contrario.

• **La razonabilidad de las reservas.** La formación de reservas facultativas y las decisiones patrimoniales como el aumento de capital se hallan tan estrechamente vinculadas que puede afirmarse que los principios que emanan de las respectivas normas se potencian e iluminan recíprocamente. En este contexto debe destacarse la aplicabilidad a la SAS del Art. 70 LGS. La obligación de formar reservas legales en los porcentuales allí previstos deriva de su condición de sociedad por acciones pero, sobre todo, de la limitación de responsabilidad de los socios a sus aportes y a la valuación de los bienes aportados en especie. Unido a ello, también aplica a la SAS la obligatoria recomposición de la reserva legal cuando haya disminuido por pérdidas, así como la prohibición de distribuir utilidades sin cubrir pérdidas anteriores (LGS, Arts. 70 y 71).

Con contenido jurídicamente más rico que las lógicas reglas precedentes, debe destacarse que es aplicable a la SAS el principio del tercer párrafo del Art. 70 relativo a los criterios de razonabilidad y prudente administra-

ción para constituir otras reservas que las legales. Esta manda legal se proyecta sobre cualesquiera decisiones en la materia: tanto para distribuir utilidades, como para retenerlas, y sobre todo para requerir mayores aportes de los socios. Toda medida adoptada en este terreno debe estar racionalmente justificada en las necesidades de la empresa social, en la consideración del razonable equilibrio entre esas necesidades y el derecho del socio a obtener la distribución de beneficios. En reiterados fallos de la jurisprudencia de los más diversos países se han condenado no sólo la retención de ganancias y aumentos de capital no justificados, sino también distribuciones excesivas realizadas en beneficio de determinados accionistas pero a costa de la viabilidad de los negocios futuros de la sociedad. En nuestro país se ha producido un caso notorio, no suficientemente investigado aún, en el cual el problema fue precisamente este último.

• **La prima de emisión.** El tema recién tratado obliga a mencionar la cuestión de la prima de emisión en casos de aumento de capital, y su obligatoriedad cuando la suscripción no es proporcional por todos los socios. Aunque se trate de un instituto propio de la sociedad anónima, como ya se señaló, no puede prescindirse de analizarlo teniendo en vista lo dispuesto en el Art. 13, inc. 5º, LGS que declara nula la cláusula por la que un socio pueda adquirir la participación de otro por un valor que se aparta notablemente del valor real. De esta regla ya hace muchos años que propuse inducir como principio el del derecho del socio a mantener la integridad del valor de su participación<sup>31</sup>. Sentado ese principio, es fácil deducir de él que tampoco una resolución orgánica de la sociedad puede privar al socio del valor de su participación. Un aumento de capital que un socio no suscriba, en la medida que no compense la diferencia entre el valor nominal y el real de las participaciones sociales, sería violatorio de estas reglas. El modo de compensar esa diferencia es, precisamente, mediante la fijación de una prima para la suscripción de un aumento de capital. En ausencia, incluso, del derecho de suscripción preferente, la obligatoriedad de establecer esa prima es aún más clara.

• **Otras reglas aplicables a las SAS.** Es casi innecesario mencionar algunas normas cuya aplicabilidad a las SAS no ofrece dificultades. Así, las reglas de representación e imputación de los actos de los administradores a la sociedad (Art. 58, LGS), los deberes y responsabilidades de los adminis-

<sup>31</sup> MANÓVIL, Rafael Mariano, *El derecho a la integridad de la participación del socio*, II Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata 1979.

tradores sociales (Art. 59, LGS) y las de los tres párrafos del Art. 54, LGS). Sin caer en la tentación de extendernos en cualquiera de estos substanciales temas, no pueden dejar de hacerse unas pocas precisiones.

La más importante de ellas es subrayar que la regulación de la SAS, como sociedad, forma parte del régimen especial aplicable a todas las sociedades. Esto determina que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 150 del CCyC les son aplicables, en primer término las normas imperativas de la legislación societaria, y sólo en su defecto las contenidas en el CCyC<sup>32</sup>. Lo mismo ocurre con respecto a las normas supletorias: en primer lugar se aplican las de la ley especial, o sea, la societaria, luego las del CCyC.

De ello deriva que las normas generales en materia de personas jurídicas del CCyC se aplican sólo en aspectos no reglados por el sistema societario. Ello tiene importancia para dirimir algunas cuestiones. La primera, en este contexto, es la prevalencia del Art. 58 LGS, que presupone la capacidad plena de la sociedad, frente al Art. 141 CCyC, que pareciera limitarla al “*cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*”. La segunda cuestión se refiere a la elección de la norma que debe prevalecer en caso de declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica: cuando se trata de sociedades, debe prevalecer el Art. 54, tercer párrafo, de la LGS por sobre el Art. 144 del CCyC. Las diferencias son de matices, pero esos matices pueden resultar decisivos en algún caso concreto, v. gr., el alcance de las responsabilidades conexas y el tratamiento de los terceros de buena fe.

• **Reorganización, disolución, etc.** Es casi innecesario señalar que la SAS puede transformarse, fusionarse y escindirse como cualquier otra sociedad, de conformidad con el régimen de la LGS. Se disuelve, se prorroga, se reconduce, se reactiva, se disuelve y se liquida conforme a las normas y los principios de la LGS, incluyendo las normas de responsabilidad y los criterios de interpretación en pro de la continuación de la empresa.

• **Resolución parcial.** En cambio, ofrece problemas la aplicabilidad de las normas sobre resolución parcial de la sociedad. A falta de estipulación contractual, ¿se aplican las normas de la SRL en caso de muerte de un socio? La remisión del Art. 49 de la ley de SAS no es genérica a todo su

---

<sup>32</sup> Lo dicho no contradice lo sostenido por Diego COSTE y José D. BOTTERI en el trabajo citado en nota 14 sobre la vigencia de los límites que impone el CCyC a la autonomía de la voluntad.

régimen, sino específica al funcionamiento orgánico de la sociedad. La respuesta es difícil porque, por una parte, se trata de un tipo social con tinte lo suficientemente personalista como para prohijar esa remisión. Por otra parte, no deja de ser una sociedad por acciones, en las cuales el acento está centrado en la representación objetiva del capital de cada uno. No encuentro sustento para hacer prevalecer una posición por sobre la otra, por lo cual es sólo en base a mi preferencia personal que recomiendo adoptar la tesitura más personalista y humana de ambas.

Idénticas dudas caben respecto de la aplicación del Art. 91 LGS en cuanto a la exclusión de socios. Esta norma, propia de las sociedades personalistas, es de aplicación obligatoria (“*es nulo el pacto en contrario*”) en las sociedades de responsabilidad limitada e incluso respecto del comanditario en las sociedades en comandita por acciones. Nuevamente me inclino por hacer prevalecer las acentuadas características personalistas de la SAS, que no lo son menos que en una SRL, para hacer aplicable el régimen. La cuestión no es menor, porque en caso de coincidirse con esta solución puede ser justa causa de exclusión la actividad del socio en competencia con la de la sociedad. Es cierto que si la actividad en competencia causa daño a la sociedad también cabe la aplicación de la responsabilidad del Art. 54 primer párrafo, LGS. Pero los presupuestos y los efectos de una y otra norma son diferentes.

## V. Conclusión

La incorporación de la Sociedad por Acciones Simplificada a nuestro ordenamiento jurídico se inscribe en la tendencia a la revalorización de la autonomía de la voluntad para la configuración de los negocios y de sus actores. Constituye un importante paso en favor de la superación de barreras muchas veces anacrónicas, que por su artificialidad han perdido sentido práctico, si es que alguna vez lo tuvieron. La admisión de la libertad para establecer disparidades, desequilibrios y desproporciones entre los socios de la SAS, imprescindible para estructurar emprendimientos en que se combinan prestaciones materiales y de servicios con las muy fundamentales del talento y, a veces, de la paciencia, constituye una liberación de las amarras jurídicas que lo impedían. Sin embargo, la vigencia de los principios generales del derecho y, en particular, de los que iluminan la comunidad de riesgos que llamamos *sociedad* exigen que esos desequili-

brios, disparidades y desproporciones respondan siempre a un criterio de razonabilidad que los justifiquen.

Bienvenido el nuevo tipo que abre las puertas a la riqueza de la imaginación. Empero, los operadores del derecho deben cuidar de que mantenga su frescura y que no se anquilose por el desmedido uso de modelos digitales que proporciona la modernidad, ofreciendo a cambio el monopolio de la rapidez operativa para su constitución.

Desde el ángulo del derecho, la ley tiene imperfecciones como muchas normas que implementan nuevos institutos. Sobre todo, necesita de un trabajo de coordinación con los principios y las normas de la LGS, a cuyo cuerpo muy probablemente termine integrándose. Esta comunicación tuvo el modesto propósito de alertar sobre algunos de los aspectos que necesitan de atención para una correcta y eficiente utilización de este nuevo tipo societario.

# ORALIDAD Y TECNOLOGÍA

POR ENRIQUE M. FALCÓN\*

La cuestión relativa al proceso oral en el sistema procesal civil y comercial ha abarcado prácticamente todo el siglo pasado, para recién comenzar a resolverse en el presente siglo. Ciertamente es que el proceso laboral tuvo su impronta oral y el proceso penal logró ese objetivo dejando de lado el proceso inquisitorio, tomando el camino del proceso acusatorio, pasando en el intermedio por el proceso mixto. Pero el proceso civil fue reacio a la oralidad, salvo en algún código provincial y en muy determinados sectores del sistema judicial.

Sin perjuicio de ello cabe observar que ni en la enseñanza universitaria ni en los cursos especializados se ha desarrollado un programa completo que comprenda todos los aspectos de la oralidad en su conjunto, sino que se ha visto el trabajo realizado sobre aspectos de la misma. Claro que una oralidad en su conjunto, sin desprestigiar otras posibles opciones requiere analizar los siguientes aspectos:

- La oralidad y la intermediación, donde se examina no sólo la participación del juez, sino de los distintos sujetos procesales en los roles que le corresponden, sin dejar de lado el entorno como elemento relevante de la función oral.
- La comunicación y el lenguaje. Y en este último aspecto los actos del habla y el lenguaje judicial. En ese mismo camino no es de dejar de lado los aspectos relacionados con la gramática, la semántica y la retórica, entre otros temas de esta materia.
- También es importante examinar la oralidad en su aplicación práctica, ya sea en la negociación y la mediación, en su relación con la prueba, con el alegato y en general con el discurso, la interrogación y la réplica, todos temas asociados a la oratoria.

---

\* Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 8 de noviembre de 2018.



- Un último campo a mencionar, sin agotar los requerimientos de la expresión oral lo constituyen nuevos aspectos como los TIC(s), la Oficina Judicial y en particular el registro tecnológico de esa oralidad, cuestión a la que dedicaremos esta comunicación.

Entrando ya en materia vemos que no resulta claro qué se quiere decir con oralidad en el proceso, pues las audiencias que se toman dejando constancia de los dichos de manera aproximada y cuyo interrogatorio está finalmente en manos del juez o del secretario (en realidad de un empleado) como lo dispone el art. 411 tercer párrafo del CPCCN, distan mucho de aquella audiencia puramente oral, donde el juez es un espectador encargado de la corrección y legalidad del acto.

En el ínterin que hay entre lo que ahora existe y lo que se pretende lograr, hay un largo camino y distintos sistemas que se han desarrollado en el tiempo, pues a diferencia del derecho anglosajón que tiene la oralidad como regla desde siempre y del derecho continental (Francia, Alemania, Italia) donde se fueron acomodando los sistemas orales, el nuestro proviene de la ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 y sus reformas donde el sistema escriturario era la base esencial.

La oralidad apareció en el proceso civil con tímidas manifestaciones que se originaron en el Código Procesal Civil de Jujuy (Ley 1967 21 de julio de 1949) que disponía y dispone:

Artículo 307.- FIJACIÓN DE LA AUDIENCIA PARA LA VISTA.- Terminado el período instructorio con demanda y contestación o concluidas las incidencias que se hubiesen producido o vencido, en su caso, el plazo para ofrecer contrapruebas, el juez del trámite dictará resolución convocando a las partes a juicio oral, público y continuo, difiriendo al mismo el examen de la prueba y el debate sobre su mérito.- En dicha resolución, el juez debe:

- 1º) Fijar el día y la hora para la vista de la causa el que no podrá exceder de los cuarenta días de la fecha en que es dictada la resolución;
- 2º) Citar a las partes a concurrir, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el Art. 363 (*Artículo 363.- INCOMPARENCIA DE LAS PARTES.- Cuando el actor no concurriere a la audiencia, sin justa causa, debidamente acreditada antes de su iniciación, se le tendrá por desistido de la demanda, con costas. Si no compareciere el demandado,*

*la recepción de las pruebas se limitará a la ofrecida por el actor.- Cuando no concurriere ninguna de las partes, se declarará caduco el proceso).*

- 3º) Mandar se produzcan previamente todas aquellas diligencias probatorias que no pudieren practicarse en la audiencia de la vista de la causa, fijando plazo para su realización, según las circunstancias. Este plazo no podrá exceder de treinta días;
- 4º) Ordenar se reciban en la audiencia las demás pruebas pertinentes y todas aquellas que a su juicio puedan ayudar a esclarecer la verdad.-

Pero estas reglas no fueron seguidas hasta mucho más tarde por Códigos Provinciales que comenzaron con el Código de Tierra del Fuego (Ley N° 147 -Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de 1994), con base en el Proyecto del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. No obstante el problema subsistía, pues en este código, pese a tener audiencia preliminar y complementaria (arts. 369 y siguientes) se establecía que lo “actuado en toda audiencia se documentará en forma resumida, en acta que se labrará durante su transcurso o al cabo de ella” (art. 129.1), aunque decía que “Las partes podrán solicitar lo que entiendan pertinente para asegurar la fidelidad del resumen, estándose, en ese caso, a lo que el Tribunal resuelva en el acto y de modo inmediato” (art. 129.2.), además se disponía que “El Tribunal dispondrá a pedido de parte la reproducción total o parcial de lo actuado utilizando los medios técnicos apropiados. Igualmente podrá hacerlo de oficio” (art. 129.3.). No obstante tampoco este Código fue seguido en el campo de la oralidad.

Cierto es que en el ámbito del proceso civil y comercial nacional, se trató de ir incorporando la oralidad en el sistema nacional desde mucho tiempo atrás, con tímidas manifestaciones. Primero se articuló una especie de audiencia preliminar a través de la ley 14.237 (arts. 23 y 25), pero en la práctica se desvirtuó, por muchas razones (de modo legal por la derogación de estos artículos por el Decreto ley 23.398/56), pero fundamentalmente por la falta de educación en la oralidad y medios adecuados para realizarla. Pese a los congresos de Derecho Procesal propiciando el proceso civil oral y las expresiones de la doctrina en el mismo sentido, recién se recomienza a tomar la noción de oralidad cuando el Código Procesal Civil y Comercial de Río Negro incorpora al sistema la Audiencia Preliminar, replicada en varios ordenamientos, pero especialmente en el sistema nacional.

Durante la última década del siglo pasado diversos proyectos, especialmente Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (de Morello, Eisner, Arazi y Kaminker), dieron un nuevo espaldarazo a la oralidad que se incorporó en los Códigos de La Pampa, y ya fuertemente en los de Santa Cruz, el Chaco y con apoyo en las “*Bases para la Reforma de la Justicia Civil y Comercial*”, espacio de diálogo institucional y ciudadano Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza y por una vía cuya constitucionalidad es dudosa, pero que tiene un muy buen adecuado desarrollo, por el PUNTO SEGUNDO: IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN PROCESOS CIVILES Y COMERCIALES.- de Entre Ríos que aprobó el “Reglamento de Gestión de la Prueba – Proceso por Audiencias para el Fuero Civil y Comercial” que sustituyó el anterior Acuerdo General N° 15/18.

En esta situación deben hacerse por lo menos dos preguntas:

La primera es si es más conveniente un sistema que otro. Sin duda, el sistema oral es más rápido y en este sentido supera con creces al escrito, pero tiene el inconveniente de que la cantidad de causas que permite atender es muy inferior al del sistema escrito. Por otro lado el sistema oral tiene poca aplicación en los procesos fundamentalmente documentales (como por ejemplo en la rendición de cuentas) y hay que considerar que la etapa introductiva es siempre básicamente escrita (demanda, contestación, reconvencción). Otro aspecto importante a tener en cuenta es que el sistema oral requiere una formación seria y un debido entrenamiento de los jueces, lo que, aún dictando las normas de manera inmediata, se requerirá un tiempo para su debido funcionamiento. Varios de estos aspectos se solucionan con una adecuada distribución de la competencia y una adecuada Oficina Judicial y cursos de capacitación obligatorios, pues cuando se llega a ser juez no es que se adquiere el conocimiento porque el cargo le acople cualquier conocimiento de modo simbiótico, sino que tiene que estudiar de modo permanente.

La segunda cuestión es si la oralidad es tal por sí misma, o depende para su correcta actuación la aplicación de una tecnología de registro en particular. Véase que la tecnología ya ha sido prevista en los códigos escriturarios, pero no es un esquema que funcione por sí mismo. Veamos la comparación que surge de la reforma de la ley 25.488 al CPCCN.

Art. 125.- **REGLAS GENERALES** - (Texto conforme ley 25.488) Las audiencias, salvo disposición en contrario, se ajustarán a las siguientes reglas:

1...

6) Las audiencias de prueba serán documentadas por el Tribunal. Si éste así lo decidiere, la documentación se efectuará por medio de fonograbación. Esta se realizará en doble ejemplar, uno de los cuales se certificará y conservará adecuadamente hasta que la sentencia queda firme; el otro ejemplar quedará a disposición de las partes para su consulta. Las partes que aporten su propio material tendrán derecho a constancias similares en la forma y condiciones de seguridad que establezca el tribunal de superintendencia. Estas constancias carecerán de fuerza probatoria. Los tribunales de alzada, en los casos de considerarlo necesario para la resolución de los recursos sometidos a su decisión podrán requerir la transcripción y presentación de la fonograbación, dentro del plazo que fijen al efecto a la parte que propuso el medio de prueba de que se trate o a la que el propio tribunal decida, si la prueba fuere común.

7) En las condiciones establecidas en el inciso anterior, el tribunal podrá decidir la documentación de las audiencias de prueba por cualquier otro medio técnico. (Texto conf. ley 25.488).

Art. 125. Las audiencias, salvo disposición expresa en contrario se ajustarán a las siguientes reglas.

5°) El secretario levantará acta haciendo una relación abreviada de lo ocurrido y de lo expresado por las partes.

El acta será firmada por el secretario y las partes, salvo cuando alguna de ellas no hubiera querido o podido firmar; en este caso, deberá consignarse esa circunstancia.

El Juez firmará el acta cuando hubiere presidido la audiencia.

125 bis. Audiencias de absolución de posiciones. Atribuciones del juez.— Las audiencias de posiciones serán tomadas personalmente por el Juez, bajo sanción de nulidad. En dicho acto, además de ejercer los deberes y las facultades que le otorgan los artículos 34, inciso 5°, b); 36, inciso 2°, a) y 415, podrá invitar a las partes a reajustar sus pretensiones...(cuestiones posteriormente absorbidas por el art. 360 en la Audiencia Preliminar)...

126. Versión taquigráfica e impresión fonográfica.— A pedido de parte, a su costa, y sin recurso alguno, podrá ordenarse que se tome versión taquigráfica de lo ocurrido o que se lo registre por cualquier otro medio técnico, siempre que se solicitare con anticipación suficiente. El Juez nombrará de oficio a los taquígrafos, o adoptará las medidas necesarias para asegurar la autenticidad del registro y su documentación. Las partes podrán pedir copia del acta.

En este contexto debe considerarse que la oralidad actual se diferencia de la oralidad escrituraria, entendiéndose por tal el registro de audiencias por el Secretario en Actas al efecto, la manera de interrogación a las partes, a los testigos y a los peritos, tanto por la forma de las preguntas, cuanto por el entorno en el cual las mismas se formulan, pero especialmente por la forma de registro de los actos orales, sobre todo en las audiencias de prueba, donde lo acontecido en ellas permite una reproducción fidedigna, por hallarse integrada la oralidad a registros técnicos, lo que da lugar a:

- 1°) Que tanto el juzgador, como las partes, puedan recrear realmente lo sucedido para las alegaciones, para la sentencia y el para recurso;
- 2°) Que en caso de que el juez actuante sea reemplazado por otro (licencia, renuncia, fallecimiento, recusación, excusación, exclusión),

el nuevo juez pueda rápidamente tomar conocimiento directo de esas audiencias;

- 3º) Que el tribunal de revisión, de igual manera pueda anoticiarse de estos elementos también de modo directo ante los eventuales recursos.

Esta modalidad pudo obtenerse de modo aproximado por vía de la versión taquigráfica y la versión fonográfica, pero si bien la misma permitía una superación del modelo de audiencias donde el Secretario levantaba el acta haciendo una relación abreviada de lo ocurrido y expresado por las partes, y aun cuando se toma la audiencia mediante un pliego y se anotasen las respuestas absoluta y acabadamente, o que en las actas en las cuales se tendía a que “Las declaraciones serán extendidas por el secretario a medida que se presten, conservando, en cuanto sea posible, el lenguaje de los que hubieren declarado”, sin perjuicio de que “Terminado el acto, el juez las hará leer y preguntará a las partes si tienen algo que agregar o rectificar” (art. 416 CPCCN derogado por ley 25.488), ello no refleja la realidad del acto pues faltan elementos esenciales.

Y esos elementos esenciales lo constituyen los nuevos elementos tecnológicos de los cuales disponemos y que, al reproducir los actos visual y oralmente, inclusive desde distintos ángulos, con la posibilidad de reiterarlos todas las veces que sea necesario, se obtiene:

- 1ª) Que pueda examinarse el lenguaje del cuerpo de los declarantes como un elemento más para comprobar la veracidad o falsedad de los dichos;
- 2º) Que se pueda fijar una selección de momentos de las declaraciones que se consideren fundamentales para recurrir a ellas de modo inmediato.

Todo ello potencia hacia la realidad del pasado lo que señalamos como posibilidades necesarias básicas en los primeros tres puntos necesarios de reproducción de una audiencia que señalamos como que: 1º) Que tanto el juzgador, como las partes, puedan recrear realmente lo sucedido para las alegaciones, para la sentencia y el para recurso; 2º) Que en caso de que el juez actuante sea reemplazado por otro (licencia, renuncia, fallecimiento, recusación, excusación, exclusión), el nuevo juez pueda rápidamente tomar conocimiento directo de esas audiencias; 3º) Que el tribunal de re-

visión, de igual manera pueda anoticiarse de estos elementos también de modo directo ante los eventuales recursos.

Una mirada directa nos hace advertir que el mismo ordenamiento permite que el tribunal pueda decidir que la “documentación” de las audiencias de prueba (en realidad de todas las audiencias debió decir) puedan ser registradas por cualquier otro medio técnico. Y esto es lo que hace el sistema de expediente digital donde se logra la incorporación no solo de las audiencias video grabadas, sino de todo el expediente en modo digital al que se puede acceder desde una terminal cualquiera teniendo en su caso las autorizaciones pertinentes para los casos en que el expediente judicial no esté dispuesto para todo el público. Inclusive en estos casos pueden registrarse y grabarse las comunicaciones por video conferencia o las que permite actualmente la comunicación de internet. Y hemos llegado al final del camino, pero todavía falta un paso más que es que los sistemas informáticos de Registro, en toda la República funcionen con los elementos técnicos más adelantados y con un sistema informático único.

Es así que el camino de la oralidad permite y hace necesario ser complementado por sistemas de registro donde junto con esa oralidad se tiene la memoria visual y auditiva permanente de los hechos del proceso.

La reforma de la ley 25.488, que examinamos, derogó los artículos 125 bis y 126, pero integró la documentación de las audiencias y el uso de medios tecnológicos a los incisos 6° y 7° del art. 125. Esta modalidad está siendo superada.

En la oralidad, finalmente, el acta ha pasado a ser el registro electrónico videograbado. Los videos y los modernos DVD, insertos sobre soportes magnéticos y ópticos, están a medio camino entre la cinematografía y los campos magnéticos. Existe alguna contradicción en cuanto a los medios técnicos. En alguna oportunidad se ha dicho que independientemente de que lo ocurrido en la audiencia sea registrado por cualquier otro medio técnico (en el caso la videofilmación), resulta imperativo en nuestro proceso que las declaraciones testimoniales consten por escrito, pues el legislador ha privilegiado el principio de la escritura por sobre la oralidad, ya que el primero exhibe la ventaja de proporcionar fijeza o permanencia a la actividad desplegada durante el curso del proceso, posibilitando a los jueces mayor reflexión en el estudio de las causas<sup>1</sup>, criterio que se mantiene aún

<sup>1</sup> CNCiv., sala L, 19/12/96, - C. de V., G. B. c/ V., G. A., JA 2000 - I – sínt.

en el sistema digital nacional de proceso a través de las distintas acordadas de la Corte. Pero la misma Corte un año después resolvió exactamente lo contrario<sup>2</sup>, anticipándose a lo que con el tiempo todo terminará resumiéndose en un expediente virtual, el cual tendrá el mismo valor que los escritos, actas y documentos en soportes en soporte papel y donde los aportes de la Informática superarán los tiempos, los prejuicios y las ventajas actuales, aunque debe considerarse que la posibilidad de utilización de los sistemas técnicos debe ser general y no particular en la decisión del juez, o requerir una autorización para su uso.

*La Versión taquigráfica* desapareció del sistema procesal (art. 126 derogado). *Las cintas fonomagnéticas*, vulgarmente reproductoras de sonido (conocidas generalmente como grabaciones), han creado un nuevo tema de consideración para el legislador y fueron un paso importante, pero también sucumben ante la electrónica y sus formas de registro, que hace las veces de las mismas y le agrega la visualización de los actos, pues con la aparición y uso masivo de los videos, que por vía de los impulsos magnéticos reciben y reproducen no sólo el sonido, sino también la imagen, se pueden superar en mucho el sistema de fonograbación. Se tratará de filmaciones, pero no ya de cámaras con celuloide, sino con sistemas electrónicos, que resultan cada vez más comunes y más baratos.

Es así que en un mundo cambiante, donde la ciencia avanza a pasos gigantados debemos estar atentos a los cambios y modalidades de actuación. El proceso y el derecho, siempre conservadores y manteniendo costumbres y normativas antiguas se ha visto en la necesidad de receptor los avances científicos para adecuarse a la realidad vigente, que le permita cumplir con uno de los principios más postergados que es el del “tiempo razonable” del proceso que surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) la que dispone en su art. 8°. Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un *plazo razonable*. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable surge también de los arts. 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, y 8° Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>2</sup> Corresponde autorizar a un magistrado, para el futuro, la videofilmación de las audiencias de prueba sin dejar constancia escrita de las declaraciones, siempre que lo consientan las partes, ya que la oposición de la cámara, que dispuso su transcripción por escrito, resulta desvirtuada por los fundamentos del juez, referidos a la fidelidad del registro, la inmediatez y la celeridad, y también a la disminución de la promoción de incidentes y la seguridad que deriva de la doble grabación simultánea. (CSJN., 28/2/97, - Cárdenas, Eduardo juez s- filmación cámara Gesell autorización, Fallos 320:253).

---

Para este logro se conjugan dos modelos que trabajan al mismo tiempo, la oralidad pretendida desde siempre por la doctrina procesal y la tecnología que nos han proporcionado los tiempos que corren. No obstante debe tenerse presente y recordarse que cualquier sistema, para poder funcionar adecuadamente necesita tanto de su implementación y la forma de gestión, los aportes económico financieros de inicio y mantenimiento y, fundamentalmente de la capacitación permanente de cada uno de los operadores en el rol que les quepa en el proceso.





# UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS TRIBUNALES FEDERALES EN LOS ESTADOS UNIDOS Y EN LA ARGENTINA

POR ALBERTO B. BIANCHI\*

## I. Introducción

El objetivo de esta comunicación, es comparar la organización de los tribunales federales norteamericanos con la de los tribunales federales argentinos, señalando las diferencias que existen entre unos y otros.

Está fuera de dudas que nuestros constituyentes tomaron como fuente directa de la organización judicial a la Constitución de los Estados Unidos. Los artículos 108, 110, 116, 117, 118 y 119 de la Constitución Nacional, que reproducen, casi literalmente el Artículo III, secciones 1ª y 2ª de la Constitución de los Estados Unidos, son una prueba evidente de esta afirmación.

Asimismo, la Ley 48 fue tomada de la Judiciary Act de 1789. Compárese, por ejemplo, la sección 25 de ésta<sup>1</sup>, con los artículos 14, 15 y 16 de

---

\* Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 22 de noviembre de 2018.

<sup>1</sup> “Sec. 25. And be it further enacted, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and

la ley 48, y se verá que nuestra ley es una réplica casi idéntica del texto estadounidense.

Podría decirse, entonces, que la jurisdicción federal en la Argentina tuvo como único modelo la de los Estados Unidos. No se advierten en ella vestigios de otros ordenamientos<sup>2</sup>.

Sin embargo, en la práctica, al organizar la competencia, funcionamiento y procedimiento de nuestros tribunales, nos hemos apartado sustancialmente del sistema norteamericano, estableciendo tantas diferencias que podríamos decir que nuestra organización judicial es completamente diferente a la de los Estados Unidos.

Es curioso observar que, bajo el mismo techo constitucional, se han desarrollado dos poderes judiciales totalmente distintos.

## II. Una mención preliminar sobre las citas

En este trabajo haré tres citas referidas a las colecciones de leyes del Congreso y de sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ellas son: (a) los *Statutes at Large*, que es la recopilación oficial de las leyes dictadas por el Congreso de los Estados Unidos, ordenadas por orden cronológico, que citaré como “Stat.”, anteponiendo el número del volumen y luego el número de página; (b) el *United States Code*, que es la codificación oficial de las leyes dictadas por el Congreso de los Estados Unidos, agrupadas por orden temático en 54 títulos, divididos a su vez, en partes,

---

*the writ shall have the same effect, as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceeding upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute”.*

<sup>2</sup> Probablemente, el análisis más detenido del origen de nuestra jurisdicción federal, que se haya llevado a cabo en un caso judicial, aparece en el dictamen de la Procuración General de fecha 4 de septiembre de 1974 en el caso Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Sargo Argentina S.A., Fallos 290-458 (1974), en el cual se discutía si el artículo 116 de la Constitución (por aquel entonces el artículo 100) permite prorrogar en árbitros la jurisdicción de los tribunales federales en los asuntos en que la Nación es parte. Allí se explica la cuestión con un gran aporte docente. Ver Fallos 290, en pp. 460-489.

capítulos y secciones, que citaré como “USC”<sup>3</sup>; y (c) los *United States Reports*, es decir, la colección oficial de los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que citaré como “U.S.”, anteponiendo el número del volumen, e indicando luego el número de página.

### III. La evolución histórica

Antes de mencionar las diferencias existentes entre los tribunales federales de los Estados Unidos y los nuestros, quisiera recordar brevemente la evolución histórica que tuvieron los primeros.

#### 1. La Judiciary Act de 1789

La primera de las leyes que organizaron la jurisdicción federal en los Estados Unidos fue la *Judiciary Act* de 1789<sup>4</sup>, elaborada sobre la base del proyecto de los senadores Ellsworth (Connecticut); Paterson (New Jersey); Maclay (Pennsylvania); Strong (Massachusetts); Lee (Virginia); Bassett (Delaware); Few (Georgia); Wingate (New Hampshire); Izard (South Carolina) y Carroll (Maryland)<sup>5</sup>.

Dividida en 35 secciones (artículos) la ley establecía con bastante detalle toda la organización judicial: los tribunales creados, su jurisdicción y competencia, las vías recursivas, etc. Se establecía en primer lugar (Sección 1) el número de jueces de la Corte que serían seis, un Presidente (*Chief justice*) y cinco jueces adjuntos (*associate justices*). El quórum se formaba con cuatro miembros y el tribunal debía sesionar, al menos, en dos

---

<sup>3</sup> De todos ellos, el que más interesa a este trabajo es el Título 28, referido a la organización judicial. A los fines de su cita, como a la de cualquier otra parte del USC, mencionaré primero el número del título seguido de la sigla USC y finalmente el número de sección precedida del signo §. Así, por ejemplo, la sección 1 del Título 28, referida a la Corte Suprema, se cita 28 USC § 1.

<sup>4</sup> 1 Stat. 73.

<sup>5</sup> La Comisión para la redacción de la ley fue creada el 7 de abril de 1789 y la tarea de preparar el proyecto comenzó lentamente pues no existían precedentes para tomar en cuenta. Luego de varias consultas, los miembros de la Comisión produjeron, hacia principios de junio, un primer borrador que fue impreso el día 12, del cual se distribuyeron 250 copias los días subsiguientes. Inmediatamente, los senadores comenzaron a consultar el proyecto con los jueces y miembros del foro de sus respectivos estados.

La historia de la elaboración y sanción de la Judiciary Act de 1789 puede verse en; *The Oliver Wendel Holmes Devise. History of the Supreme Court of the United States*, general editor Paul A. Freund; Vol. I, Antecedents and Beginnings by Goebel, Julius (Jr.), esp. cap. XI, Macmillan Publishing Co., New York and Collier Macmillan Publishers, London, 1971.

oportunidades una con inicio en febrero y la otra en agosto<sup>6</sup>.

El territorio de los Estados Unidos se dividía en trece distritos judiciales y en cada uno de ellos se instalaría una Corte de Distrito (Secciones 2 y 3)<sup>7</sup>, es decir, un tribunal federal de primera instancia. También se preveía que estos distritos se agruparían en tres circuitos, el del norte, el central y el del sur. En cada circuito habría un tribunal de apelación (una cámara federal) denominado *Circuit Court* integrado por dos jueces de la Corte Suprema y el juez de distrito del lugar (Sección 4).

De este modo se creó el llamado “*circuit riding*” de los jueces de la Corte Suprema, un sistema que obligaba a los jueces de la Corte Suprema a integrar las cortes de circuito, que por aquel entonces no eran tribunales permanentes. El sistema era francamente inconveniente, pues obligaba a los jueces de la Corte a ejercer dos funciones diferentes y a recorrer periódicamente largas distancias en viajes que, dados los medios de la época, resultaban extenuantes. Pese a ello, el *circuit riding* ha sobrevivido hasta la actualidad, aunque su existencia hoy día es más virtual que real<sup>8</sup>.

También se autorizaba a los tribunales a nombrar funcionarios administrativos (*clerks*) y oficiales de ejecución de las sentencias y decisiones (*marshals*). En las secciones 9 a 14 se establecía la competencia de los tribunales federales.

Vale la pena destacar, que la Sección 13 en la cual se autorizaba a la Corte Suprema a emitir *writs of mandamus*<sup>9</sup> ordenando una determinada conducta a funcionarios administrativos, fue la primera norma federal declarada inconstitucional por la Corte Suprema en *Marbury v. Madison*<sup>10</sup>. También se halla aquí la primera legislación federal sobre el habeas cor-

---

<sup>6</sup> “[...] *That the supreme court of the United States shall consist of a Chief Justice and five associate justices, any four of whom shall be a quorum, and shall hold annually at the seat of government two sessions, the one commencing the first Monday of February, and the other the first Monday of August*”.

<sup>7</sup> “*Section 2 [...] That the United States shall be, and they hereby are divided into thirteen districts*”. “*Section 3 [...] That there be a court called a District Court, in each of the afore mentioned districts, to consist of one judge, who shall reside in the district for which he is appointed, and shall be called a District Judge, and shall hold annually four sessions*”.

<sup>8</sup> Ver § V.1.g,

<sup>9</sup> El *writ of mandamus* es una orden judicial emitida a un funcionario administrativo o a un tribunal inferior para que se ejecute una disposición. *Black's Law Dictionary*, 8<sup>th</sup> edition, Bryan A. Garner Editor in Chief, Thomson West, St. Paul Minnesota, 2004, p. 980.

<sup>10</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

pus, contemplado en la Sección 14<sup>11</sup>. Como recursos ante los tribunales superiores la ley preveía la apelación y el *writ of error*<sup>12</sup>. Este último constituía el medio normal de apelación ante la Corte Suprema, de las sentencias dictadas por los Superiores Tribunales de los Estados, de acuerdo con lo establecido por la Sección 25<sup>13</sup>.

## 2. Las Judiciary Acts de 1801 y 1802

Poco después de su puesta en marcha, la *Judiciary Act* de 1789 puso en evidencia que el sistema de tribunales de apelación establecida en ella no era conveniente. Exigía a los jueces de la Corte viajar constantemente para atender los casos en las *Circuit Courts* en una época en la cual los caminos y el transporte eran lentos e incómodos. Se propusieron, en consecuencia, varios proyectos de reformas y finalmente, en febrero de 1801, fue sancionada una nueva *Judiciary Act*<sup>14</sup>, que relevó a los jueces de la Corte Suprema de integrar las *Circuit Courts* e incrementó la jurisdicción de las *District Courts*, que hasta ese momento se ocupaban, principalmente, de casos de almirantazgo y jurisdicción marítima. La nueva ley dispuso, también, que los circuitos se elevarían a seis y estarían integrados por jueces propios, creando con ello el cargo de Juez de la Corte de Circuito (*Circuit Court Judgeship*). Estableció, asimismo, que los jueces de distritos tendrían amplia competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Constitución y las leyes federales y redujo a cinco el número de jueces de la Corte Suprema.

Sancionada sobre el final del mandato del presidente Adams<sup>15</sup>, esta ley fue duramente criticada por Jefferson, que veía en ella un incremento de los poderes de los jueces federales y, de paso, acusaba a Adams de haberla aprovechado para colocar en los nuevos cargos a sus partidarios. No es-

<sup>11</sup> “Section 14 ... all the before mentioned courts of the United States, shall have power to issue writs of ... *habeas corpus*, and all other writs not specially provided for by statute, which may be necessary for the exercise of their respective jurisdictions, and agreeable to the principles and usages of law ...”.

<sup>12</sup> El *writ of error* era un recurso ordinario interpuesto contra sentencias definitivas fundado en errores de hecho o de derecho, por medio del cual el tribunal de alzada requería la remisión de la causa y podía revocar la sentencia. Black’s Law Dictionary, cit. en nota 8, p. 1642.

<sup>13</sup> Ver nota 1.

<sup>14</sup> 2 Stat. 89.

<sup>15</sup> El mandato de John Adams se extendió desde el 4 de marzo de 1797, hasta el 4 de marzo de 1801.

taba exento de razón. Además de ampliar la competencia de los jueces de distrito, la ley de 1801 creó dieciséis nuevos cargos de jueces federales, incrementando sensiblemente los veintitrés ya existentes bajo la ley de 1789 (seis jueces de la Corte y diecisiete jueces de distrito) que fueron cubiertos rápidamente por militantes del partido federalista<sup>16</sup>.

A pesar de sus claras intenciones políticas, al abolir el “*circuit riding*” de los jueces de la Corte Suprema, la *Judiciary Act* de 1801 permitía que éstos se concentraran mejor en sus tareas específicas. Jefferson, sin embargo, como era habitual, se dejó llevar por sus impulsos y, una vez sentado en la presidencia, propició la derogación de aquella, que fue sustituida por la *Judiciary Act* de 1802<sup>17</sup>. La nueva ley restableció el “*circuit riding*” de los jueces de la Corte Suprema, demorando casi un siglo (hasta 1891) la creación de cámaras de apelaciones con jueces propios<sup>18</sup>. También fue restablecido a seis el número de jueces de la Corte y cada uno de ellos fue asignado a uno de los seis circuitos existentes, que pasaron a integrarse con un juez de la Corte y un juez de distrito solamente. Esto creaba el problema de que frente a un empate en la votación no había un tercer juez que dirimiera el conflicto. Fue creado, entonces, el sistema de la “certificación”, previsto en la sección 6 de la ley<sup>19</sup>, según el cual, en síntesis, la cuestión era elevada a la Corte suprema para su decisión. Con numerosos cambios la “certificación” sobrevive todavía y está actualmente prevista en 28 USC 1254(2)<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Entre las críticas a la ley se decía que había convertido a la justicia federal en un “*hospital for decayed politicians*”. Ver: SURRENCY, Erwin C.: *History of the Federal Courts*, 2<sup>nd</sup> edition, Oceana Publications, inc., New York, 2002, p. 27.

<sup>17</sup> 2 Stat. 156.

<sup>18</sup> Como consecuencia de ello, en 1838 un juez de la Corte llegó a viajar 10.000 millas. Ver: CASPER, Gerhard and POSNER, Richard, A.: *The Workload of the Supreme Court*, American Bar Foundation, Chicago, 1976, pp. 15-16.

<sup>19</sup> “Section 6. Whenever any question should occur before a circuit court, upon which the opinions of the judges shall be opposed, the point upon which the disagreement shall happen, shall, during the same term, upon the request of either party, or their counsel, be stated under the direction of the judges, and certified under the seal of the court, to the Supreme Court, at their next session to be held thereafter; and shall, by said court, be finally decided. And the decision of the supreme court, and their order in the premises, shall be remitted to the circuit court, and be there entered of record, and shall have effect according to the nature of the said judgment and order: Provided, that nothing herein contained shall prevent the cause from proceeding, if, in the opinion of the court, farther proceedings can be had without prejudice to the merits: and provided also, that imprisonment shall not be allowed, nor punishment in any case be inflicted, where the judges of the said court are divided in opinion upon the question touching said imprisonment or punishment”.

<sup>20</sup> 28 U.S. Code § 1254. “Cases in the courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court by the following methods: ... (2) By certification at any time by a court of appeals of any question of law in any civil or criminal case as to which instructions are desired, and upon such certification the

### 3. La creación de nuevos circuitos judiciales

Desde 1802 hasta la reforma de 1891, la justicia federal en los Estados Unidos tuvo cambios cuantitativos más que cualitativos. El número de los jueces de la Corte cambió varias veces hasta establecerse en nueve en 1869, tal como veremos más adelante<sup>21</sup>, y la cantidad de circuitos fue incrementándose a medida que crecía la carga de tareas en los tribunales y el país se extendía hacia el oeste<sup>22</sup>.

En 1807 fue creado el Séptimo Circuito, que comprendía los estados de Tennessee, Kentucky y Ohio<sup>23</sup>; en 1837 fueron creados el Octavo y el Noveno Circuitos<sup>24</sup>, lo que trajo la necesidad de reasignar los entonces veintiséis estados dentro de los circuitos; en 1863 fue creado el Décimo Circuito<sup>25</sup>, y quedaron comprendidos en él California, Nevada y Oregon, pero éste fue eliminado poco después en 1866<sup>26</sup> y los estados en él comprendidos fueron reasignados a los otros circuitos.

Passarían sesenta y cinco años antes de que se creara nuevamente el Décimo Circuito. Ello tuvo lugar en 1929<sup>27</sup>, cuando el Octavo Circuito fue dividido en dos y una de sus partes pasó a formar el Décimo Circuito que ya, bajo la ley de 1891 a la que me referiré seguidamente, nació como una *Circuit Court of Appeal*. Esta era una reforma largamente demorada, ya que desde fines del siglo XIX el Octavo Circuito abarcaba nueve estados y tenía doce distritos judiciales divididos en veinticinco divisiones, situación que había empeorado hacia 1920 cuando el número de estados comprendidos en el Octavo Circuito llegó a trece, siendo así el más extenso de todo el país.

Otro medio siglo hubo que esperar para la creación de un nuevo circuito. El Décimo Primer Circuito fue creado en 1980<sup>28</sup> y dentro de sus

---

*Supreme Court may give binding instructions or require the entire record to be sent up for decision of the entire matter in controversy”.*

<sup>21</sup> Ver § V.1.a.

<sup>22</sup> Me refiero, en particular, a la compra de Louisiana en 1803 y a la anexión de los territorios de Texas, Nuevo México y Alta California con motivo de la guerra con México de 1846-1848. Dos décadas después, en 1867, Estados Unidos le compraría Alaska al gobierno ruso.

<sup>23</sup> Ley del 24 de febrero de 1807. 2 Sta. 420.

<sup>24</sup> Ley del 3 de marzo de 1837. 5 Stat. 176.

<sup>25</sup> Ley del 3 de marzo de 1863. 12 Stat. 794.

<sup>26</sup> Ley del 3 de julio de 1866. 14 Stat. 209.

<sup>27</sup> Ley del 28 de febrero de 1929. 45 Stat. 1347.

<sup>28</sup> Ley del 14 de octubre de 1980. 94 Stat. 1994.



límites fueron alojados Alabama, Georgia y Florida. Ciertamente es que estas demoras no fueron fruto solamente de un obrar negligente. La creación de un nuevo circuito obligaba a redistribuir los estados comprendidos en los anteriores y estos reajustes del mapa judicial producían disputas prolongadas.

A estas Cortes de Circuito deben agregarse dos más que completan los trece circuitos actualmente existentes: la *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* (D.C. Circuit), creada en 1893<sup>29</sup> y la *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* (Federal Circuit), creada en 1982 por la *Federal Courts Improvement Act*<sup>30</sup>. Mediante esta ley el Federal Circuit se formó con la unión de la *United States Court of Customs and Patent Appeals* y la “appellate division” de la *Court of Claims*.

#### ***4. La Circuit Courts of Appeals Act de 1891***

De todas las reformas en el sistema judicial producidas en el siglo XIX, la más importante tuvo lugar con la sanción de la *Circuit Courts of Appeal Act* de 1891<sup>31</sup>.

Hacia fines del siglo XIX el sistema del “*circuit riding*” de los jueces de la Corte Suprema, establecido en la *Judiciary Act* de 1789, creaba cada vez más problemas. Además del inconveniente que ocasionaba a sus jueces la obligación de trasladarse constantemente a varios puntos del país, el aumento de las causas que llegaban a conocimiento del Tribunal era constante, un fenómeno que se fue agudizando a partir de la Guerra Civil. La población crecía rápidamente y con ella las controversias judiciales. Además, diversas leyes aumentaron la competencia de los tribunales federales y, por ende, la de la Corte Suprema, que debía resolver estos nuevos casos<sup>32</sup>, a los que se sumaban los que se suscitaban con motivo de la aplicación de las Enmiendas de la Reconstrucción, es decir, las Enmiendas XIII, XIV y XV. Tengamos en cuenta que en su primera década de vida el Tribunal resolvió tan sólo 87 casos; en el período de sesiones de 1810 tenía 98 para resolver;

<sup>29</sup> Ley del 9 de febrero de 1893. 27 Stat. 434.

<sup>30</sup> Ley del 2 de abril de 1982. 96 Stat. 25.

<sup>31</sup> 26 Stat. 826. Llamada también *Judiciary Act of 1891* o *Evarts Act*, debido al nombre del senador que la propuso.

<sup>32</sup> Tal fue el caso de leyes que extendieron la jurisdicción penal de la Corte no sólo a los casos de pena capital, sino a las condenas de prisión.

este número creció a 301 en 1860, en 1870 fue de 636, en 1880 ascendió a 1212 y en 1890 ya era de 1816. En ese momento el Tribunal estaba atrasado tres años en el dictado de las sentencias<sup>33</sup>.

Todo ello impuso la necesidad de crear cámaras de apelaciones permanentes, con jueces propios, en las cuales descargar las tareas de la Corte. Nacieron así las *Courts of Appeals*. La ley de 1891 creó nueve cortes de apelación, una en cada circuito, denominadas en ese momento “*United States Circuit Courts of Appeals*”, compuestas por dos jueces de circuito y un juez de distrito, a las que se les asignó competencia apelada sobre las decisiones de los tribunales de distrito.

Para facilitar aún más la tarea de la Corte Suprema, además de las cortes de apelación, la sección 6 de ley de 1891 introdujo, por primera vez, el *writ of certiorari*, dándole a la Corte la posibilidad de rechazar discrecionalmente los recursos en casos de distinta nacionalidad o ciudadanía (*diversity cases*), de jurisdicción marítima y en los de ampliación de ciertas leyes, tales como las de patentes<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Estudios detallados sobre el recargo de tareas en la Corte norteamericana pueden verse en: Frankfurter, Felix, and Landis, James M.: *The Business of the Supreme Court. A Study in the Federal Judicial System*, The Macmillan Co., New York, 1928, esp. pp. 56-102 y en la obra de Casper y Posner, citada en nota 17.

<sup>34</sup> “Section 6. That the circuit courts of appeals established by this act shall exercise appellate jurisdiction to review by appeal or by writ of error in the district court and the existing circuit courts in all cases other than those provided for in the preceding section of this act, unless otherwise provided by law, and the judgments or decrees of the circuit courts of appeals shall be final in all cases in which the jurisdiction is dependent entirely upon the opposite parties to the suit or controversy, being aliens and citizens of the United States or citizens of different States; also in all cases arising under the patent laws, under the revenue laws, and under the criminal laws and in admiralty cases, excepting that in every such subject within its appellate jurisdiction the circuit court of appeals at any time may certify to the, Supreme Court of the United States any instruction, questions or propositions of law concerning which it desires the instruction of that court for its proper decision. And thereupon the Supreme Court may either give its instruction on the questions and propositions certified to it, which shall be binding upon the circuit courts of appeals in such case, or it may require that the whole record and cause may be sent up to it for its consideration, and thereupon shall decide the whole matter in controversy in the same manner as if it had been brought there for review by writ of error or appeal.

And excepting also that in any such case as is hereinbefore made final in the circuit court of appeals it shall be competent for the Supreme Court to require, by certiorari or otherwise, any such case to be certified to the Supreme Court for its review and determination with the same power and authority in the case as if it had been carried by appeal or writ of error to the Supreme Court.

In all cases not hereinbefore, in this section, made final there shall be of right an appeal or writ of error or review of the case by the Supreme Court of the United States where the matter in controversy shall exceed one thousand dollars besides costs. But no such appeal shall be taken or writ of error sued out unless within one year after the entry of the order, judgment, or decree sought to be reviewed”.

Si bien la reforma produjo los efectos esperados, pues hacia 1900 el trabajo de la Corte Suprema había descendido en forma significativa<sup>35</sup>, no resolvió enteramente los problemas existentes en el resto de la organización judicial, pues mantuvo las viejas cortes de circuito que se mantuvieron como tribunales de primera instancia. Éstas fueron abolidas recién con la sanción del *Judicial Code* de 1911, que transfirió la jurisdicción de aquellas a los tribunales de distrito. A partir de entonces, solamente quedaron como tribunales de segunda instancia del sistema federal, las cortes de apelaciones creadas en 1891.

### **5. El *Judicial Code* de 1911**

Transcurrido más de un siglo desde la *Judiciary Act* de 1789, se habían dictado ya varias leyes de organización judicial que era necesario ordenar, dada la superposición de textos legales existentes<sup>36</sup>. Con tal motivo fue sancionado el *Judicial Code* de 1911<sup>37</sup>, vigente desde enero de 1912, una norma general que ordenó por completo la jurisdicción de los tribunales federales.

Su disposición principal y más novedosa, fue la eliminación de las antiguas *circuit courts*, cuya jurisdicción originaria fue transferida a las *district courts*. De tal forma, a partir de ese momento la organización judicial quedó distribuida, claramente, en tres instancias: las *district courts* (tribunales de primera instancia), las *Courts of Appeals* (cámaras de apelaciones) y la Corte Suprema.

### **6. La *Judiciary Act* de 1925**

Una nueva e importante reforma en la jurisdicción de la Corte Suprema tuvo lugar cuando se sancionó la *Judiciary Act* de 1925<sup>38</sup>, por medio de la cual se amplió el *writ of certiorari*, que pasó a ser el medio principal de resolución de los casos por parte de la Corte.

<sup>35</sup> En 1891 quedaron pendientes de resolver para el año siguiente 1079 caso, cifra que se redujo a 317 en 1899. Ver la estadística que publica el Federal Judicial Center en: <https://www.fjc.gov/history/courts/caseloads-supreme-court-united-states-1878-2015>.

<sup>36</sup> Ya en 1874, al recopilar toda esta legislación en los llamados *Revised Statutes*, se advirtió que dichas leyes presentaban numerosas inconsistencias. Ver: SURRENCY, Erwin C.: *History of the Federal Courts*, 2<sup>nd</sup> edition, Oceana Publications, Inc., New York, 2002, p. 103.

<sup>37</sup> Ley del 3 de marzo de 1911, 36 Stat. 1087.

<sup>38</sup> Ley del 13 de febrero de 1925. 43 Stat. 936.

Ya vimos que el *certiorari* había sido introducido parcialmente con la reforma de 1891. Si bien la misma alivió inicialmente la carga de tareas de la Corte, entrado el siglo XX la cantidad de casos continuó en ascenso con motivo de la nueva legislación social, cada vez más numerosa. A raíz de ello, el empleo del *certiorari* ya había sido ampliado en 1914<sup>39</sup> y en 1916<sup>40</sup>, pero estas reformas no resultaron suficientes para controlar el incremento constante de las causas que llegaban ante la Corte, que superaban a las que anualmente podía resolver el Tribunal<sup>41</sup>.

Fue así que, a instancias del *Chief Justice* William H. Taft, la Corte<sup>42</sup> preparó un proyecto de ley<sup>43</sup>, que ingresó formalmente en el Congreso en 1922<sup>44</sup>. Tal como señalan Frankfurter y Landis<sup>45</sup>, la idea central de la iniciativa alteraba sustancialmente el rol desempeñado hasta ese momento por la Corte Suprema<sup>46</sup>. El objetivo era que dejara de ser un tribunal encargado de revisar todos los asuntos de derecho federal y se convirtiera en el árbitro final de los asuntos judiciales de importancia nacional. Para ello era preciso dotarla de una jurisdicción discrecional amplia, que le permitiera seleccionar, y resolver, solamente los casos de verdadera trascendencia.

Este cambio sustancial en la concepción política del Tribunal, provocó serias controversias en la discusión del proyecto<sup>47</sup>, hasta que el mismo se

<sup>39</sup> Ley del 23 de diciembre de 1914. 38 Stat. 790. Esta ley dispuso que la Corte podía aplicar el *certiorari* respecto de decisiones de los superiores tribunales estatales (a) cuando se hubiera declarado constitucional una ley del Congreso y (b) cuando se declarara inconstitucional una ley estatal.

<sup>40</sup> Ley del 6 de septiembre de 1916. 39 Stat. 726. De acuerdo con esta ley los casos producidos a raíz de la aplicación de varias leyes podían ser rechazados discrecionalmente por la Corte. Tal fue el caso de la *Federal Employers' Liability Act* de 1908, que produjo muchas demandas de los empleados del ferrocarril contra sus empleadores.

<sup>41</sup> En 1924, por ejemplo, la Corte recibió 854 casos que sumados a los que ya tenía registrados alcanzaron a 1316. Ese año fueron resueltos 761 y quedaron pendientes 555. Ver la estadística del *Federal Judicial Center* citada en nota 34.

<sup>42</sup> A tal efecto fue integrada, con jueces de la Corte Suprema, una comisión para la redacción de una nueva ley de organización judicial. Los miembros elegidos fueron los *justices* Day (luego sucedido por Sutherland), Van Devanter (redactor principal del proyecto) y Mc Reynolds quienes, hacia fines de 1921, tenían preparado el borrador que fue presentado al plenario de la Corte.

<sup>43</sup> Dado su origen judicial, fue llamado el *Bill* de los Jueces (*Judge's Bill*).

<sup>44</sup> Fue ingresado por el senador Cummins el 17 de febrero de 1922. *Congressional Records*, vol. 62, pp. 2686-2737.

<sup>45</sup> *The Business of the Supreme Court*, cit. en nota 32, p. 260.

<sup>46</sup> Esencialmente, lo que se buscaba era la transferencia a las *Courts of Appeals* de una buena parte del poder de revisión ejercido hasta entonces por la Corte. Frankfurter-Landis, *The Business of the Supreme Court*, cit. en nota 32, p. 272.

<sup>47</sup> Uno de sus principales opositores fue el senador Heflin de Alabama, que dejó sentada su opinión en

convirtió en ley el 13 de febrero de 1925.

En lo que aquí interesa, la ley dispuso que la mayoría de los casos decididos por las *Courts of Appeals* y los superiores tribunales estatales, fueran resueltos discrecionalmente por medio del *certiorari*. Como excepción, no podían ser resueltos por este medio (a) los casos decididos por las *Courts of Appeals* que declararan inconstitucional una ley local y (b) los casos decididos por los superiores tribunales que declararan la inconstitucionalidad de una ley federal. Todo ello redujo la carga de tareas de la Corte Suprema<sup>48</sup> y otorgó un gran poder a las cortes de apelación a las cuales se transfirió la competencia apelada ejercida hasta ese momento por aquella.

En síntesis, a partir de ese momento<sup>49</sup>, el papel ocupado por el *writ of error*, pasó a ser desempeñado por el *writ of certiorari*, que se convirtió en la regla. Como resultado de ello, algunos comentaristas han dicho que la tarea de la Corte Suprema consiste en “decidir no decidiendo”<sup>50</sup>.

### 7. El “*Court Packing Plan*” de 1937

En 1937 el presidente Franklin D. Roosevelt instó una reforma en la justicia federal que finalmente no tuvo éxito. Se la llamó el “*Court Packing Plan*”, pues su objetivo esencial era incrementar el número de jueces federales, especialmente los la Corte Suprema, con el propósito de nombrar magistrados afines a su orientación política y, en particular, al “New Deal”, cuyas leyes habían sufrido los embates de una Corte con amplia mayoría conservadora<sup>51</sup>, que se negaba a darles aprobación constitucional<sup>52</sup>.

---

la sesión del 3 de febrero de 1925. *Congressional Records*, vol. 66, p. 2928.

<sup>48</sup> Así, de los 555 casos pendientes para resolver en 1924, en 1933 se habían reducido a 103. Ver la estadística del Federal Judicial Center mencionada en nota 34.

<sup>49</sup> La ley entró en vigencia el 13 de mayo de ese año.

<sup>50</sup> Sternberg, Jonathan: *Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court*, *The Journal of Supreme Court History*, Vol. 33, pp. 1-16 (March 2008). Para una explicación más completa ver: FRANKFURTER, Felix and LANDIS, James M.: *The Supreme Court under the Judiciary Act of 1925*, *Harvard Law Review*, vol. 42, No. 1 (Nov., 1928), pp. 1-29.

<sup>51</sup> Lideraban esta tendencia los jueces Van Devanter, Sutherland, Mc Reynolds y Butler, llamados los “cuatro jinetes” (*horsemen*). En una posición más conciliadora, pero igualmente contraria al New Deal, se encontraba el *Chief Justice* Charles E. Hughes.

<sup>52</sup> Los casos emblemáticos fueron: *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935); *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) y *Humphrey’s Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935).

Si bien pretendía ser un sistema integral de reformas de la justicia federal, era claro que estaba dirigido directamente a la Corte. En lo esencial, permitía la designación de un nuevo juez federal por cada uno de los existentes que habían estado en el cargo por espacio de diez años o más, y no se hubieran retirado dentro de los seis meses de haber cumplido setenta años<sup>53</sup>. Dicho nuevo juez sería designado en el tribunal donde el septuagenario se desempeñara. En lo que a la Corte interesaba, ese proyecto habría permitido a Roosevelt colocar allí seis nuevos jueces elevando los miembros del Tribunal a quince, asegurando al Presidente una cómoda mayoría de jueces afines. El proyecto finalmente fracasó en el Senado<sup>54</sup>, pero tuvo su efecto positivo para Roosevelt, pues la Corte ya no volvió a declarar inconstitucionales las leyes del *New Deal*<sup>55</sup>.

### 8. El Judicial Code de 1948

Hacia mediados de la década de 1940, se advirtió nuevamente la necesidad de volver a recopilar y ordenar la legislación existente sobre la organización de los tribunales federales. A tal fin se formó una comisión integrada por legisladores, jueces y abogados, que fue presidida por el juez Albert B. Maris, del Tercer Circuito. El resultado de este trabajo fue el nuevo Título 28 del USC<sup>56</sup>, conocido como el *Judicial Code* de 1948<sup>57</sup>.

No se trata de un ordenamiento estrictamente innovador, sino más bien, de recopilación y reordenamiento de los textos legales existentes. Entre sus principales novedades puede mencionarse que delegó en los tribunales la

<sup>53</sup> Debe recordarse que por aquellos años la edad de los jueces de la Corte era elevada como consecuencia de que carecían de un sistema jubilatorio adecuado y preferían no retirarse aun cuando tuvieran edad suficiente para hacerlo. De hecho cuando Roosevelt finalmente entendió el problema y fue sancionada, en marzo de 1937, la ley de jubilaciones para los jueces de la Corte (*Supreme Court Retirement Act*), que permitió a aquellos percibir una pensión, se produjo inmediatamente el retiro de Willis Van Devanter que tenía 70 años. Roosevelt tuvo así la primera oportunidad de hacer su primera designación en el Tribunal.

<sup>54</sup> En junio de 1937 la Comisión de estudios judiciales los había rechazado con una mayoría de 8-2 y en julio 20 el Senado lo sentenció a muerte con una mayoría de 70-20 votos.

<sup>55</sup> Un estudio detallado de esta crisis puede verse en MCKENNA, Marian C.: *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The Court Packing Crisis of 1937*, Fordham University Press, New York, 2002. Ver también: SHESOL, Jeff: *Supreme Power: Franklin Roosevelt v. The supreme Court*, W.W. Norton & Co., New York-London, 2011.

<sup>56</sup> Ley del 25 de junio de 1948. 62 Stat. 869.

<sup>57</sup> Ver: HARRIS, Whitney R.: *Survey of the Federal Judicial Code - The 1948 Revision and First Interpretative Decisions*, Southwestern Law Journal, vol. III, number 3, summer 1949, pp. 229-250.

facultad de fijar sus propios períodos de sesiones (*terms*), los que hasta ese momento eran fijados, como regla por el Congreso, lo que daba lugar a la sanción de numerosas leyes<sup>58</sup>. También autorizó a los jueces a indicar cuál era el tribunal que debía intervenir cuando se declaraban incompetentes. Estableció también que existía diversidad de jurisdicción cuando eran parte en el caso un ciudadano de un estado y los ciudadanos de los territorios o del Distrito de Columbia.

### **9. La reforma de 1988**

Finalmente, en 1988<sup>59</sup>, fue eliminada casi toda la jurisdicción obligatoria remanente de la Corte. Desde entonces su jurisdicción es totalmente discrecional, salvo en lo relativo a las apelaciones provenientes de las cortes de distrito de tres jueces que algunas leyes mantienen para resolver casos complejos<sup>60</sup>. En síntesis, esta ley dispuso que podían ser rechazados por vía del *certiorari*, los casos que la *Judiciary Act* de 1925 había mantenido dentro de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

## **IV. Las diferencias más importantes**

### **1. El sistema procesal. El juicio por jurados**

La primera de las diferencias que creo necesario señalar, es el régimen procesal. Habiendo tomado como fuente las instituciones judiciales de los Estados Unidos, hubiera sido coherente seguir las aguas del sistema procesal de ese país. No fue así. Al momento de sancionar los códigos procesales nos inspiramos principalmente en el sistema hispánico. Creo que la palabra “juzgado”, de indudable raigambre española<sup>61</sup>, lo dice todo, aunque al de-

<sup>58</sup> En algunas ocasiones esta facultad ya había sido delegada en algunos tribunales. Conf. Surrency, *History of the Federal Courts*. cit. en nota 35, p. 109.

<sup>59</sup> Ley del 27 de junio de 1988. 102 Stat. 662.

<sup>60</sup> Ver § V.2

<sup>61</sup> De hecho, la palabra “juzgado” entendida como tribunal de primera instancia aparece en la Constitución española de 1978 (artículos 117 y 122). Ver además: RINESSI, Juan Antonio: voz “*Juzgado*” en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1982, T. XVII, pp. 738.745, esp. p. 739. Joaquín Escriche dice que el juzgado es la junta de jueces que se concurren á dar sentencia, y mas particularmente el tribunal de un solo juez; el lugar donde se juzga; el territorio á que se extiende la jurisdicción de un juez; y la judicatura, esto es, el empleo ú oficio de juez. ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario Razonado de legislación y Jurisprudencia*, Garnier Hnos. Paris, 1903, p.1175.

nominar los tribunales de apelación los llamamos “cámaras”, que es una denominación francesa (*chambre*)<sup>62</sup>. También es típicamente española la palabra “fuero”<sup>63</sup>, tan común en nuestros usos forenses, aunque ella aparece ya en la Constitución cuando el artículo 16 prohíbe los “fueros especiales”.

Como resultado de ello nunca incorporamos en el orden federal, al menos hasta el momento, el juicio por jurados, pese a que la Constitución se refiere tres veces a este sistema (arts. 14, 75, inc. 12 y 118). Recién ahora el juicio por jurados está ingresando, lentamente, en las instituciones procesales argentinas por vía del derecho provincial<sup>64</sup>.

No quiero decir con ello que nos hayamos equivocado en la elección del sistema procesal. Bien es sabido que en sus países de origen el juicio por jurados no está exento de críticas. Digo solamente que nos apartamos de la fuente y esto marca una diferencia importante entre el sistema de los Estados Unidos y el argentino.

## 2. La estructura interna de los tribunales

También es diferente la estructura interna de los tribunales, en particular la de los de primera instancia.

En la Argentina, con excepción de los tribunales orales, el juzgado de primera instancia es una unidad individual, a cargo de una sola persona, cuya competencia tiene básicamente dos ejes: (a) la competencia en razón del territorio y (b) la competencia en razón de la materia.

<sup>62</sup> En el antiguo derecho francés existieron numerosos tribunales designados con el nombre de cámaras, entre ellos: la *Grand Chambre* (Gran Cámara) o *camera placitorum*, era el tribunal en el cual se sentaban el rey y los pares del reino; la *Chambre des Enquêtes* (Cámara de Investigaciones) tenía a su cargo la instrucción de un caso en el lugar en el cual los hechos hubieran ocurrido; la *Chambre des Requêtes* (Cámara de Peticiones) intervenía en demandas planteadas por particulares y la *Chambre de l'Edit* (Cámara del Edicto) había sido establecida por el Edicto de Nantes, como tribunal especial para los hugonotes. Ver: BRISSAUD, Jean: *A History of French Public Law*, versión inglesa de James Garner, Little Brown & Co. Boston, 1915.pp. 438-441. En la actualidad, la *Cour de Cassation*, el más alto tribunal judicial francés, está dividido en *chambres*, una división que para nosotros son las *salas* y en los Estados Unidos se denominan *panels*.

<sup>63</sup> Ya el *Liber Iudiciorum* o *Lex gothica* fue traducido a lengua romance como “Fuero Juzgo”.

<sup>64</sup> Córdoba fue la primera en el año 2004, seguida por Neuquén en el 2011, Buenos Aires y Chaco en el 2015, y por último Río Negro, cuya ley entrará en vigencia en el 2018. Asimismo, durante los últimos meses, el establecimiento de jurados también se está debatiendo en Santa Fe, Entre Ríos, Chubut, Mendoza, entre otras.



Cierto es que el mapa de los tribunales federales ofrece una diversidad de juzgados, cuya competencia por la materia y por el territorio varía enormemente según la densidad poblacional de cada lugar. No es lo mismo un juzgado ubicado en un lugar de baja densidad poblacional, donde la competencia por materia comprende a todas o casi todas y la competencia territorial es amplia, que un juzgado federal en la Capital Federal cuya competencia por materia es muy específica y su competencia territorial (la Capital Federal) es la misma para todos los tribunales allí emplazados.

En los Estados Unidos la cuestión es muy diferente. Allí la división de los tribunales federales en razón de la materia es poco común. Rige, principalmente, una división territorial, sin perjuicio de la existencia de algunos tribunales que tienen competencia en asuntos determinados<sup>65</sup>, y de los *bankruptcy judges* (jueces de quiebras) que constituyen una unidad especial (la *bankruptcy court*) dentro de las cortes de distrito, es decir, de los tribunales federales de primera instancia<sup>66</sup>.

Jerárquica y territorialmente, el sistema judicial está dividido en tres instancias. Comenzando desde abajo, los tribunales de distrito (*district courts*), son los tribunales de juicio, equivalentes a nuestros juzgados federales de primera instancia<sup>67</sup>. El “distrito” es, entonces, la unidad geográfico-judicial más pequeña. Le siguen, en orden ascendente, las cámaras de apelación (*U.S. Courts of Appeals*) llamadas también cortes de circuito (*circuit courts*)<sup>68</sup>. Cada circuito se constituye, geográficamente, con la suma de todos los distritos que dependen de él. Finalmente, como cabeza del Poder Judicial, está la Corte Suprema, con competencia en todo el territorio de los Estados Unidos.

Pero la diferencia más importante reside, como dije, en los tribunales de primera instancia, es decir, en las “cortes de distrito”. Mientras en nuestro país un tribunal de primera instancia es una unidad individual, en los Estados Unidos un tribunal o corte de distrito es un tribunal colegiado, compues-

<sup>65</sup> Tal es el caso de la *United States Court of Federal Claims* y de la *United States Court of International Trade*, a las que me referiré más abajo. La primera tiene competencia para atender reclamos patrimoniales contra los Estados Unidos y la segunda entiende en disputas sobre comercio internacional.

<sup>66</sup> Me referiré con más detalle a estos jueces en § V.2.

<sup>67</sup> Recordemos que, antiguamente, a los juzgados federales se los llamaba “juzgados de sección”, lo que tenía algún parecido con la denominación estadounidense.

<sup>68</sup> Ya vimos que, actualmente, el país se divide en trece circuitos, aunque uno de ellos, el *Federal Circuit*, tiene competencia en todo el territorio, bien que está limitada a algunos asuntos en particular.

to por numerosos jueces, cuya cantidad varía según la densidad poblacional del lugar, que actúan individualmente y no están divididos por materias o “fueros”. En teoría todos son competentes en todas las materias y los casos se les asignan de acuerdo con las reglas establecidas por cada tribunal.

Para verlo más gráficamente, tengamos en cuenta que cada circuito judicial se compone, territorialmente, de varios estados y cada uno de estos está dividido, a su vez, en varios distritos. En otras palabras, la jurisdicción territorial de cada cámara federal de apelaciones abarca varios estados que, a su vez, están subdivididos en distritos judiciales y en cada uno de ellos hay una “corte de distrito”, que posee competencia territorial exclusiva legalmente asignada.

Tomemos, por ejemplo, el caso del Segundo Circuito, que comprende los estados de Connecticut, New York y Vermont<sup>69</sup>. Por su lado, New York está dividido en cuatro distritos: el distrito norte, el distrito sur, el distrito este y el distrito oeste<sup>70</sup>. El tribunal del distrito sur, que es el más grande (allí está incluida la ciudad de New York) comprende los condados de: Bronx, Dutchess, New York, Orange, Putnam, Rockland y Sullivan<sup>71</sup>. Dicho tribunal se compone de numerosos jueces. Legalmente son 28 jueces en servicio activo<sup>72</sup> y cada uno de ellos actúa en forma individual<sup>73</sup>.

En síntesis, en la Argentina, por debajo de cada cámara de apelaciones, existen un número, mayor o menor, de juzgados individuales y unipersonales, usualmente divididos por materia, que nunca forman un cuerpo único y cuya competencia territorial será exclusiva o compartida, según que estén asentados en el territorio de las provincias o de la Capital Federal. En los Estados Unidos, debajo de cada *Court of Appeals* existen las *District Courts*, que (a) poseen una competencia territorial exclusiva; (b) están formadas por varios jueces, (c) que actúan individualmente y (d) no están divididos por materias.

En teoría, cualquiera de ellos podría ocuparse de cualquier caso y ello elimina las molestas y, a veces, interminables cuestiones de competencia por materia que, usualmente, abruman a los abogados y partes en el juicio.

---

<sup>69</sup> 28 USC § 41.

<sup>70</sup> 28 USC § 112.

<sup>71</sup> 28 USC § 112(b).

<sup>72</sup> 28 USC § 133. De todos modos, en la página oficial del tribunal figuran más jueces, pues se mencionan también los que no están en esa condición. <http://www.nysd.uscourts.gov/judges/District>

<sup>73</sup> 28 USC §132(c).

### 3. *El sometimiento de las provincias a los tribunales federales*

Si bien es innegable, como dije al comienzo, que el Artículo III, secciones 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> de la Constitución de los Estados Unidos, están prácticamente reproducidos en nuestros artículos 108, 110, 116, 117, 118 y 119, nuestros constituyentes no incorporaron, en cambio, el principio establecido en la Enmienda XI, ratificada en 1795, mediante la cual se dispuso que los estados no quedaban sometidos a la jurisdicción de los tribunales federales<sup>74</sup>.

Esta Enmienda se origina históricamente en la turbulencia política suscitada por el caso *Chisholm v. Georgia*<sup>75</sup>, en el cual la Corte Suprema hizo lugar a una demanda entablada contra Georgia, ante un tribunal federal<sup>76</sup>, por el cobro de bonos de la deuda pública emitidos por dicho estado durante la Guerra de la Independencia. Recién con ese caso los estados advirtieron la limitación a sus poderes jurisdiccionales que la Constitución les imponía y decidieron modificarla.

En nuestro país, por el contrario, la Enmienda XI nunca fue tomada como fuente y es por ello que las provincias pueden ser demandadas ante los tribunales federales y, consecuentemente, ante la instancia originaria de la Corte Suprema, bien que esta jurisdicción se ha restringido mucho luego de los casos *Barreto c/ Provincia de Buenos Aires*<sup>77</sup>, y *Mendoza c/ Nación Argentina*<sup>78</sup>, cuestión ésta que he analizado anteriormente<sup>79</sup>. De hecho, en un antiguo caso<sup>80</sup>, la Provincia de Buenos Aires sostuvo la incompetencia originaria de la Corte para intervenir en un caso en el cual aquella estaba demandada y el Tribunal estableció, específicamente, que nuestra Constitución no incorpora la Enmienda XI.

---

<sup>74</sup> “Amendment XI. *The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State*”.

<sup>75</sup> 2 U.S. (2 Dallas) 419 (1793).

<sup>76</sup> Dado que el actor no residía en Georgia, la demanda fue planteada ante la justicia federal.

<sup>77</sup> Fallos 329-759 (2006).

<sup>78</sup> Fallos 329-2316 (2006).

<sup>79</sup> BIANCHI, Alberto B.: *La Corte Suprema reduce su competencia originaria, Jurisprudencia Argentina*, 2006-II, pp. 97.

<sup>80</sup> *Avegno c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 14-425 (1874).

#### 4. Los “tribunales legislativos”

En los Estados Unidos existen los llamados “tribunales legislativos”, una categoría ajena a nosotros.

Allí se distingue entre los tribunales del Artículo III y los tribunales del Artículo I o “tribunales legislativos”<sup>81</sup>. En los primeros el mandato de sus jueces es vitalicio (“*life tenure*”) y su salario no puede ser reducido. En los segundos, sus jueces son designados por períodos determinados y no gozan de garantía salarial. Los primeros son los jueces que crea la Constitución y los segundos los que crea la ley, de allí su nombre.

Un típico ejemplo de estos jueces, son los jueces de quiebras, a lo que me referiré más abajo<sup>82</sup>. Los tribunales legislativos pueden estar ubicados en el Poder Judicial, o bien, en las agencias administrativas, lo que, en cierto modo, los asemeja a nuestros tribunales administrativos.

Son varias las razones que inducen al Congreso a crear estos tribunales. Una de ellas es la necesidad de crear tribunales especializados en ciertas materias sin agrandar innecesariamente el Poder Judicial, manteniéndolo “reducido y prestigioso”<sup>83</sup>. Su creación es de antigua data y la Corte Suprema nunca ha cuestionado su constitucionalidad<sup>84</sup>, pese a que algunos autores entienden que con ellos se afecta la separación de poderes<sup>85</sup>.

Los tribunales legislativos más típicos son: (a) los tribunales de los territorios y posesiones<sup>86</sup>; (b) los tribunales locales del Distrito de Co-

---

<sup>81</sup> Esta denominación fue acuñada por el voto de John Marshall en *American Ins. Co. v. Canter*, 26 U.S. 511 (1828), en el cual la creación de estos tribunales fue declarada constitucional.

<sup>82</sup> Ver § V.2.

<sup>83</sup> Conf. CHEMERINSKY, Erwin: *Federal Jurisdiction*, 7<sup>th</sup> edition, Wolter Kluwer, New York, 2016, p. 236.

<sup>84</sup> La validez constitucional de los tribunales legislativos data desde 1828. Ver § IV.4.

<sup>85</sup> Esta cuestión ha sido analizada con detenimiento en FALLON, Richard: *Of Legislative Courts, Administrative Agencies and Art. III*, Harvard Law Review, vol 101, N° 5, pp. 915-992 (1988).

<sup>86</sup> Desde un comienzo los tribunales de los territorios han sido tribunales legislativos que resuelven asuntos federales y locales. Esta condición fue establecida en el caso *American Ins. Co. v. Canter*, 26 U.S. 511 (1828), con motivo de los tribunales del entonces territorio de Florida. La idea de que los tribunales de los territorios no pertenecieran al Artículo III se originó en evitar que cuando aquellos se convirtieran en estados, no hubiera en ellos más jueces federales que los necesarios. Así, cuando un territorio era convertido en estado, los antiguos tribunales legislativos pasaban a ser tribunales locales y no tribunales federales. Actualmente existen pocos territorios, la mayoría de los cuales son insulares, sus tribunales son legislativos y sus decisiones son apelables ante las *Courts of Appeals* y, en particular, son apelables ante el Federal Circuit, en casos de patentes, protección de variedad de plantas (28 USC § 1295) repetición de impuestos y reclamos pecuniarios contra los Estados Unidos (28 USC § 1346).

lumbia<sup>87</sup>; (c) los tribunales militares<sup>88</sup>; (d) la *United States Court of Federal Claims*<sup>89</sup>; y (e) otros tribunales para disputas de derecho público

<sup>87</sup> Los mencionaré con más detalle en § IV.5.

<sup>88</sup> La jurisdicción militar, que comprende los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas en servicio activo, está prevista actualmente en la “Military Justice Act of 2016”, que integra una extensa ley abarcativa de todo el Departamento de Defensa. Forma parte de la “National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2017”, sancionada en diciembre de 2016. 130 Stat. 2000. Se ha discutido si la jurisdicción militar puede ser extendida a los civiles. En Ex parte Milligan, 71 U.S. 2 (1866), la Corte sostuvo que los civiles están exentos de ella, pero esta decisión no fue aplicada en Ex parte Quirin 317 U.S. 1 (1942), con motivo del apresamiento dentro del territorio de los Estados Unidos de unos espías nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente en Hamdam v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), la Corte volvió a su doctrina anterior. Ver: Bianchi, Alberto B.: El caso “Hamdam” y la ley marcial en los Estados Unidos, LL 2007-B, 1045. Sería ajeno a este trabajo analizar con detalle este código de justicia militar. Menciono, solamente como referencia, constitucional, que la Corte Suprema ha sostenido, desde el caso Dynes v. Hoover, 61 U.S. 65 (1858), que los integrantes de los tribunales militares, a pesar de que pueden llegar a aplicar la pena capital, no pertenecen al Artículo III y, por ende, no ejercen cargos vitalicios, ni gozan de una garantía de estabilidad salarial, criterio que se mantiene en casos más recientes. Weiss v. United States, 510 U.S. 163 (1994). Las críticas que produce esta jurisprudencia, considerada por algunos como contraria al sistema de justicia de los Estados Unidos, podrían ser resumida con el título del libro de Robert Sherrill: “Military Justice is to Justice as Military Music is to Music”, Harper & Row, New York, 1970.

<sup>89</sup> En los Estados Unidos existen numerosos tribunales legislativos que dirimen controversias de derecho público (public rights cases) entre los particulares y el gobierno federal. El más importante de todos ello es la United States Court of Federal Claims, con sede en Washington DC. Tiene competencia para resolver demandas patrimoniales contra los Estados Unidos de gran envergadura económica y complejidad jurídica, en particular, aunque no exclusivamente, en materia de repetición de impuestos y reclamos contractuales.

Su desarrollo histórico está lleno de cambios y cuestionamientos. Creada en 1855, para atender los reclamos patrimoniales contra los Estados Unidos, no se trataba en ese momento de un tribunal propiamente dicho, sino de una comisión encargada de oír la petición y elevar el informe al Congreso. Su competencia, fue modificada luego por ley en 1863 y en 1866. La primera de estas leyes, dictada a instancias del presidente Lincoln, estableció que sus decisiones serían apeladas ante la Corte Suprema. Ésta, sin embargo, se negó en reiteradas oportunidades a revisar tales decisiones. La historia y desarrollo de la Court of Claims puede verse en: HART AND WECHSLER’S, *The Federal Courts and the Federal System*, 4th. edition by Richard H. Fallon, Daniel J. Meltzer, y David L. Shapiro, The Foundation Press, New York, 1996, pp. 111-113 y 1028-1029

En 1887, la Tucker Act amplió los poderes de la Court of Claims, dándole funciones típicamente judiciales, similares a los que posee actualmente. La Corte Suprema no la consideró, inicialmente, como un tribunal judicial, cuyos miembros tuvieran la protección de los jueces del Art. III. Se trataba, a juicio de la Corte, de un tribunal legislativo. Esta doctrina fue expuesta en Ex parte Bakelite Corp. 279 U.S. 438 (1929) y en Williams v. United States, 289 U.S. 553 (1933), donde fue admitido que se podía reducir el sueldo de los jueces de la Court of Claims.

Luego, por medio de la ley del 28 de julio de 1953, el Congreso estableció que la Court of Claims sería “un tribunal establecido bajo el Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos”. Se volvió a discutir entonces si el Congreso podía crear dentro del Art. III estos tribunales. Ello fue resuelto favorablemente en dos casos identificados como Glidden v. Zdanok, 370 U.S. 530 (1962), con voto del juez Harlan y la disidencia de los jueces Douglas y Black.

entre los particulares y el gobierno federal<sup>90</sup>.

### ***5. La justicia ordinaria de la Capital Federal***

Una de las mayores diferencias existentes entre la Constitución de los Estados Unidos y la nuestra es la referente a la legislación de fondo. Mientras en los Estados Unidos dicha legislación es dictada por cada estado, en nuestro país es el Congreso quien la dicta de manera uniforme para todo el país, conforme lo establecido en el artículo 75, inc. 12.

Además de su impacto en el sistema federal, esta diferencia se proyecta también en la organización judicial. En nuestro país ha dado origen a la llamada justicia ordinaria de la Capital Federal<sup>91</sup>, que constituye, desde

---

En la actualidad, luego de la Federal Courts Improvement Act de 1982, que creó el Federal Circuit, la Court of Claims se denomina United States Court of Federal Claims y ha vuelto a ser un tribunal legislativo. Su organización está regulada en el 28 USC §§ 171-179. Está integrada por dieciséis jueces, designados por el Presidente con acuerdo del Senado, que actúan individualmente y duran quince años en sus cargos. Su competencia está determinada en 28 USC § 1491 y sus decisiones son apelables ante el Federal Circuit.

<sup>90</sup> Además de la U.S. Court of Federal Claims, existen numerosos tribunales legislativos para resolver *public rights cases*, que tanto pueden ser tribunales propiamente dichos, como entes reguladores, tal por ejemplo, la *Federal Trade Commission*.

<sup>91</sup> La existencia de estos tribunales está ligada a razones jurídico-constitucionales que, aunque bien conocidas, vale la pena recordar.

Como punto de partida tengamos en cuenta que el Congreso Nacional, a diferencia del Congreso de los Estados Unidos, dicta dos clases de leyes: las leyes federales y las leyes de derecho común. Como resultado de ello, en la Argentina fue preciso adaptar un sistema jurisdiccional como el de aquel país –donde el Congreso solo dicta legislación federal, aplicada por jueces federales– a un sistema como el nuestro, donde el Congreso dicta una doble legislación, la federal y la nacional, o de derecho común. Esta última, como veremos, trajo la necesidad de crear los tribunales nacionales de la Capital federal, que no existen en los Estados Unidos.

Si bien ambas categorías de leyes tienen vigencia y aplicación uniforme en todo el territorio nacional, era necesario establecer a qué tribunales les correspondía la aplicación de cada una de ellas. Sin lugar a dudas, las leyes federales deben ser aplicadas por los tribunales federales, aun cuando los hechos tengan lugar en el territorio de las provincias. Es por ello que en cada provincia existen tribunales federales.

Ahora bien, en el caso de las leyes nacionales o de derecho común ¿a qué tribunales debía corresponderle intervenir cuando los hechos que dan lugar a su aplicación tienen lugar en el territorio de las provincias? Frente a este interrogante podían ser competentes: (a) los tribunales federales; (b) los tribunales nacionales que se crearan, eventualmente, en el territorio de las provincias o (c) los tribunales provinciales.

La primera opción hubiera sido errónea, porque hubiera habido tribunales federales con competencia en materia de derecho común. La segunda opción hubiera evitado este inconveniente, pero habría constituido un avasallamiento al sistema federal, ya que los casos de derecho común que

el punto de vista cuantitativo, una porción muy importante, sino la más numerosa, del Poder Judicial de la Nación.

