

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA  
AÑO LXIV - NÚMERO 57  
2019

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 57.

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 antídotos 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.*
- 18.- *Estudios de los Derechos Personalsimos. Obra en homenaje al académico Santos Cifuentes.*
- 19.- *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*

#### INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

##### SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

- 1.- *Estudios de Derecho Civil.*
- 2.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*

#### 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.*
- *El Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.*

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.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2017.*

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. Roberto E. Luqui*

Vicepresidente

*Académico Dr. Emilio P. Gnecco*

Secretarios

*Académico Dr. José W. Tobías*

*Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi*

Tesorero

*Académico Dr. Alberto B. Bianchi*

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	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Juan Bautista Alberdi	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

## 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. 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
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez	Colombia	8 agosto 2019

## 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. 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 Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022

## 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. Bidau  
Dr. Eduardo Bidau  
Dr. 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. Hugo Caminos  
Dr. Francisco Canale  
Dr. José O. Casás  
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 Ibaguren  
Dr. Eduardo Labougle  
Dr. Héctor Lafaille  
Dr. Héctor P. Lanfranco  
Dr. Hilario Largaía  
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 Guñazú  
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 Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos



I  
INCORPORACIONES





# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JORGE R. VANOSI<sup>1</sup>

El doctor Carlos Alberta Etala, con quien me une una entrañable amistad, nació el 10 de enero de 1940. Cursamos todo el ciclo del Colegio Nacional y los inolvidables años de nuestra vida universitaria, con vocación, alegría y entusiasmo estudiantil.

El académico Etala cursó la carrera de abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, de la que egresó en el año 1965, y obtuvo allí su doctorado en 2001 por su tesis “Principios de aplicación e interpretación de las normas de derecho del trabajo en el ordenamiento jurídico argentino”.

Junto con su mujer, Nelly, formó una familia que integran también sus hijos, Santiago y Lisandro, y sus nietas Lola y Jacinta.

El beneficiario ha desarrollado una amplia carrera docente, ostentando cuatro títulos de catedrático: **Profesor Titular de Derecho Laboral y Relaciones Laborales** de la Carrera de Especialización en Asesoría Jurídica de Empresas del Departamento de Graduados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; **Profesor Regular Titular de Derecho del Trabajo II** de la Carrera de Licenciatura en Relaciones del Trabajo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; **Profesor Regular Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social** de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, y **Profesor Consulto Titular** designado por el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires.

Además, se ha desempeñado como Profesor invitado en los Cursos de Posgrado de la Universidad Católica de Buenos Aires y de Salta, y como

---

<sup>1</sup> Discurso de recepción del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 25 de abril de 2019.

Profesor de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, entre otras.

Es autor de numerosos libros, entre ellos “Contrato de Trabajo”, que ha tenido sucesivas y cada vez más completas actualizaciones y ediciones; “Derecho Colectivo del Trabajo”, una obra de ineludible referencia en la materia; “Derecho de la Seguridad Social”; “Interpretación y aplicación de las normas laborales”; “La reforma laboral en América Latina”; y “Diccionario Jurídico de interpretación y argumentación”.

Desde el año 1971 en adelante, ha publicado más de 120 artículos, ensayos y comentarios a fallos, en diversas revistas especializadas, nacionales y extranjeras.

Cabe destacar que, de sus publicaciones, es el autor más citado en los fallos judiciales del fuero laboral, lo cual enaltece el respeto y prestigio que lo honra.

En esas contribuciones no ha dejado tema por estudiar o abordar, con singular perspectiva y particular agudeza, desde la libertad sindical al derecho de huelga; desde las normas internacionales y la labor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al orden público laboral; desde la buena fe en el derecho del trabajo a la interpretación de las normas en el nuevo Código Civil y Comercial.

Ha participado en diversos congresos y seminarios en instituciones y casas de estudio de prácticamente todas las provincias del país y ha dictado conferencias en el extranjero, entre ellas en la Fundación Friedrich Ebert, de Lima, Perú; en el Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad de París III, en Francia y ante la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, en Montevideo, Uruguay.

Su actuación pública es vasta.

El académico Etala ha sido **juez del Tribunal del Trabajo Nro. 2 del Departamento Judicial de San Martín**, Provincia de Buenos Aires y **árbitro integrante del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande**.

Asimismo, ejerció el cargo de Director Nacional de Policía del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación; integró la Comisión de Expertos para la Reforma de la Ley de Contrato de Trabajo en 1987; fue Director del Sistema Único de Registro Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y Presidente del Consejo Na-

---

cional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, entre 1992 y 1996.

También fue Secretario de Estado de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación; Delegado Titular Gubernamental Permanente ante el Consejo de Administración de la OIT y miembro del Comité de Libertad Sindical de la OIT en representación del Gobierno Argentino entre 1993 y 1996.

Por último (*last but not least*), el doctor Etala ha integrado la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo; la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y la Sección Teoría General de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, y se desempeñó como Consultor de la OIT designado Coordinador del Programa Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, entre otros cargos que dan cuenta de su valía profesional y científica.

Fue designado académico titular de nuestra entidad el 13 de diciembre de 2018.

Querido y noble amigo, viejo cofrade de la escuela secundaria y de la Facultad, tras estas breves palabras, que por cuestiones de tiempo no hacen justicia a tu amplia trayectoria y aporte al mundo del derecho del trabajo, estamos listos para escuchar con atención tu discurso de incorporación a esta Academia, que se jerarquiza con tu designación.



# PROBLEMAS CENTRALES EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS Y LAS CONTROVERSIAS LABORALES

POR CARLOS ALBERTO ETALA<sup>2</sup>

A partir del fenómeno social básico que constituye el sustrato material de las normas del derecho del trabajo, este es, la prestación por parte de ciertas personas de su fuerza de trabajo bajo la dependencia de otras a cambio de una remuneración, las distintas disposiciones que a él se refieren consideran aspectos diferentes. Por un lado, existen normas que rigen la relación que se establece entre un trabajador y un empleador individualmente considerados y sobre la cual se elabora doctrinariamente la teoría del contrato de trabajo y, por otro, surgen normas que se refieren a las relaciones que vinculan a un empleador o un grupo de empleadores con los grupos de trabajadores o las organizaciones que los representan. Como es sabido, el primer conjunto de normas constituye el contenido del derecho individual del trabajo, el segundo, el del derecho colectivo del trabajo.

Para distinguir entre conflictos y controversias del trabajo habrá que recordar que en el Tercer Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en La Plata en el año 1965, en la Comisión presidida por el recordado maestro Enrique Fernández Gianotti, se definió el “conflicto de trabajo” como “cualquier desinteligencia con relevancia jurídica, que se produzca en las relaciones enmarcadas por el derecho del trabajo, en sus dos ramas, la individual y la colectiva”. En cuanto al concepto de “controversia”, el maestro español Guillermo Cabanellas de Torres, quien viviera en la Argentina y falleciera en nuestra Ciudad de Buenos Aires en 1983, propuso que se distinguiera entre “conflicto” y “controversia” porque esta distinción intentaba reflejar etapas diferentes en el decurso de la desinteli-

---

<sup>2</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 25 de abril de 2019.

gencia laboral. Mientras la expresión “conflicto” –según esta perspectiva– debía aplicarse para designar las pugnas que se producen en las relaciones laborales reveladoras de posiciones antagónicas que, teniendo su origen en intereses opuestos, conducen necesariamente a una actitud de lucha, la expresión “controversia” aplicada a las relaciones del trabajo, era indicada para designar una etapa distinta del conflicto, pues, mientras en éste, la pugna existe, en la controversia hay un punto de coincidencia, que consiste precisamente en que las partes antagónicas entran en discusión. Se entra en el terreno de la controversia no bien las partes en conflicto se ubican en el plano del razonamiento, aceptan un orden de discusión, lo cual presupone una disposición favorable al cese de la disensión.

Partiendo de la aceptación del concepto de “controversia”, este concepto sería aplicable –de manera típica– al proceso judicial en el que un trabajador –con fundamento en normas que respaldan su pretensión– demanda a su empleador en virtud de un contrato o relación de trabajo, y reclama, bien el pago de salarios adeudados o el de las indemnizaciones por despido, caso usual en el derecho individual del trabajo y también en el llamado “derecho colectivo del trabajo” en el que operan los grupos de trabajadores organizados en sindicatos, que, por ejemplo, habiendo desencadenado un “conflicto abierto” ejecutando de hecho una medida de acción directa, que podría ser, en primera instancia ilegal, por ejemplo, un paro con ocupación del establecimiento, se avienen, –previa intimación de la autoridad administrativa del trabajo al cese de las medidas de acción directa decretadas– y a encauzar la discusión por la vía de la negociación, encuadrando el conflicto, en el marco de las instancias, obligatoria de conciliación y voluntaria del arbitraje, previstas en la ley 14.786 de 1959, para la solución del conflicto por la vía de la “controversia”, aceptando un orden de discusión lo que supone una disposición favorable de ambas partes para la cesación del conflicto, bien a través de una negociación que desemboca en un acuerdo conciliatorio, bien a través de un “laudo” arbitral dictado por un tercero ajeno al conflicto pero designado de común acuerdo por ambas partes.

Pasaremos, ahora, a centrar nuestra especial atención en las controversias individuales del trabajo que se entablan ante los jueces con competencia en lo laboral entre un empleador y uno o más trabajadores.

Para emprender este análisis haremos uso de conceptos que fueron y son utilizados muy fecundamente por quienes nos dedicamos a explorar las más modernas tendencias en materia de teoría general del derecho. Ante

todo, debo referirme al vuelco fundamental dado en el año 1950 por la conferencia brindada por el jurista alemán Theodor Viehweg, cuyas ideas centrales fueron recogidas posteriormente en su obra “Tópica y jurisprudencia” en la que expone y destaca su visión del derecho como “problema” en contraposición a la perspectiva que aprecia el derecho como “sistema”, concepción esta última expresada típicamente por el normativismo de Hans Kelsen. La visión de Viehweg se acerca mucho más a la realidad efectiva del derecho porque tanto el abogado que recibe a un cliente en su bufete como el juez que debe abocarse al estudio de un expediente judicial, ambos se encuentran urgidos a resolver un “problema” con los instrumentos que les provee el derecho, entre ellos –desde luego–, los del sistema normativo pero que se complementan con los otros recursos argumentativos que les proporcionan las demás fuentes del derecho o los criterios de objetividad en que los jueces fundan sus decisiones. A la concepción de Viehweg cabe agregar, entonces, a los seguidores de la “teoría de la argumentación jurídica” que es tributaria principalmente de la labor creadora de Chaim Perelman, profesor polaco que enseñara en la Universidad de Bruselas y de Robert Alexy, profesor alemán en la Universidad de Kiel.

A esos aportes debemos sumar los conceptos de “regla”, “principios” y “directrices” que tuvieron su origen en la obra del jurista norteamericano Ronald Dworkin, titulada en inglés *Taking rights seriously* (traducida como “Los derechos en serio”), profesor que sucediera al británico Herbert Hart en la cátedra de la Universidad de Oxford. Según esta distinción, las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas, o sea, a la manera del todo-o-nada. Si los hechos que estipula la regla están dados, o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. Para Alexy –que también acepta esta distinción–, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Concuera en que su aplicación es una cuestión de todo o nada. Las reglas no son susceptibles de “ponderación” y tampoco la necesitan. La “subsunción” es para las reglas la forma característica de aplicación en el Derecho. Esta característica típica tiene vinculación con otra distinción que se ha formulado y aceptado usualmente en el campo de la teoría general del derecho entre los llamados “casos fáciles” y los “casos difíciles”.

Los “principios”, en cambio, para Dworkin no operan como las “reglas”. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión

del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos. Es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene. Las reglas no tienen esta dimensión.

Para Alexy, en cambio, el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo que define a los principios como “*mandatos de optimización*”, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. Cuando el Capítulo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Art. XIV.- establece que “*Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo*” y agrega que: “*Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia*”, está sentando una “directriz política” en el sentido que le da Dworkin a la expresión *policy* y es más cercano al concepto de “principio” de Robert Alexy como “mandato de optimización” en cuanto la autoridad pública está obligada a su cumplimiento en la mayor medida posible, tomando en cuenta no sólo las posibilidades jurídicas sino también las fácticas.

Que los principios existen no cabe la menor duda puesto que están mencionados de manera expresa en normas tanto constitucionales como legales. Ante todo, la Constitución Nacional se refiere a los “principios”. En efecto, el art. 28 C.N. expresa que “Los *principios*, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos [se refiere a las “Declaraciones, derechos y garantías” del Capítulo I de la Parte Primera de la Constitución Nacional], no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” y el art. 33 C.N. prescribe: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del *principio* de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Asimismo, la denominación de “principios generales del derecho del trabajo” está claramente incluida en el derecho positivo argentino por el



art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo” (L.C.T.) que los menciona juntamente con el principio “de la justicia social” como uno de los “principios de interpretación y aplicación de la ley”, tal como reza la rúbrica o epígrafe del mismo artículo. Desde luego no se trata de la única mención de los “principios” que registra nuestro ordenamiento jurídico. El art. 2º del Código Civil y Comercial también incluye a “los principios” como uno de los elementos a tener en cuenta por los operadores jurídicos para interpretar la ley. Desde luego, es posible, que en todos estos ordenamientos el vocablo “principio” no esté utilizado con el mismo significado jurídico.

La mención del art. 11 de la L.C.T. sobre los “principios generales del derecho del trabajo” no contiene, desde luego, ni una definición ni una enumeración de estos “principios generales del derecho del trabajo”, lo que ha dejado tanto esta caracterización como “directiva interpretativa” como la enunciación de estos principios, a la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia. Aunque no existe unanimidad entre los autores, lo cierto es que existe un cierto consenso básico en la siguiente enumeración de los “principios generales del derecho del trabajo”: 1) el principio protectorio; 2) el principio de continuidad, subsistencia o preservación del contrato de trabajo; 3) el principio de primacía de la realidad; 4) el principio de razonabilidad; 5) el principio de buena fe; 6) el principio de trato igual y no discriminación; y 7) el principio de indemnidad. Asimismo, no existe discrepancia en señalar como el principio de mayor importancia al que deriva directamente de la Constitución Nacional, que es el principio protectorio en tanto el art. 14 bis de la Carta Magna comienza diciendo que *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...”*, luego de lo cual el legislador constitucional pasa a enumerar los llamados “derechos sociales”.

La colisión entre “principios” y también entre “derechos” debe resolverse a través de la “ponderación” que significa analizar cuál de los “principios” o “derechos” tiene un mayor “peso específico”. Un ejemplo típico del derecho colectivo del trabajo nos ayudará a esclarecer esta cuestión. La colisión que se produce entre ciertos tipos de ejercicio del derecho de huelga como la “huelga con ocupación de establecimiento” y la “huelga o paro de brazos caídos” y el derecho de propiedad de la empresa o establecimiento del empleador exige esta “ponderación”. Es obvio que la huelga con ocupación del establecimiento no puede tolerarse porque es una clara afectación del derecho de propiedad del empleador, puesto que, –por de-

finición—, ese tipo de huelga resulta ilegítima en tanto excede el límite de la jornada de trabajo y su ejecución puede —de esta forma— configurar la comisión del delito de usurpación. En cambio, la huelga o el paro de brazos caídos exige una definición más fina; en efecto, mientras la huelga o el paro de brazos caídos se desenvuelve durante la jornada laboral en el establecimiento del empleador, puede considerarse legal mientras se desarrolla en forma pacífica pero adquiere el carácter de ilegal no sólo cuando se desenvuelve acompañada de actos violentos, sino también cuando intimada por el empleador la desocupación del establecimiento en razón de que los trabajadores no se encuentran prestando tareas, y desoyen esa intimación resistiendo el requerimiento del propietario de la empresa, la medida se transforma automáticamente en una acción directa ilegítima.

En otro orden de cosas, es interesante abordar el análisis de la distinción que se ha hecho en el ámbito de la teoría general del derecho, entre los “casos fáciles” y los “casos difíciles” porque ella permite afrontar la consideración de los medios de solución de estas distintas clases de controversias. Ejemplos tomados del derecho individual del trabajo nos permitirán apreciar con claridad esta diferencia.

El art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.) determina que en los casos de despido del trabajador sin justa causa, el empleador deberá abonar al trabajador una indemnización tarifada cuyas pautas de determinación están fijadas en el mismo artículo. Este es un claro ejemplo de caso “fácil”. ¿Por qué? porque no existen problemas ni con la premisa normativa ni con la premisa fáctica y, para el juez, justificar la decisión significa simplemente realizar un razonamiento deductivo, vale decir, aplicar la “lógica de la subsunción”, esto es, utilizar un “silogismo judicial” en el que la premisa mayor está constituida por la norma que prescribe que en los casos de despido sin invocación de causa o de justa causa, el empleador debe abonar una indemnización tarifada; la menor que da por comprobado fácticamente que el Empleador A ha despedido al Trabajador B sin invocación de justa causa, y la conclusión del Juez es la que imputa al Empleador A la consecuencia jurídica, o sea la condena a abonar al Trabajador B la indemnización tarifada prevista en el ya citado art. 245 de la L.C.T.

Muy distinto es el supuesto de los llamados “casos difíciles”, en los que, en contraposición con los “casos fáciles”, no es suficiente aplicar simplemente la “lógica de la subsunción”, sino que en su fundamentación el juez deberá recurrir a todo el abanico de recursos que le proporciona la

teoría de la argumentación jurídica. Ante todo pueden surgir dificultades para identificar el problema por resolver, que pueden ser, por ejemplo, problemas de relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál es la norma que resulta aplicable al caso; existen también problemas de interpretación tanto de los hechos como de la inteligencia que cabe otorgar a las palabras o a la sintaxis de la norma o normas aplicables al caso; problemas de prueba cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar; problemas de calificación o de valoración, cuando surgen dudas sobre si un determinado hecho –cuya ocurrencia no se discute– encuadra o no en el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma.

Dos ejemplos, tomados también del derecho individual del trabajo, nos servirán para ilustrar las dificultades que presentan estos “casos difíciles”. Uno puede ser representado por el caso en que se discute la existencia o no de un contrato de trabajo, situación de la que puede derivar tanto una sentencia de condena a abonar al trabajador las indemnizaciones legales por despido arbitrario, salarios adeudados, indemnizaciones por falta de registro de la relación laboral, etcétera, o bien al rechazo de las pretensiones contenidas en la demanda. En este caso se trata de indagar por el juez si se ha acreditado por parte del trabajador la situación de “dependencia” que como nota característica del contrato o relación de trabajo prescribe la Ley de Contrato de Trabajo. Que la definición del concepto de “contrato” y “relación” de trabajo esté cifrado en un vocablo de tal grado de vaguedad como “dependencia” hace aplicable en forma analógica la misma metáfora esclarecedora que empleara Genaro Carrió para explicar los alcances del significado de la vaguedad de las palabras del lenguaje natural u ordinario. Existe un foco de intensidad luminosa bajo el cual se agrupan los ejemplos típicos, aquéllos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante en la que caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una “zona de penumbra” sin límites precisos. Paradójicamente, ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Exactamente lo mismo ocurre con la determinación de la existencia de la “relación de dependencia” que define al contrato o relación de trabajo.

No obstante, en este caso, el trabajador estará auxiliado por la presunción *iuris tantum* establecida por el art. 23 de la L.C.T., que, en su primer

párrafo, establece: *“El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario”*. La jurisprudencia vigente ha considerado, con distintos alcances, como acreditadas estas “circunstancias”, “relaciones” o “causas”, que desvirtúan la existencia de un contrato o relación de trabajo, cuando se trata de trabajo familiar, trabajo de religiosos, trabajos benévolos, amistosos o de buena vecindad, trabajo voluntario, trabajo “amateur” y trabajo autónomo. Pero, además, el segundo párrafo del mismo art. 23 de la L.C.T., agrega: *“Esa presunción operará igualmente cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”*. Son dos nuevas situaciones que entran en el terreno de los “casos difíciles” de dilucidar porque el juzgador deberá desentrañar cuándo la invocación de un contrato de servicios, de obra, de locación de cosas, de concesión, de distribución, de transporte, de agencia, de representación, de mandato, de sociedad (en sus diversos tipos societarios), resulta una afirmación genuina y cuándo se trata de una mera apariencia, ardid, stratagema o simulación, para configurar un verdadero fraude laboral destinado a encubrir una evasión total de la normativa laboral y de la seguridad social.

Dentro de esta temática es necesario recordar que tanto el art. 21 de la L.C.T. que define el “contrato de trabajo”, como el art. 22 del mismo cuerpo legal que define la “relación de trabajo”, utilizan como palabra clave para conformar ambas definiciones el vocablo “dependencia”, despojada de toda otra caracterización relevante, dejando librada su explicitación tanto a la doctrina como a la jurisprudencia de los tribunales, los que han orientado su interpretación distinguiendo varios tipos de dependencia: la “dependencia jurídica”, la “dependencia económica” y la “dependencia técnica”.

En la configuración de la noción de “dependencia” y en la atribución del valor o significación práctica a cada uno de los tipos de dependencia no sólo se ha producido una variación histórica sino que analizando la práctica judicial se ha comprobado que no es la única noción o concepto que ha sido utilizado por los jueces para resolver las controversias concretas sino que muchas veces han sido usadas otras perspectivas, enfoques o concepciones.

Tal es el caso, por ejemplo, de la noción de “incorporación” o de “in-

serción” del trabajador en un establecimiento total o parcialmente ajeno, que lleva consigo o determinaría el carácter del trabajo prestado como dependiente o heterónimo. Sin embargo, en las situaciones concretas podrían generarse dudas sobre si esta incorporación o inserción se produce efectivamente y también si ella tiene un carácter laboral o no laboral.

Otro de los criterios que se han esbozado –tanto por la doctrina como en la jurisprudencia– para determinar la existencia de una situación de dependencia es si en la vinculación que une a las partes, quien aparece como empleador será aquél dotado de la potestad –que puede ejercer por sí o por medio de sus representantes– para sustituir, cuando lo creyere conveniente, la voluntad del trabajador por la suya propia.

También entre los casos “difíciles” está –en el ámbito del derecho individual del trabajo– y referido a la terminación del contrato o relación de trabajo, el referido a la “justa causa” de despido, tanto el directo, que decide el empleador como el indirecto, el que dispone por propia decisión el trabajador. A este respecto, el art. 242 de la L.C.T., prescribe en el primer párrafo: *“Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación”*.

Una primera dificultad se presenta en la circunstancia de que, si bien en el Capítulo de la Ley de Contrato de Trabajo, titulado “De los derechos y deberes de las partes”, se encuentran enumerados derechos y deberes recíprocos, la enumeración no resulta exhaustiva porque el art. 62 de la L.C.T. bajo el epígrafe de “Obligación genérica de las partes”, expresa: *“Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad”*. Resulta claro que esta disposición genérica, para su aplicación, no es susceptible que su contenido sea sometido a la “lógica de la subsunción” que convertiría el problema interpretativo de esta norma en un “caso fácil”. Por el contrario, existen en esta disposición, “comportamientos” debidos que no están expresamente mencionados en las normas de la ley, pero que son “consecuencia” del contrato y que no solo resultan de lo estrictamente convenido por empleador y trabajador, sino que surgen de ciertos deberes “implícitos” que no necesari-

riamente emergen del contrato de trabajo y de la ley que lo regula —o sea, la L.C.T.—, sino también de otras normas como los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo, pero, además, todos ellos, apreciados *“con criterio de colaboración y solidaridad”*.

Asimismo, debe destacarse que el mismo art. 242 de la L.C.T. impone que no cualquier inobservancia contractual constituye una “justa causa” de despido sino que debe tratarse de un incumplimiento contractual calificado, en tanto se requiere que la inobservancia configure *“injuria”*, que *“por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación”*, lo que exige que se haya causado una grave ofensa o perjuicio a la parte agraviada, agravio que puede ser tanto en el plano material o patrimonial como en el moral. En el segundo párrafo del mismo artículo 242 de la L.C.T., se expresa que: *“La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso”*. Nuevamente la ley exige una “valoración” o “calificación” de los jueces sobre el carácter de la inobservancia que debe ser grave lo que excede notoriamente la aplicación de un simple silogismo judicial, puesto que ello exige una actividad evaluativa del juez según las modalidades y circunstancias personales en cada caso concreto, lo que requiere indagar y evaluar sobre la duración de la relación, el medio en que ella se ha desarrollado y el comportamiento de las partes han observado a lo largo de la vinculación.

Asimismo, quiero destacar una disposición normativa, la del art. 11 de L.C.T. que se refiere en su rúbrica a los “Principios de interpretación y aplicación de la ley” y, que, en su texto, expresa: *“Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe”*. Robert Alexy ha sostenido en sus principales obras lo que se ha constituido en la tesis central de su concepción, esta es, que el discurso jurídico debe considerarse un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral. Asimismo, ha afirmado categóricamente que todo ordenamiento jurídico tiene una pretensión de corrección y que todo ordenamiento jurídico que no tenga pretensión de corrección es un ordenamiento deficiente. El art. 11 de la L.C.T. revela precisamente el contenido ético que fundamenta el derecho del trabajo en cuanto la interpretación y

aplicación de sus normas debe inspirarse en ciertos principios y valores como la justicia, la equidad y la buena fe.

Pero ha sido un último factor el que ha incidido decisivamente en la transformación de las controversias laborales en un grado creciente en “casos difíciles”. Las indemnizaciones tarifadas del derecho del trabajo, fueron originariamente creadas con la finalidad de permitir al empleador –necesariamente un empresario– calcular con certeza el costo de producción de la mano de obra de su industria o el costo laboral de los servicios que presta. Esta finalidad originaria se ha visto amenazada clara y progresivamente por una concepción doctrinaria primero, luego transformada en práctica jurisprudencial, que aprecia que dichas indemnizaciones tarifadas, pueden ser superadas en ciertos casos –que fueron creciendo exponencialmente– en los que eran susceptibles de acrecentamiento por los daños y perjuicios del derecho común. Una primera versión de esta concepción doctrinaria y jurisprudencial proviene de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual entendiendo esta corriente interpretativa que las indemnizaciones tarifadas constituían un resarcimiento derivado de la responsabilidad contractual pero que cabía reconocer una indemnización por daño moral en aquellos casos excepcionales en que la medida de despido fuera acompañada por una conducta adicional que resultara civilmente indemnizable, aun en ausencia de un vínculo contractual. Esta primera versión nació vigente el derogado Código Civil, pero fue continuada con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación –que ha disuelto la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, con el reconocimiento de una indemnización por daño moral cuando el hecho que determina el despido fuese producido por una conducta dolosa del empleador o de sus dependientes, entendiéndose por “dolo” cuando el daño se ha producido de *“manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”*, tal como lo determina actualmente el nuevo Código. A ello se agrega que la aplicación de la ley 23.592, llamada “Ley Antidiscriminatoria”, aprobada en 1988, ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicable a las relaciones del trabajo y, consecuentemente, en los casos de “despido discriminatorio” se habilita al trabajador damnificado para demandar judicialmente a su empleador se deje *“sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”*, tal como lo autoriza el art. 1º de la citada ley. Es evidente, entonces, que en las relaciones individuales del trabajo en las que se suscitan controversias judiciales los “casos difíci-

les” han superado actualmente de manera abrumadora los llamados “casos fáciles”, en los que se aplican sólo los procedimientos silogísticos simples de la lógica de la subsunción.

Hans Kelsen cita al jurista Gray quien haciendo suyas las palabras del obispo Hoadly decía así: “Aquél que tiene una absoluta autoridad para interpretar las normas jurídicas escritas o habladas, es en realidad el verdadero legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por primera vez las escribió o transmitió verbalmente. Agregaba que “*A fortiori*, aquel que tiene una absoluta autoridad no sólo para interpretar el derecho, sino para decir qué es derecho, resulta en realidad el legislador” y concluía que “la forma en que una ley es impuesta a la comunidad como regla de conducta, es aquella ley tal cual, interpretada por los tribunales. Los tribunales dan vida a las palabras muertas de la ley”. Esto nos permite llegar a la conclusión de que toda sociedad democrática se construye a partir de la capacidad intelectual, rectitud moral y transparencia en los procedimientos de quienes tienen el deber de impartir diariamente justicia y, desde luego, nuestra querida República no es –por cierto– una excepción.



# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR HÉCTOR ALEGRIA<sup>1</sup>

Tengo el honor de haber sido designado por la mesa Directiva de nuestra Corporación, para exponer la *laudatio* correspondiente a la incorporación como Académico de número del Doctor Marcelo Gebhardt.

Sus títulos para tal distinción son tantos y variados, que su exposición y aun su resumen completo llevarían un tiempo que no disponemos hoy.

Sin embargo, comenzaré con acontecimientos de su vida en los cuales pude haber participado o tenido información directa y que permiten sostener lucidamente lo que hemos afirmado. El Académico Gebhardt se inició muy joven en la Justicia Comercial, llegando pronto a ser designado Secretario de Primera Instancia y, por su desempeño, sucesivamente Secretario de la Sala C del Tribunal de Apelaciones (en el que tuvo oportunidad de actuar con importantes Magistrados y específicamente con el maestro Jaime Anaya, miembro de nuestra Academia desde 1989); y finalmente Juez de Primera Instancia en lo Comercial, en 1982. Su desempeño como funcionario y Magistrado fue impecable, razón, claro está, de sus sucesivas promociones.

Además de su Título de Abogado obtenido en 1976, mientras desempeñaba la Magistratura y aun después, cursó y obtuvo el Título de Doctor de la Universidad de Buenos Aires, con la mayor calificación y recomendación al Premio Facultad (año 2008). Su Tesis mereció publicación con el Título de “Prevención de la Insolvencia”, en Argentina y en Colombia. También cursó y obtuvo el Título de *Especialista* por la Universidad de Castilla-La Mancha, (España) con un tema de estricta actualidad en ese momento y aun ahora: “*Gobierno Corporativo de las Sociedades Mercantiles*”.

Su actividad académica ha sido permanente y exitosa. Lo puedo decir por cuanto el ahora miembro formó parte durante más de 17 años de la

---

<sup>1</sup> Discurso de recepción del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 27 de junio de 2019.

Cátedra de Derecho Comercial de la que fui Titular hasta mi retiro, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. En ella realizó un *Cursus Honorum* que finalmente concluyó con su designación por concurso como profesor titular, una vez que hube dejado ese cargo. Como es imaginable fue para mí un gran placer que un profesor de su calidad y de su permanente colaboración con la Cátedra, resultara el nuevo Titular. Me consta que Gebhardt ha mejorado, con iniciativas que continuaron con el buen desempeño y materia pedagógica, de formación de docentes y de investigación que habíamos comenzado. Debo decir que Gebhardt gentilmente me comunica de tanto en tanto la labor de la Cátedra, que me parece excelente.

En este plano debo decir que Gebhardt hoy es Profesor titular regular de nuestra Facultad, Vicedecano de ella elegido por el Consejo Académico en 2018, después de desempeñarse como Consejero titular del mismo cuerpo durante tres períodos de 2002 hasta 2017. Ya había sido Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de San Isidro.

Su actividad como profesor se extendió a diversos Institutos Universitarios y a Instituciones vinculadas al Derecho, por ejemplo la Universidad de Belgrano en la que fue Titular durante seis años, y Profesor invitado del Master de Derecho Empresario de la Universidad de San Andrés de 2004 a 2013. Dirige un curso de Posgrado en Derecho Societario y Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la UBA y también fue Profesor de similares Cursos en la Universidad Nacional de Rosario.

Lo hasta aquí expuesto nos lleva directamente a una materia muy fértil de la producción de nuestro nuevo Académico: la referida a las publicaciones vinculadas al Derecho, especialmente el Derecho que hemos llamado Comercial.

Me detendré en una obra primigenia de su pluma. Aparecida la Ley de Concursos 19.551 (1972), el reconocido Profesor de la Universidad de la Plata Doctor Santiago Fassi, publicó como parte final de un libro significativo de Derecho Procesal, lo que se refería a Concursos, donde comentaba esa Ley. La obra tuvo gran difusión pero la importante Doctrina y Jurisprudencia que se desarrolló con posterioridad dio lugar a la iniciativa del joven Gebhardt para utilizar como apoyatura ese trabajo específico y publicar un libro sobre la materia, que se conoció casualmente como “Fassi-Gebhardt”: “Concursos y Quiebras”, apareció desde 1986 durante largo tiempo hasta llegar a una octava edición con reediciones. Este texto sirvió

para la comunidad jurídica, tanto para profesores, alumnos, magistrados, profesionales y en general a quienes deseaban conocer la materia. Con nuevas realidades tanto legislativas como fácticas, comenzó a publicar su obra “Ley de Concursos y Quiebras” ya en dos tomos, con desarrollo novedoso y muy importante porque allí se volcaba la experiencia de nuestro Académico en la enseñanza, la función pública y el desempeño profesional. Sin tiempo para un análisis más profundo diremos que, además registra la autoría de otros importantes libros como “Elementos de Derecho Comercial”, con Carlos G. Gerscovich, que lleva ya varias ediciones y responde a una presentación preliminar de toda la materia, conforme las exigencias de las Universidades. Una obra de reciente publicación fue la que dirigió en los trabajos de su Cátedra aparecido como “Sociedades” que lleva ya dos ediciones y que concreta un viejo anhelo de la Cátedra que cumplió con amplitud nuestro incorporado.

Recordamos la publicación de su Tesis y también la dirección de varias publicaciones de importancia como “Derecho Empresario”, “Derecho Económico Empresarial” y su participación en las colaboraciones de adaptación del tradicional libro del maestro italiano Pedro Pajardi, que apareció entre nosotros como “Derecho Concursal” y el que tuvimos oportunidad de colaborar también con otros importantes autores. Son innumerables sus producciones científicas aparecidas en distintos medios especializados y en Jornadas y Congresos vinculados a la materia.

Llegamos así a tener un panorama de su preocupación por la Ciencia Jurídica, su enseñanza y su investigación.

Sólo nos cabe referirnos a Gebhardt en sus calidades personales, que también hemos podido comprobar durante los años que más arriba han sido mencionados. Quien lo ha tratado sabe de su simpatía y respeto (siempre tiene una sonrisa disponible y una frase cordial para su interlocutor, sus fotografías en los distintos lugares en que se reproduce una actuación de él o una biografía, siempre aparece con su talante amable).

Hemos tenido oportunidad también de comprobar su profunda vocación por su familia integrada con su esposa “Marilita” (descendiente directa del Presidente de nuestra Primera Junta de Gobierno, Cornelio Saavedra) y sus hijos. Una unión ejemplar, aun durante acontecimientos cuyo impacto podría haber estremecido la familia.

Yendo hacia el fin de esta laudatio, recordamos ahora que el Decreto 4362/55, cuando indica el objeto de las Academias dice: “Art. 1. Las

*Academias nacionales tienen por objeto congregar a las personas más conspicuas y representativas en el cultivo de las ciencias, las letras y las artes, con el fin de intensificar el estudio o el ejercicio de las mismas; promover el progreso de sus diferentes disciplinas; estimular la plenitud de las vocaciones intelectuales; difundir el fruto de sus trabajos y enaltecer, en el país y en el extranjero, el prestigio de la cultura nacional. El título de académico es vitalicio y constituye un honor que se discierne a quienes hayan dedicado su vida, con relevante mérito, a los fines enunciados”.*

Como reafirmación nos permitimos citar frases recientes de nuestro Académico incorporante en un discurso en el acto de Colación de Grados de nuestra Facultad de la UBA del 20 de Diciembre de 2018: *“El abogado, son ustedes la mayoría que reciben el título, es antes que nada un operador calificado de la paz social. Tiene como misión esencial ejercer el derecho como presupuesto de la realización de la justicia y consecuente preservación de la dignidad del hombre. Los otros graduados que hoy también reciben sus títulos están comprendidos en la misión de insertarse en la sociedad como servidores del bien común.*

*Estas formulaciones tienen una enorme gravedad en estos tiempos donde los roles profesionales sufren el descreimiento de una sociedad castigada por la mentira y la corrupción. Es paradójico que ni la nuestra, ni la mayoría de las profesiones conserven la consideración de la sociedad que con sus propios recursos como dije prodiga esta estructura universitaria para la elevación del conocimiento. Hemos caído bajo una crítica que peca de generalizaciones y desesperanza en el hombre.*

*Queremos proponerles que la verdad sea su pasión. Los convocamos a que se conviertan en artífices de la concordia y la tolerancia, que aprendan a dialogar, a convivir en democracia. Sólo así podremos superar esta sociedad crispada.*

*Rechacen siempre los caminos tortuosos del soborno y las componendas. Que los reconozcan por su amor a la justicia. Que se los visualice intransigentes ante cualquier atropello a los derechos que la Constitución Nacional garantiza.”*

Finalizando esta quizá extendida exposición, está claro que aquellos requisitos imaginados en 1956 para las Academias, se cumplen acabadamente en nuestro nuevo Miembro de Número, a quien le deseamos el mayor éxito en el desempeño en nuestra Corporación y le ofrecemos una cordial acogida. Escuchamos con ansiedad su comunicación.

# LOS NUEVOS SIGNOS DEL DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO

POR MARCELO GEBHARDT<sup>2</sup>

Sr. Presidente de la Academia Doctor Roberto E. Luqui;

Sres. Académicos;

Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la UBA Dr. Alberto J. Bueres;

Autoridades, profesores, colegas y amigos.

Los saludo a todos con especial emoción y agradecimiento por el gesto de acompañarme esta noche en este solemne acto por el que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales me recibe e incorpora al tan prestigioso elenco de sus miembros titulares.

La gratitud va también para con los Sres. Académicos que han decidido recibirme –sin mérito de mi parte– en esta principalísima corporación, que es señera en la defensa de las instituciones republicanas, en la defensa del Estado de Derecho y especialmente en su empeño a favor del coraje cívico, todo ello imprescindible para lograr en nuestro país la intendencia de la ley.

La amistosa y generosa presentación que hiciera el Dr. Alegria representa para mí un orgullo enorme, no solo por la grandeza de quien proviene así como por la confianza de quienes propusieran mi incorporación a esta Academia, tarea en la que, aun asumiendo el riesgo de omisiones, quiero mencionar especialmente a quien fuera su Presidente al tiempo de mi designación, Académico Jorge R. Vanossi, a los Académicos Jaime Luis Anaya, Alberto Bueres y al inolvidable José Osvaldo Casás, fallecido este año.

---

<sup>2</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 27 de junio de 2019.

No puedo soslayar que en estos tiempos desempeño un cargo en la Universidad de Buenos Aires y que mi designación en esta Academia no deja de vincularse –intuyo– con los valores de la educación y la universidad pública, en cuyo seno palpita la cultura argentina y lo ha hecho desde sus casi dos siglos de vida. En especial impartiendo la más igualitaria de las enseñanzas y desarrollando su más empujada expresión en la investigación; todo ello puesto con encomiable entrega de sus integrantes, en pos de la atención de los problemas argentinos y en contacto directo con el pensamiento universal. La Universidad de Buenos Aires, en la que sustancialmente me referencio, me ha recibido hace cincuenta años –me atrapó diría– y su Facultad de Derecho no me ha soltado ni un solo día. Por eso pienso que mis cofrades ponderaron quizás que ello podría significar un reconocimiento a los miles de profesores y a los muchos investigadores que dan vida a la universidad pública y la ponen en la búsqueda de profesionales idóneos, profesores de carrera, socialmente eficaces y dispuestos a servir al país, como rezan las Bases de su Estatuto. Así pues, como nuestra Universidad busca infundir un espíritu de rectitud moral y responsabilidad cívica, esta Academia Nacional contiene en su acta fundacional –más que centenaria– objetivos o fines en común, como fomentar el estudio de las ciencias jurídicas y sociales y, esencialmente, propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal.

Para concluir con esta referencia a la Universidad a la que pertenezco, quiero destacar la identidad con la misma del patrono del sitial que me fuera asignado, Don Alfredo Colmo y similar pertenencia por parte del ilustre Académico que me precediera en lo inmediato, D. Jorge Horacio Alterini, ambos profesores Titulares y ambos premiados con el mayor centro que confiere la Facultad a sus respectivas tesis doctorales. Dios me permita –imploro– estar mínimamente cerca de la altura de esos Maestros a los que me toca suceder. Contribuir a la mejora de un sistema jurídico y ponerlo, por tanto, a disposición de los argentinos, y trabajar en pos de la promoción del hombre a través del Derecho y del ejercicio de las garantías constitucionales para todos sus habitantes no es poco desafío. Y por eso he creído necesaria la invocación del Creador, quien es fuente de toda justicia y razón, como reza el venerable preámbulo de nuestra Carta Magna.

No puedo soslayar tampoco mi pertenencia cultural a la justicia nacional. Allí pasé mis primeros años de la vida profesional, trabajando con magistrados inigualables como el ya nombrado Maestro Jaime Anaya, Juan

Carlos Quintana Terán, Helios Guerrero, entre otros. Y no pasa desapercibido para mí que mis antecesores ya nombrados y otros (que ocuparon también el sitial de Colmo), como Pablo Calatayud y Elías Guastavino, fueron hombres de la magistratura y la honraron con su esfuerzo y erudición. Cabe pues desde esta tribuna dedicar un reconocimiento a tantos hombres y mujeres que en esa labor excelsa cumplen a diario el objetivo de afianzar la justicia en esta querida Patria.

Estas palabras iniciales de gratitud y de emotivos recuerdos deben ser completadas con la evocación de los tiempos tempranos donde mis padres y mi hermano forjaron mi deseo de superación, y el acompañamiento de mis amigos, hasta estos días, en el ámbito más atesorado y el orgullo mayor al que aspira un hombre. Y hoy están aquí; los miro a todos y les agradezco.

Mi mujer, Marilita, el amor de mi vida, el sostén de mi trabajo y la alegría de mis días de estudio; a ella le dedico el homenaje que merece como mujer incomparable, que ha forjado una familia basada en el amor, a lo largo de 42 años de feliz matrimonio.

De mis dos hijos, hoy me cuida uno desde la eternidad y el otro es –aquí presente– el más severo y a la vez el más justo juez de mis actos. Ambos me han dado nietos que son a quienes dedico el resultado del esfuerzo y pretendo que reciban de Dios el amor por la justicia y por los más vulnerables de esta tierra.

### **El patrono del sitial**

Alfredo Colmo integró la Academia como miembro de número, con tal suceso –por su erudición y rectitud– que fue honrado a su muerte concediéndosele su nombre a una de las poltronas que ocupan sus titulares.

Para referirme a él es insoslayable acudir a quienes han hecho investigación histórica de su trayectoria, pues en un mes de junio de hace 141 años nació y en otro mes de junio de hace 85 años murió. Entre ellos se cuenta al querido Académico Mariano Gagliardo, aquí presente, como también Atilio Alterini<sup>3</sup> (hermano de Jorge, jurista impar como él), Ra-

<sup>3</sup> ALTERINI, Atilio Anfbal en “Alfredo Colmo, una vida con ideal”, rev. *La Ley* T\* 115, p. 845.

fael Bielsa<sup>4</sup> (quien se declarara su discípulo), Agustín Rivera Astengo<sup>5</sup>, Ricardo Miguel Fessia<sup>6</sup> y Pablo Calatayud<sup>7</sup>, jurista de gran jerarquía que lo sucedió en la titularidad de la Cátedra y también en el sitial que inauguró con su nombre. También otro contemporáneo de Colmo (Tobal) escribió destacando su presencia y dignidad<sup>8</sup>.

Colmo fue un estudioso del Derecho Civil en su integridad. Su enjundiosa tarea sobre el entonces joven cuerpo normativo redactado por Vélez Sarsfield fue alumbrando la interpretación de esa descomunal obra jurídica, logrando extraer del Código Civil su técnica legislativa. Nada menos. Así tituló, precisamente, su obra de mayor mérito metodológico (“Técnica Legislativa del Código Civil Argentino”<sup>9</sup>). Eso revela, la importancia de su aporte al estudio de la obra de Vélez Sarsfield en las primeras décadas del S. XX (al punto que la sistematización de la técnica que describió del Código nunca fue refutada). Gagliardo<sup>10</sup> nos dice que Colmo abrió horizontes a la doctrina y marcó rumbos en la jurisprudencia, demostrando por encima de todo que la codificación es un genuino instituto de racionalización del mundo jurídico, en cuanto mundo normativo.

Debo detenerme aquí, porque ya temo revelar que me ha impactado fuertemente saber de la estatura jurídica de Colmo, pero también comprobar su personalidad indócil<sup>11</sup>, su apasionada manera de ejercer la abogacía

<sup>4</sup> BIELSA, Rafael en “La Justicia de Alfredo Colmo. Reflexiones que su obras sugiere” en *Lecciones y Ensayos*, nros. 10 y 11, año 1959.

<sup>5</sup> RIVERA ASTENGO, Agustín en nota biográfica que precede a la edición de la Comisión de Homenaje de su obra, Buenos Aires, 1936, citado por Jorge Alterini en su alocución de incorporación a esta Academia el 11 de octubre de 2011.

<sup>6</sup> FESSIA, Ricardo Miguel en *Historia del Derecho*, Universidad Nacional del Litoral, revista del 5 de junio de 2018 en ocasión del aniversario del fallecimiento del ilustre Académico.

<sup>7</sup> CALATAYUD, Pablo en “Alfredo Colmo”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Año II, Segunda época n° 2, Buenos Aires, 1957, págs. 91 a 95.

<sup>8</sup> TOBAL, Gastón Federico en el diario *La Nación* del 25 de setiembre de 1939 donde destacaba su cierto “empaquetado”. Tobal también dio noticia de su admiración por Alfredo Colmo en la presentación que hizo de Pablo Calatayud como su sucesor en esta Academia, discurso que puede leerse en la nota precedente y donde destaca su triple dimensión, como profesor, como juez y como tratadista.

<sup>9</sup> Editorial Librería e Impresora Europea. Buenos Aires, 1917.

<sup>10</sup> GAGLIARDO, Mariano en “Alfredo Colmo”, *Revista del Colegio Público de Abogados*, julio de 2004.

<sup>11</sup> Hay recuerdos de su lucha por obtener subsidios para estudiar por lo que se dijo de él que “... su pobreza era su mayor fortuna...” (MEJALELATY, Teófilo) y hay registro de su vehemente renuncia a su Cátedra de Obligaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (como se la llamaba entonces a nuestra Facultad de Derecho), en términos que determinaron su rechazo por el Consejo



y su compromiso con los intereses que le confiaron (que lo llevaron a enfrentarse valientemente a ciertos jueces que calificaba como arbitrarios) e incluso su linaje romántico del que dio cuenta un soneto escrito y dedicado "...a las manos de su mujer...". Estos versos fueron leídos por Luis María Boffi Boggero –tiempo después de fallecido Colmo– ante la Sociedad Argentina de Escritores. El poema, de marido enamorado, se dice que fue concebido durante su viaje de bodas a Europa en la última página en blanco de un libro escrito en francés<sup>12</sup>.

Félix Luna, el inolvidable historiador, evidenciaba al terminar sus investigaciones su admiración por los personajes estudiados (Roca, Yrigoyen, Alvear, Ortiz...). Algo similar me ocurre al leer a Colmo en "La Justicia". Me produce dolor, empero, que su voz parezca prácticamente olvidada cuando hoy presenciamos la configuración de ciertos sectores de una justicia desoída por la sociedad, como se ha dicho recientemente por el Presidente de la Corte Suprema. Colmo, en esa obra editada póstumamente se revela del mismo modo como en el "De Officiis" se expresó Cicerón, es decir con una serie de normas de elevada moralidad, inspiradas en un sentido profundo de la humanidad y con una proyección práctica en el oficio judicial que justificaría una lectura obligada para quienes deben ejercerlo.

### **Sobre el académico que me precediera Dr. Jorge H. Alterini**

Recordar a Jorge Alterini emociona por la cercanía de su repentina desaparición física y porque sigue despertando en todos quienes lo conocimos la admiración que surgía de su señorío y de su exquisita erudición.

Fue un hombre ejemplar, fundador, junto con Graciela (que hoy nos acompaña), de una familia inspirada en los más importantes valores.

Se ha dicho que Jorge Alterini ha dejado un legado trascendente<sup>13</sup>. Y hoy quiero ante su familia y delante de esta Academia que tanto quiso y también ante sus amigos, poner de relieve su obra y sus ideales, aunque todos los pudimos apreciar. Pensar en ese legado y tratar de significarlo en estas palabras – seguramente insuficientes – nos acerca a su memoria y

---

Directivo; también hay noticias de su desacato a la Cámara Civil –que después integró– al plantear una apasionada aclaratoria contra una sentencia, alzamiento que le valió incluso el arresto.

<sup>12</sup> ALTERINI, Atilio A. en ob cit. pág. 847.

<sup>13</sup> Ver diario *La Ley* del 7 de junio de 2018 (del que era Director), editado a pocos días de su muerte.

quizás a su alma, por cuyo descanso eterno quiero que lo aquí dicho sirva como una imploración.

La talla de Jorge Alterini se expresaba en varias aristas: la humana, la de un juez brillante, la de un gran profesor y la de un doctrinario de altísimo vuelo.

El capítulo quizás central del mencionado legado fue haber sido una persona de bien, de probada honestidad y de una mirada humanista y sensible para esta sociedad convulsionada que vivimos. Su sobriedad resaltaba junto a su andar digno y mirada amable.

Fue un magistrado ejemplar. Compartió durante dos décadas la Sala C de la Cámara Civil con otro recordado y talentoso Académico, como lo fue Santos Cifuentes, produciendo sentencias memorables, inspiradas en una inefable comprensión del Derecho y la Justicia

Su dilatada carrera docente, sobre todo en la Universidad de Buenos Aires, concluyó con la máxima honra de ser designado Profesor Emérito, distinción que se concede exclusivamente "...en virtud de haber revelado condiciones extraordinarias tanto en la docencia como en la investigación..."<sup>14</sup>.

La labor de Jorge Alterini en la actividad legiferante ha sido de suma importancia. Fue miembro de la Comisión Honoraria de 1987 que fue constituida para analizar la reforma de los códigos civil y comercial; también de la llamada Comisión Federal designada por la Cámara de Diputados en 1993 y de la Comisión designada por el PEN en 1995 (que dio como resultado el Proyecto de Código Civil de 1998). Todas esas iniciativas tendían a receptor la unificación de los códigos civil y comercial que para la época era un reclamo del mundo jurídico argentino. Es evidente que Jorge se revelaba como un referente insoslayable de la vida del derecho privado en la Argentina.

Su obra escrita es monumental; tanto que hacer aquí un catálogo de ella llevaría un tiempo excesivo.

Muchas fueron sus enseñanzas y alto el valor moral de sus elaboraciones doctrinarias. Una en especial quiero recordar hoy porque lo muestra en el cabal modo en que entendía nuestra disciplina. Decía, en efecto Jorge

---

<sup>14</sup> Art. 56 del Estatuto de la Universidad de Buenos Aires (Ley 23.068).

Alterini, que “...si el Derecho debiera expresarse en una sola norma, acaso la formulación que tendría mayor riqueza sería la que impusiera a las personas comportarse de buena fe”<sup>15</sup>. Para Jorge la buena fe no es sólo un principio rector para la convivencia ordenada, sino que a través de ella se realiza en gran medida la aspiración ética que debe movilizar a todo ciudadano, con mayor razón si se siente convocado a la lucha por el derecho, empeño al que, como sabemos, nos conjura esta Corporación y a la que él honra con su esfuerzo intelectual y su producción doctrinaria.

## **Los nuevos signos del derecho societario argentino**

### **I. Justificación del tema elegido (la importancia de la sociedad –y su regulación– en la vida económica de los pueblos)**

Desde tiempos inmemoriales las personas conjugaron sus esfuerzos para obtener resultados económicos que individualmente les resultaban inviables. Por eso es siempre atractivo analizar cómo el derecho de las sociedades fue evolucionando en el curso de la historia.

Así pues, resulta estimulante –y todo un desafío– estudiar la regulación jurídica del núcleo de la actividad económica a través de la organización empresaria. Desde esa realidad se vertebra el desarrollo de la producción a gran escala y de los negocios a nivel planetario. Y ello exige encarar el fascinante fenómeno de la globalización, pivoteando sobre tres ejes insoslayables: (i) la limitación de la responsabilidad de quienes se asocian; (ii) la concentración de los capitales y (iii) la libertad de asociación y de comercio.

Cómo no prestar atención entonces en estos días al derecho societario, al que le concedemos tal protagonismo en el desarrollo de las naciones. De sus reglas esperamos instrumentos útiles para enfrentar con criterios de equidad la mayor acumulación y concentración de capitales que hayamos visto antes; confiamos también que de este derecho podamos extraer un equilibrio entre las necesidades de la población y los productores de bienes y servicios; pretendida armonización de la que esperamos por fin un resultado que aporte positivamente a la paz social.

---

<sup>15</sup> ALTERINI, Jorge H. en “*La buena fe y los perjuicios ante las adquisiciones a título gratuito*”. Comunicación hecha ante esta Academia el día de su solemne incorporación, el 11 de octubre de 2001, en rev. *La Ley*, diario del 7/6/2018.

En suma: la prosperidad y el desarrollo equitativo de los pueblos deben constituir el horizonte donde mire el derecho de las sociedades que, entonces, nos interpela a los que somos meros operadores jurídicos. He ahí el “leitmotiv” del tema elegido: la centralidad de la sociedad en el desarrollo de la economía y de los negocios.

## II. Introducción

Hace exactamente cincuenta años que el derecho de sociedades de nuestro país encaró un cambio de gran envergadura. En 1969, en efecto, se presentó el proyecto de la Ley de Sociedades Comerciales<sup>16</sup> que en 1972 se convirtiera en la ley 19.550, en el marco de lo que se identificó como el año de la reforma de la legislación mercantil. Ello así porque de inmediato se sancionó la Ley de Concursos (Ley 19.551). Una y otra (a las que contribuyeron protagónicamente figuras centrales de la doctrina jurídica que hoy forman parte de esta Academia: me refiero a Carlos Odriozola y a Héctor Alegria), la ley societaria y la ley falencial, constituyeron bastiones de la continuidad y previsibilidad del sistema normativo comercial. Y tuvieron como rasgo distintivo su perdurabilidad conceptual, sin duda por la erudición y prudencia de sus textos, que siguen siendo los basamentos estructurales y metodológicos de esas dos disciplinas.

La ocasión –el cincuentenario apuntado– justifica una reflexión inicial y esperanzada. Digamos en primer término que el capitalismo es alérgico a la imprevisibilidad; refractario a los cambios bruscos, diríase de modo más apropiado a este ámbito. Y el derecho societario, con la apuntada perduración de sus principios no contribuyó a generar zozobra ni dudas a las inversiones y al florecimiento de las empresas. Evolucionó, pero con prudencia y con un ritmo cadencioso y carente de sorpresas. No busquemos pues culpas en el sistema normativo societario que hayan conducido a la actual crisis ni a las tantas que la precedieron, pues salvo en algunas regulaciones excesivas que primaron en recientes épocas pasadas nacidas de un ideologismo reñido con el mundo global y capitalista, el sistema adoptado por la ley positiva acompañó las necesidades de una economía en desarrollo y no

---

<sup>16</sup> La Comisión estuvo constituida por Gervasio Colombres, Horacio Fargosi, Isaac Halperin, Carlos S. Odriozola y Enrique Zaldívar. Utilizó como fuente el Anteproyecto de Aztiria y Malagarriga y abrevó en las entonces todavía innovadoras y novedosas legislaciones de España (1951), Alemania (1965) y Francia (1966) y ciertamente en el código civil italiano (arts. 2247 y sigtes.).

le generó obstáculos. Las penurias actuales no tienen raíz ni origen en los cuerpos legales de la mercantilidad.