Como resultado de todo ello en la Ciudad de Buenos Aires conviven tres órdenes judiciales diferentes: (a) los tribunales federales; (b) los tribunales que componen la llamada “justicia ordinaria de la Capital Federal” y (c) los tribunales locales. Los dos primeros pertenecen al Poder Judicial de la Nación y se rigen por normas nacionales y los terceros nacieron como consecuencia de la autonomía otorgada a la Ciudad de Buenos Aires por la reforma de 1994 y se rigen por leyes locales<sup>92</sup>.

---

afectan a personas domiciliadas en las provincias, hubieran sido decididos por tribunales del Poder Judicial de la Nación.

Para evitar todo ello, se decidió, entonces, que los casos de derecho común, que tienen lugar en el territorio de las provincias, sean juzgados por los jueces provinciales. De tal modo, los jueces provinciales, considerados en su conjunto, sin distinguir sus divisiones internas en razón de la materia, entienden en casos relacionados con el derecho local y con el derecho común.

Hasta aquí, las soluciones no eran difíciles. Quedaba por resolver, sin embargo, a qué jueces se les encomendaban los casos de derecho común ocurridos dentro de la Capital Federal, esto es, en la ciudad de Buenos Aires. Recordemos que desde que fue declarada “Capital de la República” por medio de la Ley 1029, de 1880, hasta la reforma constitucional de 1994, que le otorgó un “régimen de gobierno autónomo” (artículo 129), la ciudad de Buenos Aires fue un municipio autárquico. Su jefe “inmediato y local” era el Presidente de la Nación (antiguo artículo 86, inc. 3) y el Congreso ejercía en ella una legislación exclusiva (antiguo artículo 67, inc. 27) que en la práctica se traducía en el dictado de la llamada Carta Orgánica de la Ciudad.

Dadas estas características, la solución para la Capital Federal no podía ser la misma que para las provincias. No parecía adecuado que, en un municipio autárquico, como era por entonces la ciudad de Buenos Aires, sus “jueces municipales” aplicaran la legislación nacional o de derecho común que sanciona el Congreso. Más correcto era que esa legislación fuera aplicada por jueces pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Ello dio lugar a la creación de los llamados “tribunales nacionales de la Capital Federal” –también llamados “justicia ordinaria de la Capital Federal”– encargados de intervenir en los casos de derecho común ocurridos dentro de aquella. Así lo dispuso la Ley 1893, antes mencionada.

Como resultado de ello, el Poder Judicial de la Nación ha albergado desde entonces –y alberga todavía– dos clases de jueces: (a) los jueces federales propiamente dichos, con competencia en las materias que establece el artículo 116 de la Constitución, distribuidos a lo largo de todo el territorio del país y (b) los jueces nacionales, con competencia en las materias de derecho común, previstas en el artículo 75, inc. 12 de aquella, con asiento y jurisdicción exclusiva en la Capital Federal.

<sup>92</sup> Se ha discutido si, luego de la reforma constitucional de 1994, la justicia nacional de la Capital Federal debe pasar a formar parte del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. La tendencia mayoritaria en la doctrina es favorable a esta postura. Ver, entre otros: SAGÜÉS, Néstor: *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2017, T. 2, p. 419; VÍTOLO, Alfredo M.: *El poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, LL 2000-B, 1213. Sin embargo, algunos autores sostienen, con apoyo en la propia letra del artículo 75, inc. 12, que ello no es posible, en tanto esta norma dispone que los códigos allí mencionados sólo pueden ser aplicados por los tribunales federales o los tribunales provinciales “según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones” y los de la ciudad de Buenos Aires no son, ni federales, ni provinciales. En este sentido: BARRA, Rodolfo C.: *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, t. 2, esp. págs.

En los Estados Unidos, el Congreso no dicta legislación de fondo y, por ende, no existe el equivalente de nuestra justicia ordinaria de la Capital Federal. En el Distrito de Columbia, que es una porción de territorio federal, los tribunales están organizados por la *District of Columbia Court Reform and Criminal Procedure Act* de 1970<sup>93</sup>, contenida en el título 11 del *District of Columbia Code* (DC Code) que es un cuerpo de normas sancionadas por el Congreso.

El título 11 del DC Code dispone que en el Distrito de Columbia hay tribunales federales y tribunales locales. Los primeros pertenecen al Artículo III y los segundos al Artículo I, es decir, son “tribunales legislativos”<sup>94</sup>. Los tribunales federales son: (a) el *D.C. Circuit* y (b) el tribunal de distrito para el Distrito de Columbia<sup>95</sup>. Los tribunales locales son: (a) la *District of Columbia Court of Appeals* y (b) el *Superior Court of the District of Columbia*<sup>96</sup>.

De estos últimos, el tribunal superior es la *District of Columbia Court of Appeals*, compuesta por nueve jueces (un *chief judge* y ocho *associate judges*)<sup>97</sup> y sus decisiones son apelables ante la Corte Suprema por vía del *writ of certiorari*<sup>98</sup>. Por su lado, el *Superior Court*, pese a su nombre, es el tribunal de juicio, tiene competencia amplia en todas las materias<sup>99</sup> y

---

318/319. Ver del mismo autor, Buenos Aires, sin Poder Judicial pleno, Clarín, 12-12-94; El traspaso de la justicia, un error, La Nación, 30-12-16; Justicia porteña, un traspaso que es inconstitucional, Clarín, 15-3-17.

<sup>93</sup> 84 Stat. 473.

<sup>94</sup> Esta condición, además de estar prescripta legalmente en el DC Code § 11-101(2), fue ratificada por la Corte Suprema en *Palmore v. United States*, 411 U.S. 389 (1973).

<sup>95</sup> Además de estos tribunales que son propios del Distrito de Columbia, tienen sede allí también la Corte suprema y el Federal Circuit.

<sup>96</sup> DC Code § 11-101.

“*The judicial power in the District of Columbia is vested in the following courts:*

(1) *The following Federal Courts established pursuant to article III of the Constitution: (A) The Supreme Court of the United States. (B) The United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. (C) The United States District Court for the District of Columbia.*

(2) *The following District of Columbia courts established pursuant to article I of the Constitution: (A) The District of Columbia Court of Appeals. (B) The Superior Court of the District of Columbia”.*

<sup>97</sup> DC Code § 11-702. “*The court shall consist of a chief judge and eight associate judges”.*

<sup>98</sup> DC Code § 11-102. “*The highest court of the District of Columbia is the District of Columbia Court of Appeals. Final judgments and decrees of the District of Columbia Court of Appeals are reviewable by the Supreme Court of the United States in accordance with section 1257 of title 28, United States Code”.*

<sup>99</sup> Ver DC Code §§ 11-921 a 11-925.



está integrado por un *chief judge* y 61 jueces asociados<sup>100</sup>. Se compone de cinco divisiones por materia, las que a su vez pueden ser subdivididas de acuerdo con lo que el propio tribunal disponga<sup>101</sup>. Todos los jueces de los tribunales locales del Distrito de Columbia son designados por el Presidente con acuerdo del Senado<sup>102</sup>, y su mandato es de quince años, pero deben retirarse a la edad de 74 años<sup>103</sup>.

### **6. La permanencia en el cargo y las garantías salariales**

De lo dicho en los dos puntos anteriores, se advierte que en el sistema judicial de los Estados Unidos la perpetuidad en el cargo y la garantía de inamovilidad salarial, no son principios absolutos. Existen “jueces legislativos” que integran el Poder Judicial, pero sus mandatos son limitados en el tiempo y no gozan de la garantía salarial que poseen los jueces del Artículo III<sup>104</sup>.

Esta categoría de jueces legislativos es inexistente en la Argentina.

### **7. La edad de retiro**

En los Estados Unidos, como contrapartida de la limitación funcional que poseen los jueces de los tribunales legislativos, los que integran los tribunales del Artículo III no tienen límite de tiempo, ni de edad, en la permanencia en sus cargos.

<sup>100</sup>DC Code § 11-903. “The Superior Court of the District of Columbia shall consist of a chief judge and 61 associate judges”.

<sup>101</sup>DC Code § 11-902. “a) The Superior Court shall consist of the following: (1) The Civil Division. (2) The Criminal Division. (3) The Family Court. (4) The Probate Division. (5) The Tax Division. (b) The divisions of the Superior Court may be divided into such branches as the Superior Court may by rule prescribe”.

<sup>102</sup>DC Code § 11-1501(a) “The President of the United States shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, shall appoint all judges of the District of Columbia courts”.

<sup>103</sup>DC Code § 11-1502. “Subject to mandatory retirement at age 74 and to the provisions of subchapters II and III of this chapter, a judge of a District of Columbia court appointed on or after the date of enactment of the District of Columbia Court Reorganization Act of 1970 shall serve for a term of fifteen years, and upon completion of such term, such judge shall continue to serve until the judge’s successor is appointed and qualifies”.

<sup>104</sup>Art. III, section 1. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation which shall not be diminished during their Continuance in Office

En la Argentina sucedía lo mismo hasta la reforma de 1994 que incluyó el párrafo tercero del inc. 4º del artículo 99, según el cual: “*Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados*<sup>105</sup>, *una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite*”.

Esta cláusula, surgida de un acuerdo no escrito del llamado “Pacto de Olivos”<sup>106</sup>, ha dado lugar, hasta ahora, a dos sentencias completamente opuestas de la Corte Suprema, dictadas en diferentes épocas y con diferentes composiciones. La primera es la de caso *Fayt c/ Estado Nacional*<sup>107</sup> y la segunda es *Schiffirin c/ Estado Nacional*<sup>108</sup>.

En el primer caso, la cláusula fue declarada nula por la Corte Suprema con fundamento en lo dispuesto por el artículo 6 de la ley 24.309 de convocatoria a la reforma constitucional<sup>109</sup>. En síntesis, la Corte restableció el carácter vitalicio de todos los jueces que integran el Poder Judicial de la

<sup>105</sup> La norma hace referencia a todos los jueces integrantes del Poder Judicial de la Nación.

<sup>106</sup> Al celebrar el llamado “Pacto de Olivos” que sentó las bases político-jurídicas de la reforma constitucional de 1994, Carlos Menem y Raúl Alfonsín acordaron que tres jueces de la Corte Suprema debían renunciar para que la UCR tuviera oportunidad de nombrar personas de su confianza en el Tribunal. Ello provocó la renuncia inmediata de los jueces Rodolfo C. Barra y Augusto Cavagna Martínez. Faltaba una tercera renuncia que se demoraba y, mientras tanto, avanzaba la convención constituyente. Fue necesario, entonces, acudir a esta cláusula para forzar el cese en el Tribunal de su presidente, Ricardo Levene, que por entonces ya tenía ochenta años.

<sup>107</sup> Fallos 322-1609 (1999).

<sup>108</sup> Fallos 340-257 (2017).

<sup>109</sup> Según dijo el Tribunal “... la sanción explícita de nulidad contenida en el art. 6º de la ley 24.309, para todo aquello que comportase una modificación, derogación o agregado a la competencia revela el carácter de restricción explícita que el Congreso atribuyó a aquello que alterase o excediese el marco de la habilitación, sin perjuicio de la prohibición contenida en el art. 7º de la ley bajo examen”. Considerando 10º. Más adelante agrega “... no puede razonablemente admitirse que, con motivo de la reforma de una cláusula relativa a las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, a saber, la intervención del señor presidente de la nación en la designación de los magistrados federales –art. 99, inciso 4, de la Constitución reformada– materia que estaba explícitamente habilitada puesto que el art. 86, inc. 5, del texto anterior, había sido incluido en el art. 2, inciso a, de la ley 24.309–, la convención reformadora incorpore una cláusula nítidamente extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo de la Nación, puesto que todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, al punto que es uno de los dos contenidos sobre los que se asienta la independencia de este departamento y que ha sido calificada por el Tribunal, antes que de un privilegio a favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía a favor de la totalidad de los habitantes (Fallos: 319:24)”. Considerando 14º.

Nación, tanto de los designados antes de la reforma de 1994, como de los designados después de ella.

Casi veinte años después de haber sido resuelto este caso, cuando ya parecía haberse aquietado completamente la turbulencia producida por la controvertida cláusula constitucional y todos los jueces creían tener asegurado su carácter vitalicio, la Corte cambió de criterio y validó la cláusula en el caso “Schiffrin”, antes citado. La decisión causó sorpresa pues, a partir de “Fayt”, muchos de los jueces que llegaban a los setenta y cinco años y deseaban continuar en el cargo, promovían una acción en términos similares a los del ex juez de la Corte y, obtenida una sentencia favorable en las instancias ordinarias, el Poder Ejecutivo usualmente no la apelaba<sup>110</sup>. Es más, la propia jueza Elena Highton de Nolasco, integrante de la Corte en ese momento, había promovido una acción de amparo en tal sentido, obteniendo, poco antes de que sus pares resolvieran el caso “Schiffrin”, un fallo favorable de primera instancia que el Poder Ejecutivo no apeló<sup>111</sup>.

A pesar de todo ello, la Corte, por mayoría, cambió en “Schiffrin”, lo que antes había sido decidido en “Fayt”. La sentencia se compone de tres votos separados de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti. Todos ellos coinciden, en síntesis, en que debe respetarse la voluntad soberana del pueblo expresada en la Convención Constituyente<sup>112</sup>. Este principio queda expresado en los siguientes párrafos del primero de tales votos, suscripto por el Presidente del Tribunal, que dicen: “*El Poder Judicial no puede analizar la conveniencia de las decisiones de los constituyentes ni desconocer un presupuesto esencial de nuestra democracia, según el cual la Constitución materializa un pacto de unión nacional entre todos los ciudadanos*<sup>113</sup>... [por ello] *resulta necesario abandonar la doctrina del caso ‘Fayt’, y adoptar un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo expresada por la Convención Reformadora con las disposiciones que aprobare, pero que, a su vez, preserve en cabeza del De-*

<sup>110</sup> Así lo hizo, entre otros, el ex juez de la Corte Suprema Enrique Petracchi. Ver “Petracchi c/ Estado Nacional – Ley 24.309” Expediente N° 24.669/2011; sentencia de fecha 21-03-2012; Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 12.

<sup>111</sup> Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 6, Causa N° 83656/2016, sentencia de fecha 10-02-2017.

<sup>112</sup> No puede soslayarse que dos de los jueces que suscriben la sentencia, habían sido convencionales constituyentes en 1994, lo que hace presumir su fuerte interés en validar lo decidido por la Convención, el cual queda de manifiesto en sus respectivos votos.

<sup>113</sup> Considerando 12°, tercer párrafo.

*partamento Judicial la atribución para revisar dichas cláusulas y, como última ratio de la más marcada rigurosidad, descalificarlas. Ello será únicamente así, en caso de apartamiento de las competencias reconocidas por el Congreso de la Nación en ejercicio de su facultad pre-constituyente; o del sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional o en caso que se avasallen derechos humanos fundamentales. El principio, pues, es claro, de modo que solo cabría descalificar la actividad de la Convención Constituyente en dos supuestos: cuando se demuestre categóricamente que exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente; o, cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución”<sup>114</sup>. En su voto disidente, el juez Carlos F. Rosenkrantz reafirma lo decidido en el caso “Fayt” y sostiene que la convención constituyente de 1994 se excedió en el mandato recibido por el Congreso al incluir el párrafo tercero del inc. 4º del artículo 99.*

Este fallo ha restablecido la validez de la cláusula constitucional en cuestión y como resultado de ello la permanencia de los jueces federales en su cargo a partir de los 75 años depende de que obtengan un nuevo acuerdo cada cinco años.

### **8. El dictado de los códigos de procedimiento**

Una diferencia importante –entre muchas otras– que tiene el sistema judicial de los Estados Unidos con el nuestro, es que allí las normas procesales las dictan los jueces, principalmente la Corte Suprema. Se trata de una importante función legislativa que nuestros jueces sólo ejercen, muy limitadamente, por medio de las acordadas.

Si bien se trata de una facultad que le corresponde al Congreso, fue delegada en el Poder Judicial desde el comienzo. Ya aparece en la *Federal Process Act* de 1792<sup>115</sup>, cuya sección 2 autorizaba a los tribunales a dictar normas de procedimiento<sup>116</sup> y fue declarada válida por la Corte en Way-

<sup>114</sup> Considerando 16º, párrafo noveno.

<sup>115</sup> Ley del 8 de mayo de 1792. 1 Stat. 275, 276.

<sup>116</sup> “Section 2. That the forms of writs, executions, and other process except their style and the forms

man v. Southard<sup>117</sup>, con voto del *Chief Justice* Marshall, uno de los casos seminales sobre la delegación legislativa<sup>118</sup>.

A partir de allí el Congreso de los Estados Unidos ha delegado en la Corte Suprema la posibilidad de dictar normas de procedimiento, primero en el orden civil<sup>119</sup> y posteriormente en materia penal<sup>120</sup>, las que, en la

---

*and modes of proceeding in suits in those of common law, shall be the same as are now used in the said courts respectively in pursuance of the act entitled 'An act to regulate processes in the courts of the United States,' except so far as may have been provided for by the act to establish the judicial courts of the United States, subject, however, to such alterations and additions as the said courts respectively shall in their discretion deem expedient or to such regulations as the Supreme Court of the United States shall think proper from time to time by rule to prescribe to any circuit or district court concerning the same".*

<sup>117</sup> 23 U.S. (10 Wheaton) 11 (1825).

<sup>118</sup> Dice esta sentencia: *"It will not be contended that Congress can delegate to the courts or to any other tribunals powers which are strictly and exclusively legislative. But Congress may certainly delegate to others powers which the legislature may rightfully exercise itself ... The line has not been exactly drawn which separates those important subjects which must be entirely regulated by the legislature itself from those of less interest in which a general provision may be made and power given to those who are to act under such general provisions to fill up the details ... The power given to the court to vary the mode of proceeding in this particular is a power to vary minor regulations which are within the great outlines marked out by the legislature in directing the execution ... It is, in all its parts, the regulation of the conduct of the officer of the court in giving effect to its judgments ... It is undoubtedly proper for the legislature to prescribe the manner in which these ministerial offices shall be performed, and this duty will never be devolved on any other department without urgent reasons. But in the mode of obeying the mandate of a writ issuing from a court, so much of that which may be done by the judiciary under the authority of the legislature seems to be blended with that for which the legislature must expressly and directly provide that there is some difficulty in discerning the exact limits within which the legislature may avail itself of the agency of its courts. The difference between the departments undoubtedly is that the legislature makes, the executive executes, and the judiciary construes the law; but the maker of the law may commit something to the discretion of the other departments, and the precise boundary of this power is a subject of delicate and difficult inquiry, into which a court will not enter unnecessarily".* 23 U.S. en pp. 43-46.

<sup>119</sup> Ley del 19 de junio de 1934, 48 Stat. 1064. *"Section 1. ... the Supreme Court of the United States shall have the power to prescribe, by general rules, for the district courts of the United States and for the courts of the District of Columbia, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in civil Rights of litigant. Said rules shall neither abridge, enlarge, nor modify the substantive rights of any litigant. They shall take effect six months after their promulgation, and thereafter all laws in conflict therewith shall be of no further force or effect".*

<sup>120</sup> Ley del 29 de junio de 1940, 54 Stat. 688. *"Section 1 ... the Supreme Court of the United States shall have the power to prescribe, from time to time, rules of pleading, practice, and procedure with respect to any or all proceedings prior to and including verdict, or finding of guilty or not guilty by the court if a jury has been waived, or plea of guilty, in criminal cases in district courts of the United States, including the district courts of Alaska, Hawaii, Puerto Rico, Canal Zone, and the Virgin Islands, in the Supreme Courts of Hawaii and Puerto Rico, in the United States Court for China, and in proceedings before United States commissioners. Such rules shall not take effect until they shall have been reported to Congress by the Attorney General at the beginning of a regular session thereof and until after the close of such session, and thereafter all laws in conflict therewith shall be of no further force and effect".*

práctica, constituyen verdaderos códigos procesales, si nos atenemos a su extensión y detalle. La delegación está prevista actualmente en el Capítulo 131, 28 USC §§ 2071 a 2077 (la sección 2076 está derogada)<sup>121</sup>.

Si bien cada tribunal dicta sus propias normas de procedimiento, sujetas a la aprobación del *Judicial Council* del Circuito respectivo<sup>122</sup>, existen cuatro ordenamientos procesales generales: (a) las *Rules of the Supreme Court*<sup>123</sup>; (b) las *Federal Rules of Appellate Procedure*, aplicables ante las *Courts of Appeals*<sup>124</sup>; (c) las *Federal Rules of Civil Procedure*<sup>125</sup> y (d) las *Federal Rules of Criminal Procedure*<sup>126</sup>. Estas dos últimas son aplicables ante las *district courts*.

### 9. El concepto de revisión judicial

En la Argentina, el principio de la revisión judicial de las decisiones administrativas, tiene caracteres absolutos. Se considera inconstitucional que una decisión administrativa no sea objeto de una revisión judicial plena. Así fue establecido por la Corte Suprema en *Fernández Arias c/ Poggio*<sup>127</sup>,

<sup>121</sup> La Sección 2071, subsección (a) que establece la delegación dice: “*La Corte Suprema y todos los Tribunales establecidos por ley del Congreso podrán dictar normas de procedimiento. Las mismas deberán respetar las leyes del Congreso y las reglas de procedimiento prescriptas en la Sección 2072 de este Título*”. En la Sección 2072, a su vez, se establece “(a) *La Corte Suprema tendrá competencia para dictar normas generales de práctica y procedimiento y normas sobre prueba (evidence) para casos ante los Tribunales de Distrito y Corte de Apelación (Cortes de Circuito)*. (b) *Estas reglas no limitarán, extenderán ni modificarán ningún derecho sustantivo. Las leyes contrarias a estas reglas quedarán sin efecto luego de que las reglas entren en vigencia*. (c) *Estas reglas puede determinar cuando un pronunciamiento de un Tribunal de Distrito es definitivo a los efectos de la apelación*”.

<sup>122</sup> Ver, por ejemplo, las que publica el *Southern District of New York* en su web site: <http://www.nysd.uscourts.gov/>

<sup>123</sup> La Corte Suprema dictó sus primeras *Rules* en 1803 y desde entonces ha venido actualizándolas y modificándolas. Pueden verse todas ellas en el web site de la Corte: [https://www.supremecourt.gov/filingandrules/rules\\_guidance.aspx](https://www.supremecourt.gov/filingandrules/rules_guidance.aspx)

<sup>124</sup> Fueron aprobadas por la Corte Suprema en diciembre de 1967 y entraron en vigencia en julio de 1968. Desde entonces se actualizan anualmente. Se las puede consultar en: <https://www.law.cornell.edu/rules/frap>

<sup>125</sup> Fueron aprobadas por la Corte Suprema en diciembre de 1937 y están en vigencia desde septiembre de 1938. Desde entonces se actualizan anualmente. Se las puede consultar en: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>

<sup>126</sup> Fueron aprobadas por la Corte Suprema en diciembre de 1944 y están en vigencia desde marzo de 1946. Desde entonces se actualizan anualmente. Se las puede consultar en: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>

<sup>127</sup> Fallos 247-646 (1960).

y este principio se hizo más rígido aún en *Ángel Estrada y Cía S.A.*<sup>128</sup>, que limitó la llamada jurisdicción primaria de los entes reguladores de servicios públicos prohibiéndoles que liquiden daños y perjuicios.

A juicio de la Corte Suprema la limitación proviene del artículo 109, una norma que no contiene la Constitución de los Estados Unidos<sup>129</sup>. A juicio de la Corte, los entes reguladores no pueden resolver esta cuestión pues esta actividad está comprendida dentro de la prohibición establecida en el artículo 109 de la Constitución. Según dice la Corte en *Ángel Estrada*, “*el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que, basado en el texto del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente*”<sup>130</sup>.

En opinión del académico Juan Carlos Cassagne la médula del fallo consiste en: “*a) que la creación de tribunales administrativos, para ser compatible con la interdicción del art. 109 y el sistema constitucional (arts. 18, 116 y 117 CN), debe hallarse justificada en el principio de especialización, interpretado razonablemente (es decir, nunca como competencia establecida en una cláusula general de jurisdicción) y b) que la competencia para dirimir conflictos entre particulares, regidos por el Derecho común, no corresponde a los entes reguladores, sino a los jueces, que son los únicos con competencia para dirimir controversias en las que se ventilen cuestiones reguladas por los Códigos de fondo*”<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> Fallos 328-651(2005).

<sup>129</sup> Fue tomada por Alberdi del artículo 108 de la Constitución de Chile de 1833.

<sup>130</sup> Ver el considerando 12°.

<sup>131</sup> CASSAGNE, Juan Carlos: *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, 2° edición, prólogo de Jesús González Pérez y recensión de Eduardo García de Enterría, Ed. B de F, Montevideo y Buenos Aires, 2016pp. 105-106.



Coincido con esta opinión. El fallo no contiene una prohibición general para establecer tribunales administrativos. En todo caso, se fijaron algunas limitaciones a las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores.

En los Estados Unidos, por el contrario, el principio es más flexible. Si bien la Corte Suprema no lo ha dicho expresamente, no se considera inconstitucional que una decisión administrativa o de un tribunal legislativo sea judicialmente irrevisable. La Corte Suprema desde el antiguo precedente *Murray's Leese v. Hoboken Land & Improvement Co.*<sup>132</sup>, ha admitido la constitucionalidad de los tribunales legislativos, señalando que el Congreso está autorizado a establecer que ciertas cuestiones no sean resueltas por los tribunales el Artículo III<sup>133</sup>. Esta doctrina fue ratificada muchos años después en *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line*<sup>134</sup>, con fundamento en la inmunidad soberana del Estado<sup>135</sup>. Algunos autores critican el empleo de los tribunales legislativos en casos de derecho público y requieren que, al menos, sus decisiones sean apelables ante un tribunal del Artículo III<sup>136</sup>.

### ***10. La obligatoriedad del precedente***

Como en todo país organizado bajo el *common law*, rige en los Estados Unidos la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, conocida como *stare decisis*, según la cual los tribunales inferiores están obligados a seguir los precedentes de los tribunales superiores y los suyos propios. Esta regla se aplica también, en teoría, a la Corte Suprema, pero obviamente nada le impide apartarse, con fundamentos, de sus propias decisiones, como ha ocurrido en numerosas ocasiones.

<sup>132</sup> 59 U.S. 272 (1856).

<sup>133</sup> Según dijo la Corte “[W]e do not consider congress can either withdraw from judicial cognizance any matter which, from its nature, is the subject of a suit at the common law, or in equity, or admiralty; nor, on the other hand, can it bring under the judicial power a matter which, from its nature, is not a subject for judicial determination. At the same time, there are matters, involving public rights, which may be presented in such form that the judicial power is capable of acting on them, and which are susceptible of judicial determination, but which congress may or may not bring within the cognizance of the courts of the United States, as it may deem proper”. 59 U.S. en p. 284.

<sup>134</sup> 458 U.S. 50 (1982).

<sup>135</sup> En opinión de la Corte “*This doctrine may be explained in part by reference to the traditional principle of sovereign immunity, which recognizes that the Government may attach conditions to its consent to be sued*”. 458 U.S. en p. 67.

<sup>136</sup> FALLON, Richard: *Of Legislative Courts, Administrative Agencies and Art. III*, Harvard Law Review, vol 101, N° 5, pp. 915-992 (1988), esp. p. 953.



Si bien esta es la regla general, el sistema es bastante más complejo y presenta, además, una gran diversidad no sólo terminológica, sino de aplicaciones prácticas. Explicarlo con detalle exigiría, por lo tanto, llevar a cabo una tarea que excede los límites de esta comunicación. Me limitaré por ello a citar la obra del académico Julio Cueto Rúa que, en la Argentina, constituye el estudio seminal sobre la cuestión<sup>137</sup>.

En nuestro país, la obligatoriedad del precedente es muy relativa. Legalmente era obligatorio en el ámbito de los fallos plenarios, dictados por las cámaras de apelación con motivo del recurso de inaplicabilidad de la ley previsto en los artículos 288/303 del Código Procesal Civil y Comercial. Este recurso fue suprimido por la Ley 26.853 que creó las Cámaras Nacionales de Casación, pero éstas nunca fueron puestas en funciones, de modo tal que el recurso ha desaparecido –y con él los fallos plenarios– sin que exista otro que en la práctica lo sustituya.

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la Corte, la cuestión ha variado según las épocas<sup>138</sup>. Actualmente el *leading case* es *Cerámica San Lorenzo*<sup>139</sup>, según el cual “*carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante*”.

En síntesis, la regla de la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema existe, pero puede ser soslayada por los tribunales inferiores aportando nuevos argumentos que justifiquen el apartamiento.

## ***II. Los órganos auxiliares de la justicia***

También difiere sustancialmente el sistema judicial de los Estados Unidos del sistema argentino en relación con los órganos auxiliares de la jus-

<sup>137</sup> CUETO RUA, Julio, *El “Common Law”. Su estructura normativa. Su enseñanza*, La Ley, Buenos Aires, 1957, esp. cap. III.

<sup>138</sup> Ver Bianchi, Alberto B.: “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”, *El Derecho – Constitucional*, Universitas, Buenos Aires, vol. 2000/2001, pp. 335-347.

<sup>139</sup> Fallos 307-1094 (1985).

ticia. Esta diferencia se acentuó mucho más luego de la reforma de 1994 que incorporó el Consejo de la Magistratura (artículo 114) y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (artículo 115), órganos estos que no existen en los Estados Unidos.

Allí, los órganos auxiliares de la justicia son tres: la *Judicial Conference*; el *Federal Judicial Center* y la *Administrative Office*.

La *Judicial Conference of the United States*<sup>140</sup> es la reunión anual de los jueces federales, cuyo propósito principal es analizar y fijar las políticas o criterios generales para la administración de justicia. Fue creada en 1922<sup>141</sup> por iniciativa de William Taft, entonces *Chief Justice*, y actualmente está prevista en 28 U.S. Code § 331.

Su Presidente es el *Chief Justice of the United States* y la integran, además, el *chief judge* de cada circuito judicial, el *Chief Judge* de la *Court of International Trade*, y un juez de distrito por cada uno de los circuitos judiciales. Puede sesionar en cualquier lugar del país, pero usualmente se reúne en Washington D.C. en el edificio de la Corte Suprema en el mes de septiembre. También hay una reunión semi anual en marzo.

Si bien su cometido es llevar a cabo estudios de toda índole sobre el mejoramiento de la administración de justicia<sup>142</sup>, una de sus principales tareas es la de revisar y proponer reformas a las normas procesales (*Rules*) que luego dictan los tribunales<sup>143</sup>.

El *Federal Judicial Center*<sup>144</sup> es el organismo dedicado a la investigación y análisis de los temas relativos al sistema judicial y la capacitación de

<sup>140</sup><http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/governance-judicial-conference>

<sup>141</sup>Ley del 14 de septiembre de 1922. 42 Stat. 838.

<sup>142</sup>Conforme el cuarto párrafo del 28 USC § 331: “*The Conference shall make a comprehensive survey of the condition of business in the courts of the United States and prepare plans for assignment of judges to or from circuits or districts where necessary. It shall also submit suggestions and recommendations to the various courts to promote uniformity of management procedures and the expeditious conduct of court business ...*”.

<sup>143</sup>Ver § IV.8. Esta tarea está asignada por el quinto párrafo del 28 USC § 331: “*The Conference shall also carry on a continuous study of the operation and effect of the general rules of practice and procedure now or hereafter in use as prescribed by the Supreme Court for the other courts of the United States pursuant to law. Such changes in and additions to those rules as the Conference may deem desirable to promote simplicity in procedure, fairness in administration, the just determination of litigation, and the elimination of unjustifiable expense and delay shall be recommended by the Conference from time to time to the Supreme Court for its consideration and adoption, modification or rejection, in accordance with law*”

<sup>144</sup><https://www.fjc.gov/>

los jueces federales, tarea en la cual asesora a la *Judicial Conference*. Fue creado en 1967<sup>145</sup> a instancias de esta última, tiene sede en Washington D.C.<sup>146</sup> y está previsto actualmente en 28 U.S.C. §§ 620–629.

Su gobierno está a cargo de un *Board* presidido por el *Chief Justice* e integrado, además, por dos jueces de circuito, tres jueces de distrito, un juez de quiebras y un “juez magistrado”<sup>147</sup>, elegidos por la *Judicial Conference*. Posee además un Director Ejecutivo encargado de la administración y funcionamiento cotidiano del Centro.

Por último, la *Administrative Office of the United States Courts*<sup>148</sup>, como su nombre lo indica, se encarga de la administración de los recursos financieros de la justicia federal y, en especial, de la estimación y la ejecución del presupuesto de los tribunales. Fue creada en 1939<sup>149</sup> y está prevista actualmente en 28 USC §§ 601-613. Tiene sede en Washington DC<sup>150</sup> y su Director y el Director adjunto son designados y removidos por el *Chief Justice*, luego de consultar con la *Judicial Conference*<sup>151</sup>.

## 12. La inexistencia de feria judicial

No existe en los Estados Unidos lo que es para nosotros la “feria judicial”. Si bien hay un “receso de verano” (*summer recess*) que tiene lugar a fines de junio o principios de julio, éste no afecta la continuidad de la Corte o de los otros tribunales, que siguen con sus tareas, salvo las ausencias de quienes rotan en sus períodos de vacaciones.

De acuerdo con el 28 USC § 2, el período anual de sesiones de la Corte Suprema comienza el primer lunes del mes de octubre, de allí su nombre, “*October Term*”, pero esta norma no establece cuando concluye. Ello está fijado en la Regla 3 de las *Rules of the Supreme Court*, según la cual las sesiones finalizan el día anterior al primer lunes de octubre del año siguiente.

<sup>145</sup> Ley del 20 de diciembre de 1967. 81 Stat. 664.

<sup>146</sup> Está ubicado en el Thurgood Marshall Building

<sup>147</sup> Sobre los “magistrate judges” ver V.2.

<sup>148</sup> <http://www.uscourts.gov/topics/administrative-office-us-courts>

<sup>149</sup> Ley del 7 de agosto de 1939. 53 Stat. 1224.

<sup>150</sup> Sus oficinas también están ubicadas en el Thurgood Marshall Building.

<sup>151</sup> 28 USC § 601 “[The Administrative Office] shall be supervised by a Director and a Deputy Director appointed and subject to removal by the Chief Justice of the United States, after consulting with the Judicial Conference”.

te<sup>152</sup>. Si bien ello cubre un período de doce meses, el *October Term* puede concluir antes si no existen casos pendientes de decisión. La Regla 3 dice, además, que se trata de un “*continuous annual Term*”, es decir, que, en teoría, no tiene interrupciones.

A diferencia de la Corte Suprema y de las *Courts of Appeals*, las cortes de distrito no poseen períodos de sesiones (*terms*) legalmente asignados<sup>153</sup>, sino que éstos son fijados por cada tribunal. Como regla, permanecen abiertas todos los días hábiles del año<sup>154</sup>. También pueden suspender o aplazar los actos procesales en curso<sup>155</sup>.

### ***13. El pago por parte de los jueces del Impuesto a las Ganancias***

En la Argentina se discute todavía, si el artículo 110, al establecer que la remuneración de los jueces “*no podrá ser disminuida en manera alguna*”, contiene un principio absoluto, o bien, se trata de una regla susceptible de ser interpretada armoniosamente con el resto de las cláusulas de la Constitución, de forma tal que los salarios judiciales tengan el mismo tratamiento impositivo al cual están sujetos, en general, los salarios públicos y privados. El debate está centrado, naturalmente, en relación con el pago del Impuesto a las Ganancias.

La doctrina, en general, se inclina por esto último, entendiendo que la aplicación de tal tributo a los salarios judiciales es procedente, pues no compromete la independencia e inamovilidad de los jueces<sup>156</sup>. Por mi parte

<sup>152</sup>De acuerdo con la Regla 4, las audiencias comienzan a las 10.00 horas y finalizan a las 15.00 con una interrupción de una hora entre las 12.00 y las 13.00.

<sup>153</sup>28 USC § 138. *The district court shall not hold formal terms.*

<sup>154</sup>28 USC § 139. “*The times for commencing regular sessions of the district court for transacting judicial business at the places fixed by this chapter shall be determined by the rules or orders of the court. Such rules or orders may provide that at one or more of such places the court shall be in continuous session for such purposes on all business days throughout the year. At other places a session of the court shall continue for such purposes until terminated by order of final adjournment or by commencement of the next regular session at the same place*”.

<sup>155</sup>28 USC § 140.

<sup>156</sup>BIELSA, Rafael: *Derecho Constitucional*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 707; LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2ª edición, Plus Ultra, 1987 T. 9, § 8394, p. 758; BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993, T II, p. 422; BADENI, Gregorio; *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2010, T. III, p. 817. En contra de esta posición, BARRANCOS y VEDIA entendía que la garantía del artículo 110 es absoluta y prohíbe la aplicación del impuesto a las ganancias a los jueces. BARRANCOS Y VEDIA, Fernando: *La intangibilidad de las remuneraciones*

comparto este criterio, que nace del principio republicano de la igualdad ante las cargas públicas, del cual los jueces no están exentos.

La Corte Suprema –integrada por conjueces– ha entendido lo contrario. Una serie de fallos que empieza con Nación Argentina c/ Medina<sup>157</sup> y se prolonga en la actualidad en Gutiérrez c/ Anses<sup>158</sup>, entiende que los jueces están exentos del pago del impuesto a las ganancias<sup>159</sup>. A tal extremo ha llegado la Corte Suprema en este punto que, apartándose de todas las reglas sobre control constitucional fijadas por ella misma, dictó la Acordada 20/1996<sup>160</sup> en la cual declaró inconstitucional la ley 24.631<sup>161</sup>, que aplicaba el impuesto a las ganancias a jueces y funcionarios judiciales. En este caso no intervinieron conjueces, sino seis de los entonces jueces titulares del Tribunal que votaron en forma unánime<sup>162</sup>.

Ante tamaña –e irresistible– oposición de los jueces de la Corte a pagar el Impuesto a las Ganancias, se ha propuesto como solución conciliadora –más política que jurídica– que el tributo lo paguen solamente aquellos jueces que son designados luego de sancionada una ley que expresamente grave sus salarios con aquel. Se pretende preservar con ello el presunto

---

*de los jueces*, en *Constitución de la Nación Argentina*, obra colectiva dirigida por Daniel Sabsay y Pablo Manili, Hammurabi, Buenos Aires, \*, T. 4, pp. 413-419, esp. p. 416.

<sup>157</sup> Fallos 176-73 (1936).

<sup>158</sup> Fallos 329-1092 (2006).

<sup>159</sup> Vale la pena mencionar que en este último caso integró el tribunal, como conjuez, el Dr. Horacio Rosatti, actualmente juez de la Corte, y votó en disidencia, admitiendo que los jueces están sujetos al pago del impuesto a las ganancias. Entre los argumentos expuestos en su extenso y fundado voto, destaco los siguientes: “*La preservación de la intangibilidad de las remuneraciones como garantía de funcionamiento del sistema judicial no debe encontrarse hoy eludiendo el pago del Impuesto a las Ganancias sino: a) asegurando una participación presupuestaria adecuada del Poder Judicial en el presupuesto general; b) defendiendo la autarquía judicial; c) garantizando mecanismos que permitan dar sustentabilidad en el tiempo al poder adquisitivo de las remuneraciones de los magistrados a partir de criterios objetivos, ajenos a la injerencia de otros poderes (éste y no otro es el sentido de la reivindicación de la cláusula constitucional federal norteamericana que prevé la movilidad de la retribución de los jueces según la autorizada opinión de Alexander Hamilton en El Federalista, LXXIX); y, d) permitiendo que, llegado el caso, por vía judicial se corrijan aquellas situaciones que generen un ‘ostensible deterioro temporalmente dilatado’ en las remuneraciones de los magistrados (Fallos: 307:2174 y 308:1932). Por lo dicho, el art. 110 no puede ser interpretado como una norma especial o de excepción con relación al principio del art. 16, estando los jueces obligados a pagar todos aquellos impuestos que, por su carácter general, no expresen un ánimo hostil o persecutorio contra su noble actividad*”. Considerando 11º, párrafos 5 y 6.

<sup>160</sup> Fallos 319-24.

<sup>161</sup> B.O. 27-03-1996. SAIJ: LNS0004094.

<sup>162</sup> La Acordada lleva la firma de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano y Bossert.

“derecho adquirido” que tendrían los jueces designados bajo una exención impositiva que no es tal. Esta solución, que hace ya muchas décadas se implementó en los Estados Unidos, es la que prevé actualmente la Ley 27.346<sup>163</sup>, para todos los jueces federales, nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo nombramiento tenga lugar a partir del año 2017, inclusive.

En los Estados Unidos la aplicación del *income tax* a los jueces produjo tal resistencia, que exigió la sanción de una enmienda constitucional (la Enmienda XVI), dado que la Corte Suprema había declarado inconstitucional la ley de creación del tributo. A partir de su incorporación a la Constitución, su constitucionalidad ya no podía ser discutida, pero surgió el problema de si era aplicable a los salarios judiciales. Una primera decisión de la Corte Suprema recaída en *Evans v. Gore*<sup>164</sup>, sostuvo que los jueces estaban exentos de su pago, beneficio económico que luego se extendió a los integrantes de la *Court of Claims* en *Miles v. Graham*<sup>165</sup>. Sin embargo, estos fallos fueron modificados en *O'Malley v. Woodrough*<sup>166</sup>, donde la Corte admitió la constitucionalidad de una ley de 1932 (*Revenue Act of 1932*) y convirtió en sujetos pasivos del impuesto a los jueces designados a partir del 6 de junio de 1932.

## V. Algunas diferencia específicas

### 1. Diferencias en la Corte Suprema

#### a. El número de jueces

Tanto en la Argentina como en los Estados Unidos el número de jueces de la Corte ha variado con el tiempo, y alguna vez hemos coincidido en nueve miembros, pero actualmente son nueve en Estados Unidos y cinco en la Argentina.

En los Estados Unidos, la cantidad de jueces cambió varias veces durante el siglo XIX hasta fue establecida en nueve en 1869. Ya vimos que la *Judiciary Act* de 1789 lo había fijado en seis y que la ley de 1801 lo redujo

<sup>163</sup> B.O. 27-12-2016. SAJJ LNS0006297.

<sup>164</sup> 253 U.S. 245 (1920).

<sup>165</sup> 268 U.S. 501 (1925).

<sup>166</sup> 307 U.S. 277 (1939).

a cinco<sup>167</sup>. En 1807 fue elevado a siete<sup>168</sup>; en 1837 fue elevado nuevamente a nueve<sup>169</sup>; en 1863 llegaron a ser diez<sup>170</sup>; en 1866 se redujeron a siete<sup>171</sup> y en 1869 volvieron a ser nueve<sup>172</sup>. Desde entonces se ha mantenido este número<sup>173</sup>.

Las ampliaciones de 1807 y 1837, se originaron en la necesidad de contar con más jueces que cubrieran los nuevos circuitos. Con la reducción de 1866 se propuso evitar que el presidente Andrew Johnson nombrara jueces afines a su política, que declararan inconstitucionales las leyes de la Reconstrucción. Terminado el mandato de Johnson, el número fue restablecido en nueve.

### *b. Los requisitos para ser designado juez*

A diferencia de nuestra Constitución que en el artículo 111 establece los requisitos para ser juez de la Corte Suprema, en los Estados Unidos ni la Constitución, ni ley alguna, establecen tales requisitos. El web site de la Corte, dentro de las respuestas a las preguntas frecuentes que se formulan, explica que no existe ningún requisito de edad, profesión, ni ciudadanía, que sea exigible, de modo tal que, en teoría, incluso quien no siendo abogado o siendo extranjero, podría ser juez de la Corte Suprema<sup>174</sup>.

En muchas ocasiones se han intentado enumerar las condiciones que, teóricamente, debe reunir el futuro juez de la Corte Suprema<sup>175</sup>, pero tal al

---

<sup>167</sup> Ver III.

<sup>168</sup> 2 Stat. 421.

<sup>169</sup> 5 Stat. 176.

<sup>170</sup> 12 Stat. 794.

<sup>171</sup> 14 Stat. 209.

<sup>172</sup> 16 Stat. 44.

<sup>173</sup> Ya vimos que en 1937 F. D. Roosevelt intentó elevarlo a quince, pero la propuesta no fue aceptada en el Congreso.

<sup>174</sup> [https://www.supremecourt.gov/about/faq\\_general.aspx](https://www.supremecourt.gov/about/faq_general.aspx). No obstante ello, casi todos los jueces de la Corte han sido abogados. El único caso singular fue el de James F. Byrnes (1941-1942), que no se graduó formalmente en ninguna facultad de derecho. Fue un autodidacta que aprobó el examen en el Colegio de Abogados a los 23 años de edad.

<sup>175</sup> Así por ejemplo, Henry Abraham enuncia seis: 1) temperamento judicial; 2) experiencia y competencia profesional; 3) integridad personal y profesional; 4) mente lúcida y ágil; 5) un adecuado bagaje de antecedentes y adecuada educación profesional y 6) capacidad de comunicación oral y escrita, pero todo ello no es más que la expresión de deseos de un profesor universitario. Ver: ABRAHAM, Henry J.: *Justices & Presidents, A Political History of Appointments to the Supreme Court*, 2nd. ed., Oxford University Press, New York, 1985, p. 4.

vez nadie más realista que la jueza Sandra Day O'Connor para definir la cuestión. En su disertación durante la cena anual del *American Law Institute* en 1983, dijo que, no obstante existir numerosos criterios para cubrir una vacante, lo cierto es que le toca a “*la persona correcta, en el lugar correcto, en el momento correcto o, dicho más simplemente, el elegido debe ser una persona de suerte*”<sup>176</sup>.

### *c. Elección del Presidente de la Corte*

También difiere el modo de elección del Presidente de la Corte, aunque hasta 1930 fue igual aquí que en los Estados Unidos. Hasta el golpe de Estado de 1930, el presidente de la Corte Suprema en nuestro país era designado por el Poder Ejecutivo y su nombramiento era vitalicio. Actualmente la cuestión está reglamentada en el artículo 79 del RJN que, en su texto actual, dice “*El presidente de la Corte Suprema y vicepresidente serán elegidos por mayoría absoluta de votos de los ministros del Tribunal y durarán tres años en el ejercicio de sus funciones*”<sup>177</sup>. No existe ninguna norma que prohíba –al menos expresamente– la reelección indefinida del presidente, ni del vicepresidente de la Corte Suprema.

En los Estados Unidos el *Chief Justice of the United States* es designado por el Presidente de la Nación. Se trata de una práctica no prevista en ley alguna, pero se cumple regularmente. La elección puede recaer en alguno de los *associate justices* o en alguien que no integra la Corte. El nombramiento es vitalicio.

### *d. La estructura interna del tribunal*

Muy diferente es también la estructura interna de ambos tribunales.

En nuestro país, la Corte Suprema se ha ido convirtiendo, paulatinamente, en un organismo elefantiásico, muy parecido a un ministerio, poblado de secretarías y oficinas que se ocupan de asuntos de todo tipo, que nada tienen que ver con la función judicial propiamente dicha, tales como la violencia de género o el registro de femicidios. Cuenta también para las tareas judiciales con un amplio cuerpo de funcionarios permanentes, distribuidos en dos categorías: los llamados Secretarios de Corte, que poseen

<sup>176</sup> Abraham, cit. en nota anterior, p. 7.

<sup>177</sup> Texto según Acordada s/n, de fecha 17-03-1961, Fallos 249-212, Acordada 16/1988, Fallos 311-19 y Acordada 22/1993, Fallos 316-20.



rango de juez de cámara federal y los Secretarios Letrados, que poseen rango de juez federal de primera instancia.

Nada de ello existe en la Corte de los Estados Unidos. Allí, con excepción de los jueces, no hay funcionarios con rango judicial. En lo que se refiere al personal administrativo, los principales funcionarios son: (a) el “*Marshal*”, una suerte de secretario general y administrador al mismo tiempo<sup>178</sup>; (b) el “*Clerk*”, que tiene a su cargo la conducción del procedimiento interno y el manejo administrativo de los expedientes<sup>179</sup> y (c) los llamados “*law clerks*”, que asisten a los jueces en el análisis de los casos y la elaboración de los votos, llevando a cabo las tareas que en nuestra Corte desempeñan los Secretarios de Corte y los Secretarios Letrados<sup>180</sup>.

Existen, asimismo, varias oficinas de apoyo a la tarea del Tribunal, entre ellas: (a) la *Legal Office*, que asesora legalmente a la Corte en asuntos internos; (b) el *Reporter*, que se encarga de la publicación de las senten-

<sup>178</sup> El Marshall tiene a su cargo, entre otras tareas, la recepción de los escritos, la preparación de la lista de los casos que serán escuchados en la Audiencia, supervisa la admisión de abogados al Bar de la Corte, se encarga del protocolo y ofrece todo tipo de asesoramiento sobre el funcionamiento práctico del Tribunal. Sus funciones están detalladas en 28 USC § 672(c), que dice “(c) *The marshal shall: (1) Attend the Court at its sessions; (2) Serve and execute all process and orders issued by the Court or a member thereof; (3) Take charge of all property of the United States used by the Court or its members; (4) Disburse funds appropriated for work upon the Supreme Court building and grounds under the jurisdiction of the Architect of the Capitol upon certified vouchers submitted by the Architect; (5) Disburse funds appropriated for the purchase of books, pamphlets, periodicals and other publications, and for their repair, binding, and rebinding, upon vouchers certified by the librarian of the Court; (6) Pay the salaries of the Chief Justice, associate justices, and all officers and employees of the Court and disburse other funds appropriated for disbursement, under the direction of the Chief Justice; (7) Pay the expenses of printing briefs and travel expenses of attorneys in behalf of persons whose motions to appear in forma pauperis in the Supreme Court have been approved and when counsel have been appointed by the Supreme Court, upon vouchers certified by the clerk of the Court; (8) Oversee the Supreme Court Police*”.

<sup>179</sup> Sus funciones están previstas en 28 USC § 671.

<sup>180</sup> En 28 USC § 675, está previsto que el *Chief Justice* y los *Associate Justices* designen law clerks para asistirlos en sus tareas. El antecedente del uso de *law clerks* se remonta a 1882 cuando el Justice Gray contrató—a expensas suyas—un graduado de Harvard, con altas calificaciones, para que lo asistiera en su tarea. Desde entonces se ha extendido mucho el su empleo y en la actualidad el Chief Justice y cada juez pueden tener hasta cuatro clerks. Cada juez elige a sus clerks entre los estudiantes con más altas calificaciones de las universidades más importantes del país y los contrata tan sólo por un año. Si bien la función no es permanente posee una importancia vital como antecedente profesional. Hasta el presente seis law clerks fueron luego jueces del Tribunal: White; Stevens; Rehnquist; Breyer; Roberts y Kagan. Rehnquist fue *Chief Justice* y Roberts lo es en la actualidad. Acerca de los *law clerks* puede verse: PEPPERS, Todd C.: *Courtiers of the Marble Palace. The Rise and Influence of the Supreme Court Law Clerk*, Stanford Law and Politics, 2006.

cias<sup>181</sup>; (c) la *Supreme Court Historical Society*, que investiga, recopila y publica la historia del Tribunal y de sus jueces; y (d) el *Curator*, que tiene a su cargo la custodia y exhibición de los objetos de arte.

*e. El procedimiento interno*

Existen también marcadas diferencias en el procedimiento interno de la Corte de los Estados Unidos y de la nuestra.

Muy sucintamente descrito, en nuestro Tribunal el expediente es usualmente asignado a un Secretario de Corte que, con el auxilio de sus Secretarios Letrados, elabora un memorándum el cual “circula” luego entre las diferentes vocalías hasta que se obtiene la mayoría. Luego de ello pasa al Acuerdo que es un acto más bien formal, ya que la decisión estaba tomada de antemano.

En los Estados Unidos, lo atinente a la presentación de la petición de certiorari y sus contestaciones está estipulado en las Reglas de Procedimiento de la Corte Suprema (*Rules of the Supreme Court*). El plazo para interponer la petición de *certiorari*, es de noventa días contados desde que se registra la sentencia recurrida (*entry of judgment*)<sup>182</sup>. Deben hacerse 40 ejemplares de la petición y la presentación se efectúa directamente ante la Corte Suprema en la oficina del Clerk. Recibida la petición de certiorari, la contraparte puede (a) plantear una *cross petition*, si quiere impugnar alguna parte del fallo que le resulta adversa o (b) contestar la petición de su contraparte por medio del llamado *brief in opposition*. Presentado el *brief in opposition* o expirado el plazo para ello, y sin esperar a la presentación del *reply brief*, el Clerk distribuye la petición de certiorari entre los jueces de la Corte, de manera que todos la tengan al mismo tiempo. Puede pedirse, asimismo, el expediente al Tribunal que ha dictado la sentencia objeto de la petición de certiorari, el cual será remitido en original o en copias certificadas<sup>183</sup>.

<sup>181</sup> Previsto en 28 USC § 673.

<sup>182</sup> “Rule 13.1 Unless otherwise provided by law, a petition for a writ of certiorari to review a judgment in any case, civil or criminal, entered by a state court of last resort or a United States court of appeals (including the United States Court of Appeals for the Armed Forces) is timely when it is filed with the Clerk of this Court within 90 days after entry of the judgment.”

<sup>183</sup> “Rule 12(7). The clerk of the court having possession of the record shall keep it until notified by the Clerk of this Court to certify and transmit it. ... The record may consist of certified copies, but if the lower court is of the view that original documents of any kind should be seen by this Court, that court may provide by order for the transport, safekeeping, and return of such originals”.

Si bien –en teoría– cada juez revisa personalmente las peticiones de certiorari, es frecuente que sean sus *law clerks*, quienes lo hagan en primer lugar. Como resultado de ello estos elaboran un memorándum muy breve –usualmente no tiene más de dos páginas– en el cual se recomienda admitir o desechar la petición. Además del memorándum de los *law clerks*, el *Chief Justice* elabora la llamada “*discuss list*”, que es la lista de los casos que serán discutidos en el acuerdo. En su elaboración participan también los otros jueces que pueden agregar otros casos que, a su juicio, deben ser tratados. Si un expediente no figura en esta lista, el *certiorari* queda denegado y figurará en la lista de casos rechazados que se da a conocer todos los lunes. La suma del memorándum con la *discuss list*, constituye un análisis preliminar de los casos antes del acuerdo, que permite a la Corte rechazar aproximadamente entre un 70% y un 90% del total de las peticiones presentadas<sup>184</sup>.

Todos los casos que figuran en la *discuss list* son analizados en el acuerdo (*conference*) en el cual se discute si la petición debe ser admitida o rechazada<sup>185</sup>. Para ello se aplica la llamada “regla de cuatro” (*rule of four*), según la cual si cuatro de los jueces presentes en el acuerdo<sup>186</sup> vota a favor, la petición es formalmente admitida<sup>187</sup>. En algunas ocasiones, cuando del acuerdo sólo participan seis jueces, se han admitido peticiones con tres votos favorables<sup>188</sup>. Se trata, como vemos, de una regla que no tiene que ver con la voluntad de la mayoría de los jueces presentes de la Corte, ya que aun estando presentes los nueve jueces, bastan los votos favorables de cuatro

<sup>184</sup> SHAPIRO, Stephen M.; GELLER, Kenneth S.; BISHOP, Timothy S.; HARTNETT, Edward A.; HIMMELFARB, Dan: *Supreme Court Practice*, 10<sup>th</sup> edition, Bloomberg BNA, Arlington, Va, 2017, p. 321.

<sup>185</sup> Recordemos que en el acuerdo se discuten (a) los casos donde debe decidirse si la petición de certiorari debe ser admitida o rechazada y (b) los casos en los cuales ya fue admitida la petición de certiorari y, consecuentemente, debe ser analizada la cuestión de fondo.

<sup>186</sup> Recordemos que el quórum se forma con seis jueces.

<sup>187</sup> La “regla de cuatro” no está legislada, ni siquiera está prevista en las *Rules of the Supreme Court*. Constituye una antigua práctica el Tribunal y, tal como explicaba el ex juez John P. Stevens, sus orígenes son oscuros. Se hizo pública por primera vez en las audiencias en el Senado, cuando se discutía el proyecto de la Judiciary Act de 1925 y los jueces de la Corte debieron explicar ante los legisladores el funcionamiento interno del Tribunal para justificar la concesión de las facultades discrecionales que solicitaban. Desde entonces, sostiene, Stevens ha tenido un impacto muy importante en el número de casos que se analizan por el fondo. STEVENS, John Paul: *Deciding What to Decide: The Docket and the Rule of Four*, en “Views from the Bench”, collected and edited by Mark W. Cannon and David M. O’Brien, Chatham House Publishers Inc, New Jersey, 1985, pp. 79-86.

<sup>188</sup> *King v. Illinois Board of Elections*, 522 U.S. 1087 (1998), admisión sumaria y *Chobot v. Wisconsin*, 368 U.S. 15 (1961), rechazo sumario.

de ellos para admitir la petición<sup>189</sup>. Si una petición no alcanza a tener –al menos– cuatro votos favorables en el acuerdo, es inmediatamente denegada. La Corte en este caso se limita a anunciar, sin dar razón alguna, que la petición fue rechazada.

Concedida la petición, se le notifica esta decisión a las partes y (a) se fija plazo para que presenten el llamado *brief on the merits* y (b) se establece la fecha en la cual deben concurrir a la audiencia oral (*oral argument*)<sup>190</sup>.

En el *oral argument* cada parte dispone de media hora y solamente un abogado puede hablar en representación de cada una. En realidad el abogado intenta hablar, pues a lo largo de esa media hora los jueces –que conocen bien el expediente– lo interrumpen constantemente con preguntas cuya respuesta debe ser directa y breve. Toda respuesta innecesariamente larga, evasiva o de mera erudición es mal vista y desacredita a quien la formula<sup>191</sup>. Luego de ello se produce un nuevo acuerdo para resolver sobre el fondo del asunto en el cual se aplica la regla de la mayoría

Una vez acordada la decisión del caso, es preciso escribir la sentencia. Esta tarea no es menor pues, aun respetando el sentido de la votación, una misma cuestión puede ser redactada de muchas maneras, según el énfasis que se ponga en cada párrafo. Si el *Chief Justice* ha quedado en la mayoría, elegirá el juez que redacte lo que luego será la opinión de la Corte. Puede ocurrir también que sea él mismo quien decida escribir la sentencia. Todo ello le acuerda una suerte de superioridad sobre sus colegas.

Escrito el primer borrador, se lo circula entre los restantes jueces, quienes formulan sus comentarios hasta conformar el texto. No hay reglas específicas para ello. Finalizada la redacción, la decisión –y sus disidencias si las hay– es comunicada en una audiencia pública que tiene lugar usual-

<sup>189</sup> Ver: REHNQUIST, William H.: *The Supreme Court*, Alfred Knopf, New York, 2001, p. 233.

<sup>190</sup> “Rule 16.2. Whenever the Court grants a petition for a writ of certiorari, the Clerk will prepare, sign, and enter an order to that effect and will notify forthwith counsel of record and the court whose judgment is to be reviewed. The case then will be scheduled for briefing and oral argument. If the record has not previously been filed in this Court, the Clerk will request the clerk of the court having possession of the record to certify and transmit it. A formal writ will not issue unless specially directed”.

<sup>191</sup> John M. Harlan decía que en el alegato oral una respuesta evasiva es un pecado cardinal. Sostenía asimismo, que los cuatro requisitos para hacer un buen alegato eran: elegir bien los puntos a desarrollar; ser muy sencillo en su exposición; actuar frontalmente, sin torcer los argumentos y ser flexible y no incomodarse con las preguntas del Tribunal. HARLAN, John M.: *The Role of Oral Argument*, en *Views from the Bench*, cit. en nota 186, pp. 87-90.

mente los lunes, es el llamado *opinion day*. Luego, el *Clerk* la envía al *Reporter of Decisions* para que se encargue de su publicación en la colección oficial de fallos (*United States Reports*)<sup>192</sup>.

*f. La Corte Suprema en los Estados Unidos es un tribunal de casación*

En algunas oportunidades aisladas nuestra Corte Suprema ha dicho que el recurso extraordinario incluye el ejercicio de la casación del derecho federal<sup>193</sup>, pero esta no es una función que le sea legalmente asignada. En todo caso puede ejercerla de hecho.

En los Estados Unidos, por el contrario, el *certiorari* tiene una función casatoria específicamente asignada.

Por medio del *writ of certiorari*, la Corte Suprema revisa las decisiones de las *U.S. Courts of Appeals* y de los superiores tribunales estatales<sup>194</sup>, conforme lo previsto en 28 USC § 1254<sup>195</sup> y en 28 USC § 1257<sup>196</sup>, respectivamente. A su vez, la Regla de Procedimiento 10<sup>197</sup> luego de establecer que el *certiorari* no será concedido por razones de derecho, sino de discreción judicial y ello tendrá lugar solamente cuando existan razones impera-

<sup>192</sup>“Rule 41. Opinions of the Court will be released by the Clerk immediately upon their announcement from the bench, or as the Court otherwise directs. Thereafter, the Clerk will cause the opinions to be issued in slip form, and the Reporter of Decisions will prepare them for publication in the preliminary prints and bound volumes of the United States Reports”.

<sup>193</sup>Compañía General de Electricidad de Córdoba S. A., (en liquidación) c/ Provincia de Córdoba, Fallos 262-302 (1965); Adela Méndez de Basombrio, Fallos 256-372 (1963).

<sup>194</sup>Se incluye dentro de ellos a los del Distrito de Columbia, es decir, los tribunales de Washington DC.

<sup>195</sup>“Cases in the courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court by the following methods: (1) By writ of certiorari granted upon the petition of any party to any civil or criminal case, before or after rendition of judgment or decree”.

<sup>196</sup>“(a) Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States.

(b) For the purposes of this section, the term “highest court of a State” includes the District of Columbia Court of Appeals”.

<sup>197</sup>Rule 10. “Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers ... “.

tivas, establece –aclarando expresamente que se trata de una mención no taxativa– que el *certiorari* procede cuando:

- a) una *U.S. Court of Appeals*: (i) resuelva en conflicto con otra *U.S. Court of Appeals* en la misma cuestión de importancia; (ii) decida una importante cuestión federal en conflicto con un tribunal superior estatal; o (iii) se aparte del curso, aceptado y usual, de un procedimiento judicial o apruebe tal apartamiento por parte de un tribunal inferior, de modo tal que la Corte deba ejercer su poder de supervisión<sup>198</sup>;
- b) el tribunal superior de un estado resuelva una cuestión federal de importancia, en conflicto con una decisión anterior de otro tribunal superior estatal<sup>199</sup>; y
- c) el tribunal superior de un estado o una *U.S. Court of Appeals*, hayan decidido una cuestión federal de importancia (i) no resuelta aun, pero que debe ser resuelta por la Corte Suprema o (ii) en conflicto con decisiones relevantes de la Corte Suprema<sup>200</sup>.

Como puede verse, el *certiorari* tiene una eminente función casatoria.

#### g. *El circuit riding*

Pese a que podría considerarse una institución ya superada, el “*circuit riding*” de los jueces de la Corte de los Estados Unidos, se mantiene todavía. Está contemplado en 28 USC § 42, donde se prevé que el *Chief Justice* y los *associate justices* pueden –por decisión de la Corte– ser asignados (*alloted*) a una *Court of Appeals* para un caso determinado<sup>201</sup>.

No existe, ni ha existido, el *circuit riding* en la Argentina.

<sup>198</sup> Rule 10(a) “... a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power”.

<sup>199</sup> Rule 10(b) “... a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals”.

<sup>200</sup> Rule 10(c) “... a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court”.

<sup>201</sup> 28 USC § 42. “The Chief Justice of the United States and the associate justices of the Supreme Court shall from time to time be allotted as circuit justices among the circuits by order of the Supreme Court. The Chief Justice may make such allotments in vacation. A justice may be assigned to more than one circuit, and two or more justices may be assigned to the same circuit”.

## 2. Diferencias en los tribunales de distrito

Además de las diferencias estructurales ya señaladas<sup>202</sup>, los tribunales de distrito en los Estados Unidos y los juzgados de primera instancia en la Argentina poseen algunas diferencias específicas. Para advertirlas, lo mejor es describir cómo están organizados dichos tribunales en los Estados Unidos.

Las llamadas cortes de distrito (*district courts*), están previstas en 28 USC §§ 81-144, y su distribución territorial, estado por estado, figura detallada en las secciones 81 a 131. Cada una de estas secciones establece la cantidad de distritos judiciales que tiene cada estado y los condados que cada uno de ellos comprende<sup>203</sup>. Ya hice una referencia, a modo de ejemplo, a los tribunales de distrito del estado de New York, cuando me referí a las diferencias estructurales entre los tribunales argentinos y los de Estados Unidos<sup>204</sup>. La cantidad de tribunales está legalmente fijada por estado y se establece también el número de jueces que tiene cada uno de ellos<sup>205</sup>.

En cuanto a la creación y composición de estos tribunales, en 28 USC § 132, se dispone que en cada distrito judicial habrá una “*United States District Court for the district*”<sup>206</sup>, integrada con los jueces que estén en servicio activo y con los que eventualmente se asignen al tribunal<sup>207</sup>, quienes actuarán individualmente y celebrarán sesiones al mismo tiempo que los restantes jueces<sup>208</sup>. Conservan sus cargos mientras actúen con buen conducta<sup>209</sup> y deben residir en el distrito en el cual se desempeñan, salvo los jueces del Distrito de Columbia y los de los distritos sur y este de New

---

<sup>202</sup> Ver § IV.2.

<sup>203</sup> En cada estado debe haber, al menos una corte de distrito y ninguna de ellas puede estar en dos o más estados.

<sup>204</sup> Ver § IV.2

<sup>205</sup> Ver 28 USC §§ 81-131 y 133.

<sup>206</sup> 28 USC § 132(a). “*There shall be in each judicial district a district court which shall be a court of record known as the United States District Court for the district*”. Se le llama “court of record” al tribunal que lleva registro de sus decisiones.

<sup>207</sup> 28 USC § 132(b). “*Each district court shall consist of the district judge or judges for the district in regular active service. Justices or judges designated or assigned shall be competent to sit as judges of the court*”.

<sup>208</sup> 28 USC § 132(c). “*Except as otherwise provided by law, or rule or order of court, the judicial power of a district court with respect to any action, suit or proceeding may be exercised by a single judge, who may preside alone and hold a regular or special session of court at the same time other sessions are held by other judges*”.

<sup>209</sup> 28 USC § 134(a). “*The district judges shall hold office during good behavior*”.

York. Estos dos últimos deben residir dentro de las 20 millas del distrito<sup>210</sup>.

Cada distrito tiene un *Chief Judge* el cual debe reunir similares requisitos a los de las Courts of Appeals para ser designado, tiene precedencia sobre sus pares y preside todas las sesiones en las cuales está presente<sup>211</sup>.

En los distritos que tienen más de un juez, las tareas internas –entre otras, la asignación de los casos–, se distribuyen conforme lo establecen las *Rules* del tribunal<sup>212</sup>. El *Chief Judge* es el responsable del cumplimiento de todo ello y si no hubiera acuerdo entre los jueces para dictar reglas al respecto, debe resolver la cuestión el consejo judicial del circuito<sup>213</sup>.

Dentro de las *district courts* –excepto en las que corresponden a los territorios– están los jueces de quiebras (*bankruptcy judges*), ya mencionados anteriormente<sup>214</sup>. Poseen un status diferente al de los restantes jueces, pues están designados por la *Court of Appeals* que corresponde al distrito, duran 14 años en sus funciones y actúan como “funcionarios judiciales de las cortes de distrito”<sup>215</sup>. Pueden ser removidos por el consejo judicial del circuito por incompetencia, mala conducta, negligencia, o discapacidad

<sup>210</sup> 28 USC § 134 (b). “*Each district judge, except in the District of Columbia, the Southern District of New York, and the Eastern District of New York, shall reside in the district or one of the districts for which he is appointed. Each district judge of the Southern District of New York and the Eastern District of New York may reside within 20 miles of the district to which he or she is appointed*”.

<sup>211</sup> 28 USC § 136.

<sup>212</sup> Recordemos que cada tribunal puede dictar sus propias reglas de procedimiento, sin perjuicio de los cuerpos procesal principales.

<sup>213</sup> 28 USC 137. “*The business of a court having more than one judge shall be divided among the judges as provided by the rules and orders of the court. The chief judge of the district court shall be responsible for the observance of such rules and orders, and shall divide the business and assign the cases so far as such rules and orders do not otherwise prescribe. If the district judges in any district are unable to agree upon the adoption of rules or orders for that purpose the judicial council of the circuit shall make the necessary orders*”.

<sup>214</sup> Su regulación legal está contemplada en 28 USC §§ 151-159.

<sup>215</sup> 28 U.S. Code § 152(a)(1) “*Each bankruptcy judge to be appointed for a judicial district, as provided in paragraph (2), shall be appointed by the court of appeals of the United States for the circuit in which such district is located. Such appointments shall be made after considering the recommendations of the Judicial Conference submitted pursuant to subsection (b). Each bankruptcy judge shall be appointed for a term of fourteen years, subject to the provisions of subsection (e). However, upon the expiration of the term, a bankruptcy judge may, with the approval of the judicial council of the circuit, continue to perform the duties of the office until the earlier of the date which is 180 days after the expiration of the term or the date of the appointment of a successor. Bankruptcy judges shall serve as judicial officers of the United States district court established under Article III of the Constitution.*”



física o mental<sup>216</sup>. Está legalmente establecido cuántos jueces de quiebra habrá en cada distrito judicial<sup>217</sup>.

En los tribunales de distrito existen también los “*magistrate judges*”<sup>218</sup>, que tienen la función de asistir a los jueces de distrito<sup>219</sup>. Son designados por el tribunal de distrito y pueden tener una dedicación de tiempo completo o parcial. En el primer caso su designación dura ocho años y en el segundo cuatro años. Los primeros no pueden ejercer la profesión, y los segundos sí pueden, en tanto ello no sea “*inconsistent with the proper discharge of their office*”<sup>220</sup>. Son removidos por el tribunal de distrito en caso de mala conducta, negligencia o discapacidad física o mental.

Desde su creación hasta el presente, salvo su aumento cuantitativo, las cortes de distrito no han experimentado grandes cambios en su estructura y funcionamiento. Los más significativos fueron el incremento del monto mínimo que debe estar en disputa para los casos de distinta vecindad (*diversity jurisdiction*), que desde 1996 es de 75.000 dólares<sup>221</sup> y la creación, en 1903<sup>222</sup>, de las llamadas *three judge district courts* (cortes de distrito de tres jueces), que actualmente están cayendo en desuso.

Estos tribunales fueron creados, originalmente, para intervenir en los casos antimonopolio promovidos por el gobierno federal y, posteriormente, sucesivas leyes los fueron ampliando a otras materias. Ya entrado el siglo XX fue propuesta varias veces su eliminación, y en 1976 una ley dispuso que ya no tendrían competencia en casos constitucionales<sup>223</sup>. En la actualidad, están previstos, en 28 USC § 2284<sup>224</sup>, para los casos en que se

---

<sup>216</sup> 28 USC § 152(e). “A bankruptcy judge may be removed during the term for which such bankruptcy judge is appointed, only for incompetence, misconduct, neglect of duty, or physical or mental disability and only by the judicial council of the circuit in which the judge’s official duty station is located. Removal may not occur unless a majority of all of the judges of such council concur in the order of removal. Before any order of removal may be entered, a full specification of charges shall be furnished to such bankruptcy judge who shall be accorded an opportunity to be heard on such charges”.

<sup>217</sup> Ver 28 USC § 152(a)(2).

<sup>218</sup> Fueron creados por la *Federal Magistrate Act* de 1968. 82 Stat. 1107.

<sup>219</sup> Ver 28 USC §§ 631-639.

<sup>220</sup> 28 USC § 632(b).

<sup>221</sup> 28 USC § 1332.

<sup>222</sup> Fueron creadas por la llamada *Expediting Act* de 1903. 32 Stat. 823.

<sup>223</sup> 90 Stat. 1119.

<sup>224</sup> 28 USC § 2284(a) “A district court of three judges shall be convened when otherwise required by

cuestione la constitucionalidad de la distribución de los distritos electorales y también los siguen manteniendo algunas leyes particulares. Así, por ejemplo, la *Voting Rights Act* de 1965<sup>225</sup>; la *Civil Rights Act* de 1964<sup>226</sup>; y la *Bipartisan Campaign Finance Reform Act* de 2002<sup>227</sup>.

## VI. Conclusiones

Cuando se comprueba que, bajo el mismo texto constitucional, pueden desarrollarse instituciones tan diferentes, no sólo nos invade cierta perplejidad sino, más grave aún, es inevitable sentir cierta desconfianza hacia la fuerza arquitectónica de la Constitución. Se pone también en tela de juicio el valor efectivo de las fuentes constitucionales, en la medida en que buena parte de nuestro sistema judicial ha sido construido dando la espalda a la que tomaron los constituyentes.

Por cierto, todo ello es fruto de que la Constitución no sólo es una norma jurídica. Es también un producto cultural y, más allá de cuál sea el texto que la haya inspirado, con el correr del tiempo se amoldará, irremediablemente, a la historia, costumbres e idiosincracia del pueblo que la aplique. Tratar de negar estos factores, es remar contra la corriente, pues todos ellos son, a las instituciones jurídicas, lo que es a nuestra personalidad el temperamento indeleble que llevamos impreso en ella, el cual condiciona todas nuestras acciones. No en vano la Corte Suprema dijo alguna vez que la Constitución es una construcción viva, impregnada de realidad argentina<sup>228</sup> y tenía razón Edmund Burke, en su crítica a la Revolución Francesa, cuando defendía el concepto historicista de la Constitución, rechazando las nociones abstractas sobre la misma<sup>229</sup>.

Aun así, no debemos perder el rumbo y ello nos obliga a pensar si hemos sido completamente fieles a sus principios. Hace ya mucho tiempo

---

*Act of Congress, or when an action is filed challenging the constitutionality of the apportionment of congressional districts or the apportionment of any statewide legislative body*".

<sup>225</sup> 42 USC § 1971(g).

<sup>226</sup> 42 USC § 2000a-5.

<sup>227</sup> 116 Stat. 181.

<sup>228</sup> Bressani c/ Provincia de Mendoza, Fallos 178-9 (1937).

<sup>229</sup> BURKE, Edmund: *Reflections on the revolution in France*, en Selected Works of Edmund Burke, vol. 2, p. 121, Liberty Fund, Indianapolis, 1999.

que nuestros gobiernos no encaran una revisión integral de las instituciones judiciales y, como resultado de ello, han permitido que el Poder Judicial se expanda sin rumbo y acreciente su costoso y pesado andamiaje burocrático, sin llevar a cabo una tarea planificada y de conjunto. La mejor prueba de ello es el desorden en que se encuentra nuestra legislación judicial<sup>230</sup> y la dispersión de la estructura edilicia de los tribunales. Por difícil y ardua que sea esta tarea, alguna vez debería ser encarada y en este aspecto los Estados Unidos siguen siendo un modelo a seguir. La legislación judicial allí está sujeta a revisión constante, y se encuentra ordenada y actualizada en un solo cuerpo normativo. La lentitud de los procedimientos, por lo demás, es una preocupación constante.

En la Argentina esta es una tarea pendiente.

---

<sup>230</sup>Una de las primeras leyes de organización de un país es la que regula el funcionamiento del Poder Judicial. Así lo entendieron los fundadores de los Estados Unidos, cuando sancionaron la *Judiciary Act de 1789*, y este mismo espíritu fue el que impulsó, en los albores de nuestra organización nacional, el dictado de las *Leyes 27 y 48*, sancionadas en 1862 y 1863, respectivamente. Más de 150 años después, esas dos leyes continúan vigentes en retazos, remendados decenas de veces por otras muchas normas posteriores, la más importante de las cuales, todavía, es el Decreto *Ley 1285* de 1958, es decir, una norma sancionada por un gobierno de facto. Como consecuencias de ello, cualquiera que se asome al estudio de nuestra organización judicial, tendrá derecho a elegir entre dos presupuestos: (a) las leyes del gobierno de Bartolomé Mitre y del gobierno de facto instalado en 1955 eran tan buenas que se aseguraron una prolongada permanencia; o (b) el Congreso Nacional en estos últimos 30 años ha estado distraído en este aspecto.

# EL CASO JANUS DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS: ALCANCES EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL E IMPLICANCIAS EN LA REALIDAD ARGENTINA

POR DANIEL FUNES DE RIOJA \*

## I. Introducción

Como es sabido, las “cuotas sindicales” están a cargo de los trabajadores afiliados al Sindicato con personería gremial, y deben ser resueltas por asambleas sindicales de las que participen los propios afiliados (art. 20, inc. e y 37 de la ley 23.551).

Por su parte, las “contribuciones de solidaridad” son fijadas en los convenios colectivos de trabajo y se trata de “aportes” de carácter obligatorio a favor de una asociación sindical, que deben pagar todos los trabajadores alcanzados por una determinada convención colectiva. En otras palabras, el Sindicato con personería gremial puede percibir un aporte de todos los trabajadores a los que se les aplique la convención colectiva, se encuentren afiliados o no a la referida asociación sindical.

En la legislación argentina, este tipo de cotizaciones tienen fundamento normativo en el art. 9 de la ley 14.250 y los arts. 37, inc. a) y 38 de la Ley de Asociaciones Sindicales (Ley 23.551) que reconoce el derecho de dichas asociaciones gremiales, a integrar su patrimonio con las denominadas “contribuciones de solidaridad”, con la consecuente obligación del empleador de actuar como agente de retención respecto de las mismas.

---

\* Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de diciembre de 2018.

En la Ley de Contrato de Trabajo, se refieren al tema los arts. 131 y 132, ya que el primero establece el principio de intangibilidad de la remuneración, señalando que no podrá deducirse, retenerse o compensarse suma alguna que rebaje el monto del salario; mientras que el art. 132 señala como excepciones: "... c) el pago de cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de convenciones colectivas de trabajo...". Por su parte, el art. 133 del Régimen de Contrato de Trabajo, a efectos de evitar que se desvirtúe el principio de intangibilidad, establece un porcentaje máximo de retenciones, del 20 % sobre el monto total de la remuneración del trabajador.

Básicamente y a los efectos de justificar esta "imposición" –como veremos en la reseña jurisprudencial sobre el tema– se invoca la "gestión sindical" que conlleva la celebración de un Convenio y deriva en los logros, avances o aumentos, obtenidos en la negociación por parte del Sindicato que terminan beneficiando a todos los trabajadores comprendidos en la respectiva convención colectiva, afiliados o no.

Como señala Eduardo Omar Schiel, la constitucionalidad de estas cotizaciones ha sido objeto de cuestionamiento por implicar una vulneración al derecho de no afiliación (libertad sindical negativa individual), además de una violación al derecho de propiedad.

Sin embargo –agrega–, y aun suponiendo su validez, tal aporte debería estar sujeto a ciertas condiciones que la jurisprudencia ha ido estableciendo: 1) Que sean razonables, por lo que se ha sostenido que debe ser un importe inferior que la cuota sindical, a fin de no comprometer el derecho de libertad de no afiliación y 2) Que no sea ultraactivo, es decir que su vigencia no exceda a la del convenio...<sup>1</sup>.

El Convenio N°87 de la OIT (de los llamados Convenios fundamentales) consagra el derecho de los trabajadores y empleadores de constituir libremente y sin interferencia del Estado, las asociaciones que representen sus intereses y del mismo modo el derecho de los trabajadores de afiliarse o no afiliarse<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En *Aportes y contribuciones a las entidades sindicales* de Eduardo Omar Schiel, disponible en <https://www.cronista.com/fiscal/Aportes-y-contribuciones-a-las-entidades-sindicales-20181112-0004.html>

<sup>2</sup> *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*, Conferencia Internacional del Trabajo, Octava Reunión, 1994, p. 49 y sgtes.

Así, Guillermo Cabanellas ha sostenido que: “Si el obrero o el patrono es libre de sindicarse, lo es totalmente; porque aquí no caben términos medios. El derecho de asociación significa que tanto obreros como patronos pueden crear sus propias organizaciones, darles vida, regirlas, reglamentar su eficacia, proveer a su sostenimiento; todo ello dentro de los límites legales, absolutamente indispensables para el mantenimiento del orden público”<sup>3</sup>.

No obstante, el Comité de Libertad Sindical, estimó que este tipo de contribuciones no son incompatibles con lo dispuesto por el Convenio Nro. 87 (“Libertad Sindical y Negociación Colectiva”, Conferencia Internacional del Trabajo, Octava Reunión, 1994, p. 49 y sgtes.). Dicha postura encuentra reparos en aquellos que sostienen que el referido Convenio al contemplar el derecho de afiliarse o no afiliarse, se vería comprometido si se da la obligación de sostener un Sindicato al que no se está afiliado.

## II. Evolución jurisprudencial en Argentina

1. Tal como se ha señalado precedentemente, en nuestra realidad normativa y jurisprudencial, mayoritariamente –hasta ahora– prevalece la posibilidad de acordar, en el marco de la concertación sectorial, a través de los convenios colectivos de trabajo, cláusulas que impongan cotizaciones a los trabajadores no afiliados a la organización sindical, tal como señala J. Rodríguez Mancini en “Las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo y la Constitución Nacional” LL, p. 55 y ss., basándose en que se justifican por el efecto “erga omnes” sobre los contratos de trabajo de los dependientes no afiliados.

2. Según tal doctrina y jurisprudencia en el mismo sentido, es considerada razonable una contraprestación por esa “suerte de gestión de negocios de carácter legal”, que implica para la entidad una labor y un costo según fallo C. Nac. Trab. sala 10<sup>a</sup>, SD 13165 del 2/11/2004 “Espíndola, Carlos y otros c. Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación y otros s/amparo”).

3. Sin embargo y en un caso particular, el fallo de Primera Instancia (Juzgado N° 14) (firme) dictado por el Dr. Eduardo D. Echazu en la causa “Sindicato Obrero de la Industria del Vestido y Afines c. Rex SRL del

<sup>3</sup> Cabanellas, Guillermo, *Derecho Sindical y corporativo*, Buenos Aires, 1959, p. 161.

11.8.1967 (El Derecho, Tomo 22, página 46) del 11 de agosto de 1967 se pronunció por la inconstitucionalidad del art. 8, último apartado de la ley 14250, en cuanto estableció que las cláusulas de la convención por las que se establezcan contribuciones a favor de la asociación de trabajadores participantes, eran válidas no solo para los afiliados, sino también para los no afiliados comprendidos en el ámbito de la convención.

Se discutía si los arts. 19 y 34 de los convenios colectivos en cuestión eran de aplicación a los trabajadores a domicilio de la demandada “no afiliados”, que se habían opuesto –por nota a su empleador– al descuento y retención de dicha cotización sobre sus haberes.

El referido art. 19 establecía una obligación patronal de aportar mensualmente a la Obra Médico Social del sindicato (sobre las retribuciones supeditadas a aportes jubilatorios) mientras que el art. 34 decidía la retención sobre los haberes del personal “del importe que resulte del aumento remunerativo, que corresponda por todos los conceptos al personal beneficiado por la aplicación de la presente convención colectiva...” a título de “contribución única”. En los ulteriores convenios colectivos, se convierte en la retención “del aumento resultante del primer mes de cada semestre”, y la misma “no podrá ser inferior al equivalente del aumento de dos quincenas”.

En el considerando 9° de la decisión judicial, se consagró que acceder al reclamo sindical importaría imponer la carga de una contribución o gravamen que no constituye el impuesto previsto en el art. 4 de la Constitución Nacional ni una tasa legítima o donación lícita y voluntaria, configurando más bien una confiscación de bienes, prohibida por el art. 17 de la Constitución Nacional en cuanto se privaría a las personas de un bien de su pertenencia en forma coactiva, sin causa ni razón lícita, porque con el art. 34 de la convención colectiva, se afecta directamente a los derechos de los trabajadores de asociarse con fines útiles, o no asociarse, según su voluntad; el derecho a elegir la “organización sindical libre y democrática”, que prefieran; además del derecho a la propiedad de disponer para sí de la “retribución justa”, ganada con su trabajo personal (art. 14, Constitución Nacional).

Agrega que: “...si bien el ejercicio del derecho de celebrar convenios colectivos de trabajo está protegido por la Constitución Nacional, en cambio el uso abusivo del mismo, con estipulaciones antijurídicas, en perjuicio directo a los trabajadores no afiliados al sindicato único y a los emplea-

dores con referencia a los mismos, constituye la negación de los derechos aludidos, que por lo mismo carece de la protección jurídica otorgada a la facultad de su ejercicio legítimo por el art. 14 de la Constitución Nacional”.