Pero esa absolución no nos exime de analizar los datos de la mencionada evolución y examinarla en sus bases doctrinarias –en el reducido marco de esta contribución– para persuadirnos si estamos en el camino apropiado para el mejoramiento de nuestro régimen legal, tal como se lo imponen sus estatutos a esta Academia.

Este es el cometido central de esta comunicación inaugural: nos proponemos, en síntesis, un itinerario que no solo abarca medio siglo de experiencias en diversos ámbitos (empresarios, profesionales, judiciales, etc.) sino también el paso por áreas relevantes del derecho privado, del derecho tributario y en algún caso también del derecho internacional. Ese camino, interesante solo por el placer de recorrerlo, ya me ha producido sorpresas: cuando casi concluía de elaborar estas ideas, a inicios de este mes de junio, vio la luz un proyecto que en el ámbito del Senado de la Nación presentaron un grupo de juristas por pedido de los Senadores Iturrez y Pinedo. Entre ellos se encuentran cuatro integrantes de esta corporación. La propuesta apunta a reformas de gran valor y de vasto alcance de la LGS y, anticipo mi parecer, asoma como un escalón de excelencia –un enorme salto de calidad– al que cabe augurarle éxito pronto (traducido en su sanción como ley de la nación).

El proyecto si el Congreso lo recepta, colocará al país en la vanguardia del derecho societario. Volveré, sobre el final sobre sus promisorios postulados.

### **III. Los cambios de 1972**

La ley 19.550 supuso claramente un cambio profundo en el derecho societario vigente hasta ese año. La influencia que se percibe de la entonces flamante legislación francesa de los años 1966 y 1967 es evidente (recordemos que justamente en ese tiempo se conformaba en nuestro país la Comisión redactora mencionada al inicio). También incidió la doctrina institucionalista que realza el predominio de los intereses generales en relación a los particulares de los socios; aspecto visible en diversas instituciones reguladas por la nueva ley y, ciertamente destacadas en la Exposición de Motivos<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> “Cuando la sociedad alcanza una determinada dimensión en razón de la importancia de su capital, la influencia económico-social que ejerce por ese poder económico, que excede el interés individual

Sin embargo, hay un aspecto crucial a cuyo respecto la ley quiso innovar y no lo logró cabalmente, tal como lo reconoció uno de sus redactores, colocando desde el inicio este debate en el centro de la escena. Enrique Zaldívar –y el esclarecido grupo que lo acompañaba– expresaba en sus célebres “Cuadernos...” que la ley no ha modificado adecuadamente el régimen de creación de las anónimas, pues pese a que en la Exposición de Motivos se dice haber remplazado el “sistema de la autorización” por el “normativo”, ello no es así ya que la conformidad de la autoridad de contralor que exige el art. 167 significará la subsistencia, al menos en la práctica, del primero<sup>18</sup>.

Otro de los redactores no opinaba lo mismo. Acaso con una mirada aliviada por la superación de la asfixia jurídica y moral que había imperado por el mal uso de las Facultades del PEN para autorizar sociedades anónimas (en regímenes políticos derrotados pero todavía por esos tiempos amenazantes), decía Halperin que la Ley de Sociedades Comerciales “... ha variado sustancialmente el sistema del Código de Comercio, de autorización concreta del Poder Ejecutivo de la sociedad para funcionar como anónima (art.318), remplazándolo por la conformidad de la autoridad administrativa encargada de la fiscalización...”<sup>19</sup>. Desde esa perspectiva, la publicidad registral era el sustitutivo ventajoso de la previa autorización gubernativa<sup>20</sup>.

---

de los titulares del capital y los límites del ámbito físico en el que están establecidos, impone la vigilancia permanente del Estado para que se cumplan las normas que rigen su funcionamiento. El Estado no debe ser indiferente a la situación que se crea por las repercusiones que tiene el cese del funcionamiento de entes que son fuente de trabajo, cuya interrupción produce graves fenómenos sociales...” (Capítulo II, Sección V, ap. XII de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Comerciales).

<sup>18</sup> ZALDIVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael M., ROVIRA, Alfredo L. RAGAZZI, Guillermo E. y SAN MILLAN, Carlos en “*Cuadernos de Derecho Societario*” T\* I, pág. 17; ed. Macchi, Buenos Aires, 1973.

<sup>19</sup> HALPERIN, Isaac en “*Sociedades Anónimas*”, pág. 64, ed. Depalma, Buenos Aires, 1974. Para este doctrinario las facultades del órgano administrativo de contralor, al ser revisables judicialmente en caso de arbitrariedad (arts. 169 y 306 de la LSC) constituían una hipótesis razonable a disposición del empresario. Quizás no avizó que las potestades de dicho órgano podían extenderse de un modo excesivo e inopinado como ocurrió décadas después (cfr. Resol. Gral. 7/2005), con un lamentable resultado para el desenvolvimiento económico argentino.

<sup>20</sup> GARRIGUES, Joaquín en “*Derecho Mercantil*”, ed. Aguirre, Madrid, 1976, T\* I, pág. 433. A su juicio “...la publicidad señala el paso hacia el régimen de las disposiciones normativas...”. BROSETA PONT, Manuel en “*Manual de Derecho Mercantil*”, ed. Tecnos, Madrid, 1994, que explica que dicho principio supervivió a la adecuación del derecho societario español impuesto por las directivas de la CEE dictadas hasta 1993 (ver págs. 220 y sigtes.).

El sistema normativo (que remplazaba la “autorización del soberano”) no era una novedad, sino que había nacido con el código francés de 1807, completado más modernamente por el régimen de publicidad<sup>21</sup>. Su lejano origen lo había puesto en crisis. Tanto lo fue que sendos proyectos de reforma, en la década del 90, formulados por connotados estudiosos de la materia<sup>22</sup> (entre los que se cuenta –aquí presente– el querido Miguel Araya) propusieron lisa y llanamente la abrogación de la conformidad administrativa del art. 167 de la ley 19550 y, todavía más, la derogación del control de legalidad de origen, circunscribiendo la fiscalización estatal tan solo a las sociedades anónimas que hicieran oferta pública de sus acciones o de otros títulos de participación o deuda, y a las que de otra manera captaran ahorros del público con la promesa de prestaciones futuras.

Esas iniciativas no prosperaron y hoy permiten pensar que si el resultado hubiera sido distinto, el país se habría ahorrado los relacionados avances excesivos del órgano administrativo de control, pocas veces detenidos en tiempo oportuno por la revisión judicial, inevitablemente muy posterior a la sanción de esos indebidos avances.

#### **IV. Los valores en pugna Un modelo posible pero olvidado**

Volviendo el análisis a la mirada sutilmente discrepante de los ilustres juristas citados, parece evidente que lo que estaba en el centro de sus convicciones era lograr suprimir restricciones formalistas y figuras de peligro erigidas en vallas y requisitos establecidos para la supuesta protección de accionistas minoritarios y de terceros frente a la sociedad. El núcleo ideológico que aparecía en pugna no es un dato de poca relevancia: la iniciativa tendiente a abrogar esas restricciones a la libertad contractual merece una actividad militante. Las regulaciones excesivas solo sirven para sofocar la creatividad del hombre de negocios y no ofrecen ninguna ventaja ni utilidad en tiempos de crisis, en los que –antes bien– las estructuras deben exhibirse abiertas al ingenio, en pos de la creación de riquezas que redunden

---

<sup>21</sup> BRUNETTI, Antonio en “*Tratado del derecho de las sociedades*” Ed. UTEHA, Buenos Aires, 1960, t\* II, p. 203.

<sup>22</sup> La Comisión designada por el Ministerio de Justicia Resol. N\*465/91 estuvo integrada por Edgardo M. Alberti, Miguel Angel Araya, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera, Héctor Mairal, Ana Piaggi y Efraín H. Richard.

en el bienestar general a través de la expansión económica y la generación de empleo.

Por ello se ha dicho que la inobservancia del principio de subsidiariedad (es decir el papel del Estado frente a la iniciativa privada) conduce a graves perjuicios y perturbación del recto orden<sup>23</sup>.

Podría proclamarse, para que sean bien visibles los términos del debate, que por un lado (en el que se nos encontrará pujando) estará un sistema libertario y de gran apertura a la iniciativa de los empresarios, donde el único límite a esa libertad sea el cumplimiento de las obligaciones para con terceros y ciertamente la licitud. Y, del otro, la generación de controles desde el Estado –nacidos de no desechables principios que anidan en la preocupación por el poder económico que pueden asumir las figuras societarias– para prevenir abusos y fraudes<sup>24</sup>, pero que a nuestro juicio terminan aplanando la actividad empresaria, entendida como una actividad crucial para el progreso económico de la comunidad<sup>25</sup>.

Una deplorable perseverancia reglamentarista<sup>26</sup>, que concluyó con una lamentable opacidad en las registraciones públicas<sup>27</sup>, fue instalada en nuestro país, en materia societaria, entre los años 2003 y 2015, de la mano de esa suerte de indefinición que mostraba, quejoso, Zaldívar señalándonos señeramente (premonitoriamente quizás) que nos habíamos quedado a mitad de camino en 1972.

---

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ VARELA, Alberto en “Empresa y Doctrina social de la Iglesia”, en *Tratado de la Empresa*, Piaggi (dir.), T\* I, p.723.

<sup>24</sup> MAFFEI ALBERTI, Alberto en “*Il nuovo diritto della società*”, ed. Dedam, Padua, 2004, VI, p. 26, donde se explica, a tenor de los arts. 2329 a 2331 del código civil italiano, la necesidad en dicho país de la autorización gubernamental para el funcionamiento de las sociedades.

<sup>25</sup> En las “*Notas Explicativas*” del anteproyecto elevado en 1993 por la Comisión designada por la Resolución MJ 465/91 se da cuenta de cómo generar en la práctica los límites que prevendrán fraudes o abusos, a saber: (i) el requerimiento de amplia información sobre los actos y situación de la sociedad y (ii) la imposición por los tribunales de muy estrictos deberes fiduciarios sobre los directores respecto de todos los socios, y sobre los socios o accionistas entre sí. Ver “*Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales*”, ed. Astrea, Buenos Aires 1993, pág.12.

<sup>26</sup> Horacio Roitman denominó el fenómeno como “activismo reglamentario de la Inspección General de Justicia”.

<sup>27</sup> Conocer los actos registrados en la IGY llegó a requerir un trámite, de borrosa entidad (susceptible pues de arbitrariedades administrativas), donde debía acreditarse un interés legítimo en el acceso a esa información concebida naturalmente como pública (Resol. Gral. IGY 9/2015), lo cual incluso era un retroceso flagrante e infundado frente al art. 4\* de la precedente Resol. Gral. 7/2015 del citado organismo.



Resultó evidente la falta de comprensión de la necesidad de que las sociedades, incluidas las anónimas, puedan constituirse sin autorización administrativa y vivir libremente fuera de cualquier intervención estatal, como por ejemplo, establecía la declamada fuente de la ley 19.550: me refiero a la ley española del 17 de julio de 1951. En tales casos, decía con autoridad Rodrigo Uría, "...la mera observancia de las reglas legales, en la constitución y en el funcionamiento de las sociedades garantiza suficientemente la tutela de los intereses generales unidos a la vida de las sociedades anónimas y la protección de los intereses particulares de los socios y de los acreedores"<sup>28</sup>.

Este modelo de autorregulación no logró arraigo aun en las importantes novedades que aportó la reforma en el sistema societario de 2015, a través de la ley 26.994; pero no es dudoso que se ha avanzado fuertemente al suprimir en el nuevo texto, las referencias del art. 6 de la actualmente denominada Ley General de Sociedades a las "funciones del registrador". Ese avance, como se ha destacado con agudeza, tampoco fue rotundo e incluso ofrece contradicciones porque la desaparición de la referencia al control de legalidad, no aparece correspondido con el mantenimiento de ciertas disposiciones como las de los arts. 123 sobre sociedades constituidas en el extranjero y el ya mencionado art. 167 que permanece inalterado<sup>29</sup>.

Pero no hay que desanimarse: esas inconsecuencias las aborda con una nítida actitud el mencionado Proyecto de reforma legal que hoy está instalado en el Senado de la Nación.

Se puede ir adelantando de esta manera la idea de que por promisorio que ha sido el rumbo evolutivo del derecho societario en estos aspectos del ejercicio de la libertad contractual, permanecemos igualmente a mitad de camino, como llevo dicho, y a merced de un posible retorno del activismo reglamentario de la Inspección General de Justicia que denunciara hace ya algunos años Roitman en nuestro medio<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> URÍA, Rodrigo en "*Derecho Mercantil*", pág.187, ed. Marcial Pons, Madrid, 1975.

<sup>29</sup> CRACOGNA, Dante en "*El registro público y las inscripciones societarias en el proyecto de Código Civil y Comercial*" publicado por esta Academia en 2015 bajo el título "Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial", pág. 47 y sigtes.

<sup>30</sup> ROITMAN, Horacio en "*Ley de Sociedades Comerciales*", prefacio del autor (p. XVII y XVIII), ed. La Ley, Buenos Aires, 2006

Tanto es así que para otros autores, el control de legalidad en la constitución societaria permanece intacto, solo que deferido a la autoridad registral local<sup>31</sup>.

### **V. La ley 22.903 y un importante impulso a las sociedades de personas y a libres asociaciones societarias**

En 1983 entró en vigencia esta reforma de la ley 19.550<sup>32</sup> que implicó, en lo central que venimos analizando, un avance de suma relevancia.

Fueron muchos los aspectos sobre los que innovó y con una bienvenida resonante en la comunidad académica<sup>33</sup>. Es imposible abordar todos esos cambios en este informe, mas sí cabe destacar que generó una muy positiva evolución en ese esquema libertario de las formas y regulaciones societarias que, como es visible en esta exposición, defendemos con convicción. Así pues destacamos –en esa senda evolutiva de marcada apertura– lo siguiente: (i) el modo como simplificó el sistema de escisión y fusión entre sociedades<sup>34</sup>; (ii) la dinamización y flexibilización de las sociedades de responsabilidad limitada (hasta entonces presididas por una excesiva severidad reglamentaria)<sup>35</sup>; y (iii) la simplicidad que aportó en materia de sociedades anónimas, es decir uno de los tipos societarios más sensibles a los cambios de la realidad económica y social. En este tipo legal puso un especial énfasis en la regulación –pronta y sencilla– del órgano de administración (el directorio) y en la posible supresión del control interno a través de una sindicatura que pasó a ser meramente potestativa, fungible por una

<sup>31</sup> ZUNINO, Jorge O. en “Régimen de Sociedades”, págs. 13/14, ed. Astrea, Buenos Aires, 2017.

<sup>32</sup> Sus redactores fueron Horacio Fargosi, Juan Carlos Palmero, Jaime Luis Anaya, Raúl Etcheverry, Enrique Zaldívar, y Enrique Butty; y entró en vigencia el 23/9/1983.

<sup>33</sup> CÁMARA, Héctor en “Derecho Societario”, págs. 1 a 39 (ed. Depalma, Buenos Aires, 1985), hace un lúcido inventario de las reformas y un “*racconto*” de las laudatorias menciones que se hicieron por parte de los doctrinarios de aquellos tiempos.

<sup>34</sup> Las reorganizaciones empresarias constituyen desde nuestra óptica herramientas de sumo valor, pensadas de la mano de franquicias impositivas (no por casualidad aparecen reguladas las que tienen exenciones del impuesto a las ganancias en la respectiva legislación tributaria), ora para fragmentar empresas que permiten desarrollos individuales en manos de quienes tienen carencias de capital, ora para generar conglomerados eficientes para la mayor eficiencia productiva.

<sup>35</sup> NISSEN, Ricardo en “La nueva sociedad de responsabilidad limitada”, en rev. *La Ley* 1984-B, p. 609. GARCIA CAFFARO, R. en “Régimen de la sociedad de responsabilidad limitada después de la ley 22.903”, en rev. *La Ley* 1983-D, p. 986.

aptitud amplia de control e inspección de la contabilidad y documentación por parte de los socios.

Se percibió muy clara la intención –y el buen resultado obtenido en reglas precisas– de aligerar las estructuras de las sociedades anónimas cerradas, sin afectar sus aspectos medulares que habían obtenido amplia aceptación en el público y en la doctrina. La comisión redactora destacó, en efecto, su propósito de concederle agilidad a las estructuras orgánicas de la anónima, sobre todo en aquellas sociedades que por su dimensión de capital no entran en el control permanente del Estado<sup>36</sup>.

No obstante, los autores del texto legal abordaron el debate que aquí se viene siguiendo y lo hicieron sin esquivar el riesgo de la polémica, aunque concluyendo en una solución (en este aspecto) carente de innovación. Asumió la Comisión que el informe precedente a su tarea había referido la posibilidad de prescindir del control estatal en estos casos; mas un nuevo análisis –explicó– sumado a observaciones recibidas (de las que no se dio otra noticia más que esa enigmática mención) decidieron a la Comisión a no innovar en este particular. Expresaron textualmente que “...atendiendo a que este tipo societario es potencialmente idóneo para emprendimientos en los que por diversas razones puede estar comprometido el interés general, lo que conlleva a mantener los poderes estatales por la ley vigente...”. Entendían los redactores que la sola configuración de algún riesgo en el desempeño relevante de ciertas sociedades justificaba un control que ellos mismos avizoraban solo preventivo.

Y tranquilizaron sus espíritus sometiendo a mecanismos de baja intensidad de control a las sociedades de responsabilidad limitada y a las formas de colaboración empresaria que instauraban en el nuevo texto legal. Los redactores sostuvieron –en la búsqueda de un equilibrio que sabían frágil– que la limitación establecida en el art. 30 de la ley podía ser suplida con la instauración de formas contractuales de colaboración empresaria y para ellas incluso reclamaron “tratamientos impositivos que las fomenten”.

La encomiable actitud de replantear la cuestión sucumbía, así, ante una solución también de medias tintas, como denunciaba Zaldívar al poco tiempo de la sanción de la originaria ley 19.550.

Rescatamos igualmente, desde esta óptica, la desregulación de las sociedades de responsabilidad limitada y la solidez que se proporcionaba a

---

<sup>36</sup> Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 22.903, Capítulo II, Sección V, punto 1.

las nuevas formas contractuales que con algún grado de heterodoxia se introducían para dar seguridad y legitimidad a los acuerdos de colaboración empresaria<sup>37</sup> y “uniones transitorias de empresas”, nombre jurídico cuidadosamente seleccionado en sus raíces europeas (o de del derecho continental) para escapar a las características residuales de los “joint ventures” del derecho norteamericano.

El estado de la legislación, al tiempo de la sanción de la ley 22.903 que, en nuestro medio, permaneció casi intacta hasta 2015, permite resumir que tuvimos por más de treinta años un sistema reglamentarista, por oposición al de plena libertad. Era un sistema reglado, en el cual la autoridad de control y la autoridad de registro (juez o entidad administrativa) tenían el control de legalidad, es decir la potestad de verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales<sup>38</sup>.

## **VI. La ley 26.994, el Código Civil y Comercial de la Nación y el cauce para un nuevo derecho societario argentino**

A partir del 1º de agosto de 2015 la entrada en vigencia de la ley 26.994 operó la derogación de los venerables textos decimonónicos de Vélez Sarsfield y Acevedo, remplazándolos por el unificado “Código Civil y Comercial de la Nación”; pero esa ley al propio tiempo modificó la ley societaria, a la que le mantuvo su número (19.550)<sup>39</sup>, cambiando su nombre (que pasó a ser “Ley General de Sociedades”) e introduciéndole apenas un puñado de cambios, pero que tuvieron como efecto generar con tan poco modificaciones rotundas o sustanciales<sup>40</sup>. A la vez, se levantaron minoritariamente críticas no menos enfáticas<sup>41</sup> que no compartimos. Ya veremos que este nuevo derecho societario supone pasos firmes hacia lo que hace muchas

---

<sup>37</sup> No debe olvidarse que en tales entendimientos interempresarios pueden conculcar la legislación “antitrust” plasmada en la ley 22.262 de defensa de la competencia.

<sup>38</sup> ROITMAN, Horacio en “Ley de Sociedades Comerciales”, ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, T\* III, p. 276.

<sup>39</sup> A esa altura ya estaba abandonado en los hechos la desafortunada iniciativa de cambiar toda la numeración de las leyes vigentes bajo el amparo del frustrado Digesto de leyes nacionales.

<sup>40</sup> CRACOGNA, Dante en “El registro público y las inscripciones societarias” en “Sociedades y Asociaciones en el Código Civil y Comercial”, publicado por esta Academia, año 2015, pág. 63.

<sup>41</sup> MUGUILLO, Roberto A. en “Sociedades no constituidas regularmente”, ed. Astrea, 2016, p. 5. VITOLO, Daniel R. en “Comentario a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades”, ed. Ad-Hoc, 2015, p. 37.

décadas Ascarelli proclamó como “la función técnica de las instituciones del derecho comercial”<sup>42</sup>, al servicio del desarrollo de la economía y del bienestar de la población. Alegria nos anunciaba, mucho antes de estos cambios en la ley argentina, que el progreso de las economías mundiales aparecía actualmente vinculado a una apertura a la autonomía privada en campos significativos del derecho societario<sup>43</sup>, de modo que estamos convencidos de estar marchando por caminos que despojando de ataduras la creatividad humana lograrán resultados más estimables que los precedentes sistemas basados en figuras de peligro o temores de abusos que, lejos de consentirse, tienen otros mecanismos para su prevención y castigo.

El nuevo texto, bajo el ya mencionado nombre de “Ley General de Sociedades”<sup>44</sup>, ha aportado, en la senda anunciada, entre otras novedades, las siguientes: (i) la recepción de las sociedades anónimas unipersonales (que poco tiempo después fueron más agilizadas de la mano de la ley n° 27.290)<sup>45</sup>; (ii) un nuevo sistema, sencillo y desprovisto de controles de legalidad<sup>46</sup>, para la registración (ahora “toma de razón”), por parte de los denominados registros públicos, necesariamente locales; (iii) la morigeración del sistema de la tipicidad, cuya infracción ya no generará la nulidad de la sociedad como otrora, sino una sanción menor que en cualquier caso preserva la persona jurídica, nacida –cabe enfatizar– del acto constitutivo y no de conformidad administrativa alguna<sup>47</sup>; (iv) el remplazo del anterior sistema de sociedades irregulares y de hecho por otro que protege la continuidad de estos entes (y de los atípicos) y les permite un amplio desarrollo en

<sup>42</sup> ASCARELLI, Tullio en “Panorama del Derecho Comercial”, ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102.

<sup>43</sup> ALEGRIA, Héctor en “La autonomía contractual frente al panorama actual del derecho mercantil”, comunicación efectuada al tiempo de la incorporación del autor a la Academia Peruana de Derecho, en “Reglas y principios del derecho comercial”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, págs. 13 a 16. Allí Alegria, citando a Dalessandro, Angelici y Luigi Rovelli (colaborador de la reforma italiana a la ley de sociedades de 2003) explica que se verifica una apertura liberal del derecho societario que marcha detrás de la bandera de la autonomía privada.

<sup>44</sup> Pensado, entendemos, por la absorción que se hace de la sociedad civil, ahora sin contemplación legislativa en el Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>45</sup> BO del 18 de noviembre de 2016.

<sup>46</sup> CRACOGNA, Dante en “Hacia un nuevo paradigma societario en el derecho argentino”, en Temas de Derecho Mercantil”, publicado en los *Anales* de esta Academia, ed. La ley 2019, p. 92; VITOLLO, Daniel R. en “Sociedades Comerciales”, T\* V-A, p. 141, ed. Rubinzal-Culzoni, 2015.

<sup>47</sup> El Proyecto del PEN del año 2006 al postular la reforma del art. 17 ya instalaba esta idea de evitar la nulidad, asignando a las sociedades atípicas el mismo régimen que a las sociedades con vicios de forma.

los negocios sin estar sometidos por su imperfección al disfavor de la ley; (v) la libertad de contratación de los cónyuges en materia de sociedades, pudiendo integrar –entre sí– cualquier tipo social; (vi) una mayor libertad asociativa de las sociedades por acciones.

Es de destacar también que los nuevos aires legislativos fueron acompañados por plausibles cambios introducidos desde 2016 por las nuevas autoridades de la Inspección General de Justicia. En efecto, la Resol. Gral. 3/16 de dicho organismo derogó las penosas e injustificadas medidas restrictivas de acceso a la información que se habían impuesto anteriormente, restituyéndose el irrestricto derecho de información sobre los actos sometidos a registración en el ámbito societario.

Las novedades referidas tienen, además y como núcleo normativo alrededor del que gira el microsistema que representa la ley societaria (tal como se sigue de la plástica definición de Lorenzetti<sup>48</sup>) el art. 142 del Código Civil y Comercial de la Nación. El cambio operado por esta norma en relación a su antecedente (el derogado art.45 del Código Civil) es copernicano: desaparece en efecto el principio general de la autorización estatal que daba vida a la persona jurídica, remplazado ahora por el ya apuntado normativismo que implica –como principio general– que la personalidad jurídica se obtiene desde el mismo momento de la constitución de la sociedad, con prescindencia del acto inscriptorio. Por cierto que el citado art. 142 deja a salvo los casos en que la persona jurídica requiere –por otras disposiciones legales– autorización expresa para funcionar (como serían los casos de las fundaciones y asociaciones)<sup>49</sup>. Mas lo que aparece de relieve es el cambio modélico: el principio general del código unificado remite ahora a la autonomía de la voluntad<sup>50</sup> y reserva la autorización para casos específicos en los que el legislador tiene, tradicionalmente, un interés especial en preservar a la comunidad de abusos o fraudes en virtud de la confianza que se requiere para ciertos negocios y a cuyo respecto –por razones culturales

---

<sup>48</sup> LORENZETTI, Ricardo en “Código Civil y Comercial, presentación del proyecto”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2012, p. 11 donde literalmente expresa que “La relación entre un Código y los microsistemas jurídicos es la del Sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema...”

<sup>49</sup> Arts. 169 y 183 del CCyC.

<sup>50</sup> En los “Fundamentos del Proyecto” que luego se convirtió en el Código Civil y Comercial leemos, de todos modos, que “...la personalidad es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa...”.

y por experiencias que las respaldan<sup>51</sup>— se vislumbra inerme a un conjunto importante de ciudadanos concediéndole al Estado penetrantes poderes de investigación<sup>52</sup>.

Estamos pues ante el “nuevo derecho societario argentino”<sup>53</sup>: un sistema, a mi juicio, equilibrado que no ha perdido de vista que la sociedad anónima se constituyó en el instrumento de enormes centros de poder económico; que se ha erigido en reguladora de condiciones del mercado y que ha resultado, en ciertos ámbitos, un instrumento de acumulación de capital en pocas manos. Y que, en tal sentido, la legislación positiva, no ha abdicado de controles que son de baja intensidad en la constitución del ente (absteniéndose pues, de ese modo de imponer obstáculos inspirados en la sospecha o el prejuicio) y que asumen mayor y más fortaleza cuando la sociedad se reconduce a la concentración y actividades de cierto riesgo.

A esta altura no puedo sino señalar que se ha dado por supuesto que la concentración económica favorece el desarrollo y las inversiones (personalmente he sostenido que los conglomerados societarios son frecuentemente instrumentos idóneos para el desarrollo eficiente de ciertas actividades); pero no es menos cierto que paralelamente a esa comprensión y a esos datos de la realidad, ha crecido la desigualdad y ella nos interpela severamente porque supone el sufrimiento de muchos de nuestros conciudadanos.

¿Dónde están pues esos equilibrios a que hice mención? ¿Qué respuesta nos han dado si ese sufrimiento social aparece tan expandido? ¿Estaremos exculpando nuestras conciencias con teorizaciones jurídicas?

Aunque sería muy extenso y ajeno a esta comunicación responder a tan urticantes interrogantes, sostengo, desde mi modesto parecer, que el ordenamiento jurídico societario sigue indemne y exonerado de responsabilidad respecto del cuadro de grave crisis que atraviesa el país desde hace varios años. La actividad de los organismos de control funciona con marcada eficiencia: son escasas las situaciones donde haya debido intervenir la

---

<sup>51</sup> GALGANO, Francesco en “Derecho Comercial”, ed. Temis, Bogotá 1999, Vol. II, pág. 398 donde afirma que “...el profundo conocimiento de que la economía capitalista no puede dejarse al libre e incontrolado juego de las partes.”.

<sup>52</sup> TEDESCHI, Guido Uberto en “*Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capital*”, ed. Cedam, Padova, 1965, pág. 19.

<sup>53</sup> Denominación que también usó Gervasio COLOMBRES cuando en 1972 publicó su “Curso de Derecho Societario” (Depalma, Buenos Aires, 1972), pág. 9.

Comisión Nacional de Valores, o la IGJ o el BCRA o la Superintendencia de Seguros (para nombrar los más conocidos órganos del Estado llamados a controlar la actividad que ha preocupado). No es la ley la que permite abusos, ni mucho menos la que los pueda estar consintiendo u ocultando.

El derecho societario vigente se incardina adecuadamente en el marco teórico del iusnaturalismo: está compuesto por normas justas y por eso las podemos considerar “derecho”. No hallamos tampoco una interpretación jurisprudencial que nos agobie ni rebele, ni mucho menos –actualmente– reglamentos administrativos que dañen la inversión ni el esfuerzo privado.

Seguidamente dedicaré un breve capítulo a lo más novedoso del derecho societario argentino y que constituye un signo de la época (las sociedades por acciones simplificadas), pero no puedo dejar de mencionar, para terminar de absolver la disciplina societaria en nuestro país respecto de las inequidades que nos lastiman como comunidad, (i) cuánto se ha avanzado en el desarrollo de las normas del “buen gobierno corporativo de las sociedades comerciales”; (ii) cuánto en materia de mercado de capitales y (iii) tanto más en ese ámbito tanpreciado y eficaz que ha sido en nuestro país el derecho de las sociedades cooperativas y de las empresas de la economía social (en general)<sup>54</sup> precursoras en la búsqueda de igualdad de oportunidades entre los individuos y de la armonía social.

En otros términos: pienso que la desigualdad arraiga en políticas macroeconómicas, ajenas al derecho de sociedades. Este último, en cambio, ha querido morigerar esos efectos a través de los mecanismos detallados, lo cual nos permite afirmar que las sociedades opacas –de las que hoy tanto se habla– no son tales porque el sistema legal lo admita. Lo son porque fracasan los medios de fiscalización financiera y porque claudica el sistema que debe monitorear los flujos de capitales.

## **VII. Las sociedades por acciones simplificadas (ley 27.349)**

### ***a) Introducción***

La novedad en el derecho argentino de estas sociedades simplificadas y que pueden incluso ser unipersonales es, desde mi opinión, muy promisoría.

---

<sup>54</sup> CRACOGNA, Dante en “Tratado de la empresa”, Piaggi (dir.), págs.157 y sigtes., ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.



En primer término, aprecio que este nuevo tipo societario, junto los dispositivos que a tenor de los nuevos arts. 22 a 26 de la LGS (según texto de 2015) apuntan claramente al desarrollo de los individuos. Creo ver que el sistema va en sentido contrario de la concentración económica y acude, en tal sentido, en pos de favorecer el crecimiento y proliferación de pequeños emprendimientos en cabeza de quienes no disponen de capitales significativos. Parece ser una respuesta a una modernidad que expulsa mano de obra con el auge de la robótica y de plataformas informáticas que secundarizan la labor de los individuos.

### ***b) Una breve descripción de las SpAS (o SAS)***

Los estudios que ha generado este nuevo tipo societario son múltiples, en estos dos años de vigencia de la ley 27.349<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> ABDALA, Martín Eugenio. Artículos varios. Conicet. [https://www.conicet.gov.ar/new\\_scp/detalle.php?keywords=&id=20992&articulos=yes](https://www.conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?keywords=&id=20992&articulos=yes)

BARBIERI, Pablo en “Apuntes sobre la sociedad por acciones simplificada”, en Microjuris.com del 4/12/2017; BERGER, Mariana en “Sociedades por acciones simplificadas”. La reglamentación en “elDial.com.”, DC2397; CRACOGNA, Dante en “Importante novedad en el campo societario: la sociedad por acciones simplificada (SAS), en RDCO 285, del 11/8/2017, p. 849; CARDOSO BUSTELO, Juan Cruz en Revista de graduados de Derecho de la Universidad Austral, N° 4, diciembre de 2017; DE LAS MORENAS, Gabriel en “Análisis exegético de la nueva Ley de Sociedad por acciones simplificada”, La Ley Gran Cuyo 2018, abril, p. 1; DE OTO, Vanina en “Sociedades”, Gebhardt (dir.) – Romero (coord.), ed. Astrea 2019; FAVIER-DUBOIS, Eduardo y SPAGNUOLO, Lucía en “La sociedad por acciones simplificada como tipo ideal para las empresas familiares” en Revista del Notariado (<http://www.revista-notariado.org.ar>); PRONO, Patricio en “Capital, aportes y acciones en la Sociedad por Acciones Simplificada”, en RDCO 285 del 11/8/2017, p. 915; DUPRAT, Diego y HADDAD, Lisandro en “Sociedades por acciones simplificadas. Normas de la Inspección General de Justicia” en La Ley 2017-E, p. 677; MANOVIL, Rafael M. en “Las SAS y las normas generales de la ley de sociedades”, Anales de la Academia de Derecho y Ciencias sociales, diciembre de 2018; MARZORATI, Osvaldo en “La sociedad por acciones simplificada. ¿Será una realidad?”, rev. La Ley 2016-F; MARTORELL, Ernesto Eduardo. *La sociedad anónima simplificada (SAS). Visión crítica (muy) de un tipo “disruptivo”*. Revista digital “El Derecho” de la Universidad Católica Argentina del 28 de febrero de 2018. Acceso directo: [http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/\\*02/23022018.pdf](http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/*02/23022018.pdf); NETRI, Federico y AMELONG, Nicolás en “Matices de la sociedad por acciones simplificada”, Microjuris.com, 7/8/2017; NISSEN, Ricardo A. en “La sociedad por acciones simplificada” ed. FIDAS, 2018; RASPALL, Miguel en *Régimen del emprendedor*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2018; SCHNEIDER, Lorena en “El contexto empresarial de la ley de Sociedades por Acciones simplificada”, rev. La ley del 16/7/2018, p. 1; VAN THIENEN, P. Augusto y DI CHIAZZA, Iván en “Sociedades por acciones simplificadas y supletoriedad de la Ley General de Sociedades”, La Ley 2017-D, p. 1251; VEIGA, Juan Carlos en “Sociedad por acciones simplificada”, ed. Temas de Derecho Mercantil en Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales, ed. La Ley, enero de 2019; VERGARA, Nicolás D. en “Las sociedades por acciones simplificadas en la Argentina”, La Ley, 2018-A, p. 671; VERON, Alberto V. en “Los cambios estructurales previstos para las SAS” en rev. La Ley 2017-E, p. 1340; VILLAHOZ, Viviana.

Su estudio atrapa porque supone producir respuestas de actualidad notoria. Y genera desafíos pues está dirigida a pequeños y medianos empresarios que hoy, estadísticas confiables estiman que son –en nuestro país– unos cuatro millones de personas. Su uso se ha popularizado rápidamente: en 2018, el 34% de las 13.332 sociedades inscriptas fueron SAS.

Las SAS son un nuevo tipo societario de carácter híbrido o mixto, que combina elementos de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada.

Va de suyo que tienen personalidad propia diversa a la de sus socios y pueden ser unipersonales. En cualquier caso, el socio responde solo con su aporte.

Su linaje moderno se emparenta con datos duros y encomiables: (i) los registros públicos están compelidos a inscribirlas en 24 horas si utilizan el formulario tipo y (ii) en materia de contabilidad –obligatoria por cierto– todos los asientos y actas deben tener formato digital y encriptado que hace imposible su desaparición, su alteración o registros intermedios; los libros deberán tener soporte electrónico.

Pero pareciera que nuestro legislador no se permitió abandonar el imperativismo en forma más categórica, a despecho de las precursoras ley francesa de 1994, la colombiana de 2008 y la chilena, todavía más reciente. En todos esos antecedentes, entre los que cabe incluir en nuestro medio el Proyecto de 1992, la idea central fue dar vida a lo que en Francia se denominó “sociedad contractual”, precisamente para escapar del imperativismo y de las leyes de orden público propias del ordenamiento general. Era la impronta del derecho norteamericano que siempre aportó con denuedo una disciplina especial de libertad contractual y de defensa de la limitación de la responsabilidad.

Mas la ley de 2017 no se animó a tanto, por mucho que sus precursores invocaron en el mensaje del PEN el derecho constitucional de libertad de asociación y el principio de autonomía de la voluntad. La ley 27.349 mantiene la supletoriedad de la Ley General y ofrece aristas de imperativismo puro cuando trata el capital de las SAS, cuando regula sobre las acciones

---

*Sociedades por acciones simplificadas (SAS)*. Ponencia presentada en la 42° Convención Notarial del Colegio de Abogados de la Capital Federal en septiembre de 2017. Acceso directo: <https://www.colegio-escribanos.org.ar/CN/wp-content/uploads/2017/09/42-CN-Tema-4-Villahoz.pdf>

y su transferencia (que exige la aquiescencia del órgano de gobierno)<sup>56</sup> y cuando establece modalidades sobre los aportes irrevocables.

Pero, de cualquier modo, el avance que suponen las SAS concierne a la mayor relevancia de los pactos entre particulares: así pues, los estatutos prevalecen sobre la ley imperativa y, conforme al modelo chileno la pirámide normativa se conforma poniendo en primer lugar la ley de las SAS, luego el contrato social que se concibe con amplia libertad y por último la Ley General en sus aspectos de orden público<sup>57</sup>, así como se le aplican los principios generales<sup>58</sup>.

Las SAS no estarán sujetas a fiscalización, limitándose la IGJ al ejercicio de funciones registrales para su inscripción<sup>59</sup>. El mismo organismo así lo estableció<sup>60</sup>.

### **VIII. El proyecto radicado en el Senado**

Como explicaba al comienzo, la Cámara de Senadores de la Nación tiene hoy a consideración un ambicioso proyecto de reforma cuyas líneas generales suscitan un gran optimismo, en tanto receptan con cuidada redacción los más importantes avances dirigidos a modernizar el derecho societario vigente. Lo he recibido, como dije, este mismo mes y naturalmente no hay aún noticias de la repercusión que pueda tener en la doctrina y los operadores. Pero en lo personal me generan un indisimulable entusiasmo por su impronta innovadora que, no obstante, no pierde de vista el relevante proyecto del Ministerio de Justicia del año 2005<sup>61</sup> ni cambia la estructura hoy vigente de la LGS, salvo la incorporación a su texto de las reglas contenidas en la ley 27.349 (en lo relativo a las SAS) las que se incorporan a la Ley General como una Sección especial del Capítulo II.

<sup>56</sup> Art. 48 de la ley 27.349.

<sup>57</sup> VAN THIENEN, P. Augusto y DI CHIAZZA, Iván en op. Cit., en rev. La Ley 2017-D, p. 1251.

<sup>58</sup> MANÓVIL, Rafael M. en “Las SAS y las normas generales de la ley de sociedades”, en Anales de esta Academia en diciembre de 2018.

<sup>59</sup> DUPRAT, Diego y HADDAD, Lisandro en op. cit., en rev. La Ley 2017-E, p. 677.

<sup>60</sup> Resolución General n° 6 de 2017.

<sup>61</sup> Esta tarea fue producida por una comisión integrada por el Académico Jaime Luis Anaya y los Dres. Salvador Darío Bergel y Raúl Aníbal Etchevery.

Explican los redactores del proyecto<sup>62</sup> que las propuestas se encaminan a facilitar el proceso constitutivo y la utilización de la sociedad, desburocratizando y flexibilizando las formas para dar espacio a la autonomía de la voluntad.

Así pues, entre otros encomiables cambios (i) se propicia extender la unipersonalidad a todos los tipos sociales (salvo los que por su naturaleza tengan dos categorías de socios); (ii) se elimina la exigencia del instrumento público para la constitución de las sociedades anónimas; (iii) se suprime el control de legalidad en la inscripción de las anónimas, estableciéndose para todas las sociedades que dicha inscripción debe producirse de manera inmediata, con efecto de publicidad y oponibilidad a terceros, sin que semejante consecuencia convalide posibles vicios de los instrumentos.

Sería impropio continuar en esta comunicación con el catálogo de cambios propiciados, pero por su correlación con los argumentos que he desarrollado no puedo sino concluir poniendo la atención en la única disidencia que se expuso en el prestigioso grupo redactor. Me refiero a la que desarrolló el tan querido Dr. Guillermo Ragazzi respecto del control de legalidad sobre cuya temática he abundado hasta aquí. Su discrepancia, expuesta con suma solidez, es propia de tiempos pretéritos: hoy la práctica societaria y la mirada de los magistrados no concede a la inscripción más que el efecto de oponibilidad y publicidad. Ninguno de los operadores jurídicos pensamos que una constancia administrativa (que vulgarmente identificamos como la “plancha”) da garantías de la ausencia de defectos o de intentos de abusos. Por ello me permito apoyar calurosamente la iniciativa del resto de los redactores, la cual garantiza, conforme a los criterios de UNCITRAL la consistencia y confiabilidad de los documentos con el recaudo de la certificación profesional, previa a la inscripción.

## **IX. Conclusión**

La realidad normativa y los cambios analizados que comenzaron en 2015, muestran una impronta notablemente enraizada en la autonomía de la voluntad como factor de creación de derecho. Así pues, los nuevos sig-

---

<sup>62</sup> Componen la Comisión senatorial los Académicos Rafael Manóvil y Julio Rivera, así como los integrantes del Instituto de Derecho Empresarial de esta Academia, Dres. Alfredo Rovira y Guillermo Ragazzi, junto con los Dres. Calcaterra y Liendo, siendo su secretaria la destacada colega, Dra. Luiba Lencova.

nos que ponderamos aparecen claramente enderezados a pensar a la Ley General desde una perspectiva contractual, de modo que los horizontes de la negociación entre los sujetos de la economía empiezan a aparecer con límites extendidos. Sus confines serán entonces la licitud y la buena fe, más que normas cuya imperatividad debe circunscribirse al bien que se quiere tutelar y deben soslayarse si el interés que ellas quisieron proteger no tiene afectación.

No es razonable seguir interpretando que los pactos concebidos por los particulares en contrario de ciertas disposiciones legales deben tener, para ser válidos, expresa permisión legal. Esos acuerdos deben considerarse legítimos si no afectan el núcleo de interés que la ley quiso tutelar. Esas normas no son sacramentales sino que, antes bien, han querido evitar una afrenta a cierto interés que, en tanto no sea afectado no debe convertir a la norma en una valla repetida ciegamente, sin atender a su finalidad.

Entiendo que con los cambios señalados que se aprecian en la Ley General, a los que se suman los aportes contenidos en la ley de las SAS y la reformas a la SAU y el moderno proyecto que concibieron notables juristas y que se encuentra en el Senado, es posible concluir en que el desafío que debe enfrentarse es desarrollar fuertemente la actividad empresaria que a la vez nos lleve al anhelado crecimiento de nuestra economía, del empleo y del bienestar general.

El derecho societario argentino está cerca de contribuir decisivamente a tan altos objetivos.



# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JUAN CARLOS CASSAGNE<sup>1</sup>

Tengo el honor de presentar, en esta ocasión, al nuevo Académico de Número de nuestra Corporación, el Dr. Eduardo Martín Quintana, designado por el Pleno en la sesión del 13 de diciembre de 2018.

El Dr. Quintana hizo sus estudios primarios en la Escuela Argentina Modelo y en el Colegio Lasalle, habiendo cursado el ciclo secundario en el Colegio San Pablo, todos de la Ciudad de Buenos Aires.

Estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica Argentina donde recibió el título de abogado el 5 de julio de 1967.

Allí se graduó de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales con una tesis sobre “*El Derecho en Carlos Marx, Antonio Gramsci y Jürgen Habermas*”, calificada con sobresaliente por el tribunal examinador.

Ejerció la magistratura integrando el Poder Judicial como Juez Nacional en lo Civil y Comercial de la Capital Federal.

Es conocida su acendrada y constante vocación por la enseñanza del derecho, tanto en la Universidad de Buenos Aires como en la Universidad Católica Argentina.

En la primera, fue sucesivamente –a partir de 1971– Ayudante de Cátedra, Jefe de Trabajos Prácticos, Profesor Adjunto de Introducción al Derecho, Profesor Regular de Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho y Profesor de Postgrado en la maestría de esta última disciplina.

---

<sup>1</sup> Discurso de recepción del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de agosto de 2019.

Por su parte, en la Pontificia Universidad Católica Argentina se desempeñó como Profesor Adjunto Ordinario de Ciencias Políticas, Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho y Derecho Natural y, en la carrera de especialización del postgrado, como Profesor de Introducción al Derecho y de Biotecnología Jurídica.

A los antecedentes mencionados, cabe adicionar otros de singular envergadura científica y académica. Basta decir que el Dr. Quintana es en la actualidad:

- Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (2011).
- Director del Instituto de Bioética de la mencionada Academia (2018-2021)
- Académico de Número de la Academia del Plata (2003) y ex Presidente (2011-2014).
- Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina.
- Profesor Consulto de la Universidad de Buenos Aires.
- Profesor Titular de *Bioética Jurídica* en el postgrado “Derecho de Familia” de la Universidad Católica de La Plata.
- Profesor Titular de *Introducción al Derecho* en la Universidad Austral (1995).

Preside la Fundación Cultural Universitaria-Cursos ARS IURIS por el período 2017-2021.

A su genuina inclinación docente el Dr. Quintana une una ejemplar dedicación a los estudios e investigaciones en diversas áreas de conocimiento concernientes a la filosofía jurídica, a la bioética, a la historia de las ideas y a la filosofía política. Ha abordado, incluso, temas propios del derecho administrativo vinculados a la regulación estatal de la enseñanza privada en un artículo escrito a la memoria del Dr. Juan Ramón de Estrada, mi inolvidable amigo.

Es autor de varios libros redactados con rigor intelectual desde la perspectiva de un ius-naturalista, que escribe con el convencimiento de pregonar la verdad sin fanatismo.



Porque como decía Chesterton “*el fanatismo no consiste solamente en que un hombre esté convencido de tener razón; eso no es fanatismo sino cordura. El fanatismo consiste en que un hombre está convencido de que otro está equivocado en todo porque está equivocado en una opinión particular, que debe estar equivocado hasta al pensar sinceramente que tiene razón*”<sup>2</sup>.

Respetuoso de las ideas ajenas la tarea del Dr. Quintana revela un sutil empeño en rescatar valores y vivencias contrarias a las suyas, tratando siempre de extractar todo lo bueno que advierte en las concepciones opuestas, relacionadas en mayor medida, con la filosofía del derecho, su teoría general y la filosofía política.

Entre sus obras de mayor relieve doctrinario sobresalen cuatro libros dedicados a los objetos de su predilección.

Así, en forma escalonada, nuestro nuevo Académico publicó: *Visión de la Cultura y de la Historia*, *Aproximación a Gramsci*, *Notas sobre el Derecho en el Ius-naturalismo y Filosofía Jurídica*, *Política y Moral en Jürgen Habermas*, junto a un nutrido bloque de artículos, comentarios y folletos sobre diversos aspectos de la temática antes referida.

La lectura de sus obras despierta la sensación de hallarnos frente a alguien que, sin temerle al pasado de la tradición filosófica y cultural, marca el camino del presente y nos orienta hacia el futuro, sin las servidumbres que suelen imponer las modas de turno.

En ellas, se aprecia un afán hacia la búsqueda de la verdad, la trascendencia del hombre y el bien común, tanto a través de reflexiones equilibradas como mediante la crítica honrada de los errores que, al infiltrarse en la sociedad y en su cultura, producen el quiebre de sus valores y bienes básicos.

Porque si, como decía San Pablo, la verdad nos hace libres, esa libertad se acrecienta cuando nos encontramos de cara a razonamientos sabios y prudentes, que lejos de denostar las concepciones adversas, tienden a destacar sus aciertos aún en el marco de la crisis de verdad que afecta al mundo moderno. Sin apartarse un ápice de los principios de la ley natural, defiende la vigencia del orden positivo asumiendo una posición crítica acerca de las desmesuras interpretativas que transforman a los jueces en legisladores.

---

<sup>2</sup> Chesterton, Gilbert K, *El hombre común*, ed. Hersica, Buenos Aires, 1958, p. 211.

No hay que olvidar tampoco, y el Dr. Quintana se hace cargo de ello, que la pérdida de vigor y de influencia de la cultura en la sociedad “*conlleva como consecuencia necesaria una “crisis de sentido” ya que si el “cenit” del conocimiento humano es una multiplicidad de ciencias cada vez más particulares, se produce, por lo general, la fragmentación del saber, no siendo raro, entonces, “que la pérdida de sentido desemboque en un estado de escepticismo, relativismo e indiferencia”*”<sup>3</sup>.

Sus ideas sobre el concepto del derecho aparecen volcadas particularmente en el libro “*Notas sobre el Derecho en el Ius-naturalismo*”, en el que campea la clásica concepción del derecho concebido como lo justo, sin dejar de reparar en los valiosos enfoques iusnaturalistas contemporáneos que hicieron Kalinowski, Villey y Lachance.

De ese libro, el Dr. Rodríguez Varela, al presentarlo en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, dijo que su contenido era una demostración más de la vitalidad del ius-naturalismo contemporáneo ya que tras las dos guerras mundiales y el surgimiento de los totalitarismos (comunista, fascista y nacional-socialista) quedó en evidencia “*que el positivismo no alcanzaba para dar respuestas seguras a los anhelos de paz, justicia y libertad exteriorizados en todas las latitudes del planeta*”.

Entre los aportes que el Dr. Quintana ha hecho a la filosofía jurídica, política y moral, se destaca, su meduloso estudio de la concepción de Habermas, uno de los grandes filósofos alemanes de la modernidad, prologado por el Miembro de Número de nuestra Academia Dr. Rodolfo Luis Vigo.

Su prologuista ha señalado que “*es una excelente vía para conocer autorizadamente la amplia y compleja teoría habermasiana, pero sobre todo para apreciarla críticamente desde presupuestos de la filosofía clásica de raigambre aristotélica-tomista*”.

Si bien son variados los aspectos de la concepción de Habermas analizados y criticados en cada caso por el Dr. Quintana (algo que resulta imposible referir en este discurso) he seleccionado unos pocos conceptos que enuncia el autor, a modo de balance conclusivo.

Allí nos dice que “*Habermas pretende eludir tanto el positivismo como la utopía, y si bien sus críticas al uso de la razón instrumental son váli-*

---

<sup>3</sup> Cfr. Quintana, Eduardo Martín, *Patria y Cultura, testimonios de S.S. Juan Pablo II*, diario El Derecho, del 2-5-2011, p. 5.

das, como también su intento de recomponer la integración de las ciencias prácticas, no logra desprenderse de la influencia ilustrada y su propuesta, al carecer de una fundamentación ontológica, recae en un positivismo, maquillado por la libre participación de todos los obligados al cumplimiento de las futuras normas, pero que no es más que un normativismo de nuevo cuño. Según su propuesta, el Derecho es la norma y los 'derechos fundamentales' no son reconocidos, sino otorgados por aquélla"<sup>4</sup>.

La Aproximación a Gramsci es otra obra de gran interés para la filosofía y la ciencia política.

Se trata de uno de los estudios más completos que, sobre la ideología del sardo, se han llevado a cabo en nuestro país, cuya influencia ha calado hondo en los intelectuales post-marxistas, como puede advertirse, entre otros trabajos, en La Razón Populista de Ernesto Laclau.

Con sobrada razón desnuda al verdadero marxismo que encubre la teoría gramsciana del poder ya que por más que sustituya el reduccionismo económico y la violencia propiciando una suerte de alianza o unión entre la estructura económica y las superestructuras sociales, así como la supremacía de la dirección sobre el dominio por parte de un grupo de intelectuales que orientan al Partido, sigue siendo, en el fondo, una filosofía de la praxis, cuya esencia es un historicismo e inmanentismo absolutos.

Aparte de poner el acento en la crítica que le merece la negación de la naturaleza humana individual y la transformación del hombre en un ser colectivo, como características esenciales del marxismo (en lo que advierdo una coincidencia con la crítica que hizo Maritain en "*El Humanismo Integral*"), el Dr. Quintana describe con acierto las nociones de "*bloque histórico*" y de "*hegemonía*", indispensables para captar el trasfondo revolucionario de este enfoque moderno, tardíamente revalorizado por el propio marxismo.

Y en el Epílogo de esta obra el Dr. Quintana nos dice que Gramsci yerra en el camino hacia una pretendida liberación social, ya que, si bien es cierto, por una parte, que la dilución de la sociedad política en el aparato burocrático del Estado provoca la desintegración de la masa política, por otro lado, su pretensión (siguiendo a Marx) de absorber a la sociedad polí-

---

<sup>4</sup> Quintana, Eduardo Martín, *Filosofía Jurídica, Política y Moral en Jürgen Habermas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 238.

tica por la civil termina en un “*centralismo orgánico*” (democrático según las ideas de Lenin) que, en la práctica, no es otra cosa que el “*totalitarismo colectivista*”<sup>5</sup>, que concentra el poder estatal en manos de un solo Partido conducido por el dictador o líder de turno.

Al finalizar esta semblanza del nuevo Académico, quiero destacar su activa intervención, en defensa de la vida, amenazada por una ideología de género de cuño existencialista que ha llegado a infiltrarse aun en las corrientes liberales, no obstante que los postulados del liberalismo político sean contrarios a la admisión de prácticas opuestas a la dignidad humana y al derecho a la vida de las personas por nacer.

El Dr. Quintana viene a ocupar el sillón cuyo Patrono es nada menos que Carlos Enrique Pellegrini, uno de los más notables estadistas de la República que, con honestidad, grandeza y capacidad política, supo sacarnos de una de las crisis más graves que padecemos los argentinos.

Una coincidencia no menor, que corresponde resaltar, en esta oportunidad, es el hecho de que sucede en ese sillón académico a mi dilecto amigo y maestro el Dr. Alberto Rodríguez Galán, un gran Presidente y un verdadero Señor, a quien tuve el privilegio de acompañar como Secretario durante su mandato en esta Academia y al que el Dr. Quintana supo visitar amigablemente en los últimos meses de su vida.

Doctor Quintana: en nombre de nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, me congratulo con su designación como Académico de Número y le doy la más cordial bienvenida.

---

<sup>5</sup> Quintana, Eduardo Martín, *El marxismo paradójico de Antonio Gramsci*, Librería Huemul, Buenos Aires, 1990, p. 213; primer título que tuvo el libro *Aproximación a Gramsci*.