Como consecuencia de ello concluye que, en virtud del derecho a la integridad del salario justo, tutelado por el art. 4 de la ley 11.278 –no podrá deducirse, retenerse o compensarse indebidamente por el empleador–, pues los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional prevalecen sobre la disposición inconstitucional del art. 8º, último apartado de la ley 14.250, e impiden la retención de sus haberes, aludidos en el art. 34 de los convenios colectivos del gremio, a los trabajadores no afiliados a la entidad actora. Las razones expuestas anteriormente, también llevan a declarar la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 14.250, con relación al art. 19 de los convenios colectivos citados, y por las contribuciones sobre el personal no afiliado...” y así como que “... el derecho de propiedad que la Constitución Nacional garantiza, surge inconciliable con el reclamo de la entidad actora, dadas las circunstancias comprobadas y con el desapoderamiento de los salarios y sumas de dinero cuestionadas, a título de contribuciones obreras y patronales, por el personal no afiliado a la actora, ya que esas remuneraciones son incompatibles con cualquier especie de gravámenes forzados e ilícitos, que se establezcan en los convenios colectivos del gremio, sea cual fuera la concepción económica a que responda dicha carga, y aun cuando se sostenga que provienen de la voluntad, de la asamblea sindical, a la que no pertenecen los trabajadores de la demandada, por categórica voluntad de exclusión propia”.

Por otro lado, afirma que “cuando como en el presente caso, los trabajadores han manifestado su oposición a que se les practiquen las retenciones, no puede desconocerse la procedencia del argumento constitucional, fundados en principios de evidente economía procesal y en lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional”.

Distinto sería –agrega– el caso si los trabajadores no manifiestan oposición, porque dentro de la libertad de agremiación, está implícito el derecho de contribuir voluntariamente con destino a las asociaciones que crean convenientes, aun no estando afiliados”.

Carlos Francisco Echezarreta en su artículo titulado “Las contribuciones compulsivas de no afiliados a los sindicatos” (ED, 1968, Tomo 22, páginas 46 a 50) sostiene consintiendo que: “La facultad de imponer con-



tribuciones compulsivas, compete al Congreso Nacional y a los poderes locales, de acuerdo a las distintas competencias que determina la norma fundamental; pero nunca es atribución de un ente particular, porque es privativa del poder público e indelegable, además de que requiere expresamente sea ejercitada en actos de ley formal”, para concluir en que: “La desviación de parte del salario dispuesto unilateralmente por una asociación profesional a la cual no se pertenece, significa un ataque a esa libertad –de afiliación–, lo que se hace más evidente si pensamos que de ese modo se coarta la posibilidad de que los trabajadores constituyan nuevas asociaciones profesionales a las cuales deberán fortalecer también de ese modo pecuniario, más aún en su nacimiento”.

4. Ya en autos “**Pablo Luciano Potenze c. Federación de empleados de comercio**”, del 12 de abril de 1972, la Corte había establecido que: “No procede el recurso extraordinario contra la sentencia que rechaza la demanda tendiente a obtener el reintegro del aporte del 1 % mensual percibido por la Federación de Empleados de Comercio si, como en el caso ocurre, el apelante no impugnó válidamente el fundamento de que la entidad gremial sustenta su derecho en las convenciones colectivas invocadas, ni desconoce que los fondos así recaudados tienen un destino específico, a saber, el sostenimiento de servicios sociales que benefician a todos los trabajadores del gremio, estén afiliados o no; ni alega tampoco, que la contribución sea autónoma e independiente de otras previsiones sinalagmáticas de interés común que rigen la actividad, por lo que cabe entender que la contribución cuestionada integra el conjunto de estipulaciones generales de las que resulta el mérito y la eficacia del convenio colectivo que determinan las condiciones de trabajo”.

“La impugnación de leyes con fundamento constitucional no puede formularse en forma abstracta. En consecuencia, la tacha del art. 8 de la ley 14.250, con base en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, debe ser considerada en relación con las circunstancias concretas del caso, y en la medida en que dicha norma funde la obligatoriedad –aun para quienes no están afiliados a las entidades profesionales– de las contribuciones que, como en el caso, han sido establecidas en la ejecución de un convenio homologado que contempla solidariamente el interés de todos los trabajadores del gremio y al que se ajustan sus contrataciones individuales, pertenezcan o no a la entidad promotora”, agregando que “es del caso señalar que el apelante no impugna el pronunciamiento recurrido en cuanto éste afirma que el derecho

de la accionada a percibir los aportes en cuestión deriva de las convenciones que ella invocó en el responde; ni desconoce tampoco que los fondos así recaudados tienen un específico destino –fijado en el art. 39 del convenio colectivo N° 40/61 y sus sucesivas actualizaciones–, a saber, el sostenimiento de los servicios sociales que presta la demandada a todos los trabajadores, inclusive los no afiliados”.

“Que, siendo ello así, la impugnación constitucional de la ley 14.250, con base en los arts. 14 y 17 de la Ley Suprema, que se aduce en la especie, no puede ser considerada como abarcando al precepto “in totum”, sin riesgo de llegar, a la postre, a una decisión de alcances abstractos. ‘Sólo cuadra entenderla, pues, en relación con las circunstancias concretas del caso, y en la medida en que dicha norma funde la obligatoriedad –aun para quienes no están afiliados a las entidades profesionales– de las contribuciones que, como en el “sub lite”, han sido establecidas en ejecución de un régimen convencional homologado, que contempla solidariamente el interés de todos los trabajadores del gremio, y al que se ajustan, sin excepción, las contrataciones individuales de estos últimos, pertenezcan o no a la entidad promotora”.

“Que, en tales condiciones, resulta de aplicación al “sub examen” lo que esta Corte ha resuelto reiteradamente en el sentido de que el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, con participación en sus beneficios, sin reserva alguna –que no la hubo en la especie ni consta en autos, como antes se dice–, determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional (Fallos: 255 : 216; 270 : 26; 271 : 183; 274 : 96; 275 : 256; causa C. 247-XVI, “Casañas, Miguel c/ Caja Forense 1 Circunscripción s/ cobro de pesos”, fallada el 26 de mayo de 1971)”.

Como comentario de nuestra parte sobre este precedente, cabe consignar que la fundamentación es excesivamente “genérica” y se presume en el fallo “el criterio de solidaridad” pese a la falta de remisión y justificación específica a los propios “fines y objetivos” de la presunta solidaridad invocada.

5. Incluso, y también de manera “genérica”, otros precedentes de la Justicia del Trabajo consideraron que: “...el aporte de solidaridad no halla fundamento exclusivo en la retribución de gestión de un convenio colectivo de trabajo, sino que aprehende el sostén de múltiples funciones que con exclusividad la ley argentina acuerda a las asociaciones sindicales con perso-

nería gremial. Ello sin perjuicio de que no existen elementos contundentes que permitan sostener que sea palmariamente irrazonable el porcentaje del salario pactado en el acta cuya invalidez se pretende. No sólo porque la ley positiva no fija límites cuantitativos sino porque no se postuló que igualara el importe de la cuota de afiliación”. (C. Nac. Trab. sala 8ª, SD 35.965 del 13/3/2009 “Comisión Gremial Interna del Banco Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional y otros s/ acción de amparo”).

6. En igual sentido se habían expedido varias salas del Fuero: C. Nac. Trab. sala 3ª, SD 88.569 del 8/3/2007 “Antonucci, Juan c. Estado Nacional s/ amparo”; C. Nac. Trab. sala 8ª SI 27.590 del 27/11/2006 “Vidal, Rodolfo c. Estado Nacional - Ministerio de Trabajo s/ acción de amparo”; C. Nac. Trab. sala 6ª SD 59.852 del 28/9/2007 “Unión del Personal Civil de la Nación UPCN c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto s/ cobro de aportes o contribuciones”; C. Nac. Trab. sala 5ª SD 70.367 del 28/12/2007 “Martínez Buisan, Christian R. c. Sindicato Argentino de Televisión s/ acción de amparo”; entre otros.

7. Por su parte, en el fallo plenario N° 305 en los autos “**Federación Obrera Ceramista de la República Argentina c/Cerámica San Lorenzo ICSA**” de la Cámara Nacional del Trabajo de fecha 22/10/2003 se concluyó en que: “lo relevante...gira en torno de la incorporación de los trabajadores no afiliados como sujetos pasivos de la obligación creada por la autonomía colectiva” y se justifican, porque los logros y avances en las condiciones de trabajo, obtenidas por la asociación sindical con personería gremial, se extienden, por el efecto “erga omnes” sobre los contratos de trabajo de los dependientes no afiliados (ver, asimismo, Krotoschin, Ernesto: “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo” - Depalma - 1977 - T. II - págs. 1556 y ss.), por lo que, se sostiene, es razonable exigirles una contraprestación por esa suerte de gestión de negocios de carácter legal, que irroga para la entidad una labor y un costo”.

En consecuencia, el Tribunal –por mayoría– decidió que: “Está legitimada la Federación Obrera Ceramista de la República Argentina para exigir de los empleadores incluidos en el ámbito de la CCT 150/75 la retención y depósito de las contribuciones previstas por el artículo 63, incisos a) y b), respecto de los trabajadores sin afiliación sindical”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> La Ley 31/10/2003, 5 - DJ 2003-3, 667 - DT 2003-B, 1674 - IMP 2003-B, 2608.

8. Como contrapartida, la Sala X de la Excma. Cámara del Fuero, ha dicho que “Si los accionantes en su carácter de trabajadores no afiliados al sindicato (UTEDYC), se encuentran obligados a contribuir con una suma de dinero inicialmente igual a la suma que en concepto de “cuota sindical” (2 %) deben aportar los trabajadores afiliados, de acuerdo al art. 41 del convenio 462/2006, y posteriormente algo sensiblemente menor (0,5 %), de forma permanente y que, además los trabajadores afiliados se encuentran eximidos de aquella contribución (de supuestos fines culturales, gremiales, sociales y de capacitación), se advierte la existencia bajo el ropaje de otro *nomen iuris*, de una “afiliación forzada o compulsiva”, en franca violación con las disposiciones del art. 4º, inc. b) de la ley 23.551 en cuanto determina el derecho de todo trabajador a afiliarse o no a determinada asociación sindical, puesto que con dicho aporte no solo retribuye la gestión llevada a cabo por el sindicato, sino que también contribuye, en igual medida que el afiliado, al sostén económico de una representación colectiva que, en el caso, no resulta de su agrado”. (C. Nac. Trab. sala 10ª SD 19473 del 24/02/2012 “Freytes, Juan y otros c. Unión de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles UTEDYC s/ acción declarativa”).

9. En los autos “Acciapaccia, Gabriela y otros c. UTEDYC Unión de Trabajadores Entidades Deportivas y Civiles s/ acción de amparo” (sent. del 31/07/2012), la sala 8ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sostuvo que si bien las cláusulas solidarias eran constitucionales, específicamente la establecida en el art. 42.1 del CCT 462/2006 resultaba excesiva en el tiempo, reflejando una diferencia exigua de cotización entre el trabajador afiliado y el no afiliado, lo cual constituía una transgresión al principio de libertad sindical:

En concreto, la contribución solidaria por su dilatada proyección temporal y elevado importe implicaría una “compulsión” a la afiliación “de hecho”, con serio compromiso de la garantía de libertad sindical (derecho a no afiliarse).

10. También la sala 2ª, con voto del Dr. Maza se ha expedido en la materia, pero destacando que: “En el contexto expuesto, aun tomando en consideración los logros obtenidos por la entidad sindical en las negociaciones celebradas en los últimos seis años, considero irrazonable la contribución impuesta a los no afiliados en tanto no se ha demostrado que realmente se encontrara destinada a solventar ‘servicios a ellos dirigidos

que resulten ajenos al mero beneficio obtenido por la gestión negocial'. Agrega que, su incidencia económica no resulta ser ostensiblemente disímil a la que asumieran quienes voluntariamente se afiliaron al sindicato con otras expectativas, posibilidades, derechos, ventajas y/o beneficios." (C. Nac. Trab., sala 2<sup>a</sup>, 31/08/2012, "Gaetan, Luis Alberto y otros c. Unión de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles UTEDYC s/ acción declarativa").

En este último fallo, también se dispuso ordenar el cese de las retenciones para el futuro y la devolución de los importes deducidos por tal concepto desde el mes de julio de 2008 (la cláusula regía desde julio de 2006), pero sin cómputo de intereses compensatorios.

11. Sin lugar a duda, desde el punto de vista de la vía procesal para estos planteos, el fallo de la Corte Suprema en los autos: "Outon, Carlos José y otros s/recurso de amparo" del 29 de marzo de 1967 ha sido sumamente importante en la evolución de la jurisprudencia argentina en la materia toda vez que allí se consideró que hasta el 27 de diciembre de 1957, fecha en que se resolvió el caso Siri (Fallos: 239: 459), el recurso de amparo sólo se había admitido, en el orden nacional, para proteger la libertad cuando mediase detención, arresto o prisión ilegal de las personas.

A partir de entonces el amparo no se ha circunscripto a los tradicionales casos de hábeas corpus, sino que se extendió a otras situaciones que pudieran comportar ataques flagrantes, evidentes e insusceptibles de una reparación ulterior adecuada contra las garantías individuales que consagra la Constitución, porque dichas garantías integran –como lo dijo el Tribunal con palabras de Joaquín V. González– "el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina".

Así que por medio de la interpretación de los textos constitucionales se reconoció la necesidad del remedio excepcional del amparo judicial no solamente cuando se halla en juego la libertad de las personas sino también cualquiera de las otras garantías individuales que consagra la Ley Suprema y esto habilita que –en el caso– haya un acceso a la vía judicial más clara y expedita.

12. Como sostuvo la Corte al fallar en el caso Kot: "Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera

a alguno de los derechos esenciales de las, personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo” (Fallos: 241: 291).

En el caso aludido, la cuestión planteada era que los trabajadores marítimos afectados pidieron amparo judicial para que se les restableciera el goce de los derechos de trabajar y agremiarse libremente, que estimaban violados por el decreto 280/64, reglamentario de la “Bolsa de Trabajo Marítimo para Marinería y Maestranza”. Consideraban particularmente lesiva de los derechos referidos la norma del art. 16, inc. b), del Reglamento aprobado por ese decreto, que exige como condición para inscribirse en la Bolsa contar con el carnet de afiliación sindical a la asociación profesional con personería gremial reconocida, lo que supone –dicen– la agremiación forzosa a un determinado sindicato y la negación del derecho de trabajar a quienes no se hayan sometido a tal exigencia.

El Sr. Procurador General, remitiéndose a lo sostenido por su antecesor en el cargo, al pronunciarse en la causa “Leguiza, Luis E. c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ recurso de amparo” (sentencia del 11 de marzo de 1966), consideró que debía hacerse lugar al amparo para la “tutela inmediata de los derechos humanos acogidos en la Constitución Nacional (Fallos: 241 : 291 ; 245 : 435 ; 248 : 837 ; 249 : 221, 569, 670 ; 253 : 29, 35, etc.)” como lo es el de trabajar y agremiarse libremente.

13. En un fundado fallo de la sala 4<sup>a</sup>, en los autos “**Espigare, Antonio R. y otros c. Unión Trabajadores de Entidades Deportivas Civiles U.T.E.D.Y.C. s/ Acción declarativa**”, del 29/11/2013, se resolvió la invalidez constitucional del art. 41 de la CCT 462/2006, en cuanto establecía una contribución de solidaridad a favor del Sindicato, por parte de trabajadores no afiliados, regidos por la referida convención de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles.

Allí, la Dra. Marino, en su voto aplicando un saludable criterio estricto de interpretación explica con mucha claridad cómo la cláusula 41.2 del CCT 462/2006 incurre en violación del principio de libertad sindical.

Señala al efecto, citando el Dictamen Fiscal General N° 55.339 del Dr. Álvarez: “... que las cláusulas de solidaridad sindical deben ser muy claras en su configuración, porque la interpretación de su alcance exige un crite-

rio sumamente restrictivo, en tanto no deben poseer un monto excesivo o una configuración temporal lesiva que, de manera ostensible, implique una carga destinada a lograr una compulsiva afiliación”.

“Se verifica ... que el aporte en concepto de “contribución solidaria” se descontó en forma continua y permanente desde la entrada en vigencia del CCT N° 462/2006 (julio/06) hasta el año 2011; vulnerándose de tal modo una de las condiciones exigibles para su validez, cual es la determinación temporal de su imposición, aspecto en el cual la doctrina y la jurisprudencia resultan pacíficas, por lo que no cabría extender la ultraactividad de la cláusula impugnada con sustento en la vigencia de aquéllos. Nótese que ninguna mención se efectúa con relación a la cláusula de solidaridad en los acuerdos salariales posteriores (ver fs. 167, 173 y 300) que permitan considerar la renovación de la voluntad colectiva en su imposición...”.

Concluye el fallo señalando la invalidez de la cláusula en cuestión por afectar derechos y garantías previstos en los arts. 14, 14 bis, 17, 19, 28 y 31 de la Constitución Nacional.

A diferencia del fallo de la sala 2<sup>a</sup> de la Cámara, la sala 4<sup>a</sup> condenó a la asociación sindical a reintegrar las sumas descontadas en concepto de “contribución de solidaridad” a los actores desde el mes de julio de 2006 en adelante, con más sus intereses desde que cada suma es debida; y resuelve declararla inaplicable en lo sucesivo, mientras se mantenga la situación jurídica analizada.

En cuanto a limitación en el tiempo, parecería lógico –aun suponiendo su validez– que las cláusulas de solidaridad deben encontrar un límite temporal que como máximo coincida con la vigencia del acuerdo y en cuanto a su monto con la proporcionalidad razonable entre la “cuota sindical” del afiliado y la “cuota de solidaridad” del trabajador no afiliado.

Pero –según nuestro punto de vista–, la cuestión de fondo sigue en pie: ¿no siendo afiliado, es constitucionalmente válido y justificable que se impongan “cuotas solidarias” que implican aportes “coactivos” o “compulsivos”?

14. En el **“Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Unión Personal de Fábricas de pintura y Afines de la R.A. e/ Colorín Industria de Materiales Sintéticos S.A. s/ ejecución fiscal”**, se alude a que ya por sentencia del 17 de junio de 2014 la “Corte había descalificado el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del

Trabajo que había mandado llevar adelante la ejecución promovida por la Unión Personal de Fábricas de Pintura y Afines R.A. por la vía prevista en la ley 24.642 con el fin de percibir los aportes ‘solidarios’ correspondientes a trabajadores no afiliados pactados en el Convenio Colectivo de Trabajo N° 86/89”.

Recuerda que “para así decidir, el Tribunal entendió que la Cámara se había apartado arbitrariamente de la solución normativa establecida en el art. 1° de la mencionada ley 24.642 según el cual ‘Los créditos de las asociaciones sindicales de trabajadores originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados a las mismas estarán sujetos al procedimiento de cobro que se establece por la presente ley’”.

Que “la Sala VII de la misma Cámara, tras entender que debía efectuarse una interpretación ‘amplia’ de la citada norma, extendió nuevamente su alcance a los aportes ‘solidarios’ de trabajadores no afiliados”.

Que el criterio por el cual, “el procedimiento de ejecución de aportes de trabajadores afiliados previsto en el art. 5° de la ley 24.642 puede extenderse a los aportes ‘solidarios’ de trabajadores no afiliados, se apartó claramente de lo establecido por este Tribunal en su anterior intervención y del expreso texto legal”.

En decisión que compartimos en sus fundamentos y alcance, se resolvió el 27 de septiembre de 2018, dejar sin efecto la sentencia que sostuvo, “sin mayor fundamento, que el procedimiento de ejecución de aportes de trabajadores afiliados previsto en el art. 5° de la ley 24.642 (vía de apremio o ejecución fiscal) podía extenderse a los ‘aportes solidarios’ de trabajadores de ‘no afiliados’”.

Con mucho énfasis y claridad, la mayoría sostiene que el pronunciamiento recurrido se apartó claramente de lo establecido por la Corte en su anterior intervención y del expreso texto legal que, al no exigir esfuerzo de interpretación ni presentar duda razonable, debió ser directamente aplicado, con excepción de la jueza Highton de Nolasco, quien, consideró que el recurso extraordinario era inadmisibile en el caso (art. 280 CPCCN).

Según Ricardo Foglia “Una cuestión que siempre ha merecido especial atención del sistema sindical es la referida a su financiación. Una de las formas es a través de las cuotas que imponen forzosamente a los no



afiliados al gremio con el argumento de que son beneficiarios de la acción sindical. Estas últimas se denominan “cuotas de solidaridad”.

La ley les otorga a los gremios un privilegio que no tienen ningún otro particular del país: el de determinar unilateralmente, si la empresa debe cuotas de los afiliados y el monto de la deuda. Cuando la empresa no paga, el sindicato emite un título ejecutivo (una suerte de pagaré) para cobrar los importes que el propio sindicato dice que le adeudan.

Este privilegio de cobro fue ampliado, por obra de la jurisprudencia, a las cuotas de los no afiliados.

El problema es que resulta una práctica común que el título de la deuda no guarde relación con los datos reales de los salarios –sobre los cuales se calculan cuotas–, categorías, e incluso tampoco con la cantidad de trabajadores de la empresa”.

Foglia finalmente recuerda que “el alto Tribunal en su sentencia expresa que el texto de la ley es claro y no existe razón que justifique dicha práctica”<sup>5</sup> y nosotros compartimos este criterio.

### **III. La jurisprudencia norteamericana en la materia**

#### ***A) los principales antecedentes del “Caso Janus”***

En *Abbot vs. Detroit* (1977 May 23 - 431 US 209) se destaca que la regulación autoriza la representación sindical de los empleados gubernamentales y el acuerdo de “agency shop” por el cual todos los empleados, incluso los no afiliados, deben pagar al sindicato, como condición de empleo, una cuota sindical (“union dues”).

Se planteó un reclamo contra la validez de esta cláusula en un convenio colectivo, basándose en el argumento de que dicha cotización no correspondía por cuanto el sindicato realizaba actividades políticas y otras no relacionadas con la actividad colectiva, no aprobadas o apoyadas por los reclamantes y en función de ello solicitaron que se declarara inconstitucional por la ley del Estado y por la Constitución de los Estados Unidos.

---

<sup>5</sup> *Límite a demandas de sindicatos sobre cuotas de los no afiliados* de Ricardo Foglia, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/2190346-limite-a-demandas-de-sindicatos-sobre-cuotas-de-los-no-afiliados>

Para analizar en el caso, es menester la consideración de la cuestión acerca de si la provisión de “agency shop” en una negociación colectiva que abarca a empleados gubernamentales es –como tal– “constitucionalmente válida”, debe comenzar con dos casos que han tratado sobre este asunto. Ellos son *Railway Employer’s Dept c. Hanson* y *Machinists c. Street*.

En el caso *Hanson*, un grupo de empleados ferroviarios presentaron una cautelar en la corte de Nebraska por aplicación de un acuerdo de “taller sindical” o “union shop”. La referida cláusula fue autorizada, y en efecto blindada frente a cualquier intento de un Estado para prohibirla, por la Ley Laboral de Ferrocarriles. El Tribunal de Primera Instancia otorgó la protección requerida por los empleados y la Corte Suprema de Nebraska confirmó dicha medida cautelar pues –caso contrario– los empleados que estuvieran en desacuerdo con los objetivos promovidos con el gasto sindical, eran privados del derecho a la libertad de asociación protegida por la Primer Enmienda.

Por su parte, la Suprema Corte Federal acordó que “cuestiones judiciales bajo la Primer y Quinta Enmienda estaban presentes”, pero revirtió su juicio sobre el fondo. Reconociendo que “mucho puede ser dicho en pro y en contra” acerca del sindicato como un asunto político, la Corte destacó que es el Congreso que tiene la carga de identificar “los ingredientes para una paz industrial y unas relaciones laborales estables” y el que determinó que se promocionarían relaciones laborales pacíficas al permitir a un sindicato y un empleado concluir un acuerdo que requiera a los empleados que obtienen un beneficio por la representación sindical compartir los costos, y que tal juicio legislativo era seguramente admisible.

El expediente *Hanson* no contiene evidencia que el sindicato fuera usado para forzar la conformidad ideológica o en todo caso perjudicar la libre expresión de los empleados, y la Corte observó que, “si las evaluaciones son de hecho impuestas para propósitos no relacionados a la negociación colectiva, un problema diferente estaría presente”. La Corte se mantuvo alineada en que “el requerimiento de apoyo financiero del sindicato colectivo a todo aquel que recibe beneficios por su trabajo no viola la Primera Enmienda”.

El máximo Tribunal resolvió enfrentar una cuestión similar varios años más tarde en el caso *Street*, el cual también involucró un desafío a la cons-

titucionalidad al “taller sindical” o “union shop” autorizada por la Ley Laboral de Ferrocarriles. En *Street*, sin embargo, el expediente contenía hallazgos de que los fondos del sindicato al cual era requerida la contribución de los empleados habían sido usados “para financiar las campañas de los candidatos para oficinas federales y estatales a la que los demandantes se oponían, y para promover la propagación de doctrinas políticas y económicas, conceptos e ideologías con las cuales los demandantes estaban en desacuerdo.

También reconoció que esos hallazgos presentaban “cuestiones constitucionales de mayor gravedad” a las decididas en *Hanson*, y, por lo tanto, correspondía considerar si la ley podría ser interpretada justamente para evadir estos asuntos constitucionales, concluyendo en que la ley podía ser interpretada de esa manera, en el sentido que solo los gastos relacionados con las funciones de los sindicatos en negociar y administrar los acuerdos colectivos y en solucionar quejas y disputas caen dentro de “las razones... aceptadas por el Congreso para justificar que las autoridades permitieran los acuerdos de ‘taller sindical’ o ‘union shop’”. La Corte señaló con claridad que el uso de los pagos al Sindicato para propósitos políticos violaba la Ley misma.

Como consecuencia del análisis de estos precedentes, algunas cuestiones habían quedado definidas con anterioridad al “Caso *Janus*”:

- 1) Obligar a los empleados financieramente a apoyar a sus representantes en las negociaciones colectivas tiene un impacto sobre los intereses de la Primer Enmienda. Por tanto, un empleado puede tener objeciones ideológicas a una amplia variedad de actividades realizadas por el sindicato en su rol de representación exclusiva. Su visión moral o religiosa acerca de la conveniencia –por ejemplo– del aborto puede no alinearse con la política del sindicato en negociar un plan de beneficios médicos o un individuo puede no estar de acuerdo con la política del sindicato en sus negociaciones sobre los límites en el derecho de huelga. Los ejemplos pueden ser multiplicados y que se requiera que ayude financieramente al sindicato como agente de negociación colectiva puede ser visto como que interfiere de alguna manera con la libertad de los empleados para asociarse. Pero el juicio claramente realizado en *Hanson* y *Street* es que dicha interferencia cuando existe está justificada constitucionalmente por la evaluación legislativa de la importante contribución del “taller

- sindical” o “union shop” al sistema de relaciones laborales establecidas por el Congreso.
- 2) La Ley Nacional de Relaciones Laborales deja la regulación de las relaciones laborales del Estado y de los Gobiernos Locales al Estado (...) y los empleados de sindicatos del Gobierno gozan de los derechos paralelos a aquellos protegidos bajo la legislación federal: los derechos a auto-organización y negociar colectivamente (por ej. Michigan).
  - 3) Los intereses gubernamentales alcanzados por las provisiones de “agency shop” en el estatuto de Michigan son muy parecidos a aquellos promocionados por provisiones similares en la Ley Federal Laboral.
  - 4) El carácter distintivo de la negociación del sector público ha extendido la discusión acerca del alcance por el cual la ley que rige la relación laboral en el sector privado provee un modelo apropiado. Ha habido considerable debate acerca de la deseabilidad de prohibir las huelgas a los sindicatos de empleo público. Pero, aunque Michigan no ha adoptado el modelo federal de relaciones laborales en todos sus aspectos, ha determinado que la estabilidad laboral contará con un sistema de representación exclusiva y el uso permisivo de un “agency shop” en el empleo público. No puede haber una base de principios para que esa decisión tenga menos peso en el balance constitucional que el que fue dado en Hanson al juicio del Congreso reflejado en la Ley Laboral de Ferrocarriles.

***B) El caso Janus de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América:***

Como corolario de la evolución jurisprudencial aludida, a fines de junio del corriente año, dicho Tribunal, en la causa “Janus c. American Federation of State, County, and Municipal Employees Council”, tomó una decisión trascendente cuyo impacto en las relaciones laborales colectivas ha de traspasar las fronteras de dicho país pues el contenido de la doctrina allí establecida –a nuestro entender– es verdaderamente significativo por las razones en los que se funda y las consecuencias de su aplicación.

En efecto, sostuvo, al referirse a las cotizaciones a favor de un sindicato por los trabajadores no afiliados al mismo, que “obligar a individuos

libres e independientes a respaldar ideas que encuentran objetables plantea serias preocupaciones sobre la Primera Enmienda. Eso incluye obligar a una persona a subsidiar el discurso de otros oradores privados. El Tribunal aplicó un estándar de control riguroso al juzgar la constitucionalidad de los honorarios de la agencia en lugar del estándar de control estricto más tradicional. Incluso bajo el estándar más permisivo, el esquema de Illinois [de dicho Estado se trata] no puede sobrevivir”.

¿Qué es lo que se estaba discutiendo y por qué la trascendencia del caso?

“Bajo la Ley de Relaciones Laborales Públicas de Illinois (IPLRA), los empleados del Estado y sus subdivisiones políticas tienen permitido sindicalizarse. Ver III. Comp. Stat., ch. 5, §315/6(a) (West 2016). Si la mayoría de los empleados de un grupo de negociación vota por ser representado por un sindicato, ese sindicato es designado como representante exclusivo de todos los empleados (y no solamente de los afiliados al mismo). §§315/3(s) (1), 315/6(c), 315/9. Los empleados no son obligados a unirse al sindicato elegido por sus compañeros, pero sea que se unan o no, a ese sindicato se lo considera el único representante permitido para negociar colectivamente. Ver §§315/6(a), (c).

Con esto, se convalida una representación unificada, tanto de los afiliados como los que no adhieren al mismo (“no afiliados”).

Una vez que el sindicato es designado, es investido con amplia autoridad. Sólo tal sindicato puede negociar con los empleadores en asuntos relacionados a “pagos, salarios, horas y otras condiciones del empleo, así como las negociaciones de lo que la ya citada ley llama ‘asuntos políticos’, como lo son el pago de gratificaciones, el tamaño de la mano de obra, despidos, privatizaciones, métodos de promoción y políticas de no discriminación. §315/4; ver §315/6(c); ver generalmente, e.g., Illinois Dept. of Central Management Servs. v. AFSCME, Council 31, No. S–CB–16–17 etc., 33 PERI ¶67 (ILRB Dec. 13, 2016) (Decisión de la Junta).

Como consecuencia de este “modelo”, la designación de un sindicato que se constituye en representante exclusivo de los empleados restringe substantivamente los derechos individuales de los empleados. Entre otras cosas, esta designación significa que los empleados individuales no pueden ser representados por ningún otro agente que el sindicato designado; y ningún empleado individual puede negociar directamente con su empleador.

§§315/6(c)–(d), 315/10(a)(4); ver *Matthews v. Chicago Transit Authority*, 2016 IL 117638, 51 N. E. 3d 753, 782; accord, *Medo Photo Supply Corp. v. NLRB*, 321 U. S. 678, 683–684 (1944)”.

Se deriva también de ello la facultad del sindicato de imponer contribuciones por “prestación de servicio” y si el sindicato verifica ante el empleador tal monto, el mismo, es automáticamente deducido incluso respecto de los salarios de los no miembros del referido sindicato, ya que “ninguna forma de consentimiento del empleado es requerida”.

Cabe recordar que los esquemas sindicales de seguridad social sostenidos económicamente por las cotizaciones de los afiliados son muy antiguos en los Estados Unidos, aunque nunca llegaron a alcanzar en este país el desarrollo que, en otros, por ejemplo, Inglaterra.

Sin embargo, la aportación pecuniaria de las empresas a estos fondos ha sido mucho más reciente: fue, en realidad, la semicongelación de los salarios durante la Segunda Guerra Mundial la que originó su desarrollo como medio de obtener mejoras para los trabajadores sin tropezar con las disposiciones antiinflacionistas. Pero, desaparecido el control gubernamental de los salarios, siguieron, no obstante, previéndose cada vez más numerosos e importantes en pactos colectivos, sistemas de seguros de enfermedad, de retiro, de sobrevivencia, etc., con aportación patronal.

La Ley Taft-Hartley reguló, con bastante detalle, exceptuando lo relativo a estos fondos de la prohibición general de que el Sindicato reciba dinero o equivalente de la empresa y exigiendo que los fondos se destinen precisamente a prestaciones de seguridad social, que sean independientes de todo otro y que su regulación se contenga en un pacto escrito, condiciones imprescindibles (que en la administración del fondo participen igualmente trabajadores y empresas, dirimiendo las contiendas un árbitro imparcial, y que sus balances anuales estén siempre a disposición de los interesados).

Los dos pactos de seguridad típicos son el *closed shop* (el empresario se obliga a no admitir sino a los trabajadores sindicados) y el *union shop* (el empresario es libre de admitir a cualquier trabajador, pero ésta ha de sindicarse dentro de un determinado plazo, obligándose el empresario a despedirlo si no se sindicala).

La Ley Wagner había admitido expresamente la licitud de ambos pactos; mejor dicho, la licitud del “*closed shop*”, con lo cual nadie puso en

duda tampoco la licitud del “union shop”, mucho menos rígido que el anterior.

A su tiempo, la Ley Taft-Hartley modificó profundamente en este punto la Ley Wagner. El “closed shop” fue implícitamente declarado ilegal; y el “union shop” sólo fue aceptado en el caso de que los trabajadores hubieran consentido expresamente la celebración de tal pacto, en una especie de referéndum que ha de celebrarse bajo los auspicios del National Labor Relations Board.

Por supuesto, la principal fuente de ingresos de los Sindicatos la constituye la cotización de los sindicados; la cuota, que varía mucho en cuantía de unos Sindicatos a otros, suele ser mensual y que consiste en una cantidad fija o en una suma proporcional al salario.

Para el Sindicato es de gran comodidad –aparte del ahorro en gastos de recaudación y la supresión de sindicatos deudores o morosos– que sea el propio empresario quien se encargue de detraer de los salarios que abona a los trabajadores la cuota sindical que después ingresa en el Sindicato. Esta es la práctica conocida como check-off, muchas veces aceptada por los empresarios o impuesta en los pactos colectivos de condiciones de trabajo.

La Ley Taft-Hartley (la Ley Wagner no contenía norma alguna sobre la materia) reconoce y autoriza esta práctica siempre que haya sido pactada; pero señala dos condiciones para este tipo de pactos:

- El trabajador al que se hace la deducción ha de haberla consentido individualmente y por escrito.
- La autorización para deducir se entiende dada por un plazo máximo de un año (o por el plazo de vigencia del pacto colectivo si es inferior a un año); pasados estos plazos la autorización caduca y ha de ser renovada en la misma forma en que fue concedida. Pero, dentro de estos plazos, la autorización es irrevocable para el trabajador.

Volviendo a la doctrina del fallo Janus, considera el Tribunal que: “Ese procedimiento viola la Primer Enmienda y no puede continuar, ya que ninguna comisión de agencia o cualquier otro pago al sindicato puede ser deducido de los salarios de los no miembros, a menos que el empleado afirmativamente consienta a pagarlo. Por acuerdo de pago, los no miembros están trasladando sus derechos de la Primer Enmienda, y dicho “traslado” no puede ser supuesto. Ver *Johnson v. Zerbst*, 304 U. S. 458, 464 (1938);

ver también *Knox*, 567 U. S., at 312–313. En todo caso, para que sea efectivo, tal traslado debe ser dado libremente y debe constar una “clara y convincente” evidencia. *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U. S. 130, 145 (1967) (plurality opinion); ver también *College Savings Bank v. Florida Prepaid Postsecondary Ed. Expense Bd.*, 527 U. S. 666, 680–682 (1999).

Por tanto, “a menos que los empleados, no afiliados al sindicato, clara y afirmativamente consientan que su dinero sea tomado, este estándar no puede ser atendido”.

En definitiva, el principio establecido por el fallo *Janus* (por cinco votos contra cuatro) –cuya esencia claramente compartimos–, ha de tener también implicancias en el plano político, puesto que la legislación de dicho país no prohíbe que los sindicatos efectúen aportes a los partidos políticos, de modo tal, que posibilita una vía adicional de contradicción con los propios intereses de los trabajadores en cuestión, no solo por ser “no afiliados al sindicato”, sino por terminar financiando campañas políticas a las que naturalmente tienen derecho a ser ajenos.

#### **IV. Un pronunciamiento reciente en Brasil y la Reforma Laboral (Ley 13467/17)**

La Ley de Reforma Laboral N° 13467/17 modificó significativamente más de 100 artículos de la Ley de Consolidación Laboral (LCL) y entre los cambios más relevantes se encuentran los de los artículos 578, 579 y 582, por medio de los cuales la contribución sindical (ya sea debida por el empleado o el empleador) se vuelve opcional y cualquier deducción de la nómina de sueldos será sólo permitida por el previo y expreso consentimiento.

Múltiples acciones directas de inconstitucionalidad (ACI) fueron presentadas ante la Corte Suprema. El juicio celebrado el 29 de junio de 2018 dio lugar a la revisión de 19 ACIs y una Acción Declaratoria de Constitucionalidad (ADC) sobre el mismo asunto: la constitucionalidad del cambio introducido por la Ley de Reforma Laboral, que modificó las contribuciones sindicales en opcionales.

Los procedimientos discutieron la naturaleza de la contribución sindical, considerados como un impuesto o ingreso público, y también por el impacto económico y financiero de los cambios en los sindicatos y aún



cuestionado proceso legislativo de aprobación de la Ley de Reforma Laboral como un todo.

En junio de 2018, la Corte Suprema Federal de dicho país puso fin a la controversial contribución sindical obligatoria, convalidando los cambios de los artículos 578, 579 y 582 (entre otros) de la LCL, según la reforma introducida en 2017.

Antes de la modificación legislativa, se les requería a las compañías deducir a sus empleados, en marzo de cada año, al margen de su consentimiento, la suma equivalente a 1 (uno) día de trabajo por año para los sindicatos representantes de los empleados. Los empleadores, por su lado, debían pagar la contribución a los sindicatos (Cámaras) que representan a los empleadores, en enero de cada año, prorrateado según su capital social o ingreso bruto.

Por una mayoría de 6 votos (Jueces Luis Fux, Alexandre de Moraes, Luis Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio y Carmen Lúcia) contra 3 (Jueces Edson Fachin, Rosa Weber y Dias Toffolo), la Corte Suprema Federal concluyó que ninguna contribución sindical pueden ser impuesta sobre trabajadores y empleadores cuando la Constitución Federal en sí misma establece que nadie está obligado a unirse a un Sindicato o mantener una afiliación sindical.

La Corte también dictaminó que el fin de la obligación de pagar contribuciones sindicales no ofende la Constitución, ya sea porque los sindicatos pueden confiar en otras fuentes de financiamiento, o porque no es una contribución de naturaleza impositiva, la cual requeriría un proceso legislativo diferente, un estudio del impacto económico financiero y una regla de transición.

Uno de los argumentos aplicado por los Jueces, el cual es muy favorable para la revisión futura acerca de la constitucionalidad de otros asuntos tratados por la Ley de Reforma Laboral, es que la cuestión es esencialmente política, decisión que debe tomar el Congreso Nacional, por ser el escenario político responsable de los procesos legislativos, y no la Corte Suprema.

## **VI. 10 reflexiones a modo de conclusión**

- 1) El “Caso Janus” ha venido a plantear un fundado debate sobre los alcances de las cláusulas convencionales que, basadas en autoriza-

- ciones legislativas imponen a los trabajadores “no afiliados” a un sindicato, la obligación de aportar al mismo bajo el título de cuotas de solidaridad por la autotitulada “gestión de negocios” que importa la negociación convencional.
- 2) La invocación sustantiva de la Primera enmienda como fundamento de su obligación, constituye un hito fundamental en la abrogación de esta “cotización compulsiva”.
  - 3) Hay identidad de problemas en países inspirados en su normativa en similares principios, tal el caso de Brasil y Argentina.
  - 4) En tiempos recientes, Brasil adoptó legislativa y judicialmente una clara posición limitativa, cuyo fundamento se inspira en principios acordes con los del fallo Janus.
  - 5) Nuestro país no ha sido ajeno en sus pronunciamientos judiciales a este debate, pero no ha llegado aún la Corte Suprema a definiciones de las características de las ya comentadas decisiones del máximo Tribunal de los Estados Unidos de América y el de Brasil.
  - 6) En tal sentido, la cuestión judicial en Argentina ha estado sujeta a controversias en cuanto a la legitimidad y razonabilidad de este tipo de cláusulas en casos concretos, pero también –en algunos casos– frente a la eventual afectación de otros derechos como el de la intangibilidad del salario, la libertad sindical y en términos más amplios, la libertad como valor fundamental.
  - 7) La lógica de la invocación de la “Gestión de negocios” como fundamento de legalidad encuentra su límite en la aplicación del principio de libertad sindical, pues –salvo situaciones concretas y específicas debidamente fundadas y respecto de las cuales haya estricto control de aplicación de fondos– el trabajador terminaría sustentando financieramente a un Sindicato al que no pertenece (ni quiere pertenecer) o directamente porque está afiliado a otra organización gremial (por ejemplo, a un Sindicato simplemente inscripto).
  - 8) Sin perjuicio de ello y en todo caso, la eventual retribución por la gestión de negocios debería ser razonable y proporcionada a los fines y medios en cuestión, inequívoca en cuanto a plazo y aplicación de tales fondos, así como sujeta a claros parámetros de control contable y susceptible de revisión judicial.
  - 9) La jurisprudencia argentina ha fijado criterios en cuanto al monto o la temporalidad pero no ha profundizado en la cuestión del “destino de los fondos” que es el eje sobre el que el caso Janus cla-

ramente establece la argumentación de la violación de la primera enmienda, es decir, del límite constitucional a tales contribuciones.

- 10) En definitiva, no pueden –directa o indirectamente– estas “cuotas de solidaridad”, convertirse en mero instrumento compulsivo para sostener el financiamiento del “Sindicato Único” y con ello vulnerar principios constitucionales e internacionales sobre libertad sindical que constituyen Principios y Derechos fundamentales en el Trabajo tal como reconoce la Declaración de 1998 de la OIT.

### III

## ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Los comentarios que siguen resultan de los informes elevados por los académicos directores de cada uno de los institutos.



## INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo sus tradicionales sesiones de trabajo, en las que, con la participación de sus integrantes y de profesores invitados, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina. Ellas fueron objeto de interesantes debates, en los que se puso en evidencia la capacidad y la versación de los intervinientes.

En la primera sesión del año, celebrada el 24 de abril, después de comentarse diversas novedades jurisprudenciales y legislativas, expuso el profesor doctor Pablo Esteban Perrino, sobre el tema “*Simplificación administrativa y reducción de cargas a los administrados. Las reformas del procedimiento administrativo nacional (decretos 891/17 y 894/17)*”. El expositor efectuó una pormenorizada explicación de los decretos mencionados, dictados el 1° de noviembre de 2017 por el Poder Ejecutivo Nacional, por los cuales, respectivamente, se aprobaron las denominadas “Buenas prácticas en materia de simplificación” y se introdujeron importantes modificaciones en el Reglamento de Procedimientos Administrativos (Decreto N° 1759/72 y sus modificaciones). Al finalizar la exposición se efectuó un amplio y fructífero intercambio de opiniones entre los miembros del Instituto acerca de los desafíos y problemas que presenta en la práctica el procedimiento administrativo, en particular los atinentes a la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

En la sesión llevada a cabo el 3 de julio, el doctor Carlos J. Laplacette abordó el tema “*Configuración actual de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad en el orden federal*”. El disertante abordó tres aspectos de interés vinculados con las características actuales de las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad, como lo son su proclamada naturaleza subsidiaria, el cuestionamiento concreto a leyes sin que medien actos de aplicación y la legitimación pasiva en las acciones declarativas de inconstitucionalidad. Al culminar la disertación los miembros del Instituto

intercambiaron opiniones acerca de los efectos expansivos de las declaraciones de inconstitucionalidad, así como de las eventuales relaciones entre nulidad e inconstitucionalidad.

La siguiente sesión, realizada el 24 de octubre, fue de carácter público. En ella, el profesor doctor Tomás Ramón Fernández, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, miembro de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y académico correspondiente de nuestra Academia, abordó el tema “*Actos administrativos ilegales y responsabilidad patrimonial de la Administración*”. El disertante comenzó su exposición recordando que desde el dictado en 1954 de la Ley de expropiación forzosa, y con posterioridad la Constitución española y la Ley de Administraciones Públicas, y más recientemente en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, en general se afirma que en España la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública es objetiva, pues responde por todos los daños que se produzcan como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, aunque estos hayan funcionado correctamente. Al culminar la exposición los miembros del instituto efectuaron al distinguido expositor múltiples preguntas sobre distintos aspectos del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en España.

Finalmente, en la última sesión del año, realizada el 18 de diciembre, el profesor doctor Pablo Esteban Perrino expuso sobre el tema “*Los paneles técnicos como medios alternativos de solución en los contratos de participación público-privada (PPP)*”. El expositor explicó que la ley argentina de contratos de PPP introdujo en nuestro derecho la figura de los paneles técnicos o de expertos, muy conocida y empleada en el derecho comparado. Seguidamente precisó qué es un panel técnico, sus ventajas como medio de solución de conflictos respecto del arbitraje y el litigio judicial y sus diferentes clases. A continuación, se efectuó una prolija descripción de la regulación argentina de los paneles técnicos. Al culminar la exposición los miembros del Instituto intercambiaron opiniones acerca de las ventajas y desventajas de la implementación del primer panel técnico en los contratos PPP concernientes al “Proyecto Red de Autopistas y Rutas Seguras PPP”. Las actividades del Instituto finalizaron con la tradicional comida de fin de año llevada a cabo el mismo día de la última sesión. Está en prensa por la editorial Thomson Reuters - La Ley el libro que recoge los siguientes trabajos preparados de los integrantes del Instituto dedicado

al impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo: *“El derecho administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Las implicancias del Título Preliminar del Código Civil y Comercial en el ámbito del derecho administrativo”*, de Héctor M. Pozo Gowland; *“Relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo”*, de Carlos Botassi; *“La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al Derecho Administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)”*, de Juan Carlos Cassagne; *“La prescripción de los tributos locales”*, de Roberto E. Luqui; *“La incidencia del nuevo Código Civil en materia de contratos administrativos: especial referencia al instituto de la responsabilidad y de la prescripción”*, de Catalina Legarre; *“El Código Civil y Comercial de la Nación, la prescripción de los tributos locales y el federalismo”*, de Nidia Karina Cicero; *“El derecho administrativo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y los derechos reales”*, de Juan Carlos Cardona; *“Dominio público y privado del Estado. Régimen jurídico”*, de Daniela Ugolini; *“Responsabilidad del Estado y prescripción liberatoria. Apuntes sobre las relaciones entre el Código Civil y Comercial y la ley 26.944”*, de Carlos J. Laplacette; *“La responsabilidad de los estados locales a partir de la ley 26.944”*, de Gabriela Seijas; *“¿Resulta exigible frente al Estado el deber de presunción del daño previsto en el art. 1710 del nuevo Código Civil y Comercial?”*, de Guido S. Tawil; *“La buena fe”*, de Luis A. Carello; *“El Código Civil y Comercial de la Nación en el procedimiento administrativo”*, de Pedro Aberastury; *“La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el derecho argentino”*, de Pablo E. Perrino; *“El sistema de nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación (A propósito de su incidencia en el régimen de nulidades de la Ley 19.549)”*, de Gustavo E. Silva Tamayo; *“La anulación de oficio del acto administrativo a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”*, de Mario Rejtman Farah; *“Sobre los derechos de incidencia colectiva”*, de Jorge H. Sarmiento García; *“Las astreintes contra el Estado”*, de Javier Barraza; *“Astreintes ¿son aplicables al Estado y a sus funcionarios en la realidad jurídica argentina actual?”*, de Juan Martín Alterini; *“La protección de la confianza y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”*, de Pedro J. J. Coviello; *“¿Nominalismo o valorismo en el nuevo Código Civil y Comercial? (Una cuestión central de los contratos públicos)”*, de Estela B. Sacristán, y *“Propiedad comunitaria de los pueblos originarios y responsabilidad del Estado constituyente”*, de Ignacio M. De la Riva.





## INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección hasta su fallecimiento del académico Jorge H. Alterini, el Instituto resolvió que la actividad académica del año 2018 se hiciera en homenaje al académico Santos Cifuentes, quien fue Director del Instituto desde el año 2004 hasta su fallecimiento, ocurrido en octubre de 2016. Los estudios versaron sobre la cuestión de los derechos personalísimos, materia a la que el homenajeado dedicó gran parte de su vida y en donde su influencia en la instalación del tema en nuestro país ha sido –como es notorio– superlativa y trascendente.

Corolario de ello son los “Estudios de los Derechos Personalísimos - Obra en homenaje al académico doctor Santos Cifuentes”.

El contenido, precedido de expresiones del académico José W. Tobías, quien sucedió al doctor Alterini en la dirección del Instituto, con el epígrafe “*Homenaje*”, abarca los siguientes trabajos: “*Los derechos personalísimos y sus principales caracteres*”; de Rubén H. Compagnucci de Caso; “*El acto jurídico personalísimo. Instituto para la dinamización de los derechos personalísimos*”, de Noemí L. Nicolau; “*La dignitas: principio y valor constitucional. Fundamento de los derechos personalísimos. Límite a la disponibilidad de los derechos personalísimos*”, de José W. Tobías; “*Derechos personalísimos y preconstitución de prueba*”, de José M. Orelle; “*Los derechos personalísimos y los adultos mayores*”, de Zulema Wilde; “*Los derechos personalísimos en las instituciones sucesorias*”, de Lidia B. Hernández; “*Los derechos de propiedad intelectual y los derechos personalísimos*”, de Andrés Sánchez Herrero; “*Los derechos de la personalidad del autor de una obra*”, de Lidia Lypszic y Carlos A. Villalba; “*Derecho a morir*”, de Manuel Cobas; “*Derecho a la salud. Derecho a la salud sexual y reproductiva*”, de Ana María Conde; “*Las directivas anticipadas. Su aplicación en la Argentina*”, de Carlos A. Calvo Costa; “*Derecho a la intimidad*”, de Juan Carlos Hariri; “*Acusación calumniosa y afrenta al honor*”, de Mariano Gagliardo, y “*La personalidad pretérita (no es lo mismo estar muerto que haber vivido)*”, de Luis F. P. Leiva Fernández.

Los estudios que conforman la obra abordan variados aspectos de los derechos personalísimos (o muy cercanos a ellos), elaborados bajo el básico prisma de la libertad de opinión, y han sido realizados en homenaje al jurista que los estudió y promovió a lo largo de su vida.

Como es notorio, durante al año 2018 acaeció el sentido fallecimiento del hasta entonces Director del Instituto, el académico Jorge H. Alterini. Por decisión de todos sus miembros, la actividad del año 2019 se realizará en su homenaje.

## 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 14 de abril, ocasión en la que se programó el plan de labor anual.

En esa misma reunión, el presidente de la Academia doctor Jorge R. Vanossi, en su carácter de miembro del Instituto, con la solvencia que lo caracteriza, abordó el tema: “*Mi postura respecto al control de convencionalidad*”.

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.

Conocer anticipadamente las fechas, los temas y el nombre de los expositores ha permitido una mejor planificación de actividades por parte de los miembros y también asegurar la asistencia a las reuniones.

En la reunión del 15 de mayo, el académico Alfonso Santiago expuso sobre el tema “*Los cuarenta años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978/2018): Balance y perspectivas*”.

El 19 de junio el profesor Emilio Ibarlucía desarrolló “*La responsabilidad del Estado por la detención previa y posterior absolución del imputado: análisis constitucional*”, mientras que en la reunión del 21 de agosto el profesor doctor Enrique Zuleta Puceiro se refirió al tema “*Acceso a la justicia. Una perspectiva socio-jurídica*”.

El 18 de septiembre el profesor doctor Alfredo Gusman abordó la temática “*Un defensor para el pueblo*”, y el 16 de octubre la profesora doctora

María Gabriela Ábalos expuso sobre “*El margen de apreciación provincial y municipal en el federalismo argentino*”.

Todas las exposiciones tuvieron como nota distintiva un nivel de excelencia, abarcando costados novedosos que motivaron el interés y participación de los miembros.

La reunión inicial del año 2019 se convocó para el martes 16 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 las sesiones que tuvieron lugar en 2018.

En el encuentro de marzo disertó el doctor Martín Paolantonio, sobre el tema “*Inclusión financiera y prevención del lavado de activos*”, oportunidad en la que el expositor planteó que la sanción de la nueva normativa en materia de prevención de lavado de activos ha provocado modificaciones en el comportamiento de determinados sujetos privados, los sujetos obligados, en la terminología legal.

Recordó que los sujetos obligados, fundamentalmente entidades financieras, tienen dos grandes categorías de deberes de conducta: 1) deber de conocimiento del cliente; y 2) reporte de operaciones sospechosas. La normativa contempla un régimen de sanciones sobre el sujeto obligado que lo incentiva a que su conducta sea más cuidadosa.

Sobre el concepto de inclusión financiera, dijo que se lo vincula al acceso a las cuentas bancarias y a otros servicios bancarios, y añadió que en la Argentina la medición no era buena en comparación con otros países, principalmente en razón de que la relación de las normas de prevención con la inclusión es que llevan a la exclusión.

El disertante reparó en que las normas de *compliance* generan sobrecostos en el sujeto obligado, lo que provoca, como reacción, que ante la menor duda, en lugar de realizar una indagación más profunda respecto a las circunstancias de la operación del cliente de que se trate, emita un reporte de operación sospechosa (ROS), que le otorgará una indemnidad al sujeto

obligado aún en el caso de que se llegase a una denuncia penal –luego desestimada–, siempre que se haya obrado de buena fe (que se haya cumplido con los procedimientos internos para llegar a la emisión del ROS).

En la reunión de mayo expuso el doctor Alfredo Rovira, sobre el tema *“El Socio del Socio y el Contrato de Participación frente al Decreto 27/2018”*, y realizó un encuadre general del tema del socio aparente y el socio del socio en el régimen vigente en los artículos 34 y 35 de la Ley General de Sociedades (LGS) antes de la reforma del decreto (refrendado en fecha posterior a la exposición por la ley 27.444).

Al respecto, recordó que el socio oculto previsto en el artículo 34 era mirado con disfavor por la ley porque participa en la sociedad en forma clandestina y por ello la Ley de Concursos extiende los efectos de la quiebra de la sociedad a quien se identifique como socio oculto encubierto por algún otro socio “aparente” en función de la responsabilidad ilimitada que resulta del artículo 160 de dicha ley.

Mientras que el artículo 35 de la LGS regulaba el supuesto del socio del socio, que parte de una premisa distinta a la anterior. Aquí se trata de un socio real que decide dentro del marco de la autonomía de la voluntad asociar a uno o más terceros a su derecho de participación social en la sociedad de la que participe.

En este caso, dijo, no hay “apariencia”, como sí la hay en el supuesto regulado por el artículo 34, sino realidad. En todo caso hay una “sociedad oculta” detrás de su vínculo con los restantes socios. El artículo 35 de la LGS establecía que la relación entre el socio gestor u ostensible y quien quedaba oculto se regulaba por las reglas de la sociedad accidental. La exposición generó un muy interesante intercambio de opiniones entre los asistentes.

En la reunión de junio, el doctor Miguel Rubín disertó sobre el tema *“Cuando los jueces laborales sentencian empleando las normas de la ley de sociedades”*, ofreciendo una reseña y la evolución del tratamiento en sede laboral a la responsabilidad de los socios y administradores de sociedades comerciales.

Puntualizó que los tribunales laborales son propicios a emplear criterios que exceden el de la sola aplicación de la ley societaria específica, que es la que regula la responsabilidad de los administradores y socios por el accionar societario bajo el marco de los artículos 59, 157 y 274 de la LGS. Ello

bajo la premisa de que en caso de incumplimientos que den lugar a condenas a favor de los trabajadores, debe haber alguien a quien finalmente el trabajador pueda reclamar la indemnización que le corresponda de acuerdo a la normativa laboral.

En prueba de lo cual, y a modo de ejemplo, señaló que cinco de las 10 salas de la segunda instancia laboral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han condenado a Directores Suplentes, por falta de registración o bien en situaciones de abuso de la personalidad societaria.

Destacó que luego del dictado del precedente “Palomeque”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del año 2003, y que puso límites al accionar de los tribunales laborales que habían canalizado la responsabilización de los socios de las sociedades comerciales por incumplimientos de éstas con sus obligaciones laborales por la vía de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, con invocación del tercer párrafo del art. 54 de la ley 19.550, y tras un breve tiempo en el que el fuero laboral se ajustó en general a la directiva orientativa de la Corte, la modificación de su composición y luego el recorte de la Corte al conocimiento de los casos que le son sometidos por la vía del recurso extraordinario por arbitrariedad ha llevado nuevamente a una situación de incertidumbre respecto del alcance de la responsabilidad que puede recaer sobre administradores y socios por las obligaciones laborales de la sociedad.

En la reunión de agosto ofreció una comunicación el doctor Israel Creimer, sobre *“Derecho Privado Patrimonial en el Uruguay”*, durante la cual relató las vinculaciones de las distintas regulaciones del derecho patrimonial en Uruguay y Argentina, al igual que la doctrina y jurisprudencia, sobre todo en materia societaria, de títulos de crédito y fideicomiso.

Bajo tales antecedentes, propuso algunas ideas iniciales para considerar una formulación de un derecho patrimonial unificado en materia de obligaciones y contratos en Uruguay, más allá de plantearse también si está o no vigente la idea de la necesidad de un código, a la luz del fenómeno de la descodificación y recodificación del derecho contractual.

El autor mencionó la producción de numerosas transformaciones en la realidad y en la forma de hacerse los negocios, en que la ley concursal se ha generalizado en su aplicabilidad, en la incidencia del derecho administrativo sobre el derecho empresario, en la aparición generalizada del concepto de empresa que lleva a revisar los viejos conceptos que separan



la dogmática del derecho civil del derecho comercial, en la irrupción de la constitucionalidad en el derecho civil, poniendo limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad.

Tras la exposición, se produjo un intercambio de ideas entre los asistentes.

En septiembre expuso el académico doctor Mariano Gagliardo, sobre el tema “*Causa lucrativa en el esquema asociativo*”, y recordó que la doctrina clásica mayoritaria ha asociado el concepto de sociedad con el elemento lucrativo.

Reconoció, no obstante, los cambios acelerados que se han verificado en el plano social, que se traducen también, si bien no linealmente, en el campo del Derecho.

De seguido se refirió a la causa negocial como impulso determinante de la razón que explicita el movimiento de la voluntad, el interés que se persigue mediante un acto jurídico.

El expositor abordó luego el fenómeno de la unificación, que fue cobrando mayor relevancia a partir del proceso gradual y creciente de comercialización de la vida civil.

Aunque también meritó que al no haberse consumado plenamente la “comercialización” de la sociedad ni de la economía, no puede considerarse que haya perdido totalmente su razón de ser y que deba, consecuentemente, quedar absorbido por el Derecho civil. Así, ciertos órdenes jurídicos subsisten como rama jurídica especial, en la que quizá puedan, a su vez, subdistinguirse determinadas áreas normativas –Derecho agrario, etc.– dotadas de una muy relativa autonomía, al menos en el plano didáctico, caracterizada por la peculiaridad del sector de la realidad social que disciplina.

En octubre, el doctor Miguel Araya abordó la cuestión de la “*Cesión de créditos. Ley de financiamiento productivo N° 27.440*”, exposición que se centró en torno a la reforma parcial introducida por la ley 27.440 al régimen de cesión de créditos contemplado en el reciente Código Civil y Comercial (CCyC) y en la ley 24.441.

Anticipó su parecer de que la reforma producida, más allá de su afán de procurar subsanar algunas falencias del régimen legal del CCyC, fundamentalmente en cuanto a que desatendió totalmente el fenómeno de la cesión de cartera de créditos, no fue acertada en las soluciones propuestas.

Tras la presentación general del tema, el expositor se refirió a las funciones económicas esenciales de la cesión de créditos, como instrumento de pago, como medio para obtener financiación, o como forma de garantía.

Luego reseñó distintas clasificaciones posibles de las cesiones, como la que distingue la cesión individual de la cesión de cartera de créditos, la que repara en el carácter temporal (créditos presentes o de créditos futuros); o bien si el crédito a ceder está o no incorporado a un título valor (por la forma en que se lleva a cabo la cesión, vía endoso o por mecanismo tradicional de la cesión de créditos).

Expuso a continuación la regulación de la cesión de créditos bajo el régimen del Código Civil, con la necesidad de que la notificación al deudor cedido fuera efectuada por “acto público”, y la regulación legal limitada a la cesión de créditos individuales.

En noviembre, última reunión del año, el doctor Guillermo Cabanellas habló sobre la “*Nueva Ley de Defensa de la Competencia*”, oportunidad en la que se refirió a los antecedentes legislativos previos a esta ley N° 27442, fundamentalmente a la ley N° 22.262 y luego a la ley N° 25.156.

Planteó en primer término si hacía falta reformar la ley entonces vigente, a lo que contestó afirmativamente, porque no estaba funcionando bien, y luego consideró otros aspectos dignos de atención.

Se refirió a la inclusión en la ley de supuestos de prohibiciones “per se” en el artículo 2, las relativas a los acuerdos de precios entre competidores, y el boicot colectivo a un tercero.

Se mostró crítico, pues es una solución original que no existe en otras legislaciones, donde la existencia de prohibiciones “per se” es más un desarrollo doctrinario, que puede plantear excepciones.

Criticó también la larga enumeración de supuestos del artículo 3, por innecesaria a tenor de lo previsto ya con carácter más general en el artículo 1, y por tener una defectuosa redacción.

Respecto de la regulación del abuso de la posición dominante, expresó que se mantiene la regulación anterior, y de hecho considera que es un área que no ha planteado mayores dificultades en su aplicación.



## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El académico Jorge R. Vanossi fue designado Director Interino del Instituto, ante la designación del académico Hugo Caminos como académico emérito. En el mes de diciembre el Instituto retomó sus reuniones con un encuentro en el que disertó el doctor Ricardo Arredondo.

En la ocasión, además, se estableció que el Instituto se reunirá durante el año 2019 de manera mensual, el cuarto martes de cada mes, a fin de analizar y abordar las preocupaciones y desafíos actuales de la especialidad, con especial dedicación a los intereses de la República Argentina.



## INSTITUTO DE DERECHO PENAL

El Instituto de Derecho Penal modificó su dirección durante el año 2018. El académico doctor Siro M. A. De Martini fue responsable de su gestión hasta el mes de agosto, cuando presentó su renuncia a esas funciones. Con la incorporación a esta Academia del doctor Guillermo J. Yacobucci –el 12 de julio de 2018– y a propuesta del propio doctor De Martini, se designó al nuevo académico como director del Instituto de Derecho Penal.

En el curso del año se llevaron a cabo regularmente, de marzo a noviembre, las reuniones previstas para el primer martes de cada mes; en tanto la correspondiente al mes de diciembre se realizó el jueves 6, en oportunidad del discurso de ingreso a la Academia del doctor Yacobucci.

En el primer tramo del año, el objeto de análisis fue el anteproyecto de reforma del Código Penal. Se trataron, en particular, la reforma sobre el delito de aborto –expusieron los doctores Siro M. A. De Martini y Eduardo Riggi–; los delitos fiscales –expositor, el doctor Mario Laporta–; cuestiones de especial importancia en el anteproyecto –expositor, el doctor Carlos González Guerra– ; problemas de dogmática penal dentro de la reforma –expositor, el doctor Guillermo Yacobucci– y, finalmente, cuestiones de bioética en el anteproyecto –expositor, el doctor Marco Terragni–. En todos los casos se discutieron los puntos de interés, suscitándose un importante intercambio de opiniones y propuestas de reforma legislativa.

En el mes de septiembre se propuso que, más allá de los distintos temas que planteen los miembros del Instituto para cada reunión, se asuma un objeto de interés central para ser estudiado durante el año 2019. En este caso, todas las cuestiones relacionadas con la culpabilidad penal, logrando la conformidad de los presentes.

Por otra parte, se consideró la integración del Instituto, con el fin de actualizar la lista de quienes figuran como participantes del área.



## INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Enrique M. Falcón, en la modalidad de trabajo que viene realizando, con propuestas de legislación, el Instituto, como ya lo hiciera respecto del proceso colectivo y el amparo, se ocupó de elaborar un modelo de legislación sobre el “*Hábeas Corpus*”, que se editó en separata.

En esa obra trabajaron los profesores doctores Miguel A. Almeyda.; Roland Arazi; Angela E. Ledesma; Héctor E. Leguisamón; Leonardo Lubel; Mario Masciotra; Carlos Ponce; Jorge A. Rojas y Eduardo Sirkin.

Asimismo, participó en la tarea, como invitado, el profesor doctor Pedro Bertolino.

El trabajo terminado fue presentado a la Academia y se imprimió en el Anticipo de Anales - Año LXIII - Segunda Época - Número 56, en el mes de noviembre.

Las consideraciones sobre este modelo de proyecto legislativo obran en la misma publicación en la nota enviada al señor presidente de la Academia doctor Jorge R. Vanossi.

En la última reunión del año se fijó el tema de trabajo para el año 2019, que consiste en diversos artículos sobre la oralidad y su aplicación al proceso civil y penal.





## 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 marzo 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 temas vinculados a cuestiones de derecho individual y colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social.

La doctora Silvia Pinto realizó un *“Análisis del proyecto de reforma laboral”*; el doctor Juan Pablo Mugnolo abordó el tema *“Influencia de la intervención estatal sobre la estructura de la negociación colectiva”* y la doctora Noemí Rial se refirió a la cuestión de *“Los trabajadores autónomos económicamente dependientes ¿realidad o ficción?”*.

El doctor Diego Tula expuso sobre el *“Estado de situación actual de las leyes de adhesión provinciales a la ley 27348”*; el doctor Julio César Simón se refirió a *“La negociación colectiva como factor de desarrollo económico y social”* y el doctor Marcelo Aquino ofreció una comunicación sobre el *“Régimen de jornada ante el escenario de las nuevas formas de organización del trabajo”*.

Finalmente, la doctora Graciela González disertó sobre el tema *“¿De qué hablamos cuando hablamos de género?”*.

Durante el año 2019 están previstas exposiciones de invitados de diversos ámbitos sobre temas vinculados a nuestra disciplina, entre los meses de abril y noviembre, con el objetivo de intercambiar opiniones entre los miembros del Instituto y destacados profesionales de las ciencias sociales y políticas, así como con funcionarios del área laboral.

Por otra parte, a mediados de 2019 quedará listo para su publicación un trabajo sobre derecho individual y colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social.



## INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

Durante el año al que se refiere esta Memoria el Instituto publicó un libro en homenaje al académico Horacio A. García Belsunce, director del Instituto, a través de la Editorial Thomson Reuters - La Ley. Participan en la obra, con trabajos y comunicaciones, los doctores Juan Manuel Álvarez Echagüe, Rubén Asorey, Enrique G. Bulit Goñi, José O. Casás, Hernán García Belsunce, Horacio García Prieto, Pablo J. M. Revilla, Cristian E. Rosso Alba, Alberto Tarsitano, Guillermo O. Teijeiro y Gustavo Zunino. El prólogo estuvo a cargo del académico presidente Jorge R. Vanossi.



IV

XXII REUNIÓN CONJUNTA  
DE LAS ACADEMIAS NACIONALES  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES



# SOBRE LAS ACADEMIAS NACIONALES HOY

POR JORGE R. VANOSI\*

Estimamos que cualquier proyecto de ley por iniciativa legislativa que modificara el régimen de estas instituciones, aun con las mejores intenciones de diálogo y la búsqueda de consensos, si bien podría contener cláusulas positivas, a la vez, se correría el riesgo de que otras apunten hacia una “centralización” que pueda eventualmente derivar o bien en una “burocratización” de los cuerpos que se crean, o bien en una aspiración hacia la “verticalización” del sistema o régimen de las academias nacionales.

De llegar a producirse esas “desviaciones” del régimen hasta hoy vigente, también se podría correr el riesgo de una “politización” del tema, y, por ende, del tratamiento que reciban las Academias en su conjunto o separadamente.

Las academias nacionales fueron jerarquizadas con el famoso “Decreto Alvear” (por el presidente Marcelo T. de Alvear), que garantizó la más plena autonomía, independencia y autarquía de cada Academia.

Es cierto que las Academias fueron conducidas al camino de la “reorganización” por una ley de 1950 y un decreto reglamentario fruto de esa ley; a partir de lo cual el nuevo régimen a poner en vigencia se caracterizaba por la pérdida de aquellas notas de la normativa de la década del veinte, para dirigirse a una marcada “verticalidad” con el Poder Ejecutivo y el Ministerio correspondiente.

En los hechos, no hubo vigencia alguna, pues tales nuevas normas no se aplicaron y las Academias entraron en un receso forzoso y completo entre 1952 y 1955.

---

\* Palabras del Académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires doctor Jorge R. Vanossi en la apertura de la XXII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2018.



Al dictarse el “Decreto Ley Dell’Oro Maini” (por el ministro de Educación), las academias nacionales recuperaron en el último trimestre de 1955 las facultades y atribuciones que provenían del “Decreto Alvear”, reconstituyéndose con plena autonomía y libertad académica.

Tal estatus fue ratificado expresamente por el Congreso Nacional, a través de la ley 14.467, sancionada en 1958, vigente en la actualidad.

El número de las academias nacionales fue creciendo, algunas por decreto del Poder Ejecutivo, y otras por leyes del Congreso; respetándose la existencia de Academias “privadas”.

En la actualidad, en el organigrama del Estado, una Academia (Medicina) orbita en el área del Ministerio de Salud y las demás situadas en el área del Ministerio de Educación y no en el de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, como había sido en los últimos años (también estuvieron en el “organigrama” de la Secretaría de Cultura y del Ministerio del mismo nombre).

Estimamos que lo más pertinente es no innovar, por ser innecesario cualquier otro cambio que tienda a reemplazar el actual estatus de estas entidades.

Sólo resta señalar que en el presupuesto de las academias nacionales se requiere una actualización, a fin de preservar el cumplimiento cabal de las tareas que vienen desempeñando con sumo empeño; y si se toma en cuenta que todos los académicos ejercen sus funciones con carácter “ad honorem”.

# SIGNIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

POR MARIANO GAGLIARDO\*

## I. Introducción

1. El Derecho elaborado por los hombres tiene forma normativa, bajo el estímulo de determinadas necesidades provenientes de su vigencia social de acuerdo con unos específicos valores (justicia, dignidad de la persona humana, autonomía y libertad individual, igualdad, bienestar social, seguridad, etc.).

El tema y núcleo de esta exposición –daño u agravio moral– reconoce orígenes antiquísimos, aun cuando su formulación pareciera propia de estos tiempos.

En épocas primitivas, el instituto de la venganza privada protegía cualquier atentado contra la personalidad, incluso aquellas agresiones que se referían a aspectos imponderables de ésta y aquellos que atacaban el honor, no obstante no obtenían un beneficio pecuniario.

El derecho romano, que suele mencionarse como típico exponente de la tendencia negativa a reparar el daño moral en virtud de las prescripciones de la ley Aquilina conoció, en muchos aspectos el daño moral como un perjuicio relevante a los efectos de su reparación.

Los romanistas veían que el hombre representaba un valor en sí; pero no todos los hombres, sino solamente aquellos que tenían la condición privilegiada de ciudadanos romanos. Consiguientemente, venía a ser una prerrogativa más de éstos, demostrativa de que en Roma, como en las demás sociedades antiguas, la igualdad se basaba en la desigualdad.

---

\* Disertación pronunciada por el Académico Mariano Gagliardo, en la XXII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2018.

Del Derecho antiguo se conocen disposiciones que castigaban las ofensas físicas y morales a la persona. En el Derecho griego, la llamada “dike kakegorías”. En el Derecho romano, la *actio iniuriarum*. Los romanistas modernos entienden que ésta era originada por el “desprecio de la personalidad ajena”.

Sin entrar en mayores controversias, existen textos en los que se encuentra la regulación de derechos sobre la vida y el cuerpo, sobre el honor, sobre la libertad y hasta respecto al no sufrir injustificadamente dolor.

En lo que al honor se refiere, contra los escritos difamatorios, desde las XII Tablas, se imponía la máxima pena. Por caso, Cicerón, De la República, 4.10 cita el ejemplo de la ofensa hecha por un comerciante, al proferir palabras ofensivas contra alguna persona; también cita Cicerón el caso de una persona que injuria a la otra pues le impide el acceso a su casa.

La Escuela del Derecho Natural contribuye poderosamente a la reconstrucción del tema, y en sus diversas manifestaciones, desde su primitiva formulación hasta el moderno renacimiento de sus ideas, ejerce una gran influencia en la materia. Pone al hombre en el vértice del sistema, considerando persona a todo hombre –no sólo a los ciudadanos libres–, dotándole del atributo indispensable de la libertad y atribuyéndole dos clases de bienes que son suyos, que le son esenciales y que constituyen el mínimo indispensable que le distinguen de los animales: unos, internos, entre los que se menciona la vida e integridad física, el honor y la fama, e incluso, a veces la tranquilidad y el sosiego; otros, externos, que son los comúnmente conocidos como bienes temporales. La lesión que se cause a cualquiera de ellos origina la obligación de reparar el daño.

La escuela española de Derecho natural, parte de la suma Teológica de Santo Tomás, donde resalta la vida, el honor y la fama es clara al difundir la idea básica de la concepción cristiana de que todos los hombres –no sólo los libres– son personas y, en segundo lugar, destacando los bienes personales y la naturaleza de las facultades que sobre cada uno de ellos tiene cada hombre. Esto se hace al señalar que, parte de los bienes externos –bona exteriora– hay unos bienes que están en la persona, en su mismo cuerpo, entre los que se enumeran los siguientes: la integridad corporal, la tranquilidad y sosiego del ánimo y la libertad; junto a ellos, pero distinguiéndolos como de distinta naturaleza, se mencionan también al honor y a la fama. Unos y otros pueden ser lesionados y originan, en tal caso, la obligación de reparar.

Desde este momento crucial de la historia del pensamiento europeo en que la Summa de Santo Tomás desplaza al Libro de las Sentencias de Pedro Lombardo, en las grandes diversidades del Renacimiento (Pars, Pavía, Salamanca, Coimbra), se empiezan a comentar las frases de la Summa sobre la vida, la integridad corporal, la tranquilidad espiritual, el honor y la fama. Las lecciones de Vitoria, llenas de vida y de sentido humano, despiertan el general interés.

Mazeaud y Tunc<sup>1</sup> argumentan acerca del agravio moral que “la cuestión no es nueva”, que se ha planteado “desde siempre” y resulta un tema tan antiguo, que ciertamente no declina su interés y actualidad.

De allí que existan ciertas dificultades para esquematizar y ordenar sistemáticamente las opiniones.

En la corriente española que se expone, están las ideas del Rvdo. Soto que sigue en las cuestiones generales de Derecho y Moral a Grocio, a Pufendorf y a varios tratadistas alemanes sobre Moral y de importancia secundaria.

La base técnica, para la especificación de la esfera de la personalidad procede de la filosofía escolástica.

Estas ideas, claras pero dispersas, no fueron eficaces hasta ser sistematizadas por los teólogos que formaran la referida escuela española de Derecho Natural.

Soto en su obra, parece decisivo. Dice que el hombre tiene tres géneros de bienes: 1. La vida; 2. El honor y la fama; 3. Los bienes temporales. Sobre la vida, el hombre no tiene dominio porque si bien puede exponerla no le está permitido suicidarse; es solo custodio de su vida. Por el contrario, el hombre tiene el dominio de su honor y de su fama, pero no puede usarlos como el dinero, porque su valor es superior. Honor y fama a los que colocará no en el orden de la vida, sino en el de los bienes externos.

La evolución del tiempo y del Derecho, nos muestran como textos internacionales y declaraciones constitucionales denotan una mayor protección de la persona.

Cuando el Corpus Iuris Civilis es superado por nuevas doctrinas científicas, se amplía el catálogo de derechos de contenido netamente civil dando paso a los denominados derechos de la personalidad.

---

<sup>1</sup> Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual, Buenos Aires, 1961, Ejea, 5<sup>o</sup> ed. t. I, vol. I, p. 429.

La rampa de lanzamiento de esta clase de derechos se encuentra en las Declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de los revolucionarios franceses y en la difusión del pensamiento liberal que se plasma en sucesivos textos constitucionales. Más adelante los instrumentos internacionales proclaman la universalidad de los derechos civiles y políticos y la obligatoriedad de su promoción y respecto por todos los Estados del planeta.

En su día, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos y Sociales, constituyen los textos básicos que sustentan las corrientes que alumbran los derechos de la personalidad.

La mayor parte de los bienes o derechos de la personalidad tienen un valor homogéneo y son compartidos o sentidos por la generalidad de las personas de una manera semejante: así la vida, la integridad corporal o psíquica, la libertad, etc. Por el contrario, el honor, la intimidad, tienen un particular componente. Se dice, hoy, que existe una socialización del honor que en otras épocas era un “privilegio de castas” y también se entiende que la necesaria actualización del concepto del honor responde a una configuración que resulta patrimonio de todos.

La intimidad y el honor son, además, el producto del más puro subjetivismo de la persona lo que dificulta la concreción de un concepto general o generalizable que pueda tener una cierta validez universal.

Se puede afirmar que la intimidad y el honor son conceptos deambulantes que se adaptan a la realidad social y a los perfiles psicológicos de las personas, estando determinados de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento de la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus propios actos, mantenga al respecto.

2. Es que los derechos de la personalidad se afirman a medida que se consolida con el progreso de la civilización, la consideración a la personalidad humana y a sus atributos esenciales y se dice que la marcha progresiva de la humanidad, el sentido respeto hacia la personalidad individual es hoy más vivo que en otras épocas o, cuando menos, alcanza un área más general de aplicación.

Concretando estos considerandos con relación a este país, nuestra constitución en su preámbulo, nos refiere a “afianzar la justicia” y “promover

el bienestar general”, destacándose que todo acto que afecte el “bienestar general”, sea por culpa o dolo, tales como el agravio contra la libertad, el honor, el espíritu, generan la obligación de repararlo, con el fin de afianzar la justicia.

El agravio moral puede afectar el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita y también el de usar y disponer de la propiedad (art. 14 C.N.).

Siendo inviolable la propiedad (art. 17 C.N.), también es inviolable la propiedad moral que tienen los habitantes en resguardo de su integridad total.

El incumplimiento de la obligación de tener un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano (art. 41 C.N.) puede generar daño moral, aparte del patrimonial y de la obligación de recomponer.

El art. 42 CN que se refiere a la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios contiene presupuestos de los cuales puede surgir, en caso de incumplimiento, responsabilidad que incluye el agravio moral. Y en este sentido, todo acto que afecte la salud, la seguridad y los intereses económicos, como también cuando se viole la veraz y adecuada información sobre bienes y servicios, puede generar responsabilidad moral.

En materia de codificación, el primer Código Civil que consagró expresa y especialmente el daño moral fue el Código Civil argentino. En disposiciones anteriores, sólo en ciertos casos particulares, delitos contra el honor, libertad, honestidad, parece tenerse en cuenta ese daño pero dentro del daño económico<sup>2</sup>, y no como formando por sí mismo, en razón de su efecto puramente moral, un objeto digno de un resarcimiento especial consagrado por el Derecho.

Como fuere el texto del art. 1078, fue tomado de Aubry et Rau que recibe la influencia de Sourdat, autor no conocido por Vélez.

3. Hemos desarrollado el introito al tema, sin citas de opiniones contrarias a fin de mantener la coherencia en la exposición, en los orígenes de la figura y mantener la claridad expositiva. Sin embargo, la moderna doctrina autoral, tiene otra perspectiva y consideraciones relativas al tema,

<sup>2</sup> Aguiar Henoch, Hechos y actos jurídicos, Tea, Buenos Aires, 1951, IV, p. 271.

cuya síntesis esencial habremos de exponer. Sobre el particular, Mosset Iturraspe<sup>3</sup> dice que el agravio moral, daño moral, como especie, dejó de lado “el daño a la persona” o mal a ella efectuado para poner el acento en un menoscabo de índole “moral”...es una larga historia que transita en parte por perjuicios y en parte por ignorancias acerca del ser humano, de su realidad profunda. Expone el autor, sus razones, y argumenta que la expresión daño moral es impropia o inadecuada, y además, equívoca. Y la tesis daño moral = dolor deja fuera una seria importante de perjuicios que la persona puede padecer.

Para el autor, la expresión daño moral limita la visión de la persona humana, desde una óptica poco feliz, la del dolor, a partir de la calificación del daño extrapatrimonial resarcible como “moral”.

Opina que el daño moral no debe desaparecer y achicar su campo de comprensión y de ser un género, pasar a ser una especie, identificándose con el daño dolor, sufrimiento, tristeza, angustia o desolación y posibilitar la aparición de un concepto mayor, el de daño a la persona.

Otorga –con algunos autores– autonomía a otras especies de daños a la persona; la autonomía de los “nuevos daños” significa la inaplicabilidad a ellos –estético, psíquico, vida de relación, biológico, etc.– de consecuencias específicas de la caracterización del daño moral como dolor o sufrimiento.

Concluye que los planteos históricos se justificaban en un tiempo en que sólo se pensaba en un daño extrapatrimonial nacido del dolor o del sufrimiento, con todas las “sospechas” o “perjuicios” que el tema suscitaba, más ello es hoy historia o pasado y no se acomoda a los tiempos nuevos y a las necesidades sentidas como diferentes.

## **II. Daño moral como menoscabo a derechos de la personalidad jurídica**

Los llamados derechos de la personalidad, a partir de su denominación resultan controvertidos. La doctrina en general prefirió, a veces, emplear al nombre de atributos o bienes, dando con ello a entender que no reúnen los recaudos indispensables para ser encuadrados en el sistema genérico

---

<sup>3</sup> Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona, Revista de Derecho de daños, Rubinzal Culzoni, N° 6 p. 7 y ss..

de los derechos subjetivos. Otras veces se emplea el nombre de derechos personales, lo que se presta a confusión en virtud de lo arraigado de esta denominación para designar los derechos de crédito en su diferencia con los reales o de cosas. Dentro del mundo de los patrimoniales, como indicativa de aquellas titularidades consistentes en poder exigir un determinado comportamiento de dar, hacer o no hacer algo que, en el orden normal de las cosas, nadie debe a nadie. Podría recordarse el clásico intento de llamarlos derechos de la propia persona, igualmente consistente porque de la propia persona son realmente todos los derechos subjetivos de que se es titular, es decir, respecto de los que no se es un extraño; y si lo que se quiere indicar es que son derechos que afectan, en cuanto a la finalidad, a la persona misma independientemente de sus acciones externas con respecto de bienes u objetos que no son la propia persona, no cabe duda de que es mucho más gráfico, que tiene el aval de la tradición y del uso por la doctrina dominante, el término derechos de la personalidad.

Lo que en definitiva se quiere significar es que se trata de unas titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable, relativos no a bienes exteriores en los que aquélla se proyecte al actuar, sino personales en cuanto forman parte de nosotros mismos, teniendo consiguientemente un contenido ideal, inmaterializado. Lo cual no supone un concepto vago e impreciso, antes al contrario indica con precisión su alcance y contenido; ni puede sostenerse que conduzca a resultados absurdos por el hecho de la especialidad de su objeto, en cuanto se trata de bienes –tales como la vida, el honor, la intimidad, la integridad física, etc.– que indudablemente no pueden estar a merced de los demás; y aquella alegada dificultad de su configuración jurídica nunca puede ser un obstáculo y mucho menos un pretexto para privarles de protección.

La construcción jurídica de los derechos de la personalidad no es un tema pacífico, pues no se ha admitido de manera pacífica su catalogación como derechos subjetivos, a raíz de la dificultad de adaptar los moldes y principios básicos de éstos a las especialidades que aquéllos presentan.

Siendo derechos cuyo objeto no es externo al individuo que ostenta su titularidad, sino interno e inmaterial, parece difícil la separación del objeto respecto del sujeto, que vendrían, en cierto modo, a confundirse. Al igual que esa falta de materialidad sería un reparo para el desarrollo del señorío, poder o facultad que generalmente integra el contenido de los derechos, lo que incide en el mecanismo de tutela.



La confusión estructural entre sus dos elementos básicos –sujeto, objeto– existe cuando se sostiene que el objeto sería la propia persona, en cuanto que todos los derechos de la personalidad se identificarían con ésta de manera inseparable y unitaria, por lo que se trataría de un solo derecho sobre sí mismo.

De acuerdo con ello, el hombre tendría potestad sobre sí, no sólo sobre su vida –excepto para privarse de ella– y sus miembros, sino también sobre su honor y fama y hasta su propia alma y bienes espirituales; tal podrá ser denominado “facultas”, porque repugnaba considerarle como “*iure dominium*”, aunque el resultado venga a ser el mismo, al margen de la denominación. A parte de la imposibilidad lógica de que la persona sea al propio tiempo sujeto y objeto de una relación y habida cuenta de que se trata de derechos absolutos, de obligado respeto por toda la colectividad, resultaría que el mismo sujeto–objeto sería al propio tiempo uno, entre todos los sujetos pasivos indeterminados, a quien incumbiría el deber de abstención y respeto de su derecho sobre sí mismo.

En los derechos de la personalidad se tienen en cuenta unos bienes inmateriales, ideales, carentes de valoración económica, que, forzoso, es señalar que son tan estimables como los materiales. Sin que haya razón para considerar que no pueden incluirse tampoco dentro de aquellos –a los fines jurídicos– por el hecho de que carezcan de existencia objetiva distinta de la persona, por las circunstancias de que afectan al ser y no al tenor de la misma. Si el concepto de bien debe ponerse en relación con la utilidad que algo representa para el sujeto, en cuanto sirve para satisfacer el deseo o estímulo de una necesidad, no se comprende que pueda haber bienes más deseados que los conectados con la propia persona, como la vida, la integridad física o moral, la intimidad, el honor, la libertad. Hasta el punto que son esenciales a la personalidad misma. Pero, cual sucede en todo derecho subjetivo, el bien sí mismo no es protegible; lo es sólo en cuanto representa un interés. El ordenamiento no puede proteger la vida cuando el sujeto se suicida; en la integridad física, después de haberse producido la automutilación; ni el honor, fama, intimidad, respecto de quienes se han despreocupado de ellos.

La protección está, pues, dependiendo de la existencia de un interés, exactamente en la misma medida que para las restantes titularidades.

De todas las características de estos derechos, la esencialidad, con lo que se quiere destacar que sin ellos quedaría insatisfecha la personalidad como concepto unitario, privada de valor real, inactuada en su plenitud.

Es decir, configuran la esencia de la misma; no son simples atributos, notas o cualidades que adornan la personalidad, sino que son necesarios a ella; aquello que no puede faltar sin que la personalidad deje de ser lo que es<sup>4</sup>.

Esenciales a la personalidad, que es un concepto jurídico pero que el ordenamiento no atribuye, sino que se limita a reconocer por el mero hecho del reconocimiento.

No se opone a la esencialidad de estos derechos el hecho de que no exista un elenco fijo de aquéllos porque los atributos o bienes que son de esencia a la personalidad resultan siempre los mismos: vida, integridad física y moral, libertad, identificación personal. Lo que puede aumentar o cambiar, en su presentación, son las manifestaciones concretas de ellas, según lo que se estime o cómo se estime su vigencia legal.

Es rasgo de los derechos de la personalidad, la inherencia a la persona, puesto que, como tantas veces se ha dicho, son personales en el más estricto del término, en lo que significa conexión o vinculación a la misma. Por eso precisamente fueron llamados personalísimos en contraposición a los reales, dentro del ámbito de los patrimoniales porque el objeto de ellos, es decir, la prestación no es algo de orden material, sino el comportamiento voluntario. Lo que revela y pone de manifiesto, ciertamente, una específica actitud personal; pero que, sin duda, es menos personal que aquello que afecta no a los actos que lleva a cabo la persona, sino a la persona en sí misma apreciada, con independencia de las exteriorizaciones que efectúe.

Sin embargo, en una obra colectiva<sup>5</sup>, Cifuentes en su proposición final sostiene que los daños a los derechos personalísimos se bifurcan por toda la gama de posibilidades y situaciones, y que su reparación también puede ser integradora con vocación a lo más acabado posible, aunque nunca total y completa.

En esta síntesis, no trata todas las particularidades de los derechos personalísimos, más aclara que el daño a los mismos abarca a todas las fronteras de la responsabilidad en general. Alude al daño moral como un daño a un bien objeto del derecho subjetivo, no patrimonial, no utilitario, que debe afrontarse con un pago patrimonial y utilitario. El Alto Tribunal tie-

<sup>4</sup> Zubiri, *Sobre la esencia*, Madrid, 1963, 2ª ed. p. 15.

<sup>5</sup> *La responsabilidad*, Homenaje al Prot. Isidoro H. Goldenberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 113.

ne dicho que para la valoración del daño moral debe tenerse en cuenta el estado de incertidumbre y preocupación que produjo el hecho, la lesión en los sentimientos afectivos, la entidad del sufrimiento, su carácter resarcitorio, la índole del hecho generador de la responsabilidad, y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio<sup>6</sup>. Seguidamente, a raíz de esta nominación se refiere al daño moral “*categoría de daños, hoy cuestionada, cuestionamiento que podría tener justificación si se encerrara el concepto y el término, en los sufrimientos del dolor y en los padecimientos del espíritu de la persona*”.

Pero quizás, dice, sea injustificada la proposición supresora, si se estimara que metafóricamente, ese nombre moral, tiene fronteras mucho más amplias y que son las propias que todo mal que extra patrimonialmente puede soportarse, desde aquellos padecimientos atormentados del cuerpo, hasta las angustias, las congojas, desazones y sentimientos, hasta el desvío del itinerario de la vida, en su proyección, hábitos y ocupaciones, hasta en fin los enojos justos, las alteraciones del vivir, las pérdidas en expectativas espirituales, estéticas y creativas. Así, comenta, por ejemplo el sordo que ya no puede escuchar la música de su preferencia –proyección estética entorpecida–, además de perder la completa comunicación con los otros, de impedirle acaso componer, puede llegar a sentir el martirio de algún malestar orgánico y necesitar el uso de aparatos antiestéticos. Para concluir este apartado, cabe destacar que la intimidad y el honor, productos del subjetivismo resultan difícil de concretar en una noción general.

Ello no obsta a que se pueda afirmar que son conceptos deambulantes que se adaptan a la realidad social y a los perfiles psicológicos de las personas, estando determinados por las ideas prevalecientes en cada momento de la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus propios comportamientos mantenga sobre el particular.

### **III. Concepción del daño moral**

4. Los valores del hombre como persona, reciben distintas nominaciones y diferentes conceptos técnicos. La lesión o afección a alguno de ellos, ocasiona un detrimento y generará una reparación del agravio moral.

<sup>6</sup> Savarro de Caldava, Elsa I. c. Empresa de Ferrocarriles Argentinos, JA mayo-9-2018, fascículo 6.

Hoy, es infrecuente encontrar en nuestra literatura jurídica un estudio, libro o monografía que de manera específica no trate, según su perspectiva, la disciplina del agravio moral.

Laurent<sup>7</sup> basaba resarcibilidad del daño moral en que la ley quiere proteger todos los bienes del hombre; nuestro honor, nuestra consideración ¿No son acaso, lo máspreciado entre los hombres sus bienes?

Aguiar en una de sus obras prologadas por Buteler Cáceres dice vulnorado por el acto ilícito alguno de los preciados bienes que hacen parte del llamado patrimonio moral, tutelado efectivamente por el Derecho Civil, se nos mostrará, en su genuina manifestación, el agravio moral, por cuanto el ofendido ya no disfrutará del sosiego y de la paz espiritual de que antes disfrutaba.

La reparación del agravio moral es un tema arduo y complejo, lleno de interrogantes o bien de respuestas que no son convincentes. Además está decir que las sistematizaciones que al respecto se formulan denotan que son insatisfactorias o suscitan cavilaciones.

La personalidad moral, que parece así separada y contrapuesta a la personalidad física ¿Cómo establecer la frontera entre una y otra personalidad? ¿Cómo separar la esfera corporal o vital, de la moral en la persona?

Filósofos, médicos y psicólogos nos afirman, cada vez con mayor seguridad, que el hombre es, sustantivamente, alma y cuerpo. Es importante precisar, si en los casos de pérdida de la alegría del vivir, el sufrimiento causado; es decir, lo que se refiere al pretium doloris y también al daño moral.

Ante estos interrogantes, cabría responder que con el daño moral se repara “el precio del dolor” de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias; se trata de proporcionarse a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado, de posibilitarle acceder a gratificaciones vitales, confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena<sup>8</sup>.

El Derecho civil tutela determinados bienes fundamentales de la persona y de su patrimonio, y al asignarles la calificación de bienes jurídicos crea un sistema legal conferido al individuo para su eficaz defensa. Lo que resulta el aspecto positivo del orden jurídico.

<sup>7</sup> Principes de Droit, français, Bruxelles, Paris, 1887, 4ª ed., p. 415.

<sup>8</sup> Iribarne Héctor P., La cuantificación del daño moral, Revista de Derecho de Daños, nº 6, p. 197.

La convivencia humana, sin embargo, determina, a veces, la lesión de estos bienes personales o patrimoniales, motivando una reacción negativa que se traduce en una sanción que puede resultar en una pena o bien en una reparación de daños e intereses, transformando el contenido de la obligación, en una prestación de carácter económico.

Es que el mundo del pensamiento jurídico no es un mundo irreal, fuera del tiempo o incluso puramente imaginario; por el contrario, el orden jurídico es algo vivo, pues lo real no son sólo las cosas de la vida espacial y temporal sino también las sensaciones anímicas, sustancias eficaces del espíritu objetivo, reconocidas en las relaciones de convivencia<sup>9</sup>.

La vasta materia que conforma el daño moral está inserta en el derecho de daños, cada día más explicitado y no muy profundizado, ya que la esencia del tema, precisamente, radica en lograr a través de su aplicación una tutela real y efectiva de la persona humana en su total naturalidad y dignidad.

Es también, daño moral el causado en derechos de la personalidad, valores de afección, más que en la realidad material: es irrogado en bienes no económicos de una persona humana, o bien en ciertas circunstancias, la repercusión de índole afectiva suscitada en daños materiales.

Al estar el ser humano dotado de espíritu, y ser éste el sujeto donde impacta el agravio moral, destacamos que el avance de las ciencias y la necesidad imperiosa de adecuadas soluciones, indican aplicar psicología al Derecho<sup>10</sup>.

Y así mientras se alude en doctrina al “daño moral”<sup>11</sup> distinguida doctrina le asigna el calificativo de “agravio moral”; “daño moral o extrapatrimonial”, cuando no “precio del dolor”<sup>12</sup>; “pretensión al dinero del dolor”<sup>13</sup>;

<sup>9</sup> Larenz, Karl, *Derecho de las Obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 37.

<sup>10</sup> Lersch, Philipp, *El hombre en la actualidad*, Gredos, Madrid, 1982, 2ª ed.

<sup>11</sup> Borda Guillermo A., *La Reforma del código Civil*, Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 227.

<sup>12</sup> Llamabias J.J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 356, ap. 273 a) y JA 1954-III-358.

<sup>13</sup> Larenz, ob. cit. p. 639.

“perjuicio moral”<sup>14</sup>; “daño no patrimonial”<sup>15</sup>; “patrimonio inmaterial de un individuo”<sup>16</sup>.

De manera que, sin perjuicio de la terminología que se utiliza y los adjetivos aplicados de una manera indistinta, debe retenerse que “prima facie”, daño material es el que se aprecia por los sentidos; jurídicamente, el daño corpóreo o corporal. Mientras que el daño moral, afecta la esfera inmaterial, el daño incorporeal: perjuicio patrimonial es daño material y perjuicio moral es lesión extrapatrimonial.

Ello si bien no es absoluto o excluyente, pues la lesión de un derecho no patrimonial puede significar el que se produzcan daños patrimoniales: lesión a la salud o integridad física que obsten a la víctima que efectúe sus tareas habituales, o en la difamación a una persona que pierda su empleo; o bien, la lesión de un derecho patrimonial, puede significar una situación diferente de aquella a la que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y, además, sentirse anímicamente perjudicado. En una exacta ponderación del tema que tenga en cuenta lo dicho sobre la persona individual y la afección de la misma, el daño moral lato sensu es el daño extrapatrimonial, o que afectando bienes objetivos, irrogue o no, una lesión material en los mismos causando una perturbación anímica en su titular, cualquiera que sea el derecho que sobre ellos se ostente.

Cabe señalar que en la hipótesis de sufrimiento producido por la muerte de un familiar, o por una campaña de difamación, es veraz que al considerar el daño moral como dolor o sufrimiento, viene a configurar una secuela de estos daños y puede también presentarse la existencia independiente del daño moral, sin necesidad de que se hayan realizado otros daños: tal lo que ocurría con el sufrimiento causado a una persona al comunicarle maliciosamente la mala noticia de la muerte en accidente de un hijo suyo.

Por otra parte, no es necesario para que exista daño moral que se produzcan sufrimientos físicos o morales del hombre, pues pueden causarse daños morales a las personas jurídicas, las cuales, al carecer de un cuerpo físico, no pueden experimentar sufrimientos, y en este sentido, es también

<sup>14</sup> Mazeaud Tunc, Lecciones de Derecho Civil, Ejea, Buenos Aires, 1960, 2ª parte, vol. II, p. 67, ap. 617.

<sup>15</sup> Salas A.E., La reparación del daño moral, JA 1942-III-46.

<sup>16</sup> Colombo Leonardo A., Acerca del resarcimiento del daño moral en las obligaciones contractuales, L.L. 87-397.

daño moral la disminución o pérdida del prestigio de una persona jurídica a raíz de una campaña de difamación realizada contra ella.

La división del daño no patrimonial en daño moral (dolores y sufrimientos de ánimo) y daño personal (lesión de los derechos de la personalidad) ha sido observada, destacándose que también el dolor o padecimiento producido, por caso, por la muerte de un allegado, es también lesión de un bien de la personalidad, ya que entre estos bienes está la tranquilidad de ánimo.

Acorde la clasificación de los bienes en materiales e inmateriales, o sea en económicos y morales, no resulta complejo fijar el contenido del daño moral en la medida que irroga un perjuicio de esa misma especie sobre calidades morales de la personalidad.

Vulnerar alguno de los derechos referidos en alguno de esos bienes, es susceptible de producir aquel daño. La realidad cotidiana y las tristes experiencias en la producción de acontecimientos no queridos, son una radiografía de que un mismo hecho implica, irroga o significa un daño económico y otro moral: imputación calumniosa obsta al crédito comercial con el consiguiente daño al sujeto involucrado.

5. Muchas son las definiciones que se han esbozado sobre el daño moral: algunas adoptan un criterio negativo (Mazeaud, Polacco) hasta el punto de que puede decirse que existe acuerdo en la doctrinas en definir por exclusión el daño moral, contraponiéndolo al daño patrimonial. Noción ésta que no se satisface a la mayoría autoral.

Otros, opinan que no es posible englobar en una categoría única los daños no patrimoniales, por lo que, en vez de distinguir entre daños patrimoniales y no patrimoniales, hay que hacer una clasificación tripartita de los daños, contraponiendo frente al daño patrimonial de un lado, el daño personal (lesiones a la integridad física o moral, al honor, etc.), y de otro, el daño moral propiamente dicho (dolores, padecimientos de ánimo, etc.); o bien distinguiendo entre daños que afectan al patrimonio, daños que afectan a la víctima en su persona física y daño moral<sup>17</sup>.

Están muy extendidas en la doctrina las definiciones del daño moral que lo identifican con el dolor, sufrimientos o padecimientos físicos o psíquicos injustamente ocasionados.

<sup>17</sup> Colin y Capitant, Derecho Civil, Madrid, 1924, p. 743 y s.s.

6. Así, De Ruggiero<sup>18</sup> luego de estas consideraciones, cabría definir al daño moral como la privación o la disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre que son la paz, la libertad, dignidad, tranquilidad, integridad física, honor y los afectos.

Explicitando esta noción, en línea de principios, se trata de una afección extrapatrimonial que por un lado incide negativamente en el ambiente de una persona y en otro aspecto, vulnera su psicología, destacándose que la persona tiene derecho a un ambiente integral, que abarca matices tales como daños por privación de placeres o privación de alegrías.

7. Pizarro, autor que ha tratado *in extenso* el tema central, dice<sup>19</sup> que el daño moral en la persona física es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar. El perjuicio final es el determinante de la existencia del daño, lo que requiere una fina apreciación de los sucesos pues no todo agravio moral es susceptible de reparación, como tampoco toda lesión económica configura en esencia un daño moral.

#### **IV. Implicancias del daño moral**

8. Nadie lucra con los sentimientos heridos, con los aspectos espirituales del sufrimiento, al conceder una indemnización como prevé la ley<sup>20</sup>.

El patrimonio moral de la persona física se integra y desarrolla en el reducido escenario de su cuerpo y le acompaña en todas las facetas de su vida. Es que el mundo de relaciones que el ser humano entreteje a lo largo de sus actividades le hace partícipe de la pequeña o grande historia que contempla pasivamente y protagoniza activamente. Porque el ser humano es único e irrepitible, y la compulsión que puede sufrir por los distintos avatares de la vida afectan su personalidad y su conducta incidiendo en sus actitudes<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1931, II, p. 271.

<sup>19</sup> Daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., p. 32 y s.s.

<sup>20</sup> Acuña Anzorena, Arturo, La reparación del agravio moral, Estudios sobre responsabilidad vicil, Platense, La Plata, 1963, p. 53 y s.s.

<sup>21</sup> Rogers, Carl R., Terapia, personalidad y relaciones interpersonales, Buenos Aires, 1998, p. 49.



Ello es el daño moral que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, serenidad, etc.); es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporeales cuya tutela cobijamos bajo la categoría jurídica de los denominados derechos de la personalidad.

Porque la base de toda convivencia civilizada es el respeto mutuo y consideración a los semejantes: la aflicción –entre otros pesares– es el resultado del comportamiento de otro sujeto y genera un sufrimiento o padecimiento que conlleva un deber pecuniario de reparar.

Ellos es así, pues el mundo del pensamiento jurídico no es un mundo irreal, fuera del tiempo o incluso puramente imaginario; por el contrario, el orden jurídico es algo vivo; pues lo real no son sólo las cosas de la vida espacial y temporal, sino también las sensaciones anímicas, sustancias eficaces del espíritu objetivo, reconocidas en las relaciones de convivencia<sup>22</sup>.

La vasta materia que conforma el daño moral está inserta en el derecho de daños, cada día más explicitado y profundizado, ya que la esencia del tema, precisamente, radica en lograr a través de su aplicación una tutela real y efectiva de la persona humana en su total naturalidad, plenitud y dignidad.

Al estar el ser humano dotado de espíritu, y ser éste el sujeto donde impacta el agravio moral, destacamos que el avance de las ciencias y la necesidad imperiosa de adecuadas soluciones nos reconducen a aplicar una determinada psicología del Derecho<sup>23</sup>.

En la esfera del daño corporal hay aspectos técnicos de acierto indudable como es el de la distinción del daño psicofísico, fisiológico, orgánico o biológico –aspecto somático de la lesión– frente al daño moral –sufrimiento o privación de posibilidades de bienestar, satisfacción o placer– sin perjuicio de ponderar el distingo entre daño fisiológico y daño moral con sus secuelas en el mundo de las lesiones permanentes.

9. A esta altura de nuestra exposición es útil relacionar las vinculaciones entre la Ciencia Jurídica y Psicología para una mayor explicitación de los temas en análisis.

---

<sup>22</sup> Larenz Karl, *Derecho de las obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 37.

<sup>23</sup> Lersch, Philipp, *El hombre en la actualidad*, Gredos, Madrid, 1982, 2ª ed.

El Derecho no es cosa metafísica sino asunto eminentemente humano, de sentimientos e intereses antes que de fórmulas; menos de materia que de espíritu, y en permanente evolución, bien por encima de las categorías que pretenden cristalizarlo, y como parte integrante de la relatividad y la visa que le dan sentido y a las cuales deben responder.

Por lo demás –y mayor exposición– las relaciones entre Derecho y Psicología pueden adoptar dos formas características.

El Derecho delimita los contenidos a los que se puede llamar jurídicos.

En todos los casos, dicho contenido es una actividad humana que se prescribe a una persona o a clases de personas (por caso, a quienes la norma está dirigida).

La Psicología, por su parte, investiga las condiciones que permiten la concurrencia en omisión de una conducta particular, indicando, además, los efectos empíricos que pueden seguirse de las consecuencias previstas por el orden jurídico, para el caso en donde concurra una forma de comportamiento considerada como hecho ilícito, permitiendo, de esta manera confrontar la consistencia empírica de los objetivos jurídicos y de las técnicas empleadas para su construcción. Desde el punto de vista imperativo, la norma equivale a un estímulo verbal compenetrada de fuertes connotaciones y en este sentido, como cualquier otro estímulo entra de lleno en el dominio de la psicología, cuya incidencia, será aquí esencialmente cualitativa. Esto es la forma como se expresa y traduce el mandato verbal, influyendo sobre la respuesta –comportamiento– que se espera del mismo. A estas circunstancias, se les denomina cualidad pragmática del lenguaje jurídico relacionada con muchos problemas de psicología del derecho<sup>24</sup>.

Téngase, también en cuenta que la norma jurídica –y ello es relevante destacar– que aquella tiene componentes necesarios que afectan a su propia esencia normativa y otros contingentes que afectan a su función o dinámica.

Una reconducción de esos aspectos, permitirá deducir que la lingüística, la sociología, la psicología, a veces la economía, están presentes en todo precepto jurídico.

A raíz de lo dicho, la razón, experiencia e insobornable realidad, sembraron dudas ante los dogmas tradicionales y por ello prevalecieron ten-

<sup>24</sup> Cfr. Kalinowski. G., Introducción a la lógica jurídica, Eudeba, Buenos Aires, 1973, p. 54.

dencias objetables, no por irreales, sino por la ausencia de aplicaciones interdisciplinarias.

Los llamados “descriptores jurídicos” se constituyeron en un lenguaje jurídico de cierta frecuencia<sup>25</sup> y utilización forense, más allá de sus connotaciones científicas. Entre ellos, por mera referencia citamos: lesión de la parte afectiva, repercusión psíquica del ilícito, ansiedades, angustias, desvelos causados, padecimientos, sufrimientos, alteraciones emocionales, afrenta, aflicción física o moral, perturbación anímica, disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de la satisfacción de vivir, etc.

Cabe, asimismo, agregar la fama, honra, prestigio, dignidad, decoro y todas aquellas formas de excelsitud, que no están en el espacio sino en el espíritu; que no se inscriben en el tiempo sino en la eternidad de cada individuo. Ello, teniendo en cuenta que los grandes de la historia no son siempre los mejores. La historicidad no es necesariamente sinónimo de ejemplaridad.

Por esto y otras cuestiones más, el hombre forja su propio ideario, mas no por ello puede ser avasallado en su vida social de manera gratuita y desmedida.

La vida armoniosa no puede mancillarse ni afectarse con un estruendo personal y lesivo, impropio, apelando a mendacidades u obrando de manera desaprensiva mediando relaciones jurídicas.

La comunidad civilizada y las vinculaciones sociales que llevan al ser humano a comportarse de determinada manera no admiten las referidas contravenciones.

10. El avance de la ciencia en general, las investigaciones en el ser humano, su conducta y su psiquis, demuestran o permiten apreciar que existe un daño psíquico o psicológico autónomo o como integrante del daño moral, sin perjuicio de que ambos se configuran en la psiquis.

No existe un criterio definitivo sobre estos daños, más no se niega su existencia: se dice que el daño psíquico afecta el razonamiento mientras que el daño moral acontece en el sentimiento (disposición afectiva o cauce

---

<sup>25</sup> Muñoz Sabaté, Luis, *Psicología del daño contractual*, Revista Jurídica de Cataluña, N° I, Barcelona, 1978, p. 317.

afectivo); ej.: dolor, aflicción, pena, lesión al equilibrio espiritual de singular envergadura. Alegría, equilibrio, tranquilidad, confianza, etc.

Daño psíquico no es autónomo del moral y quienes postulan la autonomía, parten de una errada concepción del daño.

Con relación al daño psíquico se lo describe como una perturbación de la personalidad de quien lo sufre, de carácter transitorio o continuo, que altera su equilibrio espiritual al tiempo de producirse el hecho causante o agravando el desequilibrio espiritual ya entonces existente, con la particularidad de tener carácter patológico. Supone un estado de enfermedad de naturaleza psicológica. La existencia de ese estado patológico requiere de un tratamiento de un especialista.

El Derecho es pues una ordenación al servicio del individuo y no viceversa, y por tanto tiene toda su vigencia el principio de legalidad por el que nadie puede dañar a otro y aquella otra proposición que reclama no dejar al daño solo frente al daño.

Porque el derecho versa sobre la conducta humana, es ordenación de actitudes, concierne al comportamiento del hombre y la lesión influye en que los dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos con que habitualmente suele identificarse el daño moral, no son sino estados del espíritu que obran como consecuencia del daño. Bien se ha destacado que en el ánimo de desentrañar la verdadera esencia del daño moral, cobra especial importancia su espiritualidad, sus aspectos psicológicos<sup>26</sup> y distintos matices a través de los cuales aquél se presenta.

Sobre el particular, no es novedoso sino de significativa utilidad justipreciar las implicancias que tiene la psicología para el Derecho. Tratando este tópico, Muñoz Sabaté<sup>27</sup> aclara que psicología jurídica es la aplicada al mejor ejercicio del Derecho, lo que no impedirá, sin embargo, el proporcionar datos que colateralmente pueden ser interpretados por los juristas como una muestra de ciertos objetivos. Y agrega el profesor barcelonés<sup>28</sup> que el campo específico de una psicología para el Derecho, susceptible de incorporación metodológica dentro de una psicología jurídica, sólo se denota en el área de interpretación del hecho jurídico concreto en la medida en que aquélla pueda aplicar sus técnicas a la prueba de los hechos.

<sup>26</sup> Ordoqui Castilla, Gustavo, Pautas y criterios para la evaluación del daño moral a la persona, *Anuales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 1994, N° 32 ps. 312 y s.s.

<sup>27</sup> Introducción a la psicología jurídica, Trillas, México, 1980, p. 20.

<sup>28</sup> Ob. cit. p. 19.

Claro que es posible que el jurista tienda a valorar mucho más el padecimiento derivado de la fractura de un hueso que el de una frustración, siendo incontrovertible que no hay dolor que pueda producir mayor sufrimiento que aquel que daña a los sentidos éticos, prescindiendo inclusive de su somatización<sup>29</sup>.

De acuerdo con nuestras consideraciones y lo que sostiene destacada doctrina, el agravio moral a los derechos personalísimos, con sus singularidades inevitables, abarca una variedad de situaciones<sup>30</sup> y su reparación integradora debe ser completa<sup>31</sup>.

La precedente afirmación no soslaya la heterogeneidad y multiplicidad de supuestos o hipótesis que abarca el daño moral, los que por otro lado tienen la característica de renovarse constantemente de manera jurisprudencial y dogmática.

De allí pues que debe aprehenderse la noción de daño moral relacionándolo con una variedad de contenido y, tal como lo indica desde antiguo Giorgi<sup>32</sup>.

Ponderando el agravio moral, existe un aspecto social que nace de las relaciones de la persona agravada, en función de su medio ambiente donde convive y se desempeña, relevante para la estima y apreciación de terceros que contribuyen a buen nombre o fama cuya lesión incide en la propia dignidad.

El daño moral, asimismo, debe atenderse según su permanencia, intensidad y prolongación en el tiempo respecto del ofendido, distinción que refleja las consecuencias afines de la determinación de la cuantía de la indemnización<sup>33</sup>, lo que puede exteriorizarse bajo distintos síntomas.

Alguna de las exteriorizaciones del daño moral pueden así enumerarse: ataques contra el honor, la excelencia, la reputación, el prestigio, la trayectoria, la fama, el crédito; pero además hay otra parte afectiva, que se halla configurada por los trastornos íntimos, todo lo que gira en derredor de la faz psicológica de una persona<sup>34</sup>. Esfera ésta que es un ámbito inmensa-

<sup>29</sup> Buy tendjik, *Teoría del dolor*, Troquel, Barcelona, 1965, p. 161.

<sup>30</sup> Casiello, Juan José, *Sobre el daño moral y otros pretendidos daños*, La Ley 1997-A-1979.

Cifuentes, Santos, en *la Responsabilidad Homenaje a I. Goldenberg, Abeledo Perrot*, 1995, p. 113.

<sup>32</sup> *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Reus, Madrid, 1929, 2ª ed., Vol. V, p. 255.

<sup>33</sup> Fischer, R., *Los daños civiles*, Madrid, 19278, p. 251.

<sup>34</sup> Busso Eduardo B., *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 13, ap. 75.

mente vasto y complejo, y que a raíz de factores externos se demuestra en una variedad de estados de ánimo básicos y vitales (tristeza, melancolía, angustia, pesadumbre), no precisamente alegres (eufóricos o joviales), o bien configurándose bajo distintas formas emocionales (irritación, susto, temor, histeria, angustia, aflicción, fastidio).

11. Hoy, dado el avance de la ciencia, los estados del espíritu resultan más fáciles de diagnosticar o cuanto menos posibilitan su percepción. Más, como fuere, son padecimientos del ser humano cuya causa eficiente no es de difícil comprobación.

Son lesiones inmateriales que tienen su raíz en lo cotidiano.

Y como la vida de relación social es de la esencia misma de la persona humana, la realidad vivenciada de la vida psíquica nos demuestra cómo los distintos acontecimientos comentados influyen en la personalidad.

Aludimos, asimismo, a la angustia que incide en el sentimiento de la vitalidad, manifestándose en la intranquilidad, evidenciable en lo corporal y en el ánimo; aflicción, en cuanto afecta a la propia existencia del ser humano con una vivencia de dolor, una de cuyas manifestaciones virtuales es un encerrarse en sí y apartarse de sus semejantes; temor, configurado por la sensación permanente e insuperable de que algo externo parece poner en peligro la propia conservación del individuo, todo lo que es al reverso de la esperanza; algo similar a estar sumido en un sinfín de dilemas de solida imposible o sensación de que la vida se convierte en una penumbra, desesperación, donde no existe en el ser humano reflexión ni decisión que puedan liberarlo y el horizonte del futuro aparece como un muro tras el cual el hombre con desesperanza, encerrado y obstruido psíquicamente, sin el sabor de la vida, se siente aprisionado y lucha vanamente con denuedo; pesadumbre, donde se siente en un mundo vacío de sentido con una profunda tristeza que gravita pesadamente y empuja a quien la padece hacia la profundidad de la nada y la depresión, que consiste en una vivencia de última oscuridad, abatimiento, desaliento y desazón, una de cuyas manifestaciones está en la expresión corporal, como si la carga del propio se diese a conocer en todos sus movimientos, y la pesadez aludida arrastrase al individuo por la tierra.

Estas dolencias, en cualquiera de sus versiones, requieren de quien las padece una cuota ilimitada de resignación, toda vez que la entidad de las

mortificaciones se proyecta en el tiempo. Estas no son fugaces ni efímeras.

Aclárese que la intensidad del agravio moral –en esta consideración psíquica con variedad de síntomas y padecimientos– no guarda una exacta proporción con su fuente productora.

Nazca de un acto ilícito o de fuente contractual en nada variará: un hecho de menor gravedad suele ocasionar un dolor más profundo que otro cuya gravedad puede ser mayor.

Los ejemplos abundan y sería aquí baladí citarlos. Más nadie medianamente sensato puede dudar del estado de malestar, inconveniente y perturbador que puede irrogar un agravio moral, cualquiera fuera su contenido.

Es importante señalar que pueden suscitarse ciertas lagunas en la indemnidad del daño moral al concurrir daños atípicos o no previstos –certain afecciones psíquicas ocasionadas por el deceso o la incapacidad de un familiar próximo, perjuicio sexual de la cónyuge– o situaciones en etapa de sanidad en medio de dolores o sufrimientos.

12. Casi inmersos en nuestra cuestión central, vale una sistematización de la noción de daño como una lesión a un interés privado que la ley informa directa tutela y protege, derivando de ello la diversidad del daño: patrimonial y moral o extra patrimonial<sup>35</sup>.

Bajo estas consideraciones, cabe la noción de daño moral, como la especie, comprendida dentro del concepto genérico de daño expresado, caracterizada por la violación de una o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de Derecho<sup>36</sup>.

En otra perspectiva, Llambías<sup>37</sup> sostiene que el daño moral es una lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que padece la persona que no es susceptible de apreciación pecuniaria.

En numerosos casos, es factible que el incumplimiento del contrato genere daños morales más graves que los económicos, e inclusive sólo perjuicios de la primera clase: paciente lesionado en su integridad psicofísica tiene cubierto la totalidad de sus gastos de recuperación. O sea la patrimo-

<sup>35</sup> Por todos: Pizarro D.R., *El daño moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 36 y s.s.

<sup>36</sup> Cfr. M.L. C. de Chamorro, *La reparación pecuniaria del daño moral*, Estudios sobre daño moral, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998, N° 5, p. 35.

<sup>37</sup> *Tratado de Derecho civil, Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1973, vol. I, p. 300, n° 244 y s.s.

nialidad de la prestación no excluye la extrapatrimonialidad del interés del acreedor pues una cosa es el contenido de la prestación y otra distinta son los intereses o bienes que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación<sup>38</sup>.

Es que cuando el daño moral no ha significado daño económico, no cabe contemplar reparación alguna. Luego, la indemnización del agravio moral que el derecho atiende, en la medida que no significa una reparación económica, responde a otros motivos y finalidades que los que determinan usualmente la obligación de resarcir.

13. A esta altura de lo expuesto, cabe considerar la esencia e implicancias del daño moral aludiendo sólo a la opinión de ciertos autores.

Para Llambías<sup>39</sup> la reparación del daño moral encuentra en justificación no por el lado de la víctima de la lesión sino por el lado del ofensor: no constituye un “resarcimiento” o “indemnización” sino una “pena civil”, mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor: tiene calidad punitoria y se le conoce como teoría de la sanción ejemplar o represiva. Y el autor discrepa con Brebbia<sup>40</sup> quien sostiene que si es inmoral la entrega de dinero para compensar el daño moral al damnificado, no se borra esa inmoralidad por la finalidad de la sanción ejemplar o carácter de pena privada que tenga esa entrega.

Considera Llambías que esta es la concepción adecuada del instituto y en su parecer se revela ante la idea de que pueda quedar impune el hecho ilícito por el cual se mortifica a la víctima causándole una injusta aflicción en su ánimo; por hipótesis entiende no media menoscabo patrimonial y no podrá hablarse de resarcimiento de un daño moral inexistente pero habrá que arbitrar algún recurso para que en odio al delito se castigue al delincuente por su acción injusta.

De lo expuesto surge la amplitud de la noción de daño moral y cabe aquí considerar —excepto el ataque a la vida y la integridad corporal— el honor y diversidad de enfrentar, reputación, fama, injerencia en la vida íntima, lesión al nombre, etc.

<sup>38</sup> Bueres-Highton, Código Civil, Hammurabi, 2 A, Buenos Aires, 1998, p. 230.

<sup>39</sup> Ob. cit. p. 338.

<sup>40</sup> El daño moral, p. 226, ap. b.



Sintetiza sus argumentos en estas ideas:

- a) por tratarse de una pena privada, el derecho a su imposición queda extinguido con la muerte del agraviado y a diferencia de lo que acontece con los daños patrimoniales, la acción no puede ejercitarse contra los sucesores del responsable.
- b) de mediar comisión del daño por un dependiente, puede ser perseguido por su principal.
- c) de mediar conflicto entre la solución derivada de la índole represiva de la sanción y la referida al reconocimiento de la obligación de reparar del empleador por su trabajador, debe darse prioridad a esta última.

14. Luego de la reforma de la ley 17.711, la redacción del art. 1078 del Código Civil no cabe encuadrarlo en la posición de la pena o sanción ejemplar a propósito del daño moral. La ley habla de la “obligación de resarcir” y de la “reparación del agravio moral”, así como de la “indemnización del daño moral” y en la hipótesis de incumplimiento contractual, la ley se refiere a la “indemnización por responsabilidad” y a la “reparación del agravio moral”, tal lo sostenido por el académico Cifuentes en una sentencia registrada en La Ley 1978-D-647.

El daño moral, como todo daño producido por la violación de un derecho, requiere una reparación acorde de la naturaleza del derecho conculcado.

Reparar no significa crear o producir utilidad y ganancia sino corregir, satisfacer o bien desagaviar. La solución del problema de la reparación del agravio moral se complica, en razón de la incompatibilidad de naturaleza entre el agravio moral, contemplado en sí mismo, y el dinero: el primero, es el sentimiento herido, es el dolor, el sufrimiento mirado en su sola expresión ideal, como fenómeno anímico que gravita en el recinto de la propia conciencia y abale el ánimo del agraviado; el segundo es el único medio con que podrá hacerse efectiva la reparación<sup>41</sup>.

El dolor tiene un significado particular en la vida del hombre y la consideración de aquél y su incidencia en la vida del hombre no es un sustento legal adecuado para soslayar al daño moral de su función resarcitoria<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Respecto del agravio a raíz del homicidio de otra persona, y siendo varios los herederos forzosos, véase Llambías J.J., *La vida humana como valor económico*, JA Doctrina, 1974-636.

<sup>42</sup> Voto del doctor Jorge Horacio Alterini, La Ley 1978-D-653.

El daño sea material o moral, genera un desorden en la vida de relación de las personas y la solución consecuente de tal proceder es la reparación mediante la indemnización. Puede acontecer una lesión material, corporal, o bien daño a la vida o integridad física que puede consistir en un daño directo o inmediato que padece la víctima: por caso, lesión estética con incidencias corporales en una o varias partes del cuerpo y mayor repercusión si fuere un actor –actriz afecta su belleza y actor que ve afectado su rostro.

Daños que afectan a la persona pero aquellos que resultan existenciales no sólo son muy personales sino que son trascendentes para el proyecto de vida, dignidad o bien existencia misma.

Son daños morales directos en cuanto afectan al ser humano en consecuencia y devenir.

15. Cabría el daño moral padecido de manera indirecta –una persona distinta de la víctima, un familiar, que sin fallecer queda afectado de por vida– y en los cuales radica un interés espiritual del afectado.

En la sentencia antes citada dice el Juez Cifuentes: “es un beneficio contrapuesto al daño”: el único posible para que se procure una igualación en los efectos. El dinero, será un medio de obtener goces y distracciones para restablecer el equilibrio frente al desequilibrio producido por el ataque a los bienes inmateriales o extra patrimoniales.

No cabe convertir el dolor en génesis de enriquecimiento patrimonial.

El agraviado no pretende comercializar con el dolor o menoscabo de sus sentimientos y menos aún lucrar con un padecimiento. Se trata, en suma, de la satisfacción compensatoria ante un daño inevitable y consumado: un beneficio que iguale sus efectos.

Ello, no obstante muchos hechos ocasionan daños económicos y morales, independientemente de que constituyan o no de manera contemporánea, un acto ilícito strictu sensu. En otros casos, el resarcimiento del daño material no es suficiente para restablecer la situación de la víctima anterior al acto que la lesionó.

Ante este panorama quien padece un dolor merece una suerte de consuelo y si bien el resarcimiento no puede tener una función de equivalencia dada la naturaleza de las cosas, tiene en cambio, la finalidad de compensar

el padecimiento con goces que no necesariamente han de ser materiales.

La modalidad del resarcimiento es el dinero que cumple varios papeles en el Derecho: entre ellos, servir como medio de indemnización reparatoria, en particular tratándose de todas las formas de daño patrimonial.

El dinero con el que se cumple el deber resarcitorio no es bueno ni malo en sí mismo, sino que es un instrumento cuyo valor positivo o negativo depende del uso que se haga de él.

De allí que el dinero es el único medio idóneo de dar a la víctima aquellas satisfacciones que, sino harán desaparecer los sufrimientos padecidos por lo menos han de paliar sus efectos.

Es que el dinero, tendrá en alguna medida con motivo de los daños morales producidos y de la reparación debida, la función de restablecer la situación moral anterior, por el apaciguamiento de las penas, de las inquietudes, de las aflicciones, de las heridas inferidas a las afecciones legítimas, de los dolores morales producidos por el agravio físico o moral, y no sería la de sustituir el daño por su equivalente en dinero por ser éste y aquél de distinta naturaleza, sino la de dar a la víctima un medio adecuado para hacer desaparecer o, por lo menos, para neutralizar o, siquiera sea, para paliar sus efectos.

Aunque el agravio moral sea de suyo inconmensurable y no tenga ni pueda tener un equivalente en dinero, el único medio adecuado de la reparación es el dinero, modo de hacer efectiva la reparación, única satisfacción que podrá concedérsele al ofendido. Jamás el dinero será el precio puesto a las lágrimas vertidas y a verter; más será el medio con que el ofendido buscará y encontrará otros goces —esparcimientos, viajes, sanos placeres— que reemplacen de algún modo la paz espiritual perdida, que alivien en el dolor y en los padecimientos, que contribuyan, en fin, a hacer más llevaderas la existencia.

Es que bien dice Colmo<sup>43</sup> que el derecho civil, sólo contemple intereses patrimoniales, y que a medida que transcurre el tiempo y la vida se espiritualiza más y más, los intereses superiores se van afirmando progresivamente y reclaman la consideración que les corresponde.

El mismo autor<sup>44</sup> nos dice que el daño moral es inconmensurable ¿con

---

<sup>43</sup> Obligaciones, 1928, p. 127.

<sup>44</sup> Ob. cit. p. 130 n° 160.

arreglo a qué principios se va a determinar el monto pecuniario de cualquier valor de afección?

No hay similitud entre tales valores y el del dinero, por donde y ante tal heterogeneidad, no cabe comparación posible.

Concluye en que “no hay que llegar a decir, a propósito, que el honor, la reputación, el afecto, etc. Alcancen a tener un valor corriente, como lo tienen las cosas y demás bienes cotizables, pues no hay paridad de circunstancias, por la doble razón de que en el caso no existen valores económicos en juego ni se tiene la frecuencia indispensable para que se afirme al respecto un criterio fijo.

De cualquier manera, el dinero puede cumplir una función de satisfacción, la cual no es lo mismo que la equivalencia. No es un problema de goces, de sucedáneos placenteros que con el dinero se puedan adquirir, aunque ello quede en la esfera de la conciencia de cada uno. Sino de posible distracciones que hagan olvidar el dolor, la herida y la injuria. De un medio, que permite llenar necesidades que en alguna medida restablecen la paz perdida; la tranquilidad violada; el equilibrio espiritual resquebrajado.

Sería desvalioso que, por sus limitados alcances, lo desecháramos, quedando en la nada o con la nada, y la injusticia del ataque sin ningún tipo de reparación.

16. Como cierre cabría decir que si bien es cierto que el dolor no es mensurable en dinero, la fijación de una cantidad de moneda como medio para compensar el quebranto moral que sufre la víctima es el medio habitual para resarcir el perjuicio ocasionado por la comisión de delitos u otros actos ilícitos.

Para concluir esta primera parte, vale a nuestro juicio la noción de daño moral que suministra Trigo Represas<sup>45</sup> al decir que es el que se infiere al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad, que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de las personas en cuanto tales: de una parte la paz, la privacidad, la libertad individual, y sobre todo la salud y la integridad psicofísica de los seres humanos, es decir todo lo que puede resumirse en el concepto de “seguridad personal” del primitivo texto del entonces art. 1078 Código Civil; y de otra el honor,

<sup>45</sup> Estudios, ob. cit. p. 195 con acopio de números Autores en cita 13, inclusive citando a Cifuentes y la obra de Camerota, Responsabilidad extracontractual, Depalma, Buenos Aires, 1947, t. 1 n° 76.

la honra y pudor sexual, los sagrados afectos, o sea todo lo que se conoce como “afecciones legítimas”.

Con motivo de lo expuesto Camarota incluye en la idea de daño moral, el sufrimiento físico de una persona, molestarla en su honor o seguridad, turbarle sus afectos, arruinar o dañar sus bienes con cualquier manifestación perniciosa, intencionalmente provocada.

## **V. El daño moral en la nueva legislación civil y comercial**

17. La sanción del Código unificado significó en materia de agravio moral una cabal actualización normativa.

En la formulación del art. 1737 CCyCN, cabe deducir la lesión a un derecho subjetivo de tal índole, que tenga “proyección moral”, o toda vez que se lesione un interés extrapatrimonial, susceptible de reparación.

La primera consideración que corresponde al tema es que “las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a la integridad psicofísica”, resultan excluidas de la garantía común de los acreedores.

Es que la consideración como bien de la personalidad que se reconocen al cuerpo y a la integridad corporal, resulta del valor mismo reconocido a la vida.

En segundo lugar, cuando se analiza en el art. 1738 Cód. cit. el daño resarcible se enumeran una serie de elementos, y se destaca que incluye “especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”, dispositivo que se integra con el art. 1741 que trata de la reparación de las consecuencias no patrimoniales. Y demarca a los sujetos legitimados para el reclamo.

En el art. 1746 Cód. cit. por su parte, se cuantifica la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica.

Los preceptos a los que me vengo refiriendo son concretos y directos, si bien en alguna norma se reiteran, lo que no le quita valor legisferante, pero abunda en el detalle.

La primera consideración normativa es en el art. 744 inc. f) respecto de los “bienes excluidos de la garantía común de los acreedores”, referido a “las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica”. Esta dolencia, es reiterada en el art. 1738 bajo el enunciado “salud psicofísica”, alcanzado por los arts. 1741 y s.s. Cód. cit., destacando que el daño puede afectar la integridad psicofísica y social del sujeto o la integridad de su patrimonio, pudiendo existir en ambos casos consecuencias patrimoniales o extra patrimoniales<sup>46</sup>.

Este término “psicofísico”, era ajeno al Código de Vélez y se incorporó al mundo jurídico, producto de múltiples derivaciones e implicancias que puede padecer un ser humano corolario de diversas circunstancias no queridas: personas privadas de razón o discapacitado cuya dolencia incide o afecta de cualquier manera su cuerpo, desplazamiento, movilidad, etc<sup>47</sup>.

El art. 52 Cód. cit. debe correlacionarse con el art. 1738, ubicado en la Sección del “Daño resarcible”<sup>48</sup>.

El primer precepto no es taxativo sino enunciativo de las “lesiones” o “afectaciones” de que puede resultar pasible, sufrir o alterar la dignidad de las personas humanas.

Porque el ser humano dotado de espíritu, y ser éste el sujeto donde impacta la “lesión”, se imponen soluciones que nos reconducen a aplicar una determinada psicología de Derecho<sup>49</sup>.

En la formulación del art. 52, no se agotan los padecimientos de un ser humano pues a tal enunciado se suman “*in genere*” “especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima...”. Es que al lado de los bienes llamados “esenciales”, se advierte la existencia de un cierto número de bienes de la personalidad que aunque separables del propio ser de la personalidad, le atañen muy directamente tanto que sin ellos se ha podido pensar que es preferible la muerte.

<sup>46</sup> Cfr. El completo estudio de Julián E. Jalil, El daño en la integridad psicofísica de la persona JA 13-2018-1.

<sup>47</sup> Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1-ap. del daño físico o corporal y del daño moral a las nuevas figuras.

<sup>48</sup> Cfr. Alterini, Jorge Horacio y otros, Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 544.

<sup>49</sup> Lersch, Philipp, El hombre en la actualidad, Gredos, Madrid, 1982.

La normativa jurídica considera, en primer término, “la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar (sigue la oración).

Es que los descriptores jurídicos<sup>50</sup>, más allá de sus connotaciones científicas y utilización forense, se incorporaron a las lesiones humanas con alcances efectivos: repercusión psíquica del ilícito; ansiedades; padecimientos; sufrimientos; emociones; afrenta; aflicción física o moral; perturbación anímica; disgusto; desánimo; desesperación; pérdida de satisfacción de vivir.

Cabe asimismo, agregar, la fama, honra, prestigio, dignidad; decoro y toda aquellas formas de excelsitud, que no están en el espacio sino en el espíritu; que no se inscriben en el tiempo sino en la eternidad de cada individuo.

El honor y la forma son bienes típicamente sociales: uno y otro van unidos a la estimación en y por la sociedad. A menudo se los confunde. Semánticamente, el honor está referido directamente al trato dado o recibido por o de los demás; la fama (rumor, voz pública, renombre) está relacionado con el eco que la persona produce en la opinión pública. Una y otra contribuyen a configurar el estado social de la persona. Honor y fama, que son afectados y pueden ser dañados o perjudicados por los hechos y dichos ajenos.

¿Cuándo habrá una ofensa al honor o un ataque a la buena fama? La respuesta puede contestarse de modo diferente, según las circunstancias. Honor y fama son valores relativos. No sólo valorados de modo diverso según lugar y tiempo sino, sobre todo, según grupos sociales y ambientales. Lo que un círculo estima contra la honra o infamante, otro lo verá como motivo de vanagloria o de útil propaganda.

Caben enumerar: ataques contra el honor; la excelencia; la reputación; el prestigio; la trayectoria; la fama; el crédito; pero además hay otra parte afectiva, que se halla configurada por los trastornos íntimos todo lo que gira en derredor de la faz psicológica de una persona. Esfera ésta que es un ámbito inmensamente vasto y complejo, y que a raíz de factores externos se demuestra en una variedad de estados de ánimo básicos y vitales (tristeza, melancolía, angustia, pesadumbre), no precisamente alegres (eufóricos o joviales), angustia, aflicción, fastidio).

---

<sup>50</sup> Muñoz Sabaté, Luis, Psicología del daño moral contractual, Revista Jurídica de Cataluña, N° 1, Barcelona, 1978, p. 317.

Hoy, dado el avance de la ciencia, los estados del espíritu resultan más fáciles de diagnosticar o cuanto menos posibilitan su percepción. Más, como fuere, son padecimientos del ser humano cuya causa eficiente no es difícil comprobación.

Y como la vida de relación es la de esencia misma de la persona humana, la realidad vivenciada de la vida psíquica nos demuestra cómo los distintos acontecimientos concentrados influyen en la personalidad.

Es que el menoscabo físico o psíquico que puede padecer una persona, sin perjuicio de tener en cuenta las consecuencias disvaliosas patrimoniales o extrapatrimoniales que pudieran ocasionar, por su sola existencia, per se es un daño jurídico porque vulnera un derecho reconocido por el Código Civil<sup>51</sup>.

En línea con lo sostenido, se ha dicho que “todo daño inferido a la persona corresponde apreciarlo en lo que represente como alteración y afectación, no sólo del cuerpo físico sino también del ámbito psíquico del individuo, con el consiguiente quebranto de la personalidad de manera que importe también éste un menoscabo a la salud, considerada en su aspecto integral, computándose también la incidencia o repercusión que todo ello en alguna medida puede aparejar sobre la vida de relación del damnificado”<sup>52</sup>.

El precepto antes referido continúa su formulación con la familia que es extensible a los herederos forzosos que invisten ese carácter a la época del fallecimiento (Pizarro).

Y en la enumeración de las “afecciones espirituales legítimas” –art. 1738–, aludimos a la angustia que incide en el sentimiento de vitalidad, manifestándose en la intranquilidad evidenciable en lo corporal y en el ánimo; aflicción en cuanto afecta a la propia existencia del ser humano con una vivencia de dolor, una de cuyas manifestaciones virtuales es un encerrarse en sí y apartarse de sus semejantes; temor, configurado por la sensación permanente e insuperable de que algo externo parece poner en peligro la propia conservación del individuo, todo lo que es el reverso de la esperanza; algo similar a estar sumido en un sinfín de dilemas de salida imposible o sensación de que la vida se convierte en una penumbra; desesperación,

<sup>51</sup> Alferillo Pascual, El daño psíquico, autonomía conceptual y resarcitoria. L.L. 2013-E-1063.

<sup>52</sup> L.L. 1989-C-523.



donde no existe en el ser humano reflexión ni decisión que puedan liberarlo y el horizonte del futuro aparece como un muro tras el cual el hombre con desesperanza, encerrado y obstruido psíquicamente; sin sabor de la vida, se siente en un mundo vacío de sentido con una profunda tristeza que gravita pesadamente y empuja a quien la padece hacia la profundidad de la nada y la depresión, que consiste en una vivencia de íntima oscuridad, abatimiento, desaliento y desazón, una de cuyas manifestaciones está en la expresión corporal, como si la carga del propio cuerpo se diese a conocer en todos sus movimientos, y la pesadez aludida arrastrase al individuo por la tierra.

Estas dolencias, en cualquiera de sus versiones, requieren de quien las padece una cuota ilimitada de resignación, toda vez que la entidad de las mortificaciones se proyecta en el tiempo: estas no son fugaces ni efímeras.

Y sin agotar las referidas dolencias, citamos las perturbaciones del sistema vegetativo y del sistema nervioso central (taquicardia, disneas, alteraciones vasculares o trastornos de los procesos metabólicos).

El art. 1738 cit. relativo a las “consecuencias... y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” da cuenta de la unidad existencial de todos los daños que están correlacionados, incidiendo en las otras esferas de la persona.

El daño al proyecto de vida es un ideal por alcanzar con las potencialidades de cada cual y las opciones que le ofrece al ser humano o el mundo circundante<sup>53</sup>.

El proyecto de vida es inherente al ser humano en cuanto libre y temporal. Para vivir hay que proyectar. El proyecto de vida se explica, con referencia al ser humano, que como se dijo, es libre y temporal.

El proyecto le otorga un sentido a su vida. De allí que un daño que atente contra el proyecto de vida, que lo frustre o menoscabe afecta al ser en cuanto tal; máxime cuando la persona humana se vale de su envoltura psicosomática para realizar su proyecto de vida.

El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, duradero que compromete de por vida a la persona. Una frustración de esta índole difícilmente se supera o bien deja en el sujeto una huella que resulta indeleble<sup>54</sup>; es el daño más profundo, más grave que se le puede causar al ser humano.

<sup>53</sup> Cfr. Alterini, Jorge Horacio, ob. cit. t. VIII, p. 218 y bibliografía que allí se cita.

<sup>54</sup> Fernández Sessarego, Carlos, Daño moral y daño al proyecto de vida, Revista de Daños, cit., p. 25 ss.

## **VI. Final**

El instituto del agravio o daño moral con el transcurrir del tiempo y del Derecho, ha evolucionado no sólo en su regulación sino también en su contenido. Las distintas formulaciones legales, sus interpretaciones y elaboraciones doctrinarias, desde la reforma de la ley 17.711 hasta nuestros días, exteriorizan los matices y variedades de afecciones morales de las que es pasible un sujeto mediante un ilícito generador de responsabilidad. Es que el dolor –propio de la condición humana– reconoce múltiples causaciones, devenir ha enriquecido al Derecho mediante la psicología, psiquiatría, antropología, filosofía de la existencia que menoscaban o limitan a la persona humana, así daño intimidad; daño juvenil; daño sexual; daño a la vida de relación; daño a los proyectos de vida y daño psíquico.

Las enmiendas del Código unificado en la materia que tratamos, dan cuenta de un refinamiento en la consideración la personalidad susceptible de nuevos detrimentos y lesiones en la gran intimidad del ser de una persona que en el perjuicio final denotan el daño.

En un tema tan delicado donde confluyen tantos factores, en general en derredor de un apersona humana cuya lesión se refiere al efecto –ya aludido como perjuicio final– no cabe prescindir de la circunstancias en que se irrogó el daño que serán datos para calificar y determinar la entidad de aquél, que se reitera será moral, sin perjuicio de su mayor o menor importancia.



# LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR EDUARDO A SAMBRIZZI\*

## 1. La relevancia de la familia

Cabe ante todo señalar que la familia es una institución que tiene su basamento en la naturaleza, formada por personas vinculadas entre sí por la unión intersexual y la filiación, cuya finalidad es, por medio de la asistencia y la cooperación, así como por la transmisión de los valores morales y religiosos, la de procurar a todos sus integrantes alcanzar sus metas personales y espirituales.

Es importante destacar que, tal como se ha dicho muchas veces, la familia constituye la célula básica de la sociedad, circunstancia que la distingue como una institución absolutamente necesaria para el desarrollo del género humano, lo que ha llevado a la Constitución Argentina en su artículo 14 bis, a afirmar que la ley establecerá, entre otros aspectos, *la protección integral de la familia*. Bien se afirma en el artículo 17 inciso 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*<sup>1</sup>, habiendo establecido el artículo 10 inciso 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que *se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo*.

---

\* Disertación pronunciada por el Académico Eduardo A. Sambrizzi, en la XXII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2018.

<sup>1</sup> Similar es lo normado en el art. 16 inc. 3. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Afirma Borda que la familia es una institución –la más importante de todas–, y si bien la palabra *familia*, agrega, es de una acepción indudablemente multívoca, expresa aceptablemente la idea de que esas entidades se encuentran por encima de la voluntad de sus miembros y de la propia ley, que no puede desconocerlas sin una grave violación del derecho natural<sup>2</sup>. Por lo cual, Pettigiani ha afirmado que “toda pretensión de sustituir el rol social de la familia por la acción de otra institución, organismo o sociedad intermedia, resultará inocua y predestinada al fracaso... todo intento de destruir la familia representará una suerte de autoaniquilamiento o suicidio social... toda pretensión de manipular la familia con vistas a su utilización para otros fines distintos de aquellos... que le son específicos, estará sustrayendo a la humanidad su más valioso elemento de socialización y privándola de su alimento espiritual más nutricional, socavando sus cimientos más sólidos, lo que ocasionará irremisiblemente la destrucción de aquella y, transitivamente, su propio exterminio”<sup>3</sup>.

## 2. Las uniones de hecho

Si bien la familia es, tradicionalmente, la que surge del matrimonio, que, como dice Belluscio, constituye “el ideal jurídico y ético”<sup>4</sup>, en los últimos tiempos se ha admitido –lo que comparto– que también constituye una familia la de quienes conviven sin estar institucionalizados, tengan o no hijos, siempre que esa unión tenga estabilidad y exclusividad<sup>5</sup>. Y si bien todas ellas merecen protección, lo expresado no debe ser entendido en el sentido de que se les deba conceder los mismos derechos, pues a la sociedad le interesa promover a la familia institucionalizada por el vínculo matrimonial –a la que el derecho debe priorizar–, por el mayor compromiso asumido por los esposos, y la seguridad que para sus integrantes resulta de esa circunstancia. Lo que beneficia a la sociedad, aunque más no sea por la mayor estabilidad que resulta del vínculo matrimonial, que en la actualidad es más frágil, en

<sup>2</sup> BORDA, GUILLERMO A., Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª edición, actualizada por BORDA, GUILLERMO J., Buenos Aires, 2008, t. I, p. 17.

<sup>3</sup> PETTIGIANI, EDUARDO JULIO, “Familia”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, dirigida por Carlos A. R. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, Buenos Aires, 1992, t. II, p. 171.

<sup>4</sup> Manual de Derecho de Familia, 8ª ed., cit., t. 1, p. 7, parágr. 2.

<sup>5</sup> Conf., entre otros, AUZA DE AMPUERO, NANCY, “La unión conyugal libre o de hecho en Bolivia”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 9, año 1995, ps. 90 y sigte., IV.

razón fundamentalmente del flagelo del divorcio, que cada día invade en mayor medida la vida familiar, con sus efectos destructores de la familia.

Desde otro ángulo, la familia surge naturalmente de la unión del hombre y la mujer, que en virtud de una atracción instintiva tanto física como psíquica, lleva a la procreación y al posterior cuidado y desarrollo de los hijos nacidos de esa unión. La propia naturaleza del hombre posibilita la unión de dos personas de distinto sexo con la finalidad de crear vida, por lo que desde un punto de vista natural, no puede existir una familia formada por dos personas del mismo sexo, sean mujeres u hombres; María Josefa Méndez Costa afirma al respecto que “la potencialidad de generar es inseparable de la concepción de *familia*, aunque no se realice involuntaria o voluntariamente entre los miembros de una determinada pareja (lo cual excluye del concepto a la pretendida *pareja* homosexual)”<sup>6</sup>.

### 3. La familia es anterior al Estado, que no puede desconocerla

Es importante destacar que tanto la familia en sí misma, como las normas y principios propios que la rigen, son anteriores a la creación del Estado, quien no puede ni debe modificarlos sin modificar también el concepto mismo de familia, constituyendo ésta un dato de la naturaleza, lo que hace, como lógica consecuencia, que el Estado no pueda desconocer su existencia, ni tampoco negar que sea constituida.

Debo al respecto recordar que en el inciso 1° del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se *reconoce* a los hombres y a las mujeres a partir de la edad núbil, el derecho a casarse y fundar una familia<sup>7</sup>. Como bien señala Mazzinghi, ese reconocimiento jurídico de la familia se le impone al Estado, por ser precisamente un dato de la naturaleza que no puede ser desconocido ni modificado, teniendo la familia “leyes propias, preexistentes a la sanción de toda norma, que el ordenamiento positivo debe reconocer y adoptar”<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, Los principios jurídicos en las relaciones de familia, cit., p. 43. Contra, GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “El concepto constitucional de familia”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 15, año 1999, ps. 40 y sigte.

<sup>7</sup> Similares son las disposiciones establecidas en el art. 23.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como también en el artículo 17.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y en el artículo 16.1.a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>8</sup> MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, p. 2, parágr. 3, y p. 4, parágr. 6. Conf., PERRINO, JORGE OSCAR, Derecho de Familia, cit., t. I, ps. 52 y sigtes.,

Esa unión de individuos y de familias en comunidad ha llevado, a su vez, a la necesidad del dictado por parte de la autoridad, representada por el Estado, de normas jurídicas que, reconociendo una realidad innegable y sin extralimitarse en su tarea legislativa, rijan su accionar en los distintos aspectos derivados de las relaciones interpersonales y entre distintos grupos de personas, de manera de obtener el bien común.

Cabe por otra parte poner de relieve que el derecho no regula la totalidad de las relaciones existentes entre los miembros de una familia, la que además de las normas jurídicas, también se guía y en importante medida, por las costumbres y las tradiciones de sus ancestros, así como por las normas religiosas aceptadas y los ideales vigentes en cada grupo familiar. Lo cual no es enteramente desconocido por el derecho, que de acuerdo a las necesidades sociales vigentes en cada momento, muchas veces las recoge en normas jurídicas que deben estar orientadas a asegurar el buen funcionamiento de la sociedad en su conjunto y de quienes la forman, no pudiendo invadir la privacidad de los individuos, y particularmente, la de las familias, en cuyo ámbito reservado no debe inmiscuirse.

#### **4. La labor del Estado con relación a la familia**

Dado la relevancia fundamental de la familia, resulta evidente el interés del Estado por protegerla y desarrollarla, asegurando de esa manera su propia protección. Pero si bien el Estado no puede estar ausente de la educación, de manera de brindarla a quienes no pueden procurarla por sí mismos, considero que su accionar consiste en una tarea subsidiaria del indelegable deber –además del derecho– que los padres tienen al respecto, que son quienes deben decidir prioritariamente sobre tal cuestión, entendiendo la educación no solamente como la transmisión de conocimientos, sino también de los hábitos y valores morales, que son fundamentales para el desarrollo de la vida en sociedad. Señala Mazzinghi que el Estado “no debe tender a sustituir la acción de los padres, sino a complementarla”<sup>9</sup>. Y con respecto a la transmisión de la vida, son los propios cónyuges los que deben planificar su descendencia por sí mismos y dentro de sus posibilidades, no siendo tarea del Estado resolver ese tipo de cuestiones.

---

n° 33 y sigte.

<sup>9</sup> MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., cit., t. I, p. 10, parágrafo. 11, b).

## 5. Con respecto al matrimonio

En el matrimonio se encuentran ínsitos principios tanto de carácter moral como religiosos, lo que ha hecho que desde un comienzo han influido en dicha institución las distintas religiones, de manera tal que inclusive en países en que las ciencias jurídicas han tenido un importante desarrollo, se reconoce como válido desde el punto de vista civil el matrimonio celebrado por un ministro de la Iglesia. Puede al respecto afirmarse que, por lo general, las religiones han tenido una destacada influencia en el desarrollo de la institución matrimonial, en especial, la Iglesia Católica<sup>10</sup>.

En cambio, analizar el matrimonio como si hubiera exclusivamente un aspecto civil involucrado, como se ha considerado tantas veces, ha llevado a su debilitamiento como institución y al consiguiente resquebrajamiento de la familia, con todos los problemas tanto de orden individual como social que ello trae aparejado. Por ello es que al expresarse un concepto sobre el matrimonio, no debe a mi juicio omitirse la consideración de dichos principios, como tampoco olvidarse que se trata de un derecho humano fundamental, además de una institución del orden natural, o sea, propia de la naturaleza humana<sup>11</sup>.

Partiendo de esas premisas y dejando por ahora de lado nuestro actual régimen legal del matrimonio –en cuanto del mismo resulta que puede ser celebrado tanto entre personas de distinto como de igual sexo<sup>12</sup>–, considero al matrimonio como la unión con fundamento en la naturaleza humana, encarada con un sentido de permanencia, que celebran en legal forma el hombre y la mujer con la finalidad normal de procrear y de educar a los hijos, así como la de ayudarse mutuamente entre los esposos y la de buscar su bien. Caracteres que el derecho no hace más que recoger y regular, por cuanto tanto el matrimonio como la filiación son realidades jurídicas in-

<sup>10</sup> Cuyo aporte, sostienen Alfonso Santiago y Juan José Salinas, “consiste en haber producido la técnica jurídica originaria de las posteriores positivizaciones y en subrayar el carácter sagrado de la relación conyugal” (“El matrimonio como institución del Derecho Constitucional”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año V, n° 11, diciembre de 2013, pág. 27).

<sup>11</sup> IRIBARNE afirma que el derecho natural existe grabado en la mente y en el corazón de los hombres, y que el mismo no es sino “una forma del derecho divino promulgado por la razón no obnubilada aún por el pecado” (IRIBARNE, Ramón, *El Matrimonio Civil comparado con el Canónico*, Buenos Aires, 1965, pág. 13).

<sup>12</sup> Con fundamento en el Código Civil y Comercial, Azpiri define al matrimonio como “la unión solemne de dos personas, sean de diferente o del mismo sexo, tendientes a constituir una plena comunidad de vida reglada por el derecho” (*Derecho de Familia*, 2ª ed., Buenos Aires, 2016, pág. 62).



trínsecas, anteriores al Estado y a la ley<sup>13</sup>. No obstante, desde la sanción de la ley 26.618, del año 2010, el matrimonio civil también puede en nuestro país ser celebrado entre personas de igual sexo, lo que fue de alguna manera convalidado –si así pudiera decirse– por la ley 26.994, que aprobó el actual Código Civil y Comercial de la Nación. Código en el que, según ha señalado Julio César Rivera, se introdujeron en el matrimonio cambios de extraordinaria importancia, “eliminando los principales deberes caracterizantes de la institución; se llega a un matrimonio virtualmente sin deberes, sin responsabilidades, a un vínculo de tal debilidad que puede ser revocado sin expresión de causa por cualquiera de los cónyuges y sin que ello genere casi ninguna consecuencia”<sup>14</sup>; con lo que se ha pretendido hacer desaparecer del derecho de familia los contenidos éticos y de orden público. En sentido similar, se ha afirmado que “el *matrimonio* del nuevo Código no responde ya ni a la etimología de la palabra ni a la naturaleza de la institución”<sup>15</sup>; como también, que con la reforma del Código, lejos de garantizar el rol por parte del Estado de protección integral de la familia, “se auspicia un modelo que considera al matrimonio como un acto formal, que no difiere en sustancia de las uniones convivenciales... y al que es posible renunciar, otorgando intervención al juez, quien deberá actuar como un mero operador administrativo”<sup>16</sup>.

Se ha sostenido, asimismo, que con la nueva normativa el matrimonio queda deslegitimado, lo que ocurre por la supresión de deberes matrimoniales o por considerar irrelevante a la infidelidad; por la reducción del matrimonio a un mero contrato sobre bienes –alejándolo de la idea de unión estable y permanente abierta a la transmisión de la vida–; por establecer un trámite *exprés* para el divorcio, sin tiempo de espera desde el matrimonio; como también por posibilitar la adopción tanto a un matrimonio como a

<sup>13</sup> Conf., CONEN, Cristián y ORTELLI de BISCOTTI, Ana María, “La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia”, LA LEY, 2004-B, 1069, V; SCALA, Jorge, “Algunos derechos constitucionales de los padres respecto de sus hijos menores”, E.D., 180-1554; MAZZINGHI, Jorge A., “Matrimonio en el Derecho Canónico”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, t. II, Buenos Aires, 1992, pág. 716.

<sup>14</sup> “La proyectada recodificación del derecho de familia”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, LA LEY, año 4, n° 6, julio de 2012, pág. 6.

<sup>15</sup> MOISÁ, Benjamín, “Divorcio, responsabilidad civil. Prospectiva ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código”, LA LEY, 2015-A, 471, IV, a).

<sup>16</sup> PETRILLO, Paola María, “El matrimonio en el Proyecto de Código Civil: Críticas y propuestas para jerarquizar la institución”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, n° 2, marzo de 2013, págs. 35 y sig.

una pareja de convivientes o a una persona sola; o cuando se crea la figura de la unión convivencial, dotándola de una mayor cantidad de requisitos y deberes que los que posee el matrimonio<sup>17</sup>.

En una velada crítica a la forma en que se encuentra legislado en el nuevo Código, Alejandro Borda pone de relieve que el matrimonio no está sólo fundado en el afecto, sino que también implica la responsabilidad de asumir juntos la tarea de ayudarse y de colaborar con los hijos para que puedan construir su propia vida, por lo que, afirma, “no parece lógico que la manera de disolver el vínculo matrimonial tenga menos exigencias que resolver un contrato”, dejando de tal manera de lado el compromiso asumido y querido de un proyecto común, en el que además de las personas que lo contraen, también están en juego los hijos. Y entre otros conceptos, afirma dicho autor que “resolver el conflicto familiar exclusivamente a través de la facilitación del divorcio, sólo vacía de contenido y sentido al matrimonio”<sup>18</sup>. Facilitación que ya pretendió Engels en el siglo XIX, al afirmar en su libro “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, que “cuando el afecto desaparezca o sea reemplazado por un nuevo amor apasionado, el divorcio será un beneficio lo mismo para ambas partes que para la sociedad; sólo que deberá ahorrarse a la gente el tener que pasar por el barrial inútil de un pleito de divorcio”.

Ese vaciamiento del sentido del matrimonio ocurre en la actual legislación hasta un punto tal, que la forma establecida para disolverlo mediante el divorcio constituye, en realidad, un verdadero repudio, como ya ocurría en el Antiguo Egipto hace cinco mil años, lo que hace que bien se puede calificar al actual sistema de divorcio de “falso progresismo”.

## **6. Se ataca a la familia mediante el debilitamiento del matrimonio**

En el Código Civil y Comercial se adivina un claro ataque a la familia a través del debilitamiento del matrimonio. Son varias las causas que antes he recordado, que han llevado a ese debilitamiento, siendo quizás una de

<sup>17</sup> MILLÁN, Liliana Luján STARÓPOLI, María del Carmen, “El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, n° 5, junio de 2013, págs. 7 y sig.

<sup>18</sup> “Matrimonio y Familia”, LA LEY, 2012-E, 1345 y sigs. Alejandro Borda ratifica dichos conceptos en su nota “La familia, hoy”, E.D., 262-758, 2.

las principales, la facilitación del divorcio de una manera exagerada. La cultura contemporánea del divorcio emerge de la pérdida de significado del concepto de *permanencia* y *compromiso* en el matrimonio, que mina el acto de entrega de los cónyuges, que constituye la base del matrimonio. Y es la posibilidad de poder disolver el vínculo matrimonial lo que hace a la unión más débil y lleva muchas veces a la tentación de evitar el sacrificio que implica el indispensable acomodamiento y tolerancia que deben guardar los esposos, y, en definitiva, al debilitamiento y a la fractura del matrimonio. Por un lado, se afirma que la familia es la célula básica de la sociedad, no obstante lo cual, quienes eso dicen también admiten la disolución del matrimonio por divorcio cuanto antes y de manera rápida y sin complicaciones, cayendo de tal manera en una inocultable contradicción.

Otra de las causas que llevan al debilitamiento del matrimonio la constituye la posibilidad de celebrarlo entre personas del mismo sexo. Con lo que se deja de lado que la misma naturaleza impele a que se establezca una cierta sociedad entre el varón y la mujer, y en eso consiste el matrimonio, existiendo una abismal diferencia con la unión de dos personas del mismo sexo, en que queda excluida la generación en forma natural. Siro De Martini recuerda a Engels, al afirmar éste que las instituciones que creó el hombre para someter a la mujer han sido el matrimonio y la familia, porque a través de ellos ha sido posible relegar a la mujer a la maternidad, debiendo al respecto señalar que para Simone de Beauvoir, las actividades de procreación y maternidad son actos repetitivos que le impiden trascender, que la hacen pasiva, que no diferencian a la mujer de los animales; por ello es que para liberarse de ese “estado de opresión”, dice dicha autora que hay que eliminar los medios históricos de que se ha valido el hombre para el sometimiento y la dominación de la mujer, tales como, entre otros, el matrimonio y la familia, que Simone de Beauvoir entiende que constituyen simples construcciones sociales o culturales<sup>19</sup>.

Quiero aquí recordar que, coincidentemente, en la ceremonia que se realizó para promulgar la ley 26.618 de matrimonio homosexual, Cristina Fernández de Kirchner sostuvo que “no hemos promulgado una ley, hemos promulgado una construcción social transversal, diversa y amplia”, caracterizando de tal manera –según se ha afirmado– la convicción

<sup>19</sup> DE MARTINI, Siro M. A., “Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino”, Comunicación de dicho Académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 9 de junio de 2016, publicado en Anales, Segunda Época, año LXI, n° 54, 2016, págs. 138 y sig.

profunda que dio vida a esa ley, en el sentido de que el matrimonio no sería una institución natural, sino una construcción social, una obra del hombre; en otras palabras, el matrimonio no tendría ninguna característica ni contenido propio, por lo que, como todas las instituciones sociales, podría ser deconstruido y vuelto a construir por quien tiene el poder<sup>20</sup>. Recuerdo a Siro De Martini, cuando señala que al igualar la ley 26.618 la homosexualidad a la heterosexualidad y permitido el casamiento entre sí de personas de igual sexo, perdió de tal manera la institución matrimonial uno de sus fines distintivos, como es la procreación. “Pero el Código Civil y Comercial –agrega dicho autor– 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”<sup>21</sup>.

Como ha dicho Jesús 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”. Y agrega Trillo Figueroa 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 mediano es la normalización de la homosexualidad como equiparación a la heterosexualidad desde un punto de vista jurídico y ético”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> DE MARTINI, Siro, nota recién cit., págs. 152 y sig.

<sup>21</sup> DE MARTINI, Siro, nota recién cit., pág. 154.

<sup>22</sup> “Una revolución silenciosa: La política sexual del feminismo socialista”, Madrid, 2007, cit. por DE MARTINI, Siro M.A., en la nota más arriba cit., “Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino”.

No se necesita ser muy perspicaz para advertir que lo que ha ocurrido con el matrimonio homosexual es la penetración lisa y llana de la ideología de género en nuestro orden jurídico, en nuestra vida social y cultural, ideología que, en palabras de Siro De Martini, es la forma cultural e instrumental que ha adoptado el feminismo radical o de género en las últimas décadas, con una singular eficacia.

### **7. También se ataca a la familia mediante el debilitamiento de la autoridad de los padres sobre sus hijos**

Quiero destacar con respecto a la relación entre padres e hijos, que el Código Civil y Comercial eliminó la mención de una serie de derechos de los padres que se hallaban contenido en el derogado Código Civil, tales como el de ejercer la autoridad sobre sus hijos (art. 265 y concordantes), reclamarles lo necesario para sus necesidades en todas las circunstancias de la vida que le sean indispensables (art. 266), fijar la residencia de sus hijos menores (art. 275), y corregir o hacer corregir la conducta de los mismos durante su minoría de edad (art. 278). En lugar de lo cual, en el nuevo Código se les da a los hijos una serie de derechos que de alguna manera socavan la autoridad de sus padres, como, entre otros, el tener los progenitores que respetar el derecho de los hijos a participar en su proceso educativo.

Además, el Código pretendió eliminar el deber de corrección que los padres tienen con respecto a sus hijos menores de edad, que como recién recordé, resultaba del artículo 278 del anterior Código, deber que, según se afirma en los Fundamentos del nuevo Código, ha quedado derogado. No obstante, parece claro que mientras los padres tengan el deber de educar a los hijos, tienen también el deber de corregirlos, lo que no implica, naturalmente, que puedan hacerlo mediante la utilización del maltrato físico ni corporal, ni la humillación o la vejación.

Y con respecto al deber de *obediencia* contenido en el artículo 266 del Código Civil, como pareciera que para los redactores del actual Código la obediencia sería algo repudiable, ahora se la menciona como el *deber de cumplir con las decisiones de los progenitores*; pero cuidado: de acuerdo al actual inciso b) del artículo 671, no siempre es así, sino en tanto y cuanto dichas decisiones de los padres no contraríen el interés superior del hijo, que no se aclara quién debe determinarlo. No puedo sino preguntarme si cuando el hijo no quiere obedecer una instrucción de sus padres, éstos

deben tener que iniciar una acción judicial para que el juez decida si esa instrucción contraría o no su interés superior. Demás está señalar los efectos deletéreos que dicha disposición puede traer aparejados sobre la autoridad de los padres, lo que también ocurre, por ejemplo y entre otras, con la necesidad de contar con el consentimiento expreso del hijo de trece o más años para administrar sus bienes o para viajar con él al exterior del país (art. 645, incisos c y e), o con la disposición establecida en el artículo 26 del Código, que presume que desde la temprana edad de trece años el menor tiene aptitud para decidir por sí *respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física*, debiendo el mismo prestar consentimiento para realizar un tratamiento médico en el supuesto de que se diera alguna de esas circunstancias. Todo lo cual también constituye un claro ataque a la familia, fundamentalmente, a la autoridad de los padres, que aparece seriamente menoscabada, siendo el sistema instaurado en el Código peligrosamente irreal, el cual no beneficia a los hijos, pues el retaceo y el debilitamiento de la autoridad paterna terminarán afectando su buena formación y sólido desarrollo.

Los redactores del Código han confundido autoridad con autoritarismo, pareciendo haber olvidado que, como ha sostenido Joseph Ratzinger cuando era Cardenal de la Iglesia, “es propio de la naturaleza del hombre necesitar una autoridad”<sup>23</sup>. Resulta claro que la autoridad de los padres no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene como natural objetivo cuidar físicamente a los hijos y velar por su formación moral y espiritual, en sentido amplio, ejerciendo el indispensable control de conducta y asumiendo la consiguiente responsabilidad que los actos de los hijos pudiesen generar. Corral Talciani ha dicho que la reacción ocurrida frente a la regulación anterior de la familia, “llega al extremo opuesto de desintegrar la familia en un individualismo hedonista que sólo valora la unión familiar en términos de funcionalidad (si sirve para satisfacer los intereses o derechos individuales), no como comunidad de personas con valor *per se*”<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> “La sal de la tierra. Cristianismo e Iglesia Católica ante el nuevo milenio”, Madrid, 1997, pág. 253.

<sup>24</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 32, n° 3, p. 433, IV.

## **8. Conclusiones**

De lo hasta aquí dicho cabe poner el acento en la relevancia de la familia, base de la sociedad e institución anterior al Estado, en la que existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco, que tiene su basamento en la naturaleza y cuya finalidad consiste en procurar a sus integrantes alcanzar sus metas personales y espirituales.

De lo que resulta que la familia debe estar formada –al menos en su inicio– por la unión de un hombre y una mujer, así como por los hijos que puedan venir. Creo que la familia no sólo resulta de la unión matrimonial, sino también de la de hecho, siempre que ésta tenga estabilidad y exclusividad.

Al ser la familia un dato de la naturaleza, anterior al Estado, éste no puede desconocerla ni entrometerse en cuestiones tan básicas y privativas de la familia como es la procreación y la educación de los hijos, tanto en el campo civil como en el espiritual –cuestiones que pertenecen a los padres–, sin perjuicio de lo cual, el Estado debe intervenir cuando aquéllos no se ocupen de que sus hijos desarrollen sus capacidades mediante la educación, ni tampoco de cuestiones tan básicas como la salud corporal.

Pues bien, no obstante la relevancia decisiva de la familia en la existencia y desenvolvimiento de la sociedad, el Código Civil y Comercial de la Nación la ha debilitado, como también al matrimonio, al mantener la posibilidad de su celebración entre personas del mismo sexo y la increíble facilidad establecida para decretar el divorcio, debiendo asimismo destacar el debilitamiento establecido en la nueva normativa con respecto a la autoridad de los padres sobre sus hijos. Todo lo cual se ha potenciado con la actual declinación de las convicciones éticas y morales, así como de las religiosas de los individuos, como de la sociedad en su conjunto.

# LA RELACIÓN ENTRE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

POR ALFONSO SANTIAGO\*<sup>1</sup>

## I. Presentación

Este año de 2018 se cumple el 40 aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como consecuencia de la entrada en vigencia en 1978 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*.

La ocasión es propicia para repasar cuál ha sido la relación entre la Corte Suprema argentina y la Corte IDH a lo largo de estas cuatro últimas décadas.

Nos proponemos 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

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)<sup>2</sup>. Es dentro de estas últimas dos etapas donde tiene lugar un desarrollo notable de la temática elegida a

---

\* Disertación pronunciada por el Académico Alfonso Santiago, en la XXII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2018.

<sup>1</sup> Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de la Universidad Austral. Miembro Titular de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Director de su Instituto de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

<sup>2</sup> Cfr., Santiago, Alfonso (Director), *Historia de la Corte Suprema argentina (1863-2013)*, Marcial Pons, Bs. As., 2013.



través de importantes decisiones y criterios establecidos por nuestro máximo tribunal.

Como es sabido, en todos estos años se ha producido una profunda transformación en el sistema jurídico argentino, tanto a nivel del texto constitucional como de la práctica jurisprudencial, en lo que hace a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno y a la influencia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en las decisiones de los jueces nacionales.

El puntapié inicial de esta “revolución copernicana” del sistema jurídico argentino, cuyos efectos se fueron desplegando en el tiempo, lo dio la Corte Suprema al resolver en 1992 el caso “Ekmekdjian”, estableciendo la supremacía de los Tratados Internacionales sobre las leyes internas y el carácter operativo de los derechos humanos reconocidos en ellos. Posteriormente, el Constituyente de 1994 estableció que todos los tratados internacionales tienen jerarquía normativa superior a las leyes nacionales (art. 75, inc. 22.1), a la vez que otorgó jerarquía constitucional a once tratados internacionales sobre de derechos humanos (art. 75, inc. 22.2) y reconoció al Congreso la facultad de dar ese rango normativo a otros tratados sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22.3). Complementariamente, en el art. 75, inc. 24), autorizó la transferencia de competencias a organismos supranacionales, cuyas normas tienen también jerarquía superior a las leyes ordinarias<sup>3</sup>.

Estas importantes modificaciones introducidas por el Constituyente de 1994 plantearon adicionalmente el complejo tema de definir las nuevas relaciones existentes entre la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional y el valor que correspondía reconocer a la jurisprudencia emanada de los organismos y tribunales internacionales creados por algunos de esos acuerdos, especialmente a partir del surgimiento del denominado “control de convencionalidad”, instituido por la Corte IDH a partir del caso *Almonacid Arellano de 2006*<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Para estudiar este interesantísimo proceso, se pueden consultar, entre otros, los siguientes trabajos: 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., donde se publica una amplia y completa recopilación de los fallos sobre derecho internacional dictados por la Corte Suprema argentina; Fayt, Carlos: *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia*, La Ley, Bs. As., 2005, Cap. XX; Rabbi-Baldí, Renato: “La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos”, *El Derecho*, 180-1386.

<sup>4</sup> En su fallo del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (sentencia del 26 de septiembre de 2006,

Tanto por el contenido de sus disposiciones constitucionales como por los criterios jurisprudenciales que ha establecido su Corte Suprema, la Argentina ha sido tal vez uno de los países con mayor apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde la restauración democrática de 1983<sup>5</sup>.

A lo largo de esta comunicación expondremos sintéticamente cómo la Corte Suprema argentina ha ido receptando e incorporando esta nueva realidad que fue el surgimiento y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y la necesidad de su armonización con el derecho interno y cómo se ha desarrollado el diálogo entre los tribunales nacionales e internacionales en estas materias, muy particularmente con la Corte IDH.

La comunicación se integra con esta presentación, dos partes principales y las conclusiones. En la primera de las partes principales se reseña la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en relación al derecho internacional de los derechos humanos y en la segunda se analiza y hacen algunas consideraciones sobre el diálogo entablado entre el máximo tribunal argentino con la Corte IDH.

---

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 mermadas 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 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).

<sup>5</sup> Tal vez por su valor simbólico valga la pena recordar la coincidencia, plena de significado simbólico, que el retorno al régimen democrático se produjo un 10 de diciembre de 1983, aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Después de la violencia política y el terrorismo de Estado que asolaron al país durante la década de los 70, el país retomó la senda de la democracia constitucional de la mano de la tutela de los derechos humanos.

## 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 cómo cada una de esas cuestiones abordadas y resueltas por las integraciones de la Corte Suprema de las dos últimas etapas.

Los criterios jurídicos fundamentales que fue estableciendo progresivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y el propio texto constitucional para la armonización entre las normas nacionales e internacionales en materia de Derechos Humanos han sido los siguientes:

*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 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 *Ekmejdjian*<sup>6</sup> de 1992 la plena operatividad a los derechos humanos consagrados en estos instrumentos internacionales. La doctrina fijada en ese fallo

<sup>6</sup> *Fallos*, 315:1492 (1992).