## EL PATRONO DEL SITIAL

POR EDUARDO MARTÍN QUINTANA<sup>6</sup>

Desde su juventud Carlos Pellegrini mostró un temperamento que lo llevaría a ejercer una atracción y liderazgo fuera de lo común a lo largo de toda su vida (1846 a 1906). Dejó la Facultad de Derecho para combatir en la guerra del Paraguay y tuvo una actuación sobresaliente en la batalla de Tuyutí y otros combates. Enfermo de gravedad en el frente por lo que tuvo que retornar a Buenos Aires. Se graduó de abogado y su tesis fue “El derecho electoral”, que sostuvo luego en su larga carrera como una prioridad nacional. Luego inició su vida política en la que siempre se destacó debido no sólo a su inteligencia fuera de lo común, sino también una personalidad descollante en todos los ambientes en que actuaba.

Fue diputado nacional de 1873 a 1878, Ministro de Guerra y Marina de 1879 a 1886, senador nacional de 1881 a 1886 y vicepresidente de Juárez Celman de 1886 a 1890. Como es sabido el prestigio del Presidente decayó prontamente, entre otros motivos por la fuerte desvalorización del peso frente al oro y otros desaciertos que produjeron una aguda crisis económica. Asimismo, el gobierno avanzó sobre la autonomía de las provincias mediante un partido único a su mando, lo que recibió el nombre de unicato carente de popularidad. Como consecuencia de todos estos hechos, más las acusaciones de corrupción y el descontento de los partidos y de otros líderes se produjo en 1890 una revolución llamada “del Parque”, que si bien fue sofocada, no menguó la agitación pública junto al desorden económico, lo que provocó la renuncia de Juárez Celman por lo cual asumió la presidencia Carlos Pellegrini, en circunstancias harto complicadas hasta completar el mandato.

---

<sup>6</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 22 de agosto de 2019.

Si bien este lapso no estuvo exento de contratiempos y agitaciones, sobre todo económicas, Pellegrini logró encauzar el desorden y como dijo un historiador “la posteridad emitió un juicio favorable a su gestión otorgándole el apodo de Piloto de tormentas.” Finalizado su mandato continuó ligado a la política siendo prolíficos sus conferencias, escritos y cartas. Fue partidario de la industrialización siguiendo el ejemplo de las naciones europeas, pero a la vez no desdeñaba el aporte agropecuario, pero sostenía que el futuro del país no podía ser exclusivamente. . agroexportador. Su polifacética personalidad exhibía también su admiración por la vida ecuestre lo que lo llevó, junto a otros amigos, a fundar el Jockey Club. Su concepción política-cultural lo acercaba al modelo anglosajón y a Estados Unidos. Por el contrario, no sucedió otro tanto por el ideario de la Revolución Francesa.

En el año 1952 el Doctor Atilio Dell’Oro Maini, que integró esta Academia, pronunció una conferencia en un homenaje que le brindara a su memoria una prestigiosa institución. Decía el disertante: “Pellegrini buscaba en la profundidad temporal del pasado la exacta inteligencia de la realidad presente, porque entendía que el conocimiento y la justa valoración de la historia aseguran la vital influencia de los principios de continuidad y solidaridad que constituyen la salud y evolución de un pueblo...Una política sin conciencia histórica, no sólo falsea la verdad dando fundamento deleznable a su programa, sino que desagrega, descompone y disuelve la unidad de la nación”.

Estas palabras son claves para entender su pensamiento político, pues parafraseando a José Luis Bernárdez, “el árbol tiene de florido lo que tiene de sepultado” o sea sus raíces. Ellas son la que alimentan el tronco, ramas, hojas y flores que se renuevan periódicamente, pero sin aquella fuente nutricia se secan y mueren.

Estas palabras que bien describen el ideario de Carlos Pellegrini, ponen al desnudo las principales causas de nuestros padecimientos contemporáneos, ya que se olvida el pasado, cuando no, hasta se lo abomina o se ridiculiza nuestros próceres, no se enseña historia y los valores morales que sustentaron nuestro futuro auspicioso, pasan a ser mojigaterías superadas por una pseudoliberación que ha conducido a la disgregación tanto interfamiliar como social. Las personalidades de aquellas generaciones hacían gala de honestidad, hábitos cívicos y amor a la Patria. Ojalá que en los complejos momentos que nos tocan vivir vuelvan a crecer esas virtudes, único camino que engrandece a las naciones.

### **El académico que me precedió: Doctor Alberto Rodríguez Galán**

El Doctor Alberto Rodríguez Galán fue un habitué de esta casa: perteneció simultáneamente a tres Academia Nacionales. Luego de este breve proemio, recordamos que se graduó de abogado en la Universidad de Buenos Aires y años después, obtuvo en la misma universidad el título de Doctor. Su inquietud por la ciencia jurídica, como también por la actividad pública, lo llevaron, siendo aún estudiante, a ingresar al Ministerio de Justicia y Educación y a desempeñarse en la política universitaria de su Facultad. Posteriormente, fue designado poco después de cumplir treinta años, Inspector General de Justicia de la Nación y luego Director del Banco de la Provincia de Buenos Aires, Presidente del Instituto Nacional de Previsión Social, Ministro de Educación y Justicia de la Nación, Procurador del Tesoro y luego conjuer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y embajador extraordinario y plenipotenciario ante el gobierno de la República de Colombia entre 1982 y 1984.

Paralelamente a su actuación pública, no fue menor su entrega a la docencia e investigación. Desarrolló una notable carrera en la Facultad de la que había egresado, en las cátedras de Historia Constitucional y Derecho Constitucional de las que fue profesor adjunto, profesor asociado y profesor titular. Sus méritos en su prolífica actuación le abrieron paso a la vida Académica pues fue designado en 1978 miembro de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires y en 1985 miembro de número en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires de la que entre 2004 y 2007 fue presidente. También fue académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas en 1997.

Además de su actuación docente y académica, era propio del Dr. Alberto Rodríguez Galán una fuerte vivencia cultural, principalmente por la literatura, de la que no sólo gozaba con ella, sino que también formó parte de varias instituciones de este tenor, como la Fundación Sur y la Asociación de Amigos del Museo Mitre, entre otras. Elijo, como ejemplo al pasar, unas frases de su agradecimiento en el homenaje conjunto que le brindaron en esta casa las tres academias a las que pertenecía el 6 de noviembre de 2013. Expresaba entonces: “A las palabras que voy a decir, les cabe esa magnífica frase de Virgilio, que rescata Borges en el prólogo del “Hacedor”: “Iban solos bajo la oscura noche”. Un poeta (se refiere a Gustavo Adolfo Bécquer) describió con acierto esa particular sensación que experimentamos cuando se nos acumulan las ideas antes de volcarlas en la

escritura”. Como sostiene Norberto Bobbio “El silencio es el muro de defensa de nuestros mitos, es el guardián de nuestra somnolencia espiritual”. Pienso que hay que tener un sustento cultural muy profundo para aunar en una misma frase a autores como Virgilio, Borges, Bécquer y Bobbio.

Quizá fortuitamente tuve oportunidad de conocer y frecuentar al Dr. Rodríguez Galán, en los últimos meses antes de su partida y puedo dar fe haber encontrado una persona cuyo primer rasgo era una inmensa bondad, expresada en franca y afectuosa sonrisa, natural bonhomía y una caballerosidad y señorío sin par. Deseo decir también que me llamó la atención advertir en sus hijas Mercedes y Alejandra, una virtud dejada a veces en el olvido por muchos contemporáneos llamada *eusebeia* por los griegos y *pietas* por los latinos, de la cual no hay un solo término que la traduzca, pues para los antiguos era la expresión de nuestra deuda para con los dioses, la patria y los padres a quienes no podemos devolver nada en reciprocidad, pues lo recibido es infinitamente superior a lo que podemos devolver y por ello sólo podemos con cortas palabras decir que se trata de un amor filial capaz de superar tanto los espacios como los tiempos, quizá uno de los pocos amores que le cabe el dicho “para siempre”.

De profunda convicción y vivencia cristiana, al celebrarse una misa por su eterno descanso, la familia entregó a los asistentes (como antes era de práctica) un recordatorio, en que al dorso se leen estas palabras de San Agustín: “Yo muero, pero mi amor no muere. Os amaré en el cielo como os amé en la tierra...Queda... lo que hay de más hermoso: la esperanza de encontrarnos en el cielo, y entretanto sobre la tierra, el recuerdo de sus consejos y ejemplo de vida”. Creo son más que adecuadas las palabras del obispo de Hipona en memoria del Dr. Alberto Rodríguez Galán.



# LEGISLACIÓN E INTERPRETACIÓN: ¿UNA RELACIÓN CONTROVERTIDA?

POR EDUARDO MARTÍN QUINTANA<sup>7</sup>

## 1. Relación entre legislación e interpretación. Generalidades

Las instituciones que integran el orden jurídico lejos de asemejarse a las islas de un archipiélago, alejadas unas de otras, presenta un profundo grado de imbricación recíproca que torna inviable su tratamiento aislado. Por ello, la interpretación se relaciona íntimamente con las fuentes del derecho. De aquí el título de esta exposición, pues pretendo realizar un análisis, aunque sea somero en razón del tiempo, del *status questione* respecto a la interpretación, pero no lo es menos que necesariamente debo abordar el impacto que ella produce sobre la legislación, fuente principal de nuestro orden jurídico. Desde mediados del siglo anterior, específicamente luego de la segunda guerra mundial, distintas doctrinas jurídicas, se expandieron hasta el día del hoy efectuando agudas críticas a las teorías de la interpretación denominadas “decimonónicas” o “tradicionales” cuya raíz fue la escuela de la exégesis. También en el siglo diecinueve dicha teoría fue objeto de severas objeciones, entre ellas por parte de Saleilles, Geny, Ihering, Kantorowicz y tantos otros, pese a lo cual mantuvo su vigencia hasta entrado el siglo veinte.

Es oportuno recordar que la doctrina objetada se fundaba en los siguientes presupuestos: a) la aplicación semántica utilizada en el mismo texto legal, b) la deducción como metodología lógica, c) la subsunción de los hechos litigiosos conforme a las premisas de un silogismo formal; d) en caso de duda debía recurrirse a la intención o “espíritu” del legislador, y e) entendían a la legislación y/o al código civil como un sistema cerrado

---

<sup>7</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 22 de agosto de 2019.

y completo. Asimismo también resultaba criticable el uso reductivo de la razón limitada sólo al análisis legal como objeto teórico perdiendo de vista que el derecho es un saber práctico. Los críticos de estas escuelas repiten peyorativamente las conocidas frases de Montesquieu “el juez es la boca de la ley” y de Bugnet “no enseño derecho civil sino el código de Napoleón”.

Sin perjuicio de compartir las severas objeciones a la exégesis, ya que surgió como consecuencia del racionalismo y positivismo, cabe advertir, que estas críticas alcanzan, también institucionalmente a la ley y promueven tácita o expresamente la primacía judicial, tesis que no comparto, no obstante mi entrañable afecto por el Poder Judicial, al cual tuve el honor de integrar durante quince años.

## **2. Doctrinas interpretativas críticas contemporáneas**

No es fácil efectuar distinciones entre las doctrinas interpretativas críticas contemporáneas, ya que hay aspectos superpuestos entre ellas. Con cierta arbitrariedad he sintetizado y designado a las que entiendo de mayor expansión: 1. Interpretación sociológica-evolutiva o viviente; 2. La denominada hermenéutica contemporánea; 3. El abolicionismo interpretativo.

### ***2.1. Interpretación sociológica-evolutiva o viviente***

En esta categoría se encuentran aquellas doctrinas que no modifican el texto u objeto a interpretar, pero que a partir del análisis contextual que le dio nacimiento concluyen que debido a cambios sociales o tecnológicos las mismas palabras pueden mutar su significado para designar entidades diferentes a las significadas en el texto original. La interpretación evolutiva es una especie del tipo genérico “interpretación dinámica” oponiéndola a estática”, concluyéndose así que la adjetivación más precisa es “viviente. En realidad el término “evolutivo” conlleva varios equívocos. En efecto, evolucionar es propio de las cosas u organismos que pasan de un estado a otro pero que no por ello dejan de ser lo que eran. La interpretación evolutiva es la que substituye substancialmente la cosa o actividad de la que se trate, por otra cuya esencia es distinta.

Quizá por la antigüedad de la Constitución de los Estados Unidos, hace ya tiempo se generó la polémica, aún actual, entre el originalismo y *living*

*constitution*. Esta última tiene por objetivo dar por superada la Constitución original, pero también el concepto mismo de constitución sosteniendo que la sociedad se renueva biológicamente y a la vez culturalmente. De acuerdo al análisis de Néstor Sagües, que ha profundizado sobre la llamada constitución viviente, sus partidarios alegan los siguientes argumentos: a) la existencia de las “cláusulas abiertas”, por ejemplo la cláusula novena de la constitución de Estados Unidos al referirse a los derechos no enumerados, análogamente como nuestra constitución en su art. 33 al disponer que “Las declaraciones, derecho y garantías que enumera la Constitución no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerada; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”; b) otra variante consiste en interpretar el texto constitucional no con el sentido que tenía al ser sancionada, pues ha devenido obsoleto, sino como se puede llegar entender en la actualidad; c) otro alegato es recurrir a la distinción que efectúa Ronald Dworkin, al distinguir “conceptos” constitucionales, con “concepciones” constitucionales, pues lo primeros son nociones jurídicamente indeterminadas (buena fe, bien común, abuso del derecho, justicia, dignidad humana, etc.) y las concepciones que resultan de estándares fijados por el constituyente histórico, importando parámetros inamovibles por los futuros intérpretes hasta que no sean modificados por una nueva asamblea constituyente.; d) también justifican los cambios sosteniendo que la sociedad se renueva biológicamente y las posteriores generaciones no tienen obligación hacia una normativa generacionalmente vetusta. Desde su perspectiva crítica, añade Sagües que “se postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico. Y en cuanto la “interpretación”, entiende que en realidad no se trata de “interpretar” un documento (lo que supone hallar en él el sentido que debe dársele a la constitución), sino de elaborar respuestas jurídicas constitucionales conforme a las necesidades del presente y a las valoraciones y creencias de la sociedad actual. En definitiva, se arriba así a un no interpretativismo, versión aguda del activismo judicial.”<sup>8</sup>

Según sus panegiristas sería necesaria la permanente actualización constitucional, entendiendo a la interpretación como una creación que desemboca necesariamente en el control judicial de todo el orden jurídico,

<sup>8</sup> Conf. Sagües Néstor, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, [www.aaconst.org.ar/revista\\_digital/revista II](http://www.aaconst.org.ar/revista_digital/revista_II). (18 de junio 2018)

posponiendo así no sólo a la constitución sino también a la legislación, pues ésta padece de similares limitaciones, o sea es devorada por el tiempo.

Pero más allá de la estimación doctrinaria es conveniente ejemplificar con experiencias concretas. Como paradigma cercano a nuestra vivencia jurídica cabe referirse al derrotero asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en numerosas oportunidades (entre otros el caso *Masacre de Mapiripán contra Colombia 15/5/2005*) expresó que “las Convenciones y tratados de Derechos Humanos son *instrumentos vivientes* que deben reflejar las circunstancias y exigencias de la sociedad contemporánea”.

En este sentido, más allá de la utilidad de muchas sentencias, este tribunal se caracteriza por su pretensión, de exigir a todos los Estados el cumplimiento de sus fallos mediante una reconstrucción voluntarista. Es buen ejemplo el fallo del 26 de septiembre de 2006 en el caso “*Almonacid Arellano contra Estado de Chile*”, pues mencionando los artículos 1.1. y 2 de la Convención en su considerando 123 expresa que “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...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.”

La Corte efectuó una interpretación semánticamente mutante, ya que el inc. 1º del art.68 establece lo contrario al disponer que “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso *en que sean parte*”. Por tanto aquellos Estados que raificaron la Convención pero que son ajenos a la causa no les alcanza el fallo dictado. Esta pretensión de la Corte Interamericana ha recibido diversas críticas en cuanto no respeta el espacio de reserva soberana de los Estados custodiada por los principios de derecho público, como tampoco las circunstancias atinentes al denominado margen de apreciación nacional al que me referiré luego.

En *Artavia Murillo contra Estado de Costa Rica (28/11/2012)* decidió que los embriones concebidos *in vitro* y no implantados no son personas. Su interpretación descansa en que a la fecha de la Convención (1969) no

existía fecundación artificial y por tanto se entendía que la vida humana comenzaba con la concepción, pero debido a los adelantos tecnológicos los embriones pueden ser producidos fuera de la mujer y por ese sólo hecho el tribunal estima que su *status* es diferente. Esta deducción no resiste el menor análisis pues hoy día las ciencias biológicas y genéticas demuestran que se trata de seres humanos y por el principio *pro homine* le corresponde el mismo trato que los concebidos en el útero pues de lo contrario se incurre en una discriminación inadmisibile.

Resulta claro que la CIDH para no contradecir los arts. 1° y 4° de la Convención Americana, debía mutar el significado del término “concepción”, que biológicamente significa fecundación o sea la unión del espermatozoide y el óvulo por el de “implante” en la mujer para quitar protección jurídica a los embriones in vitro que no estarían “concebidos”.

Conforme a la Convención Americana, la Corte además de su función jurisdiccional puede evacuar opiniones llamadas consultivas que le efectúen los Estados miembros. También esta actuación ha sido metamorfoseada pues en la *Opinión Consultiva OC/ 17* solicitada por Costa Rica (24 de noviembre de 2017) la Corte respondió que “los Estados quedan sometidos al control de convencionalidad “también en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva” (cons. 26). Además añade que “todo lo que se señala en la presente opinión consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los estados Miembros de la OEA” (cons. 28). De esta manera transforma los significados de los términos “opinión” como también “consulta”, ya que semánticamente no implican obligación alguna. Al respecto, expresamente el art. 64 de la Convención, si bien autoriza las consultas, nada dice respecto a que deben ser obedecidas en todo o en parte o sea carecen de efectos jurisdiccionales.

Las objeciones precedentes pueden parecer el resultado de una mirada sesgada, ya que la Corte desde el comienzo de su funcionamiento en 1987 ha emitido cerca de cuatrocientas sentencias sin que la inmensa mayoría fueran objeto de crítica. Pero las divergencias radican en que varias han sido *leading case* con impacto en la legislación y jurisprudencia de los Estados ratificantes. Por eso me referiré a la “*Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos humanos*” fechada el 2 de abril de 2019 conjuntamente por la República Argentina, la Republica Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Uruguay, quienes sin perjuicio de reafirmar su compromiso con la Convención Americana de Derechos Humanos y que sus órganos han contribuido

considerablemente a la protección de esos derechos, manifiestan en cinco puntos su opinión con el ánimo de perfeccionar la eficacia del Sistema. El documento formula cinco recomendaciones<sup>9</sup>:

- “1. Subrayan que el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional.”
- “2. Consideran que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales.”
- “3. Igualmente, consideran que se deben adoptar medidas urgentes para reducir el atraso procesal en el ámbito de la Comisión, así como el principio de economía procesal en el trámite ante la Corte. Asimismo, que se garantice el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal.”
- “4. Destacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano sólo tienen efecto para las partes en litigio”.
- “5. Enfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeto tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho.”

---

<sup>9</sup> Santiago, Alfonso - Lange, Gardner, *Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, LALEY 17 de julio de 2019.

Si bien todas las recomendaciones guardan intrínseca relación con el tema aquí en tratamiento, me parece que la cuarta sintetiza tres aspectos que se refieren a las interpretaciones de la Corte Interamericana divergentes con la mirada de los miembros de la OEA que ratificaron su sometimiento a ese tribunal. En efecto, allí se mencionan a) las fuentes del derecho o sea la primacía de la ley (Convención) sobre la hermenéutica del tribunal; b) el reconocimiento del margen de apreciación nacional, que es entendido por la doctrina y jurisprudencia. como “un criterio hermenéutico, aplicado por los tribunales internacionales, tendiente a una interpretación y aplicación flexible y dúctil de las normas contenidas en las convenciones, atendiendo a las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país, como asimismo a las circunstancias fácticas del caso específico. Su utilidad radica en tener en cuenta el pasado histórico, los antecedentes y plataformas culturales, políticas, económicas y sociales vigentes en una sociedad para determinar ciertas modalidades interpretativas y de efectividad adecuada y concreta de las disposiciones del mencionado cuerpo normativo”<sup>10</sup>; c) recuerda que la Convención Americana en su art. 68 inc. 1° establece que sólo los estados parte deben cumplir la decisión del tribunal, refutando de esta manera la doctrina pretoriana que adoptó la denominación “control de convencionalidad” extendiendo la obligación de sus decisiones no sólo al estado parte sino *erga omnes*.

## ***2.2. Hermenéutica contemporánea. Hans Gadamer***

La segunda de las doctrinas críticas a las interpretación objetiva del texto es la “hermenéutica”, denominación que asumieron algunos autores a partir de la mitad del siglo pasado, otorgando preponderante participación al intérprete y su comprensión y/o precomprensión con relación al texto, siendo de la mayor importancia Hans Gadamer, sobre todo a partir de su obra *Verdad y método*<sup>11</sup>. Debe ponerse de resalto que este autor efectuó un aporte significativo a la filosofía, pero la aplicación de su compleja temática efectuada por discípulos y seguidores ha producido múltiples opiniones e interpretaciones a veces contradictorias entre sí.

---

<sup>10</sup> Masciotra Mario, *Margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, El Derecho, 264-517.

<sup>11</sup> Gadamer Hans Georg, Ediciones Sigueme, Salamanca 1991.

Entiendo acertadas las sintéticas y a la vez pertinentes palabras de Prieto Sanchis, al sostener que “Para la hermenéutica gadameriana, ..., el interprete no busca respuestas al interrogante que se planteó el autor del texto, sino que más bien renueva el texto a la luz de su propia situación existencial, de modo que aquel queda sometido al horizonte del intérprete, adquiriendo así una autonomía de significado, una apertura a la historia que permite el desarrollo de múltiples interpretaciones.”<sup>12</sup> Para este filósofo la comprensión y la precomprensión resultan conceptos claves. En palabras del autor “la anticipación de sentido que nuestra comprensión de un texto intuye, no es una acción de la subjetividad sino que se define por los conocimientos socialmente compartidos que nos unen con la tradición. Sin embargo, estos conocimientos se conciben en nuestra relación con la tradición bajo la forma de una permanente construcción.” La precomprensión ha tenido amplio andamiaje en las doctrinas interpretativas contemporáneas y significa que el intérprete se acerca al texto con un preconceito subjetivo, que como se expresó en el párrafo anterior está íntimamente ligado a una comprensión sociológica e histórica.

Sin desvalorizar el pensamiento de Gadamer en su intento de conjugar el texto a interpretar, el contexto fáctico y la comprensión del intérprete” se observa la tendencia en su pensamiento a priorizar el papel del sujeto y de la situación en el conocimiento del obrar humano, pues enfatiza una clara perspectiva relativista, según la cual el contenido de las valoraciones y de las normas morales se determina “desde” la subjetividad, relegando a un lugar a veces secundario, o veces indeterminado, a las normas éticas y jurídicas generales motivo de la interpretación.

### ***2.3. Doctrinas abolicionistas de la legalidad resaltando la autonomía ideológica del intérprete.***

Otra corriente doctrinaria está integrada por autores de distinta extracción, pero coincidentes en que la interpretación esencialmente es subjetiva y orientada siempre por una determinada ideología. Algunas de estas líneas de pensamiento encuentran coincidencia con los *Critical Legal Studies*, como también con el profesor Harvard, Duncan Kennedy, simpatizante del materialismo histórico, para quienes los intérpretes no pueden realizar una

---

<sup>12</sup> Prieto Sanchis Luis, *Interpretación jurídica y creación del Derecho*, Palestra Temis, Lima-Bogotá, 2007 pág.111.



actividad objetiva ni neutral pues la ideología que los anima es el alma de la interpretación.

Por tanto siempre se opina dese una singular posición ideológica que está inficionada de política o convicciones análogas. Tan es así que toda controversia jurídica se entabla en una relación dialéctica en la que se confrontan posiciones subjetivas. En consecuencia, jurídicamente no hay objetividad pues las concepciones sobre los derechos difieren entre sí. Según estas opiniones, la hermenéutica actual debe renunciar a la creencia de que se puede conocer algo manera “objetiva”, “estable” o “universal” pues es el sujeto que interpreta que constituye el objeto de una dotación de sentido” O sea muy explícitamente se afirma que es el sujeto quien crea el objeto, en el caso, el texto a aplicar. Otro autor expresa: “¿No es tiempo de pensar el derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de verdad (única)? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera a aplicar el Derecho?”<sup>13</sup>

Sin perjuicio de valorizar el aporte del sujeto, para estos autores el derecho fluye como el río de Heráclito pues se encuentra en perpetuo movimiento según la ideología de cada intérprete lo que desestabiliza la posibilidad de un orden jurídico compartido por toda la comunidad.

## **2.4. Análisis de las críticas:**

### *2.4.1. Indeterminación de la competencia normativa del intérprete y carencia de aval fáctico a los supuestos cambios sociológicos*

De prosperar la liberad que algunos pretenden otorgar a la interpretación judicial la consecuencia necesaria será la incertidumbre respecto al derecho aplicable, actitud malsana para encarar la vida jurídica cotidiana. Autores separados por el tiempo y por sus ideas han sostenido que las leyes deben ser breves, concisa y sobre todo estables. Además resulta prácticamente imposible para el intérprete judicial la evaluación del consenso social respecto a cualquier institución que se desee modificar o abolir, pues los jueces se deberían tornar en encuestadores de la opinión pública, lo que obviamente no es su función. Tampoco se advierte quien es el “inter-

<sup>13</sup> Giuffrè Carlos Ignacio, *Imposibilidad de asepsia en la interpretación y determinación del derecho*, El Derecho, 19/11/2015

prete constituyente” con poder lícito para metamorfosear las normas instituciones<sup>14</sup>. Otro problema inherente a la doctrina analizada es determinar a quién corresponde la competencia para modificar las normas generales emanadas del poder legislativo por decisión del constituyente originario, ya que una tarea es interpretar las leyes y otra es abolirlas, propósito explícito o implícito de los defensores de estas teorías.

#### *2.4.2. Desequilibrio de los poderes constitucionales en desmedro de la legislación*

El primer análisis respecto de las teorías sobre la interpretación antes expuestas, muestra claramente el desmedro de la legislación en aras de la preponderancia de la interpretación judicial. Por tanto nos encontraríamos ante una potencial minusvalía de las leyes, no por su falta de producción sino por su debilidad normativa. La trascendencia cada vez mayor de las decisiones judiciales no descansa simplemente en que se ha optado por el sistema del precedente en vez de mantener la rigidez de la legislación, ya que la motivaciones más profunda radica en consideraciones filosóficas y sociológicas, según las cuales si se considera que ha desvanecido una concepción de la vida con valores participados por la comunidad, para transformarse en una sociedad compuesta de miríadas de vivencias que tienen como fuente a cada individuo singular cuyas apetencias mudan con tanta rapidez que la generalidad de la ley siempre llega tarde. De asumirse estas doctrinas, los jueces serán los operadores del derecho antes que los legisladores, situación bien reflejada por Zygmund Bauman bajo la denominación de “sociedad líquida”<sup>15</sup>.

En esta dirección se advierte la agudeza de Zagrebelsky al expresar que “la palabra más aproximada para indicar el carácter del derecho en la actualidad es la de “ductilidad”. La coexistencia de valores y principios, “exige que cada uno de tales valores o principios se asuman con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la leal-

<sup>14</sup> Sagües Néstor, *op. cit.*

<sup>15</sup> Zygmund Bauman, *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, 2013, Buenos Aires.

tad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimiento)<sup>16</sup>. En otras palabras, el fundamento normativo descansa en el relativismo al que paradójicamente se le otorga valor absoluto.