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<sup>7</sup> en materia de derecho de réplica; el caso Giroidi<sup>8</sup>, sobre el derecho a la doble instancia en materia penal; los casos Serra<sup>9</sup>, Brusa<sup>10</sup> y Hagelin<sup>11</sup>, 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<sup>12</sup>. 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 seguimiento de este claro criterio constitucional, entre los que se puede mencionar por su importancia a los casos Fibraca<sup>13</sup> y Café La Virginia<sup>14</sup>

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

<sup>7</sup> Fallos, 321:885 (1998).

<sup>8</sup> Fallos, 318:514 (1995).

<sup>9</sup> Fallos, 316:2454 (1993).

<sup>10</sup> Fallos, 326:4816 (2003).

<sup>11</sup> Fallos, 326:3268 (2003).

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Caso “Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, Fallos, 316:1669 (1993).

<sup>14</sup> Caso “Cafés La Virginia S.A.”, Fallos, 317:1282 (1994).

parte de la Constitución, tienen, sin embargo, ese nivel normativo<sup>15</sup>. 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<sup>16</sup>. La decisión del Constituyente otorgaba un carácter 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

<sup>15</sup> 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 Cruelles, 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.

<sup>16</sup> La Corte Suprema ha reconocido esta transformación operada en nuestro sistema jurídico en el consid. 16 del caso Arriola (CS, 26-VIII-09) “*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 (artículo 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 329:3034, respectivamente); defensa en juicio (“Benítez” 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”.*

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<sup>17</sup>. Esta tesis, estuvo presente en numerosos votos a partir del año 1996<sup>18</sup>.

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

<sup>17</sup> Así en el consid. 10 del voto de la sentencia del caso Cancela (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 transcritto, establece en su última parte, que aquellos ‘no derogan artículo alguno de la primera parte 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”.

<sup>18</sup> 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, 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.

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”<sup>19</sup> contenida en el art. 75 inc. 22.2<sup>20</sup>. 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*<sup>21</sup> 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 n° 7, señaló él debía “guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (cfr. consid. 21)<sup>22</sup>. Más adelante en el caso *Bramajo*<sup>23</sup> de 1996, se señaló que también los informes 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 Si-

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> “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).

<sup>21</sup> *Fallos*, 315:1492 (1992).

<sup>22</sup> 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 “.

<sup>23</sup> *Fallos*, 319:1840, (1996)

món<sup>24</sup>, 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”<sup>25</sup>. Finalmente, en el caso Mazzeo<sup>26</sup> del año 2007, la Corte Suprema argentina recepta la noción del control de convencional<sup>27</sup> 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”<sup>28</sup>. 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<sup>29</sup>

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. Así, en el caso Acosta<sup>30</sup> de 1998, la mayoría del tribunal señaló que el seguimiento

<sup>24</sup> Fallos, 328: 2056 (2005).

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Fallos, 330:3248 (2007).

<sup>27</sup> 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 N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124).*

<sup>28</sup> Consid. 20.

<sup>29</sup> Cfr. casos “Aparicio”, “Videla”, etc.

<sup>30</sup> Fallos, 321:3555 (1998).



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*<sup>31</sup> en el año 2000 respecto a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>32</sup>.

También varios dictámenes del Procurador General de la Nación relativizaron el deber de seguir la jurisprudencia internacional. Así, el dictamen emitido el 10 de marzo de 2010 por el Procurador General en “*A., J.E. y otro s/ recurso de casación*”, aborda la problemática del valor vinculante de la jurisprudencia internacional en el orden interno y su alcance específico en los casos concretos, frente al carácter supremo de la Corte argentina<sup>33</sup>. El Procurador General se interroga acerca de si “es vinculante para un tribunal una decisión de la Corte Interamericana emitida en un caso concreto

<sup>31</sup> *Fallos*, 323:4130 (2000).

<sup>32</sup> 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. 6°), reiteró tal postura, sosteniendo que los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tampoco obligaban irremediadamente 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)”, 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.

<sup>33</sup> Cfr. p. II del dictamen del Procurador General Esteban RIGHI, en “*A. J.E. y otro s/ recurso de casación*”.

contra nuestro país diferente al que es objeto de decisión para ese tribunal, de acuerdo al derecho interno y a la jurisprudencia local”<sup>34</sup>. Sobre el punto, sostuvo que “es preciso poner de manifiesto que el derecho argentino no ha establecido expresamente la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana más allá de lo dispuesto por el art. 68 de la Convención Americana”. Es decir, que únicamente en todos los casos en que los Estados sean parte, están obligados a cumplir con la decisión de la Corte Interamericana<sup>35</sup>. En esta línea, el Procurador considera que los tribunales de justicia locales están obligados a tener en consideración la jurisprudencia de los organismos internacionales, pero no más. “Esto incluye un deber de examinar minuciosamente la aplicabilidad en el caso concreto, de expresarla y discutirla razonablemente y, en su caso, de explicar las razones jurídicas por las cuales no se sigue en el caso particular”<sup>36</sup>. A fin de tomar en consideración la jurisprudencia internacional, el Procurador propone seguir un test que resume en 4 pasos: (1) Verificar si existe jurisprudencia de la Corte o la Comisión Interamericana, o de ambas, sobre la cuestión debatida en el proceso interno; (2) Identificar la doctrina o razón de la decisión; (3) Examinar minuciosamente la aplicabilidad de esa doctrina al caso concreto; (4) 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 pertinente, es decir, efectuar un examen de compatibilidad entre esa doctrina y el orden jurídico constitucional<sup>37</sup>.

Sin embargo, la Corte Suprema, al resolver en el año 2013 el caso Carranza Latrabusse<sup>38</sup> establecerá el carácter vinculante no sólo de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH, sino también de las recomendaciones de la Comisión IDH<sup>39</sup>. Este criterio será reiterado en el año 2014 al resolver

---

<sup>34</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. IV.

<sup>35</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. V.

<sup>36</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. V (b).

<sup>37</sup> Cfr. *Ibidem.*

<sup>38</sup> Fallos, 336:1024 (2013)

<sup>39</sup> 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

el caso “Arrillaga, Alfredo Manuel”<sup>40</sup>.

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<sup>41</sup> y,

---

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”.

<sup>40</sup> CS, A. 917. XLVIII, 30/12/2014.

<sup>41</sup> 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 artículo 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 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*”.

también, el asignarle un carácter obligatorio a las simples recomendaciones que formula la Comisión IDH.

Más allá de estas críticas doctrinarias, parece consolidarse a nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina el seguimiento, como “pauta insoslayable de interpretación”, de la doctrina jurisprudencia de la Corte IDH y de las recomendaciones de la Comisión IDH y la necesidad de tenerla en cuenta por parte de todos los jueces y funcionarios públicos de realizar el denominado control de convencionalidad.

7) *Recepción de la doctrina del control de convencionalidad ex officio elaborada por la Corte IDH*: a partir del caso Mazzeo<sup>42</sup> 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<sup>43</sup>. Ya no se trata tan sólo del 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.

---

*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.

<sup>42</sup> Fallos, 330:3248 (2007).

<sup>43</sup> Así, en el consid. 21 del voto mayoritario en el caso Mazzeo, con remisión al parág. 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”.

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<sup>44</sup>, cuando ello implicaba dejar sin efecto sentencias de la propia Corte Suprema. Veamos en este sentido lo ocurrido en los casos “Cantos”<sup>45</sup>, “Espósito”<sup>46</sup> y “Derecho”<sup>47</sup>, para concluir en la trascendente sentencia del caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”<sup>48</sup>.

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 habían 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 ostensiblemente los derechos constitucionales de los profesionales que habían intervenido en la causa. En efecto, la reducción de

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> Fallos, 326:2968 (2003).

<sup>46</sup> Fallos, 327:5668 (2004).

<sup>47</sup> CS, 11-VII-07.

<sup>48</sup> CS, 14-II-17. Siete comentarios a este polémico fallo, entre otros el nuestro, pueden verse en LL, diario del 23-II-17, LL 2017-A.

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<sup>49</sup> 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<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Fallos, 327:5668 (2004).

<sup>50</sup> Afirma Emilio Ibarlucía que “el fallo Espósito es particularmente importante dado que la Corte dijo

Una situación similar al caso “Espósito” se presentó en la causa “René Derecho”<sup>51</sup>, 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<sup>52</sup>. Previamente,

---

que estaba obligada a acatarlo resuelto por la Corte IDH en el caso ‘Bulacio vs. 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 la Corte Suprema argentina y el control de convencionalidad”, LL, Suplemento de Derecho Constitucional, agosto 2011, pág. 4.

<sup>51</sup> CS, 11-VII-07

<sup>52</sup> 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, proporcionando 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.*

en mayo de 2007, la Corte IDH en el caso “Bueno Alves vs 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<sup>53</sup>, 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 vs Argentina”.

El 14 de febrero de 2017, al resolver el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”<sup>54</sup>, dejó de lado la postura asumida en el caso “Derecho” de 2011. En su decisión, nuestro máximo tribunal con su nueva integración, en fallo dividido por cuatro votos contra uno, se negó a dejar sin efecto una sentencia que él había dictado en el año 2001<sup>55</sup>, no obstante que una sentencia de la Corte IDH así lo ordenaba. La Corte Suprema consideró que el cumplimiento de esa sentencia contrariaba gravemente algunos de los principios de derecho público a los que alude el art. 27 de la CN.

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<sup>56</sup>. Sin embargo, de su última decisión en el

---

<sup>53</sup> Integraron la mayoría los ministros Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda (por su voto), Eugenio Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco. En tanto, que Carlos Fayt y Carmen Argibay entendieron que debía rechazarse la presentación.

<sup>54</sup> CS, 14-II-17. Siete comentarios a este polémico fallo, entre ellos uno nuestro, puede verse en LL, diario del 23-II-17, LL 2017-A.

<sup>55</sup> Cfr. caso Menem, Fallos, 324:295 (2001).

<sup>56</sup> Se puede ver en una postura con puntos coincidentes a la aquí expuesta el trabajo de Alfredo Vítole, “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



caso “Ministerio de Relaciones Internacionales y Culto”, parecería haber adoptado una postura contraria a dejar por sin efecto sentencias definitivas dictadas por ella, aun cuando así lo ordenara específicamente una sentencia de la Corte IDH. 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<sup>57</sup>.

9) *posible existencia de conflictos insalvables entre las normas constitucionales y los textos o jurisprudencia internacionales*<sup>58</sup>: más allá de estas pautas de armonización entre el derecho interno y el derecho internacional de los Derechos Humanos que hemos analizado en los acápites 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<sup>59</sup>.

---

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”.

<sup>57</sup> 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”.

<sup>58</sup> Hemos estudiado ampliamente esta delicada y clave cuestión constitucional en nuestro libro: Santiago, Alfonso, *Estudios de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Bs. As., 2017, Cap. XIII, donde remitimos.

<sup>59</sup> 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.

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<sup>60</sup> 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?
- ¿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<sup>61</sup> 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;

---

<sup>60</sup> Cabe recordar que la Corte IDH ha analizado 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 un Decreto Ley chilenos y concluyó que las normas eran violatorias de la Convención, y que debían ser reformadas (párr. 88).
- Caso “Caesar Vs. Trinidad y Tobago”, en el que la Corte también ordenó al Estado enmendar su Constitución (párr. 133).
- Caso “Tristán Donoso vs. Panamá”, en el que la Corte destacó la importancia de adoptar las medidas necesarias “para implementar [una] reforma constitucional” (párr. 206).
- “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. 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 párr. 235 también hay una apreciación sobre el tratamiento del Tribunal Constitucional doméstico sobre un tema en particular.

Agradecemos a Gisella Ferrari el aporte de estos precedentes.

<sup>61</sup> *Fallos*, 326:4816 (2003). Hemos comentado ampliamente este fallo de la Corte Suprema, en el trabajo “La revisabilidad de los fallos del Jurado de Enjuiciamiento según la jurisprudencia de la Corte Suprema: el caso Brusa”, ED, Suplemento de Derecho Constitucional, diario del 23-VIII-05, donde remitimos.

- en el caso Mazza<sup>62</sup>, 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<sup>63</sup>;
- 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<sup>64</sup> y Mazzeo<sup>65</sup>, 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 penal como son los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal y cosa juzgada<sup>66</sup>.
- 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.

El tema específico de la relación jerárquica entre la Constitución y los Tratados Internacionales fue tratado de modo algo ambiguo por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

---

<sup>62</sup> CS, 6-X-09

<sup>63</sup> “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 inciso 22° del artículo 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.

<sup>64</sup> Fallos, 328, 2056 (2005).

<sup>65</sup> Fallos, 330:3248 (2007).

<sup>66</sup> 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.

Repasaremos los principales fallos del tribunal relativo a esta temática específica, citando previamente el art. 27 de la CN que establece su primacía normativa sobre los Tratados Internacionales cuando señala que “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad *con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*”.

En el caso Cabrera<sup>67</sup> del año 1983, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de un Tratado Internacional que impedía a los funcionarios y empleados de un Ente Binacional demandarlo ante los tribunales nacionales, ya que consideró que esa prohibición violaba el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción. De este modo, consagró claramente la supremacía constitucional sobre un Tratado que desconocía el contenido esencial de un derecho tutelado constitucionalmente.

Posteriormente, en el caso Ekmekdjian c/ Sofovich (<sup>68</sup>) de 1992, la Corte Suprema sostuvo de modo genérico que, en virtud del principio del *pacta sunt servanda* y del art. 27 y 46 de la Convención de Viena, las disposiciones de un Tratado Internacional predominaban sobre el orden jurídico interno, sin distinguir en esa oportunidad entre normas de rango constitucional o legal.

Un año después, en 1993, al decidir el caso Fibraca (<sup>69</sup>), la Corte Suprema precisó que la primacía de las normas internacionales sobre las de orden interno operaban “*una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales*”. En otras palabras, en “Fibraca” se afirma la primacía, si no de la Constitución Nacional, al menos de los “principios de derecho público constitucionales” por sobre los tratados internacionales.

Un nuevo desafío en esta materia se presentó a la Corte Suprema argentina cuando en el año 2003 debió resolver el caso Brusa<sup>70</sup>. La reforma constitucional de 1994 en su art. 115 estableció que el fallo del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, encargado de juzgar la responsabili-

<sup>67</sup> Fallos, 305:2150 (1983)

<sup>68</sup> Fallos, 315:1492 (1992)

<sup>69</sup> Fallos, 316:1669 (1993)

<sup>70</sup> Hemos comentado ampliamente este fallo de la Corte Suprema, en el trabajo “La revisabilidad de los fallos del Jurado de Enjuiciamiento según la jurisprudencia de la Corte Suprema: el caso Brusa”, ED.... En el apartado 3 de este capítulo haremos un análisis de los distintos votos que integran este fallo en relación al alcance de la revisión judicial posterior.

dad política de los jueces federales inferiores, era “irrecurrible” ante los tribunales judiciales ordinarios. Esta disposición constitucional podría ser considerada “inconstitucional” e “inconvenional” por lesionar el derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva. La Corte Suprema en una interpretación claramente infiel al propósito del Constituyente sostiene que los fallos del Jurado de Enjuiciamiento pueden ser revisados judicialmente, pero únicamente para asegurar que en el juicio político se haya respetado la garantía constitucional del debido proceso. Este contrapunto entre la Corte Suprema y el Poder Constituyente sobre la posibilidad de revisar judicialmente los fallos de un proceso de remoción judicial de los jueces inferiores, muestra a las claras los límites cada vez mayores que tiene éste último frente al avance del Derecho Internacional, en especial en materia de Derechos Humanos <sup>(71)</sup>, y el creciente control que ejerce el Poder Judicial sobre sus decisiones, tanto en lo relativo al procedimiento de reforma, como, en cierta medida y de modo indirecto, sobre su contenido.

Posteriormente, en el caso ‘*Arancibia Clavel*’<sup>72</sup> del año 2004, la Corte Suprema flexibilizó el principio de legalidad en materia penal, declarando el carácter imprescriptible de los denominados delitos de lesa humanidad.

Por su importancia en la materia que venimos desarrollando, es necesario que nos detengamos en el análisis del caso Simón <sup>73</sup> del año 2005. En este caso la Corte Suprema, en un extenso fallo que deja sin efecto su anterior jurisprudencia en la materia, declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 de punto final y 23.521 de obediencia debida, permitiendo así el inicio o la reapertura de los procesos penales de quienes habían sido beneficiados por los efectos de la amnistía implícita decidida por el Congreso de la Nación al dictar ambas leyes, ahora invalidadas por el tribunal <sup>(74)</sup>.

<sup>71</sup> El voto de los Dres. Boggiano y Vázquez, hace explícita mención del deber institucional de seguir los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana cuando en el consid. 11º señala: “esta Corte ha subrayado que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes como el indicado debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como al adoptar sus pautas interpretativas para resolver cuestiones traídas a su conocimiento, en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella comisión para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la aludida convención (ley 23.054, art. 2º; doctrina de Fallos: 318:514 y 1877, considerando 8º; 319:1840; 321:3555, considerando 10º)”. Existen otros muchos precedentes en donde se sostiene este mismo criterio: cfr., entre otros, casos Giroldi, Fallos, 318: 514; Bramajo, LL, 1996-E-409; Arancibia Clavel, Fallos 327:3312 (2004).

<sup>72</sup> Fallos 327:3312 (2004)

<sup>73</sup> Fallos, 328:2056, 2005.

<sup>74</sup> El fallo mayoritario dispone: “Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y

El fallo fue dictado por una mayoría de siete a uno de sus integrantes <sup>(75)</sup>. En anteriores pronunciamientos la Corte ya había considerado, aplicando normas de derecho penal internacional, que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles: cfr. los casos Priebke <sup>(76)</sup> y Arancibia Clavel <sup>(77)</sup>. Profundizando esa línea jurisprudencial, en el fallo del caso Simón la Corte Suprema entendió que esa clase de delitos son, también, inamnistiables, a la luz de la jurisprudencia emanada de la Corte IDH y de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En base a estos fundamentos, las leyes 23.492 y 23.521, regularmente dictadas en su momento por el Congreso de la Nación, fueron declaradas inconstitucionales, aún a pesar de que una anterior integración de la Corte Suprema había confirmado expresamente su validez constitucional dieciocho años atrás al resolver el caso Camps <sup>(78)</sup>. Cabe recordar que, por medio de la ley 25.779 dictada noviembre del 2003, el Congreso había declarado “insanablemente nulas” las leyes en cuestión. La mayoría de la Corte Suprema declaró expresamente la validez constitucional de ese acto del Poder Legislativo. Considero que la decisión mayoritaria del tribunal ha hecho, implícita o expresamente (voto del Dr. Petracchi), una aplicación retroactiva de normas y principios en materia penal, contrariando abiertamente el contenido esencial de la garantía de la ley penal previa contenida en el art. 18 de la CN y en varios de

---

cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina”.

75 Votaron a favor de declarar la inconstitucionalidad de las mencionadas leyes los ministros Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay. En disidencia votó el ministro Fayt y el Dr. Belluscio se abstuvo.

76 Fallos: 318:2148 (1995)

77 CS, 24-VIII-04. Puede verse una crítica a la doctrina de este fallo en García Belsunce, Horacio, “Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As. 2004. También, hay varios otros comentarios del mismo: cfr., Gelli, María Angélica, El alcance de la irretroactividad penal y las fuentes del ordenamiento jurídico en el caso Arancibia Clavel”, LL, diario del 10-XI-04; Cianciardo, Juan, La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la aplicación retroactiva de la ley penal, LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 13-X-04; Basterra, Marcela, Una sentencia que dispara un arduo y dificultoso debate, LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 13-X-04; Gil Domínguez, Andrés, El caso Arancibia Clavel: un fallo fundante en torno a la aplicabilidad, LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 13-X-04.

78 La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Camps” (Fallos: 310:1162, 1987), declaró la validez constitucional de la ley 23.521, constitucionalidad luego convalidada en precedentes posteriores, así como la de la ley de punto final: cfr. Fallos: 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312:111; 315:2988; 316:532, 609 y 2171 y 321:2031, entre otros.

los Tratados sobre Derechos Humanos a los que el Constituyente de 1994 le ha otorgado jerarquía constitucional (<sup>79</sup>).

En coincidencia con lo afirmado en su disidencia por el Dr. Fayt, estimo que las normas y principios penales internacionales en los que la Corte Suprema fundamenta su decisión mayoritaria en el caso Simón, no tenían, al momento en que los hechos objeto del proceso fueron cometidos o en aquel posterior en que fueron amnistiados, el grado de certeza, de clara formulación escrita, ni el carácter previo, que exige el principio de legalidad en materia penal consagrado en el texto constitucional. Por lo tanto, advierto en el caso un clara violación de los principios constitucionales de legalidad e irretroactividad de la ley penal (<sup>80</sup>).

<sup>79</sup> Prohíben expresamente la aplicación retroactiva de la ley, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 9° y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 15°; la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 11 inc. 2°; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el art. 35.

<sup>80</sup> El ministro Fayt advierte en el consid. 96 de su disidencia, con cita de dos destacados penalistas españoles de nuestros días, sobre las consecuencias negativas que, para el Estado de Derecho, se desprenden de la afectación de estas garantías constitucionales básicas: “los derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principio de legalidad...) y procesal penal...son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, **aunque sea en casos concretos extremos y muy graves**, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado...” (Muñoz Conde, loc. cit.; énfasis agregado). De este modo, los principios garantistas se verían conculcados “con el pretexto de defender paradójicamente el Estado de Derecho” (Muñoz Conde, *Las reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”*, Revista de Derecho Penal, vol. 20042., pág. 664). Corresponde entonces preguntarse si “podemos soportar como sociedad una sensible baja en derechos y garantías procesales y penales para combatir fenómenos complejos” (Silva Sánchez Jesús, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2 da. Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001)”. Por su parte, Florencio Varela, abogado defensor de algunos militares procesados, califica con duros términos la decisión adoptada por la Corte Suprema cuando señala: “El fallo es absolutamente nulo y el proceder de la Corte, agravante para los ciudadanos por ser de una arbitrariedad nunca vista desde que fuera sancionada la Constitución en 1853. La ofensa al Estado de Derecho es de una magnitud impensada luego de siglos de lucha por el reconocimiento de las garantías para proteger la libertad personal frente al poder del Estado y, en ese sentido, no es posible aceptar como excusa la ignorancia o el error dados los conocimientos que del derecho tienen los jueces firmantes del fallo. Ha habido una intencionalidad política que implica la comisión del delito de prevaricato, toda vez que han dictado a sabiendas una resolución contraria a la ley que ellos mismos han invocado para fundar el fallo”. La Corte, garantías y la seguridad jurídica, La Nación, 24-VI-05. También, Gregorio Badeni califica como perversión constitucional lo resuelto en el caso: “aceptar que la costumbre internacional contra legem o praeter legem, en las condiciones citadas, es fuente del derecho constitucional y modificatoria de la Consti-

Entre estos antecedentes relativos al juzgamiento de los delitos de lesa humanidad, corresponde también mencionar el caso Mazzeo <sup>81</sup> del año 2007. En esta sentencia, el máximo tribunal, dejando sin efecto una decisión suya anterior protegida por la garantía constitucional de la cosa juzgada, declaró inconstitucional el decreto 1002/1989, norma que disponía el indulto del procesado general Riveros por hechos relacionados con delitos de lesa humanidad. La mayoría se compuso con los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia votaron Fayt y Argibay.

En el extenso voto de mayoría se sostiene que “el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de ‘perseguir’, ‘investigar’ y ‘sancionar adecuadamente a los responsables’ de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos”<sup>82</sup> y que ese derecho internacional es de “aplicación perentoria”<sup>83</sup> en nuestro país. Para justificar esa perentoriedad el tribunal, con cita de Ferrajoli, entre otros, afirmó que luego del nacimiento de la ONU a fines de 1948, el “derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un simple *pactum associationis*, sino además, un *pactum subiectionis*”<sup>84</sup>. En el considerando 13 se afirma que “...estas declaraciones [internacionales] importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Esta necesaria protección de los derechos humanos, a la que se han comprometido los Estados de la comunidad universal, no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente. En realidad, sus postulados sostienen que *hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos*, lo cual no implica optar

---

tución, importa avalar la perversión constitucional. Perversión, motivada a menudo por el deseo de imponer una ideología política o la alteración de los valores constitucionales. Bien destaca Friedrich que “esto no se debe a que las violaciones sean el resultado de una interpretación incorrecta o de una mala interpretación, sino a que tanto la perversión como la violación de una norma constituyen un desafío a su pretendida universalidad, constituyen excepciones, y todas las excepciones debilitan a una norma”...”, ob. cit.

<sup>81</sup> “*Mazzeo, Julio L.*”, 13/7/2007, exptes. M. 2334. XLII y M. 2335. XLII.

<sup>82</sup> Del consid. 10 de la mayoría.

<sup>83</sup> Del consid. 11 de la mayoría.

<sup>84</sup> *Ibidem*.



por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del derecho positivo (conf. Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, p. 24)<sup>85</sup>. Concluyó la mayoría que “existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*”<sup>86</sup>. También el voto mayoritario introduce, con remisión a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid” la doctrina del “control de convencionalidad” a cargo de los jueces nacionales, que parecería ser previo y aún más importante que el control de constitucionalidad y se extiende no sólo al texto de la CADH, sino también a la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales que tienen a cargo su aplicación<sup>87</sup>. Todas esas consideraciones, señaló, llevaron al tribunal a “reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad (*‘Arancibia Clavel’*, Fallos 327:3312); a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final (*‘Simón’*, Fallos 328:2056); a reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos (*‘Arteaga’*, Fallos 321: 2767); a otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos (*‘Hagelín’*, Fallos 326:3268); y también a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados (*‘Videla’*, Fallos 326:2805)”<sup>88</sup>.

Sobre la garantía de *non bis in idem* y la de la cosa juzgada esgrimidas por el acusado, sostuvo nuestro máximo tribunal que no son aplicables al caso pues, como lo que había que aplicar era el derecho internacional, en dicho sistema esas garantías tienen un carácter “acotado”<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> El resaltado en cursiva me pertenece.

<sup>86</sup> Del consid. 15 de la mayoría.

<sup>87</sup> Así, en el consid. 21 del voto mayoritario, con remisión al parág. 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”. De consolidarse esta doctrina estaríamos en presencia de una modificación relevante de toda nuestra estructura constitucional y normativa.

<sup>88</sup> Del consid. 28 de la mayoría.

<sup>89</sup> Véanse los consid. 35 y 36 de la mayoría.

En una extensa disidencia Fayt reiteró sus argumentos ya expresados en sus votos disidentes de “*Arancibia Clavel*” y “*Simón*”, respecto de que viola la Constitución Nacional la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad para los delitos de lesa humanidad, que recién entró en vigencia en nuestro país a partir de la firma del tratado en 1995. Resaltó el carácter constitucional de la cosa juzgada<sup>90</sup> y su relación con el principio de *ne bis in idem*<sup>91</sup>. Señaló que es falso el pretendido “antagonismo entre ‘el interés del beneficiario del indulto’ y el ‘derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva’”<sup>92</sup>, y recordó que “que los derechos humanos surgieron para poner límites al poder estatal y que, consiguientemente, en el proceso penal los derechos humanos se enfrentan al Estado como freno a su poder y en defensa exclusiva de los intereses individuales. El juicio penal ‘no sólo se enfoca en los individuos más que en las instituciones responsables, sino que considera a estas últimas como virtualmente irrelevantes (...) [p]uesto que [como se dijo] el propósito de un proceso penal es el de determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado, la víctima es un medio para tal fin y no el objeto primordial del interés’ (Blumenson, op. cit., loc. cit.)”<sup>93</sup>. En esa línea, explicó que nadie tiene un derecho constitucional a que el Estado imponga una sanción penal a otra persona. No existe un derecho a la pena. Así, afirmó que “la protección a las víctimas establecida en los instrumentos internacionales de derechos humanos no implica necesariamente castigo penal (lo que, por otra parte, no se condeciría con su carácter fragmentario y de *ultima ratio*). La persecución penal –sin respeto a las garantías del individuo– invertiría la función que los derechos humanos poseen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto, esta vez so pretexto del sugerente –aunque artificioso– argumento de protección a las víctimas”<sup>94</sup>.

Por su parte, el voto en disidencia de la Dra. Argibay se centró en la imposibilidad de tratar la cuestión dado el carácter firme de la sentencia que había ya absuelto al acusado. Aclaró que, a su criterio, los indultos a personas procesadas no son válidos, puesto que la Carta Magna los prevé

---

<sup>90</sup> Véase su consid. 28.

<sup>91</sup> Véase su consid. 30.

<sup>92</sup> De su consid. 31.

<sup>93</sup> De su consid. 33.

<sup>94</sup> De su consid. 35.

sólo respecto de condenados, pero especificó que “mi opinión personal sobre la validez de estos indultos resulta una mera declaración de principios porque en la presente causa no puede dictarse un pronunciamiento judicial sobre ese punto sin decidir el agravio de la defensa fundado en la afectación de la cosa juzgada. En efecto, en este mismo proceso y en el mes de diciembre de 1990, esta Corte Suprema resolvió convalidar este indulto: la mayoría, por razones formales que fundaron el rechazo del recurso y los jueces Oyhanarte y Petracchi, en voto concurrente, pero entrando al fondo del asunto, aprobando la constitucionalidad del decreto en cuestión (Fallos 313: 1392). De manera que, en este caso, la discusión quedó cerrada hace 17 años”<sup>95</sup>.

Hay en esta disidencia un argumento que no está en la de Fayt y que nos parece importante destacar, pues es de esa clase de argumentos que pueden ser ignorados, pero no refutados. Es el siguiente: “...ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado (ver Fallos 308:1150, considerando 4°; 319: 2527, 2532) o la diferente concepción de la equidad o la justicia (ver Fallos 315:2406, considerando 7°) que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos. Ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de Derecho, es compatible con semejante consecuencia puesto que ese carácter supone que la opinión favorable (o desfavorable) de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las decisiones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes”<sup>96</sup>.

Corresponde también tener en cuenta aquí, lo decidido por la Corte Suprema en los casos Espósito y Derecho reseñados en el apartado anterior, ya que la Corte Suprema dejó sin efecto allí propias decisiones para acatar

<sup>95</sup> De su consid. 5°.

<sup>96</sup> De su consid. 6°.

lo decidido por la Corte IDH, sin mengua de la garantía constitucional de la cosa juzgada en casos que no se trataba de delitos de lesa humanidad.

En este elenco de fallos de nuestro máximo tribunal sobre posibles conflictos entre normas constitucionales y convencionales vale la pena también mencionar un *obiter dictum* del voto individual del Dr. Zaffaroni en el caso Mazza<sup>97</sup>. Allí 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 más allá de la expresa habilitación constitucional.

Como puede observarse de la reseña de estos fallos que hemos realizado, la Corte Suprema ha sido marcadamente aperturista hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en ocasiones ha flexibilizado las exigencias de los textos constitucionales para acoger a demandas convencionales. Sin embargo, la doctrina expuesta recientemente por la Corte Suprema en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” del 14-II-17, reafirma con claridad la supremacía final de la CN y de los principios de derecho público que consagra el art. 27 de la CN<sup>98</sup>.

### **III: El diálogo entre la Corte Suprema argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El sistema interamericano de los derechos humanos es complementario y subsidiario de la protección que brindan los estados nacionales, quienes son los principales responsables de su garantía y promoción. Ambos sistemas son diferentes, independientes y no hay entre ellos una estricta dependencia jerárquica. Sin embargo, están llamados a mantener una intensa interacción recíproca de cara al logro del objetivo común que pretenden alcanzar: la protección y defensa de los derechos humanos de las personas que viven en el continente americano. Debido a ello, el dialogo interjurisdiccional surge como una necesidad ineludible y creciente.

---

<sup>97</sup> CS, 6-X-09

<sup>98</sup> CS, 14-II-17. Siete comentarios a este polémico fallo, entre otros el nuestro, pueden verse en LL, diario del 23-II-17, LL 2017-A.

A la luz de la evolución de los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema argentina acerca de la recepción de la normativa y doctrina jurisprudencial en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, observamos que ha habido una intensa relación entre la jurisprudencia de ambos tribunales. De modo creciente la jurisprudencia de la Corte argentina se ha abierto y ha recibido las decisiones y doctrinas jurisprudenciales de la Corte IDH<sup>99</sup>. Podríamos hablar de un fuerte desarrollo de esta dimensión “descendente” del diálogo interjurisdiccional, si bien, como ya se dicho, no existe entre ambos tribunales una relación jerárquica, sino que se trata de un sistema multifocal con interacciones recíprocas.

La jurisprudencia de este tribunal regional ha pasado a ser pauta insoslayable, casi imperativa u obligatoria para las decisiones de la Corte Suprema argentina<sup>100</sup>, que también de modo progresivo ha acogido y obedecido sus sentencias incluso cuando exigieran dejar de lado decisiones definitivas del propio tribunal nacional. También ha recibido, adherido y difundido con amplitud la doctrina y la práctica del control de oficio de convencionalidad por parte de todos los tribunales nacionales.

Confirmando lo que aquí se afirma, ha sostenido Diego García-Sayán, cuando era Presidente de la Corte IDH: “Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita”<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> En relación a lo sucedida en esta temática en Chile, puede consultarse el trabajo de Humberto Nogueira Alcalá “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, pág 551 y ss.

<sup>100</sup> Una nota de color propia del “realismo mágico latinoamericano” es que mientras a nivel jurisprudencial se hablaba de la obligatoriedad de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH, hasta hace diez años no se tenía acceso a las sentencias de ese tribunal regional. Recién con la publicación en internet de esas sentencias se solucionó de modo efectivo ese problema práctico y operativo que permite hacer realidad lo que se declamaba como principio. También cabe mencionar como otra nota de color que cuando los integrantes de la Corte IDH visitaron nuestro país, apenas hubo un encuentro social entre los jueces de la Corte IDH y los de la Corte Suprema argentino, sin que se haya aprovechado la oportunidad para hacer un auténtico diálogo e intercambio de experiencias y criterios jurisprudenciales.

<sup>101</sup> Cfr. voto concurrente del Juez Diego García-Sayán en relación con la Sentencia de la Corte Inter-

Ha sido notable la transformación del sistema jurídico argentino debido a la recepción de la normativa internacional y criterios jurisprudenciales en materia de derechos humanos en muchos y diversos ámbitos del quehacer jurídico: derecho penal, civil, procesal, familia, laboral, administrativo, etc.<sup>102</sup>. La nulidad de las amnistías en los supuestos de delitos de lesa humanidad, la revisión amplia en los recursos de apelación, la garantía del doble conforme, la modificación de la tipificación penal de los delitos de calumnias e injurias, la revisión judicial de los procesos de destitución de jueces, son algunos de las principales instituciones jurídicas que han sido modificadas por influjo de la jurisprudencia de la Corte IDH.

A su vez, la introducción del llamado control de convencionalidad a cargo de todos los jueces nacionales y no sólo reservado a los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, abre enormes posibilidades al diálogo interjurisdiccional. El control de convencionalidad que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, están llamados a realizarlos jueces nacionales puede tener distintos alcances y contenidos. En una postura limitada y restrictiva, el ejercicio de ese control podría limitarse a aplicar y resolver conforme a la jurisprudencia de la

---

americana de Derechos Humanos en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, de 26 de mayo de 2010. En el mismo sentido se expresaba ya Sergio García Ramírez cuando en el informe ante la Asamblea General de la OEA (Santo Domingo, República Dominicana, 2006) señalaba: “Si tuviésemos que cifrar en un solo concepto los mayores logros de la jurisdicción interamericana en la etapa más reciente —que son, por supuesto, logros del Sistema en su conjunto—, habría que mencionar la recepción que la jurisprudencia internacional ha tenido en el orden jurídico interno de los Estados. Se ha fortalecido, con énfasis cada vez más fuerte y convicción cada vez más firme, el tendido de puentes entre el orden internacional y el orden nacional, que lejos de contraponerse constituyen, unidos, el arco protector del ser humano. A mi modo de ver, desde esta perspectiva se deja atrás el conocido y superable dilema sobre la jerarquía de ambos órdenes normativos. Este fenómeno constituye, ya, un dato cotidiano y promisorio, que acredita una inédita y creativa cercanía entre tribunales, de la que sólo derivan beneficios para el ser humano. Varias cortes constitucionales, cortes supremas o salas constitucionales han acogido explícitamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana en un buen número de casos. En ella han apoyado sus pronunciamientos, conforme a la idea —que se sustenta en los ordenamientos adoptados por los propios Estados— de que el Tribunal internacional tiene a su cargo la interpretación de la Convención Americana, y de que ésta constituye, para cada Estado, fuente de obligaciones, y para cada individuo, fuente de derechos. Este ha sido el giro fundamental en la etapa que ahora vivimos. Por este medio adquieren trascendencia los pronunciamientos de un tribunal internacional que no es última instancia de la justicia interna, ni está llamado a conocer un elevado número de casos”.

<sup>102</sup>A modo de ejemplo y en relación a la progresiva extensión de la garantía del doble conforme en materia de condenas penales en la jurisprudencia de los tribunales argentinos a raíz de las decisiones de la Corte IDH, se puede consultar el trabajo de Lucila Bercovich “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.

Corte IDH los casos sometidos a su jurisdicción. Se trataría de seguir la doctrina jurisprudencial ya fijada a nivel interamericano, en las poco más de doscientas sentencias, en los numerosísimos casos que resuelven los tribunales nacionales. En un sentido más amplio, la realización del control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales podría significar la interpretación y aplicación de las normas convencionales realizada de modo autónomo por parte de los tribunales nacionales, aún en temas que la Corte IDH aún no se ha pronunciado<sup>103</sup>. El ejercicio de este control difuso de convencionalidad realizado por todos los jueces de los distintos países que integran el sistema interamericano podría generar el desarrollo multilateral y diversísimo de las interpretaciones convencionales, pudiéndose producir armonías, inconsistencias, contradicciones, fragmentación, fecundación cruzada, diálogo interjurisdiccional, etc.<sup>104</sup> Es difícil prever con exactitud hacia dónde evolucionará el sistema pero este despliegue del control de convencionalidad multiplicará las posibilidades del diálogo interjurisdiccional.

Cabe ahora preguntarnos acerca de la dimensión “ascendente” del diálogo interjurisdiccional: ¿cómo ha sido la recepción y tratamiento por parte de la Corte IDH de las doctrinas elaboradas por los jueces nacionales? Pareciera que esta dimensión ha sido menos intensa que la anterior, que ha primado cierta unidireccionalidad en el diálogo interjurisdiccional. No existen mayores registros de sentencias de la Corte IDH que hagan referencia a las doctrinas específicas del máximo tribunal argentino. Sin embargo, corresponde matizar debidamente esta apreciación. Así, cabe mencionar que la Corte IDH ya en su opinión consultiva 8/87, sobre la procedencia del habeas corpus en las situaciones de emergencia, citaba en su párrafo 41 la doctrina elaborada por una Cámara Federal de Buenos Aires<sup>105</sup>.

<sup>103</sup>Sergio García Ramírez afirma que cuando un juez nacional realiza el control de convencionalidad en un tema en donde aún no existe un pronunciamiento de los órganos del Sistema Interamericano, su alcance y valor es sólo provisional, en espera de la decisión regional, cfr. su trabajo “El control judicial interno de convencionalidad”, V Revista IUS, julio-diciembre 2011.

<sup>104</sup>Se puede consultar al respecto el trabajo de Ariel Dulitzky, “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, pág. 45 y ss., en especial apartados IV y V. También pueden verse estos otros artículos: Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, Revista Europea de Derechos fundamentales, n° 18, 2° semestre 2011, pág. 63 y ss;

<sup>105</sup>Se puede leer en ese párrafo lo siguiente: “Cabe citar, al respecto, el fallo dictado en abril de 1977, en el caso número 1980, por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de la República Argentina, acogiendo un recurso de hábeas corpus: Como se ha venido

Es sabido el cierto rechazo por parte del tribunal interamericano de la doctrina del margen de apreciación nacional, más allá de su aplicación implícita en algunos casos aislados, p. ej. el caso Castañeda sobre las candidaturas independientes en México. Esta postura debilita, en cierta medida, su apertura a la doctrina de las cortes y tribunales constitucionales nacionales.

Ariel Dulilitzky expresa la urgente necesidad de una mayor apertura por parte del tribunal internacional a las doctrinas que vayan elaborando los tribunales nacionales en el ejercicio del control de convencionalidad que, conforme al principio de subsidiariedad y a la propia jurisprudencia de la Corte IDH, le compete de modo primario a ellos. Señala que el tribunal con sede en Costa Rica aún no ha fijado una doctrina clara al respecto y que parecerían ser mayores las referencias a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y otros órganos internacionales que las correspondientes a la doctrina de los tribunales nacionales latinoamericanos. Sostiene que el diálogo tiene que ser bidireccional (de lo contrario corre el riesgo de transformarse en un simple monólogo) y tener en cuenta tanto las doctrinas jurisprudenciales afines y conformes con los criterios que fija la Corte IDH, como aquellas que no lo son<sup>106</sup>. Son todas estas exigencias básicas para la existencia de un diálogo real y auténtico.

Cabe esperar en este sentido una evolución similar a la que se ha producido en el diálogo interjurisdiccional entre la Corte EDH y la Corte ADH. Inicialmente era el tribunal interamericano el que sólo citaba en sus fallos las sentencias de la Corte EDH. Con el paso del tiempo, también la Corte EDH ha comenzado a tener en cuenta las doctrinas elaboradas por su par de Costa Rica<sup>107</sup>.

---

sosteniendo, no es dable admitir la tesis de que el Presidente de la República sería el único facultado para evaluar la situación de quienes se hallan detenidos a su disposición. Si bien es ajeno al ámbito de actividad jurisdiccional lo concerniente a cuestiones eminentemente políticas y no judiciales, no es menos cierto que compete al Poder Judicial de la Nación analizar en casos excepcionales como el presente la razonabilidad de las medidas que adopta el Poder Ejecutivo, lo que halla sustento en el propio artículo 23 de la Constitución Nacional y en los artículos 29 y 95 de la Ley Fundamental. Debe también armonizarse el interés general y la libertad individual, de modo tal que no es posible siquiera suponer que quienes se hallan privados de su libertad a disposición del P. E., queden librados a su suerte y al margen de todo control por parte de los Jueces de la Nación, sea cual fuere el tiempo durante el cual se prolongue el arresto". La doctrina sostenida por el fallo de la Cámara es coincidente con la elaborada por la propia Corte Suprema de Justicia argentina en este mismo punto.

<sup>106</sup>Cfr., ob. Cit, pág. 74 y ss.

<sup>107</sup>Puede consultarse al respecto los siguientes estudios: García Roca, J., Fernández, P. A., Santolaya, P. y Canosa, R. (eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*,



No obstante lo antes señalado, en varias sentencias –p. ej. en la del tribunal constitucional ecuatoriano– al resolver el caso ha tenido en cuenta las disposiciones constitucionales locales en materia de independencia judicial, para analizar si se habían o no vulnerados las garantías que guardan relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

También se advierte en algunas recientes sentencias del tribunal con sede en Costa Rica una consideración en sus decisiones de lo que se ha comenzado a denominar “derecho común latinoamericano”<sup>108</sup>, es decir, el modo similar o coincidente en que las normas y tribunales nacionales de la región regulan o resuelven una determinada cuestión. Así, a modo de ejemplo, se puede señalar que en la sentencia del caso *Gelman*<sup>109</sup>, la Corte IDH analiza a partir del párrafo 215 el tema de “las amnistías y la jurisprudencia de tribunales de Estados Parte en la Convención”. Es interesante en este punto de las amnistías la retroalimentación que se ha dado entre la jurisprudencia de uno y otro nivel. Otro ejemplo que se puede mencionar en este mismo sentido es el párrafo 164 de la sentencia en el caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, en el que la Corte IDH pasa revista al modo en que las constituciones y legislaciones nacionales consagran el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas previamente a la puesta en marcha de políticas públicas que puedan afectarlos<sup>110</sup>. La determinación mediante criterios objetivos de la existencia de ese “derecho común latinoamericano” puede ser un instrumento valioso para la determinación de los estándares interamericanos de los distintos derechos protegidos convencionalmente, más allá de que ambos conceptos no deben confundirse ni asimilarse.

Desde el punto de vista institucional, llama la atención que no se hayan aprovechado las visitas de los jueces de la Corte IDH a nuestro país para tener actividades académicas o de debate en torno a estos temas con los

---

Civitas, Thomson, Madrid, 2012; Laurence Burgorgue-Larsen y Nicolás Montoya Cespedes, “El diálogo judicial entre la corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos”.

<sup>108</sup> Acerca de este concepto y su vinculación con el Corpus Iuris Interamericano, se puede leer el trabajo de María Sofía Sagüés “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.

<sup>109</sup> Caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011.

<sup>110</sup> Caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, párrafo 164.

ministros de la Corte Suprema argentina. Los encuentros no pasaron del nivel protocolar o social, sin que haya existido un diálogo o intercambio de pareceres sobre doctrinas o criterios jurisprudenciales.

#### **IV: 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.

Entre estas doctrinas, cabe destacar por su importancia la recepción del control de convencionalidad de oficio cuya realización se exige a todos los jueces y funcionarios públicos del gobierno argentino. El despliegue del control difuso de convencionalidad puede tener dimensiones insospechada y generar formas muy diversas de diálogo interjurisdiccional.

Es clara y notable la influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. El diálogo parecería darse hasta el momento principalmente en un solo sentido, siendo difícil encontrar recepción en sede internacional de las pautas jurisprudenciales nacionales. Sin embargo, cabe señalar que la Corte IDH ha comenzado a hacer referencias de modo creciente al denominado *ius commune latinoamericano*.

## 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, Victor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos fundamentales*, n° 18, 2° semestre 2011, pág. 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 y 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, pág. 45 y ss.
- Fayt, Carlos: *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia*, La Ley, Bs. As., 2005, Cap. XX;
- García Ramirez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, V *Revista IUS*, julio-diciembre 2011.
- García Roca, J., Fernández, P. A., Santolaya, P. y 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, pág 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 y Sabelli, Héctor, *Tiempo, Constitución y ley penal*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2008.
- Santiago, Alfonso, “Supremacía constitucional y primacía normativa”, en AAVV *El Derecho Constitucional de cara al Bicentenario 2010-2016*, EDUCA, Bs. As., 2011.
- Vítolo, Alfredo, “La obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Fores*, Boletín junio 2011.



# LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

POR JUAN CARLOS CASSAGNE\*

## 1. Un nuevo modelo de Estado

Es sabido que, tanto en América como en Europa, el Estado de Derecho decimonónico, basado en las ideas del liberalismo político y económico, fue parcialmente solapado por otro modelo que puso el acento en lo social a través de una Administración de carácter prestacional y el reconocimiento de los llamados derechos de tercera generación, produciendo un cambio profundo en el modelo del clásico Estado liberal.

Mientras ese modelo de Estado Social de Derecho (basado en la concepción de Heller) acentuó el papel del Estado en la configuración y protección de los derechos sociales y en las prestaciones debidas a los ciudadanos, ha surgido en estos últimos años un nuevo modelo en el que la Administración, en definitiva el Estado, sin abandonar los fines que perseguía el arquetipo anterior, se repliega del plano de la gestión de aquellos derechos, concentrándose en la función de garantizar y regular las prestaciones que satisfacen las necesidades colectivas, cuya gestión se adjudica de modo preferente a los sectores privados, lo que traduce una manifiesta aplicación del principio de subsidiariedad.

Así, de un modo escasamente percibido por el propio constitucionalismo social, se ha operado un cambio en los protagonistas del derecho público, potenciándose el rol de la sociedad que, de mera espectadora de la realidad, pasa a cumplir funciones relevantes, en colaboración estrecha con la Administración Pública.

---

\* Disertación pronunciada por el Académico Juan Carlos Cassagne, en la XXII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2018.

Este proceso que, a pesar de las crisis económicas viene llevándose a cabo en la mayoría de los países pertenecientes a la cultura política occidental, responde a varias causas. Por de pronto, no implica el abandono de los postulados clásicos en los que se fundaba el Estado de Derecho liberal (principalmente del principio de separación de poderes, el de legalidad y la consagración de las libertades fundamentales) ni tampoco de los derechos y principios proclamados por el constitucionalismo social, reconocidos en la mayoría de las Constituciones sancionadas tras la segunda guerra mundial.

En el escenario antes descrito aparece la concepción del Estado Regulador y Garante<sup>1</sup>, cuya construcción obedece a una serie de razones que van desde las conocidas ineficiencias del sector público, los altos costos que genera el sistema prestacional a cargo del Estado y su política redistributiva, como consecuencia del crecimiento demográfico, hasta el surgimiento generalizado del proceso de globalización de la economía.

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

Debido a la retirada del Estado gestor se consolidó el dualismo Sociedad-Estado que, según Messner<sup>2</sup> constituye uno de los principios jurídico-sociales de máxima relevancia en la medida que potencia los derechos preexistentes derivados del orden natural (sobre todo la propiedad y las libertades), ampliando el grado de participación en la economía de los individuos, empresas y demás cuerpos intermedios de la sociedad<sup>3</sup>.

Resulta paradójal que el nuevo Estado Regulador y Garante, lejos de abandonar su función social, procure alcanzar los mejores niveles de calidad y eficiencia de los servicios públicos, mediante la colaboración privada. Con todo, no es un repliegue absoluto pues se trata de una retirada instrumental<sup>4</sup> ya que el Estado garantiza las prestaciones y servicios sociales

<sup>1</sup> Véase: Esteve Pardo, José, *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, Madrid, 2015, p. 16 y ss.

<sup>2</sup> Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, rialp, trad. del alemán, ps. 346-347.

<sup>3</sup> Vid Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Estudios sobre la Constitución*, ed. La Ley, Madrid, 2002, ps. 295-297.

<sup>4</sup> Esteve Pardo, José, *Estado Garante...*, cit., p. 3 y ss.

mediante la función de control y vigilancia sobre los operadores privados a los que se les han transferido funciones públicas.

En la filosofía que anida en este proceso hay un retorno a la clásica concepción del bien común<sup>5</sup> que, aun cuando sea un producto medieval, luce ahora nuevamente en muchos de nuestros países que han basado sus esquemas regulatorios y garantísticos en el principio de subsidiariedad. Hasta en el campo de la literatura se advirtió, la necesidad del “*desarme del Estado*”, pues la prioridad no es la exaltación de este sino la integración de las diferencias y el equilibrio de las relaciones sociales mediante el fortalecimiento de la sociedad<sup>6</sup>.

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

En un sentido opuesto transita el nuevo modelo de Estado que se apoya en la concepción del bien común tomista en cuanto proporciona el fundamento real del nuevo modelo estatal y de las transformaciones que han ocurrido en el seno de la sociedad y del Estado, reflejo de las que han acontecido en el campo del derecho.

Estas transformaciones han producido no solo un cambio radical en el sistema de las fuentes del derecho a raíz de la caída del dogma de la centralidad y primacía de la ley y la consecuente prevalencia de los principios generales sino que también ha potenciado el papel del juez en la interpretación del derecho. De esa manera, el juez ha dejado de ser un mero aplicador de normas positivas mediante la técnica de la subsunción para pasar a ser un protagonista creativo que fundamenta sus decisiones en la justicia

---

<sup>5</sup> La conexión entre el bien y el principio de subsidiariedad es por demás evidente en la concepción tomista, véase nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 25 y ss. También la doctrina reciente ha advertido su influencia en la concepción del Estado Regulador y Garante, véase: Esteve Pardo, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, ps. 172-175.

<sup>6</sup> Cfr. Salas, Denis, Camus Albert, *La rebelión justa*, trad. del francés, publicación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2016, ps. 98-99.



del caso y en los principios generales del derecho, mediante el método que desarrolla la teoría de la argumentación jurídica<sup>7</sup>, la cual ha tenido recepción principalmente en las jurisprudencias española y alemana.

## 2. El quid de la función reguladora y garantística del Estado

Existen varias definiciones en torno al concepto de regulación e, incluso, se ha llegado a suponer que equivale a la función de garantía que pesa sobre el Estado para satisfacer las necesidades colectivas de la población.

Pero, en rigor, son funciones diferentes que aparecen unidas en la praxis del Estado Regulador y Garante. En coincidencia con Muñoz Machado, si bien con anterioridad ubicamos esta función dentro de la actividad interventora, pensamos que sus características actuales conducen a la superación de las clasificaciones clásicas (una de las cuales se basaba en la diferencia entre actividades de intervención y la de prestación) y que hoy en día habría que acomodar esos conceptos a la nueva realidad que ha modificado las relaciones entre la sociedad y el Estado.

Esta nueva realidad nos lleva a coincidir en que el quid de la regulación, conforme a la definición propuesta por Philip Selznick, desde el campo de la sociología del derecho, consiste en “*un control prolongado y localizado, ejercitado por una agencia pública, sobre una actividad a la cual una comunidad atribuye relevancia social*”<sup>8</sup>.

La regulación se lleva a cabo a través de diferentes formas que traducen la atribución de poderes o facultades. Desde la ley, el reglamento, el acto y el contrato administrativo hasta las instrucciones y órdenes reguladoras por parte de entidades estatales y aun privadas (la autorregulación) ese conjunto de normas generales y decisiones individuales constituye un universo jurídico que absorbe el contenido de la mayoría de las instituciones del derecho administrativo.

---

<sup>7</sup> Sobre estas cuestiones nos remitimos a nuestros trabajos: *Los grandes principios del Derecho Público*, ed. Temis, Bogotá, 2018, p. 12 y ss., y en *El método de la tópica y los principios generales en el derecho público*, La Ley, diario del 14/08/2017, (Tomo 2017-0), p. 2 y ss., y *La proyección del nuevo constitucionalismo al derecho administrativo*, en la obra *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado Autonomo* (Libro homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor), Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2017.

<sup>8</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T<sup>o</sup> XIV, Boletín Oficial del Estado, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 2015, p. 28.

Este proceso que se produce como consecuencia de la inserción del mayor protagonismo de la Sociedad en el Estado exige reconsiderar la reformulación de las instituciones tradicionales del Derecho Administrativo para adaptarlas al nuevo esquema relacional en el que suelen enfrentarse diferentes concepciones sobre el derecho, como ocurre, en los países europeos, más que en Iberoamérica en la que reina una mayor unidad doctrinaria e institucional.

Se trata, de una actividad continua, típica de la función administrativa de ordenación y vigilancia de determinadas actividades privadas por razones de interés público, que no excluye el control de la autorregulación. De esa manera, se admiten una serie de actividades privadas que, habiendo sido con anterioridad reguladas por el Estado, escapan su dirección porque han pasado a autorregularse, sin que ello implique que el Estado abdique de su potestad reguladora.

En la búsqueda de las causas que determinan la necesidad de las regulaciones han surgido diversas teorías y posturas que la doctrina ha sistematizado, sobre la base de la realidad europea<sup>9</sup>.

En tal sentido, cabe preguntarse ¿Cuándo el Estado debe acometer la regulación de un sector o actividad económica o social o se permite a los particulares autorregularse para fijar sus propias reglas –por ejemplo– en punto en calidad y competitividad? Al respecto, Muñoz Machado desbroza, mediante el enlace con el pensamiento de los economistas, las siguientes situaciones:

- a. Una primera, sobre la que hay consenso entre las distintas concepciones económicas e ideológicas, se rige por el clásico esquema del derecho administrativo, con ligeras adaptaciones al nuevo modelo de Estado. Ellas “*suponen el ejercicio de la autoridad e implican la reserva de poderes coactivos*”<sup>10</sup> hallándose fuera del comercio del derecho privado. Se trata de las funciones básicas y esenciales del Estado como la justicia, la hacienda pública, la defensa, la policía de seguridad y la realización de grandes infraestructuras públicas que benefician a toda la colectividad. Entre los economistas estas actividades se denominan bienes públicos y funciones públicas y no solo son financiadas por el presupuesto del Estado, sino que, éste

<sup>9</sup> Ibídem 28 y ss.

<sup>10</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Tratado...*, cit., ps. 28-29.

tiene a su cargo la organización de dichas actividades. Aquí no hay duda que corresponde aplicar todo el bagaje de normas y principios del derecho administrativo, aunque en punto a la gestión de dichos servicios se admita que, excepcionalmente, sean prestados por particulares a través de la figura de la concesión u otras (vgr. el servicio penitenciario).

- b. Al margen de las funciones básicas del Estado se encuentran los servicios de carácter económico que satisfacen las necesidades colectivas de la población que, en Iberoamérica, a diferencia de la Unión Europea y de los EE.UU., siguen en sus lineamientos generales y principios, la concepción francesa del servicio público. En Europa, si bien se acepta que los servicios públicos que se prestan en razón de la demanda (energía, comunicaciones y transporte) ellos puedan ser de titularidad privada también es posible que, para mantener la cohesión social y la calidad de vida de los habitantes, se admita la financiación estatal.

En Iberoamérica, algunos hemos pensado que en el caso de los servicios públicos tradicionales la titularidad del Estado no implica la propiedad o dominio del servicio público<sup>11</sup> sino el poder de regularlo con mayor intensidad. En general, se han simplificado las clasificaciones (a diferencia de Europa), quedando dos formas básicas: los servicios públicos y las actividades de interés público, siendo objeto los primeros de una regulación más intensa.

- c. Otra de las situaciones en las que se impone la regulación es la de los monopolios naturales, cuyas infraestructuras sería antieconómico duplicar en razón de que, entre otras cosas, dificultan el control estatal y resultan física o económicamente inviables, particularmente en los servicios de redes. En general, en estos sectores (vgr. la distribución de agua potable) conviven la gestión estatal con la mixta o privada.
- d. La regulación también aparece justificada en el plano de la economía por la teoría de la competencia imperfecta que procura promover la competencia y corregir las fallas del mercado. Con todo, hay

---

<sup>11</sup> Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 176. etín Oficial del Estado, 4ª ed., Madrid, 2015, p. 28.

escuelas económicas como la de Chicago o la Austríaca, que, por principio, suponen que el mejor regulador es el mercado. Lo cierto es que, en el campo de la realidad, se han creado en casi todos los Estados americanos, organismos o agencias con la misión de proteger la libre competencia y de evitar los abusos de las posiciones dominantes en el mercado.

Aparte de las causas señaladas precedentemente existen otras que también vienen a justificar la regulación como 1) la necesidad de controlar beneficios inesperados (el caso de los países que cuentan con grandes reservas de petróleo y gas); 2) las correcciones de los precios debido a aumentos de los costos imprevistos como pueden ser las “*externalidades*” ambientales que se imponen a la fabricación; 3) la conveniencia de ordenar la información y garantías frente a productos defectuosos y 4) la necesidad de regular la excesiva competencia en los mercados (vgr. en el transporte aéreo)<sup>12</sup>.

En lo que concierne a la función de garantía del Estado, ésta ha sido considerada como equivalente a la regulación<sup>13</sup>. En rigor, la función garantística viene a ser una especie de un género de mayor amplitud que es la regulación, dado que ésta última no solo persigue garantizar y asegurar las prestaciones y actividades públicas y privadas que satisfacen las necesidades de la población, sino que también procura promover la competencia y las libertades de mercado, impidiendo las prácticas abusivas y controlando los monopolios materiales, entre otras funciones<sup>14</sup>.

Por lo tanto, la función garantística, aun cuando que sea cumplida por agentes privados a través de la autorregulación, es parte de la función reguladora, constituyendo ésta un “*supra concepto*” susceptible de albergar la mayor parte de las funciones estatales, incluso la resolución, en primera instancia, de los conflictos de naturaleza jurisdiccional, en el campo de los servicios públicos. El alcance de la regulación es por sí mismo muy amplio al comprender tanto la actividad de promoción como la de garantizar que los operadores del mercado no desvirtúen la libre competencia o no ejerzan sus poderes monopólicos (en el caso de los monopolios naturales) de un modo abusivo, en perjuicio de los usuarios o clientes.

<sup>12</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Tratado...*, ps. 32-33.

<sup>13</sup> Maurer, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 53

<sup>14</sup> Vid: Esteve Pardo, José, *La nueva relación...*, cit., p. 109 y ss., una de las exposiciones más completas sobre el tema.

Estos fines del que persigue el Estado Regulador y Garante vienen a potenciar la aplicación en la práctica del principio de subsidiariedad en las relaciones entre la sociedad y el Estado, que constituye el eje sobre el que gira la concepción del bien común como causa final de Estado en este último.

### **3. La equivalencia entre el Estado Subsidiario y el Estado Regulador y Garante**

Como se ha señalado, el quiebre del Estado prestacional y el mayor protagonismo consecuente de la sociedad en las actividades de relevante interés público que venían siendo gestionadas por órganos y entes estatales, ha originado un nuevo modelo de Estado (denominado Regulador y Garante) cuyos fines y objeto resultan equivalentes a los que, desde la década del noventa del siglo XX, cumple el denominado Estado Subsidiario.

En efecto, reiterando lo que dijimos hace algún tiempo<sup>15</sup>, el Estado Subsidiario constituye una organización binaria que se integra con una unidad de superior jerarquía que ejerce funciones intransferibles (justicia, defensa, relaciones exteriores, legislación básica, seguridad, hacienda) pertenecientes al Estado como comunidad superior que ejerce esas funciones directivas y que, al propio tiempo, completa su accionar con la colaboración de una serie de instituciones públicas y privadas que concurren a la satisfacción de las necesidades colectivas (vgr. educación, previsión social, salud, servicios públicos). Lo trascendente de este modelo es que la intervención del Estado en el campo económico-social es, en principio, supletoria, por aplicación del principio de subsidiariedad, que está en la base de la concepción tomista del bien común, cuyo retorno ha sido destacado por parte de la doctrina<sup>16</sup>.

Este principio –en su faz pasiva– veda al Estado la realización de todo aquello que los particulares puedan hacer por su propia iniciativa y, al propio tiempo, obsta a que el Estado absorba las funciones que puedan llevar a cabo las entidades públicas de menor jerarquía (ej. Provincias) o los llamados cuerpos intermedios de la sociedad que llevan a cabo funciones

---

<sup>15</sup> Cabe citar, entre otros trabajos doctrinarios nuestro *Derecho Administrativo*, 6<sup>a</sup> ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 62 y ss., y ediciones anteriores.

<sup>16</sup> Véase: Felder, Ch., *La economía del bien común*, ed. Deusto, Madrid, 2012 y Keys M.M. Aquines, *Aristotle, and the Promise of the Common Good*, Cambridge University Press, 2006, mencionados por Esteve Pardo, José en *Estado Garante...* cit., p. 172.

públicas (vgr. Colegios profesionales). A la vez, en su faz activa, ese principio obliga al Estado a desarrollar aquellas actividades de interés público ante la insuficiencia de los particulares o entidades intermedias. Uno de los ámbitos donde se plasma la actividad supletoria de la Administración es el de la denominada Administración inclusiva, cuyas aporías han sido recientemente destacadas con realismo y justeza<sup>17</sup>.

#### **4. Principales características y proyecciones jurídicas del Estado Regulador y Garante**

Lejos estamos de hacer aquí un estudio completo y exhaustivo sobre el fenómeno de la regulación pero, al menos, expondremos sus principales características y proyecciones jurídicas.

Lo primero que se observa es la transferencia de la gestión de cometidos públicos a los particulares en una proyección nunca vista en los siglos anteriores ya que, en algunos casos, hasta se ha operado la transferencia de la titularidad y dominio del servicio. Al contrario de lo que algunos han supuesto, ello no debería provocar un debilitamiento de las funciones del Estado ni una completa absorción de esas actividades por el derecho privado porque si bien se tiende a que el Estado adelgace su planta de personal, está forzado a intervenir y regular esas actividades de interés público en su condición de principal responsable y orientador del bien común.

De esa manera, el mayor protagonismo de la sociedad conduce a la adopción de nuevas técnicas (aunque muchas de ellas estuvieron vigentes en otros períodos de la historia del derecho público) entre las que destacan la autorregulación (también sujeta al control regulatorio) junto al surgimiento del contrato como fuente de la regulación de determinados sectores de la industria o comercio. Tal es lo acontecido en nuestro país con el acuerdo plurilateral sobre la explotación del yacimiento de Vaca Muerta situado en la Provincia de Neuquén, en el que las empresas, el sector sindical y los gobiernos nacional y provincial, acordaron condiciones más flexibles que las que imponían las regulaciones existentes, sobre todo en materia laboral.

---

<sup>17</sup> Conferencia inaugural de Miguel Herrero de Miñón, titulada *Las aporías de la Administración inclusiva*. en las XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, organizadas por la Universidad de A Coruña, llevadas a cabo en Pazo de Mariñán entre los días 8 al 12 de abril de 2019, (en prensa).

Al propio tiempo, la regulación en competencia supera el antiguo modelo de la regulación de monopolios y procura reconstruir los mercados para favorecer la competitividad y la calidad de las prestaciones destacándose la función de controlar los precios en las relaciones y transferencias entre los sectores privados que actúan en regímenes de interconexión de servicios en red. La segmentación o fragmentación de los mercados y los mecanismos de rendición de cuentas que establecen las diferentes regulaciones están en línea con el objetivo de promover una competencia más libre, sin prácticas abusivas y poderes dominantes.

A estas técnicas se adiciona la tendencia a sustituir el clásico régimen de las autorizaciones administrativas por meras comunicaciones sujetas al control de los entes reguladores, la mejora en los sistemas de acceso a la información pública, la protección y control de datos y el establecimiento de mecanismos que estimulan la participación pública previa a las decisiones que adoptan los reguladores.

En este aspecto, el procedimiento de audiencias públicas –proveniente del derecho norteamericano– como único y exclusivo sistema de participación de los usuarios en forma previa a la adopción de las decisiones de los entes reguladores suele prestarse –al menos en nuestro país– para fines estrictamente políticos o de hegemonía de los sindicatos, trastocando la finalidad del propio sistema que necesita conocer la opinión de los usuarios de los respectivos servicios. Por esta causa, pese a que, en Argentina, sectores doctrinarios y jurisprudenciales han considerado que la audiencia pública constituye un requisito constitucional (haciéndole decir a la Constitución algo que no prescribe) es de esperar que la evolución futura del sistema permita reemplazar esa exigencia por otras de mayor eficacia y menores riesgos de politización, como son las consultas o encuestas diseñadas por los reguladores.

A su turno, el tema de la revisión judicial de las decisiones de los entes reguladores resulta una exigencia obligatoria en aquellos sistemas como el argentino o el español<sup>18</sup>, denominados judicialistas puros, en los que no cabe admitir que las decisiones de los reguladores no sean susceptibles de ser revisadas por la justicia, superando incluso los límites a la revisión judicial que imponía la doctrina del “*ultra vires*”<sup>19</sup>, que circunscribe la re-

<sup>18</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Tratado...*, cit., ps. 261.

<sup>19</sup> Esteve Pardo, José en *La nueva relación...* cit., p. 150 y ss.

visión al exceso o no de la competencia o poderes expresamente regulados por el ordenamiento.

Desde luego que ello demanda, en virtud de la necesidad de garantizar los derechos de los particulares, que esas funciones jurisdiccionales limitadas que ejerzan los reguladores sean adjudicadas a órganos dotados de una especial idoneidad que, además, deben gozar de garantías de independencia e imparcialidad<sup>20</sup>.

Al concluir este resumido panorama sobre el nuevo modelo del denominado Estado Subsidiario (Regulador y Garante) cabe reiterar que el mismo no implica abdicar de los principios que nutren al Estado de Derecho ni tampoco de los fines que perseguía el Estado prestacional. Se trata de un cambio instrumental acerca del papel del Estado y de la Sociedad en la regulación de los intereses generales que hacen al bien común.

Por otra parte, como la realidad siempre termina por suplantar a las conjeturas de los juristas e ideólogos, el nuevo modelo, antes que provocar una declinación del derecho público, ha producido y continúa produciendo una extensión objetiva<sup>21</sup> y subjetiva<sup>22</sup> del derecho público a los particulares de considerable magnitud, lo que conduce a reformular muchas de las concepciones tradicionales del derecho administrativo para adaptarlas a esa realidad.

En ese sentido, el nuevo modelo de Estado Regulador y Garante, encaja en lo que se ha llamado el nuevo constitucionalismo o neo-constitucionalismo, que representa un sistema de superior jerarquía, al que debe también adaptarse.

En esa línea garantística, la supremacía que han adquirido los principios generales del derecho sobre las normas positivas no puede soslayarse habida cuenta que resultan mandatos vinculantes cuya observancia obligatoria abarca a todos los protagonistas de la regulación económica. Es una batalla contra el positivismo legalista<sup>23</sup> que, aunque parece darse solo en el campo de la filosofía del derecho, se reproduce con real intensidad en el ámbito de la actividad regulatoria de la Administración.

---

<sup>20</sup> Perrino, Pablo Esteban, *Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 406, p. 75 y ss.

<sup>21</sup> Esteve Pardo, José, *La nueva relación...*, p. 150 y ss.

<sup>22</sup> *Ibídem*, p. 156 y ss.

<sup>23</sup> Tema que abordamos en nuestro libro *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, ed. Reus, Madrid, 2016, p. 52 y ss.



## 5. Dificultades que exhibe la teoría del contrato administrativo y las tendencias actuales

Como decía el maestro Laubadère, a propósito de la mutabilidad que caracteriza al contrato administrativo, éste aparece “*como un sistema en cierto sentido vivo*”<sup>24</sup> algo que, en buena medida, refleja las contradicciones internas que anidan en una construcción jurídica plagada de dificultades interpretativas.

Esas contradicciones representan el influjo de los cambios que se operan en la realidad jurídica y social que van desde la aporía que plantea el reconocimiento del “*ius variandi*”, de cara a los principios “*lex inter partes*” y “*pacta sunt servanda*” (pilares de la seguridad jurídica), hasta las modulaciones singulares instituidas en resguardo de los principios de competencia, no discriminación y transparencia, particularmente establecidas en el derecho comunitario europeo (por ejemplo, en los procedimientos de selección de los contratistas).

En ese derecho, la regulación de los contratos que celebran las Administraciones Públicas y los llamados “*poderes adjudicadores*” de los distintos países de la Unión Europea, aunque no prescriben expresamente que se trata de normas y principios de derecho público (lo que no se podría hacer dada la diferente conformación y estructura de los sistemas de los países miembros) imponen una serie de reglas vinculantes, que conforman una suerte de orden público comunitario cerrado y fundado en el principio de la competencia, que ningún ordenamiento nacional puede eludir (por los principios de primacía y de eficacia directa propios del derecho comunitario).

Pero en todos estos casos, a diferencia de algunos Estados de Hispanoamérica, el ejercicio de las prerrogativas de poder público se encuentra compensado por los principios del mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato<sup>25</sup> y de justa indemnización, reconociéndose la indemnización integral de los perjuicios irrogados al contratista (daño emergente y lucro cesante), cuando el contrato se modifica o se extingue por razones de interés público, para respetar el trascendente principio de la igualdad ante las cargas públicas.

---

<sup>24</sup> Laubadère, André de, *Traité Théorique et pratique des contrats administratifs*, T° II, LGDJ, París 1956, p. 25.

<sup>25</sup> Se trata de un principio capital de la teoría del contrato; sobre su configuración y desarrollo nos remitimos al lúcido trabajo de Ana patricia Guglieminetti, en REDA N° 107, Buenos Aires, 2016, p. 916 y ss.

A su turno, la polémica acerca de la figura del contrato administrativo, desatada en plena crisis del proceso de privatizaciones y desregulación de Argentina<sup>26</sup>, tuvo al menos la virtud de que los principales contendientes de un sector de la doctrina nos pusiéramos de acuerdo en un punto central de la teoría del contrato, negando la posibilidad jurídica de que reconociese la existencia de potestades o prerrogativas, o las denominadas cláusulas exorbitantes, en forma implícita, tanto “*ex contractu*” como “*ex lege*”, aspecto del que nos ocuparemos seguidamente<sup>27</sup>.

En ese contexto, las nuevas regulaciones de los Contratos de participación Pública Privada (PPP) que prescriben los sistemas latinoamericanos (la más reciente es la ley argentina), nos coloca en un camino similar al que han emprendido los países que han estimulado y promovido la colaboración de los particulares en obras y servicios de interés público para las comunidades estatales, superando viejos dogmas y verdaderos mitos jurídicos. En realidad, el nuevo régimen contractual viene a funcionar como una alternativa a los ordenamientos que rigen los tradicionales contratos de obra pública y de otros contratos administrativos típicos, lo cual permite dar estabilidad a esta clase de contratos y/o similares con cláusulas que brindan mayor seguridad jurídica a las inversiones privadas, promoviendo la competencia entre las diferentes empresas que puedan contratar con la Administración.

Otra aporía que debe destrabarse radica en la falsa creencia de que existe un régimen unitario para todos los contratos estatales, cuya realidad muestra a las claras, en todos los países, la recíproca interferencia que existe entre normas y principios públicos con los privados. En efecto, casi no se discute que la Administración puede celebrar tanto un contrato regido sustancialmente por el derecho civil (vgr. el arrendamiento o locación) como aquellos que son propios de su giro o tráfico administrativo, con una regulación más intensa de los diferentes principios y elementos del derecho público, tal como lo prescribe la reciente ley española de Contratos del

---

<sup>26</sup> Véase: Mairal, Héctor A., principalmente en sus trabajos: *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED. 179-655 y El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo, ED 180-849 y los que publicamos en sendas réplicas: Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo, ED 180-773 y La delimitación de la categoría del contrato administrativo (réplica a un ensayo crítico), ED 181-942.

<sup>27</sup> Aun cuando cabe advertir que el principio de la competencia puede basarse en poderes implícitos (los que surgen de un texto expreso) como poderes inherentes que se desprenden de los fines que el ordenamiento le atribuye en forma expresa a los órganos y entes públicos. No obstante, como lo hemos explicado, ambos supuestos no proceden en los actos de gravamen o desfavorables; al respecto, nos remitimos a nuestro *Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, La Ley, 2012, p. 159.

Sector Público<sup>28</sup>, sin perjuicio de lo cual el procedimiento de adjudicación es común a ambos tipos contractuales.

Una de las consecuencias principales de ese régimen entremezclado de derecho público y privado se encuentra en el hecho de que las decisiones que adopta la Administración durante la ejecución de un contrato regido por el derecho privado constituyen actos administrativos dotados, como es sabido, de una serie de peculiaridades y modulaciones típicas del derecho público. Para resolver este problema la reciente LCSP de España considera a los actos administrativos inherentes a la preparación y adjudicación del contrato de objeto privado como actos separables, que resultan susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>29</sup>, siguiendo una corriente nacida y afirmada en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés<sup>30</sup>.

Ahora bien, por encima de los desacuerdos terminológicos, en torno de la noción del contrato administrativo, pensamos que, en el fondo, la solución a que arriba la LCSP de España junto a la interpretación jurisprudencial y doctrinaria, demuestra la subsistencia de la categoría del contrato administrativo, con una fórmula que se aproxima bastante (aunque más acotada) al concepto de servicio público de la jurisprudencia y doctrina francesas que, en definitiva, cumple una idéntica función para delimitar la figura del contrato administrativo. Esto acontece a raíz de la utilización del concepto de “*giro o tráfico específico de la Administración*” para definir, después de los contratos nominados y típicos (vgr. de obras, servicios, suministros y otros), el criterio residual que caracteriza la figura del contrato administrativo, puesto que no se puede soslayar que, lejos de tratarse de un criterio subjetivo o formal, introduce un concepto que hace a la esencia o naturaleza del contrato administrativo.

No puede afirmarse, entonces, que sea el reparto jurisdiccional el que define la configuración de la categoría del contrato administrativo sino la finalidad que persigue la Administración de acuerdo a su competencia legal, a cuyo efecto el ordenamiento le atribuye un conjunto de prerrogativas de poder público que carecen de sentido en los contratos de objeto privado.

---

<sup>28</sup> LCSP de 2017 que incorpora al Derecho español las Directivas 2014/24 UE sobre contratación pública y 2014/23 UE, concerniente al procedimiento de adjudicación en los contratos de concesión.

<sup>29</sup> Vid: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T<sup>o</sup> I, 18<sup>a</sup> ed. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2017, ps. 751-753.

<sup>30</sup> Véase: Morand-Deviller, Jacqueline, *Droit Administratif*, LGDJ, París, 2013, ps. 417-418.

En palabras de los más esclarecidos exponentes del derecho administrativo español, tras reconocer que las singularidades que exhiben los contratos administrativos, éstos están “*impregnados de una idea esencialmente finalista que preside todo su desarrollo*” afirmando rotundamente que lo que se persigue con estos contratos “*es satisfacer de la mejor manera posible el interés público*”<sup>31</sup> y que, en definitiva, “*existe contrato administrativo en todos aquellos casos en que el órgano administrativo que celebra el contrato se mueve en el ámbito de su giro o tráfico característico, es decir, dentro del campo de competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas*” y que “*todos los demás contratos celebrados por las Administraciones Públicas y todos los que puedan concluir los restantes entes, organismos y entidades del sector público “tendrán la consideración de contratos privados”*”<sup>32</sup>, como reza el artículo 26 de la LCSP.

En varios trabajos y obras de doctrina hemos sustentado una postura similar<sup>33</sup>, sosteniendo una concepción finalista para categorizar al contrato administrativo la cual, no obstante, algunas diferencias de naturaleza terminológica<sup>34</sup>, resulta afín a la de los citados maestros españoles, en una corriente que, lamentablemente, no ha seguido la legislación nacional ni la de las Provincias argentinas, apoyada por una doctrina que, a la luz de la evolución operada en el derecho administrativo moderno, luce como una postura anquilosada y autoritaria que constituye un verdadero repelente para alejar las inversiones que requiere el desarrollo de cualquier país con cierto grado de civilización jurídica.

Entre las actuales tendencias que procuran encauzar la contratación pública en el marco de la observancia de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación y transparencia vamos a referirnos,

<sup>31</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso...*, T° I, cit. p. 784.

<sup>32</sup> *Ibidem*, T° ps. 750-751.

<sup>33</sup> En nuestro libro: *El Contrato Administrativo*, 3ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 5 y ss., especialmente ps. 14-16.

<sup>34</sup> Si bien es cierto que no hay una auténtica sustantividad en el sentido de que el contrato administrativo posee una existencia independiente e individual, aislada del tronco común que exhibe la figura del contrato civil y comercial, no es un dato menor que la concepción finalista del giro o tráfico específico de la Administración, con arreglo a las reglas de competencia de cada ente u órgano que consagra el ordenamiento, constituye una concepción que hace a la esencia de la materia que conforma el concepto, el cual conduce a la aplicación de las normas y principios de derecho público. En síntesis, la concepción finalista no impide acudir al derecho privado cuando las singularidades del contrato presentan vacíos normativos que requieren utilizar las técnicas de la analogía y de la supletoriedad, ni tampoco la aplicación directa del derecho civil y comercial a los contratos privados de la Administración (art. 26 LCSP).

especialmente, a la regulación de la prerrogativa de modificar el contrato administrativo que, en el derecho comunitario europeo, representa la acentuación del carácter público y no disponible de las facultades de los órganos y entes contratantes de las distintas Administraciones Públicas, impuestas en razón de la necesidad de cumplir con los principios enunciados.

Esta nueva regulación del derecho comunitario europeo, calificada como un giro espectacular<sup>35</sup> en la modulación de los contratos públicos o regidos por las Directivas comunitarias, representa una limitación mayúscula de la prerrogativa modificatoria de la que se ha hecho un uso abusivo en detrimento de los principios de competencia y concurrencia que procuran afirmar la igualdad en la selección del contratista privado, en un marco de transparencia y no discriminación. Empero, no hay que olvidar que el “*ius variandi*” puede funcionar también en detrimento de los derechos del contratista cuando la Administración reduce las prestaciones.

Antes de pasar al análisis de dicha prerrogativa y de otras, vamos a exponer algunos reflexiones liminares sobre la potestad y el derecho subjetivo, que nos permitirán reafirmar las peculiaridades que reviste la vigencia de los principios de la “*lex inter partes*” y del “*pacta sunt servanda*” en los contratos administrativos, y rechazar, consecuentemente, la existencia de prerrogativas implícitas o sobreentendidas (como decía Jèze) en su régimen jurídico, las que refuerzan el autoritarismo y afectan el carácter democrático de todo gobierno<sup>36</sup> que respete el principio de legalidad.

## **6. Potestades, derechos subjetivos y prerrogativas públicas. La inadmisibilidad del su carácter implícito**

La figura técnica de la potestad se halla extremadamente conectada con el principio de legalidad. Pertenece al género de los poderes jurídicos de sentido amplio y reconoce su desarrollo originario en la doctrina italiana expuesta por Santi romano, quien teorizó magistralmente sobre su configuración y caracteres<sup>37</sup> al punto que, salvo alguna excepción, ha sido seguido por la doctrina española de mayor autoridad científica<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., T° I, p. 789.

<sup>36</sup> Argumento sostenido hace años por García-Trevijano Fos, José Antonio, en su lúcido *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 368.

<sup>37</sup> Véase: Romano Santi, Fragmentos de un *Diccionario Jurídico*, trad. Del italiano, EJE (Ediciones Jurídicas Europa-América), Buenos Aires, 1964, p. 297 y ss.

<sup>38</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., T° I, p. 487 y ss; y Muñoz

La potestad consiste en un poder atribuido por el ordenamiento en forma genérica y expresa habida cuenta que el principio de legalidad resulta incompatible con la existencia de poderes sobreentendidos, no debidamente explicitados por el ordenamiento.

Su diferencia con el derecho subjetivo<sup>39</sup> (que también constituye un poder jurídico) radica en el hecho de que éste último no es un poder abstracto sino un poder jurídico que se despliega en una concreta relación jurídica.

Mientras la potestad es irrenunciable e intransferible cabe acotar que su ejercicio es susceptible de pacto, renuncia o delegación en tanto la Administración no se encuentra obligada a ejercerla en forma efectiva por razones de orden público prescriptas explícitamente por el ordenamiento jurídico positivo.

Entre el cúmulo de potestades se encuentran tanto aquellas vinculadas con actos favorables al particular como los actos desfavorables o de gravamen que emite la Administración Pública, así como las que pertenecen a las personas privadas, tal como la potestad de acción para demandar la protección o cumplimiento de sus derechos ante los tribunales de justicia<sup>40</sup>.

En cuanto a la llamada prerrogativa de poder público que utiliza la Administración en oportunidad de poner en ejecución actos o contratos administrativos, ella se origina en la antigua prerrogativa del derecho anglo-sajón aplicable “*a aquellos derechos y facultades que solo el Rey goza*” cuyo significado etimológico deriva del latín “*prae*” y “*rogatio*” que alude algo requerido antes, o sea, “*lo que es exigido a unos con preferencia a otros*” que “*no puede tenerse en común con los demás individuos*”<sup>41</sup>.

Es evidente que, al trasladarse esta figura al derecho público moderno la misma precisó adaptarse al sistema de separación de poderes y, sobre todo,

---

Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T° I, ed. Iustel, 2ª edición, Madrid, 2006, p. 522 y ss.

<sup>39</sup> En la doctrina española se ha sostenido que no se derivan consecuencias de la distinción entre potestad y derecho subjetivo, véase: Señé Llinas, Emilio, *Sobre el concepto de potestad*, en el libro homenaje a José Luis Villar Palasi, ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 1343 y ss., especialmente p. 1348 y ss. La diferencia, sin embargo, resulta clara con solo advertir el carácter renunciante del derecho subjetivo y la circunstancia de que genera relaciones jurídicas concretas, al contrario de la potestad que es genérica e irrenunciable.

<sup>40</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., T° I, p. 491.

<sup>41</sup> Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, ed. Richard Taylor, Red Lion Court, London, 1830, p. 237 y ss., cit. Por Aja Espil, Jorge A., en *Constitución y Poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, ed. Tea, Buenos Aires, 1987, ps. 95 y 96.

al principio de legalidad en el sentido antes explicado. En este contexto, el ejercicio de toda prerrogativa de poder público implica el ejercicio de una potestad genérica atribuida expresamente por el ordenamiento jurídico positivo.

No corresponde reconocer, pues, la presencia de prerrogativas implícitas en ningún contrato que celebre la Administración Pública, ni aún en los contratos administrativos, ya que su configuración no se compadece con el principio de legalidad que debe prevalecer en toda actuación administrativa.

## **7. Principales prerrogativas en los contratos administrativos**

El contrato administrativo, como especie del género contratos públicos o contratos de la Administración, se caracteriza, como es sabido, por contener prerrogativas de poder público que se establecen o pactan expresamente como consecuencia de las potestades que atribuye el ordenamiento jurídico al órgano estatal contratante. Por tal razón, el ejercicio de dichas potestades se vincula con el principio de la competencia (en Argentina, art. 3° LNPA) y puede volcarse tanto en la documentación contractual (vgr. los pliegos de bases y condiciones) como ser pactada expresamente en el contrato, respetando los preceptos y principios que rigen el proceso de selección del contratista estatal. Veamos ahora, las principales prerrogativas que exhiben los contratos administrativos.

### ***a. Poder de decisión unilateral ejecutiva***

Esta suerte de privilegio vinculado a la llamada autotutela ejecutiva, justifica, cuando se halla expresamente consagrado por el ordenamiento y hubiera sido incorporado expresamente al contrato, que la Administración disponga de la facultad de crear vínculos obligatorios en forma unilateral así como la de ejecutar por sí misma tales decisiones, sin acudir a los tribunales de justicia.

Aparte de que, como se verá seguidamente, el mismo no existe en el derecho francés ni en los derechos de algunos países de Iberoamérica (vgr. Argentina) que distinguen la autotutela declarativa de la ejecución forzosa, negando la procedencia de la denominada autotutela ejecutiva que ha se-

guido el derecho español inspirado en la clásica doctrina italiana<sup>42</sup>, cuando se trata de actos que impliquen utilización de la coacción sobre los bienes y las personas, en los que solo se admite una autotutela declarativa. En consecuencia, la ejecución forzosa en sede administrativa no constituye la regla general y, en principio, tiene que llevarse a cabo en la vía judicial<sup>43</sup>, en una línea similar a la que sigue el derecho francés, en el que asume un carácter excepcional, circunstancia que no ha sido suficientemente destacada en la doctrina y jurisprudencia españolas y latinoamericanas<sup>44</sup>.

Porque cabe advertir que, en el derecho francés, que ha asimilado la ejecución de oficio a la ejecución forzosa, la prerrogativa de ejecutar un acto administrativo mediante el uso de la fuerza o coacción física, reviste carácter excepcional y está muy lejos de constituir la regla general, lo que solo ocurre en tres supuestos. Ellos son:

- a) Que no haya otra vía para compeler el cumplimiento del acto (inexistencia de sanciones de naturaleza penal en caso de resistencia)<sup>45</sup>;
- b) Cuando lo dispone expresamente la ley, y;
- c) Razones de urgencia<sup>46</sup>. Si alguna de estas condiciones no se presenta, la ejecución forzada se considera irregular y constituye una vía de hecho administrativa<sup>47</sup>.

En esa orientación, un sector de la doctrina española ha postulado una concepción similar sosteniendo, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>48</sup>, que cuando la ejecución forzosa recae sobre un derecho fundamental resulta imprescindible que sean los jueces quienes autoricen la procedencia<sup>49</sup> de la “*vis ejecutiva*”.

<sup>42</sup> Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, volumen primero, 8ª ed. Giuffrè, Milán, 1958, p. 319 y ss.; Alessi, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, ed. Giuffrè, Milán 1958, p. 209 y ss.

<sup>43</sup> Vid: nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed. actualizada, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 799 y ss.

<sup>44</sup> Sin embargo, véase: Rodríguez R., Libardo, *Derecho Administrativo General y colombiano*, 20ª edición, Tomo II, Temis, Bogotá, 2017, ps. 83-84, a propósito del art. 91 del Código de Procedimiento Administrativo General y Colombiano, 20ª ed., Tomo II, Temis, Bogota 2017, ps. 83-84.

<sup>45</sup> En el conocido caso “*Société immobilière de Saint Just*”, de 1902.

<sup>46</sup> Vid Morand-Deviller, Jacqueline, *Droit Administratif*, 13ª ed., LGDJ, París, 2013, ps. 349-350.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 350.

<sup>48</sup> STC 78/1996 de 20 de mayo.

<sup>49</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tº XII, 2ª edición, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 110 y ss.



En cambio, la procedencia de la ejecución forzosa es regulada en forma diferente por algunos ordenamientos de Hispanoamérica, como el colombiano (art. 90 del CPACA), en el que constituye la regla general cuando se tratare de la ejecución de actos administrativos que impongan obligaciones dinerarias y el particular obligado se resista a cumplir el acto (después de una etapa de ejecución persuasiva, mediante la aplicación de multas), salvo que se trate de “obligaciones personalísimas”<sup>50</sup>.

### ***b. El poder de modificación unilateral del contrato***

A diferencia de los contratos celebrados entre particulares, basados en los principios “*lex inter partes*” y “*pacta sunt servanda*”, en los contratos administrativos no existe plena libertad ni discrecionalidad de pactar su modificación y el denominado “*ius variandi*” debe ejercerse conforme a una regulación propia y típica del derecho público.

Al respecto, la ley de Contratos de Participación Público Privada (PPP) reconoce la facultad “*de la Administración contratante para establecer unilateralmente variaciones al contrato solo en lo referente a la ejecución del proyecto y ello por hasta un límite máximo en más o en menos, del 20% del valor total del contrato, compensando adecuadamente la alteración, preservando el equilibrio económico-financiero original del contrato y las posibilidades y condiciones de financiamiento*”<sup>51</sup>.

Así, cuando el contrato es producto de un proceso público de selección del contratista estatal (y no se trata de una contratación directa) las modificaciones contractuales fundadas en el mero arbitrio discrecional de la Administración son, en principio, improcedentes. La razón de ese principio es bastante obvia pues sí, después de un proceso licitatorio al que han concurrido otros interesados, la Administración pudiera cambiar discrecionalmente las bases y condiciones que rigen el contrato se afectaría el principio de igualdad puesto que los distintos partícipes de la licitación, de haber conocido las modificaciones introducidas “*a posteriori*” hubieran tenido la posibilidad de formular sus propuestas sobre parámetros diferentes (en particular, el precio de contrato y las condiciones técnicas y financieras). La consecuencia de ello es que, en principio, la modificación de un contra-

---

<sup>50</sup> Rodríguez R., Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, 20ª ed., Tomo II, Temis, Bogotá, 2017, ps. 80-81.

<sup>51</sup> Art. 9º inc. i) Ley 27.328.

to administrativo solo es posible si se encuentra predeterminada y reglada previamente por el ordenamiento o por el pliego de bases y condiciones, que suelen establecer, en algunos contratos, como los de la obra pública y suministros, topes o límites tasados de las modificaciones permitidas<sup>52</sup>.

No obstante, los cambios de circunstancias que suelen ocurrir en todos los contratos han conducido, en muchos países, a la admisión del “*ius variandi*”, debido a causas imprevistas o justificadas, a condición de que no se altere el objeto ni el fin central del contrato, ya que las razones que impulsan la modificación contractual deben ser objetivas, es decir, que la modificación igualmente hubiera procedido y necesitado realizarse, cualquiera hubiera sido el oferente que participó en la licitación<sup>53</sup>.

Contra esta última modalidad del “*ius variandi*”, practicada en Latinoamérica y admitida en España por la práctica y jurisprudencia de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas<sup>54</sup>, ha reaccionado el derecho comunitario de la Unión Europea estableciendo, con la finalidad de reforzar el principio de competencia y de fomentar la mayor concurrencia posible en todas las contrataciones regidas por el derecho comunitario, la obligatoriedad de convocar a una nueva licitación pública<sup>55</sup>, limitando el ejercicio del poder modificatorio, cuya utilización ha motivado que se lo acotase al punto de regularlo como una facultad que solo procede en casos muy excepcionales.

Interesa señalar, por de pronto, que esta nueva tendencia legislativa no altera el sistema de topes legales dentro de los cuales puede llevarse a la modificación del precio contractual, armonizando el interés público a realizar dicha modificación con la obligatoriedad de cumplimiento del contrato por parte del contratista, a condición de ser compensado de los perjuicios que le provoca el mayor costo del contrato.

---

<sup>52</sup> Ver: Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tº II, 7ª ed., obra actualizada por Roberto E. Luqui, ed. La Ley, p. 960 (la versión de esta parte del libro corresponde a la autoría del actualizador).

<sup>53</sup> Ampliar en nuestro libro *El Contrato Administrativo*, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 37.

<sup>54</sup> Vid: Hernández González, Francisco L., *La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa del reequilibrio económico*, en el libro *El impacto de la crisis en la contratación pública* (dir. Francisco L. Hernández González) ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2016, ps. 232-234.

<sup>55</sup> Esta política legislativa de la Unión Europea se halla precisada en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y en la Directiva 2014/23/UE concerniente a la adjudicación de los contratos de concesión (arts. 72 y 43, respectivamente). Ambas fueron incorporadas a la reciente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de 8 de noviembre de 2017.

Las razones de nuevo rumbo se encuentran en la utilidad de fomentar una mayor competencia y, muy probablemente, en la necesidad de combatir la corrupción, falseada por Administraciones complacientes que tienen la manga ancha para modificar o prorrogar contratos vencidos por razones de interés público, aunque sea también verdad que esta corriente regulatoria de la contratación administrativa pueda resultar más onerosa al erario público.

Por esas razones, como estos cambios normativos en la nueva regulación de los contratos públicos suelen extenderse a otros países, a impulsos de una globalización que conduce a transformaciones reales y aceleradas, vamos a referirnos a esas prescripciones comunitarias que acaba de incorporar al ordenamiento español la LCSP de 2017.

Esta novedosa regulación, aplicable a todos los contratos del sector público (por tanto, no exclusivamente los contratos administrativos), solamente permite modificar los contratos administrativos cuando así se haya previsto en los pliegos (art. 203).

De un modo excepcional, la LCSP (art. 205) admite la posibilidad de que los contratos regidos por el derecho comunitario puedan ser modificados en los siguientes supuestos tasados: a) sea necesario añadir obras, suministros y servicios adicionales siempre que la cuantía de la alteración no exceda del 50% del precio inicial y no fuera posible, por razones económicas o técnicas, proceder al cambio del contratista; b) la necesidad de la modificación contractual derivada de circunstancias sobrevenidas que fueron imprevisibles al momento de la licitación, siempre que la modificación no altere la naturaleza global del contrato y que su cuantía no exceda el 50% del precio inicial del contrato; c) las modificaciones no sean sustanciales dando lugar a un contrato de naturaleza diferente ni introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación originario hubieran permitido la selección de candidatos distintos o la participación de un número mayor de participantes o bien, alteren el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista; y d) supongan una ampliación importante de la cuantía del contrato por superar el 15% del precio inicial del contrato de obras o el 10% de los demás contratos.

En cualesquiera otros supuestos, reza el artículo 203.2 de la LCSP, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la convenida en el contrato, corresponde proceder a la resolución del contrato y a la celebración de otro, bajo las condiciones pertinentes, conforme a las normas generales sobre selección de los contratistas.

Este cambio radical de la nueva LCSP ha llevado al eminente jurista español, Tomás Ramón Fernández, al actualizar la magistral obra escrita con su maestro, a decir que “de la tradicional libertad de despliegue del “ius variandi” se ha pasado a un régimen extraordinariamente riguroso que ha convertido la modificación de los contratos en algo realmente excepcional...”<sup>56</sup>.

Y continúa, el ilustre colega español afirmando que “ahora sí que hay límites materiales muy estrictos...” fijados “en obsequio a la libre concurrencia que es un principio básico del mercado común europeo” y el principal motor que impulsa la evolución operada en el régimen contractual.

En la misma línea, en el sentido de que no resulta posible, en el derecho comunitario europeo, proceder a la modificación “sustancial” de un contrato o una concesión sin pasar por un nuevo procedimiento de selección y consecuente adjudicación, salvo las excepciones previstas por las Directivas comunitarias, se ubica la reforma legislativa francesa introducida por el Decreto 2014-1341, de 6 de noviembre de 2014 que adaptó las prescripciones del art. 43 de la Directiva comunitaria europea sobre concesiones<sup>57</sup>.

## **8. Otras prerrogativas públicas y la tendencia a la limitación de los poderes de la Administración, particularmente en los contratos de Participación Público-Privada (PPP)**

En el complejo contexto de los contratos administrativos figura una extensa gama de prerrogativas de poder público, en el sentido antes explicado, en la medida que abren la posibilidad de alterar tanto el principio de la “*lex inter partes*” como el “*pacta sunt servanda*”, particularmente en la nueva ley argentina de contratos de PPP, en la cual, en concordancia con las nuevas ideas que rigen en materia de contratación estatal, se prescribe que todas las prerrogativas deben contemplarse en los pliegos y documentación contractual<sup>58</sup> lo que excluye la posibilidad de que la Administración utilice las llamadas prerrogativas implícitas o sobreentendidas, que, al no encontrar su andamiaje en el ordenamiento positivo, transgreden el prin-

<sup>56</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso...*, cit., T° I, p. 789, agregando que de ese modo “de la antigua regulación solo queda en pie la vieja regla... según la cual las modificaciones solo son obligatorias para el contratista cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20% del precio inicial del contrato (arts. 204.1 y 206.1)”.

<sup>57</sup> Véase: Delaunay, Benoit y Claeys, Antoine, *El impacto de la crisis en la legislación francesa sobre contratación pública*, en la obra *El impacto de la crisis...* cit., ps. 460-461.

<sup>58</sup> En particular, la ley exige que la rescisión anticipada del contrato debe hallarse contemplada expresamente en los pliegos y documentación contractual (art. 9 inc. B).

cipio de legalidad. Esta es también la orientación actual del Consejo de Estado francés, que exige que la cláusula exorbitante (es decir, la prerrogativa de poder público) solo se admite si está contenida en el Pliego de condiciones del contrato<sup>59</sup>.

Seguidamente, pasamos al análisis sucinto de algunas de dichas prerrogativas:

8.1 En primer lugar, nos referiremos al ejercicio de la potestad de extinguir anticipadamente el contrato por razones de interés público. Lo que no suele verse en la doctrina que aborda este formidable privilegio de la Administración es, simplemente, que el ejercicio de esta prerrogativa, aparte de prestarse al autoritarismo y a la corrupción, genera el derecho de compensación al contratista de los daños que ocasiona la terminación anticipada del contrato que, en principio, incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante, no obstante que algunas legislaciones hispanoamericanas circunscriben dicha indemnización solo al daño emergente<sup>60</sup>. Se trata de un supuesto de responsabilidad contractual por su actividad legítima del Estado<sup>61</sup>. En Francia, aunque este dato suele ser soslayado por la doctrina y jurisprudencia argentinas que postulan una concepción autoritaria sobre el contrato administrativo, se ha considerado (C.E. caso “*Distillerie de Magnac-Laval*” de 2 de mayo de 1958) que “el contratista no tiene porque sufrir las consecuencias financieras de... una rescisión anticipada, máxime cuando no se ha cometido falta, y, en consecuencia, debe ser indemnizado de la totalidad de su perjuicio, incluido su lucro cesante”<sup>62</sup>.

De acuerdo con a esta tendencia, la reciente ley argentina que regula los contratos de Participación Público-Privada (PPP)<sup>63</sup> prescribe expresamen-

<sup>59</sup> Morand-Deviller, Jacqueline, *Droit Administratif...*, cit., p. 392 con cita de los precedentes (“*Commune de Borce*” CE de octubre de 1989 y UCAP, TC del 5 de julio de 1999).

<sup>60</sup> Sin embargo, la cláusula 91.6 del modelo de contrato de PPP, aprobado por Resolución N° 147-e-2018 de la Dirección Nacional de Vialidad, excluye la indemnización del lucro cesante en el supuesto de rescisión anticipada del contrato, lo que conculca las prescripciones expresas de la ley que regula los CPPP (art. 9º inc. p) y 11 de la ley 27.328.

<sup>61</sup> Vid Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad estatal lícita y la indemnización por lucro cesante*, JA Suplemento del 11 de noviembre de 2009 y del mismo autor *La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el derecho argentino*, en obra colectiva *El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo*, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2017, p. 98 y ss.

<sup>62</sup> Morand-Deviller, Jacqueline, *Droit Administratif...*, cit., p. 410.

<sup>63</sup> Ley N° 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada (PPP), art. 9 inc. p) la indemnización debe ser previa (art. 10)

te que no rigen las prescripciones establecidas en otras leyes cuya principal consecuencia es que debe compensarse no solo el daño emergente sino también el lucro cesante, cuya indemnización debe ser previa<sup>64</sup> y que no podrá ser inferior a la inversión no amortizada para cumplir el mandato constitucional que ordena que todo sacrificio particular por razones de interés público debe ser previamente indemnizado.

8.2 Al propio tiempo, la ley de CPPP requiere que la suspensión, así como la declaración de nulidad del contrato por razones de legitimidad deba ser solicitada y declarada por el tribunal judicial con competencia en la materia<sup>65</sup>, lo que es congruente con el principio de la tutela judicial efectiva que rige en el ordenamiento argentino por aplicación de los arts. 18 de la CN y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En rigor, el art. 9 inc. p) de la ley 27.328 (CPPP) prescribe la exclusión de la potestad de revocar de oficio un contrato o acto administrativo. Sin embargo, será necesario, dado el carácter alternativo que tiene el régimen de los CPPP, que la respectiva cláusula se incluya expresamente en los pliegos y documentación contractual, para que adquiera plena efectividad<sup>66</sup>.

8.3 Si bien la ley de contratos de PPP no la enuncia expresamente, aunque se refiere a “*otras causales*”<sup>67</sup>, la Administración puede ejercer la prerrogativa de declarar la caducidad del contrato de PPP por incumplimiento de las obligaciones del contratista dado que esta facultad se encuentra prevista en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos<sup>68</sup>. Es por demás claro que, por aplicación de la norma de la LNPA (art. 21), aplicable en forma directa a los contratos administrativos (art. 7 última parte LNPA), para habilitar la declaración de caducidad del contrato es imprescindible que se trate del incumplimiento de una obligación esencial<sup>69</sup>, debiéndosele otorgar al contratista, previa constitución en mora, un plazo razonable para su cumplimiento.

---

<sup>64</sup> Art. 10 Ley 27.328, prescribe que la indemnización no podrá ser inferior a la inversión no amortizada.

<sup>65</sup> Art. 9 inc. p) in fine.

<sup>66</sup> Interesa señalar que, en Francia, los actos irregulares (de nulidad absoluta) si bien pueden ser revocados la sede administrativa, solo pueden revocarse mientras no hayan expirado los términos del recurso contencioso, es decir, cuatro meses después de dictada la decisión (CE, 26 de Oct. De 2001, *in re* “Ternon”), véase: Morand Deviller, Jacqueline, *Droit Administratif ... cit.*, p. 356.

<sup>67</sup> Art. 9 inc. p), Ley 27.328.

<sup>68</sup> Art. 21 LNPA.

<sup>69</sup> Marienhoff, Miguel S., *Caducidad y Revocación de la Concesión de Servicios Públicos*, ed. Abeledo, Buenos Aires, 1997, p. 38.

8.4 En cuarto lugar, la ley de contratos de PPP prevé la posibilidad de introducir en el clausulado contractual (pliego y documentación) las estipulaciones que reglamenten el ejercicio de la “*exceptio non adimpleti contractus*”<sup>70</sup>, estableciendo la posibilidad de las partes de suspender temporariamente la ejecución de sus prestaciones a los usuarios de servicios públicos así como en las actividades de interés público que lleven a cabo los contratistas que colaboren con la Administración en esta especie de contratos de PPP (en lo concerniente a la ejecución contractual), debiéndose delimitar los supuestos que justifiquen su procedencia.

8.5 Un punto de no menor importancia concierne al llamado riesgo operacional. En efecto, no obstante que, según autorizada doctrina, se trata de un supuesto distinto del de riesgo y ventura que domina actualmente la contratación pública en el derecho comunitario europeo con las salvedades de siempre (vgr. fuerza mayor, actos propios de la Administración o hecho del príncipe) la regulación del riesgo operacional, particularmente la materia de concesiones, viene a demostrar que se trata de un instrumento que, antes de fundarse en un prejuicio contrario a las concesiones administrativas tiende a promoverlas o estimularlas<sup>71</sup>.

Por de pronto, hay que reconocer primero que por riesgo operacional se entiende al que es propio de la operación concesional en la medida que implique asumir por el concesionario una parte significativa del riesgo (lo que reduce el principio de riesgo y ventura) y, por otra parte, no puede desconocerse que la regulación comunitaria europea permite suplantar por el llamado riesgo de oferta, suministro o disponibilidad<sup>72</sup>. En definitiva lo que pretende la regulación comunitaria europea es que cuando el concesionario asuma el riesgo operacional ello no sea una ficción y por tanto reemplazable por la vía de la reparación. Es decir, que constituya un riesgo efectivo en la inteligencia de que si el concesionario está en condiciones de asumirlo se produzca una mejora en las finanzas públicas y en la competitividad del sistema de concesiones.

Por lo demás, la asunción de los riesgos en las concesiones y, en general, en la contratación pública, se combina y perfecciona con las normas

---

<sup>70</sup> Art. 9° inc. 1), Ley 27.328.

<sup>71</sup> Huergo Lora, Alejandro, Skin in the game: Riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 74, Madrid 2018, p. 20 y ss.

<sup>72</sup> *Ibidem* p. 26.

que rigen la llamada RAP (Responsabilidad Patrimonial de la Administración) que incorpora fórmulas equitativas para establecer los criterios de compensación en caso de resolución contractual.

Por último, cabe puntualizar que en el régimen que instituye la ley argentina de CPPP se prescribe que los pliegos y documentación contractual deberán contener “el equitativo reparto de aportes y riesgos ... contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras cosas, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, área económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato”<sup>73</sup>.

### **9. La aplicación de los principios generales del derecho**

La pérdida de la centralidad de la Ley, como pilar del derecho positivo vino a potenciar la prevalencia de los principios generales del derecho en el sistema jurídico.

La superioridad de los principios generales del derecho frente a las leyes, si bien fue una tendencia seguida por el nuevo constitucionalismo europeo de la posguerra bajo el dogma vinculante que marcó el sometimiento de la Administración tanto a la ley (es decir, a la norma positiva) como al derecho (comprensivo de la justicia concretada en los principios generales de derecho), es producto de la creación pretoriana del Consejo de Estado Francés, en los primeros fallos que dictó al finalizar la contienda mundial.

Como es un tema conocido no explicaremos aquí todas las consecuencias que produjo este cambio radical que se produjo en las fuentes de producción del derecho y solo nos limitaremos a señalar algunos de los efectos que ha generado la tendencia “principialista”, en el campo contractual.

Entre esos efectos, cabe acotar la aplicación de los principios generales de buena fé, confianza legítima, seguridad jurídica, “favor acti”, interdicción de ir en contra de los actos propios, enriquecimiento sin causa, etc., los cuales se proyectan al régimen de los actos administrativos concernientes a la ejecución contractual así como otros principios institucionales o sectoriales que tienden a morigerar el “pact sunt servanda” abriendo paso a la

---

<sup>73</sup> Art. 9, inc. b), Ley 27.328.



modificación unilateral del contrato en aras del principio del mantenimiento de ser ecuación económico-financiera, no obstante que la tendencia en el derecho comunitario actual se orienta hacia la limitación de la prerrogativa modificatoria, tal como se ha indicado ut supra.

Por otra parte, en materia de responsabilidad contractual, aparte de la aplicación de los principios y normas propias del derecho civil, rige el principio de justa indemnización en los dos supuestos en que se configura esta clase de responsabilidad, conforme a los arts. 3º, inc. d) y 4º, incisos d) y e) de la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944, los que se circunscriben a: 1) la llamada falta de servicio contractual (por incumplimiento obligacional y 2) la existencia de daño o sacrificio especial que el contratista no tiene el deber de soportar<sup>74</sup>.

### **10.Reafirmación del principio de competencia como eje de los procedimientos de selección**

La evolución operada en el derecho comunitario europeo y, consecuentemente, en el derecho de los países miembros mediante las pertinentes transcripciones a los ordenamientos nacionales reafirma a las claras la continuación de la línea marcada inicialmente en los tratados comunitarios articulada sobre el principio de competencia o libre concurrencia, tanto en la contratación pública clásica como en los sectores asimilados (ver: agua, energía, transporte y servicios postales ) a los que impone una regulación armonizada cuando el valor del contrato supera determinadas cuantías o umbrales<sup>75</sup>.

Al respecto, los Directivas comunitarias dictadas has sido tres: a) Directiva 2014/24 UE sobre contratación pública; b) Directiva 2014/25 UE relativa a los sectores que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y c) la Directiva 2014/23 UE, acerca de la adjudicación de contratos de concesión.

---

<sup>74</sup> Cfr. Perrino, Pablo Esteban. La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 Comentada. La Ley, Buenos Aires 2015, p. 238 y ss.

<sup>75</sup> En la LCSP de España, que ha transpuesto la Directiva Comunitaria 2014/24 sobre Contratación Pública la principal consecuencia que impone la regulación armonizada es el sometimiento al procedimiento de adjudicación previsto en la ley y la específica obligación de publicar el anuncio de licitación, además de hacerlo en el "Boletín Oficial del Estado" o en el Diario Oficial de la Unión Europea" (art. 135.1 LCSP)

Esas directivas representan la culminación de un proceso iniciado en el seno de la Unión Europea orientado a la modernización del ordenamiento comunitario con el efecto declarado de reafirmar el principio de seguridad jurídica y de lograr en primer término, transparencia en la contratación pública y, en segundo lugar, de conseguir una mejor relación entre la calidad y el precio de los contratos.

La sanción en España de la LCSP (Ley 9/2017), está en sintonía con las citadas directivas comunitarias y prescribe que “los órganos licitadores darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y publicidad”<sup>76</sup> y que “velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda del principio de la libre competencia”<sup>77</sup>.

Como consecuencia de esos principios se impone la licitación como regla en los procedimientos de selección en los contratos sujetos a regulación armonizada e incluso en los contratos no sujetos a regulación armonizada cuando se trate de contratos celebrados por “poderes adjudicadores” que no tengan la condición de Administraciones Públicas<sup>78</sup>.

Escaso margen ha quedado pues para la contratación directa que se limita a contratos menores que celebran los poderes adjudicadores tanto si tienen la condición de Administración Pública como si carecen de esa condición cuando no superen un umbral que es extremadamente bajo<sup>79</sup>.

Interesa puntualizar también que, en los regímenes contractuales europeos, la licitación aparece como un procedimiento amplio que puede ser tanto abierto<sup>80</sup> como restringido<sup>81</sup> y que en cualquier caso se promueve siempre la participación de interesados idóneos, así como que los órganos de contratación pueden realizar consultas preliminares al mercado<sup>82</sup>.

A su vez, la LCSP de España contempla otros procedimientos de selección que le confieren una gran flexibilidad a los procesos de adjudicación contractual, señalando a título ilustrativo, el procedimiento de negociación

---

<sup>76</sup> Art. 132.1 LCSP.

<sup>77</sup> Art. 132.3; ver en el mismo sentido: Art. 132.2

<sup>78</sup> Art. 318, inc. b) LCSP.

<sup>79</sup> Art. 318, inc. a) LCSP.

<sup>80</sup> Art. 156 y ss. LCSP.

<sup>81</sup> Art. 160 y ss. LCSP.

<sup>82</sup> Art. 115, LCSP.

con publicidad<sup>83</sup>; el dialogo competitivo<sup>84</sup>; el procedimiento de asociación para innovación<sup>85</sup>; y la regulación de los concursos de proyectos<sup>86</sup>, los cuales presentan una tipicidad diferenciada que no resulta incompatible con el principio de la libre competencia o bien, que procede en caso de licitaciones directas o fracasadas, cuestiones cuyo comentario excedería el propósito de este trabajo.

## 11. Reflexiones finales

Resulta evidente que, en la evolución que experimenta el derecho administrativo actual, se acentúa un proceso de atenuación y equilibrio de las prerrogativas en los contratos públicos al punto que, en ciertos derechos comparados (vgr. el derecho comunitario europeo) algunas prerrogativas, como el “*ius variandi*”, han pasado a tener un sentido diferente al que antes las justificaba, en la clásica teoría del contrato administrativo.

Efectivamente, de un poder destinado a corregir las rupturas producidas en la ecuación financiera de los contratos administrativos ante crisis económicas generales no imputables a los contratistas, se ha pasado a dar primacía al principio de la competencia exigiendo que, en dichos supuestos, se convoque a una nueva licitación pública, cualesquiera fuera la naturaleza de los respectivos contratos (es decir, públicos y privados).

Las razones para ello, radican en la proliferación de abusos en el ejercicio de la potestad modificatoria (que se advierte en las Administraciones Públicas y en los contratos de empresas privadas regidos por el derecho comunitario europeo) y en la consecuente necesidad de combatir la corrupción generalizada que afecta la credibilidad tanto de los gobiernos como de las empresas privadas.

Al propio tiempo, determinados ordenamientos, acompañan las nuevas tendencias encaminadas a morigerar los poderes de la Administración en los contratos públicos, moderando la vis coactiva mediante la exigencia de la intervención previa de la justicia para autorizar el uso de la coacción sobre personas y bienes y, en general, a través del rechazo de las

---

<sup>83</sup> Art. 166 y 167 LCSP.

<sup>84</sup> Art.168 LCSP.

<sup>85</sup> Art. 177 LCSP.

<sup>86</sup> Art. 183 LCSP.

prerrogativas implícitas o sobreentendidas, en cuanto a su procedencia afecta gravemente los principios de legalidad y de seguridad jurídica y, sobre todo, porque fomentan la práctica de un autoritarismo contrario a las libertades públicas, además de afectar la regla del mantenimiento de la ecuación económica-financiera del contrato. En esa línea, los ejes de la moderna regulación europea de la contratación pública no giran ahora, exclusivamente, alrededor de las prerrogativas públicas (que aparecen cada vez más morigeradas) sino que tienden a proteger la seguridad jurídica que está en el fondo del derecho del contratista a que la Administración cumpla lo pactado y, al propio tiempo, a preservar el derecho de competencia, base de la economía social de mercado. En este sentido, el interés público no sirve como pretexto para fundamentar la extinción anticipada del contrato público ya que no solo no figura entre las prerrogativas enunciadas<sup>87</sup> sino que incluso el derecho comunitario europeo<sup>88</sup> no permite el rescate de concesiones y si bien el derecho español lo admite, en los hechos lo torna tan difícil que la cláusula carece de operatividad<sup>89</sup>.

Finalmente, tal como lo recoge la reciente ley 27.328, la regulación de los contratos de PPP ha prescripto especialmente un régimen patrimonial que garantiza los derechos del contratista frente a los daños causados por decisiones unilaterales del Estado (como la extinción del contrato por razones de interés público) estableciendo que, en tales casos, no procede la aplicación de ley alguna que limite la responsabilidad del Estado, de modo que corresponde indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Se trata de un nuevo régimen alternativo de contrato público, en principio de naturaleza administrativa por las finalidades que persigue, que alberga en su régimen tanto los clásicos contratos administrativos como los de objeto privado de la Administración, cuya principal característica es su flexibilidad e incluso, en cierto modo, una atipicidad que desplaza la aplicación del bloque de ordenamientos legales que rigen los contratos administrativos típicos (principalmente las Leyes 13.064 y 17.520 y sus modificatorias y Decreto 1023/2001, sus modificatorias y reglamentación),

---

<sup>87</sup> Art. 190 LCSP.

<sup>88</sup> Gimeno Feliu, José María, El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, en *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, N° 74, Marzo 2018, p. 8. En efecto, el art. 44 de la Directiva 2014/23 UE, no contempla el rescate.

<sup>89</sup> *Ibidem*, ps. 8-10.

las cuales “*no serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica*”<sup>90</sup> ya que, como lo reconoce la propia ley de CPPP, esta figura constituye una alternativa a las regulaciones de dichos contratos administrativos<sup>91</sup> con el objetivo, entre otros, de “*impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista...*”<sup>92</sup>.

El régimen alternativo que singulariza a los contratos PPP al ser aplicables a los distintos contratos que celebra la Administración (en el campo público o privado) no configura un nuevo tipo contractual sino un régimen que se acopla a las diferentes especies de contratos estatales (en sentido más amplio).

Esperamos que estas nuevas regulaciones sirvan para promover las inversiones, que requieren los países y así poder superar los problemas que plantea el estancamiento económico generador de pobreza para llevar a cabo, entre todos los sectores, los mejores esfuerzos conducentes a la realización efectiva y solidaria del bien común y, sobre todo, de los principios de justicia que constituyen el fundamento del derecho.

---

<sup>90</sup> Art. 31 Ley 27.328.

<sup>91</sup> Art. 2° Ley 27.328.

<sup>92</sup> Art. 4° inc. l), Ley 27.328.

V

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



# LOS DERECHOS HUMANOS Y SU EFECTIVA TUTELA ESTATAL

POR JORGE R. VANOSI<sup>\*1</sup>

## Capítulo 1

### Nuestro sistema constitucional. Características generales

La Constitución Nacional de la República Argentina fue sancionada en 1853, con ulteriores reformas en 1860, 1866, 1898, 1949 (abrogada), 1957 y 1994, en vigencia este último texto.

Su *sistema de protección del estatus de la persona humana* es el característico del período del constitucionalismo liberal al que pertenece: la primera parte de la Constitución contiene las “declaraciones, derechos y garantías”, que forman su parte dogmática o preceptiva (artículos 1° al 35). Allí pueden encontrarse los clásicos “*derechos individuales*” propios de *toda persona humana por el solo hecho de ser tal*; mientras que en 1957 se agregaron los “*derechos sociales*”, que son propios de las personas por su *pertenencia funcional a ciertos sectores sociales* (derechos del trabajador, de la familia, de las clases pasivas, etc.). En cuanto a los “*derechos políticos*”, su reconocimiento nace de la norma protectora de los derechos no enumerados (art. 33) y de la parte orgánica de la misma Constitución en cuanto se refiere a la elección de los poderes políticos de la Nación (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) y del capítulo segundo de “Nuevos Derechos y Garantías” (1994).

---

\* Disertación del académico presidente doctor Jorge R. Vanossi, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, realizado los días 22, 23 y 24 de noviembre en Madrid, España.

<sup>1</sup> Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Académico Honorario de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia.



En conjunto, los derechos civiles, políticos y sociales que protege la Constitución Argentina son coincidentes –a pesar de su antelación cronológica– con los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que aprobaron las Naciones Unidas (1948).

La *situación de los extranjeros* es la siguiente: gozan de los mismos “derechos civiles” que los argentinos (art. 20); para obtener los derechos políticos deben adquirir la ciudadanía argentina, lo que pueden hacer después de residir dos años en el país, o aun antes si prestan servicios extraordinarios. En el orden municipal, para la elección de representantes comunales, la mayor parte de las provincias que forman el Estado Federal admiten la participación de los extranjeros en el goce de los derechos políticos a ese nivel, sin necesidad de naturalizarse argentinos.

Cabe recordar que *cada una de las provincias sanciona una constitución local*. La Constitución Nacional previó ese desenvolvimiento y, más aún, quiso evitar que alguna constitución provincial pudiera negar o retacear los derechos y garantías que proclama la Constitución Nacional. Fue con ese objeto que el art. 5° de la Constitución Nacional exigió a las provincias, como una condición absoluta para que la Nación le garantizase su “autonomía”, que ellas aseguraran en su órbita local el sistema de derechos y garantías que la Constitución Nacional establece para todo el país y para todos los habitantes.

Por lo tanto, puede afirmarse que el régimen adoptado por la Constitución Argentina rige “*erga omnes*” (es decir: respecto de todos) en todo el país; y que los derechos y garantías allí establecidos pueden ser invocados y esgrimidos *frente a cualquier amenaza, provenga de cualquier fuente: gobierno nacional, gobiernos provinciales o particulares y grupales*.

Dicho con otras palabras, esto quiere significar que el sistema de la Constitución Argentina resume *en un solo acto y en un solo régimen* las protecciones que en la Constitución de los Estados Unidos de América están formadas por las diez primeras Enmiendas –por una parte– y por la Enmienda XIV –por la otra–, más la jurisprudencia del caso “Brown v. Board of Education” (año 1954).

Debemos mencionar el *papel fundamental* que corresponde al Poder Judicial, y en especial a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la protección *en concreto* de los derechos humanos reconocidos en la Constitución. Partimos de la base de sustentación que demuestra la mayor po-

tencialidad de los “derechos humanos” cuando éstos –en cualquiera de sus especies– son jurídicamente encarados y protegidos en su carácter de “derechos subjetivos” de las personas (sic).

La medida en que cada derecho resulte en la realidad protegido dependerá de la actividad de los tribunales judiciales. Esto se debe a que en nuestro sistema los tribunales judiciales (y en última final instancia la Corte Suprema) son los órganos que *controlan la constitucionalidad* (es decir: conformidad con la Constitución; no contradicción con lo que ella dispone) de normas, actos, hechos y hasta omisiones.

Asimismo, toda vez que vayan a dictar una sentencia que involucre a los artículos o cláusulas de la Constitución, los tribunales deberán *interpretarla* a fin de aplicarla al caso concreto a resolver. De las pautas que los tribunales utilicen para la interpretación constitucional dependerá la mayor o menor extensión que se reconozca a los derechos humanos, qué limitaciones se aceptarán, y bajo qué condiciones.

### ***Los derechos subjetivos y las garantías en el marco del “Estado de derecho”***

Abordar este tema supone la aceptación de que el progreso o evolución del pensamiento jurídico en la materia se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el momento en que aquéllos son nada más que *medios* instrumentales al servicio de ciertas finalidades. Y la falta de procedimientos (o la existencia de procedimientos inadecuados) debe ser suplida por el ejercicio directo de la misión o función constitucional del juez. Cuando hay jueces hay derechos, por lo que el órgano judicial independiente se convierte en la primera garantía general e institucional (cómo diría Hauriou) de los derechos humanos. Todo esto hace a la esencia del “Estado de derecho”, o sea, que es elemento nuclear de esa idea, por cuanto en el entendimiento general son contenidos mínimos de su “noción material”, las limitaciones de los poderes y los controles que vigilan esas limitaciones.

Pero existen diversos presupuestos de las *acciones* protectoras de los “derechos subjetivos”, entre los cuales cabe mencionar:

- a) La demarcación y consiguientes relaciones entre la esfera de la sociedad y la órbita del Estado.

- b) La consideración de la *libertad* como un *prius* de todo el ordenamiento, o sea, la afirmación de la libertad del hombre como presupuesto de la autoridad (pues lo contrario importaría tanto como fundar el punto de partida en una sociedad de esclavos).
- c) Que todas las normas constitucionales pueden ser entendidas como normas de competencia, ya sea afirmativa o negativamente, según su redacción y el objetivo inmediato al cual se dirigen.

Por lo tanto, y desde el momento que cabe una protección *erga omnes*, no tiene sentido separar los derechos públicos subjetivos de los derechos *privados* subjetivos, sin dejar de atender al hecho de que es difícil separar en todos los casos el interés público del interés privado.

Actualmente, pues, estamos en el período de la protección *erga omnes* de los derechos, es decir, frente a toda “persona”.

Podemos concluir, pues, que son derechos subjetivos, los que tiene *acción*. Son derechos que están garantizados jurisdiccionalmente, es decir, que se encuentran protegidos o tutelados por el ordenamiento jurídico vigente, con lo que se supone que hay jueces, procedimientos y acciones al servicio de ese fin. Como consecuencia de ello, los derechos subjetivos coinciden con una situación jurídica impulsiva del órgano jurisdiccional sancionatorio de la violación.

El aditamento “subjetivo” fue necesario como consecuencia del dualismo –tan caro a los iusnaturalistas– entre derechos naturales y derechos protegidos por el derecho positivo.

Los derechos subjetivos, por lo tanto, son derechos *garantizados jurisdiccionalmente*. En tales términos, puede decirse que la tutela judicial operativiza el derecho constitucional protegido, al dotar al titular del medio para exigir su reconocimiento, provocando la remoción del obstáculo impeditivo del goce de esa libertad y eventualmente, aplicando sanciones.

A nuestro modo de ver, la doctrina “clásica” de los derechos públicos subjetivos es –por lo menos– una doctrina *superflua* en el actual estado de la cuestión. El tema es otro: o hay “derechos” o no los hay. Y habrá derechos (subjetivos) cuando el derecho (objetivo), partiendo de la aplicación de la Constitución y del ejercicio de las potestades de los jueces, brinden los instrumentos conducentes para conferir a los más variados segmentos de la libertad los niveles de eficacia jurídica que en el sentido o acepción más estricta permite hablar de “derechos subjetivos”.

Por ende, habrá un derecho subjetivo propiamente dicho *cuando el sujeto esté munido de acción para exigir o proteger “su” derecho con plenitud*, incluyendo la posibilidad de instar al órgano jurisdiccional para aplicar sanciones o hasta el límite de *fulminar las normas institucionales que lo afecten en su situación*.

¡Basta de declamaciones y de catálogos de ilusiones! Ya Alberdi habla de las libertades concretas y no de las libertades proclamadas.

Y ya decía Kelsen que “un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico... cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional”. Y concluye afirmando: “Sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitar la eliminación particular o general de la ley que, por su contenido, lesiona la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho de libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo”. Es evidente la insistencia del autor en caracterizar el derecho subjetivo como un “poder jurídico”, que se traduce en una acción.<sup>2</sup>

Nuestra opinión es coincidente con los elementos antes señalados, por lo que estimamos que los que valen son los derechos subjetivos plenos y, por lo tanto, se entiende por “derechos subjetivos plenos” en la acepción más estricta y kelseniana: 1º) el derecho de contar con el órgano, 2º) el de acceder al órgano y que éste pueda dictar la decisión, 3º) que la decisión anule a la medida infractora, 4º) que además sea reparado el daño causado, y 5º) que eventualmente sea responsabilizado, removido o de otra forma sancionado quien dictó la medida atentatoria del derecho. Eso es un derecho subjetivo, un derecho subjetivo plenario, pues “por pleno” se abarcan esos cinco aspectos que deben reunirse para que se vuelva un poco a lo que ahora reclama el derecho ambiental: es decir, no sólo la reparación sino también la recuperación, y evitar la reiteración violatoria.

---

<sup>2</sup> “Teoría Pura del Derecho”, págs. 147 y siguientes, Traducción de Roberto Vernengo, Buenos Aires. Ídem, en “Teoría General del Estado”.

## Capítulo 2

### Los derechos y sus límites

#### 2.1. Los derechos y los deberes

Sumando el sistema del articulado de la Constitución Nacional con la elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta un plexo de derechos.

Una cosa son las *declaraciones de derecho* y otra muy distinta son las *declamaciones de ilusiones de derecho de realización diferida*. Es mucho más importante hacer enunciados de derecho, con el añadido de los medios indispensables para cumplirlo, que agregar “catálogos de ilusiones”. Hace varias décadas que en un congreso de juristas del ámbito del derecho público se plantearon en Alemania el tema de la reforma a la Ley Fundamental de Bonn (1949), que sigue siendo la Constitución de la República unificada, pues hasta hoy no ha sido modificada sustancialmente. Y la conclusión mayoritaria de esa reunión fue que no se trataba de incorporar nuevos repertorios de derechos sino de completar la faz de operativización y ejecutabilidad de los derechos ya consagrados.

¿Qué pasa cuando se proclaman más y más derechos y no se cuenta con los medios para efectivizarlos? Los jueces hacen lo que pueden, pero sabemos que no pueden hacer lo imposible. No son dioses, no tienen poderes demiúrgicos, pues son seres humanos. Tiene limitaciones. La culpa está en todo caso en el legislador o en el constituyente, que también son seres humanos, pero que a veces y debido a sus veleidades parecen tener mucha menos *responsabilidad* que aquella de la que hacen gala (la “responsabilidad” es uno de los seis principios básicos de la forma republicana, junto con la democracia, la separación de poderes, la igualdad ante la ley, la publicidad de los actos y la periodicidad en la función, pero los seis están mitigados por la proterva obstinación de una dirigencia incapacitada o despreparada para sus funciones).

Los derechos de algunos deben terminar donde empiezan los derechos de los demás. Esto es difícil de reconocer. Todo el mundo quiere tener derechos ilimitados, pero esa es una concepción antisocial. No se puede aceptar el abuso del derecho tal como lo vemos cotidianamente. No se puede alterar la sustancia de los derechos, pero siempre teniendo presente que todos los derechos son relativos, para tornar armónico su ejercicio. (Arts. 28 y 14, C.N.).

Debemos recordar que hay *muchos derechos violados*, muchas situaciones que han sido menoscabadas. Sería inútil mencionarlas todas, aunque podemos priorizar algunas:

- El derecho a la vida en todas sus formas imaginables.
- El derecho a la propiedad, ya sea la propiedad material o la propiedad intelectual, a veces en las formas más sutiles, más perversas o más ingeniosas.
- El derecho al honor y al principio de inocencia, que es uno de los principios básicos de nuestro sistema en virtud del cual nadie es culpable hasta que no se declare como tal. Pero el derecho al honor que toda persona tiene está muy vulnerado. La calumnia, la difamación, la injuria han pasado a ser algo habitual y los medios de comunicación de masas cooperan en ello.
- Y otro derecho que está también lesionado en todas partes, es o son (porque algunos los distinguen) el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad. Ya no existe. Ya todo es público, todo pertenece a una esfera en la cual no hay pared del hogar, o no hay el límite del reposo o del descanso. Todo puede ser invadido, todo puede ser ocupado, todo puede ser en definitiva difundido y divulgado y, por lo tanto, también tergiversado por aquello que decían los italianos, “traduttore, traditore”, es decir, el que traduce o el que interpreta también traiciona porque no siempre lo hace en forma fiel.

Un elemento a considerar es el *régimen fiscal o impositivo*, que es realmente importante para la seguridad de las personas. Ralf Dahrendorf, un discípulo dilecto de Popper, señala que el régimen tiene que ser sencillo, claro, razonable, perdurable, estable, es decir, al alcance de todos. Y cuando dice esto, está observando que si ese requisito no se cumple, así como la persona puede estar sometida a cualquier restricción arbitraria en materia de su libertad física y deambulatoria, también puede estar sometido a la discrecionalidad por el cobro de impuestos irrazonables que le imponen gravámenes arbitrarios o, que sin ser irrazonables o arbitrarios, son tan complejos, tan confusos y tan difíciles de entender que el más común de los ciudadanos no puede hacerlo por sí mismo, y tiene que valerse de un especialista para saber si está cumpliendo con lo que debe cumplir o está incumpliendo y va a ser pasible de una sanción.

El desafío más difícil, estimo, es el de aumentar las oportunidades. No hablamos de igualdad de oportunidades y, mucho menos, de la expresión de la Constitución donde utiliza la expresión “*igualdad real de oportunidades*”. Sabiendo desde ya que eso ni siquiera es una utopía, es un delirio. Sin caer en la ingenuidad, creo sí que se puede hablar de la necesidad de potenciar el aumento de las oportunidades como forma de alcanzar mayor solidaridad, en la defensa de los sistemas democráticos y liberales. No basta con defender la competencia, por más importancia que la competencia tenga. Es condición necesaria defender la competencia, pero no es suficiente para alcanzar los resultados.

¿Cuál es entonces el deber de orientación? El *indirizzo* como “plan de vida” de cada uno. Y es el constante, el permanente: el deber de *mejorar la calidad de vida*, que es lo que nos hermana. Mejorar la calidad de vida es el deber de todos nosotros, en relación con el prójimo. Y el prójimo es el próximo.

## ***2.2. Los delitos y la violencia. El decaecimiento de los derechos humanos***

¿Cuáles son hoy las peores asechanzas? La explosión demográfica, sobre la cual no se tiene verdadera conciencia cabal y en la que está el origen de un sinfín de problemas que en este momento se padecen. No sólo de salud, de vivienda o de educación, sino muchos otros. El daño ecológico; las guerras regionales o locales que subsisten; pues salvo la Unión Europea, en muchas otras regiones del planeta se libran en estos momentos muchas batallas y muchos combates.

¿Qué podemos decir del narcoestado? Narcoestado que lo tenemos prácticamente instalado en nuestro continente.

Por eso no se puede tener contemplaciones. Es fundamental, entonces, que en cada uno de los Estados el poder público recupere el monopolio de la fuerza. No pueden existir fuerzas irregulares, no pueden existir ejércitos paralelos, no pueden existir asociaciones ilícitas con vinculaciones internacionales. Y la única forma de desarmarlo es mediante la cooperación internacional.

En cuanto al narcotráfico, la lucha no la puede hacer aisladamente un solo Estado porque es un fenómeno universal y todos tenemos que coo-

perar, de buena fe y con el mayor empeño a desarmar, a desarticular ese aparato mefistofélico y diabólico que está conmoviendo a la humanidad, que cae en la autodegradación de la persona.

También quiero agregar que el *derecho vigente debe adaptarse* al adelanto tecnológico y a las nuevas modalidades de la economía y del comercio... y de la delincuencia.

Adaptarse no quiere decir convalidar abusos, sino encauzar y dar marco a un sano realismo.

El derecho va muy por detrás de los hechos. Hay muchos países de América Latina en los que el derecho está muy atrasado, y hay prejuicios para actualizar los sistemas jurídicos.

Con respecto a las cuestiones que se están diciendo sobre los delitos y la necesidad de modificar los *regímenes penales*, creo que es necesario recordar que la ley por sí sola no cambia la realidad. Tiene sí una virtud persuasiva o disuasiva según las circunstancias. Tiene sí un rol de cauce o de marco para trazar la senda por la cual deben transitar las conductas de las personas. Pero también es cierto que lo fundamental está en su efectividad y en su vigencia. Y ya Montesquieu, en el siglo XVIII, advertía que lo grave no era que las penas en los códigos penales –aunque en esa época todavía no estaban codificadas todas las leyes penales– fueran leves, sino que lo grave era que no se aplicaran, porque la sensación de impunidad creaba un estímulo para cometes mayores lícitos y por ahí se transitaba hacia un camino, hacia un desbarranco que hoy en día los sociólogos llaman “la anomia” o “el todo vale”.

Durkheim, cuando elabora su estudio sobre el tema de la anomia, dice con palabras tan cortas y sencillas como éstas:

“Todas las normas de conducta y reglas morales forman un mundo imaginario alrededor de la persona. Si en algún momento esa barrera se resquebraja, los impulsos se liberan a borbotones y sin control” (La Educación Moral, 1925).

La ineficacia, es decir la ineficiencia llevada como principio, es también (y lo remarco) una de las expresiones más malsanas o negativas de la corrupción. Tanto como robar o estafar o como coimear, o como cometer latrocinios desde el poder público; y es tan grave ser ineficiente cuando se ocupan funciones o cargos para los cuales no se tiene la preparación o el



título correspondiente o no se ejercen con la dedicación que corresponde.

También, todo ello supone nuevos perfiles en el sistema institucional o político.

### **2.3. Los deberes**

Conviene tener presente que el conjunto de derechos y garantías resultantes de nuestro sistema constitucional no empece a la vigencia de los *deberes públicos* que la propia Constitución establece o fundamenta, y cuyo respeto asegura la ley. Estos deberes constituyen, en cierto sentido, la contrapartida de los derechos, y se integran armónicamente con ellos:  
Deberes públicos

- a) Deber de fidelidad (traición a la Nación)
- b) Deber de defensa de la Patria y de la Constitución (milicias, servicio militar obligatorio).
- c) Deber de respeto a las instituciones (rebelión, sedición).
- d) Deber de impedir las exorbitancias del poder (traición a la Patria).
- e) Deber de prestaciones:
  - 1) de servicios personales (cargas públicas).
  - 2) patrimoniales (impuestos y contribuciones).

### **2.4. Los límites de los derechos**

La Constitución Argentina admite expresamente la *relatividad de los derechos* que ella proclama (art.14) y este principio vale tanto para los casos de proclamación expresa como implícita de derechos y garantías. La Corte Suprema tiene dicho que “un derecho ilimitado sería una concepción antisocial” (Fallos 136:170).

Las limitaciones a los derechos pueden ser de diversas clases: limitaciones de orden constitucional (que a su vez pueden ser genéricas o específicas) y limitaciones de fuente legal.

Con respecto a las *causas* de las limitaciones de la libertad, cabe considerar las siguientes: el orden social (libertad coexistente de los otros, utilidad pública, etc.), el orden físico (higiene, salud, seguridad) y el orden político (integridad de la Constitución, defensa de la Patria); tal como lo advirtiera Joaquín V. González.

En cuanto a su *duración e intensidad*, las limitaciones admiten su clasificación:

*a) Limitaciones normales y permanentes*

Esto se refiere a la “*reglamentación*” de los derechos (art.14), que a su vez está sujeta a la limitación de la *inalterabilidad* de la sustancia de esos derechos (art.28). Aquí se aplica el principio de la “*razonabilidad*”, que condicionada al “*poder de policía*” de la reglamentación de los derechos.

Se ha producido una *evolución*, que se traduce en el *tránsito de un concepto estrecho a un criterio amplio* de “*poder de policía*” que en la actualidad abarca la policía del bienestar y de la prosperidad, así como también la policía de la desocupación en el empleo, del abastecimiento, de la tutela del Estado democrático, etcétera.

*b) Limitaciones anormales y transitorias*

Las limitaciones anormales y transitorias pueden surgir a partir de las necesidades de las “*emergencias constitucionales*”, fundadas en el *estado de necesidad*. La práctica ofrece distintas clases de emergencias: políticas, económicas, sociales, de guerra, etcétera.

Dentro de las limitaciones anormales y transitorias, la Constitución Nacional regula en particular el supuesto de “*estado de sitio*” (art.23).

La Constitución *no contempla la existencia de otras limitaciones* tales como la ley marcial, la movilización de particulares, el estado de asamblea, la suspensión de hábeas corpus, o la suspensión de la Constitución. Asimismo, la Constitución *prohíbe expresamente* la concesión de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo (art.29), como así también que el Presidente pueda asumir funciones judiciales ni aun bajo el estado de sitio. En la vida política del país se registran, no obstante ello, algunos casos de aplicación de la ley marcial (ley y jurisdicción militar) y de movilización de población civil, que los jueces encuadraron en los límites del estado de sitio (caso “Rodríguez, Ruggero y otro”, del año 1962; y caso “Roberto Candelario Rodríguez, del año 1971).

*c) Estado de sitio*

Las únicas *causales* por las cuales puede declararse estado de sitio son las hipótesis de “*conmoción interior*” y de “*ataque exterior*”.

La facultad para declarar ese estado de excepción pertenece *exclusivamente al Gobierno Federal*, y las provincias no pueden suspender la vigencia de los derechos y de las garantías constitucionales.

En cuanto al margen en que deben extenderse los poderes de emergencia, ha estado bien claro (para todos los constituyentes argentinos y extranjeros que incluyeron este tipo de excepcionalidades) el hecho de que *a grandes males debía corresponder grandes remedios*, es decir que ante las *circunstancias excepcionales* de descontrol *debían correlativamente acentuarse los poderes*; pero también debían contemplarse los límites de ese ensanchamiento de los poderes.

Estaba bien entendido, como algo implícito, que *cesando las causas deben cesar los efectos*, es decir, que una vez *superada la emergencia*, debía *retornarse a la normalidad*.

El problema que se plantea cuando no se aplican tales remedios con esa tónica está en que, al convertirse en normal el uso de tales poderes de emergencia, se desgastan y se desvirtúan, y en alguna medida su erosión los torna ineficaces, ante lo cual se vuelve necesario idear otros poderes mayores que reemplacen a los excepcionales. De allí que la *eficacia de esos remedios de emergencia* está en la dosis de aplicación y el debido control, terreno donde nuestra Corte Suprema a lo largo de su historia ha tenido tanto acierto, en gran medida inspirada en la observación de la experiencia que acabamos de mencionar: es decir, que un descontrol en la aplicación no sólo es dañino para la libertad de las personas, sino que se vuelve a la larga aletargante para el propio sistema de excepcionalidades.

En realidad, las medidas de emergencia son las que ayudan a enmarcar *la tónica de un sistema constitucional*. En efecto, prestigiosos autores (a los cuales brindamos todo nuestro homenaje y respeto) bregaron en su momento por la *supresión* de las medidas de excepción del artículo 23, lo que equivalía llanamente a la eliminación de los poderes de emergencia. Recuérdese que en el siglo XIX, en una histórica Convención provincial (Buenos Aires, 1870–1873), un constituyente refiriéndose al estado de sitio lo mencionó como el *último resabio de la dictadura* que acaso por olvido hayan dejado los constituyentes en la Ley Suprema.

Sin embargo, la emergencia política indica que no es enteramente así, ya que el *estado de sitio no es malo en sí mismo*, sino que lo que puede ser malo es la desvirtuación de las medidas de aplicación, o cuando aquél se implanta sin que existan reales y concretos motivos que lo justifiquen.

La prueba está en que en todo el constitucionalismo contemporáneo, de cualquier procedencia ideológica y de cualquier destino geográfico, existen poderes de emergencia. Aun en la mismísima Constitución Francesa de 1958 han sido muy resistidos los poderes que De Gaulle hizo incluir para situaciones que desgraciadamente con posterioridad, se consumaron y consecuentemente hubo que aplicarlos. Confirmóse así la necesidad de tales previsiones de excepción.

De modo, pues, que este problema consiste *en saber aplicar* lo que puede ser hoy en día una *regla de oro del constitucionalismo contemporáneo*, que es la siguiente: *a mayores poderes deben corresponder mejores controles y mayores responsabilidades*. No podemos admitir que el poder público pueda sucumbir frente a los “contrapoderes”, es decir, a los poderes de hecho y los poderes de tensión. Lo que debe hacerse es perfeccionar el sistema de controles en aras siempre de lo mismo: la *“eminente dignidad de la persona humana”* y la *perfección de su libertad*.

El tema del estado de sitio no quedaría completo sin referirnos a las posibilidades de control judicial, en defensa de los derechos humanos, sobre la actividad estatal relacionada con el estado de sitio, desde su declaración hasta las medidas concretas de ejecución.

El hecho positivamente valioso es que en la actualidad *no rige en nuestro país el estado de sitio*, es decir que los derechos de las personas no se hallan sujetos a este tipo de limitaciones anormales.

El otro dato meritorio consiste en el doble control que la Corte Suprema aplica en las controversias resultantes de la aplicación del estado de sitio: el control de “causalidad” y el control de “razonabilidad”, partiendo de la base que debe mediar una relación causal entre esa declaración de emergencia (conmoción interior o ataque exterior) y la especie de limitación al derecho restringido, como también la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin perseguido.

### Capítulo 3

#### Las garantías

##### 3.1. Clasificación de las garantías

Para precisar más claramente las características del sistema argentino, deberíamos señalar que en la doctrina y en la práctica de nuestro país se

utiliza el término “garantías” con diversas acepciones, que van desde la mayor amplitud hasta la más estrecha extensión; pero ello no impide resumir las “garantías” constitucionales:

- A) Garantías generales:
  - a) Garantías constitucionales (separación de poderes, etcétera).
  - b) Garantías mutuas (mutua protección de los derechos entre sí).
- B) Garantías especiales:
  - a) Contra abusos provenientes del Poder Ejecutivo.
  - b) Contra abusos provenientes del Poder Legislativo.
  - c) Contra abusos provenientes del Poder Judicial.
  - d) Contra abusos provenientes de los poderes de hecho y de los particulares.

Entre las garantías se destacan por su importancia áreas a las que dedicaremos sendos párrafos separados; la seguridad individual, las garantías jurisdiccionales (hábeas corpus, hábeas data, amparo y acción de inconstitucionalidad y la igualdad, entre otras).

### ***3.2. La seguridad individual***

En cuanto a las garantías, en su art. 18 la Constitución se refiere detalladamente a los aspectos de la “*seguridad individual*”. Podríamos resumir las características del régimen de protección de la seguridad individual diciendo que *las condiciones necesarias para la dignidad eminente y natural de la persona*, que brinda la Constitución son:

- a) Protección relativa a la privación de la libertad corporal.
- b) Protección relativa a la imposición de la pena, o presupuestos jurídicos de la represión: juicio previo, ley anterior, juez natural y estado de inocencia.
- c) Protección relativa al proceso: inviolabilidad de la defensa en juicio, no declaración en contra de sí mismo y prohibición de otras formas de autoincriminación, rapidez procesal, asistencia letrada.
- d) Protección relativa a la ejecución de las penas: régimen carcelario, libertad bajo fianza, condena condicional.

- e) Prohibición de la pena de muerte por causas políticas; de toda especie de tormento y de los azotes.
- f) Garantías jurisdiccionales de la libertad; tutela judicial y sumaria de los derechos humanos (acción de hábeas corpus, acción de amparo y habeas data).

### 3.3. Las garantías jurisdiccionales

Son garantías en el más estricto sentido de la palabra, es decir como *procedimientos específicos* para la *tutela judicial sumaria y efectiva* de los derechos humanos.

La Constitución Nacional brinda la base constitucional para el *hábeas corpus* al establecer que “Nadie puede ser (...) arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente” (art.18). A partir de allí, el *hábeas corpus* para la protección de la *libertad física* fue regulado desde antiguo, tanto en el orden nacional como provincial, en las respectivas leyes de organización judicial y códigos de procedimientos penales. La norma actualmente vigente en el orden nacional es la ley 23.098, de 1984, que introduce interesantes innovaciones, entre ellas la posibilidad de control judicial (para el caso concreto) del acto declarativo del estado de sitio.

Con respecto a la protección de *los demás derechos que integran la libertad*, la Corte Suprema creó pretoriamente (es decir: sin ley que lo estableciera) el “*amparo*”, una acción sumaria para proteger los derechos frente a restricciones provenientes del poder público (caso “Siri”, año 1957), que luego extendió para dar protección ante las restricciones originadas en los poderes privados (caso “Kot”, año 1958). En 1966 el amparo fue reglamentado por el decreto-ley 16.986/66 del gobierno de facto, que recoge la creación de ese remedio excepcional de nuestro Derecho Público, pero lo hace con un *criterio extremadamente restrictivo* con respecto a las hipótesis de su viabilidad, lo cual ha sido fundadamente criticado por los autores. La Constitución vigente, en el art.43 admite la declaración de inconstitucionalidad por la vía del amparo.

La *acción directa de inconstitucionalidad* (o sea la acción judicial que tiene por *objeto principal* la declaración de inconstitucionalidad de normas, actos, etc.) *no se halla legislada* en el orden nacional. En un breve lapso (1967-1974) un par de sentencias de la Corte Suprema (casos “Oución” y “Mate Larangeira Mendes”, de 1967) nos permitieron sostener que

esta acción había sido admitida jurisprudencialmente como un instrumento más para la protección de la Constitución y de los derechos por ella reconocidos.

### 3.4. La igualdad

La doctrina considera que entre las garantías institucionales de la libertad del hombre está incluida la “*igualdad*” en tanto y en cuanto ésta es una *nota esencial de la forma republicana de gobierno*. Si bien la Constitución se refiere únicamente a la *igualdad jurídica* (“ante la ley”), el reforzamiento producido por las innovaciones del constitucionalismo social (reformas constitucionales de 1994) ha avanzado hacia la *igualdad de hecho y de oportunidades*, con vista a la *consagración de una efectiva democracia social*.

También ése es el sentido de la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del caso “Prattico” (año 1959), donde reconoce entre los derechos sociales no enumerados la existencia de una verdadera “*libertad frente a la opresión*”, que se apoya en análogos fundamentos que los invocados por la Suprema Corte norteamericana (opresión económica).

En tales condiciones, la igualdad jurídica o formal (art.16) estaría referida a la realización constitucional del principio de la igualdad en todos los campos, a saber:

- a) Igualdad ante la ley y la jurisdicción: abolición de la nobleza, esclavitud, fueros personales y comisiones o jueces especiales (principio del juez natural).
- b) Igualdad civil: en el goce de los derechos, en la admisión en los empleos públicos y en el pago de los impuestos y de las cargas públicas.
- c) Tratamiento constitucional de los extranjeros: igualdad civil.
- d) Igualdad ante la administración pública y lo servicios públicos.
- e) Igualdad de oportunidades.

Pero el principio de igualdad tampoco es absoluto. En rigor, si bien la libertad es una idea, es antes un sentimiento. En cambio la igualdad es básicamente una idea, porque nadie se siente *prima facie* igual a los demás, trata de diferenciarse. Entonces hay una dosis de necesidad cultural muy grande para que la igualdad se pueda hacer efectiva.

No es imaginable para nosotros un sistema de igualación a la fuerza de todas las personas, lo que conllevaría la consecuencia de tener que tratar de la misma manera a quienes son sustancialmente desiguales, o se hallan en circunstancias diametralmente opuestas. Por ello resultan *constitucionalmente admitidas* ciertas *diferenciaciones o distinciones* que el Estado puede establecer para determinados supuestos como los que menciona el art.75 en el inciso 23, a través de “medidas de acción positiva”, que tienen la importancia de propender y estimular algo tan importante como es el acceso: ¿A qué? El acceso a los demás derechos, que puede estar tremendamente condicionado por las limitaciones que produce la necesidad. Sabemos que la necesidad atenta contra la libertad, habida cuenta que quienes tienen más escasos recursos – por ser menos pudientes – sufren el agobio de las dificultades y hasta las imposibilidades del gozo de una movilidad social ascendente que le brinde el mayor disfrute de su libertad.

### ***3.5. El derecho a los hechos como una garantía para la protección “efectiva”***

Con prescindencia del eco que reciba en el terreno de los resortes del aparato estatal, la Justicia refleja y testimonia una actitud de independencia de los jueces, que de por sí es encomiable para la salud de una sociedad que aspira a la preservación final de la eminente dignidad del hombre que la compone. Al pedir “efectividad” y “eficacia” en los procedimientos, la Corte acentúa la demanda *del derecho a los hechos* que ya está incorporado al patrimonio de las libertades humanas como un ingrediente que no puede ser soslayado sin grave desmedro de la *seguridad individual*. Por algo será que nuestro Continente ha incorporado a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre una serie de protecciones que conviene recordar: el derecho a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (Art.I); el derecho de justicia (Art. XVIII); el derecho de protección contra la detención arbitraria (Art. XXV); y el derecho a una proceso regular (Art. XXVI).

### ***3.6. ¿Cuestiones concretas y cuestiones “abstractas”?***

Existen muchos casos en los que sólo es aparente e irreal el supuesto carácter “abstracto” de la cuestión a decidir. En tales situaciones, parece incorrecto que el órgano judicial se abstenga de practicar el control y de



pronunciarse sobre la validez de las normas o de los actos que se conviertan en el caso. El “caso” no es abstracto, sino que por el contrario, tiene contenido y sustancia concreta, que exigen una decisión en torno a la lesión que lo origina. Nos hemos ocupado de este problema, con espíritu crítico (Vanossi en “Teoría Constitucional”, Ed. Depalma, Tomo II) pero con posterioridad observamos que nuevas hipótesis obligan más aún a determinar con exactitud y muy restrictivamente cuáles son los límites del “caso abstracto”, cómo única forma de evitar así (con una interpretación estricta) que los jueces omitan decir en torno a cuestiones que realmente tiene interés concreto y actual, pero que tan sólo en apariencia pueden ser cubiertas bajo el manto evasivo de las cuestiones “abstractas” (y, por ende, no justiciables).

### 3.7. El “peso” de las sentencias en los Derechos Humanos

Los fallos pueden tener autoridad según las razones que contengan, o, como dice Laurent, “el fallo vale lo que valen sus motivos”. Y es más interesante destacar la doctrina emitida por la propia Corte Suprema a través de algunos de sus fallos: como, v. gr., cuando expresara (Fallos 200:485, autos “Cía de Electricidad de Los Andes v. Municip. de Mendoza”) lo siguiente: “...porque si la interpretación jurisprudencial tiene un valor análogo al de la ley, es precisamente porque integra con ella una realidad jurídica; es, no una nueva norma, sino la norma interpretada cumpliendo su función rectora en el caso concreto que la sentencia decide. Las sentencias con las cuales la jurisprudencia se constituye están con respecto a la ley, en la relación de dependencia de lo fundado con su fundamento, puesto que la sentencia es la actuación concreta de la ley...”.

No está de más recordar que la Corte también ha expresado: “La facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones” (Fallos, 131:109).

Pensamos que así debe ser..., y con más razón debe serlo, ya que si en los países donde se ha desenvuelto otra corriente de ideas y ha prevalecido la regla del *stare decisis et quia non movere* en materia de derecho común, no se ha hecho una aplicación rígida de ese principio cuando se trata de la interpretación de normas constitucionales.

Las citas que anteceden no tienen otro objeto que equilibrar las reflexiones que a diario producen acerca del tan discutido valor de la jurisprudencia. Y en la materia constitucional, con mayor razón tratándose de los “derechos humanos” y sus “garantías” jurisdiccionales.

## Capítulo 4

### El control de constitucionalidad de los derechos humanos y sus garantías

#### 4.1. *En general*

El régimen constitucional de protección de los derechos humanos no se agota en las declaraciones generales contenidas en los textos constitucionales. Por el contrario, todo su funcionamiento *concreto* está sujeto a un *sistema de control de constitucionalidad* (es decir: de concordancia con lo establecido por la Constitución), que será aplicable –llegado el caso– a todos los actos y hechos estatales, inclusive a las omisiones; y en ciertos supuestos hasta la actividad de los particulares puede caer bajo el ámbito de dicho sistema de control.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad es *judicial y difuso*. Se dice que es “judicial” por cuanto es *ejercido por tribunales judiciales* (unipersonales, v.gr. un juez; o colegiado, como las Cámaras de Apelaciones, los Superiores Tribunales de las Provincias o la Corte Suprema). Es “difuso” porque la función no se halla reservada exclusivamente a un único y determinado órgano sino que pueden realizarla *todos los tribunales judiciales*, tanto los nacionales como los provinciales.

Ahora bien: el control de constitucionalidad *no es una atribución más* de los tribunales judiciales, sino que es *inherente a la función judicial*; en otras palabras, se halla ínsita en ella. Como consecuencia de este principio, el control se ejerce desde los primeros años del régimen constitucional de 1853-1860, a pesar de *no estar previsto expresamente en la letra de la Constitución*, y posee determinadas características.

Así, cada tribunal puede efectuar el control *al dictar sentencia*, en casos *judiciales concretos* para los cuales sea *jurisdiccionalmente competente* de acuerdo con la Constitución Nacional y demás normas que regulan la ma-

teria (Constitución provincial o leyes de organización de la justicia, según corresponda). Estas limitaciones son *aplicables también a la Corte Suprema de Justicia de la Nación*; y nos ha parecido conveniente advertirlo, por cuanto la importancia de la Corte y la manera corriente de hablar —en especial en los medios periodísticos, que son los que más llegan al público— pueden hacer erróneamente que todo asunto de constitucionalidad puede ser planteado ante la Corte Suprema.

Además, para que el tribunal judicial se halle *debidamente habilitado* para realizar el control, se requiere que exista *petición de parte interesada* (el titular del derecho afectado; sólo ocasionalmente otras personas), es decir que el tribunal no puede promover por sí mismo el control. Este requisito estaba seriamente cuestionado por la doctrina, cada vez más numerosa, entre la que nos contamos; hasta que hoy está aceptada la declaración “de oficio” por los jueces, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema (*jura novit curia*).

Las sentencias dictadas en casos concretos *sólo* tienen *efectos para ese caso concreto*, de manera que el tribunal se limita a *no aplicar a ese caso* la norma declarada inconstitucional, pero *no la deroga ni suspende su vigencia*. No obstante, cuando la sentencia emana de la Corte Suprema Nacional, ella puede ejercer una influencia (más moral que jurídica) sobre los demás tribunales, otros órganos estatales y los particulares.

Quedan al margen del control de constitucionalidad diversos asuntos que pensamos constituyen verdaderas “*brechas*” en el sistema de protección de los derechos constitucionales: las llamadas “*cuestiones políticas no justiciables*” o “*facultades privativas*” de los órganos gubernamentales (intervención federal a las Provincias, procedimiento legislativo y constituyente, valoración de las cualidades de los empleados públicos a los fines de su eventual prescindibilidad o baja, etc.), así como otros aspectos que terminan vedando a los interesados la posibilidad de obtener pronunciamiento de los tribunales sobre la constitucionalidad o no de disposiciones que afectan sus derechos (p. ej. Las “*cuestiones abstractas*”, el voluntario sometimiento a un régimen normativo, la igualdad en la aplicación de la ley). Creemos que estas “*brechas*” *deben ser cerradas*, para extender el control a *todos* los casos concretos de lesión de derechos constitucionales. La tendencia es hacia la ampliación de la “*justiciabilidad*” en todas las cuestiones regladas jurídicamente por el ordenamiento legal (el “*no a la discrecionalidad*”).

#### 4.2. Control de constitucionalidad y estado de sitio

Conviene aquí analizar la posibilidad de control judicial del estado de sitio, y su evolución jurisprudencial y legislativa.

*Tradicionalmente* se consideraba que *todo lo relativo al estado de sitio*, por su carácter eminentemente político, constituía facultades privativas de los poderes gubernamentales y, en consecuencia, cuestiones políticas no justiciables, o sea, exentas de control judicial.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema, con el apoyo de la doctrina de los constitucionalistas, fue produciendo innovaciones trascendentales en este asunto.

Así, a partir del caso “Sofía”, de 1959, se estableció la posibilidad de *control judicial sobre las medidas concretas* de aplicación del estado de sitio, aunque se mantuvo el carácter no justiciable del acto declarativo del estado de emergencia.

Se inicia de esta manera la evolución, que abarca en esta primera etapa solamente a los derechos y garantías distintos de la libertad física, sobre la base de que respecto de ella el art.23 C. N. otorga expresamente al presidente de la Nación las facultades de arrestar o trasladar personas.

Posteriormente, la jurisprudencia comienza a controlar también el ejercicio de las potestades que afectan a la libertad física (caso “Timerman”, de 1978), posición que ha recibido notable espaldarazo en una sentencia de la Corte Suprema por tratarse de un supuesto que no había llegado anteriormente a los estrados de nuestro más alto tribunal. Allí la Corte resolvió que el hecho que tales medidas (arresto y traslado de una persona estén previstas en la Constitución Nacional no exime a los funcionarios que la dispusieron de una eventual responsabilidad penal en el caso de que al dictarlas hubiesen cometido algún delito (caso “Incidente Rodríguez Varela”, del 13 de junio de 1985).

Además, es de destacar una ley que mina el viejo principio de la no justiciabilidad de la declaración de estado de sitio. En efecto, la ley 23.098, sancionada por el Congreso Nacional en 1984, reglamentaria del hábeas corpus, permite que a través de este procedimiento se revise –para el caso concreto, y cuando ellos fuere necesario– la legitimidad de la propia declaración del estado de sitio.

Creemos que, de este modo, vamos por el buen camino para garantizar la efectiva protección de los derechos humanos, inclusive durante el estado

de sitio, por medio del *control judicial*. Esperamos que algún día se complete por medio de una Ley que reglamente el ejercicio de las potestades del Poder Ejecutivo respecto del estado de sitio, convirtiendo en *facultades regladas* lo que antes era discrecional hasta el punto de la arbitrariedad.

Bajo gobierno “de facto” (dictadura) la Corte Suprema en materia de hábeas corpus, procurando la efectivización de ese instrumento o garantía de la libertad personal, primero en los casos *Pérez de Smith* (sentencia del 18 de abril de 1977 y 21 de diciembre de 1978) y después en el caso *Giorgi* (27 de febrero de 1979) ha dispuesto que se extremen todas aquellas medidas imaginables a efectos de poder hacer “realizable” el derecho (con cita de Ihering, en su obra “La lucha por el Derecho”), tal como se expresara en Fallos 300:1282, y de allí en adelante disponiendo extremar a los jueces inferiores las investigaciones destinadas al esclarecimiento de los “desaparecidos”.

Cabe destacar que en numerosos pronunciamientos sobre estas materias, está presente la búsqueda de apoyo en los llamados “poderes implícitos” de la Corte, que ya habían sido invocados por ella en *caso Bianchi* (Fallos 248:398) y en algunos otros pronunciamientos anteriores (Fallos 241:50). Nunca fueron (valga el juego de palabra) tan explicitados estos poderes implícitos, que no deben confundirse con los poderes “inherentes” del Tribunal. Me atrevería a decir que la Corte ha hecho toda una elaboración sistemática de esa construcción, en virtud de la cual y sintiéndose ella el único poder independiente del poder político, ha creído su deber reforzar la vigilancia y el control para la mejor protección de los derechos de la persona humana, que es una clara manifestación en el sentido de que la Corte en uso de sus poderes implícitos debe proteger el libre ejercicio y la eficiencia de la función atribuida a los jueces por la Constitución.

Asimismo debe señalarse la labor creadora o pretoriana de la Corte, que la convierte –como decía Wilson– en algo así como “una convención constituyente en sesión permanente”, que así ha dado el sentido actual hoy y aquí (hic et nunc) de estos mandatos del constituyente de otrora. Y, por último, es menester destacar que el déficit, o la erosión, o la deficiencia que este sistema pueda ofrecer, no está de ninguna manera en el marco constitucional que hemos comentado, sino en las desvirtuaciones que en los casos concretos de nuestra historia política han sufrido los derechos, y ya sea por acción u omisión del gobernante, o bien sea también por exceso de los grupos de hecho. Hoy en día las sociedades dinámicas tienen grupos de interés legítimos, porque defienden intereses, son grupos de presión,

hacen *lobby*; pero también actúan grupos de resistencia y grupos ilícitos que desde la violencia, en la clandestinidad y con el terror, proceden artatamente con el objetivo de demoler a la Justicia y que no impere otra cosa más que venganza, linchamiento y arbitrariedad. Por eso la Justicia tiene que enfrentar la “graveza”. ¿Qué es la graveza? Es la carga y la dificultad que importa todo aquello que es grave, pesado o muy difícil.

Bien afirma Jorge A. Aja Espil en su consagrada tesis doctoral que “si los poderes implícitos son los medios idóneos para hacer viables las atribuciones expresas con que la Constitución ha investido a cada uno de los tres poderes, surge el interrogante del margen de discrecionalidad con que deberán ejercerse”; para concluir sosteniendo que “la regla jurisprudencial de la *razonabilidad*... es la que determinará si existe la “relación constitucional” entre el poder expreso y el poder implícito que hace eficaz a aquel” (confr., “Constitución y Poder. Historia y Teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes”, Ed. Tea, Bs. As., 1987, pág. 25). Este afamado maestro del Derecho reconoció en su obra que la proliferación de vocablos empleados, tales como poderes implícitos, poderes inherentes, poderes resultantes, etc., ha generado una “gran disparidad doctrinaria” (confr. “Poderes inherentes del Poder Judicial”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Marzo de 2004).

De allí que nuestra conclusión consista en desaconsejar enredarse en el bizantinismo terminológico, habido cuenta que de hacerlo tampoco se encontrarán equivalencias exactas o totales con el lenguaje adoptado por otros textos y exégesis de Constituciones afines (v.gr., la de EE.UU.); por lo que parece más simple y útil adherir a las palabras de la propia Corte Suprema argentina cuando se ha considerado a sí misma como poseedora de las “facultades o privilegios *inherentes* a todo poder público, para su existencia y conservación; de ahí que tenga todas las facultades *implícitas necesarias* para la plena y efectiva realización de los fines que la Constitución le asigna en tanto poder del Estado Nacional” (Fallos 319:24).

En consecuencia, más allá del juego de palabras y de la tropicalidad semántica, queda claro que si los llamados “implícitos” son poderes que auxilian y acompañan a las facultades que en forma expresa confiere la Constitución, los denominados “inherentes” también son consecuencia de atributos propios del órgano creado por la Ley Suprema: son inseparables, pues de no serlo así el órgano o instituto quedaría enervado o anulado en su energía jurisdiccional. A manera de colofón, nos permitimos susurrar que

más allá del deleite literario del juego de los vocablos en danza, la verdad inconcusa radica en la necesidad imperiosa de apelar a todo lo “inherente” que sea necesario para materializar lo “implícito” o lo “explicito” en el duro desafío que se presenta ante la osadía de obstaculizar, ignorar o impedir la efectiva “realización” del Derecho.

Los jueces tienen a mano los instrumentos, las armas legales y herramientas técnicas para cumplir cabal (y no burocráticamente) su altísima *función* de justicia: los “astreintes”, el “contempt of Court”, los delitos inculpables e imputables de desobediencia e incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos, la promoción del “juicio político” a los altos jefes embriagados de la soberbia y la impunidad; y, especialmente, el apoyo de una sociedad que clama por la vigencia palpable, visible y concreta de la exigencia de la “responsabilidad” en el desempeño de las autoridades.

La Corte adopta una actitud institucional en virtud de la cual asume en condiciones prioritarias su rol de “tribunal de garantías constitucionales”, o sea, la que más puede identificar a ese órgano en el seno de la sociedad argentina con su evidente situación de “cabeza de uno de los poderes del Estado”. Pero todas estas consideraciones generales, que si bien revisten un notable valor teórico podrían acaso resultar poco tangibles para los destinatarios del poder, aparecen acompañadas de otras manifestaciones doctrinarias y, mejor aún, de algunas afirmaciones muy concretas, que deben ser comentadas y aplaudidas en relación con la generalizada aspiración de efectividad que debe rodear a las decisiones judiciales. En pocas palabras, la Corte estima necesario recordar que la privación de justicia no se consume y se apela al efecto vinculante que el enunciado preambular de “afianzar la justicia” debe tener con relación a todos los poderes que conforman el gobierno de la Nación, de manera tal que como lógica implicancia del sistema constitucional de poderes, los restantes poderes están obligados a brindar toda su asistencia a los órganos del Poder Judicial para que éstos puedan hacer efectivos los derechos y garantías instituidos por la Ley Suprema (Fallos 300:1282)

Es en la cuestión de la *efectividad* de los derechos y garantías que la Corte enfatiza la magnitud de sus atribuciones, con miras al mejor cumplimiento de los *finés* del Estado que la Constitución ordena. En efecto, apoyándose en la autoridad indiscutida de Von Ihering, el inolvidable autor de “La lucha por el Derecho”, los jueces recuerdan que la función del Derecho, en general, es la de *realizarse*: lo que no es “realizable” nunca podrá ser Derecho. La Corte reclama para los magistrados del Poder Judicial que

se le proporcionen los medios necesarios para que puedan ejercer su específica función jurisdiccional “resolviendo con la esencial efectividad que exige el derecho”, las situaciones particulares sometidas a causa judicial concreta, partiendo de una situación que, de hecho, equivaldría a una efectiva privación de justicia.

O sea, “que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con la *eficacia real y concreta* que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial”. Y en un mismo orden de ideas, la Corte siempre subraya que en orden a salvaguardar la *eficiencia* de la administración de justicia, es menester que los jueces estén dotados de los medios conducentes al logro de *resultados efectivos*, plasmados en decisiones provistas de *concreta utilidad* para los derechos cuya protección se las demanda.

Por último, la Corte Suprema extrema su argumentación sobre la base de dos líneas de pensamiento: por una parte, hace mención de la necesaria *confianza* que en el Poder Judicial depositan los ciudadanos en instituciones del país en aras del bien común y de la paz social (lo que nosotros llamaríamos el “poder de persuasión” de la Corte Suprema); y, por otra parte, remite el Tribunal a los recaudos y exigencias de un Estado de Derecho (en el sentido jusliberal de la expresión), señalando que su plenitud no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente “la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justicia plena de las transgresiones a la ley de los conflictos jurídicos”. Ello importa ratificar en forma terminante una línea de pensamiento que apunta en el campo de derecho constitucional a los mismos objetivos que en otras áreas tienden a la consolidación del ideal del Estado de Derecho: reducir al mínimo el ámbito de las facultades discrecionales.

## Capítulo 5

### La interpretación constitucional de los derechos humanos

Corresponde ahora que analicemos el significado que este sistema, explicado muy brevemente en los capítulos anteriores, *tenía en la época de*



la sanción de la Constitución y cómo ha sido en los años posteriores hasta la actualidad.

Dada la limitación del espacio solamente nos vamos a ocupar de la siguiente comparación: en el momento histórico en el que este sistema perfectamente orgánico de protección de la persona humana fue consagrado por la Constitución Argentina, difícilmente se podría encontrar en alguna parte del mundo un sistema semejante, de igual protección. Basta con pensar lo que era el mapa político del mundo a mediados del siglo XIX, cuando nuestros constituyentes se reunieron, para advertir que únicamente en muy contados países de Occidente podía concebirse un goce tan amplio de la libertad civil y política, que abarcara en lo primero no sólo a las nacionales sino también a los extranjeros residentes.

En Europa, en esa época, sólo Inglaterra y Suiza ofrecían un ámbito de libertad protegido en términos tan amplios; y en América apenas Estados Unidos y Chile eran modelos que podían ser tenidos en cuenta, y fueron precisamente los que el constituyente tomó en su elaboración.

En cuanto a la evolución posterior, es menester destacar la *labor extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, la que *con un mismo marco de referencia* (el conjunto del articulado de la parte dogmática de la Constitución), a través de *más de un siglo y medio de aplicación*, pudo en diversas oportunidades dar la dimensión actualizada de la extensión y la eficacia de tales normas.

El *cambio más significativo* que se operó en la Corte Suprema fue tal vez el de la *década del 30*, en el siglo XX, cuando los jueces del tribunal decidieron adoptar un sistema de *interpretación dinámica de las normas constitucionales*, emancipando así a las normas del cordón umbilical que las ligaba a la *voluntad psicológica del constituyente*.

Eso superó, pues, las *limitaciones de la mera exégesis constitucional (interpretación estática)*, en virtud de la cual los textos de la Constitución eran interpretados en una manera muy semejante a la de los códigos y otras leyes comunes. Así se pudo trascender por ese camino hacia una interpretación en la cual la norma quedaba emancipada de tal voluntad psicológica, aunque *siempre ligada a una escala de valores y a un orden axiológico* que seguía siendo el patrimonio común de todos los argentinos.