Las nuevas orientaciones e ideologías filosófico-constitucionales han roto la tríada Constitución-Leyes-sentencias judiciales significando una nueva mirada respecto a las fuentes del derecho, pues además de incorporar los tratados de derechos humanos al orden jurídico nacional, como se explicó en el punto 2.1. respecto al control de convencionalidad pretendido por la C.I.D.H., las normas se tornan dúctiles en manos de los jueces ya que adquieren un poder antes desconocido: el régimen normativo, tanto legal, como constitucional y convencional quedan supeditados a la interpretación de los tribunales internacionales o “internos” que bajo la pretensión de unificar los derechos nacionales, en muchas oportunidades desconocen la idiosincrasia y modus vivendi de los ciudadanos destinatarios de las disposiciones judiciales.

A partir de estas reflexiones podemos entender la metamorfosis que se puede producir en un orden jurídico con todas las consecuencias imaginables. La pretensión aparece clara: la superación de las relaciones sociales fundada en la naturaleza humana por otras construidas voluntaristamente según las apetencias más diversas, en la cual la tecnología, la razón instrumental y la voluntad de poder político y económico van de la mano.

### **3. Interpretación realista clásica contemporánea**

#### ***3.1. Interpretación y función de la razón práctica***

Expuse en relación dialéctica dos teorías substancialmente distintas: una de ellas fenecida: la escuela de la exégesis; otra de características totalmente opuestas y en expansión: las doctrinas evolutivas, historicistas y subjetivistas. Cabe ahora exponer la interpretación conforme al realismo clásico o iusnaturalismo que ofrece a diferencias de las dos anteriores las características que siguen.

Como principio afirma “la objetividad interpretativa pues implica sostener, en primer término, que existen exigencias intrínsecamente inteligibles de justicia, tanto en su expresión universal, como en una determina-

<sup>16</sup> Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*.pág. 14 Editorial Trotta S.A., 1995, Madrid.

ción o expresión cultural concreta.”<sup>17</sup> que no depende de la subjetividad de cada sentenciante. Según el Diccionario de la Real Academia Española, en su acepción principal, interpretar significa “explicar o declarar el sentido de algo y principalmente de un texto”. Interprete deriva del latín *interpres*<sup>18</sup> cuyo significado es traductor, mediador, Por tanto el primer rasgo que aparece nítidamente en la interpretación realista reside en que es el conocimiento de un objeto, generalmente un texto, que no es creación ni invención, pues el proceso de conocimiento se basa en la objetividad.

Pero si bien, el texto es el eje principal de esta actividad, no es el único elemento objetivo, pues el intérprete o mediador, debe juzgar a la luz del caso particular o sea los hechos conflictivos a los que está llamado a resolver. Por ello el interprete tiene por misión (Kaufmann) “poner en correspondencia” las normas con la situación vital ya que las primeras sólo se determinan o mejor, únicamente se configuran de modo definitivo, a partir de su relación con los hechos, en un ajustamiento “analógico” o “complementario” del que es necesario extraer un *tertium*: la norma del caso concreto en suma el derecho (justo u “objetivo”) de cada situación<sup>19</sup>.

Pasando ahora de la objetividad de lo conocido a la subjetividad del cognoscente, o sea el intérprete, desde la filosofía clásica, contemporáneamente, se ha redescubierto la razón práctica aristotélica pues puso en evidencia que la razón no sólo se guía por la lógica analítica aplicable a las ciencias físico matemáticas y la metafísica, sino las más de las veces para conocer las acciones humanas cuyas principales características son la contingencia o sea variabilidad, y a la vez para valorar axiológicamente, utiliza el logos de lo razonable. Este argumento es fundamental para contradecir tanto a la rigidez de la exégesis cuanto a la maleabilidad de las interpretaciones evolutivas y vivientes. En esta dirección se inscriben las obras de Chaim Perelman<sup>20</sup>, Theodor Viehweg<sup>21</sup>, Wilhelm Hennis<sup>22</sup>, Luis

<sup>17</sup> Pilar Zambrano, prólogo, Laise Luciano Damián, *El poder de los conceptos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2017.

<sup>18</sup> Corominas Joan, *Breve Diccionario Etimológico de la lengua castellana*, Editorial Gredos, Madrid, 1976 pág. 338

<sup>19</sup> Kaufmann Arthur, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*. E. Jurídica de Chile, Santiago, citado por Renato Rabbi Baldi en *Precomprensión y jurisprudencia*, Revista Persona y Derecho, n° 47 año 2002, Navarra.

<sup>20</sup> Perelman Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Civitas, Madrid, 1979.

<sup>21</sup> Viehweg Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991

<sup>22</sup> Hennis Wilhelm, *Política y filosofía práctica*, Sur, Buenos Aires, 1973.

Recasens Siches<sup>23</sup> y entre nosotros principalmente Felix Lamas<sup>24</sup>, Rodolfo Vigo<sup>25</sup> y Jorge Portela<sup>26</sup> que difundieron esta función práctica de la lógica como también otros autores que viniendo de posiciones muy distantes al iusnaturalismo advirtieron el acierto de los ancestros de la filosofía occidental.

Más allá de la lógica analítica, para resolver los problemas de la praxis pasa a cobrar relevancia la argumentación que es un razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o niega. Por ello, se inserta en el ámbito de la deliberación que implica referirse a cuestiones que no tienen una única solución o que ella se defina por su necesidad. Bien se ha dicho que “frente a la deducción se afirmará la argumentación como un campo en el que es posible obtener enunciados racionales sobre cuestiones axiológicas, puesto que uno de sus propósitos fundamentales es rescatar la posibilidad de un pensamiento valorativo racional frente a la insuficiencia radical de la lógica y el método empírico para satisfacer esa necesidad”<sup>27</sup>.

Sin perjuicio de resalta el beneficio aportado por la reincorporación de los argumentos, ya que refuerza las pretensiones de las partes y aclara la opacidad del conflicto, no es menor el riesgo que se corre en suplantar o identificar expresa o tácitamente la interpretación por la argumentación, sosteniendo que el derecho se ha tornado en una práctica argumentativa, ya que ni el texto ni la interpretación resultan suficientes para brindar la respuesta correcta. Por el contrario entiendo que el texto, la interpretación y la argumentación son entidades diferentes y a la vez complementarias para una eficaz resolución de los conflictos.

---

<sup>23</sup> Recases Siches Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica razonable*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971.

<sup>24</sup> Lamas Felix Adolfo, *La dialéctica clásica, la lógica de la investigación*, Colección Circa Humana Philosophia, Instituto de Estudios filosóficos Santo Tomas de Aquino, 2008.

<sup>25</sup> Vigo Rodolfo, *La interpretación o argumentación jurídica como saber jurídico prudencial-retórico, Quid Iuris*, Tribunal Electoral de Chihuahua de México, 2013, vol 22.

<sup>26</sup> Puy Muñoz y Jorge Portela, *La argumentación de los operadores jurídicos*, EDUCA, Buenos Aires, 2005.

<sup>27</sup> Conf. Assef Lucía María, *Argumentación jurídica y semiosis social*, Editorial Juris, Rosario, 2003, pág. 53

### 3.2. Legislación

Como última entidad constitutiva de la interpretación en el realismo clásico, se encuentra la legislación, primera palabra que encabeza el título de esa exposición y que he dejado para el final. El término ley es análogo pues comprende a los primeros principios universales de justicia que son dados por nuestra humana naturaleza, como también a las leyes positivas, algunas de ellas cuyo contenido es un reconocimiento supralegal de esos principios como lo afirma el artículo 28 de la Constitución Nacional.

El destacado helenista alemán Werner Jaeger, pronunció una conferencia en homenaje a Roscoe Pound, publicada en 1947 titulada “*La alabanza de la ley*”, donde destaca su desarrollo en Grecia, cuna de nuestra cultura del nomos. Afirma entre otros análisis: “la ley era para Heráclito la muralla espiritual que protege la vida de una comunidad y no puede ser salvaguardada con la simple defensa de las murallas de piedra, si al mismo tiempo se derrumban las leyes que sustentan la estructura interna. La ley es el fundamento invisible sobre el que descansan los miembros de una comunidad. Por su parte para el Platón de *La República* el modelo ciudadano debía ser la educación de la polis, pero al final de su vida se tornó más realista y escribió *Las leyes* cuyos legisladores orientados por la filosofía, guían la vida de los hombres.”<sup>28</sup>

Para Aristóteles, la ley es intrínsecamente superior a cualquier decisión de un individuo, por esclarecido y sabio que sea. Reconcilia el nomos y la physis, y tiene en claro que en el derecho de la ciudad hay elementos naturales y permanentes junto a otros convencionales y mutables<sup>29</sup>. Pasando a la escolástica, según Tomas de Aquino la ley reúne los siguientes constitutivos: tiene como fuente la razón común o sea pública, y como finalidad primaria no es un bien particular, sino el bienestar general de toda la comunidad, de aquí su superioridad institucional sobre las normas particulares como las sentencias, que tienen su razón de ser en el conflicto concreto. La diferencia con el positivismo legalista reside en que para el iusnaturalismo algunas leyes positivas participan de principios nucleares o básicos brindados por la naturaleza humana, pues sin esta participación en algo común no podría hablarse de la universalidad de los derechos humanos. Por el

<sup>28</sup> Jaeger Werner, *La alabanza de la ley. Los orígenes de la Filosofía del Derecho y los griegos. Interpretations of Modern Legal Philosophie*, Oxford University Press. 1947 págs.332-375

<sup>29</sup> Truyol y Serra Antonio, *Historia del Derecho y del Estado*, tomo I pág. 182, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1970.

contrario el positivismo es escéptico respecto a que los algunos valores morales integran necesariamente el espacio jurídico además de sostener que la norma positiva es la única fuente de derechos.

### 3.3. *Aplicación de la ley y la creación judicial*

Me propongo primero efectuar algunas distinciones semánticas y luego brindar las pautas que orientan el cometido propio de la función judicial. Hasta aquí he empleado el término derecho para significar norma o ley, pero cabe aclarar que se trata de un término polisémico, con más precisión análogo o sea al igual que la ley designa entidades esencialmente diferentes entre sí pero relacionados por una semejanza. El término derecho clásicamente significa “aquello que le corresponde a otro en una relación de jurídica” o más simplemente, “lo suyo de cada uno”. La ley es una causa, razón y medida que demarca al derecho y por tanto si bien hay semejanza, no hay identidad.

En cuanto a la aplicación de la ley, de esta manera se da una complementariedad necesaria entre las leyes, que son normas generales, y las sentencias que son particulares. Hay que partir del hecho que las leyes no exponen el derecho exactamente perfilado y aplicable mecánicamente, pues en ellas se cristaliza una determinada valoración acerca de cómo deben ser tratados determinados problemas o conflictos que no son en rigor los mismos que el juez tiene ante sí. Por ello lo específico de la actividad judicial no es la mera deducción de una conclusión a partir de cierta premisa, sino el razonamiento que conduce a establecer tal premisa en el marco del derecho vigente. La voluntad del legislador es un elemento más a la hora de dibujar la premisa mayor del razonamiento judicial; en este aspecto, la ley puede configurarse como una razón para decidir<sup>30</sup>. En la tarea judicial puede abrirse el camino hacia lo que suele denominarse la creación del derecho, tratándose de parte del juez más de un descubrimiento de lo que corresponde a cada parte en el conflicto, que de una creación y para ello debe usar la prudencia jurídica que no en vano a través de los siglos fue conocida como *iuris prudentia*.

Considero que el concepto “creación” aquí empleado es metafórico, pero tiene su cuota de verosimilitud en tanto el “derecho” es lo que corres-

<sup>30</sup> Prieto Sanchis, *op. cit.* pág. 123.

ponde a las partes en disputa y en múltiples oportunidades se encuentra imbricado en una confusa situación fáctica. De ahí la acertada mención de la “opacidad” del derecho, referida al caso concreto. Por tanto el juez realiza una tarea creativa en descubrir lo suyo de cada uno en las controversias judiciales. Creo que esta descripción y delimitación de la tarea del sentenciante tiene poco que ver con el actualmente llamado “activismo judicial” que no se refiere a que los jueces estén más activos que antes, sino que se transforman en autores de normas no contempladas en el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de ello, más que hablar de interpretación “legal” lo adecuado semánticamente es la referencia a la interpretación “jurídica” que a partir del texto se abre a una realidad particular. Bien se ha dicho que “el juez no es únicamente el vehículo inerte que pronuncia las palabras de la ley. Pero tampoco es el hercúleo juzgador de Dworkin, confiado en la capacidad de su razón para desentrañar la regla a partir del derecho vigente. La indagación del sentido del derecho –como forma de entender la interpretación jurídica– ha de partir de una revisión a la vez ontológica y epistemológica en donde se integren sujeto, objeto, contexto y fin del proceso interpretativo.”<sup>31</sup>

Como corolario final considero que corresponde a los legisladores y no a los jueces elaborar normas generales, ya que se trata de una función primordialmente política, si bien subordinada a la ética. También, es de relevancia recordar que en el siglo veinte nuestro orden jurídico rescató la preterida noción de justicia social y el antiguo sinalagma griego o equilibrio de las prestaciones, mediante la ley 17.711 estableció institutos como el abuso del derecho, la lesión subjetiva, la lesión enorme, la teoría de la imprevisión y otros similares que viabilizaron la flexibilización de las leyes y brindaron a los jueces un mayor campo de acción. Asimismo siempre está vigente recurrir a la equidad, que no significa la descalificación de la ley sino la inadecuación del caso por sus circunstancias específicas y por último declarar la inconstitucionalidad de normas que no respeten los derechos amparados por ley fundamental.

A partir de estas reflexiones podemos entender la incertidumbre e inseguridad que se puede producir en un orden jurídico si se oscurece el orden

---

<sup>31</sup> Vazquez Robles Guillermo Gabino, *Revisión filosófica de las escuelas de interpretación jurídica*, [www.academia.edu/36575128](http://www.academia.edu/36575128), pág. 90



de primacía entre las fuentes del derecho y la función específica de cada uno de los poderes del Estado, tal como lo establece la Constitución Nacional. Como conclusión, considero necesaria la centralidad de la legalidad fundada en la naturaleza humana, sin perjuicio de la insustituible función judicial que se caracteriza por operar el derecho en particular, dándole a cada cual lo que le corresponde.



# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR ALBERTO J. BUERES<sup>1</sup>

1. Conozco al Dr. Compagnucci de Caso desde que ambos éramos jóvenes y comenzábamos a transitar por el camino del estudio serio del Derecho.

Por tal razón, estoy en condiciones de afirmar que el mencionado Dr. Compagnucci de Caso, al margen de ser una excelente persona, generosa, tolerante, rigurosamente honrada y leal, es un extraordinario jurista que ha dedicado toda una vida a la investigación y a la enseñanza del Derecho Civil, erigiéndose en estos momentos y desde hace ya muchos años en una primerísima figura dentro del elenco de los civilistas más conspicuos. Sus enseñanzas sobre el derecho privado patrimonial, esencialmente, son notables, sobre todo en lo que hace a las teorías generales del negocio jurídico, de la obligación y del contrato, sin que con ello se agote el conocimiento del nuevo Académico, pues éste también ha transitado sobre los aspectos particulares (o especiales) de cada una de estas materias, como lo demuestra –por ejemplo– su recentísima obra sobre el contrato de fianza aparecida hace muy pocos días.

Me parece, en suma, que la incorporación del Dr. Compagnucci de Caso a esta Corporación es muy acertada y que ha de contribuir en buena dimensión al prestigio que ella posee.

2. El Dr. Compagnucci de Caso es abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de La Plata. La tesis doctoral para acceder al grado de Doctor versó sobre la “Transmisión de las obligaciones: cesión de créditos y cesión de deudas” y mereció la calificación de sobresaliente.

---

<sup>1</sup> Discurso de recepción del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 12 de septiembre de 2019.

3. Ha sido profesor titular regular de Derecho Civil II (obligaciones) en la Universidad Nacional de La Plata desde 1986 hasta 2012, momento en el que fue distinguido con el cargo de Profesor Emérito. Con anterioridad a 1986 el Dr. Compagnucci de Caso desarrolló una proficua carrera docente en la mencionada Universidad a partir de 1975, en tanto, ocupó los cargos de profesor adjunto interino y profesor asociado interino.

Fue profesor titular regular de obligaciones civiles y comerciales en la Facultad de Derecho de la UBA, en la que fue designado profesor consulto en 2013.

También desempeñó la docencia en la Universidad Católica de La Plata como profesor titular de Derecho Civil II –entre otros cargos– y se lo nominó como profesor extraordinario de derecho civil entre los años 1992 y 2007. Ha sido Director y profesor de derecho privado profundizado en la carrera de Doctorado que dicta la mencionada Universidad Católica de La Plata.

Asimismo, participó como Profesor en el curso postgrado de especialización y en la Maestría de Derecho Civil en la Universidad de La Plata, entre 1989 y 2016, en las asignaturas Derecho de Daños, Teoría del negocio jurídico, nulidad e ineficacia de los actos jurídicos y la representación en el derecho privado. Y en esa institución dirigió el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales.

4. Ha ocupado importantes cargos en instituciones académicas, científicas y profesionales.

Fue Director del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de La Plata y Subdirector del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Escribanos de La Plata.

5. Ha sido miembro del Instituto de Derecho Civil de esta Corporación –a la que hoy se incorpora como miembro Titular–, miembro del Instituto de Estudios Legislativos, sección Derecho Civil, de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, miembro del Instituto del Consumidor de la Universidad Nacional Notarial, entre otros cargos.

6. Ha publicado diecinueve libros, entre los que destacan, entre otros, *Transmisión de las obligaciones*, Lex, La Plata, 1978; *Responsabilidad Civil y relación de causalidad*, Astrea, Bs. As., 1984; *Responsabilidad Ci-*

*vil por accidentes de automotores* –en colaboración con Félix A. Trigo Represas–, Hammurabi, Bs. As., 1986 –que posee una edición ampliada en 1992–; *El negocio jurídico*, Astrea, Bs. As., 1992; *Código Civil comentado. Obligaciones* (dos volúmenes) –en colaboración con Felix A. Trigo Represas–, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005; *Contrato de compraventa*, Hammurabi, Bs. As., 2007 y, *Código Civil explicado*, en colaboración con el citado Trigo Represas publicado en igual editorial que el anterior, 2011, y *Contrato de Fianza*, su reciente obra, Hammurabi, Bs. As., 2019.

7. Ha publicado setenta y dos artículos (o monografías) en revistas especializadas y diez trabajos en publicaciones de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

8. Ha publicado numerosos trabajos en obras colectivas. Simplemente y a modo de ejemplo –puesto que la lista es extensa– mencionaré los siguientes:

- El art. 1051 del Código Civil y los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, en la obra *Temas de Derecho Civil*, Universidad, Bs. As., 1980 –en colaboración con Félix A. Trigo Represas–; Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo, obra *Derecho de Daños, Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Bs. As. 1989; Enriquecimiento sin causa, en *Derecho de Daños II, Homenaje a Félix A. Trigo Represas*, La Rocca, Bs. As., 1993; colaboración en numerosos artículos del *Código Civil comentado, anotado y concordado*, dirigido por mí y coordinado por Elena Highthon, Hammurabi, Bs. As., 1982 a 1992; El contrato de Leasing, Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000; coautor junto a Félix A. Trigo Represas en el *Código Civil y Comercial comentado*, dirigido por Jorge Horacio Alterini, La Ley, Bs. As., 2015; coordinador de los volúmenes primero y segundo del *Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, también dirigido por mí, Hammurabi, Bs. As., 2006; Cesión de derechos, de deudas y de contratos, obra *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial*, director Mariano Gagliardo, Zavalía, Bs. As., 2017.

9. Por lo que respecta a la vida personal del nuevo académico puedo decir que posee una ejemplar familia conformada por su esposa, dos hijos varones –todos aquí presentes– y cuatro nietos. En otro orden de cosas, no

sería completa esta exposición si dejara de mencionar la devoción que el Académico incorporado tiene por el Club Estudiantes de La Plata.

Finalmente, felicito calurosamente al homenajeado y le hago saber que su incorporación a la Academia me genera una inmensa satisfacción, en tanto esta honrosa designación va destinada a un queridísimo amigo. Y también, y de forma translaticia, les manifiesto mi enhorabuena a todos sus familiares puesto que ellos, sin duda, han sido un permanente sostén en la exitosa carrera del Dr. Compagnucci de Caso **–o simplemente del muy estimado Rubén–**.

REFERENCIAS A LOS DISTINGUIDOS JURISTAS  
QUE ME PRECEDIERON EN EL SITIAL  
DOCTORES MANUEL OBARRIO  
Y JOSÉ DOMINGO RAY  
POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO<sup>2</sup>

**Dr. Manuel Obarrio**

El Dr. Manuel Obarrio nació el 27 de marzo de 1836, en la ciudad de Buenos Aires, hijo de Francisco Obarrio y Margarita Luzuriaga quienes, según sus referencias tuvieron intervención prominente en la Colonia y luchas por la independencia.

Perteneció a la generación de Mayo y fueron sus coetáneos Adolfo Alsina, José Hernández, Nicolás Avellaneda, Victorino de la Plaza, y José Manuel Estrada.

Ingresó a la Universidad de Buenos Aires en el año 1852 para iniciar sus estudios en la Facultad de Derecho, en la que obtuvo el título de abogado y doctor en 1857. En esa época el título no habilitaba para el ejercicio profesional, y por ello debió dar su examen ante el Superior Tribunal de la Nación a fin de poder ejercer la abogacía.

El Tribunal era presidido por el Dr. Francisco de las Carreras, quien luego fuera presidente de la Suprema Corte, e integrado por los 10 abogados más notables del país.

Se destacó en la función pública, como juez del crimen del Departamento del Norte en 1865, diputado en la Legislatura de la Prov. de Bs. As.,

---

<sup>2</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 12 de septiembre de 2019.

durante 3 periodos consecutivos, y más luego senador . También fue designado conjuer de la Suprema Corte de Buenos Aires y de la Corte Suprema Nacional en los años 1870.

En el ámbito de lo Académico fue designado profesor de Derecho Comercial y penal en 1852, y Académico de la Facultad en 1874 donde en varios periodos se desempeñó como Decano.

Tuvo a su cargo la cátedra de Derecho Penal, y escribió un “Curso de derecho penal”, integrado por 25 lecciones, donde realiza un análisis crítico a las teorías en boga de la escuela positivista. Allí se adentra en las ideas de Lombroso, Ferri y Garofalo, provenientes de la famosa escuela italiana, y también la que se adentra en las “causas sociales del crimen”, con origen en Francia.

También fue profesor de Derecho comercial que enseñó siguiendo el método exegético, ordenando la letra y el espíritu de la ley, y tal como lo decía el profesor Atilio Dell’Oro Maini, Obarrio aconsejaba “ahondar en el sentido de cada artículo, para indagar en las razones a que obedecen, y determinar el alcance de sus preceptos...”.

Sobre esta rama del derecho privado escribió: un “Código de comercio argentino, concordado y comentado” en 1877/ 79; “Curso de derecho comercial”, donde profundiza todo lo referido a las quiebras, la letra de cambio y el seguro marítimo.

En sus mensajes siempre prevaleció la honestidad, la hombría de bien, y la libertad. Quiero concluir con una de sus máximas vinculadas al hombre, al abogado y al juez, decía: “Es necesario tener siempre en cuenta que para ser buen abogado, buen juez y buen ciudadano, debe conservarse la conciencia sin sombras, la dignidad sin menguas, y la independencia sin flaquezas”.

\_\_\_\_\_ \*\*\* \_\_\_\_\_

En cuanto a la personalidad de mi antecesor el Dr. José Domingo Ray, adelanto que fue un distinguido y fino jurista, un hombre afable que honró la libertad y la justicia, y un eximio profesor universitario.

Había nacido en Mar del Plata, el 23 de junio de 1922, y falleció en Buenos Aires el 14 de febrero del 2018. Dedicó sus mejores y mayores



esfuerzos intelectuales al Derecho marítimo, aunque no por ello dejó de lado otros aspectos del derecho.

En 1944 obtuvo en la Universidad de Buenos Aires, el título de abogado y en 1958 el de Doctor en Ciencias jurídicas y sociales. Su tesis doctoral titulada “Particularismo y autonomía del Derecho de la Navegación”, tuvo la calificación de sobresaliente y recomendada al premio Facultad.

Por sus virtudes de destacado alumno recibió el premio “Univesitario” (medalla de oro), y el que correspondió al más alto promedio designado como Tedín Uriburu y también el correspondiente al derecho civil, llamado Raymundo Salvat.

Fue profesor en las Universidades de Buenos Aires y La Plata, y por sus destacados aportes en la docencia y en la labor académica, la Universidad Nacional de Buenos Aires lo honró con el carácter de profesor emérito.

Su obra es amplia y numerosa. Sobresale el “Tratado de derecho de la navegación”, en 4 volúmenes y se cuentan en mas de 300 trabajos monográficos sobre diferentes temas jurídicos, anotándose cuestiones de derecho mercantil, sobre la responsabilidad civil y, otras temáticas que trató con profundidad y sabiduría.

Presidió durante muchos años la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, y representó al país en numerosas conferencias diplomáticas en diversos países. También sumó a sus brillantes antecedentes el premio Konex al “merito” en la categoría “humanidades” en el año 1986. Y además presidió la Academia Nacional de derecho y Ciencias sociales en el año 1995.

Tuve el honor y el placer de haberlo conocido y tratado personalmente, puedo confirmar su carácter afable y cordial, a más de todas las muchas virtudes señaladas.



# ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

## Introducción al tema

La tan difundida cuestión del enriquecimiento injusto, comúnmente conocido como “enriquecimiento sin causa”, tiene un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial, a la vez que resulta de una estructura compleja. Puedo adelantar que es una idea que pretende solucionar los supuestos en que alguien se enriquece sin razones jurídicas valederas en perjuicio de un patrimonio ajeno<sup>3</sup>.

Es de observar que se lo menciona con diversos calificativos, tales como “enriquecimiento injusto”, “ilegitimo”, “ilegal”, o “dañoso”, pero lo cierto es que se lo conoce como “enriquecimiento sin causa”, y de esa forma aparece en las obras doctrinarias y en la jurisprudencia.

Tal como lo enseña el profesor Luis Diez Picazo, en los tiempos que corren se halla en boga una verdadera cultura de la riqueza, pues todo aquel que posee un importante activo patrimonial, adquiere un alto rango social y goza de cierta distinción<sup>4</sup>.

Como contrapartida, hay ideas que revalorizan la situación opuesta, pudiéndose citar a la “pobreza monástica”, la “pobreza evangélica”, o la tan difundida y popular “pobreza franciscana”.

---

<sup>3</sup> Alterini- Ameal- Lopez Cabana: Derecho de obligaciones, civiles y comerciales, Ed. Abeledo Perrot, 4ta. edic., Bs. As. 2008, p. 832, No. 1761. Ossola Federico: Obligaciones, ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2016, en la colección “Derecho civil y comercial”, Julio C. Rivera y Graciela Medina (directores), p. 1145, No. 696., Llambias Jorge J.: Tratado de derecho civil. Obligaciones, Ed. Perrot, Bs. As. 1980, T. IV- B, p. 355, No. 3017. Pizarro Ramon D. – Vallespinos Carlos G.: Tratado de obligaciones, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2017, T. IV, p. 306, No. 2875. Carbonnier Jean: Derecho civil, Ed. Bosch, trad. de Manuel Zorrilla Ruiz, Barcelona 1960, T. II, v. III (situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones), p. 171, No. 203.

<sup>4</sup> Diez Picazo Luis: La doctrina del enriquecimiento injustificado, en el libro “ Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa”, Ed. Civitas, Madrid 1988, p. 35 y ss.