Algunos autores critican la interpretación dinámica de la Constitución argumentando que de ese modo se está haciendo un cambio constitucional

sin seguir el procedimiento de reforma previsto por la propia Constitución. No compartimos esa opinión, por cuanto la interpretación dinámica permite adaptar las normas constitucionales a los cambios que se van operando en una sociedad a lo largo del tiempo: cambios tecnológicos inimaginables años atrás, pero también cambios de la realidad económica, social y cultural a la que los mismos textos normativos deben aplicarse. Solamente podría hablarse seriamente *de un simple cambio de la Constitución* en el hipotético caso de los jueces, extralimitándose, hicieran una interpretación que estuviera antagónicamente polarizada 180 grados con aquellos valores que consagraron positivamente los constituyentes y que siguen hoy rigiendo a la sociedad argentina (no al “rupturismo”).

Fue en los primeros años de la década de 1930 cuando se hizo visible en el seno de la Corte aquella evolución en el núcleo interpretativo; y se produjo en esa época, y no antes ni después, porque *la necesidad* lo impuso. Es probable que si la necesidad la hubiera impuesto con anterioridad, los hombres que integraron la Corte coetáneamente también habrían procedido de la misma manera. La interpretación dinámica fue necesaria en momentos en que la gran crisis económica del '29 y del '30, que afectó al orden internacional y reflejamente a nuestro país, requirió la sanción de leyes de emergencia, pero de una clase distinta de las de tipo político, como el estado de sitio.

Hoy en día hay muchas constituciones en las que están previstas también *situaciones de emergencia de tipo económico*, e incluso se puede hablar del “*estado de sitio económico*”, como p. ej. la Constitución de Colombia, en su reforma de 1968, a iniciativa del ex presidente López Michelsen, quien como constituyente fue el autor de esa innovación, que provenía de su padre de los años treinta, López Pumarejo, también presidente.

La Corte, al adoptar el método dinámico, considera que *la escala valorativa* a tener en cuenta es la *vivenciada y compartida por la comunidad en el momento presente*, es decir, en el momento coexistente con la aplicación y el conflicto; y no como ocurría con una interpretación estática en que debía referenciar exacta y estrictamente el orden axiológico reinante en el tiempo de la sanción de la Constitución (cabe aclarar que al referirnos a las dos formas de interpretación constitucional –estática y dinámica– hacemos aplicación de la distinción utilizada por Esteban Imaz y Julio Oyhanarte entre otros). Los norteamericanos distinguen entre la interpretación “originaria y la progresista” (la primera es conservadora y la segunda es liberal).

El caso que más palmariamente permite observar el tránsito de una interpretación a la otra es el de la *ley de moratoria*, sancionada en los primeros años de la década del treinta, que era evidentemente un supuesto impredecible para los constituyentes, y de difícil manera se hubiera podido comprender al tiempo de Vélez Sarsfield o en la época de los estadistas ortodoxamente liberales del siglo XIX. Sin embargo, la Corte en 1934, en el caso “Avico c/ De La Pesa”, con gran percepción comprobó que tratándose de una limitación anormal o transitoria podía tener perfecta cabida en la Constitución. Porque si bien siempre la Corte por “razonabilidad” ha entendido *una proporción entre el medio elegido y el fin perseguido*, para poder calibrar esta proporcionalidad *en concreto*, la Corte acepta –e incluso los menciona– muchos datos *de la realidad actual* (datos sociales, políticos, económicos y culturales) que sirven para que de su valorización se llegue al resultado, no de una mera extracción de tipo matemático, sino realmente de *una ponderación concreta de las circunstancias en que la sociedad argentina convive*.

A manera de síntesis conceptual, podemos afirmar que las corrientes de pensamiento y las líneas de apoyo que sirven de fuente y sustento a los pronunciamientos judiciales de interpretación de las normas supremas que sustentan el sistema constitucional son importantísimas, y van por cuenta de los *leading cases* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ella misma se ha autoproclamado como “la intérprete final de la Constitución”, al hacer valer ante gobernantes y gobernados su condición de “tribunal de garantías constitucionales” y de protagonizar el rol de “cabeza del Poder Judicial” que, como es sabido, incluye la función interpretativa en todos sus fueros, instancias y jurisdicciones.

En buen tiempo, la Corte Suprema ha buscado y ha acertado en el hallazgo de los medios –por interpretación y por creación jurisprudencial– para alcanzar fines garantistas. Es como decía el escritor Franz Kafka: “existen las metas, lo que no existen son los caminos”. ¡Se pueden encontrar!

En síntesis, es menester respetar el estilo de los fallos de la Corte; y, prioritariamente, en aquellos cuyo contenido versa sobre cuestiones de interpretación constitucional. La coherencia en las formas también “hace” a la congruencia de los contenidos y a la armonía de los fines. ¿O vamos a poner en duda que entre la ética y la estética existe una estrecha vinculación? Más aún, media una delicada interdependencia, a la que obviamente se suma la lógica como disciplina axial del pensamiento y del conociemien-

to. Y, desde luego, no olvidemos cuidar la identidad de los modelos, pues los paradigmas constitucionales suelen rebelarse ante la insolencia de los apartamientos caprichosos que contradicen sus “bases y puntos de partida”, es decir, sus presupuestos.

**Conclusión:** No cabe duda de que ciertos temas históricos o doctrinarios han hecho derramar tinta con igual intensidad que sangre en las batallas. Y eso también ocurre en el ámbito del derecho, donde la discusión en torno a temas vitales ha desatado ásperas polémicas, algunas de las cuales han alcanzado plena consagración histórica. Hay cuestiones que mantienen su vigencia a través del tiempo y del espacio y así, por ejemplo, lo es la del valor de la jurisprudencia, la que seguirá siendo materia opinable mientras subsista la propia institución judicial, que le da vida a los derechos humanos y garantías.

Es inútil querer puntualizar los límites de lo controvertible en esta cuestión. Tampoco puede sistematizarse, si no se toman en cuenta – previamente – las diferencias existentes en la base institucional que separa a las distintas realidades que son objeto de estudio. Así, y en el tema, tres enfoques pueden intentarse, si tomamos en cuenta las construcciones operadas en los Estados Unidos, en Europa y en la Argentina, como ejemplos. Estados Unidos y Argentina tienen en común su sistema representativo, republicano y federal (con matices diferenciables) que forma el *substratum* de la idea constitucional que le dio origen. Y si bien ambos adoptan el principio de la división o separación de poderes, resulta en cambio distinta su concepción de la naturaleza y alcance de la función judicial.

## Capítulo 6

### La protección a través de instrumentos internacionales

Todo el sistema reposa en la Constitución y en la ley, pero su implementación puede comprender la aplicación de tratados y demás convenios internacionales, que en muchos casos requieren a posteriori –para su vigencia efectiva– la sanción de normas reglamentarias que les permitan ser autosuficientes ante los jueces. Como ejemplo, pueden citarse casos referidos a las convenciones sobre eliminación de toda forma de discriminación.

La Argentina se ha mostrado y dispuesto a ratificar los “pactos especiales” que tanto las Naciones Unidas (ONU) como la Organización de los Estados Americanos (OEA) han sancionado con el fin de perfeccionar las respectivas Declaraciones de Derechos de 1948: Así la “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*” de la OEA, firmada en 1969 y conocida también como “*Pacto de San José de Costa Rica*”, fue aprobada por el Congreso Nacional el 1º de marzo de 1984 (Ley 23.054) y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 14 de agosto del mismo año, entrando en consecuente vigor para nuestro país en esa última fecha.

En el ámbito de las Naciones Unidas, por su parte, se firmaron en 1966 el “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*” y el “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”, así como un “*Protocolo Facultativo*” de este último. Estos tres instrumentos fueron aprobados por el Congreso nacional el 17 de abril de 1986 (Ley 23.313) y su ratificación fue efectuada por el Poder Ejecutivo el 8 de agosto del mismo año, entrando en vigor para nuestro país tres meses después.

De ese modo nuestro país se incorporó al concierto de las naciones que reconocen y asumen internacionalmente la obligación de respetar los derechos humanos, y que se someten a los procedimientos e instituciones internacionales destinados a otorgarles efectiva protección en los casos concretos. Con la reforma constitucional de 1994, en el Art. 75 inciso 22 fueron reconocidos (y abiertos a su ampliación ulterior) la mayoría de los tratados y convenciones de “Derechos Humanos”, los que tienen “jerarquía constitucional” en las condiciones de su vigencia; y advirtiendo que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Trece “declaraciones” y “convenciones” están hoy en vigor.

En cuanto a los pronunciamientos de la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, como asimismo las recomendaciones de la “Comisión” homónima, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina ha exhibido una postura oscilante, habida cuenta que de su criterio favorable de aceptar el carácter obligatorio o imperativo de las sentencias de San José de Costa Rica, en tiempo más reciente ha manifestado (por voto de la mayoría) un reconocimiento al “margen de apreciación nacional” a la manera de una “zona de reserva” que limitaría el “control de convencionalidad” a una guía o pauta de interpretación a tener o no en cuenta según la índole de los casos a resolver, toda vez que no estamos en presencia de un

sistema de “integración comunitaria” de carácter continental (a diferencia del régimen de la Unión Europea y la Corte o Tribunal de Estrasburgo).

A través del desenvolvimiento y las concepciones monistas se afianzan tres o cuatro jurisdicciones a nuestra vista en el mundo de hoy: La *justicia constitucional* sea difusa o concentrada, cada vez en mayor número de estados. Las cortes regionales de *derechos humanos* (ya en el nuestro funcionan, en Europa desde antes). Un *tribunal penal internacional* que ha visto la luz, por lo menos en la letra, en un tratado en Roma. Y órganos jurisdiccionales para resolver los conflictos de *integración*, ya sean judiciales o arbitrales, pero que son necesarios para que los procesos de integración –algunos muy precarios, como nuestro Mercosur– puedan avanzar con seguridad jurídica.

## Capítulo 7

### Conclusiones

Nos permitimos sintetizar el espíritu de estas reflexiones, de la siguiente manera:

I) La “*Declaración de Derechos*” que contiene nuestra Constitución Nacional es *satisfactoria y completa* a los fines de una amplia protección de la persona, si sumamos a sus enunciados expresos los derechos y garantías que implícitamente protege, así como también la densa construcción jurisprudencial que completa y perfecciona a ese sistema de la Libertad Humana.

II) Sin darle forma de declaración orgánica, la Constitución prevé un conjunto de *deberes públicos*, que constituyen la contrapartida de los derechos, con los que se relacionan armónicamente.

III) La declaración de derechos de la Constitución argentina es concordante con las *Declaraciones* que han adoptado los *organismos internacionales*, y se refuerza con la ratificación argentina a las *convenciones o pactos internacionales de derechos humanos* destinados a hacerlos efectivos y brindar protección concreta a las personas a través de *instituciones internacionales*.

IV) La Constitución parte de la base de que *ningún derecho es absoluto*: todos los derechos son relativos en el sentido de que tienen límites. Estos límites puede ser determinados por el Estado a condición de que ellos se haga respetando los *principios de legalidad y razonabilidad*. El primero significa que la limitación debe establecerse por ley formal (Ley del Congreso) y el segundo importa que el contenido de la limitación no debe llegar a alterar el derecho, desvirtuarlo, ni mucho menos suprimirlo. Asimismo, el establecimiento de limitaciones a los derechos debe ser *controlable* por otros órganos, independientes del que ejerció tal potestad estatal.

V) En *situaciones de emergencia* los derechos de las personas están sujetos a la posibilidad de mayores limitaciones que en épocas de normalidad institucional. Los institutos de emergencia previstos para afrontar dichas circunstancias (en nuestra Constitución el *estado de sitio*) han sido utilizados en otros tiempos pasados, en *grave detrimento de los derechos humanos*.

Pensamos que ello no justifica suprimir esos institutos, lo que podría llevar a la indefensión de la comunidad; pero sí exige perentoriamente que sean reencauzados para *servir como instrumentos de defensa de la Constitución*. Las atribuciones del Poder Ejecutivo en tales situaciones deben ser *regladas* (por el Congreso) y *controlables* (por el Poder Judicial).

VI) Las *garantías* que brinda la Constitución nacional son *amplias y complementarias* de los derechos reconocidos, formando con ellos un todo homogéneo y coherente. Merece observarse con detenimiento la variedad de campos en los que se proyectan la seguridad individual y la igualdad.

VII) Para la efectiva vigencia de los derechos humanos, el *control debe ser potenciado* en correlación con el *crecimiento del poder*. La realidad mundial nos muestra una generalizada tendencia al aumento del poder gubernamental, pero ella debe ser compensada por la aplicación de la “*regla de oro*” del *constitucionalismo contemporáneo*, que puede expresarse así: “*a mayores poderes deben corresponder mejores controles, mayores garantías y más responsabilidades*”.

En particular, este principio exige que el control sea *vigorizado aun más en las emergencias*, en las que se *produce* un aumento del poder frente a los derechos de las personas.

VIII) El *sistema judicial difuso de control de constitucionalidad* de las leyes y demás actos estatales que pone en cada juez la potestad de revisión a los fines de custodiar así –por vía de la legalidad constitucional– al status de los derechos de las personas, es el *régimen adecuado* para asegurar un *perfeccionamiento constante y dinámico* del conjunto de los derechos y garantías.

Al propio tiempo puede afirmarse que este sistema judicial es sumamente “democrático” en el sentido de que *reconoce a cada persona la posibilidad concreta y actual* de impugnar los vicios de inconstitucionalidad de las normas que le afecten particularmente en sus derechos.

Es menester *cerrar las “brechas”* que devalúan la eficacia del régimen de control; y, sin incurrir en demasías judicialistas extremas, corresponde extender la esfera del control *a todos* los casos concretos de lesión de derechos constitucionales protegidos.

IX) Conviene destacar las *garantías jurisdiccionales: hábeas corpus, hábeas data, amparo y acción de inconstitucionalidad*. En todos estos supuestos se trata de procedimientos judiciales para promover el control de constitucionalidad en defensa de los derechos humanos. No son los únicos, pro se diferencian por su carácter sumario, es decir, por ser mucho *más breves y rápidos* que los procedimientos ordinarios o comunes.

X) La *interpretación dinámica* de la Constitución, dentro de las condiciones que hemos señalado, es una *técnica idónea* para poder aplicar con justicia a la realidad de hoy un texto constitucional redactado más de cien años atrás, adaptándolo así a los cambios tecnológicos, sociales y culturales ocurridos en ese lapso.

Siempre quedarán –presentes o ausentes– asignaturas de enorme importancia para que en materia de derechos y garantías se obtenga una “tutela efectiva” por parte de los órganos jurisdiccionales. Creemos firmemente que se deben perfeccionar los controles expandiendo su amplitud, a saber, con:

1) El *control de constitucionalidad* que es el máximo control, comprende facetas varias, y es importante tenerlas presentes. No es solamente la constitucionalidad de la norma, sino que en concreto incluye además el control de las llamadas anteriormente *cuestiones políticas no justiciables* y que en la actualidad han quedado reducidas a una zona de reserva limita-



dísima, con lo cual se ha ensanchado el ámbito de las facultades regladas y disminuido el de las potestades discrecionales. Hoy en día la Corte Suprema ha reconocido la procedencia del control procedimental de la sanción de las normas cuando se verifica una violación de las formas a cumplir.

2) El *control de la razonabilidad* que la Corte tan precisamente ha definido como la proporcionalidad necesaria entre el medio elegido y el fin perseguido en la reglamentación de los derechos (se infiere del art.28, Const. Nacional). Como parte de este control de la razonabilidad queda comprendido el control de la “*desviación de poder*” (detournement de pouvoir) que actúa cuando una autoridad aplica o ejerce sus potestades con una finalidad o con motivaciones ajenas a las conferidas por la Constitución o leyes (p. ej., favoritismo, persecución, venganza, lucro) (véase: Vanossi, “La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justicia de las desviaciones de poder”, Anales de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Diciembre 2002).

3) El *control de la arbitrariedad* de las sentencias, que la Corte ha creado pretorianamente para revisar sentencias de tribunales inferiores (también *errare humanum est*) que pueden tener un error inexcusable.

4) El *control de la operatividad* (auto-sustentabilidad) para decidir si una norma es auto-aplicativa o necesita implementación, porque es mucho más fácil decir que no es aplicativa y, por lo tanto, diferir su plena vigencia a otro Poder del Estado. Muchas veces las normas –aun sin esperar los recursos monetarios o los recursos humanos– pueden, por vía de la *energía jurisdiccional*, adquirir una operatividad mínima suficiente para convertir en derecho efectivo aquello que está todavía en derecho proclamado. Por eso es que hemos sostenido y seguimos sosteniendo que así como este tema se ha considerado en el orden internacional respecto de la operatividad o no de los tratados y compromisos internacionales, pues del mismo modo también en el orden interno. En caso de duda la presunción debe ser en favor de la operatividad.

Tiene que entenderse como cuestión no baladí sino esencial y fundamental, la necesidad de atender y comprender la “operatividad” de las *cláusulas constitucionales* porque depende en un crecido número de casos que las cláusulas que otorgan derechos a las personas resulten de aplicación “operativa” si los jueces –y la Corte Suprema en última instancia– ponen el esfuerzo interpretativo e integrativo necesario y conducente para

producir tan auspiciables efectos. El recaudo de la “implementación” o “complementación” de ciertas normas, como necesario para poder hacer exigible el goce de un derecho o de otra protección constitucional, puede ser alcanzado merced a una adecuada hermenéutica por parte de los jueces. Así como la Corte Suprema ha puesto particular empeño para asegurar la aplicabilidad inmediata de cláusulas de tratados y otros actos internacionales (v.gr. algunas convenciones de la O.I.T.), sería deseable que hiciera la propio con la posibilidad de alcanzar una inmediata e incondicionada aplicación de normas con rango constitucional de las cuales se pueden derivar para las personas ciertos beneficios en el status de sus derechos y garantías. Y no nos referimos únicamente a los derechos sociales (Art. 14 bis) de la Constitución Nacional que por obvias razones son los más demorados o diferidos en su exigibilidad de un reconocimiento judicial –a nivel federal– de la existencia de la “acción de inconstitucionalidad” como tema de protección constitucional de los derechos humanos.

5) El control de la *compatibilidad constitucional de las normas reglamentarias*: Es menester precisar cuál es el sentido y alcance de la exigencia constitucional de que los decretos y reglamentos no violen “el espíritu de las leyes”.

Si uno de los objetivos del Estado de Derecho es el afianzamiento de la seguridad jurídica, debemos pues procurar que no escapen al principio de supremacía constitucional ni las leyes con respecto a la Constitución, ni los decretos con relación a las leyes ni ninguna otra norma con respecto a las superiores en la jerarquía de la pirámide jurídica (que siempre culmina con la Constitución Nacional). Si esto es así, entonces debe proceder la revisión judicial a través del Recurso Extraordinario en todos los casos en que se controvierta seriamente la compatibilidad entre una ley y su respectivo decreto reglamentario, aún tratándose de materia propia del llamado “derecho común” (por oposición a la diferencia del “derecho federal”) ya que en esos casos también está en juego una cuestión constitucional o cuestión regida –concretamente– por la Ley Suprema.

6) El control de la inestabilidad, y que por otra parte, se debe garantizar el principio de estabilidad de las decisiones jurisdiccionales. Se debe sostener el principio de la irrevocabilidad unilateral de los actos administrativos frente a derechos adquiridos de particulares o cuando se afecten intereses legítimos de éstos. Contra lo que estamos señalando conspira el

hecho de que la seguridad jurídica tiene porcentajes muy bajos, muy por debajo de lo deseable y de lo necesario para que se pueda operar un crecimiento adecuado de nuestra parte del continente, puesto que se requiere “contemplar necesariamente la estabilidad de las relaciones jurídicas de modo de no soslayar la imprescindible previsión de riesgos que se tienen en mira al contratar y realizar inversiones”, y por ello ha anticipado todas las posibilidades de violación de la seguridad jurídica, habiendo advertido sobre los riesgos siguientes y subsiguientes que a ese acontecer le siguen (Fallos 316:1609, Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Con motivo de la finalización del “año judicial” del 2017, el Presidente de la Corte Suprema de la Argentina, Dr. Ricardo Lorenzetti, expuso en el Colegio Público de Abogados su inquietud por la necesidad de una reglamentación de las “acciones colectivas” que cuente con una base legislativa, a fin de poder avanzar en la evolución jurisprudencial de los denominados “procesos colectivos”. Se trata de procesos también denominados “acciones de clase” (Class actions) o “juicios masivos”, que la Corte Suprema inició pretorianamente en el año 2009 (Caso “Halabi”) donde se trataba de usuarios de telefonía personal e internet que se consideraban lesionados en su derecho a la privacidad.

Estamos ante la necesidad de procurar la viabilidad y el andamio de “sentencias atípicas”, que así pueden ser llamadas por la peculiaridad que ofrecen situaciones sorpresivas y sorprendentes de incidencia colectiva referentes a intereses individuales que son visiblemente homogéneos en los que se apunta a una solución reparatoria o compensatoria que cubra a todos los abarcados en igual cuestión. En otras palabras, la economía procesal ayuda a que la acción incoada (individual o grupal) alcance no sólo a los promotores sino también a los demás titulares del mismo derecho (sic).

Otro cantar ofrecen las ahora consideradas “sentencias exhortativas”, o sea, las que si bien no pueden brindar una solución, derivan el ruego al Poder Legislativo para que la legalidad provea el reemplazo de las normas “impeditivas”.

Permítaseme traer a la memoria que el derecho hispánico ostenta con orgullo antecedentes que precedieran a que Inglaterra aprobara la Carta Magna en 1215: en el Fuero de Aragón del año 1198 se creaba el cargo del “Justicia”. Era un magistrado al que el Fuero le otorgaba la potestad de ir con la pica y derribar la puerta o el portón o el puente que impidiera el

acceso al sitio donde hubiera que acudir para liberar a quien estaba injustamente prisionero, o fuera menester levantar la restricción, la proscripción o el impedimento para obtener el goce de un derecho. O sea que el juez podía constituirse en ejecutor, si las circunstancias llevaban al triste desafío de tener que poner en juego su potestad jurisdiccional, para que el derecho no quedara en la letra de la sentencia sino que se tradujera, en definitiva, en el restablecimiento de un derecho violado. De poco valen las sentencias “exhortantes” que valdrán como “consejo” o expondrán una “directriz”, con un abundante acopio de “recomendaciones”, que suenan a “bla-bla, bla”; cuando los justiciables aguardan actos concretos de *potestas*, verdaderas manifestaciones de *imperium*, el testimonio real de una disposición de *executio*, es decir, por autoridad del magistrado (*imperio magistratus*).

En el presente, en el derecho contemporáneo los jueces pueden aplicar “*astreintes*”, los magistrados también pueden considerar el supuesto de un “*contempt of Court*”, o sea, desacato al tribunal, que es la ofensa o el agravio que se produce si el Ejecutivo u otro poder público o privado no cumple una decisión. Estos *remedios sancionatorios* los aplican también en el derecho comparado y provienen del sistema judicial anglosajón. Y por supuesto, los jueces pueden incoar por vía del fuero pertinente las *acciones penales* contra actos u omisiones que implique la comisión de desobediencia o de incumplimiento de los deberes de funcionario público con respecto a la autoridad que se niegue a ejecutar o dilate el cumplimiento de una decisión. Lo que no se puede admitir es que los jueces permanezcan indiferentes antes esa situación. Hablo de mi país porque es el que conozco, donde hay casos paradigmáticos de inoperancia en la ejecución, que se inmoviliza con alarde de lenguaje “recomendatorio” y “aconsejante”, que a la postre esconden eufemismos dilatorios o distractivos.

Téngase en cuenta que hoy no se trata evidentemente de predicar eso. De lo que se trata es en definitiva: no de *sustituir sino de energizar*. No de reemplazar o desplazar, sino de potenciar. Lo que se reclama de los jueces, sobre todo en nuestros países, es que pongan la mayor *energía jurisdiccional* dentro de su ámbito competencial. Hay leyes, decretos y hasta ordenanzas que no se cumplen, y aparecen fallos judiciales “exhortatorios” que quedan en la nada. Es inadmisibles resignarse ante sentencias meramente “invitatorias”, con plazos que tampoco se cumplen.

Por lo tanto: nadie pretender convertir al juez en un “führer”; de lo que se trata es de que con su capacidad pretoriana de creación de la norma indi-

vidual amplíe y potencie la garantía protectora de los derechos y libertades reconocidas; y para ellos basta con la apertura de un *procedimiento idóneo* y *eficaz*. No se piden jueces invasores ni sustituyentes de los otros poderes; basta tan sólo que pongan en funcionamiento su imaginación y creatividad pretoriana.

### Colofón

No hay duda de que Ihering golpeó en el clavo cuando en una frase que siempre llevo conmigo, extraída de su obra “La lucha por el derecho” y que la ha citado muchas veces la Corte Suprema de la Nación, afirma una cosa tan sencilla como la siguiente: “La función del derecho es la de realizarse, *lo que no es realizable nunca podrá ser derecho*”. De alguna manera y en estos términos tan escuetos, Ihering estaba remarcando, valga la redundancia: ese derecho a la autorrealización del derecho depende en gran medida de la organización judicial, del Poder Judicial, de la justicia en todos sus niveles y en todos sus términos. Una de las claves de bóveda de la autorrealización del derecho está precisamente en esa garantía. Entonces, queda claro ahora que no sólo es *conditio sine qua non* la seguridad jurídica. El Estado de Derecho depende fundamentalmente no sólo de la predictibilidad de las normas, no sólo de la regla de calculabilidad, sino que depende básicamente del Poder que tiene que asegurar en su aplicación el cumplimiento de esos rasgos distintivos y característicos de lo que se llama “seguridad jurídica” como un componente inescindible del Estado de Derecho. No hay Estado de Derecho sin seguridad jurídica y no perdura la seguridad jurídica si no existe el Estado de Derecho.

Creemos en la fuerza paradigmática del constitucionalismo como gran enunciado de las reglas del juego, ya que el constitucionalismo como concepción global ha aportado una de las cosas más positivas, desde antes que comenzara este siglo y desde antes que comenzaran los siglos XIX y XX. El establecer un régimen igualmente obligatorio para gobernantes y gobernados, que produzca efecto vinculante no sólo para el que está sujeto a la ley, sino también para el que sanciona la ley y aplica la ley. La despersonalización del poder. El reemplazar la discrecionalidad por la racionalidad. Es decir, sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por el gobierno razonable de las normas. ¿Puede entonces hablarse de una *era constitu-*

*cional* –si algún nombre había que darle a la era contemporánea, a partir de las tres grandes revoluciones: la inglesa, la americana y la francesa–? Yo contesto por la afirmativa. Creo que hay una era constitucional. Y creo que como se dijo en el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, en Grecia, celebrado en Atenas años atrás, la gran herencia del siglo es el triunfo de un modelo: el modelo del estado constitucional de derecho. Lo que queda en pie después de todo lo que se ha derrumbado, superado o reemplazado, es la idea del estado constitucional de derecho. Su supervivencia es la clave de bóveda de su superioridad implícita y explícita. Hay “globalización”, es cierto. Pero tengamos cuidado porque las instituciones no son todas trasplantables, no son todas injertables de por sí. Hay que tomar en cuenta lo que Heller llamaba las “realidades sociales subyacentes”. Si en algún terreno las aduanas habrán de conservar alguna vigencia es en el terreno de la importación o de la exportación de las instituciones. Porque algún cuidado debe haber en importar modelos inaplicables, tratándose de realidades distintas y distantes. Siempre vamos a asistir al choque de dos culturas. Y esto lo vemos claro en nuestro país, aunque no es exclusivo de nuestro continente. Por un lado una cultura institucional: los que creemos en la separación de poderes en la libertad como un triunfo del sistema, en el juez independiente, en el pluralismo, en los partidos políticos, en los controles, en las responsabilidades. Por otro lado, una contracultura mesiánica: los que sólo creen en la concentración, en la eternidad en el poder, en una palabra, en los sistemas autocráticos de presunta inspiración ya sea divina o ideológica. Son dos creencias en tensión permanente, porque son dos sociedades que subyacen. Por un lado, la tendencia de la sociedad que podríamos llamar conviviente y pluralista, que no es lo mismo que ser plural. Pluralista es tener conciencia de la pluralidad y comportarse en consecuencia. Por otro lado, la creencia hegemónica y monocrática. Es decir, lo opuesto a lo anterior ¿Cuál predominará en el siglo XXI?

La gran esperanza está siempre en la concepción filosófica que tenemos del hombre. En el triunfo antropocéntrico, la concepción del ser humano y de la persona, el personalismo y no transpersonalismo, es decir la vuelta de Radbruch: el estado es un medio; el fin, es la persona; mientras que los sistemas transpersonalistas, al invertir esta filosofía dan pábulo a que se abra la puerta a los infiernos que son los totalitarismos. Para ello habrá que limitar todas las grandes concentraciones de poder. Para detener el transpersonalismo, cualquiera sea su naturaleza, hay que crear defensas.

Defensas para que la competencia frente a los monopolios, para el abuso o desviación del poder. Defensas frente al peor mal, que son los fanatismos, la intolerancia, los dogmatismos.

Una cosa son las convicciones, las creencias, los valores y otra cosa es la cerrazón del dogmatismo. Y también defensa frente a la violencia irracional que hoy vemos en todas partes, no sólo en la guerra, sino también en el deporte, que se ha vuelto violencia; como en los medios de comunicación, con las drogas, las que sólo traslucen violencia y así podríamos seguir. Acaso se comprenda finalmente, y el derecho tiene mucho que ver: que el orden es el precio de la libertad. Es cierto: la libertad tiene un precio que es el orden. Un orden basado en la razón, en el consenso y en la experiencia. Un orden justo nos dará otra dimensión cualitativa de la vida en libertad. Para poder gozar de más y mejor libertad es menester el resguardo del orden.

Y extraigo una conclusión (*the last, but not least...*), a propósito de los derechos y de la justicia, producto de una sabia reflexión de la Suprema Corte de los Estados Unidos, según la cual “los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad, y nuestros derechos fundamentales, no pueden ser sometidos al voto; no dependen del resultado de ninguna elección” (319 US 624, 638).

Agregaríamos: no desanimarse por los tropiezos y las contrariedades. En una palabra, hay que tener fe. Fe en todo y particularmente no abdicar de “la fe en el derecho”, como nos enseñaba el maestro Sebastián Soler. De ello depende la suerte y el destino de los Derechos Humanos y su efectiva protección.

Palabras finales: una propuesta. El derecho constitucional (y todo el derecho público) argentino está maduro. Ha llegado a la mayoría de edad y tiene acreditado un legítimo sustento en el vigor de sus estudios y en rigor de sus análisis. Tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia, ofrecen la decantación que produce una prolongada experiencia en sus respectivos ámbitos, después de transitar por el perfeccionamiento del método y la precisión del objeto. Nadie cuestiona la seriedad de los aportes originales con que autores y jueces han contribuido a enriquecer los estudios iuspublicísticos, como así también a brindar los instrumentos imprescindibles para la solución de las cuestiones y de los problemas que ininterrumpidamente se han suscitado o renovado desde 1853, hasta nuestros días. Estamos, pues,

en presencia de un derecho público autóctono que, sin perjuicio de incorporar los valiosos aportes que brinda el método comparado, está en condiciones de apoyarse básicamente en los elementos nacidos y desarrollados a través de la vida constitucional argentina. De lo dicho se desprende que lo más recomendable para afianzar esa tendencia con el prestigio de los fundamentos propios, consiste en concentrar el mayor peso argumental de los fallos judiciales interpretativos, en la tradición de los precedentes y en los aportes doctrinarios ya consagrados, reservando la remisión a las citas de origen extranjero –pertenecientes a otros sistemas jurídicos o institucionales– para los casos en que ello resulta insoslayable como consecuencia de la falta o insuficiencia de los elementos vernáculos. Hay que despojarse de la erudición por la erudición misma, potenciando con el razonamiento y el análisis lo que realmente interesa en una *ratio decidendi*: ofrecer fuerza de convicción en la solución legal y justa del entuerto a resolver, a través de una interpretación constitucional que se compadezca con la estructura del régimen vigente e irradie credibilidad y confiabilidad en los justiciables en particular, y en la sociedad en general.





# LA ARTICULACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS NACIONALES E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

POR ALFONSO SANTIAGO\*<sup>1</sup>

Este año de 2018 se cumple el 40 aniversario del establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como consecuencia de la entrada en vigencia en 1978 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*.

En estas cuatro primeras décadas de existencia institucional, la Corte IDH ha ido desarrollándose notablemente como tribunal internacional hasta ocupar un lugar destacadísimo no sólo a nivel regional sino mundial, convirtiéndose en el segundo tribunal regional en importancia a escala global en lo que hace a la protección de los derechos humanos.

En estas cuatro décadas es posible observar dos procesos distintos, en parte opuestos, que podrían generar hacia el futuro algunos serios conflictos y tensiones para el adecuado funcionamiento del SIDH. Por un lado, el creciente despliegue y desarrollo institucional de la Corte IDH y, por otro, cierta resistencia de algunos países en acatar sus decisiones cuando no las comparten o las consideran invasivas de su ámbito de competencia nacional.

El grado de conflictividad existente entre la Corte IDH y los estados partes ha sido proporcionalmente más alta que la existente entre la Corte EDH y la gran mayoría de los estados que han adherido a la CEDH.

Nos parece que en las últimas dos décadas se han dado numerosas situaciones de tensión que son contraproducente para el adecuado funcionamiento del SIDH y que hay que tener en cuenta esas experiencias para un

---

\* Disertación del académico doctor Alfonso Santiago, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, realizado los días 22, 23 y 24 de noviembre en Madrid, España.

<sup>1</sup> Miembro Titular de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Miembro Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

necesario aprendizaje institucional que ayude a morigerarla y en la medida de lo posible evitarlas. Habrá que evitar “choques de trenes” que son negativos para la autoridad y credibilidad del sistema.

Lo anterior hace necesario tener muy presente los principios estructurales del SIDH tal como fue diseñado y acordado por los estados partes. Se trata de no pretende sustituir al Derecho nacional en lo que hace a la protección de los derechos humanos, sino complementarlo y reforzarlo cuando ello resulta necesario. Esta realidad plantea complejos problemas de coordinación entre las normas y jurisdicciones locales e internacionales que, actualmente, están en pleno proceso de armonización<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>.

Para explicar y entender la relación entre los órdenes jurídicos nacionales y el interamericano no son útiles ni el monismo kelseniano –hay un solo orden jurídico que se ordena jerárquicamente y el derecho internacional está por encima del nacional–, ni el dualismo de Triepel, quien considera que se trata de dos órdenes distintos que operan paralelamente. Hay que diseñar un modelo o paradigma nuevo que contemple dos ordenamientos diferenciados pero profundamente interconectados, interrelacionados y con numerosas interacciones recíprocas<sup>4</sup>. Se da una situación de pluralismo

2 Sobre este tema, puede consultarse con provecho el trabajo N. P. SAGÜES, *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica*, en *Ius et Praxis*, vol. 9, n° 1, Talca, 2003.

3 Cabe recordar que ha sido la propia Corte IDH la que una de su primeras OC ha señalado esta falta de relación jerárquica entre los tribunales nacionales y los internacionales: “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 contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho. En el derecho internacional, por ejemplo, la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia se extiende a cualquier cuestión jurídica, de modo que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General podrían, hipotéticamente, someterle una consulta sobre un tratado entre los que, fuera de toda duda, podrían también ser interpretados por esta Corte en aplicación del artículo 64. Por consiguiente, la interpretación restrictiva de esta última disposición no tendría siquiera la virtualidad de eliminar posibles contradicciones del género comentado”, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 1, párr. 50.

4 “Como es natural, si el objeto y fin de un tratado de derechos humanos –como la Convención Americana– es el que, en líneas generales, se encuentra expresado en las normas contenidas en el artículo 1.1 y precisadas en el artículo 2, la armonización del derecho interno y de las conductas de las autoridades del Estado con las estipulaciones de un tratado como la Convención, le hace, en esencia,

jurídico que, como sostiene von Bogdandy, no implica una estricta separación sino que “una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos”<sup>5</sup>. Junto con el pluralismo jurídico surge “el problema de las normas interconectadas a una comunidad de intérpretes finales”<sup>6</sup> y de definir quien tiene la palabra final en la definición de aquellas cuestiones comunes que tiene un doble régimen jurídico que las rige.

En esa tarea de armonización entre normas y tribunales nacionales y regionales puede ser iluminador el principio de subsidiariedad, que, si bien fue inicialmente pensado para las relaciones sociales intra-Estado, puede también ser utilizado para el diseño de las relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales<sup>7</sup>.

La CADH hace expresa referencia al principio de subsidiariedad en el preámbulo al afirmar:

“Reconociendo 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”.

También la Corte IDH ha acudido expresamente al principio de subsidiariedad en varias de sus sentencias y resoluciones<sup>8</sup>.

---

al “objeto y fin” de este instrumento internacional. Es aquí en donde se aprecia la inmensa riqueza concreta que tienen los conceptos de “interacción” e “interdependencia” en este ámbito”, Diego GARCÍA SAYÁN, Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. - San José, Costa Rica, 2005, pág. 326.

5 Von Bogdandy, Arman, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales”, en *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, pág. 26.

6 Pizzolo, Calogero, “Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos”, LL, diario del 8-VII-2015.

7 Hemos examinado en profundidad el origen y contenido del principio de subsidiariedad en el Cap. XIV de nuestro libro *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del derecho constitucional*, Marcial Pons, Bs. As., 2017, donde remitimos. Sobre el tema en el derecho internacional, ver Paolo G. Carozza, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law” (2003), Scholarly Works, Paper 564. h p://scholarship.law.nd.edu/law\_faculty\_scholarship/564

8 Así, en el voto concurrente del juez Diego GARCÍA-SAYÁN en el caso “Cepeda Vargas c/Colombia”, del 26 de mayo de 2010, se realiza una exposición teórica, normativa y jurisprudencial del principio

---

de subsidiariedad. Se transcribirán a continuación los considerandos pertinentes, por creerlos de un valor significativo para la acabada comprensión de este principio

“Considerando 4: En el preámbulo de la Convención Americana se establece un principio fundamental que es el de la subsidiariedad de la jurisdicción interamericana de los derechos humanos frente a la jurisdicción interna, al reconocerse que la protección internacional de los derechos humanos es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Tal subsidiariedad también se encuentra consagrada en los artículos 46.1.a) y 61.2 de la Convención Americana que estipulan el requisito de agotar los recursos internos antes de recurrir a presentar una petición ante el Sistema Interamericano

5. La Corte ha desarrollado este principio, al sostener que “[l]a regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta ‘coadyuvante o complementaria’ de la interna”. La Corte ha establecido que la responsabilidad estatal sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido oportunidad de examinarla y declararla a través de los recursos de la jurisdicción interna y de reparar el daño ocasionado. La jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario.

6. Así, los Estados americanos han querido dejar suficientemente claro que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. “En fin de cuentas, cuando se comente una violación surge la responsabilidad internacional del Estado —consecuencia directa del incumplimiento o la vulneración del deber, asimismo internacional, asumido por éste—, pero no necesariamente se pone en movimiento la competencia de la Corte Interamericana. Ésta se desplegará en la hipótesis de que no actúe la jurisdicción interna”.

7. Asimismo, el Tribunal ha explicado que “[l]a Convención Americana es un tratado multilateral mediante el cual los Estados Partes se obligan a garantizar y a hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella y a cumplir con las reparaciones que se dispongan. La Convención es la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en América. Este sistema consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, la protección internacional es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su “aprobación” o “confirmación”

8. La Convención Americana impone a los Estados Partes el deber de asegurar a las presuntas víctimas recursos eficaces ante las instancias nacionales contra violaciones de los derechos reconocidos en los tratados o en el Derecho interno y, dispone el correlativo deber del reclamante de agotar previamente los recursos de derecho interno como condición de admisibilidad de sus peticiones a nivel internacional. El establecimiento de tales deberes complementarios pone de relieve la necesaria interacción que debe existir entre el Derecho internacional y el Derecho interno en el ámbito de la protección de los derechos humanos.

9. El principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos implica que recae en los Estados —a través de sus órganos y autoridades internas— la responsabilidad primaria de respetar y garantizar en el ámbito de su jurisdicción los derechos humanos recogidos en las normas internacionales de protección y cumplir con las obligaciones internacionales que de ellas se derivan. Antes bien, los garantes en primera línea de la protección de los derechos humanos están llamados a ser los tribunales y autoridades nacionales. “En principio los operadores

nacionales son los mejor situados para conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Los operadores internacionales no intervienen sino ahí donde el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En consecuencia el principio de subsidiariedad establece un mecanismo adecuado para definir los límites de la jurisdicción internacional y las obligaciones de las autoridades nacionales”

10. Dichas implicaciones del principio de subsidiariedad fueron destacadas en el *caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*, cuando la Corte recordó que = el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Los tribunales internos y órganos estatales tienen el deber de asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional.

11. Ese elemento esencial del derecho internacional de los derechos humanos está en la base conceptual de su interacción esencial con el derecho interno y el comportamiento que deben tener al respecto las distintas instituciones del Estado teniendo en cuenta las obligaciones que libre y soberanamente ha contraído a través de un tratado internacional. Ello al menos en dos ámbitos derivados, cada uno, de dos normas fundamentales de la Convención: el artículo 1.1 y el artículo 2. Los Estados cumplen, así, un papel fundamental como integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Un papel medular le corresponde en ello a los tribunales nacionales, como parte del aparato del Estado.

12. En ese proceso de interacción la Corte no se sitúa por encima de los Estados, sino que cumple su función de actuar, en el terreno de lo contencioso, cuando se le somete un caso después de haberse agotado la jurisdicción interna. El carácter vinculante de las sentencias de la Corte no está hoy en discusión y en lo esencial ellas son acatadas por los Estados. Especialmente notable es que los tribunales nacionales vienen inspirándose de manera creciente en los criterios jurisprudenciales de la Corte, espacio internacional que hoy sirve a los tribunales más relevantes de América Latina como inspiración de razonamiento jurisprudencial. Se multiplica, así, en centenares y, acaso, en miles de espacios judiciales nacionales la jurisprudencia de la Corte. El Tribunal interamericano, por su lado, se nutre también de la importante jurisprudencia de instancias nacionales. El Tribunal no puede situarse al margen o por encima de esa dinámica institucional ni pretender corregir decisiones internas salvo cuando se trate de decisiones contrarias o que confronten los parámetros internacionales a la luz de la Convención Americana.

13. El carácter subsidiario de los órganos de protección del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos supone que las instancias internas cuentan con márgenes para establecer y aplicar criterios para reparar la violación. Ello permite que los órganos e instituciones nacionales refuercen sus capacidades para utilizar procedimientos y criterios que estén en concordancia con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos. Ciertamente los Estados “no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer [un] control en forma subsidiaria y complementaria”.

14. Corresponde a la Corte Interamericana, una vez que declara la responsabilidad internacional del Estado, cumplir con el deber que le impone el artículo 63.1 de la Convención de disponer, “*si ello fuera procedente*, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (énfasis agregado). Para cumplir con tal deber, el Tribunal debe verificar la conformidad de las reparaciones otorgadas en el ámbito interno con las obligaciones internacionales y actuar disponiendo medidas para reparar aquellos daños que no fueron reparados debidamente a nivel interno. La Corte debe evaluar si es procedente ordenar al Estado que pague una indemnización adicional si esta se hubiere establecido internamente. No procede ordenar tal medida cuando el Estado, a través de sus órganos

La novedosa, original y compleja relación entre el SIDH y los ordenamientos nacionales, tanto es sus aspectos tanto normativos como jurisdiccionales, podría ser caracterizada con las siguientes notas que se derivan del principio de subsidiariedad tal como fuera plasmado en la CADH:

- Se trata de dos sistemas diferenciados, independientes, no subordinados jerárquicamente<sup>9</sup>;
- La protección que brinda el SIDH es subsidiaria y es complementaria de la protección que están llamados a brindar en primer lugar los estados nacionales, quienes son los primeros responsables de la tutela y promoción de los derechos humanos y de la definición las cuestiones que ello implica;
- El SIDH se basa en la voluntad de los Estados Partes que han dado origen al SIDH y sus obligaciones, excepción hecha de las normas de *ius cogens*, están fundadas en el respeto del principio del “*pacta sunt servanda*”<sup>10</sup>. Cualquier modificación estructural significativa del SIDH ha de tener el expreso consentimiento de todos y cada uno de los estados partes;
- La pertenencia de los Estados al SIDH es facultativa, voluntaria y en

---

internos, ha dispuesto y ejecutado una indemnización justa que repare el daño causado.

15. El pronunciamiento de la Corte Interamericana en materia de reparaciones no depende ni está limitado, pues, por los mecanismos o parámetros dispuestos en el ordenamiento jurídico nacional, así como tampoco por lo ya decidido por los órganos internos. Al verificar la conformidad de las reparaciones otorgadas a nivel interno la Corte carece de tales límites; por el contrario, es ella la intérprete final de la obligación internacional de reparar en materia de derechos humanos, pero está, a la vez, en el deber de reconocer y estimular, de ser el caso, los pasos dados en el derecho interno que sean concordantes con el ordenamiento internacional”, Caso “Cepeda Vargas c/Colombia”, Corte IDH, 26/05/2010, voto concurrente del juez Diego GARCÍA-SAYÁN, consids. 4º-15.

<sup>9</sup> Ha señalado en este sentido Ruddy José Flores Monterrey, Magistrado Presidente Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: “Al respecto, es importante puntualizar que se tratan de ordenamientos jurídicos autónomos y diferenciados uno del otro, uno de carácter nacional y el otro de carácter internacional, coadyuvante y complementario de este último respecto del nacional, cada uno con fuentes, reglas y principios propios para su observancia y cumplimiento, procesos que asumen interacciones e interdependencias más complejas, principalmente partiendo del reconocimiento de que esos derechos esenciales del hombre que “*no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*”, *cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner / Patricia Uribe (editores), Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, pág. III.

<sup>10</sup> Afirma Domingo García Belaunde: “el orden supranacional solo es válido para el Estado en cuanto él mismo lo acepta, como se ha visto, por ejemplo, en el caso de la Unión Europea y algunos tratados recientes (como el Estatuto de Roma)”, “El control de convencionalidad y sus problemas”, en *Revista de Pensamiento Constitucional*, Vol. 20, Núm. 20 (2015).

alguna medida provisional, ya que los Estados tienen el derecho de retirarse del mismo mediante la denuncia del Tratado, como ya ha ocurrido en los casos de Perú, Trinidad Tobago (1999) y Venezuela (2012). Se reconoce un claro “derecho de secesión” cuyo ejercicio en la práctica habrá de evitarse porque debilita al SIDH en su conjunto;

- Las intervenciones de los órganos del SIDH es limitada, excepcional y ha de ser ejercida de modo no invasivo, de modo de respetar el margen nacional de apreciación, propio de buena parte de las complejas cuestiones relativas a los derechos humanos. No respetar estas pautas, que los tribunales internacionales no adopten cierto *self-restraint*, podría llevar a que algunas decisiones conflictivas acerca de la armonización de los derechos entre sí o con bienes públicos sean adoptadas en sede internacional cuando, por su propio contenido, están llamadas a ser resueltas en el ámbito nacional. El respeto del principio de subsidiariedad, por el cual una comunidad mayor no debe abocarse a la resolución de problemas que por sí misma puede realizar una entidad menor, armoniza también mejor con el principio de legitimidad democrática en la toma de decisiones, ya que el origen, la legitimidad y la responsabilidad democráticos de los organismos y tribunales internacionales suelen ser más bien reflejos y secundarios. El saber permanecer dentro de sus límites naturales es uno de los desafíos más importantes que se les presenta a los tribunales en general, y a los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Existe el riesgo de una cierta “sobreconvencionalidad” que se da cuando la interpretación expansiva que los tribunales y organismos internacionales realizan de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos invade los ámbitos de competencias propios de la constitución o de la ley ordinaria nacional. Debe reconocerse en variados temas una “deferencia” a los órganos constituyentes, legislativos y judiciales nacionales, de modo que se dé un adecuado equilibrio institucional entre los órganos nacionales e internacionales en la definición de asuntos relativos a los derechos humanos;
- El principio de subsidiariedad tiene claras y concretas proyecciones en el modo de operar el SIDH, especialmente en relación al respeto de los ámbitos de competencia nacionales, tanto en lo que hace



a la normativa constitucional como a la actuación de los órganos judiciales nacionales, que no son órganos dependientes jerárquicamente de la Corte IDH. La relación entre los órganos regionales y los nacionales no es asimilable ni es análoga a la clara relación de subordinación entre los órganos judiciales federales y los estatales en el marco de una federación. Se trata de una relación diferente, con un deslinde de esfera distintos y más claro.

- Las decisiones de la Corte IDH son potestativas y obligatorias en lo que hace a la “res iudicata” contenida en las sentencias condenatoria a un determinado estado y son “autoritativas” en lo que se refiere a la “res interpretata” extensiva a los demás estados que no han sido parte en el proceso. Es decir, los estados han de cumplir obligatoriamente lo decidido por la Corte IDH en los casos concretos en el que hayan sido partes, mientras que los restantes estados han de valorar y tener especialmente en cuenta la jurisprudencia y las interpretaciones que realiza la Corte IDH. Esa doctrina jurisprudencial ha de ser utilizada como “pauta insoslayable de interpretación”, pero no tiene de por sí un carácter obligatorio, salvo que sean las propias normas o jurisprudencia nacionales las que le otorguen ese carácter. Forman parte de la “auctoritas” pero no de la “potestas” reconocida a la Corte IDH, por lo que la calidad argumentativa de sus sentencias resulta ser decisiva de cara a lograr su seguimiento por los tribunales nacionales. Una cosa es la imposición coactiva de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH y otra la libre adhesión a ellos decidida por los órganos nacionales fundada en los buenos principios y valores que ellos consagran<sup>11</sup>;
- Los órganos del SIDH han de respetar estrictamente, con las pocas excepciones que permite la propia CADH, la exigencia del previo agotamiento de las instancias nacionales como requisito necesario para iniciar su actuación<sup>12</sup>, sin que sea legítimo la intervención de los órganos regionales cuando aún el tema está siendo tratado por los tribunales nacionales, dentro de plazos razonables.

---

<sup>11</sup> Respecto a la influencia e impacto por su autoridad jurídica de la jurisprudencia de la Corte IDH a nivel regional, remitimos a lo desarrollado en las conclusiones del Capítulo VI.

<sup>12</sup> “La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta “coadyuvante o complementaria de la interna”.

- Ha de interpretarse con criterio estricto y excepcional la facultad que el art. 63 reconoce a la Corte IDH para dictar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia<sup>13</sup>;
- Corresponde distinguir claramente entre el proceso iniciado y finalizado en el ámbito nacional del nuevo que se lleva a cabo en sede regional. Son distintos tanto en lo que hace a las partes que intervienen en el proceso como en el derecho tanto sustantivo como procesal que se aplica. La intervención de la Corte IDH no constituye una instancia de apelación de las sentencias últimas y definitivas dictadas por los tribunales nacionales<sup>14</sup>.
- Se ha de fomentar en todo momento un diálogo interjurisdiccional en ambos sentidos, no basado en una relación jerárquica inexistente, sino en el intercambio de razones y criterios jurídicos útiles para garantizar armónicamente los derechos humanos y las “justas exigencia del bien común en una sociedad democrática” (art. 32 de la

<sup>13</sup> Señala el art. 63 de la CADH: “*En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento podrá actuar a solicitud de la Comisión*”.

<sup>14</sup> “La Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno [...]”, Corte IDH, caso “Genie Lacayo”, sentencia del ‘29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30, párr. 94. Recientemente, ha sostenido la Corte Suprema argentina al negarse a dejar sin efecto una sentencia que ella misma había dictado, pese a lo ordenado expresamente en ese sentido por la Corte IDH: “‘La Corte Interamericana no constituye entonces una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria (véase, entre otros, Corte IDH, caso “Perozo y otros v. Venezuela”, sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 64)” (...) Dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa “Menem” en virtud de la orden de la Corte Interamericana (punto 2 de la parte resolutive y párr. 105) –lo cual es sinónimo de “revocar” conforme la primera acepción de esta palabra en el Diccionario Real Academia Española– implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema. En efecto, la idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de una “cuarta instancia”, en tanto una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto. Reconocer a la Corte Interamericana tal carácter implicaría, por otra parte, la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba”, cfr. CS, 14/02/2017. - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (consid. 8 y 11°).

CADH);

- La Corte IDH ha de evitar que el mecanismo de las OC pueda ser utilizado por los poderes ejecutivos de los países partes como modo de obtener un pronunciamiento previo del tribunal regional en un tema que está siendo debatida en los poderes legislativos o en el seno de las sociedades nacionales. Esa utilización “estratégica” de la OC por parte de las autoridades locales puede desvirtuar el fin para el que fueron establecidas y afectar el prestigio institucional de la propia Corte IDH<sup>15</sup>.

Nos parece que el adecuado respeto de estas pautas jurídicas e institucionales mantendrá al SIDH y a la actuación de la Corte IDH dentro de los límites acordados por los estados partes, evitará algunos graves conflictos y garantizará la supervivencia, autoridad, credibilidad y efectividad del sistema en su conjunto.

Cualquier modificación de estos principios estructurales que afecte los compromisos fundacionales de los estados partes requerirá de un previo debate y acuerdo de todos ellos. Así ha actuado el SEDH cuando juzgó necesario introducir cambios a su funcionamiento y así debe proceder el SIDH.

Hasta el momento los estados de la región no han decidido trasladar a la Corte IDH la resolución de las cuestiones decisivas de su sistema político y jurídico e intentar asumir indebidamente ese rol puede ocasionar muchos trastornos a la viabilidad del SIDH que gradualmente se va construyendo en la región.

---

<sup>15</sup> La propia Corte ha establecido que “debe actuar cuidadosamente para asegurarse de que su jurisdicción consultiva en estos casos no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno. La Corte, en otras palabras, no debe inmiscuirse en disputas políticas internas, que podrían afectar el papel que la Convención le asigna”. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 30.

# INFLUENCIA DEL DERECHO PÚBLICO EN EL DERECHO DE FAMILIA

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI<sup>1</sup>

## 1. El derecho de familia integra el Derecho Privado

Sabido es que la complejidad que por diversas razones –que no es del caso analizar aquí– se ha ido produciendo a lo largo del tiempo en las relaciones interpersonales –en sentido amplio–, tanto a nivel nacional como internacional, ha llevado a que las normas jurídicas que las regulan se hayan ido haciendo cada vez más profusas y complejas, lo cual, como es fácil de advertir, ha hecho que las mismas se hayan ido desdoblado casi necesariamente, en diferentes ramas del derecho. Una de las cuales es la que se ha dado en denominar derecho de familia, que está constituido por el conjunto de normas que regulan, fundamentalmente, las relaciones jurídicas entre los integrantes de una familia<sup>2</sup>, como también las de éstos con terceros<sup>3</sup>.

Por encontrarse esas relaciones regidas por normas que en su mayor parte eran consideradas de orden público<sup>4</sup>, en otras épocas se ha cuestionado la pertenencia del derecho de familia al derecho privado, lo que actualmente puede darse por superado, encontrándose incluidas la mayor parte de sus

<sup>1</sup> Disertación del académico doctor Eduardo A. Sambrizzi, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, realizado los días 22, 23 y 24 de noviembre en Madrid, España.

<sup>2</sup> Conf., ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 1, p. 50, parágr. 15; MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, *Derecho de Familia*, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, Buenos Aires, 2017, pág. 12, VIII.

<sup>3</sup> Cuando por aplicación del ordenamiento jurídico se produce una relación entre dos o más personas miembros de una familia, destinada a regir intereses familiares, se dice que se produce una *relación jurídica familiar*.

<sup>4</sup> Conf., entre muchos otros, GNECCO, EMILIO P., *Estudios de Derecho Privado*, Buenos Aires, 2008, ps. 21 y sigte.; PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2006, t. I, ps. 53 y sigte., n° 34; MINYERSKY, NELLY y LEVY, LEA, “La autonomía de la voluntad y la adopción”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 15, año 1999, ps. 69 y sigte.; MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, *Derecho de Familia*, cit., pág. 14, X.

disposiciones ya sea en los Códigos Civiles de los distintos países, como es en la República Argentina o en España, o en Códigos especiales que se ocupan particularmente del tema.

También se ha discutido en doctrina si el derecho de familia es una rama distinta del derecho civil, o si, por el contrario, forma parte del mismo, habiéndose llegado a la conclusión de que carece de una autonomía propia, por cuanto se encuentra dentro del ámbito del derecho civil, de donde tradicionalmente ha formado parte<sup>5</sup>. Lo que a nuestro juicio es así, no obstante poseer ciertas reglas o caracteres propios, lo que no alcanza a desvirtuar su pertenencia al derecho privado, y particularmente, al derecho civil, cuyas normas le resultan en su mayor parte aplicables.

Lo antes afirmado con respecto al carácter de orden público de una parte de dichas normas, hace que los individuos tengan limitada –o vedada– la posibilidad de modificar sus contenidos, aunque esa circunstancia no implica que el derecho de familia pertenezca al derecho público, ni tampoco que esas disposiciones formen una rama del derecho distinta al civil, existiendo también en este último disposiciones que los particulares no pueden modificar, como son, por lo general, las que legislan, por ejemplo, sobre los derechos reales, o sobre la capacidad de las personas, en las que también campea el orden público, no teniendo los individuos, como norma general, libertad para actuar. Tampoco es decisivo al respecto que en el derecho de familia exista un interés público, ya que ese interés también está presente en el derecho civil, encontrándose en el derecho de familia entreverado el interés público con el privado.

En similar sentido, Zannoni afirma que el derecho de familia se integra en el derecho civil en razón de la materia, aunque el contenido de las relaciones jurídicas familiares trascienda el mero interés particular de los individuos para satisfacer en determinados supuestos, contenidos de orden público. Agrega dicho autor que aunque estén en función de la satisfacción de intereses familiares, dichas relaciones no dejan de ser relaciones de coordinación entre personas<sup>6</sup>. Belluscio coincide con lo expresado, y

<sup>5</sup> MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, *Derecho de Familia*, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, p. 3, parágr. 5; PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., t. I, ps. 51 y sigte., n° 32; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10ª ed., Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 1 y sigtes. Véase, asimismo, de este último autor, “Derecho de Familia”, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, t. I, Buenos Aires, 1991, ps. 828 y sigtes.

<sup>6</sup> ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., cit., t. I, ps. 52 y sigtes., especialmente p. 56, 3), parágr. 18.

afirma que si bien el derecho de familia tiene ciertas particularidades que lo distinguen de otras divisiones del derecho, también las demás divisiones las tienen, las que son fundamentalmente didácticas, encontrándose todas sus ramas íntimamente interrelacionadas, sin constituir compartimentos estancos<sup>7</sup>.

## 2. Contenido del derecho de familia

Al contener el derecho de familia disposiciones que se ocupan, en lo fundamental, como más arriba recordamos, de las relaciones jurídicas entre los integrantes de una familia, tanto de carácter personal como patrimonial, las mismas regulan las distintas cuestiones relacionados con la procreación, la filiación y la adopción, el matrimonio y las uniones de hecho, las relaciones paterno-filiales y las parentales, como también las cuestiones de la tutela y la curatela, así como las de carácter patrimonial de los integrantes de la familia (bienes conyugales, administración y disposición de los mismos, disolución y liquidación de la comunidad conyugal, bienes de los hijos), y de un tiempo a esta parte, la bioética, la eugenesia y la eutanasia.

## 3. El papel de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia

El carácter imperativo que, como resulta de lo antes expresado, tiene una buena parte de las normas que integran el derecho de familia, las hace *indisponibles*, por lo que tradicionalmente, en esta materia el principio de autonomía de la voluntad ha tenido en la Argentina escaso margen de actuación, no pudiéndose, en líneas generales, “alterar la estructura natural objetiva que mejor garantiza el cumplimiento de las funciones sociales estratégicas de la familia”<sup>8</sup>; lo que posiblemente sea de esa manera por la circunstancia a la que alude Borda, que pone el acento en que el derecho de familia está influenciado más que ninguna otra rama del derecho por ideas morales y religiosas<sup>9</sup>, lo que efectivamente es así, dado el contenido de las materias que regula.

<sup>7</sup> BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, Manual de Derecho de Familia, 8ª ed., Buenos Aires, 2008, t. 1, p. 31, parágr. 9, f).

<sup>8</sup> CONEN, CRISTIAN Y ORTELLI DE BISCOTTI, ANA MARÍA, “La autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia”, LA LEY, 2004-B, 1066.

<sup>9</sup> Tratado de Derecho Civil. Familia, 10ª ed., cit., t. I, p. 4, n° 3, a).

La voluntad de las partes ha jugado, por tanto, un papel restringido, como puede advertirse, por ejemplo y entre aspectos, en lo relativo a la relación de los padres con sus hijos en cuanto a la obligatoriedad de su educación y proveimiento de su sustento, o con respecto a los deberes de fidelidad, convivencia y asistencia entre los esposos, o el de contribuir a las cargas del matrimonio; etc., etc. De igual manera, a nadie se le ha ocurrido, hasta ahora, pretender modificar por la voluntad de las partes el alcance de los impedimentos matrimoniales<sup>10</sup>, ni tacharlos de inconstitucionales.

En cambio, el papel de la voluntad tiene, como norma general, en el resto del Derecho Civil, un margen más amplio, debiendo al respecto recordar el contenido del artículo 958 del Código Civil y Comercial, que dispone que *las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*. Como también el artículo 2651, en cuya primera parte se establece que *los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones*. Cabe no obstante señalar que ello no siempre y necesariamente es de esa manera, para lo cual basta con recordar lo normado para los derechos reales por el artículo 1884 del referido Código, que en su primera parte dispone que *la regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura*.

Existe sin duda una tensión entre la autonomía de la voluntad y el orden público, que bien podemos decir que constituye un valladar a la libre voluntad de las partes, pues donde existe el orden público, se acaba la autonomía, debiendo el legislador alcanzar un justo equilibrio entre ambas cuestiones, de manera tal que permita satisfacer los derechos involucrados. Desde antaño se ha admitido una diferenciación entre las relaciones jurídicas familiares de carácter personal, en comparación con las de carácter patrimonial –en las que se es más laxo–, habiéndose destacado en las Conclusiones a las que se arribó en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Rosario en el año 2003, que “las reglas que garantizan la igualdad, la solidaridad y responsabilidad familiar y la protección de los hijos deben considerarse de orden público”.

<sup>10</sup> Los que se encuentra contenidos en los arts. 403 del Cód. Civil y Comercial, y 13 de la ley 12.331, que se refiere a las enfermedades venéreas en período de contagio.

En la doctrina argentina existe una mayor receptividad de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones que conciernen a la intimidad de la persona<sup>11</sup>, en que resulta aplicable el artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>12</sup>, que está ceñido a los hechos o *acciones privadas*, que no pueden situarse en el mismo plano que las normas<sup>13</sup>. Aparte de lo cual, en los últimos tiempos se ha desdibujado en parte el carácter de orden público de ciertas disposiciones del derecho de familia, al haberse ampliado la posibilidad por parte de los individuos de hacer uso de la autonomía de la voluntad en determinados supuestos. En efecto, existen ciertas cuestiones puntuales en las que el papel de la voluntad es relevante, debiendo al respecto recordar, entre otras disposiciones, el artículo 629 inciso c) del Código Civil y Comercial, que permite cuando la persona adoptada fuere mayor de edad, revocar la adopción simple por acuerdo de partes manifestado judicialmente; o transigir con respecto a cuestiones en las que no se encuentre comprometido el orden público o sobre derechos renunciables, o sobre derechos patrimoniales derivados de las relaciones de familia (art. 1644). Pueden también las partes, en el caso del divorcio, efectuar acuerdos sobre sus efectos, siempre que no se perjudique de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar (art. 438). Asimismo y entre otros supuestos en los que se admite la actuación de la voluntad de los interesados, los progenitores pueden acordar sobre el cuidado personal de los hijos, salvo que resulte perjudicial para estos (art. 651 y concordantes). Una persona puede contraer matrimonio, encontrándose al respecto en juego su autonomía, que puede hacer valer al respecto, pero, a la vez, existen ciertas limitaciones al respecto (edad mínima, parentesco, matrimonio anterior subsistente, falta de salud mental), debiendo además para casarse, cumplir con determinadas formalidades. Lo mismo es, por ejemplo, para divorciarse, pues si bien actualmente no existe en la Argentina la necesidad de tener que invocarse causa alguna ni la existencia de un tiempo mínimo de matrimonio, la voluntad no resulta suficiente para obtener el divorcio,

<sup>11</sup> Véase al respecto, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 15, p. 9.

<sup>12</sup> Dicha norma establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

<sup>13</sup> MAZZINGHI, JORGE A., “Los temas de familia en las XIX Jornadas de Derecho Civil (Rosario, septiembre 2003)”, I, ED, 205-918.



ya que se requiere la existencia de un juicio en el que un juez debe dictar una sentencia. Y así con la mayor parte de las distintas instituciones del derecho de familia.

#### 4. La constitucionalización del derecho de familia

Pero a la vez de haberse, por un lado, ampliado en parte el papel de la voluntad con respecto a determinadas cuestiones relacionadas con el derecho de familia, por otro, se lo ha limitado al haberse incorporado a la Constitución ciertas normas propias del derecho privado que antes eran legisladas prácticamente con exclusividad por el derecho civil, que por tal motivo, han pasado a ser consideradas de carácter indisponible.

Normas que se ocupan de la persona humana y de la tutela de los derechos del hombre, el honor, la privacidad, la integridad física, la igualdad entre los sexos, los derechos de los niños, han sido incorporadas a la Constitución, cuya supremacía sobre las restantes normas hace que su contenido quede por encima de otras normas legales no incorporadas a la misma y, por tanto, consideradas de inferior jerarquía; aun cuando no puede negarse la correlación existente entre las normas constitucionales y las del Código Civil y Comercial<sup>14</sup>. Con la incorporación de dicha especie de normas a la Constitución, se ha dejado de lado el enfoque según el cual las Constituciones deben contener en su casi totalidad disposiciones relacionadas con el Derecho público, produciéndose así la denominada *privatización del derecho constitucional*, o *constitucionalización del derecho privado*, y en particular, del derecho de familia<sup>15</sup>. A esta altura es importante destacar que ciertos principios contenidos en las normas constitucionales, fueron particularizados en una serie de derechos a los que se les ha dado un relevante contenido social, produciéndose de tal manera lo que se dio en llamar el

<sup>14</sup> Véase al respecto, LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, Tratado de Derecho de Familia, dirigido por Adriana N. Krasnow y coordinado por Rosana Di Tullio Budassi y Elena Radyk, AA.VV., Buenos Aires, 2015, tomo I, págs. 132 y sigs.

<sup>15</sup> En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, que fue sancionado y rige actualmente en la Argentina, se afirmó, entre otros conceptos, que “la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

*constitucionalismo social*; aunque desde ya que esa tarea no fue patrimonio exclusivo de las normas constitucionales dictadas desde comienzos del siglo XX, ya que en innumerables oportunidades la Iglesia ha puesto el acento sobre el reconocimiento y la necesidad de la protección y el desarrollo de esos derechos, debiendo al respecto recordar, entre otras, la Encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, así como numerosos documentos y Encíclicas posteriores que condenan los totalitarismos de cualquier signo, que conculcan los derechos del hombre.

Si bien la Constitución Argentina ha sido una de las primeras que reconoció dentro del texto constitucional del año 1853 una serie de derechos fundamentales del hombre, tales como el de propiedad (art. 17), el de privacidad (art. 19), el derecho a casarse y a testar (art. 20), así como los derechos implícitos contenidos en el artículo 33 (que han dado lugar a una frondosa doctrina y jurisprudencia sobre su contenido), la Reforma practicada a la Constitución en el año 1994 incorporó una serie de derechos que hasta entonces eran regulados por el derecho privado, dándoles de tal manera jerarquía constitucional. Recordamos al respecto, entre muchas otras, las disposiciones referidas a la preservación del medio ambiente; la que reconoce los derechos del consumidor y del usuario; la acción de amparo *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* (arts. 41 a 43).

Pero quizás la incorporación más relevante a la Constitución por la reforma del año 1994, ha sido la inclusión en el inciso 22 del artículo 75, de una serie de Tratados de carácter internacional que contienen determinados principios y derechos subjetivos que, como señalamos, pueden ser directamente reclamados, y que tienen una importante incidencia en la materia que nos ocupa. Ello son los siguientes: 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. Dichas Convenciones fueron incorporadas *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*. Con posterioridad se han incorporado a la Constitución otras Convenciones, como la denominada Convención de Belém do Pará, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

Como afirman Graciela Medina y Eduardo Roveda, a partir de la incorporación a la Constitución de los tratados de Derechos Humanos, “se crea un nuevo marco normativo, que modifica substancialmente el Derecho de Familia y fundamentalmente cambia los principios que históricamente han regido en nuestro ordenamiento jurídico familiar”<sup>16</sup>.

## **5. Distintos principios de derecho de familia o relacionados con esa rama del derecho contenidos en la Constitución, fueron recogidos en el Código Civil y Comercial**

Varios son esos principios, de los que nos limitaremos a recordar los más relevantes, debiendo señalar que el Código Civil y Comercial ha recogido en distintas normas diversos conceptos contenidos en el bloque de constitucionalidad y convencionalidad; o sea, en las distintas Convenciones internacionales incorporadas a la Constitución Argentina en el art. 75 inciso 22.

### **1) El derecho a la vida**

Distintas Convenciones incorporadas al precitado artículo 75 inciso 22 de la Constitución admiten que todo ser humano tiene derecho a la vida, debiendo al respecto comenzar por poner de relieve que en el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948, se establece que *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones

<sup>16</sup> MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo A., Derecho Civil y Comercial. Derecho de Familia, cit., pág. 25.

Unidas en el mes de diciembre de 1966, dispone en su artículo 6° que *el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.*

Recordamos asimismo el contenido del artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –más conocida en la Argentina como Pacto de San José de Costa Rica–, acordada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, en el cual se afirma que *toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho será protegido por la ley, y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie será privado de la vida arbitrariamente...* Como se advierte, a diferencia de las anteriores, en esta última Convención se establece en forma expresa que la vida humana debe ser protegida desde la concepción, aunque deja abierta la posibilidad de que los distintos países establezcan excepciones al respecto en su legislación interna<sup>17</sup>, como podría ocurrir con relación a la despenalización del aborto en determinadas circunstancias excepcionales.

Cabe asimismo poner de relieve que tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dispone que la pena capital no podrá ser aplicada a una mujer embarazada, lo cual, como bien señala Romeo Casabona, significa un claro –aunque indirecto– reconocimiento de interés en la protección de la vida de la persona concebida, distinto al interés de la vida de la madre, que en ese supuesto, se debe salvaguardar<sup>18</sup>.

No debe olvidarse asimismo que al aprobar mediante la ley 23.849 la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989, la Argentina formuló una reserva al artículo 1° de la Convención, en el sentido de que debía interpretarse que *se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.* Además, en el artículo 6° se establece que *los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*, y en el Preámbulo se recuerda lo ya expresado en la Declaración de los Derechos del Niño que fuera adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1959, sobre que *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como*

<sup>17</sup> En cambio, en el artículo 19.1. de la Constitución de Chile se establece, sin excepción alguna, que “la ley protege la vida del que está por nacer”.

<sup>18</sup> El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Madrid, 1994, p. 53.

*después del nacimiento*; a su vez, en el artículo 24.2.d) se dispone que los Estados Partes adoptarán las medidas apropiadas para *asegurar atención sanitarias prenatal y postnatal apropiada a las madres*. De lo cual también se puede afirmar el reconocimiento del derecho a la vida desde antes del nacimiento.

No podemos asimismo dejar de señalar que en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución, se dispone, entre otras cuestiones, la protección del niño en situación de desamparo desde el embarazo.

Pues bien, ese derecho a la vida también ha sido recogido en el Código Civil y Comercial, en distintas disposiciones de las que resultan la responsabilidad civil por daño a la persona, recordando, entre otros, los artículos 1737 y siguientes, y en particular, el artículo 1745, que se refiere a la indemnización por fallecimiento.

## ***2) El derecho a casarse y a constituir una familia***

Dicho derecho no sólo está reconocido explícitamente en el artículo 20 de la Constitución Argentina, sino también en varias de las Declaraciones y Convenciones enumeradas en el artículo 75 inciso 22; tales son 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 la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

También en distintas normas desde el artículo 401 en adelante, el Código Civil y Comercial se ocupa del matrimonio y de la familia –tanto de la matrimonial como de la extramatrimonial–, a la que protege en forma amplia, no solo a sus integrantes sino también a su patrimonio, y particularmente, al hogar conyugal o familiar, en el que residen quienes integran la familia.

## ***3) Derechos y deberes de los niños y de los padres***

Esos derechos se encuentran reconocidos en distintos documentos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución, tales como en

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>19</sup>, y la Convención sobre los Derechos del Niño, en varias de cuyas normas se establecen dichos derechos y deberes respecto de distintas cuestiones, tales como, entre otras, a que se les provea educación, asistencia y alimentación; el derecho de los hijos a la vida, a la salud, a tener un nombre y una nacionalidad, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, y a preservar su identidad; a no ser discriminados o castigados por causa de su condición, actividades, opiniones expresadas o creencias de sus padres, tutores o familiares; a no ser separados de sus padres y ser protegidos en caso de separación de aquéllos; a ser oídos en juicio; a respetar su libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, así como de expresión; a la libertad de asociación; a acceder a la información; etc., etc.

Varias son asimismo las disposiciones establecidas en el Código Civil y Comercial, referidas a los derechos y deberes tanto de los niños como de sus padres, los que se encuentran contenidos fundamentalmente en el título VII del Libro Segundo del Código, que se ocupa de la responsabilidad parental, que de acuerdo al artículo 638, consiste en *el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral...*

#### **4) La igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y nacidos fuera del matrimonio, y entre las mujeres y los hombres**

Si bien la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales se encuentra reconocida en el Código Civil y Comercial (art. 558), en el inciso 5 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se dispone que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

Y en cuanto a la igualdad entre la mujer y el hombre, que la legislación argentina también reconoce, recordamos al respecto el contenido en tal sentido de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, debiendo destacar que bien se puede afirmar que donde se respeta la igualdad, no existe la discriminación.

<sup>19</sup> El art. XXX de la misma dispone que “toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”.

### **5) La inviolabilidad de la vida humana y el respeto de su dignidad**

Siguiendo las pautas establecidos en distintas Convenciones incorporadas a la Constitución, el Código Civil y Comercial dispone que *la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad* (art. 51). También se establece en dicho Código que *la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...* (art. 52).

### **6) El principio del interés superior del niño**

Dicho principio, que se encuentra contemplado en distintas disposiciones del Derecho de Familia, tanto en la ley 26.061<sup>20</sup>, como también en el Código Civil y Comercial, ha sido tomado de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en el art. 3.1. establece que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración principal a que se atenderá será el interés superior del niño*.

### **7) El derecho a la identidad**

Y en cuanto al derecho a la identidad, particularmente de los niños, reconocido por los arts. 7<sup>o</sup><sup>21</sup> y 8<sup>o</sup><sup>22</sup> de la precitada la Convención sobre los

<sup>20</sup> En el art. 3° de esa ley se establece que “a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, madurez, grado de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida... Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos o intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

<sup>21</sup> En el punto 1. de este artículo, se dispone que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

<sup>22</sup> Dicha disposición establece: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas...”

Derechos del Niño, fue explicitado en el art. 11° de la ley 26.061, como también –aunque quizás no con la necesaria amplitud– en el artículo 564 del Código Civil y Comercial, referido a la filiación derivada de las técnicas de procreación artificial, y en los arts. 595 inc. b) y 596 de dicho Código, para la adopción. Además de haberse establecido en forma expresa en el art. 587, del que resulta –siguiendo una jurisprudencia anterior– el derecho del niño de reclamar el daño que le hubiera sido causado por la falta de reconocimiento paterno.

## **6. Incidencia de los tratados con jerarquía constitucional en la resolución de conflictos relacionados con el derecho de familia**

De más está señalar la incidencia de los Tratados incorporados a la Constitución en cuestiones relacionadas con el derecho de familia, lo que permite invocar su contenido ya sea en forma directa para el ejercicio de algún derecho, o para requerir con fundamento en los mismos, la declaración de inconstitucionalidad de ciertas normas del Derecho civil, o hasta inclusive considerarlas derogadas por estimar que se contraponen al ejercicio de derechos establecidos en la Constitución. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los particulares pueden reclamar la efectividad de derechos reconocidos en la Constitución, sin necesidad de una norma inferior que reglamente su ejercicio<sup>23</sup>.

En la praxis judicial, dichas nuevas normas constitucionales han sido interpretadas de una manera tan amplia, que han llevado a dejar de lado en su aplicación al caso, soluciones expresas dispuestas en normas establecidas en el Código Civil y Comercial. Valga como ejemplo el principio del *interés superior del niño*<sup>24</sup>, contenido entre otras disposiciones, en la Convención sobre los derechos del Niño –que tiene jerarquía constitucional al encontrarse incorporada al artículo 75 inciso 22 de la Constitución–, que se ha hecho valer de una manera demasiado flexible, hasta el punto de admitirse el carácter de madre del nacido por parte de la mujer que contrata a otra para que geste un hijo para ella mediante la aplicación de una técnica

<sup>23</sup> Fallos, 239:459, y 241:291. Recordamos asimismo que el primer párrafo del artículo 1° del Código Civil y Comercial dispone que *los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.*

<sup>24</sup> Dicho principio se encuentra definido por el art. 3° de la ley 26.061 como “la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”



de procreación asistida, dejándose así de lado una disposición como la del artículo 562 del referido Código, que establece que madre de la persona nacida es la que lo gesta.

Asimismo, entre otros ejemplos recordamos la disposición establecida en el artículo 595 inciso f) del precitado Código, que requiere el consentimiento de la persona a ser adoptada, cuando ésta tuviera al menos diez años de edad; pensamos que dicha norma podría ser considerada inaplicable en el caso particular de que se entendiera que es en *interés superior* del adoptando que se decreta su adopción no obstante la expresa negativa de éste. De igual manera, para autorizar a un niño a salir del país, el artículo 645 inciso c) de dicho Código requiere no sólo el consentimiento expreso de ambos padres, sino también el del menor, en el supuesto de que éste tuviera al menos trece años de edad; pero si el mismo se negara al respecto, entendemos que podría obviarse su consentimiento si se entendiera que su *interés superior* consistiera en viajar al exterior para atenderse de una dolencia grave que en el país no tuviera curación.

Tal es la implicancia de las normas constitucionales, que se ha llegado a afirmar la existencia de un derecho civil constitucional, constituido por el derecho civil contenido en la Constitución –fundamentalmente, en los Tratados más arriba recordados enumerados en el artículo 75 inciso 22–, en que el contenido o marco genérico lo aporta el derecho constitucional, y el derecho civil opera como complementador<sup>25</sup>.

Aparte de lo ya expresado al respecto, recordamos el cuestionamiento que se ha hecho con fundamento en la Constitución, de distintas disposiciones insertas en el derogado Código Civil, que eran consideradas poco menos que “intocables”, habiéndose declarado por distintos tribunales la inconstitucionalidad del plazo de un año establecido en el artículo 259 de dicho Código para poder el marido impugnar la paternidad que se le endilga de acuerdo a la presunción de paternidad que resultaba del artículo 243, o por no poder un tercero interesado cuestionar la paternidad de un hombre casado; o la inconstitucionalidad que declaró el Tribunal Colegiado de Familia nº 5 de la ciudad de Rosario con fecha 14 de noviembre de 2006<sup>26</sup>, del plazo de tres años sin voluntad de unirse establecido por

<sup>25</sup> PERRINO, JORGE OSCAR, *Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 60.

<sup>26</sup> LA LEY, 2007-B, 648, con nota crítica de VIDAL TAQUINI, CARLOS H., “El divorcio versus la Constitución Nacional”; LA LEY, 2008-B, 10, con nota también crítica de DIEGUES, JORGE ALBERTO, “Cuando el activismo judicial desactiva la Constitución”; y *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, mayo-junio 2007-II, p. 151, con nota aprobatoria de GÓMEZ, CLAUDIO

el artículo 214 inciso 2° del Código Civil para poder requerir que se decrete el divorcio, por considerarlo demasiado extenso, arrogándose de tal manera –según se afirmó– facultades que sólo pertenecen al Congreso de la Nación, que es el único que se encuentra autorizado por nuestra Constitución para derogar o modificar las leyes. Dichas cuestiones también pueden actualmente presentarse con el vigente Código Civil y Comercial, con respecto a los plazos de caducidad establecidos para reclamar la filiación (art. 582) o para impugnarla (art. 588), como asimismo para impugnar la filiación presumida por la ley (art. 590), o negarla (art. 591), o para impugnar el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio (art. 593).

## 7. Conclusiones

De lo hasta aquí visto puede por de pronto concluirse que el Derecho de Familia constituye una rama del Derecho Civil, lo que hace que pertenezca al Derecho privado, a lo que no obsta el carácter de orden público y, por tanto, imperativo, que ostentan muchas de sus normas. No obstante, en los últimos tiempos se ha desdibujado en parte el carácter de orden público de ciertas disposiciones del derecho de familia, habiéndose ampliado el papel de la autonomía de la voluntad en ciertas cuestiones que forman parte del derecho de familia, debiendo el legislador tratar de alcanzar un justo equilibrio en la tensión existente entre ambas situaciones.

Sin perjuicio de lo cual, de un tiempo a esta parte se han incorporado a las Constituciones, y particularmente a la Constitución argentina, distintas disposiciones relacionadas con los derechos humanos y el derecho de familia, que de alguna manera han limitado la apertura que venía ocurriendo en ese Derecho con respecto a la autonomía de la voluntad de los individuos. Autonomía que no obstante los esfuerzos que resultan al respecto del contenido del Código Civil y Comercial, ha perdido en parte la fuerza original que se le quiso dar en el Código, en razón de la aplicación de distintas normas incorporadas a la Constitución.

Cabe por último poner de relieve la incidencia a la que hemos aludido en el curso de este trabajo, que tienen las normas contenidas en la Constitución en la resolución de los conflictos relacionados con el derecho de familia.

---

D. y SALOMÓN, MARCELO J., “Inconstitucionalidad del art. 214, inciso 2°, C. Civil: un aporte más al debate sobre la autonomía personal en el derecho de familia”.



# OBLIGACIONES DINERARIAS

por Mariano Gagliardo\*

## I. Introducción

Las obligaciones de dar sumas de dinero son aquellas que tienen por objeto la entrega de una cierta cantidad de moneda.

En la noción que antecede –moneda y dinero– son términos esenciales que hacen a la confluencia económica de dos disciplinas con relevantes funciones: función económica y función jurídica.

Las obligaciones de dar sumas de dinero o bien en su aplicación como obligaciones de dar cantidades (de cosas), suscitan temas de interés que no solo tienen actualidad sino que se remontan a la historia, ilustrando sus cometidos.

Vigente el Código Civil –art. 616– decía a “las obligaciones de dar sumas de dinero se aplica a lo dispuesto sobre las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, y sobre las obligaciones de dar cantidades de cosas individualizadas”.

En nuestros días, el Código Civil y Comercial –art. 765– señala que la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda determinada o determinable, al momento de la constitución de la obligación. Si por el acto, por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

Mucho se ha controvertido sobre las dificultades que se plantean en el derecho y la economía respecto del tema que se viene desarrollando, motivo por el cual se insiste en la necesidad de constituir una teoría general

---

\* Disertación del académico doctor Mariano Gagliardo.

de las obligaciones pecuniarias parafraseando a Nussbaum<sup>1</sup>, lo que es de importancia no sólo material, sino cultural<sup>2</sup> para quien la moneda “es el instrumento o medio de cambio” en tanto que la esencia del dinero no se deja encerrar entre párrafos legales o parafraseando a Trasbot –el contrato es la gran víctima de la inestabilidad de la moneda–<sup>3</sup>.

Siendo que en la concepción clásica la moneda tiene una función económica y jurídica, se dirá que la primera tiene materialidad ideal como pieza acuñada o como trozo de papel impreso; en cuanto a la moneda, sin perjuicio de su función como medio de pago, puede ser objeto directo de operaciones mercantiles con un sentido normativo. El cambio es la permutación de moneda de una especie por moneda de otra especie y puede ser de dos clases: el cambio manual o menudo, que realizan ordinariamente los cambistas trocando monedas metálicas o de papel, nacionales o extranjeras, por otras de distinta especie; y el cambio a distancia o trayectoria que consiste en el trueque de monedas por otras de especie distinta que han de entregarse en otro lugar.

Estas funciones a través del Estado –art. 75 inc. 6, CN– le competen a éste y es el denominado curso legal por el cual aquél reconoce, respalda e impone la circulación de una moneda determinada y constituye el fundamento legal de su valor de cambio<sup>4</sup>.

## II. Metodología jurídica del dinero

Es difícil dilucidar esa agria polémica entre economistas y juristas que la de atribuirse el monopolio y la primacía y el aspirar a decir la última palabra, válida y dilucidadora del “símbolo” tan relevante que integra el dinero.

En palabras de Bernacer<sup>5</sup> “la Humanidad crea con el dinero, sin saberlo, el arma más eficaz de la Economía y, al mismo tiempo, la más artera”. No obstante la atención que los economistas dispensan al dinero, los estudios

<sup>1</sup> Comunicación efectuada por el Académico Mariano Gagliardo. Teoría jurídica del dinero, Madrid, 1929, p. 12.

<sup>2</sup> Jacobson Per, Problemas monetarios internacionales y nacionales, Tecnos, Madrid, 1961, p. 155.

<sup>3</sup> La dévaluation monétaire et les contrats, París, 1950, p. 160.

<sup>4</sup> Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 478.

<sup>5</sup> La doctrina funcional del dinero, Madrid, 1956, p. 17.

económicos más que abordar su verdadera esencia y naturaleza giran en torno a la mera descripción de las funciones que éste desempeña en la sociedad.

El dinero como el lenguaje, es fruto de la abstracción; ha conformado la coartada de inmensos logros y de grandes atrocidades<sup>6</sup>.

La pugna por la exclusividad del tratamiento del dinero, entre economistas y juristas, se relaciona con la cuestión del alcance más general entre Economía y Derecho.

No es antigua la controversia acerca de la serie y métodos que requieren el tratamiento económico y jurídico del dinero.

Un bien que sirve como medio general de cambio es dinero; mientras los precios se determinan por referencia, se pagan en dinero. El dinero es la unidad de medida del valor patrimonial de los bienes del hombre en su sociedad de división del trabajo y de consumo.

La diferencia entre numerario y dinero, así como su vinculación recíproca, suele expresarse diciendo que el numerario es la moneda ideal: el dinero participa en operaciones materiales de transferencia de bienes<sup>7</sup>. En cuanto producto de la inventiva humana, concebido como un intermediario para adquirir aquello que nos falta, se configura como un bien, el bien por excelencia, capaz de reunir todas las otras características, de los demás bienes: más genérico que las cosas genéricas, más fungible que las cosas fungibles, más divisible que las cosas divisibles, su nota más característica es la de ser susceptible de sustitución por todo aquello que puede ser reducido a un valor patrimonial.

La materia y riqueza que presenta el dinero es múltiple sea en el aspecto del derecho de las cosas y desde su aspecto material.

La estructura compleja del dinero como unidad de medida, medio de cambio, instrumento de pago y portador de valor implica una serie de cuestiones de interés.

Así, el dinero en “cuanto unidad de medida” lo hace apto para obtener una valoración patrimonial de las relaciones económicas-jurídicas; es decir

---

<sup>6</sup> Véase de interés: Billetes y monedas, cada vez más en vías de extinción, La Nación, 26-XII-17, p. 18.

<sup>7</sup> Olivera, J. H. G., El dinero y las categorías monetarias, Revista de Derecho Privado y Comunitario, p. 11.

por excelencia del mundo patrimonial, como lo es el metro en el mundo espacial; tiene una expresión concreta y empírica en las monedas acuñadas (peseta, dólar, marco, franco, etc.) que portan un valor nominal prefijado.

Las deudas en dinero son en sustancia deudas de valor. El dinero es simplemente el símbolo del valor; si ese símbolo puede variar en su valor intrínseco, nada debe impedir que las partes refieran la deuda directamente al valor.

El dinero, además de ser medio general de cambio, es “instrumento de pago”, precisamente por contener una unidad de valor<sup>8</sup>.

Al tener unas cualidades de ponderación e intercambialidad, lo hacen apto normativamente como objeto de satisfacción, de reparación o cumplimiento; supone un medio de lograr la equidad que la justicia tiene por finalidad.

El dinero, en cuanto unidad de medida del valor económico de las cosas, los bienes y los servicios de los hombres, es un poder patrimonial abstracto, capaz de ser instrumento de cambio y un medio de apoyo así—como se anticipó una forma de acumulación de riqueza. De aquí que fundamentalmente el dinero significa poder económico y para el hombre un aumento de su poder personal, una ampliación del ejercicio de su libertad.

La faceta del poder en el dinero es la más popular y consciente en todos los hombres, casi que asombra a los demás, pues si el aspecto económico del dinero se cifra principalmente en su función, en los últimos tiempos de la Edad Media, y al generalizarse el uso del dinero en la Europa civilizada, cuando apareció la posibilidad de ver en el valor de dicho instrumento únicamente un fenómeno del mercado y no un producto del legislador.

Cabe la consideración de dos aspectos del dinero: una es como unidad de cuenta en la medida que sirve para valorar los restantes bienes y servicios, posibilitando reconducir el valor de los demás bienes en términos de múltiplos o submúltiplos de una entidad homogénea y constante. El otro

---

<sup>8</sup> Seguimos a Alterini J. H. y Alterini E. I en Código, 2º ed. t. IV, p. 180 en cuanto argumentan que las deudas pecuniarias son deudas de dinero propiamente dichas y deudas monetarias que tienen por objeto no un tanto de dinero, sino determinados signos monetarios. A su vez las deudas pecuniarias se agrupan en deudas puras de dinero (curso legal) y deudas en moneda sin curso legal.

Las deudas monetarias se subdividen en deudas monetarias genéricas y específicas. Las genéricas se configuran en supuestos de escasez de la moneda elegida; las específicas imponen la entrega de cierta cantidad de moneda que está individualizada.

aspecto es su función soberana que versa sobre su aptitud general para ser instrumento de cambio de los restantes bienes y servicios.

Caben tres objetivos básicos: a) permite superar los reparos del trueque de bienes, sustancialmente en lo que se refiere a la coordinación de las necesidades y la diferencia de valor de los bienes que se cambian. El dinero viene a ser una especie de elemento neutralizante que permite a un sujeto la obtención de cosas, bienes o servicios al margen de las necesidades del sujeto que ha de proporcionárselos, en cuanto éste acepta el cambio de cosa por dinero porque confía que ese valor objetivo que supone el dinero le permitirá posteriormente adquirir de otros terceros sujetos los bienes y servicios que necesita. Al decir de Garrigues<sup>9</sup> “el dinero resuelve el cambio entre dos personas por medio de dos contratos de compraventa entre tres personas”.

En segundo lugar, permite alcanzar los efectos económicos que se derivan de la división del trabajo, en la medida en que imprime a los cambios una objetividad que facilita la especialización. Por último, posibilita separar la cesión y adquisición de bienes y servicios en el tiempo y en el espacio, disímil a lo que acaece con el trueque.

La presencia del dinero en la conciencia del hombre, desempeña un rol energizante y propende a generar la acumulación de la riqueza.

El dinero no solo tiene su rol respecto de los bienes sino porque esa asignación se realiza en el mercado. El prius es el mercado. Y en ese contexto, el problema económico consiste en la atribución de medios escasos entre fines diversos.

Coincidió esta fase de la evolución social con la evolución general del pensamiento humano, con el desarrollo de la Filosofía y el posterior nacimiento de las ciencias sociales. Y es desde esa época desde la que puede hablarse de teorías propiamente dichas sobre el valor del dinero, como sobre la generalidad de los conceptos económicos. Pero como la gestación del pensamiento teórico fue muy lenta y éste hubo de ser elaborado en varios siglos, todavía ni al final de la Edad Media ni en la época de la formación de las nacionalidades se conocieron doctrinas sistemáticas ya elaboradas sobre las materias que correspondían al nuevo carácter de las instituciones sociales.

---

<sup>9</sup> Contratos bancarios, Tecnos, Madrid, 1975, p. 71.



Los mercantilistas adscriptos a los principios políticos del absolutismo monárquico persistieron generalmente en igual tendencia y algunos sostuvieron concretamente que el valor del dinero dependía de la voluntad del príncipe y era, por tanto, un valor creado por la ley. Sin embargo, ciertos mercantilistas, a pesar de los perjuicios políticos y de su confusión de la riqueza con los metales preciosos, que les impedía ver diáfananamente las características esenciales del dinero, comenzaron a apreciar ciertas relaciones entre el valor de dichas instituciones y las oscilaciones del mercado, que son la base del nominalismo. La importación de metales en Europa, procedente de las nuevas colonias españolas, trajo una verdadera revolución de los precios, y dichos mercantilistas observaron que existía una relación directa entre la cantidad de dinero en circulación en los países y la masa de bienes que con el dinero se cambiaba e iniciaron la teoría cuantitativa del dinero.

Adam Smith y los economistas liberales de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, al tratar de concebir un sistema perfecto de relaciones económicas totalmente independientes de la vida jurídica y de la acción del Estado y fundadas en el egoísmo humano, abrieron paso a la solución materialista, según la cual el valor del dinero, como el de las demás mercancías, se hallaba sustentado en el valor intrínseco de la materia de que aquél estaba formado, y este último, en su coste de producción, dando origen a la escuela metalista que tanto influyó en el prestigio del patrón oro y en toda la ideología monetaria del siglo pasado.

A ese auge del metalismo contribuyó el abuso que se hizo del papel moneda en las nuevas colonias americanas y en algunos países europeos. Más tarde, la evolución de la teoría del valor dentro del sistema económico liberal llevó al abandono de la teoría del coste de producción para explicar el valor intrínseco del dinero, y que se forjaran las teorías de la oferta y de la demanda y de la utilidad marginal.

Lo concreto es que con la evolución del tiempo las vicisitudes de una institución de tanta importancia como la moneda, no es de extrañar que resulte una muestra de conmoción que agita el orden social, crea un factor de desorden, de indisciplina y hasta de inmoralidad. Las cuestiones económicas por razones varias ocupan un lugar preferente en los grandes debates en las hondas preocupaciones de los pueblos.

Por cierto, la moneda desprovista de valor intrínseco a raíz de su pérdida de convertibilidad en metálico y reducida a un trozo de papel, motivó

diversas opiniones; no sólo sirve para medir con expresión numérica el valor de las cosas, sino que también representa la pobreza, la riqueza y su ausencia ante la opulencia es la miseria. Signo de codicia, avaricia, generosidad y desprendimiento de quien usa la moneda. Envilece, corrompe y ennoblece.

Es necesario, pues, que los hombres de gobierno se den cuenta del deber ético que les incumbe, de la responsabilidad moral que tienen lo que se refiere a la defensa del dinero y de la estabilidad monetaria para que se realice el bien común; no han de olvidar que la moneda es uno de los grandes instrumentos para que el hombre logre la libertad y le permite la convivencia en el orden social. Para Santo Tomás, moneda, en cuanto instrumento de cambio, debe asegurar la equivalencia de las prestaciones, es médium justitia.

Las alteraciones monetarias habidas en nuestro siglo XX y sus graves consecuencias son las que se han conducido al jurista contemporáneo a un examen más específico y concreto del dinero, singularmente por la valoración de su valor, tanto negativa (depreciación y desvalorización) como positiva (revalorización), y la injusticia que implica al alterarse el equilibrio o reciprocidad de las prestaciones pecuniarias cuando éstas son diferidas o de tracto sucesivo<sup>10</sup>.

Si el dinero es fiducia, es el símbolo sobre el que hacemos recaer un valor recuperable; su destrucción, el mal empleo o su distorsión conducirán a la anarquía, a la prepotencia de quien se sirve de sus fines ilícitos y, por tanto, a la siembra de la injusticia. También en el comportamiento ético y moral respecto al dinero encontramos su esencia normativa, esa naturaleza ordenadora de las relaciones patrimoniales o económicas de las personas en su convivencia social<sup>11</sup>.

En la esfera jurídica es donde más se percibe la esencia normativa del dinero, en virtud de su función de pago –extinción de un débito–, o cuando por su incumplimiento, se adeuda una reparación dineraria.

Este rol protagónico del dinero proviene de su naturaleza abstracta, de su contenido potencial económico en cuanto bien o signo patrimonial que representa la unidad de medida cuantitativa por la que se pueden valorar

<sup>10</sup> Bonet Correa, José, en Estudios de Derecho Civil en Honor del Prof. Batlle Vazquez, Ed. Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1978, p. 148 y ss.

<sup>11</sup> Olarra Jiménez, Rafael, El dinero y las estructuras monetarias, Aguilar, 1965, p. 9.

las cosas y demás bienes, las omisiones, los actos y servicios realizados o prestados por los demás hombres en sus relaciones, por lo cual, contemporáneamente, el dinero también resulta un instrumento o medio de cambio entre ellos.

El orden jurídico, público y privado, considera al dinero como el vehículo de valoración más idóneo para abarcar el mundo patrimonial de las personas, en cuanto que es el medio de sustitución capaz de concretarse como una unidad cuantitativa, que de manera empírica, adquiere la categoría de un bien patrimonial específico, “la moneda” la cual contiene un potencial de valor y un poder adquisitivo, por lo que al contabilizarse se puede dar o recibir como objeto equivalente de las prestaciones en las relaciones jurídicas.

Al concretarse el dinero como una unidad de medida en el ámbito patrimonial de las personas refleja ya su sentido ordenado, sustancialmente normativo en las relaciones económicas de los hombres; por eso al ser un medio de pago complementa ese carácter normativo haciendo posible el cumplimiento o extinción de una obligación.

El Derecho, que siempre ha tenido por cometido esencial la defensa de los valores morales y éticos de la persona y, por tanto, la ordenación de su conducta, comporta además la regulación de los intereses de su esfera económica y patrimonial en las relaciones con sus semejantes para el logro de una adecuada justicia.

El dinero tiende a ser el medio de aproximación, el punto de encuentro de los hombres en cuanto a una valoración concreta de sus intereses patrimoniales; es el medio útil que contabiliza y concreta los valores considerados cuantitativamente en unidades monetarias; el dinero resulta así un equivalente. En cuanto índice de valor cuantitativo, el dinero constituye el denominador común del patrimonio de una persona<sup>12</sup>, capaz de expresar un valor económico concreto del potencial abstracto que alcanza en un momento determinado, así como el poder adquisitivo real en virtud del cual se podrán obtener otros bienes y servicios.

El dinero, al resultar un índice numérico de valoración económica permite la distribución de los bienes, la determinación de los intereses y su traspaso de un patrimonio a otro; posibilita por su acumulación la unión

---

<sup>12</sup> Fairen G., Patrimonio y responsabilidad patrimonial, Revista de Derecho Notarial XXXVI, Madrid, 1962, p. 241 y ss.

de los esfuerzos individuales para crear riqueza a través de empresas, etc; es el motivo inmediato del nacimiento, transformación, y extinción de los derechos, así como el medio remoto de vinculación que une y transmite el bienestar social de las generaciones pasadas a las presentes y futuras por su cultura y civilización<sup>13</sup>.

El dinero, precisamente por ser una norma que viene a establecer una ordenación valorativa en orden a la conducta de los hombres en su esfera patrimonial, aspira a ser el cánón de valor ideal, la unidad de medida fija y concreta por el cual se puedan valorar las demás cosas, bienes y servicios; si partimos de una convicción contraria a aquella fijeza de valor, introduciríamos la anarquía, la falta de estabilidad, el desorden y la inseguridad en las relaciones jurídicas; quien promete una suma de dinero, una cantidad determinada, cumple devolviendo aquella misma cantidad; el principio nominalista, queda al margen de que el dinero sea mejor o peor, de que su poder adquisitivo sea mayor o menor; la seguridad cede a la equidad<sup>14</sup>.

Considerando en su faz económica al dinero, es calificado como medio de cambio o como unidad de valor, y resaltando su acento en el aspecto jurídico se lo considera como medio de pago. Según esto, se agrega<sup>15</sup>, las funciones económicas del dinero serían las de medio de cambio y la de unidad de valor. Y la función jurídica, sería la de medio de pago.

El principio nominalista del dinero, que establece la igualdad cuantitativa y valorativa de una moneda –peso igual a peso–, muestra en su experiencia histórica que tan sólo es respecto a la primera, al evidenciarse valorativamente como una ficción teórica y quimérica el logro de su igualdad y permanencia.

El Derecho se encuentra así ante un dilema: por un lado, el dinero es la unidad de medida cuantitativa de los valores patrimoniales por la que se valen las partes para establecer sus relaciones equivalentes de intercambio; por otro, esa unidad de medida, si bien tiene una posibilidad de determinación por su naturaleza cuantitativa, no así en cuanto a su valor cualitativo, o su potencia adquisitiva, que es variable por una decisión del Estado (devaluación), o, por el conjunto de determinados efectos del tráfico al deteriorar su precio (depreciación).

<sup>13</sup> Olivera, J. H., ob. cit., p. 13.

<sup>14</sup> Bonet Correa, J., *Las transformaciones contemporáneas del ordenamiento patrimonial*, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro, Tecnos, Madrid, 1976, vol. I, p. 273 y ss..

<sup>15</sup> Olarra Jimenez, ob. cit, p. 34.

### III. El dinero

El dinero desde que apareció en las sociedades más evolucionadas, resultó objeto de consideración normativa, pauta ello que se advierte en las leyes más antiguas de las civilizaciones humanas.

Aristóteles en su *Política* 1257 a.c. dice que “cuando los habitantes de un país llegaron a depender en mayor medida de los de otro, importando lo que necesitaban y exportando lo que tenían en demasía, el dinero entra necesariamente en uso. Porque los diversos artículos necesarios a la vida no se transportaban con facilidad, y por ello los hombres convinieron en emplear en sus operaciones algo que fuera intrínsecamente útil y de fácil aplicación a los fines de la vida; por ejemplo, hierro, plata y cosas semejantes. Su valor se midió primero por sus dimensiones y peso, pero con el transcurso del tiempo le pusieron un cuño para ahorrarse la molestia de pensarlo y marcar el valor.

No obstante las reflexiones sobre la importancia y significación del dinero para el ámbito del Derecho, cabe afirmar que es muy reciente el llamado tratamiento jurídico del dinero, es decir, el análisis y desarrollo llevado a cabo por los juristas.

El dinero es la unidad de medida del valor patrimonial de las demás cosas y servicios, y, por lo tanto de un contenido ideal y abstracto.

La sistematización de las clases de dinero, en un esquema del profesor Olivera<sup>16</sup> queda así configurado:

- dinero-mercancía y dinero-signo;
- dinero valutario y dinero accesorio;
- dinero obligatorio, dinero puramente facultativo y dinero fraccionario;
- dinero provisional;
- dinero de valor pleno y dinero fiduciario.

A pesar de haberse señalado el aspecto abstracto del dinero en cuanto unidad ideal, distinta de las demás cosas materiales, los economistas tratan de afirmar que en su origen, el dinero no es una institución jurídica, sino económica y que no sólo, en ciertos puntos determinados el derecho civil

---

<sup>16</sup> Ob. cit. p. 16.

interviene para determinar la esencia del dinero (reparación de daños, etc.). No obstante el dinero rige la mayor parte de las relaciones de derecho privado, dado que casi todo interés jurídico en una situación o relación de derecho se traduce, un último término, en una suma de dinero.

Es que el dinero no solo cumple sus funciones dentro de la utilidad económica; el dinero es también un instrumento en las relaciones entre gobernantes y gobernados, por lo que tiene una función social, en cuanto es signo de fiducia, en cuanto resume y representa la aportación de riqueza y de trabajo de las personas reunidas en sociedad.

En suma, el dinero es un bien jurídico sancionado normativamente por una comunidad social que se instituye como una unidad de cuenta con poder adquisitivo y que es instrumento de cambio y medio de pago en las relaciones patrimoniales.

#### **IV. El dinero (cont.)**

Es una unidad ideal que se materializa en signos monetarios<sup>17</sup>.

La función que, jurídicamente, desempeña el dinero es doble: a) como un medio o instrumento de pago, con referencia a la unidad ideal, o representación abstracta determinada por el Estado, y, b) como medio de cambio, y entonces adquiere valor y significación jurídica, la función típicamente económica del dinero: caso típico, el precio de servicios y cosas.

El destino del dinero, en cuanto intermediario, por ser útil para estimar todas las cosas relacionadas conforme a una medida común, le hará descubrir su naturaleza artificiosa, no como elemento físico de la naturaleza, sino en cuanto producto de la razón del hombre, al que se le asigna una función normativa, la de poner orden en el ámbito de sus relaciones patrimoniales.

El dinero, en cuanto unidad de medida del valor económico de las cosas, los bienes y los servicios de los hombres, es un poder patrimonial abstracto, capaz de ser instrumento de cambio y un medio de apoyo, así como una forma de acumulación de riqueza. De aquí —como se dijera— fundamentalmente el dinero significa poder económico y para hombre un aumento de su poder personal, una ampliación del ejercicio de su libertad.

En orden a ciertas precisiones, debe señalarse que la deuda de dinero, se caracteriza por ser una deuda de un valor legal nominal que se concreta

<sup>17</sup> Nussbaum, ob. cit. p. 40.

como una deuda de suma o cantidad de una unidad monetaria, mediante la entrega de la cual el deudor cumple con su obligación.

Lo exigido y lo debido en una deuda de dinero no son estas o aquellas especies concretas de monedas, sino la suma o cantidad de unidades que representan el valor legal debido.

Toda vez que el dinero es más genérico que las llamadas cosas genéricas, por ser un bien absolutamente homogéneo, las deudas de dinero participan además de esta naturaleza y características idénticas, por lo que otro de los efectos propios que presentan es el de su “indestructibilidad”; de aquí que a las deudas de dinero no se les puede aplicar el concepto de imposibilidad sobrevinida de la prestación. No puede argumentar el perecimiento.

En las deudas de dinero, la sola determinación de la cantidad que realizan las partes el día que la contraen, producen el solo efecto de tenerse que entregar aquella misma cantidad el día de su cumplimiento. El deudor se compromete a entregar la cantidad de  $x$  pesos a su acreedor, éste debe de recibir aquella cantidad de  $x$  pesos; por eso, una de las características fundamentales de las deudas de dinero, es la de que es una “deuda de cantidad”, pues el deudor sólo se libera de su deuda de dinero si paga la misma cantidad de unidades monetarias a su acreedor.

En otro enfoque, el dinero muestra sí cómo es la unidad de cuenta que tienen las personas medir y calcular el valor económico de las cosas.

## **V. El dinero y su rol protagónico**

El dinero ha desempeñado un rol protagónico en la historia de la humanidad.

La aparición del dinero en la vida social no ha determinado, una paralela aparición de sistemas de teoría relacionadas con el mismo, pues el dinero es un fenómeno mucho más antiguo que las doctrinas monetarias y que los sistemas teóricos de Economía.

El dinero desde que aparece en las sociedades más evolucionadas, recibió su regulación tal como lo denotan las leyes más antiguas de las civilizaciones humanas. En la esfera de la cultura mediterránea, la importancia del dinero se pone de Aristóteles al determinar su naturaleza y significado en las relaciones de los ciudadanos.

Séneca, también expresará sus cualidades fundamentales y los juriscultos romanos nos transmitirán una casuística muy compleja.

En los tiempos modernos, la significación del dinero para el ámbito del derecho fue puesta de relieve por Montesquieu, al decir de la moneda que es la fuente de casi todas las leyes civiles.

Para conocer al dinero (problema previo) y fijarle sus sedes matarie (solución a posteriori) es necesario hacerlo a través de sus funciones; dada su compleja composición y su extenso campo de aplicación, son las únicas que puedan acercarse a su recto conocimiento. El dinero no es un objeto que, a pesar de la frecuencia de su uso, sea mejor conocido: si vulgarmente podemos hacer una descripción del mismo, de sus cualidades y de sus fines, los científicos se muestran pesimistas y desazonados cuando intentan dar su concepto. Savigny, nos habla de su “naturaleza cuasi misteriosa”, que lo hace distinto de las otras cosas; Spengler, establece la “diferencia interna y cuasimetafísica que existe entre los bienes y el dinero”.

En la actualidad, las cuestiones entorno al planteo del dinero adquieren tales proporciones que son consideradas entre las más destacadas en la esfera privada<sup>18</sup>.

Las reflexiones sobre la importancia que es muy moderno el llamado tratamiento jurídico del dinero.

Las ideas sobre el dinero han estado en cierta relación, en la Historia, con las ideologías políticas que en ella adquieren relieve.

En la antigüedad clásica, Platón, Aristóteles, los filósofos helénicos no concebían otro valor que el dinero en el que le imprimía la ley que le daba origen al medio de pago.

La doctrina antigua estableció también la distinción del dinero como cosa, asimilado, a veces, dinero y mercancía. En derecho romano se empleaban indistintamente las palabras merx y pecunia para designar el patrimonio de una persona (familia pecunia que). Para designar el dinero en sentido estricto se añadía a la palabra pecunia la palabra numerata. Hoy todavía para expresar la importancia del patrimonio de una persona, se dice que tienen mucho dinero, aunque el patrimonio se integre de cosas que, en su mayoría, no sean dinero.

<sup>18</sup> Ascarelli, Studi giuridici sulla moneta, Milano, 1952, XX.



El concepto estatal del valor del dinero no sólo se mantuvo en el mundo antiguo, sino que también prevaleció en la Edad Media, pues la integración jurídica y política de la personalidad humana, que en el orden moral había definido y proclamado el Cristianismo, tardó en producirse a través de los siglos; y la vida social autónoma, tejida por individualidades independientes, se desarrolló muy lentamente, y con ella las doctrinas que debían reflejar el sentido y el valor de las instituciones que afloraban en la nueva organización de la sociedad.

Por tal causa, la doctrina de los escolásticos acerca del valor del dinero no podía diferir esencialmente de la de los filósofos clásicos y seguían viendo en la ley el origen de dicho valor, aunque ya en Santo Tomás empieza a distinguirse entre “valor impositus” y “bonitas intrínseca”, estando el primero al sujeto de la voluntad del príncipe, pero no el segundo.

Fue al nacer la sociedad moderna, la sociedad liberal y comercial utilitaria y su naturaleza jurídica está en función de su esencia normativa y finalidad equitativa, desde el punto de vista sociológico y político, el dinero es un instrumento de poder.

Es que el dinero, como índice estático de valoración, o bien en cuanto conformador de un “capital” al ser un instrumento dinámico y potencial para el cambio, posibilita la distribución de los bienes, el traspaso de los valores económicos de un haber patrimonial a otro y logra la unión de los esfuerzos individuales para crear riqueza a través de sus asociaciones y sociedades, de sus pequeñas o grandes empresas<sup>19</sup>.

La conciencia de poder y libertad que da el dinero al individuo frente a sus congéneres se reproduce en su estirpe y familia, así como en sus corporaciones privadas, al igual que en sus estamentos públicos menores hasta los de rango superior, y sobre todo en el Estado.

Dado que el dinero, ontológicamente, es un producto social, puesto que nace del hombre y de su vocación para vivir en sociedad, al reunirse orgánica y comunitariamente, al superar su aislamiento tribal y perfeccionar sus sentimientos de solidaridad, es en el seno de su organización política donde se hace consiente su finalidad instrumental para la creación, distribución y consumo de la riqueza.

Que los bienes producidos y alcanzados, que los servicios prestados por el individuo puedan ser valorados a través de una unidad de medida autó-

---

<sup>19</sup> Nussbau, Teoría cit., p. 33.

noma e independiente concebida como dinero, lo cual es capaz de contener y simbolizar abstractamente un valor en cambio, almacenar un poder abstracto susceptible de ser desplegado en otro momento para que, a su vez, se puedan obtener otras cosas, bienes y servicios; en definitiva, representa la posibilidad de participar en el producto económico social y ser el medio de cambio para procurarse una parte de dicho producto<sup>20</sup>.

No obstante, los hombres, con sus ideologías y sus gobiernos, con sus legítimos intereses y hasta con sus ambiciones y egoísmos, no siempre han estado de acuerdo en la manera de cómo han de participar en sus prestaciones intelectuales y laborales dentro de la sociedad en la que forman parte.

Desde el advenimiento del Estado de Derecho como supremo rector y animador de la vida pública y social de los súbditos, su máquina estructural se ha ido haciendo cada día más compleja y su intervención se ha dejado sentir cada vez más férreamente.

El Estado actual crea y acuña el dinero en cuanto supone una expresión de soberanía y decide sobre la política monetaria que debe ser practicada. Bien es cierto que las ideologías liberales y totalitarias han usado el dinero para efectivizar una economía capitalista o socialista. Las monedas de sus respectivos regímenes políticos pretendieron y pretenden, ser una expresión de su poder ya hasta de su prestigio nacional.

El principio nominalista del dinero adquirirá la categoría de dogma legal, y la moneda tendrá el valor facial y fijo que el Estado imponga, resultando inderogable por los particulares en sus transacciones.

Savigny consideraba que el dinero pertenece a las cantidades y, por consiguiente, es una cosa fungible y consumible pudiendo ser determinada por su especie –signo monetario genérico o específico– y por su curso legal, signo monetario nacional o extranjero.

Este autor considera que las reglas de derecho sobre el valor del dinero como objeto de las deudas pecuniarias, son inaplicables a las obligaciones en general y siguiendo la tradición histórico-dogmática limitó su estudio a las deudas pecuniarias, lo cual influyó en su modo de ver, pues al circunscribirse a ellas, olvidó que el dinero utilizado como tal, tiene siempre, el mismo carácter en cualquier campo del derecho.

En efecto, el dinero como objeto o precio de los contratos se mantiene él mismo, desde que cualquiera sea su concepto, él constituye los signos

<sup>20</sup> Olarra Jiménez, Rafael, ob. cit., p. 25 y ss.

–en moneda metálica, unidad principal y en billetes, unidad derivada– del sistema monetario de un país, como cabe destacarlo en la Nación cuyas leyes respectivas los regula en general como instrumentos de los pagos, fijando entre ellos el acuerdo de los tres valores –nominal, metálico y corriente–, y su fuerza cancelatoria para toda obligación o contrato.

El poder del Estado impone así el valor del dinero.

Dado que para Marx el valor de una mercancía es la forma equivalente del trabajo social, el dinero no será más que el símbolo o la mercancía equivalente. El dinero en la teoría socialista tiene una naturaleza interna de acuerdo con la forma económica de su planificación; es el resultado de una planificación y control de la producción socialista; es una medida del trabajo “horas-trabajo”, es un proceso de reproducción de las leyes económicas del socialismo<sup>21</sup>.

En razón de lo expuesto, una eterna cuestión sobre el dinero que especialmente, se plantean los economistas y todo gobierno que ha de seguir una política económica concreta: es la de su valor.

El dinero, en cuanto instrumento apto para el desarrollo material y espiritual de una comunidad, puede ser mal gobernado y dirigido como también peor utilizado y empleado. La cuestión de gobierno y rectoría del dinero es un problema tanto de justicia distributiva como conmutativa respecto del empleo y utilización pública y privada del dinero; ambos comportamientos son importantes para reflejar el grado de moralidad que sus actos implican respecto al dinero.

## **VI. Naturaleza del dinero**

En un valioso y docente pronunciamiento judicial con acopio de destacados autores, valioso precedente y relevante jurisprudencia en época de cierre de la Caja de Conversión (1880) en sentencia del 6 de febrero de 1933 –teniendo en cuenta que dicha cláusula data del 9 de agosto de 1914–, se dicta un fallo con motivo de la interpretación de una cláusula inserta en una hipoteca del 20 de octubre de 1920 consignando un mutuo cuyo reintegro debía efectuarse en oro \$5 en efectivo y sonante a una tasa de interés luego elevado, pagaderos por semestres adelantados con exclu-

<sup>21</sup> Negri Pisano, L., Reflexiones sobre la moneda, Anales Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época N° 15, primera parte, p. 89 y ss..

sión de cualquier otra moneda creada o por crear aun cuando sea de curso forzoso a cuyo efecto los deudores renuncian a cuanto derecho o beneficio pudieran acordarle las leyes que al respecto se dicta.

La sentencia es sumamente extensa<sup>22</sup>, más la misma no elude una realidad del momento al decir que no se trata de interpretar cláusulas más o menos complejas de los contratos, sino de juzgar como deben cumplirse las obligaciones a oro frente a la supresión de la Caja de conversión.

La resolución configura una genuina pieza de derecho monetario donde pasa revista a los contenidos de esta disciplina y vale reiterar las citas de extranjería que realiza, sin perjuicio de la ironía de Gustavo Rousset que evoca “que no es escribiendo poco que se hacen bien las cosas: es haciéndolas bien que se las hace cortas”.

Recuerda al ex-ministro de Hacienda, autor de la ley 3871, Doctor José M. Rosa quien juiciosamente recuerda que las cuestiones monetarias son siempre muy difíciles y no están al alcance de la generalidad de los hombres, pues se trata de una ciencia con sus leyes, sus principios, su historia experimental y su vasta doctrina.

Dice el vocal preopinante que se trata de una ciencia que en la solución del problema, se trata y precisa conocer bien la situación del país de que se trata y penetrar hasta lo más profundo del tema que se trata. Remarca que la mayor parte de la gente está convencida que las cuestiones monetarias son de fácil solución, porque estando familiarizados con la moneda, creen conocer las leyes que la rigen, los procesos técnicos, sus movimientos y reacciones, cuando en realidad nada saben.

Y la mayor parte de los pleitos sobre leyes monetarias y particularmente ley 3871, bajo cuyo imperio se han contraído casi todos los préstamos que hoy motivan estos pleitos y motivó toda la situación anterior a la conversión.

Repasa la teoría jurídica del dinero para la aplicación de los preceptos que rigen las obligaciones de dar sumas de dinero.

El origen de la teoría jurídica del dinero se debe a Savigny quien la desarrolla en su tratado de 1851<sup>23</sup>; y él estudio de esta teoría tiene gran

---

<sup>22</sup> Véase en términos similares y analizando la caja de Conversión, Cámara Civil 1º de la Capital, JA 73-933, Gómez Pombo, G. H., c. Banco Hipotecario Franco Argentino.

<sup>23</sup> Nussbaum, Teoría jurídica del dinero, 1929, p. 21.

importancia, toda vez que es el dinero en la práctica de la vida del derecho, el instrumento con el cual se resuelven sus múltiples relaciones patrimoniales. Es que el dinero tiene un papel importantísimo, pues constituye la forma en que se materializan frecuentemente las prestaciones objeto de la obligación: prestaciones pecuniarias o bien indemnización de perjuicios.

Respecto al dinero, Savigny le atribuye un “poder patrimonial abstracto”, en cuanto representa no solo el valor de todos los bienes que constituyen un patrimonio, sino también el “poder de servir para adquirirlos” y que permite “reducir todo el patrimonio a una simple cantidad, que asegura así, a su propietario, “un poder general que se extiende a todos los objetos del comercio del derecho privado”.

Resumiendo la teoría de Savigny, la noción del dinero puede sintetizarse en su sentido económico-jurídico, diciendo, que es una cosa que tiene valor en cambio, que goza de una pública estimación por la intervención del Estado en su emisión y que cumple las funciones de instrumento general de los cambios –función básica–, de medida común de los valores y de medio legal de pago –funciones subsidiarias o secundarias–. En opinión de Savigny<sup>24</sup> se refiere al dinero como “algo misterioso y distinto de las otras cosas”.

Ha sido Luigi Mosco<sup>25</sup> quien más ha desentrañado los rasgos del dinero como un bien especial, distinto de las demás cosas corporales o bienes muebles y está convencido que el dinero pertenece a la categoría jurídica de bienes. Delimitemos sus cualidades.

Entiende Olarra Gimenez<sup>26</sup> que no debe perseguirse la caracterización del dinero a través de deudas concretas, ni de promesas de pago de particulares. El dinero, sostiene, debe enfocarse como un mecanismo de distribución social: las promesas de pago de los particulares, las deudas les falta la aceptación pública que les permita circular como activo líquido. Agrega el autor citado<sup>27</sup>, que conceptualmente el dinero surge cuando la permuta primitiva se descompone en dos operaciones distintas: compra por un lado, venta por otro. El vendedor que entrega un bien no recibe otro en cambio, como en el trueque, sino un poder adquisitivo generalizado que lo

<sup>24</sup> Cit. por Olarra Jimenez, p. 39.

<sup>25</sup> Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria, Milano, 1948, p. 7 y ss.

<sup>26</sup> Ob. cit. p. 41.

<sup>27</sup> Ob. cit., p. 42.

convierte en acreedor del mercado. A ese crédito corresponde una deuda del mercado con el vendedor. No importa, dice, el tipo de piezas monetarias o símbolos escritos que lleven la cuenta de ese crédito, de ese derecho a obtener bienes y servicios del mercado. Ese derecho es el dinero y las monedas los títulos de éste.

### ***a) genericidad absoluta del dinero***

Surge la cuestión si puede ser clarificado entre bien genérico y bien específico.

Resulta un bien genérico, si bien diverso pues su nota determinante no viene concretada por su calidad sino por su cantidad, por eso no responde con los demás bienes genéricos, siguiendo a la doctrina italiana, la genericidad del dinero es de un grado superlativo –absoluta– debido a su naturaleza homogénea en cuanto es un bien de naturaleza abstracta y no una cosa física exclusivamente; se trata de una genericidad de grado sumo como no la posee ningún otro bien genérico que puede llegar a agotarse o desaparecer, mientras, que el dinero existe siempre en el tráfico ya que es imperecedero.

### ***b) ultra fungibilidad del dinero***

Surge la cuestión si puede el dinero ser clasificado como bien mueble fungible y no fungible.

El dinero tiene otro rasgo que lo diferencia de las demás cosas fungibles y es la liquidez no físico, sino jurídica, por lo que resulta el bien más fungible que ninguno es de una fungibilidad absoluta y, en cuanto es el común denominador de las demás cosas y bienes (materiales e inmateriales) en la vida de las relaciones patrimoniales de las personas. La liquidez viene a ser una homogeneidad abstracta que posee el dinero en cuanto unidad contable que se hace patente a través del dinero en curso.

### ***c) Gasto o consumibilidad del dinero***

Los bienes consumibles son aquellos que no pueden ser económicamente utilizados sin que vengan destruidos o que por su uso pierdan su estructura y naturaleza.

O sea, que son bienes que sólo permiten un acto de uso o una serie limitada de actos de uso.

Ni el dinero como género es consumible en el sentido físico que presentan las demás cosas o bienes que se destruyen por su utilización. Por tanto no se puede hablar de un fenómeno de consumo del dinero ya que en su sentido físico no se produce, lo que conduciría a concluir más su no consumibilidad que su consumibilidad dado que el deterioro de elemento material de la moneda no está en función de la finalidad para que se usa.

d) divisibilidad abstracta del dinero.

El dinero es el bien capaz de dividirse del modo y la manera más absoluta que jamás pueden hacer los demás bienes o cosas; en cuanto a la divisibilidad del dinero se basa en un sistema decimal, su capacidad de división responde a las unidades máximas y mínimas que se establecen por el sistema monetario.

Por ser el dinero el bien jurídico, que como unidad ideal puede alcanzar una divisibilidad abstracta, resulta el término de referencia o equivalente para que una cosa indivisible físicamente pueda ser valorada o reducida a una cuantía monetaria o suma de dinero, la cual siempre es divisible y objeto de reparto.

### *e) Funciones accesorias del dinero*

Deteniéndonos en la influencia, a veces desventurada y otras feliz, que la moneda tiene sobre la vida entera de una nación, de cuya pobreza o riqueza, de cuyo orden o desorden es un signo inequívoco en muchas ocasiones, cabe aludir a otras funciones accesorias, no menos, esenciales del dinero siguiendo a Luis Olariaga<sup>28</sup> argumenta que aquellas resultan la de facilitar la acumulación de ahorro, al servir de depósito de valor, y la de hacer posible la actual estructura del sistema de precios, añadiéndose también, la de servir de instrumento de pagos diferidos, más esa función va implícita en la que desempeña como medida de valor.

La función de depósito de valor del dinero hizo posible una concentración indefinida de la riqueza ahorrada, y en forma líquida o disponible para ser convertida fácilmente en capital y hacer fructificar la producción,

<sup>28</sup> Teoría del dinero, Madrid, 1950, 2ª ed., p. 26.

llevando de un modo rápido los auxilios necesarios a cualquier parte del mecanismo económico y haciendo aprovechable la mayor parte de cuanto ante se dedicaba a estéril atesoramiento.

Y es evidente la importancia de que el dinero haya hecho factible la estructura de un sistema de precios puesto, que aparte de distribuir cómodamente la renta social permitiendo a cada cual consumirla libremente y según sus gustos, descubre en el mercado lo que la gente necesite para dirigir la producción, satisfaciendo la infinita multiplicidad de iniciativas que representa un mercado libre regulado por un sistema de precios.

## VII. Concepto de moneda

Las obligaciones de dar cuyo objeto está determinado como una cantidad de unidades de valor se denominan obligaciones monetarias<sup>29</sup>.

La moneda existe debido a que el hombre elaboró un concepto de dinero como uno de los instrumentos más significativos en el orden patrimonial de sus relaciones.

Y precisamente por ser el dinero, en cuanto moneda, un objeto distinto de los demás, a pesar de su materialidad, es por lo que su idoneidad se identifica como un bien de alcance jurídico, como un “bien de mediación” cuyas cualidades materiales e inmateriales son diferentes de las demás cosas.

La moneda irrelevante por sus cualidades físicas, es incapaz de dar una utilidad directa y constituye un bien que ejercita determinadas funciones sólo porque representa e incorpora una entidad abstracta, la cual verdaderamente da vida y potencia a las piezas monetarias; la ley, por lo demás, ha reservado a la moneda un tratamiento particular diverso de aquel de los demás bienes.

La moneda es un servicio público cuyos movimientos controla y dirige el Estado, orientada al bienestar del hombre a quien sirve<sup>30</sup>.

La moneda a pesar de su empiricidad, sin embargo, en cuanto símbolo representativo del dinero, no es como las demás cosas, puesto que tiene un

<sup>29</sup> Olivera, ob. cit., p. 16.

<sup>30</sup> López Olacirregui, J. M., Validez de las cláusulas convencionales que prevén la desvalorización de la moneda, JA 1953-III-89.



contenido metafísico y extropolado que supera la propia sustancia material del objeto en que se concreta.

Según proclamaran los clásicos, la moneda no es una mercancía, puesto que su utilidad no está en cuanto es una cosa de disfrute directo, sino en cuanto supone un instrumento de medida, por lo que su función es de mediación o de transformación, ya que, por sí misma carece de utilidad. Como dijera Adam Smith, la moneda es una vía sobre la que pasan ingentes cosechas, si bien por ella misma ni sirve ni produce nada. Su gran capacidad de mediación la expresó Keynes<sup>31</sup>, años atrás, al afirmar del dinero que es un eslabón entre el presente y el futuro. Si la moneda existe es debido a que el hombre ha llegado a elaborar un concepto del dinero como uno de los instrumentos más significativos en el orden patrimonial de sus relaciones vitales de convivencia y de trabajo.

### *A) Clases de moneda*

Teniendo en cuenta la aprehensión consustancial de la moneda –realidad empírica a la que se incorpora la idea de dinero– y su neta distinción con la abstracción propia del dinero, es relevante abordar la sistematización de la moneda vital para las obligaciones en moneda extranjera.

a) por razón de la materia que la que la integra se distingue la moneda metálica la acuñada en metales diversos, sean nobles –oro o plata– o no –cobre, níquel, cuproníquel–, y la moneda papel: la impresa en papel (billetes de banco).

La moneda metálica puede ser, además, divisionaria o fraccionaria, que es aquella cuyo valor en metal es considerablemente inferior al nominal y resulta obligatoria para pagos relativamente pequeños.

b) por razón del valor intrínseco se habla también de moneda metálica o efectiva, en contraposición a la moneda fiduciaria. La primera es aquella cuyo valor en metal se corresponde o aproxima con su valor nominal. La segunda es aquella cuyo valor intrínseco se corresponde mínimamente con el valor legal impuesto por la autoridad monetaria.

La moneda de papel fiduciaria, es tal, pues careciendo de garantía en metálico, se sustenta en la confianza de que será convertida al igual que la

<sup>31</sup> Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero, México, 1953, p. 282.

moneda representativa, en la oportunidad en que el tenedor la reclame de la entidad emisora.

c) por razón del sujeto que las acuña o pone en circulación se habla de moneda estatal y moneda creada por los particulares.

El papel moneda es el dinero que el Estado emite sin atribuirle ninguna garantía.

Por eso su rasgo es la inconvertibilidad.

Está sujeto a grandes oscilaciones en su valor, por la falta de respaldo y circula porque se lo impone mediante el curso forzoso y pues aun sin representar ninguna cantidad efectiva de valor, sirve para cancelar deudas, El Estado lo recibe en pago de los impuestos y demás cargos y resulta un instrumento para las transacciones de la vida diaria.

d) en función de su convertibilidad se distinguen la moneda definitiva de la moneda convertible o provisional, siendo que esta no puede reclamar nada contra el pagador pero tiene un derecho de crédito contra el emisor para convertir la moneda recibida en moneda definitiva.

## ***B) Funciones de la moneda***

La moneda tiene una función económica y una función jurídica.

En el primer aspecto, la idea de la moneda se relaciona con la noción de riqueza: medida general de todos los valores y encierra en sí misma la cantidad de valor que mide. La propiedad del dinero otorga igual omnipotencia de la que corresponde a la riqueza que la moneda mide.

Así la moneda es un medio abstracto de convertir a todas las riquezas en simples cantidades y al ser la medida de su valor, es el instrumento adecuado para el tráfico entre personas.

La función jurídica, es la de ser medio común de cancelación de créditos: ningún acreedor puede negarse a recibir en deudas, moneda de curso legal.

### *1. Moneda de contrato*

Es la medida objeto de la obligación, monto de la deuda en la época y en el lugar de la conclusión del contrato; es la divisa que expresa la obliga-

ción. Determina el quantum de la obligación y su objeto está in obligatio-  
ne. Resulta un elemento fundamental de la estipulación y se rige por la ley aplicable a la convención.

## 2. Moneda de pago

Constituye el medio y la medida del pago, pues sirve para determinar el momento y lugar de cancelación, la naturaleza y cantidad de especies amonedadas con las cuales liberará el deudor su obligación.

Esta especie mientras no concierne más que a las modalidades de cumplimiento, está sólo in solutione.

Analizando ambas nociones, si una obligación tiene por objeto moneda extranjera, su cancelación se opera mediante la entrega del valor prometido, y así la moneda de contrato será también la de pago. Un contrato firmado en Londres puede estipular 1000 dólares americanos pagaderos en libras esterlinas y así aquellos constituyen moneda de contrato y éstas son moneda de pago. Recíprocamente las libras pueden ser la moneda de pago. Y las libras pueden ser la moneda de contrato si se han convenido pagaderas en dólares y en este supuesto, aunque la obligación se refiere a la moneda doméstica como de contrato, es en realidad una obligación de moneda extranjera “camuflada”<sup>32</sup>.

Dos cuestiones a dilucidación resultan la forma de pago y lugar de pago; ello deriva de la interpretación, si el deudor puede o no cancelar una deuda de moneda extranjera en la moneda local del lugar de pago, considerando que la determinación de la moneda del contrato incide en la sustancia de la deuda.

Un enfoque<sup>33</sup> lo efectúa este autor para quien una cláusula de moneda ambigua, cabe interpretarla en términos de la moneda de pago del lugar: pago en dólares estadounidenses en N. York de un contrato acordado en Canadá. Tal criterio no debe ser riguroso, cuando en el lugar de pago circula una moneda que difiere de todas las que las partes pueden haber tenido en vista (existen dos o más lugares de pago cuyas unidades monetarias tienen idéntica denominación).

<sup>32</sup> Schoo Alberto D., Régimen jurídico de las obligaciones monetarias internacionales, Kraft, Buenos Aires, 1940, p. 539.

<sup>33</sup> Schoo, ob. cit., p. 549.

Otra perspectiva, debe solucionarse por el juez teniendo siempre en cuenta que el lugar de pago es sólo una presunción que puede ser desplazada si las particularidades del caso indican otro sentido.

### VIII. Obligaciones en moneda extranjera

Superados los antecedentes legales relativos al tema<sup>34</sup>, la única moneda legal con curso legal debe ser la nacional; siendo por el contrario, la deuda contraída en moneda extranjera, quedarán regidas por los principios y las reglas referentes a las obligaciones de dar cantidades de cosas. Tal la interpretación que le correspondía al art. 617 del Código de Vélez y en su momento la jurisprudencia interpretó que las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera, se cumplen entregando su equivalente en moneda nacional, al cambio corriente en el lugar y tiempo del pago<sup>35</sup>.

El Código Civil y Comercial en el art. 765, adopta las pautas precedentes: “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación.

Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

Lo relativo a moneda extranjera plantea distintas cuestiones: strictu sensu son las contraídas entre personas residentes en distintos países, aunque tales personas posean una misma nacionalidad, siempre que la moneda utilizada en sus transacciones pecuniarias sea ajena a la propia comunidad de pago. Esta última consideración es lo que califica prima facie de extranjera a una moneda. Sin embargo, puede existir un deslinde conceptual, pues puede haber obligaciones que sean pagaderas en moneda extranjera y que no rebasen el ámbito nacional, por ser contraídas entre ciudadanos de

<sup>34</sup> Salvat-Galli, Derecho Civil Argentino, Tea, Bs. As., 1952, 6° ed, Vol. I, p. 407, n° 464.

<sup>35</sup> Salvat-Galli, jurisprudencia citada nota 148; Es que en nuestro país, las monedas extranjeras no son dinero, sino cosas en cuanto objeto corporal susceptibles de tener un valor y en particular “cantidades”, por ser cosas indiferenciadas. Calificada doctrina –Alterini, Jorge Horacio, Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca–, LL 1987-E-873, las contrataciones monetarias en moneda extranjera importan deudas monetarias genéricas, pues dada la prohibición del tráfico de moneda extranjera, ella se ha convertido en un objeto escaso, de donde la previsión de su entrega en el contrato mueve a pensar que obedece a una condición esencial del mismo.

un mismo Estado y, propiamente aquellas otras obligaciones contraídas en moneda extranjera llamadas obligaciones monetarias internacionales por que una o varias personas que acuerdan el pago pertenecen a nacionalidades distinta y su moneda no les es común<sup>36</sup>.

Una interpretación derivada del art. 765 cit. es que cuando ciudadanos de un mismo estado contraen obligaciones en moneda extranjera –franco, libra, etc.– y están sometidos a un régimen de curso forzoso, la moneda prometida está in prestatione, pero no in solutione, por cuanto la moneda extranjera elegida, aunque se ha pactado en la prestación obligatoria, tan sólo actúa como un índole de valor para el momento del pago o ejecución de la deuda, si bien debe entregarse por el deudor en moneda de curso forzoso<sup>37</sup>.

Sin embargo cabría admitir que existe una facultas solutionis del deudor de pagar en la moneda del lugar de cumplimiento, siempre que, mediante ello, el acreedor reciba la prestación y vea satisfecho su derecho lo que ocurrirá en los casos que exista libre convertibilidad y el acreedor pueda transformar la moneda de pago en cualquier otra sin ningún perjuicio.

Cuestión controvertida es la consideración de la moneda extranjera como dinero o como simple mercancía, siendo, en principio, las soluciones relativas, pues la moneda extranjera puede conformar parte de una relación obligatoria en concepto diversos, e inclusive, desempeñar funciones económicas que impondrían la obligación de distinguir caso por caso, desechando cualquier solución apriorística acerca del tema.

Es de interés lo que señala Ascarelli<sup>38</sup> en cuanto, a salvo la función de la moneda extranjera como instrumento de pago y, por ende, como dinero, tampoco puede excluirse radicalmente la posibilidad de que ésta sea objeto de la prestación debida no como dinero, sino como simple cosa mueble atendiendo a sus cualidades extrínsecas.

En estos supuestos lo que interesa es la mera individualidad material de la moneda, con lo que la nacionalidad o extranjería monetaria devienen irrelevantes desde el punto de vista del cumplimiento de la obligación.

<sup>36</sup> Rodríguez Sastre, Antonio, Las obligaciones en moneda extranjera, Derecho Financiero, Madrid, 1968, p. 9.; Cfr. Compagnucci de Caso, en Alterini, Cód. cit. t. IV, 2º ed. p. 197, con cita de nuestro Tratado de Obligaciones, Prefacio, reitera que el art. 765 en realidad posibilita es el pago del equivalente en moneda de curso legal de una obligación en moneda que no sea de curso legal en la República.

<sup>37</sup> Rodríguez Sastre, ob. cit., p. 10.

<sup>38</sup> Divisa e divisa estera, Studi giuridici sulla moneta, Milano, 1952, p. 41, n. 6.

Supuestos típicos de la consideración de la moneda para que entren a formar parte de colecciones numismáticas. Señala Hernández Gil<sup>39</sup>, en estos, las divisas son cosas muebles que se venden al precio determinado por su cotización: la función de pago la realiza la cantidad de moneda nacional satisfecha en concepto de precio.

### ***A) Convenciones monetarias***

Tienen una diversa aplicación según el ámbito u espacio físico donde deba ejecutarse el débito. La internalización de la relación creditoria puede abarcar distintos países y regímenes jurídicos; se trata de la obligación monetaria internacional.

La otra especie con contenido en moneda extranjera, es la obligación pecuniaria en moneda extranjera. En este supuesto, esta moneda sirve para determinar la cantidad de moneda nacional, o de otra moneda extranjera, con la que se producirá la cancelación de la obligación.

### ***B) Cláusulas de estabilización***

En ciertas contrataciones se recurre al oro el que funcionará como unidad de medida respondiendo a la intención de los contratantes de precaverse ante la depreciación de la moneda. En este particular el oro desempeña un rol protagónico en la utilización de las cláusulas de estabilización que resultan una excepción al principio nominalista.

Estas cláusulas tienden a convertir las deudas de unidad monetaria en deudas de valor, soslayando el principio nominalista que rige toda deuda pecuniaria en sentido estricto.

Las llamadas cláusulas de estabilización son aquellos pactos que se agregan a los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida para regular el valor del precio del contrato con referencia a un producto o mercancía –oro, plata, trigo, etc.– que se efectúa con el nivel creciente o decreciente del poder adquisitivo de la moneda y permite calcular y hacer la conversión de la cantidad de dinero de curso forzoso que se ha de entregar en el momento del pago con el objeto de que represente el valor real o equivalente de las prestaciones según las circunstancias iniciales del contrato<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Derecho de las obligaciones, Madrid, 1988, p. 201.

<sup>40</sup> Cfr. Moisset de Espanés, L., Curso de obligaciones, Zavalía, Buenos Aires, 2004, Vol. I, p. 286.

En la hipótesis de la licitud de la convención que determine una deuda con referencia al valor del oro, tendrá como sustento el criterio que impone la equivalencia de las prestaciones sinalagmáticas como una pauta de la justicia conmutativa, base de los contratos de intercambio<sup>41</sup>.

Con esta estipulación, se trata de obtener una mayor o menor cantidad de dinero de curso forzoso con objeto de estabilizar la equivalencia de las prestaciones contractuales en relación al poder adquisitivo de dicha moneda depreciada. Las cláusulas de referencia, son una solución jurídica para resolver de un modo privado la alteración de un sistema monetario anormal.

### *C) Quid de la convertibilidad*

La obligación de dar moneda extranjera es aquella relación jurídica cuyo objeto es el de entregar una cierta y determinada cantidad de signos monetarios. Sin curso legal en el país. Cumplimentando las precedentes pautas y efectivizando la prestación que entre las partes vinculadas se hubiere convenido, se verificará el pago y consiguientemente el deudor será liberado.

El referido comportamiento no significa la conversión de la prestación adeudada en moneda de curso legal, más allá de su evolución en la esfera obligacional y derecho monetario argentino<sup>42</sup>.

Desde otra perspectiva existe en nuestro orden normativo, dos tipos de moneda la metálica y la moneda papel, las que resultan independientes.

El acreedor que concede su crédito en oro, estipula un objeto monetario válido y legal; el deudor que promete oro, se compromete a algo lícito que deberá cumplir. Nota característica de su obligación deberá entregar la moneda convenida u otra moneda nacional, siempre que en este último caso lo haga al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación (doc. ex-art. 619 Código de Vélez).

Esta opción que se acuerda de sustituir una moneda por otra en el momento del pago corresponde al principio de la ciencia y legislación monetaria según el cual las monedas de curso legal son de recibo inexcusable<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> López Olacirregui, J. M.; Obligaciones en pesos oro, Validez y efectos, JA 1951-IV-281.

<sup>42</sup> Alegría-Rivera, Ley de Convertibilidad Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 20.

<sup>43</sup> Alegría-Rivera, ob. cit., p. 20; López Olacirregui, Obligaciones en pesos oro cit. p. 287.

### D) Supuestos de cláusulas en moneda extranjera<sup>44</sup>

1. **Cláusula moneda extranjera fija**, es aquella en virtud de la cual, la obligación se extingue mediante la entrega de una suma de la moneda extranjera pactada sin que quepan ulteriores opciones en favor de cualquier otra.

2. **Cláusula valor moneda nacional**, es aquella cláusula en virtud de la cual, la determinación de la cuantía de moneda extranjera con que se libera la obligación se realiza tomando como módulo una suma de moneda nacional, moneda que entra a formar parte de la relación obligatoria como simple unidad de cuenta.

3. **Cláusula moneda extranjera alternativa**. Son aquellas cláusulas en virtud de las cuales una de las partes contratantes se reserva la facultad de elegir de entre varias monedas extranjeras, aquella en la que habrá de verificarse el pago de la obligación.

4. **Cláusula multidivisa**. Es una cláusula típica de algunos contratos internacionales de préstamo en virtud de la cual, el acreedor se reserva el derecho de reclamar al deudor el pago de la cantidad debida en la moneda de su país, en la misma moneda prestada, o bien en su equivalente en la moneda del país del acreedor, pudiéndose verificar la reducción conforme al cambio vigente al tiempo en que se concedió el préstamo, o con arreglo a un tipo convenido; de esta forma, podrá el acreedor beneficiarse con el rumbo favorable que tome la moneda del país del deudor.

5. **Cláusula valor moneda extranjera**. Es aquella en virtud de la cual, el pago de la obligación deberá efectuarse en moneda nacional, determinándose su cuantía de forma mediata en función del valor que en el momento del pago tenga la moneda extranjera tomada en consideración.

6. **Cláusula con garantía de cambio**. Es una cláusula que se incorpora a las obligaciones en moneda nacional y en virtud de la cual, la suma debida es calculada en función de una paridad preestablecida entre aquella moneda nacional o entregar al tiempo del pago deberá aumentar o disminuir, según que ésta se devalúe o revalúe frente a la moneda extranjera, o cuando la devaluación o revaluación tenga lugar por encima de un determinado límite.

<sup>44</sup> Seguimos a Nussbaum, ob. cit., p. 295 y ss.; y Ascarelli, T., Danaro evaluta, *Obbligazioni, Pecuniae*, Bologna, Roma, 1963, p. 223 y ss..



7. *Cláusula oro*. Esta estipulación tiene diversas significaciones sin efectuar mayores clarificaciones, Nussbaum la define como el pacto en virtud del cual el deudor ha de pagar en oro o en valor oro el importe de la deuda<sup>45</sup> y Schoo<sup>46</sup> como una convención por la cual el deudor no podrá liberarse sino mediante el pago de una suma de dinero del mismo valor oro que el contenido en la cantidad recibida al momento de la conclusión del contrato, siendo indispensable que la moneda de pago tenga el mismo valor real adquisitivo de oro que tenía la moneda del contrato.

Es válida la convención que introduce la cláusula oro<sup>47</sup> la que no resulte lo mismo que el pago en oro, o que la cláusula valor oro.

La cláusula oro consiste en el pago de oro no amonedado, pues ha sido siempre una mercancía: en el particular, el deudor se ha obligado a entregar oro en cierto porcentaje y, por supuesto de cierta calidad. El deudor debe entregar el importe del crédito en moneda de oro o en valor oro.

Y se busca eludir la oscilación del poder adquisitivo de la moneda corriente, sometiéndose en las deudas de dinero, a las oscilaciones menos frecuentes del poder adquisitivo del oro<sup>48</sup>.

Puede ocurrir que se emplee la fórmula, en algún contrato, de “cláusula moneda oro o plata”, pero deberá interpretarse, no en el sentido estricto de moneda, sino en el de “valor oro o plata, como punto de referencia para la determinación de la cantidad de dinero de curso forzoso que deberá entregar el deudor”.

La segunda alternativa resulta la estipulación pago en oro que es el pago en oro amonedado en razón del curso legal del oro y se pacta que el pago ha de hacerse en monedas de oro. Se está en el mismo caso si se acuerda el pago en otra moneda metálica de curso legal como la plata.

Cuestión de controversia resulta si la “cláusula pago en oro” es lícita cuando el papel moneda tiene curso legal y se acepta la propuesta si se efectúa dentro del curso legal del papel moneda<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Ob. cit. p. 206.

<sup>46</sup> Ob. cit. p. 45, n. 83.

<sup>47</sup> L.L. 43-479.

<sup>48</sup> L.L. 43-439.

<sup>49</sup> Cfr. Dualde, J., Cláusula pago oro, Revista de Derecho Privado, Enero 1947, p. 1 y s.s.; Klein G. W., La cláusula oro y la legislación argentina, JA 1942-IV-67 y s.s.

En tercer lugar cabe introducir contractualmente la cláusula valor oro, donde el oro no integra la prestación<sup>50</sup> sino que únicamente sirve como término de referencia y medida de valor para determinar la suma de monedas de curso legal o forzoso –usualmente papel moneda– con que ha de realizarse la prestación y extinguirse la obligación. En esta estipulación el valor oro es dinero de cuenta que sirve de referencia, de comparación, para precisar el monto o importe de la relación que se va a satisfacer en papel moneda. El deudor entregará papel moneda en cantidad suficiente para representar lo que valdría el oro en ese momento.

La circunstancia de la convertibilidad de la deuda a moneda de curso legal en el supuesto de existir cláusula oro o valor oro, supone un normal desenvolvimiento y no afecta para nada a la moneda, ni tampoco altera la razón de firmeza y garantía que el nominalismo atribuye al dinero, señalándose un valor de referencia determinado y concreto.

Roca Sastre cuando trata el tema sostiene –entre otros motivos– que no hay ninguna razón moral ni de orden público que se oponga a la cláusula citada, ello fundamentalmente porque el acreedor, que es el favorecido por la “cláusula valor oro”, no persigue un lucro, no se produce para él un enriquecimiento, y menos un enriquecimiento que pueda considerarse como exagerado, como ilícito; lo único que persigue el acreedor es soslayar un perjuicio, y el prever y evitar un perjuicio no es un lucro desorbitado e ilícito, sino que constituye una medida de previsión perfectamente admisible.

De manera que vale reiterar que en esta estipulación, el oro se toma sólo como punto de referencia para medir la cuantía de la prestación dineraria que se hará en billetes.

Recuerda Garrigues<sup>51</sup> que los autores estiman que dentro de la “cláusula oro” debe considerarse implícita la “cláusula valor oro” y cita a Nussbaum<sup>52</sup> para quien bien puede concederse al deudor, por virtud de la cláusula oro, la facultad de elegir entre el oro y el valor oro, teniendo en cuenta que el oro no es objeto de pago sino base de cálculo para el pago.

Geny<sup>53</sup> entiende –y así orienta a la jurisprudencia francesa– como la cláusula “payable en or” es aquella mediante la que el acreedor asegura

50Roca Sastre, Eficacia de la cláusula valor oro, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, p. 5.

51Dictámenes de Derechos Mercantil, Madrid, 1976., Vol. I, p. 943.

52Ob. cit. p. 268.

53La validité juridique de la clause “payable eu or”, dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé, Revue Trimestrielle de Droit Civil, XXV, 1926, p. 564.

una cantidad de francos papel equivalente a la del valor de la cantidad de oro estipulada.

Y no por eso se deja de identificar la “cláusula oro y la valor oro”.

Considera que se trata de una norma de carácter dispositivo y no imperativa, por lo que cabe una derogación voluntaria realizada por las partes en cuanto se especifica la moneda de pago.

Y la circunstancia de que se haya insertado en un contrato la cláusula oro en cualquiera de sus formas (moneda oro o valor oro), no quita a la obligación su carácter de deuda pecuniaria; el objeto de la obligación siempre se encuentra constituido por el dinero: lo que ocurre es que no se conviene una suma fija, con su monto determinado en el mismo contrato, sino que la que debe entregarse varía conforme a la relación existente entre el dinero de curso legal y el oro mercancía o la moneda de oro prevista<sup>54</sup>.

## **IX. Final**

El criterio general de deudas en divisas o bien de pactos en moneda extranjera –salvo excepciones temporales donde suelen implantarse restricciones al tráfico de divisas– el deudor cumplirá bien entregando un número de unidades monetarias igual al que recibió, con independencia de su el valor real de la moneda que sustituye a la pactada es o no el mismo recibido.

En nuestro medio el pago de una deuda en moneda extranjera se rige por el art. 765 ap. 2 C.C. y C.N. o cancelación en la especie convenida tiene distintos sustentos: en primer lugar el precepto rige en ausencia de estipulaciones contractuales que lo reglamenten. En segundo término, sería ilusorio el pacto en moneda extranjera si indiscriminadamente se atribuyera al deudor la facultad de verificar el pago en la moneda que más le convenga; como tercera cuestión, sería ir contra la letra y espíritu del Código –art. 958, “las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido”; art. 868, “el acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor”– y, de mediar “control de cambios” en cualquiera de sus manifestaciones, se vulneraría el principio de integridad del pago –art. 869– pues la insuficiencia de la prestación determinaría la ausencia de cancelación (o extinción) de lo debido.

<sup>54</sup> Salas Acdeel, E. La cláusula oro y la teoría de la presuposición, JA Doctrina, 1943-II-43.

VI  
HOMENAJES



Buenos Aires, 14 de febrero de 2018

VISTO que el día 12 de febrero ha fallecido el académico titular doctor José Domingo Ray,

CONSIDERANDO que el doctor José Domingo Ray ha sido académico titular desde el año 1975, y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

Que el doctor José Domingo Ray fue secretario académico de la Corporación, (1983/1986 y 1989/1992); tesorero (1986/1989), vicepresidente (1992/1995) y presidente (1995/1998),

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 14 de febrero, por el que se participa el fallecimiento del doctor José D. Ray.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Designar al académico titular doctor Alberto Rodríguez Varela para que haga uso de la palabra en representación de la Corporación en el sepelio del doctor José Domingo Ray.

ARTÍCULO 4°. Rendir honores al doctor José Domingo Ray en la primera reunión del año de la Academia, a realizarse el día 22 de marzo de 2018.

ARTÍCULO 5°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 1/2018



# DESPEDIDA

POR ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA\*

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, vengo a despedir al Doctor José Domingo Ray, quien a lo largo de cuarenta y tres años la integró como miembro de número, dándonos a todos los que tuvimos el privilegio de tratarlo y gozar de su amistad el ejemplo de su vida rectilínea.

Ray fue brillante en todos sus emprendimientos intelectuales. Se graduó en el Colegio Champagnat con medalla de oro. Estudió Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Tenía veintidós años cuando egresó como abogado con medalla de oro y el promedio más alto de su curso, por el que le fue discernido el premio Alberto Tedín Uriburu. Recibió, asimismo, el Premio Raymundo J. Salvat, en mérito a que fue calificado con nota sobresaliente en todos los cursos de Derecho Civil.

Por razones de conciencia, y del disenso que mantenía con el clima universitario existente al tiempo de su graduación, postergó la presentación de su tesis doctoral que finalmente entregó al jurado en 1958 y que versó sobre “Particularismo y Autonomía del Derecho de la Navegación”. Fue calificada sobresaliente y recomendada al Premio Facultad.

En 1957 inició su carrera como catedrático de Derecho de la Navegación que culminó con su designación como Profesor Ordinario Titular de Derecho de la Navegación. Muchos años después, el Consejo Superior lo nombró Profesor Emérito.

En forma paralela y constante, fue publicando importantes libros y artículos que no puedo reseñar en esta breve evocación. Sólo recordaré los cuatro volúmenes de su “Derecho de la Navegación” que contribuyó a cimentar su fama de figura destacada de dicha disciplina, no sólo en la Argentina sino también en el exterior. Con ese bagaje intelectual representó a nuestro país en numerosas conferencias del Comité Marítimo Interna-

---

\* Palabras pronunciadas por el Académico doctor Alberto Rodríguez Varela en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico doctor José Domingo Ray



cional como las celebradas en Amsterdam, Mónaco, Nueva York, Tokio, Amberes, Bruselas, Hamburgo, Singapur y Vancouver.

A esa notable actividad intelectual debemos sumar los cursos, seminarios y clases de doctorado que dictó en la Facultad de Derecho y su participación en comisiones diversas, especialmente en el Consejo Académico que tuve el honor de presidir y que estaba integrado por consulares como Aquiles Guaglianone, Alberto Rodríguez Galán, Hugo Caminos, Víctor Tau Anzoátegui, Fernando Barrancos y Vedia y otros profesores de la casa. Ray fue un protagonista importante en esos debates inolvidables en los que intercambiábamos ideas, coincidíamos frecuentemente, a veces discrepábamos, pero siempre guardando el respeto y la consideración mutua. Allí todos forjamos lazos muy sólidos de amistad que después se intensificaron cuando la discordia se acentuó en nuestro país y quedamos afuera de la Universidad, tanto la Academia, que fue expulsada en 1973 de su histórica sede, como sus integrantes, que renunciamos a nuestras cátedras.

Toda esa actividad desplegada con celo ejemplar por Ray lo condujo naturalmente, en 1975, a nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, para la que fue propuesto en nota que firmaron los académicos Manuel M. Diez, Miguel Marienhoff, Carlos Juan Zavala Rodríguez y Federico Videla Escalada.

Fue electo por unanimidad para ocupar el sillón que lleva el nombre de Manuel Obarrio y cuyo anterior titular había sido, hasta su lamentado fallecimiento el Doctor Atilio Dell Oro Maini.

En la Academia Ray fue, en distintos períodos, secretario, tesorero, vicepresidente y finalmente presidente en el período comprendido entre 1995 y 1998. Además, a lo largo de cuatro décadas, continuó publicando trabajos de su especialidad. Los anales guardan en sus páginas el texto de sus disertaciones y dictámenes.

No quiero cerrar estas líneas de despedida sin recordar que José Domingo Ray fue un hombre de firmes principios morales y religiosos, que nunca ocultó, y de los que dio testimonio con su vida personal, familiar y profesional irrepachable. No le faltaron, empero, dolorosas tribulaciones que soportó con entereza ejemplar.

Pedimos, por ello, al Señor Misericordioso, en quien él creyó y esperó con Fe sincera, le conceda el reposo eterno y que la luz perpetua lo ilumine.

Querido Pepe: ¡descansa en paz!

Buenos Aires, 4 de junio de 2018

VISTO que el día 3 de junio ha fallecido el académico titular doctor Jorge H. Alterini,

CONSIDERANDO que el doctor Jorge H. Alterini ha sido académico titular desde el año 2000, y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

Que el doctor Jorge H. Alterini fue secretario académico de la Corporación (2004/2007 y 2010/2013) y tesorero (2007/2010),

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 martes 5 de junio, por el que se participa el fallecimiento del doctor Jorge H. Alterini.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Designar al académico titular doctor José W. Tobías para que haga uso de la palabra en representación de la Corporación en el sepelio del doctor Jorge H. Alterini.

ARTÍCULO 4°. Rendir honores al doctor Jorge H. Alterini en la próxima reunión del año de la Academia, a realizarse el día 14 de junio de 2018.

ARTÍCULO 5°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 3/2018



# DESPEDIDA

POR JOSÉ W. TOBÍAS\*

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, vengo a despedir a su miembro de número, Jorge Horacio Alterini.

Lo hago bajo la conmoción y el dolor que ha causado en todos nosotros la inesperada noticia, aunque con el consuelo que nos deja el ejemplo de su conducta personal; su vida recta y su saber de jurista y magistrado.

Jorge fue brillante en todos sus emprendimientos. Se graduó con medalla de oro en el Colegio Nacional Mariano Moreno y obtuvo el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con el premio Universitario (medalla de oro). Alcanzó el grado de Doctor en Jurisprudencia en la Universidad Nacional de La Plata con su tesis doctoral que fue calificada de Sobresaliente.

Luego de una extensa carrera docente en la facultad donde se graduó y en las Facultades de Ciencias Jurídicas de la Universidad nacional de La Plata y Católica Argentina, las tres universidades lo designaron Profesor titular emérito.

Honró durante 27 años con su saber y sus votos una de las Salas mas prestigiosas de la Cámara Nacional en lo Civil. Se destacó por su temple de jurista, por la sabiduría de sus opiniones y el equilibrio ponderado de su prudencia. Aludiendo a su desempeño judicial, el Académico Roberto Martínez Ruiz destacó en el discurso de su recepción a la Academia, que el nuevo miembro había cumplido con creces una antiquísima inscripción al lado del rey Carlos X existente en el frontispicio de unas de las viejas Cortes de Apelaciones, que decía: “la fuerza que os he dado en poder, devolvédmela en derecho y justicia”.

---

\* Palabras pronunciadas por el Académico doctor José W. Tobías en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico doctor Jorge H. Alterini.

Sus aportes a la Codificación del derecho privado son notorios. Fue miembro de las Comisiones que elaboraron los Proyectos de 1987, de la Comisión federal y de 1998 (todos antecedentes relevantes del Código Civil y Comercial).

Se incorporó a la Academia en el año 2000 a propuesta de los recordados académicos Santos Cifuentes, Jose Domingo Ray y Federico Videla Escalada y de su actual presidente Jorge Vanossi. Quiso el destino que ocupara el sitial del eminente Civilista Alfredo Colmo y que su antecesor inmediato fuera otro insigne civilista, Elías Guastavino, quien fue también Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Jorge Alterini nos deja a todos un imborrable recuerdo: A su esposa (no recuerdo haberlo visto en un evento científico sin la compañía de Graciela) a sus seis hijos (en especial a Ignacio y Francisco a quienes les cabe la satisfacción y el orgullo de haber elaborado con él su Tratado de derechos reales), al resto de su familia, a sus amigos, a quienes lo conocieron y, también, a quienes no lo conocieron personalmente, sino a través de su obra (he podido comprender esto último con el caudal de mails y mensajes de texto que he recibido de jóvenes docentes ayer y hoy).

No es esta una semblanza ni un retrato de Jorge, sino un recuerdo emocionado en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

## VII

### DECLARACIONES, DICTÁMENES Y PREMIOS



## EN LA SEMANA DEL DÍA DEL NIÑO POR NACER

### DECLARACIÓN EN DEFENSA DE LA VIDA

Esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que en diversas declaraciones y dictámenes ha emitido su criterio al respecto, estima oportuno recordar que el derecho a la vida desde el momento de la concepción se encuentra implícitamente protegido en el artículo 33 de la Constitución Nacional y ha sido consagrado de modo explícito en varias constituciones provinciales.

Se halla también amparado por el artículo 4.1 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, aprobada por la ley 23.054 y conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en la que se reconoce que “persona es todo ser humano” a partir del momento de la concepción, con “derecho a la vida” y debiendo estar protegida por la ley; y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Los proyectos ahora bajo examen vulneran el derecho intrínseco a la vida consagrado en normas de jerarquía constitucional como los artículos 1 y 6.1 de la *Convención sobre Derechos del Niño*, con la *reserva* que formuló el artículo 2 de la ley 23.849 al disponer que dicho artículo 1 “debe interpretarse en el sentido que se entiende niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”, fijando de esta forma las “*condiciones para la vigencia*” de la Convención (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Los proyectos de ley violan, asimismo, otras normas de jerarquía constitucional que resguardan de modo estricto el derecho a la vida, como el artículo 3 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948); el artículo I de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), cuyo texto declara que “todo ser humano tiene derecho a la vida”; el artículo 1, párrafo 2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en el que se reconoce que “persona es todo ser humano”;



y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (aprobado por ley 23.313), cuyo artículo 6 proclama que “todo ser humano tiene derecho a la vida”.

Esta Academia Nacional, ante proyectos de aborto no punible, también destaca su inconstitucionalidad, porque la Constitución garantiza el derecho a la vida desde el embarazo (artículo 75, inc. 23), al promover medidas de acción positiva a favor del niño y de la madre, por parte del Congreso de la Nación, evitando en todo caso su “desamparo”. En ello cabe un régimen asistencial público que proteja ambas vidas y, a la vez, dé a la madre la posibilidad de entregarlo en *adopción*, cumpliendo un régimen legal regulatorio a esos efectos.

Y, en concordancia con el criterio fijado por los autores de la Ley Fundamental, el Código Civil y Comercial declara que la existencia de la persona humana comienza con la concepción (artículo 19).

Por todo ello, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el ejercicio del derecho de peticionar a las autoridades, solicita a la H. Cámara de Diputados de la Nación que, al tratar el o los proyectos de ley, prevalezca el respeto a la Constitución y a los Convenios Internacionales citados, como así también el trámite parlamentario previsto en los Reglamentos de ambas Cámaras del Congreso que se contemplan en el artículo 66 de la Constitución Nacional.

Buenos Aires, 20 de marzo de 2018.

Roberto E. Luqui  
Académico Vicepresidente

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente

Emilio P. Gneco  
Académico Secretario

# DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires declaró el 12 de mayo de 2017 que la aplicación de la ley penal más benigna, tal como está regulada en el art. 2 del Código Penal, es una garantía que por integrar el concepto de ley penal previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional, y adecuarse a las prescripciones de los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no puede ser desconocido por una sociedad y su dirigencia, si es que aspiran a una convivencia democrática basada sobre la tolerancia, la libertad, la dignidad, el progreso y demás metas propuestas en el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental.

Esta Academia reitera que el criterio hermenéutico aplicado el 3 de mayo de 2017, por la mayoría de los jueces de la Corte Suprema en la causa “Muiña”, se ajustó a una estricta aplicación de la ley conforme a las reglas del Estado de Derecho. Además, es relevante tener presente que el mismo principio de benignidad consagrado en el art. 2 del Código Penal y en las mencionadas normas de jerarquía constitucional, rige en el ámbito de aplicación del Estatuto de Roma (art. 24.2) que regula la actividad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional con competencia para juzgar los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, sin distinguir el carácter o la gravedad del delito.

La ley 27.362, sancionada en un clima de precipitación, improvisación y agravios a la independencia del Poder Judicial de la Nación, no tiene carácter aclaratorio de la ley 24.390 y del art. 2 del Código Penal. Constituye un nuevo ordenamiento que bajo ningún concepto podría aplicarse de modo retroactivo sin vulnerar el art. 18 de la Constitución Nacional.

Ante el anunciado tratamiento por la Corte Suprema de las cuestiones de derecho federal que se reseñan precedentemente, y en cumplimiento del

objetivo estatutario de esta Academia, expedimos esta declaración con el propósito de contribuir a la sensatez republicana.

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2018.

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente

# ÍNDICE

## ANALES 2018

### I. INCORPORACIONES

#### **Incorporación del Académico Titular doctor Alberto J. Bueres**

Discurso de recepción por el Académico doctor José W. Tobías ..... 17

*Obligaciones de medios y de resultado.* Disertación pronunciada por el doctor Alberto J. Bueres, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 24 de mayo de 2018 ..... 21

#### **Incorporación del Académico Correspondiente doctor Jorge H. Gentile**

Discurso de recepción por el Académico doctor Gregorio Badeni ..... 49

*Hacia un tratado internacional sobre libertad religiosa.* Disertación pronunciada por el doctor Jorge H. Gentile, en oportunidad de su incorporación como Académico Correspondiente en Córdoba, en la sesión pública del 28 de junio de 2018 ..... 53

#### **Incorporación del Académico Titular doctor Rodolfo L. Vigo**

Palabras de apertura del acto por el Académico doctor Roberto E. Luqui..... 83

Discurso de recepción por el Académico doctor Alfonso Santiago ..... 85

*Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones.* Disertación pronunciada por el doctor Rodolfo L. Vigo, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 23 de agosto de 2018. 89

#### **Incorporación del Académico Titular doctor Guillermo J. Yacobucci**

Discurso de recepción por el Académico doctor Alfonso Santiago ..... 149

*La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual.* Disertación pronunciada por el doctor Guillermo J. Yacobucci, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 6 de diciembre de 2018 ..... 153

## II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>Presunciones</i> . Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 12 de abril de 2018 .....	185
<i>Contribución de cancilleres argentinos a la ‘paz internacional’ mediante el derecho</i> . Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 26 de abril de 2018. ....	197
<i>La persona humana, el derecho a la vida y el aborto</i> . Comunicación del Académico doctor Eduardo A. Sambrizzi, en la sesión privada del 10 de mayo de 2018. ....	261
<i>Ficciones y realidades sobre los derechos de la niñez. El niño con discapacidad y el derecho a la educación</i> . Comunicación de la Académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 14 de junio de 2018. ....	273
<i>Semblanza del académico José Antonio Terry</i> . Comunicación del Académico doctor José O. Casás, en la sesión privada del 12 de julio de 2018..	329
<i>Derecho animal. Algunas propuestas</i> . Comunicación del Académico doctor José W. Tobías en la sesión privada del 9 de agosto de 2018. ....	351
<i>Particularidades del Derecho Electoral</i> . Comunicación del Académico doctor Alberto R. Dalla Via en la sesión privada del 13 de septiembre de 2018. ....	377
<i>Una asignatura ausente en el régimen constitucional: la “consulta” orgánica, plurisectorial y permanente</i> . Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi en la sesión privada del 27 de septiembre de 2018. ....	395
<i>La SAS y las normas generales de la ley de sociedades</i> . Comunicación del Académico doctor Rafael M. Manóvil en la sesión privada del 11 de octubre de 2018. ....	407
<i>Oralidad y tecnología</i> . Comunicación del Académico doctor Enrique M. Falcón, en la sesión privada del 8 de noviembre de 2018. ....	431
<i>La Jurisdicción Federal en los Estados Unidos: semejanzas y diferencias con nuestra jurisdicción federal</i> . Comunicación del Académico doctor Alberto B. Bianchi, en la sesión privada del 22 de noviembre de 2018..	441

<i>El caso Janus de la Corte Suprema de los Estados Unidos: alcances en materia de libertad sindical e implicancias en la realidad Argentina.</i> Comunicación del Académico doctor Daniel Funes de Rioja, en la sesión privada del 13 de diciembre de 2018. ....	491
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

### III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo. ....	517
Instituto de Derecho Civil. ....	521
Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”. ....	523
Instituto de Derecho Empresarial. ....	525
Instituto de Derecho Internacional Público. ....	531
Instituto de Derecho Penal. ....	533
Instituto de Derecho Procesal. ....	535
Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ....	537
Instituto de Derecho Tributario. ....	539

### IV. XXII REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

<i>Sobre las academias nacionales hoy.</i> Palabras del Académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires doctor Jorge R. Vanossi en la apertura de la XXII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2018. ....	543
<i>Significación del daño moral.</i> Disertación pronunciada por el Académico Mariano Gagliardo, en la XXII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2018. ....	545
<i>La familia y el matrimonio en el nuevo Código.</i> Disertación pronunciada por el Académico Eduardo A. Sambrizzi, en la XXII Reunión Conjunta	

de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2018. ....	579
<i>La relación entre la Corte Suprema argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</i> Disertación pronunciada por el Académico Alfonso Santiago, en la XXII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2018. ....	591
<i>Las nuevas tendencias en el Derecho Administrativo.</i> Disertación pronunciada por el Académico Juan Carlos Cassagne, en la XXII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 25 y 26 de octubre de 2018. ....	629

## V. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

<i>Los derechos humanos y su efectiva tutela estatal.</i> Disertación del académico presidente doctor Jorge R. Vanossi, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, realizado los días 22, 23 y 24 de noviembre en Madrid, España. ....	663
<i>La articulación entre los sistemas nacionales e interamericano de protección de los Derechos Humanos: el Principio de Subsidiariedad.</i> Disertación del académico doctor Alfonso Santiago, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, realizado los días 22, 23 y 24 de noviembre en Madrid, España. ....	705
<i>Influencia del Derecho Público en el Derecho de Familia.</i> Disertación del académico doctor Eduardo A. Sambrizzi, actuando en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, realizado los días 22, 23 y 24 de noviembre en Madrid, España. ....	715
<i>Obligaciones dinerarias.</i> Disertación del académico doctor Mariano Gagliardo. ....	731

## VI. HOMENAJES

<i>Doctor José Domingo Ray. Resolución del 14 de febrero de 2018 .....</i>	765
Palabras pronunciadas por el Académico doctor Alberto Rodríguez Varela en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico doctor José Domingo Ray .....	767
<i>Doctor Jorge H. Alterini. Resolución del 4 de junio de 2018 .....</i>	769
Palabras pronunciadas por el Académico doctor José W. Tobías en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico doctor Jorge H. Alterini .....	771

## VII. DECLARACIONES, DICTAMENES Y PREMIOS

Declaración en defensa de la vida .....	775
Declaración Caso Muiña. Ratificación .....	777