Volviendo al tema es importante señalar que, autores como Alvarez Caperochipi y Roca Sastre, entre los juristas españoles, ubican su origen en los principios romanos atribuidos a Ulpiano, por aquello del “honest vivere, sum quique tribuere, y alterum non laedere”, aunque, con más certeza y precisión en el texto de Pomponio en el Digesto, que afirma: “...Según el derecho natural y la equidad, nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro” (iure natura aequum est neminem cum alteriurs detrimentum ). Es evidente que estas reglas resultan teñidas de un colorido de moralidad a la par que poseen un propio sentido jurídico<sup>5</sup>.

Es posible adelantar que, el enriquecimiento injusto o sin causa, ha sido considerado como una de las fuentes modernas de las obligaciones, juntamente con la “declaración unilateral de la voluntad”, el pago de lo indebido y el abuso del derecho<sup>6</sup>.

En la jurisprudencia aparece con toda plenitud en el siglo XIX en Francia con la sentencia muy difundida de la Chambre de Réquettes de la Corte de Casación en el fallo: “Patureau c/ Boudier”, y conocido entre los juristas galos como el caso los granos (L’arret des engrains) fallo que data del 15 de junio de 1892. Más adelante trataré de dar más precisa referencia.

En la vida corriente es posible observar que todas las personas día a día modifican el contenido de sus patrimonios ya sea incrementando su activo o aumentando su pasivo, pues la vida misma crea y mantiene su actividad en el efecto de la mutación de los valores económicos, pero para ello existen fundamentos y razones legales que lo justifican. Tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento deben tener base de sustentación en las fuentes que la norma admite, ya sea en los contratos, o en la misma ley, aunque es dable aclarar que, a veces los hechos de la naturaleza también puede causar esos efectos. El ejemplo del granizo que destruye los sembradíos y perjudica a su titular, muestra la consecuencias negativas de

---

<sup>5</sup> Alvarez Caperochipi José A.: El enriquecimiento sin causa, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, (España), 1979, p. 17 y ss. Roca Sastre Ramón- Puig Brutau José: Enriquecimiento sin causa, en el libro “ Estudios de Derecho privado”, Ed. R. D. P., Madrid 1948, T. I, p. 485 y ss.

<sup>6</sup> Compagnucci de Caso Rubén H. – Farina Nora- Negri Nicolas- y Moreno Valeria: Derecho de las obligaciones, Ed. La ley. Thomson Reuters, Bs. As. 2018, p. 99, No. 40. Cazeaux Pedro N. – Trigo Represas Felix A.: Derecho de las obligaciones, Ed. La ley, 4ta. edic., Bs. As.. 2010, T. IV, p. 333, No. 2319. Puig Brutau Jose: Fundamentos de derecho civil, Ed.Bosch, Barcelona 1983, T. II, v. III, p. 43. Pizarro R. D. –Vallespinos C. G.: Tratado de obligaciones, cit., T. IV, p. 330, No. 2880. Wierzba Sandra: Manual de obligaciones, civiles y comerciales, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015, p. 35 y ss.

un hecho ajeno al derecho y – salvo excepción como puede ser un seguro–, no es posible atribuirle efecto jurídico alguno<sup>7</sup>.

A veces ciertos elementos fácticos, también ajenos a la voluntad de las personas, pueden ocasionar efectos en los bienes patrimoniales. Se da como ejemplo a la inflación que produce desvalorización monetaria, hecho que empobrece a algunos ahorristas y, por otro lado puede llegar a beneficiar a quienes saben aprovechar esa circunstancia.

### Concepto

Los autores han brindando diferentes conceptos, así para Diez Picazo el enriquecimiento sin causa, se produce ante “...un desplazamiento y su consiguiente atribución patrimonial, que carece de bases jurídicas fundantes (justa causa), y se da en desmedro de los derechos de otro, y de ese modo se debe restituir a quién sufrió el empobrecimiento”<sup>8</sup>.

Se trata de un principio jurídico que prohíbe enriquecerse a costa de otro sin razones fundadas, y la acción que se otorga al perjudicado por la disminución o el empobrecimiento, tiene como finalidad restituir el equilibrio patrimonial alterado. O como también lo aclara Puig Brutau, al entender que se habla de enriquecimiento injusto cuando la ley no ha previsto una situación en la que se produce un desplazamiento patrimonial que no encuentra una explicación razonable en el ordenamiento jurídico, a lo que agrega Alvarez Caperochipi, que la acción de enriquecimiento debe configurarse como una acción recuperatoria de valor, para evitar los desequilibrios económicos que se derivan de las adquisiciones patrimoniales que, por otra parte no se corresponden con una causa válida de atribución.”<sup>9</sup>.

Orozco Muñoz, en una reciente obra, entiende que el enriquecimiento injustificado, como fuente legal y autónoma de obligaciones, se origina cuando un sujeto recibe, sin razones legales que lo fundamenten, una de-

<sup>7</sup> Capitant Henri- Terré François- Lequette Ives: Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Ed. Dalloz, 10ème. Edit., Paris 1994, p. 631 y ss. Fabre – Magnan Muriel: Les obligations, Ed. Thémis, Paris 2004, p. 964, No. 365. Cabrillac Remy: Droit des obligations, Ed. Dalloz, 5ème. Edit., Paris 2002, p. 180, No. 262. Mazeaud Henri- Leon et Jean: Lecciones de derecho civil, Ed. Ejea, Trad. Sentis Melendo S., Bs.As..., T. II, v. II, p. 510. Terré François- Simler Phillipe – Lequette Ives: Droit civil. Les obligations, Ed. Dalloz, 7ème. Edit., Paris 1999, p. 895, No. 968

<sup>8</sup> Diez Picazo L.: La doctrina del enriquecimiento injustificado, cit., p. 19 y p. 35.

<sup>9</sup> Alvarez Caperochipi J. A.: El enriquecimiento sin causa, cit., p. 69.

terminada ventaja patrimonial, a costa de otro, y cuyo objeto se traduce en una prestación restitutoria –devolutiva– y en ocasiones compensatoria de las ventajas obtenidas”<sup>10</sup>.

### Breve evolución histórica

Sus remotos orígenes pueden encontrarse en el Derecho romano, con la característica que su aplicación lo era en casos particulares y determinados, sin la existencia de un principio o fórmula generalizada de la figura. Fue recién a fines de la República que nace la noción del enriquecimiento sin causa, como un medio para mitigar los rigores del formalismo y del exceso de abstracción que hacían surgir obligaciones sin causa y ciertos desplazamientos patrimoniales injustos<sup>11</sup>.

De esa forma surgen las “condictios”, también llamadas “acciones de repetición”, o “condiciones” que tenían como objetivo lograr la devolución de una cosa cierta o de determinada suma de dinero. Según Puig Brutau, en el Derecho postclásico pasan de ser simples acciones procedimentales a normas del derecho sustantivo, y de allí trascienden a las modernas legislaciones<sup>12</sup>.

Las “condictios” del Derecho romano fueron las siguientes: “la condictio ob causam”, la “causa data causa non secuta”, la “causa finita”, la “indebiti”, la “sine causa”, a la que se agrega aquella que, paradójicamente da nombre a la moderna pretensión, llamada “actio de in rem verso”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Orozco Muñoz Martín: El enriquecimiento injustificado, Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, Madrid 2015, p. 25 y ss.

<sup>11</sup> Bonfante Pietro: Instituciones de derecho romano, Ed. Ed. Reus, 3ra. Edic., Madrid 1965, trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa, p. 525, No. 171. Lacruz Berdejo Antonio: Notas sobre el enriquecimiento sin causa, en Rev. de Der. inmobiliario, Madrid 1969, p. 560. Compagnucci de Caso Rubén H.: Enriquecimiento sin causa, en el libro “Derecho de daños” (2da. parte), (Homenaje al Dr. Felix A. Trigo Represas), Dirigido por Aida Kemelmajer de Carlucci, Ed. La Rocca, Bs. As. 1993, p. 363. Orozco Muñoz Martín: Enriquecimiento injustificado, ps. 83 y 113.

<sup>12</sup> Puig Brutau Jose: Fundamentos de derecho civil, Ed. Bosch, Barcelona 1983, T. II, v. III, p. 44. Llam-bias J. J.: Trat. Obligaciones, cit., T. IV- B, p. 369, No. 1366. Moyano Juan: Enriquecimiento sin causa, en J. A. 44- 821.. Alvarez Caperochipi Jose A.: El enriquecimiento sin causa, cit., p. 12.

<sup>13</sup> Bonfante: Instituciones de Derecho romano, cit., p. 525, No. 171. D’Ors Alvaro: Derecho privado romano, Ed. Eunsa, Pamplona 1977, 3ra. Edic., p. 396 y p. 444. Cazeaux P. N. – Trigo Represas A. F.: Derecho de las obligaciones, cit., T. IV, p. 334, No. 2320. Rezzónico Luis M.: Estudio de las obligaciones, Ed. Depalma, 9na. Edic., Bs. As. T. II, p. 1159. Garriga Román: El enriquecimiento sin causa, sus caracteres y efectos, en J. A. 1949- IV- 685. Orozco Muñoz Martín: El enriquecimiento injustificado, cit., p. 26.

Esta última posee un curioso origen, pues se le otorgaba a una persona perjudicada y empobrecida, contra el “pater familiae” por las ventajas y provechos que este último había obtenido ante el acto de alguien que estaba bajo su “potestas”. El perjudicado hallaba facultado al ejercicio de una duplicidad de acciones, una contra el que había realizado el acto denominada “actio de peculio”, y otra hacia el pater por el beneficio objetivo. A ésta última pretensión se la llamó “actio de in rem verso” lo que traducido significa “volver las cosas al estado anterior”<sup>14</sup>.

En las Partidas de Alfonso el Sabio, (7ma. Partida, Título 34, ley 17) se afirma: “Ningun non deue enriqueserçe tortizeramente en daño de otro” (nadie debe enriquecerse sin razón en perjuicio de otro), norma genérica que se aplicó ante todo caso en que alguien recibía algo sin causa justificante. De todos modos no fue una regla de aplicación precisa, sino más bien un principio ético desarrollado en casos particulares.

### **Derecho comparado**

Es posible considerar que sobre el tema en desarrollo y, en el Derecho privado vigente, existen dos líneas bien definidas. Una de ellas es la que tiene origen en el derecho francés y los numerosos Códigos que siguieron su rumbo. En ese núcleo es posible incluir el anterior Código civil argentino elaborado por Vélez Sarsfield en el siglo XIX.

La otra corriente, está en los principios del Derecho Alemán cuyo Código civil (B.G.B) inaugura el siglo XX pues comienza su vigencia en el año 1900<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Petit Eugène: Tratado elemental de Derecho romano, Ed. Callejas, Madrid 1924, trad. de la 9na. Edic., francesa por don José Ferrandez Gonzalez, p. 453, No. 444. Pizarro R. D. – Vallespinos C. G.: Tratado de obligaciones, cit., T. IV, p. 308, No. 2877. Wallinga Tammo: Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro. Principio y práctica del Derecho romano del enriquecimiento, en el libro “Enriquecimiento injustificado”, dirigido por Pedro del Olmo Garcia, y Xabier Bazosabal Torrejón, Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, Madrid 2017, p. 28 y ss. NOTA 12 BIS. Lacruz Berdejo: Elementos. Contratos y cuasicontratos, cit., T. II, v. III, p. 620, No. 709, señala que si bien las Partidas enunciaron un principio amplio y una acción general de enriquecimiento, todo ello tuvo un escaso desarrollo y “no encontró eco en la doctrina” Puig Brutau: Fundamentos de derecho civil, cit., T. II, v. III, p. 46.

<sup>15</sup> Enneccerus W. - Lehmann H.: Derecho de las obligaciones, en el “Tratado de derecho civil” de Enneccerus- Kipp- Wolf, Ed. Bosch, Barcelona 1966, trad. de Blas Perez Gonzalez y Jose Alguer, 3ra. Edic., con notas y adaptación al derecho español de Jose Ferrandis Vilella, T. I, v. II, 2da. pte., p. 943, No. 220. Nuñez Lagos Rafael: El enriquecimiento sin causa en el Derecho español, Ed. Reus, Madrid 1934, con prólogo de José Castan Tobeñas, p. 5 y ss. Salvat Raymundo – Acuña Anzorena

Por su parte el “Code civil” francés, sancionado en el año 1804, actualmente con numerosas modificaciones a su texto original, no establece una regla general sobre el enriquecimiento sin causa, pero sí contiene numerosas normas donde aparece aplicable el principio. Lo mismo acaece con el Código civil italiano de 1865 hoy derogado, en el español vigente, y en la gran mayoría de los de América Central y de Sud América.

Es importante dejar en claro que, en Francia en el año 2016 se sancionó la famosa “ordonnance” No. 131 que renueva todo lo referido a las obligaciones y los contratos. En el art. 9no. dispone modernizar las reglas sobre la gestión de negocios ajenos, las del pago de lo indebido, y consagrar la noción del enriquecimiento sin causa (El texto original dice: “Moderniser les règles applicables à la gestion de affaires et au paiement de l’indu et consacrer la notion d’enrichissement sans cause”)<sup>16</sup>.

La otra línea legislativa, como ya dije, es la que corresponde a la legislación alemana. Así el parágrafo 812 define al enriquecimiento sin causa, lo mismo hace el “Codice civile italiano de 1942” (arts. 2041 y 2042); el japonés (art. 704), el mejicano (art. 1882), el Federal Suizo de las obligaciones (arts. 66), y el portugués de 1966 (art. 473), entre otros<sup>17</sup>.

Estos cuerpos normativos indican que “...todo aquel que sin causa jurídica y a costa de otro obtiene una cosa, se halla obligado a su restitución...”, aunque en ciertos casos se ordena una especie de indemnización a favor de la persona empobrecida.

---

Arturo: Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, Ed. Tea, 2da. edic., Bs. As. 1957, T. IV, p. 343, No. 3307. Borda Guillermo A.: Tratado de derecho civil. Obligaciones, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2008, actualizado por Alejandro Borda, T. II, p. 547, No. 1693. Neppi Vittorio: El concepto de causa en el enriquecimiento injusto, en L. L. 50- 850.

<sup>16</sup> Descheemaeker Erik: El nuevo derecho francés del enriquecimiento injustificado, en el libro: “Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: Historia, derecho comparado y propuestas de modernización”, dirigido por Pedro Del Olmo García y Xabier Basozabal Arrue, y coordinado por Angel Juárez Torreón, Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, Madrid 2017, p. 121 y ss. El autor analiza con detalle todo lo referido a la Ordenanza del 10 de febrero del 2016. La monografía que fuera escrita originariamente en inglés fue traducida por Pedro Del Olmo García y Angel Juárez.

<sup>17</sup> Medicus Dieter: Tratado de las relaciones obligacionales, Ed. Bosch, Barcelona 1995, trad. de Angel Martínez Sarrión, T. I, p. 675, No. 125. Larenz Karl: Derecho de obligaciones, Ed. R.D.P., trad. Jaime Santos Briz, Madrid 1959, p. 513, No. 62.



## La legislación nacional

En el viejo Código Civil Argentino Vélez Sarsfield siguió la tendencia del derecho francés y de allí que no define expresamente a la figura, si se anota su virtualidad en lo dispuesto en numerosas normas, y en algunas de las notas con las que, el codificador, explicó las fuentes y razones de muchos de los artículos proyectados. A modo de ejemplo de lo primero se puede citar al art. 784 sobre el pago de lo indebido, al art. 728 en cuanto al pago por tercero cuando se realiza contra la voluntad del acreedor, al art. 907 en consideración de las consecuencias de hechos involuntarios en los supuestos en que se ocasiona un daño a otra persona, a los arts. 589, 2427 y 2440, con respecto a las mejoras necesarias y útiles si corresponde su reparación por quien se beneficia de ellas, y muchos otros mas donde se aplica el principio enunciado para resolver y dar solución a casos concretos<sup>18</sup>.

A ello se adicionan algunas notas donde se acude al enriquecimiento sin causa. Tal es la que corresponde al art. 43 con relación a la responsabilidad civil de las personas jurídicas en el supuesto que alguno de sus representantes u órganos comete fraude beneficiando al ente y perjudicando a un tercero; en la extensa nota al art. 499 que con la cita del jurista francés Ortolán, reafirma la “exigencia de una razón natural por la cual nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro...”. Lo mismo en las notas de los art. 784 y 2589, lugar en que manifiesta que por el principio de equidad es regla en el derecho civil, la que no permite enriquecerse con lo ajeno, etc.

Todo ello justifica y permite afirmar que, tal como fuera señalado de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio que impide enriquecerse sin razón jurídica suficiente en perjuicio ajeno, recibía plena acogida en el viejo Código civil<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Cazeaux P. N. - Trigo Represas A. F.: Derecho de las obligaciones, cit., T. IV, p. 342, No. 2329. Compagnucci de Caso - Farina- Negri- Moreno: Derecho de las obligaciones, cit., p. 114, No. 47. Llambias J. J.: Trat. Obligaciones, cit., T. IV- B, p. 365, No. 320. Alterini Atilio A. - Ameal Oscar- Lopez Cabana Roberto M.: Derecho de las obligaciones, civiles y comerciales, Ed. Abeledo Perrot, 4ta. Edic., Bs. As. 2008, p. 833, No. 1761. Para su análisis en el Derecho español: Lacruz Berdejo: Elementos de derecho civil. Der. de las oblig., cit., T. II, v. III, p. 620, No. 709. Orozco Muñoz M.: El enriquecimiento injustificado, cit., p. 55 y ss. O’Callahan Muñoz Xavier: Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones, Ed. Univ. Ramón Alerces, Madrid 2012, p. 646 y ss. En el Derecho francés: Terré- Simler - Lequette: Droit civil. Les obligations, cit., p. 895, No. 969. Carbonnier J.: Derecho civil (Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones), cit., T. II, v. III, p. 171, No. 203.

<sup>19</sup> Salvat Raymundo - Acuña Anzorena Arturo: Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones, Ed. Tea, 2da. edic., Bs. As. ..., T. IV, p. 346, No. 3012. De Gasperi Luis - Morello Augusto M.: Tratado de derecho civil, Ed. Tea, Bs. As. 1964, T. IV, p. 547, No. 1913. Mosset Iturraspe Jorge:

## Regulación en el nuevo código civil y comercial

El nuevo Código civil y comercial que comenzó a regir el 1 de agosto del 2015, sigue la corriente del derecho germano, y se ocupa en definir y regular el instituto en los arts. 1794 y 1795<sup>20</sup>.

### La “actio de in rem verso”

Como ya lo indiqué, la acción para el ejercicio de la pretensión que emerge a favor de quien resulta empobrecido recibe la denominación romana de “actio de in rem verso”. Hoy se halla prevista en el art. 1794 en su primer párrafo, que determina los efectos y la viabilidad de su ejercicio<sup>21</sup>.

Le corresponde la legitimación a cualesquiera persona que resulte perjudicada ante un desplazamiento patrimonial acausado, y también a sus sucesores. Asimismo permite su ejercicio a los acreedores mediante el uso de la acción subrogatoria prevista en los arts. 733 a 742, y tiene como finalidad lograr el equivalente o los objetos que han salido del patrimonio del acreedor, sin embargo para algunos autores, se trata de una pretensión restitutoria que no persigue la reivindicación de una cosa, sino la vuelta del enriquecimiento por parte de quien se enriqueció injustificadamente (En ese sentido: Diez Picazo, Orozco Muñoz, y otros)<sup>22</sup>.

La “actio de in rem verso”, es una acción personal, y genérica que se otorga a todo aquel que resulta empobrecido y demuestre los requisitos

---

Enriquecimiento sin causa, en J. A. 1970- Sec. Doc.- 445. Boffi Boggero Luis M.: Tratado de las obligaciones, cit., T. VI, p. 164. Cazeaux P. N. – Trigo Represas Felix A.: Derecho de las obligaciones, cit., T. IV, p. 343. Pizarro R. D. – Vallespinos C. G.: Tratado de obligaciones, cit., T. IV, p. 319, No. 1881.

<sup>20</sup> Ossola F.: Obligaciones, cit., p. 1145, No. 697. Wierzba S.: Manual de obligaciones, civiles y comerciales, cit., p. 36 y ss. Santarelli F.: coment. al art. 1794, en Alterini J. H. (Director), Alterini I. E. (coordinador), 3ra. Edic., cit., T. VIII, p. 601. Pizarro R. D. – Vallespinos C. G.: Tratado de obligaciones, cit., T. IV, p. 349, No. 1896. Medicus Dieter: Tratado de las obligaciones, Ed. Bosch, Barcelona 1995, trad. de Angel Martínez Sarrión, T. I, p. 675. Enneccerus – Lehmann: Derecho de las obligaciones, cit., T. II, v. II, pte. 2da., p. 944, No. 220..

<sup>21</sup> Id. nota anterior, y .. Borda G. A.: Tratado de derecho civil. Obligaciones, act. Por el Dr. Alejandro Borda, cit., T. II, p. 548, No. 1694. Compagnucci de Caso R. H.: Manual de obligaciones, Ed. Astrea, Bs. As. 1997, p. 82, No. 47. Lafaille Héctor: Tratado de las obligaciones, Ed. Ediar, Bs. As. 1950, T. II, p. 534, No. 1169. Colmo Alfredo: De las obligaciones en general, Ed. Jesús Menéndez, Bs. As. 1920, p. 467, No. 686 y 689. Carbonnier J.: Derecho civil, cit., T. II, v. III, p. 171 y ss.

<sup>22</sup> Diez Picazo L.: La doctrina del enriquecimiento injustificado, en el libro “Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa”, cit., p. 100 y ss. Orozco Muñoz M.: El enriquecimiento injustificado, cit., p. 252 y ss

suficientes para su procedencia. Se trasmite a los sucesores, y tiene un tiempo de prescripción de 5 años que establece el art. 2560 del Cod. civ. y com., término que rige en general para todo tipo de acciones personales<sup>23</sup>.

Sus similitudes y diferencias con la acción reivindicatoria acercan algunos problemas nada simples de resolver. A ello se suma lo dispuesto en el art. 1794 cuando en la 2da. parte dispone: “Si el enriquecimiento consiste en la incorporación de un bien determinado, debe restituirla si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”. A priori y ante una simple lectura pareciera que se ha producido una unificación que permite el ejercicio de ambas acciones, lo cual no es tan así<sup>24</sup>.

Es importante señalar que la acción reivindicatoria se halla prevista y regulada en los arts. 2252 a 2261 del Cod. civ. y com., y aparece definida en el art. 2248 de ese Código, como aquella que “...tiene como finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento”. Prevé como objetivo recuperar la posesión perdida en poder de otra persona, y desplaza a la acción personal. Resulta imprescriptible, además que el dominio del objeto debe estar inalterado y tratarse de una cosa determinada. Se agrega su carácter reipersecutorio<sup>25</sup>.

Creo que el parentesco con la “actio de in rem verso”, no es tal. Aquí se trata de un reclamo de restituciones o indemnizaciones, y no de recuperar la posesión perdida. En cuanto a la duplicidad de ejercicios o carácter opcional, ello se vincula con el requisito de la “subsidiaridad” de la derivada del empobrecimiento, y el alcance de la prescripción<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Ossola Federico: Derecho de las obligaciones, cit., p. 1152, No. 699. Wierzbna Sandra: Manual de obligaciones civiles y comerciales, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015, p. 35 y ss. Santarelli Fulvio: coment. al art. 1794, en “Alterini Jorge H. “ (Director), “Alterini Ignacio E.” (coordinador), Cód. civil y comercial, comentado..., cit., T. VIII, p. 529. Casas Juan: coment. al art. 1794, en “Bueres Alberto J.” (director), Cod. civ. y com. de la Nación, analizado..., Ed. Hammurabi, Bs. As. 2014, T. II, p. 206.

<sup>24</sup> Id. a la nota anterior, y: Pizarro R. D.- Vallespinos C. G.: Tratado de obligaciones, cit., T. IV, p. 359, No. 2905.

<sup>25</sup> Kiper Claudio: acción reivindicatoria, legitimación activa y prueba, en J. A. 1983- IV- 328. Lafaille Hector: Tratado de los derechos reales, Ed. Ediar, Bs. As. 1945, T. III, p. 401, No. 2041. Peña Guzmán Luis A.: Derecho civil. Derechos reales, Ed. Tea, Bs. As. 1975, T. III, p. 640. Salvat Raymundo – Argañarás Manuel: Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales, Ed. Tea, 4ta. Ed., Bs. As. 1959, T. III, p. 637, No. 2034

<sup>26</sup> Orozco Muñoz M.: El enriquecimiento injustificado, cit., p. 329. El autor analiza en profundidad y con erudición el problema que suscita la relación entre la acción personal por el enriquecimiento

### Fundamentos de la “*actio de in rem verso*”

Para dar base y fundamentos a la “*actio de in rem verso*” se han brindado diferentes puntos de vista que, enuncio brevemente. De ese modo se afirman las siguientes tesis: a) el provecho creado; b) el hecho ilícito involuntario; c) la gestión de negocios anormal; d) el equilibrio patrimonial automático; e) la regla moral y la equidad; f) Ilícitud objetiva, y g) la ausencia de causa *retentionis*<sup>27</sup>.

Amplio su explicación en forma somera ya que sería de largo tiempo adentrarnos en cada uno de estos argumentos.

- a. **La tesis del “provecho creado”** fue el concepto que, en una de sus primeras obras, desarrolló el eminente jurista Georges Ripert, juntamente con Teissiere. De esa manera elaboran la idea de una especie de oposición al concepto de “riesgo creado”, formula que, por otra parte, se utiliza como uno de los supuestos que dan base a la responsabilidad objetiva. El riesgo es todo aquello que resulta apto para producir daños. Lo del provecho creado significa que, quien crea un beneficio económico a favor de otra persona, tiene derecho de reclamar los lucros de su obra mediante al ejercicio de la “*actio de in rem verso*”. Si bien el razonamiento se nutre de originalidad,

---

injusto y la acción real reivindicatoria. Afirma, tal como se indica en el texto que existe incompatibilidad entre la acción por el enriquecimiento indebido y cualquier acción real que tienda a obtener la restitución del objeto. Permite excepcionalmente el ejercicio conjunto cuando se reclamen objetos distintos, por ejemplo recuperar un inmueble, y por otra parte reclamar el valor de los frutos obtenidos por un enriquecimiento injusto Aparicio Juan: El carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Soc. de Córdoba, Estudios en homenaje a Pedro Leon, Córdoba 1976, p. 557. Ameal Oscar: Enriquecimiento sin causa, subsidiariedad o autonomía de la acción, en el libro “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Homenaje al Dr. Atilio A. Alterini, Directores: Alberto J. Bueres y Aida Kemelmajer de Carlucci, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, p. 1063. Alvarez Caperochipi José A.: El enriquecimiento sin causa, cit., p. 74.

<sup>27</sup> Cazeaux P. N. – Trigo Represas: Derecho de las obligaciones, cit., T. IV, p. 338, No. 2322 y ss. Alterini – Ameal- Lopez Cabana: Derecho de obligaciones, civiles y comerciales, cit., p. 837, No. 1768. Boffi Boggero L. M.: Tratado de las obligaciones, cit., T. VI, p. 177, No. 2217. Wallinga Tammo: “*Nam hoc natura aequum est neminem quum alterus detrimentum fieri locupretorem* “. Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro”. Principio y practica del Derecho romano de enriquecimiento, en el libro “Enriquecimiento injustificado.” Del Olmo Garcia – Basozabal Torrejón A. (directores), cit., p. 23, donde se estudia con profundidad y erudición los antecedentes de la “*actio de in rem verso*”.. Borda G. A.: Tratado de derecho civil. Obligaciones, actualizado por el Dr. Alejandro Borda, cit., T. II, p. 549, No. 1695. Llambias J. J.: Tratado.. Obligaciones, cit., T. IV – B, p. 380, No. 332. Ossola F.: Obligaciones., cit., p. 1150, No. 698. Salvat R. – Acuña Anzorena A.: Tratado.. Fuentes de las obligaciones, cit., T. IV, p. 348, No. 3014. De Gasperi L.- Morello A. M.: Tratado.. Obligaciones, cit., T. IV, p. 534, No. 1905. Rezzonico L. M.: Estudio de las obligaciones, cit., T. II, p. 1569 y ss.

pero considero que resulta débil y no se ajusta a los presupuestos del instituto<sup>28</sup>.

b. Por su parte Marcel Planiol, otro de los destacados civilistas franceses de fines del siglo XIX, y comienzos del XX, afirmó que lo que producía el enriquecimiento era un **“hecho ilícito involuntario”**, pues dicho accionar contrariaba la ley pero carecía de voluntariedad. Es dable ver que la situación ofrecida es contradictoria ya que los hechos lícitos o ilícitos para detentar tal cualidad deben siempre ser **“voluntarios”**<sup>29</sup>.

c. Por otro lado, se habla de un supuesto de **gestión de negocios ajenos**, quizá su origen haya tenido base en que la gestión de negocios siempre apareció como un típico ejemplo de **“cuasi contrato”**, y la **“actio de in rem verso”** fue vinculada con la híbrida figura. Entre los juristas de la escuela de la exégesis Demolombe y Laurent, afirmaron su identidad, pero aclarando que se trataba de una **“gestión anormal”** por los efectos que producía<sup>30</sup>.

En mi opinión este desarrollo quedó perdido en el tiempo, y al igual que el **“cuasi contrato”**, aparece abandonado en las opiniones de los juristas modernos.

d. También en una original idea René Demogue, en el siglo pasado alrededor de los años 20, sostuvo que la acción derivada del enriquecimiento injusto, tenía como fines una especie de logro del **equilibrio de los patrimonios de manera automática**. Según este autor, cuando aparece el desequilibrio surge la pretensión a los fines de lograr su nivelación. El desarrollo es interesante y posee un singular atractivo por su contenido de moralidad y justicia. Pero claro está, no siempre los desequilibrios tienen ausencia de causa, ya que como vimos, hay hechos naturales o ajenos a los sujetos que, pueden llegar a esa mutación económica. Este razonar me impide aceptar la idea desarrollada<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Ripert Georges – Teissiere Manuel: Essai d une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français, dans la Revue Trimestrelle de Droit civil, año 1904, p. 727 y ss.

<sup>29</sup> Ibídem.

<sup>30</sup> Demolombe Charles: Cours de Code Napoleon, Ed. A. Durand – Hachette, 3ème. Edit., Paris 1827, T. XXXI, p. 46 y ss., No. 49. Laurent François: Principes de droit civil français, Ed. Bruyllant Cristophe et Marescu, Paris – Bruxelles 1893, T. XX, p. 429, No. 337.

<sup>31</sup> Demogue René: Traité des obligations en général, Ed. Rousseau, Paris 1925, T. III, p. 124, No. 79. Coincidente con esta idea Boffi Boggero L. M.: Tratado de las obligaciones, cit., T. VI, p. 163, No.

- e. Entre los autores nacionales, tiene buena recepción un concepto que apoya el fundamento de la acción en la **“filosofía social”, “la regla moral” y “la equidad”**. Esa es la tesis que sostienen Salvat, Acuña Anzorena, Borda, Llambias, Busso, Ripert, y otros distinguidos juristas<sup>32</sup>.

Parece imposible desechar esas ideas, ya que reinan en todo el orden jurídico y merecen el respeto y adhesión por su contenido ético. En mi modesto parecer, son concepciones demasiado generales y amplias, aparecen diluidas y poco concisas ante el fenómeno del enriquecimiento.

- f. Por su parte Alterini, Ameal y Lopez Cabana, sostuvieron la idea que se estaba en presencia de un supuesto de **“ilicitud objetiva”**, en razón de que se trataría de una situación objetivamente ilícita que da lugar a esa situación<sup>33</sup>.

- g. Y para concluir con el enunciado, se muestra como fundamento de la acción, a la denominada **“ausencia de causa retentionis”**. Ello significa que, ante el hecho de quién se empobreció y otro que se enriqueció, la acción se justifica por la falta de causa que permite el ejercicio de la pretensión. Es una tesis moderna a la que adhieren Diez Picazo, Alvarez Caperochipi, Lacruz Berdejo, Roca Sastre, y otros autores de no menor enjundia. En trabajos anteriores he prestado adhesión a esta postura<sup>34</sup>.

---

2192 h).

<sup>32</sup> Salvat R. - Acuña Anzorena A.: Tratado.. Fuentes de las obligaciones, cit., T. IV, p. 350, No. 3015.2.. Borda G. A.: Trat. Obligaciones, cit., actualizado por el Dr. A. Borda, T. II, p. 550, No. 1696. Busso Eduardo: Código civil comentado, Ed. Ediar, Bs. As. 1957, T. III, p. 109.. Rezzónico: Estudio de las obligaciones, cit., T. II, p. 1569. Ripert Georges: La règle moral dans les obligations civiles, Ed. L.G. D. et J., 4ème. Edit., Paris 1949, p. 283, No. 147. Ripert Georges – Boulanger Jean: Tratado de derecho civil, según el tratado de Planiol, Ed. La Ley, Bs. As. 1963 / 1965, trad. de Delia Garcia Daireaux, con la supervisión del prof. Jorge J. LLambias, T. V, p. 261, No.1272.

<sup>33</sup> Alterini - Ameal- Lopez Cabana: Derecho de obligaciones, civiles y comerciales, cit., p. 838, No. 1768.

<sup>34</sup> Diez Picazo L.: La doctrina del enriquecimiento injustificado, cit., p. 60. Alvarez Caperochipi J. A.: El enriquecimiento sin causa, cit., p. 74. Orozco Muñoz M.: El enriquecimiento injustificado, cit., p. 64. Compagnucci de Caso R. H.- Farina N.- Moreno V.- Negri N.: Derecho de las obligaciones, cit., p. 108. Roca Sastre R. – Puig Brutau J.: El enriquecimiento sin causa, en el libro “Estudios de derecho privado”, cit., T. II, p. 509. Compagnucci de Caso R. H.: Enriquecimiento sin causa, en “Derecho de daños” (2da. pte.), cit., p. 402 y ss.

### La no subsidiariedad de la acción

El concepto de subsidiariedad de la “actio de in rem verso”, tiene alguna complejidad en su caracterización. Se debate si es o no un requisito, pues lo que se pretende es la contrariedad y aspecto negativo de la subsidiariedad. Es decir ese carácter afirma que, si existe otra vía o pretensión para el reclamo restitutorio, no es posible ejercitar la acción derivada del enriquecimiento sin causa. Al no ser subsidiaria se le impide que supla a cualesquiera otra acción<sup>35</sup>.

Como antecedente de inicio de esta línea de pensamiento se trae como referencia un fallo de la Corte de Casación francesa del 2 de marzo de 1951. Allí se afirma: “La “actio de in rem verso” fundada en el principio que prohíbe enriquecerse en perjuicio de otro debe ser admitida en todos los casos en que el patrimonio de una persona encontrándose sin causa legítima enriquecida en perjuicio de otra, esta no tuviese para obtener lo que le es debido ninguna otra acción que naciese de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasi delito”<sup>36</sup>.

En la doctrina española Orozco Muñoz, ajusta más el concepto y afirma que la subsidiariedad se emparenta con la tipicidad o atipicidad de la acción restitutoria a ejercer, ya que no es posible promover una acción de enriquecimiento en general cuando existe una acción específica para obtener la restitución, ya que por la especialidad tiene carácter prevalente y excluyente<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Aparicio Juan: El carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa, en “Estudios de derecho privado” (Homenaje al prof. Pedro Leon), Ed. Academia Nac. de Derecho y Cienc. soc. de Cordoba, 1976, p. 557 y ss Pizarro R. D. – Vallespinos C. G.: Tratado de obligaciones, cit., T. IV, p. 381, No. 2926 Lacruz Berdejo: Elementos... Derecho de las obligaciones, cit., T. II, v. III, p. 624, No. 710. CNCiv. S: A, en J. A. 1960- II- 516. Id. S: A, en E. D. 73- 653. Id. S: C, en J. A. 1982- III- 251. Id. S: D, en L. L. 153- 483. CNFed. Civ.y com. S: 1, en RCJ 4640/ 2014. Cam. Apel. Pto. Madryn, fallo del 13- II- 2014, en Rubinzal on line Ar-Jur- 1934/ 2014. Alterini A. A.- Ameal- Lopez Cabana: Derecho de las obligaciones, civiles y comerciales, cit., p. 836, No. 1766. Borda G. A.: Tratado de derecho civil. Obligaciones, actualizado por el Dr. A. Borda, cit., T. II, p. 555, No. 1701. De Gasperi L. – Morello A. M.: Tratado de derecho civil. Obligaciones, cit., T. IV, p. 541, No. 1910. Mosset Iturraspe J.: Enriquecimiento sin causa, en J. A. 1970- sec.doc.- 446. Lopez Cabana Roberto M.: coment. al art. 784, en Belluscio- Zannoni, Cod. civ. comentado, Ed. Astrea, T. III, p. 623. Cazeaux- Trigo Represas A.F.: Derecho de las obligaciones, cit., T. IV, p. 356, No. 2338. Ossola F.: Obligaciones, cit., p. 1156, No. 700. Voto del Dr. Luis M. Boffi Boggero, en el fallo de la C.S.Nac., del 9- XI- 59, en J. A. 1959- IV- 428.

<sup>36</sup> Aubry Charles – Rau Charles: Cours de droit civil français, Ed. Librairie général de jurisprudence, Cosse Edit., Paris 1860, T. V, p. 578. Malaurie Philippe – Aynés Laurent: Les obligations, dans el “Cours de droit civil”, Ed. Cujas, Paris 1999, p. 560, No. 955. Colin Ambroise – Capitant Henri: Cours élémentaire de droit civil français, Ed. Dalloz, 4ème. Edit., Paris 1924, T. II, p. 417.

<sup>37</sup> Orozco Muñoz M.: El enriquecimiento injustificado, cit., p. 340. Gerota M.: La théorie de l'enrichi-

En el Cód. civil y comercial vigente, el art. 1795 se inclina por la postura más rígida al disponer: “Improcedencia de la acción. La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al demandado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido”. Entre nuestros autores el Dr. Oscar Ameal ha defendido con enjundia y erudición esta regla de limitación, que tuvo origen en la doctrina francesa y es generalmente aceptada por otros juristas y la jurisprudencia<sup>38</sup>.

Sin desmerecer el valor de la tesis sustentada, otra corriente de opinión entiende el impedimento del ejercicio subsidiario, en los supuestos de su aplicación, tiene como fin suplir una acción prescripta, o una demanda que ya fue rechazada con sentencia que hizo cosa juzgada, o hay impedimento para su prueba, etc. Pero que de ninguna manera impiden la posibilidad de la concurrencia de acciones donde el perjudicado pueda elegir u optar. Por ejemplo la acción derivada del empobrecimiento y consecuente enriquecimiento sin causa con la acción reivindicatoria o con el reclamo de daños y perjuicios, quedando fuera de ello lo indicado anteriormente.

Un defensor de esta última idea fue Alfredo Colmo, un egregio jurista que sostuvo que era innecesario sostener la tesis de la no subsidiariedad, al entender que en los supuestos de cosas en poder de terceros, el interesado podría promover la acción que más le convenga (reivindicatoria, o “in rem verso”)<sup>39</sup>.

Muchos autores participan plenamente del criterio, y se atienen a lo indicado anteriormente. Así Lacruz Berdejo, extremando su postura considera que el impedimento del ejercicio de la “actio de in rem verso” en los casos de otras pretensiones prescriptas, o cuando se puede alegar la fuente

---

sement sans cause, cit., p. 113. Capitant H.- Terré F.- Lequette I.: Les grands arrêts de la jurisprudence civile, cit., p. 631, donde se desarrolla plenamente el tan difundido caso de “Les engrains”.

<sup>38</sup> Responsabilidad por daños en el tercer milenio, (Homenaje al Dr. Atilio A. Alterini), Alberto J. Bueres y Aída R. Kemelmajer de Carlucci (directores), Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, p. 1063. Wierzbza Sandra: Manual de obligaciones, civiles y comerciales, cit., p. 37. Santarelli Fulvio: comentario al art. 1795, en Alterini J. H. (director), Alterini I.E. (coordinador), Cod. civ. y com. comentario, cit., T. VIII, p. 528. Ossola F.: Obligaciones, cit., p. 1156, No. 700.

<sup>39</sup> Colmo Alfredo: De las obligaciones en general, Ed. Jesus Menedez, Bs. As. 1920, p. 490, No. 691. Alvarez Caperochipi J. A.: El enriquecimiento sin causa, cit., p. 35, afirma “El enriquecimiento injusto así considerado (refiere a la subsidiariedad) se convierte en una figura jurídica oscura, de matices difícilmente comprensibles, sin una unidad esencial y meramente residual”. Compagnucci de Caso- Farina- Moreno- Negri: Derecho de las obligaciones, cit., p. 108, No. 45. De La Cámara Alvarez Manuel: Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa, en el libro “Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa”, cit., p. 195.



contractual o extracontractual, no resulta por cumplirse el requisito de la no subsidiaridad, sino la razón es que la acción por enriquecimiento nunca nació<sup>40</sup>.

### **Requisitos para el ejercicio de la acción**

Desde ya hace tiempo se enumeran cuatro requisitos para dar viabilidad a la “actio de in rem verso”, y son: a) el enriquecimiento del demandado; b) empobrecimiento del actor; c) un vínculo o nexo entre uno y otro patrimonio; y d) la ausencia de causa<sup>41</sup>.

### ***Enriquecimiento del demandado***

Resulta necesario que el demandado se haya enriquecido, y ello acaece por aumento de su activo patrimonial, o bien disminución del pasivo. Lo que para algunos constituye un “lucrum emegens”, o un “damnum cessans”. De ese modo se llega ante el ingreso de bienes, o el incremento del valor de otros bienes, o en los casos de evitar un gasto o una expensa<sup>42</sup>.

Ello puede consistir en actos del propio enriquecido como cuando se comenten daños por actos involuntarios (conf. Arts. 261 y 1750), o acciones del empobrecido, verbigracia: cuando paga como tercero contra la voluntad del deudor) (previsto en el art. 882 inc. c), o el caso del empleo útil (art. 1785), etc. Aunque en una situación más extraña, se da cuando el accionar le corresponde a un tercero. Este fenómeno aparece en el “Arrêt

<sup>40</sup> Lacruz Berdejo: Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones, cit., T. II, v. III, p. 632, No. 713.

<sup>41</sup> Larenz K.: Derecho de las obligaciones, cit., T. II, p. 524. Demogue R.: *Traité des obligations en général*, cit., T. III, p. 242, No. 152. Salvat R. – Acuña Anzorena A.: *Tratado. Fuentes de las obligaciones*, cit., T. IV, p. 353. Planiol Marcel – Ripert Geoges: *Tratado de derecho civil*, Ed. Cultural, La Habana 1947, trad. Diaz Cruz, T. VII, p. 57, No. 754. Mosset Iturraspe J.: *El enriquecimiento sin causa*, en J. A. 1970- sec. Doc.- 447. Borda G.A.: *Tratado. Obligaciones, actualizada por el Dr. A. Borda*, cit., T. II, p. 554, No. 1698. Pizarro R. D. – Vallespinos C. G.: *Tratado de obligaciones*, cit., T. IV, p. 367, No. 2914.

<sup>42</sup> De Gasperi L. - Morello A. M.: *Tratado... Obligaciones*, cit., T. IV, p. 538, No. 1908. Lopez Mesa Marcelo: *Acción de enriquecimiento sin causa*, en L. L. 2009- E- 103. Pizarro R. D. – Vallespinos C. G.: *Tratado de obligaciones*, cit., T. IV, p. 367, No. 2914. Compagnucci de Caso R. H.: *Enriquecimiento sin causa*, en el libro “*Derecho de daños*” (2da. pte.), p. 388 y ss. Boffi Boggero L. M.: *Tratado de las obligaciones*, cit., T. VI, p. 179, No. 2220. S.C.B.A., en E. D. 32- 348. Id. en J. A. 1955- I- 278. Trabucchi Alberto: voz. “*Arrichimento*”, en *Enciclopedia del diritto*, Torino, T. III, p. 71. S.C.Tucuman, S. I, en L. L. 1998- F- 878.

Boudier”, y en el ejemplo que aporta Gerota, del insano que, con semillas que no le pertenecen, siembra en terreno ajeno<sup>43</sup>.

Para cerrar el tema, queda como interrogante, el supuesto de enriquecimiento intelectual o moral. Se ha entendido que si esto es apreciable en dinero resulta procedente la acción, no en el caso contrario<sup>44</sup>.

### *Empobrecimiento del actor*

La otra cara de la medalla, es la del empobrecimiento del perjudicado, ya que ve disminuido su activo patrimonial, o incrementado su pasivo. Para la corriente doctrinaria mayoritaria, es este el principal requisito que da virtualidad a la pretensión. Por ello relevantes juristas como Roca Sastre señalan que, “el *pouperioem fieri*”, o empobrecimiento, constituye un requisito esencial del enriquecimiento ilícito.”<sup>45</sup>.

De allí que, aunque alguien se enriquezca si ello no produce empobrecimiento, no hay lugar para la “*actio de in rem verso*”. Es muy citado el ejemplo de Colin y Capitant, cuando indican que si una persona construye una obra contigua a la del vecino, y este último se enriquece por ello, no existiendo el “*quod alterius detrimento*”, se impide el ejercicio de la “*actio de in rem verso*”. Aprovechar lo realizado por otro, sin que este último se

<sup>43</sup> Colin A. – Capitant H.: Cours élémentaire de droit civil français, Ed. Dalloz, 4ème. Ed., Paris 1924, T. II, p. 410. Gerota D.: La théorie de l’enrichement sans cause, cit., p. 111. Cazeaux P. N. – Trigo Represas A. F.: Derecho de las obligaciones, cit., T. IV, p. 350, No. 2335. Ossola F.: Obligaciones, cit., p. 1155, No. 700. Alterini A.A.- Ameal O. - Lopez Cabana R. M. 29: Derecho de obligaciones, civiles y comerciales, cit., p. 836, No. 1766, citan el ejemplo que Acuña Anzorena toma de la obra de Gabriel Marty en el derecho francés. Dicen si varios propietarios de cafés toman de la onda radial conciertos de música que se transmiten, y con ello aumentan su clientela enriqueciéndose, no generan la acción pues nadie se ha empobrecido.

<sup>44</sup> El enriquecimiento moral o intelectual para hacer procedente la “*actio de in rem verso*” debe tener contenido patrimonial. Alterini A. A.- Ameal O.- Lopez Cabana R. M.: Derecho de las obligaciones, civiles y comerciales, cit., p. 835, No. 1766. Demogue René: Traité des obligations en général, cit., T. III, p.240, No. 150. Boffi Boggero L. M.: Tratado de las obligaciones, cit., T. VI, p.180, No. 2220. Gerota Demetrio D.: La théorie de l’enrichement sans cause dans le Code Civil Allemand, “Etudes de droit comparée”, Paris 1925, p. 83. Garriga Román: El enriquecimiento sin causa, sus caracteres y efectos, en J. A. 1949- IV- 680. Machado José O.: Exposición y comentario del Cod. civil argentino, Ed. Lajouane, Bs. As. 1898, T. VI, p. 174.

<sup>45</sup> De Los Mozos José L.: La causa del negocio jurídico, en el libro “El negocio jurídico”, Ed. Montecorvo, Madrid 1987, p. 224. Diez Picazo Luis: El concepto de causa en el negocio jurídico, en A.D.C. Enero/ marzo, Madrid 1963. Compagnucci de Caso R. H.: El negocio jurídico, Ed. Astrea, Bs. As. 1992, p. 170, No. 52. Capitant Henri: De la causa de las obligaciones, trad. de Tarragato y Contreras, Ed. Gongora, Madrid 1927, p. 91 y ss.

empobrezca no permite utilizar el instituto. Quiero dejar en claro que hoy se encuentran en boga la denominadas “conditios por intrusión” dadas por el solo uso y disfrute de cosa ajena (intromisión en la esfera de otro), que modifican este rígido criterio<sup>46</sup>.

El empobrecimiento se lo ha considerado con sentido amplio. Lo que lleva a que la jurisprudencia lo entiende ante la privación del uso o ejercicio del derecho de propiedad, o bien cuando se trata de actos del mismo empobrecido, como el caso del pago indebido (arts. 1796 y ss.), o bien la siembra o construcción en terreno ajeno (art. 1962).

### **Vínculo causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento**

Para ir completando los elementos que dan vida a la “actio de in rem verso”, es necesario que entre el empobrecimiento y el consiguiente enriquecimiento medie un nexo o vinculación material, es decir que lo uno sea consecuencia de lo otro<sup>47</sup>.

Como bien lo enseña el Dr. Trigo Represas, “Un concepto admitido por los tratadistas es que debe existir una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento en el sentido que este último es el efecto de aquel que entre ambos fenómenos debe mediar una correlación, una correspondencia...”<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Roca Sastre R.- Puig Brutau J.: Enriquecimiento sin causa, en el libro “Estudios de derecho privado”, cit., T. I, p. 511. Idem en: Salvat R.- Acuña Anzorena A.: Trat. Fuentes de las obligaciones, cit., T. IV, p. 353, No. 3019. Wierzba S.: Manual de obligaciones civiles y comerciales, cit., p. 37. Colin A.- Capitant H.: Cours élémentaire de droit civil français, cit., T. III, p. 953. CNCiv. S: C, en J. A. 1979- I- 640. Cam. Ira. civ. y com. La Plata, en J. A. 1945- I- 759. Gerota D.: La théorie de l’enrichement sans cause., cit., p. 118 y ss. Llambias J. J.: Tratado. Obligaciones, cit., T. IV- B, p. 385, No. 3036. Colin A. – Capitant H.: Cours élémentaire de droit civil français, cit., T. III, p. 954. Malinvaud Philippe: Droit des obligations, Ed. Litec, Paris 1990, 5ème. Edit., p. 346, No. 295.

<sup>47</sup> Díez Picazo L.: La doctrina del enriquecimiento injustificado, cit., en el libro “ Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa”, cit., p. 60 y ss. Compagnucci de Caso R. H.: Enriquecimiento sin causa, en el libro “Derecho de daños” (2da. pte.), cit., p. 397 y ss. Allí sostuvo: “ El concepto de causa debe ser tomado como un fundamento de razón de la adquisición, es decir el porque se debe. Alvarez Caperochipi J. A.: El enriquecimiento sin causa, cit., p. 102 y ss.

<sup>48</sup> Cazeaux P. N. – Trigo Represas A. F.: Derecho de las obligaciones, cit., T. IV, p. 358, No. 2340. Con claridad meridiana el Dr. Trigo Represas afirma: “ Se dice en general que se resarce el enriquecimiento hasta la medida del empobrecimiento. Pero en realidad lo que significa es lo siguiente: que la acción se acuerda únicamente por el “quantum” del empobrecimiento sufrido por el demandante, aunque el enriquecimiento fuera mayor que el provecho producido. La acción solo prosperara en los límites de este último. Por lo cual es mas prudente decir que el límite de la restitución estará dado por el monto menor.”. En igual sentido se expidió el IV Congreso de Derecho civil celebrado en Córdoba en el año 1969.

Esta situación permite dar mayor argumentación a favor de quién debe y puede reclamar, aunque es dable aclarar que le corresponde tomar a su cargo la demostración de su existencia.

Cuando se trata de una relación inmediata no surgen mayores dificultades para su prueba, pero se debate el supuesto en que ello no ocurre de manera directa, sino que transcurre a través de un patrimonio que le pertenece a un tercero. Un ejemplo claro de ello se dio en el caso “Patureau c. Boudier”, en que la sucesión de hechos muestra como un tercero empobrece a unos en beneficio de otros. Se trató de un supuesto factico en que un arrendatario de un campo adquirió semillas que no pagó, y con ellas realizó la siembra en el terreno. Como tampoco abonaba los arriendos, fue desalojado del bien. Los vendedores de las semillas demandaron a los propietarios del campo, considerando que se habían enriquecido ante la acción del anterior inquilino, que les dejó una buena futura cosecha. La Corte de Casación admitió el reclamo, aun cuando el hecho enriquecedor había sido concretado por un tercero<sup>49</sup>.

Si bien no es uniforme la opinión doctrinaria y jurisprudencial sobre la ultima posibilidad de vinculo indirecto, personalmente considero su plena viabilidad.

### **Ausencia o falta de causa**

El ultimo de los requisitos que incluso da titulo a la figura, y concita una serie de opiniones no siempre coincidentes, es el de la falta o ausencia de causa. El tema tiene una apariencia de sencillez, pero a medida que se ahonda y profundiza surgen las dificultades. Como es sabido el propio tema de la “causa” en el Derecho civil, agrega en sí mismo un contenido complejo y se nutre de una gran variedad de ideas<sup>50</sup>.

A ello se agregan los supuestos de actos abstractos que, por su naturaleza particular, suman un elemento mas de confusión.

---

<sup>49</sup> Santarelli F.: coment. al art. 1794, en Alterini J. H. (director), Alterini I. E.(coordinador), Cod. civ. y com. , comentado, cit., T. VIII, p. 522. Wierzba S.: Manual de obligaciones , civiles y comerciales, cit., p. 37. Ossola F. A.: Obligaciones, cit., p. 1157, No. 700.

<sup>50</sup> Galmarini Pedro: coment. al art. 1794, en “ Rivera – Medina” , en Cod. civil y comercial de la Nación, comentado, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2014, T. V, p. 88. Allí se efectúan los distingos correspondientes a que aludo en el texto. Id. Azar Aldo: coment. al art. 1794 , en Bueres Albeto J. (director), Picazo Sebastián y Gebhart Marcelo (coordinadores), Cod . civ. y com. de la Nación, y normas complementarias, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2018, T. 2018, p. 834.

Pero para no extender en demasía este desarrollo, es posible separar dos líneas de pensamiento que tratan de descifrar y llegar al meollo de la cuestión. Una interpretación que, por su parte tiene mucho eco en la doctrina francesa y argentina, juzga que la idea siempre hay que referirla y vincularla a la “causa fuente” o también llamada “causa eficiente”, es decir a los hechos o actos que dan lugar al nacimiento de una obligación. Por ejemplo un contrato, un hecho ilícito extracontractual o bien otra fuente que admita la validez del desplazamiento patrimonial<sup>51</sup>.

La otra postura, de la que me permito participar, entiende que el concepto de causa (en el caso del enriquecimiento) debe ser tomado como verdadero “fundamento o razón de la adquisición”, es decir el por qué se debe. Como dice Zimmerman en el derecho holandés, la “adquisición se produce por la propia y especial cualidad de las ventajas”. En síntesis, cuando el reclamado pueda alegar y probar una razón jurídica justa para retener lo recibido<sup>52</sup>.

De allí que es posible afirmar que, el principio de la autonomía privada como sustrato del negocio, brinda justificación a los desplazamientos patrimoniales, dándose como ejemplos al contrato, al testamento, a la abdicación de derechos mediante la renuncia; o en los casos en que la ley produce estos efectos, lo cual importa una legitimación normativa.

### **Efectos de la “actio de in rem verso”**

Como se ha señalado esta acción tiene carácter “restitutorio” y de allí que es necesario analizar y determinar comparativamente el valor del enriquecimiento con el del empobrecimiento. Ante la coincidencia valorativa, la solución es simple y la pretensión se ajusta a ese único monto; en cambio cuando entre uno y otro elemento no existe coincidencia, la mayoría de los autores y los pronunciamientos judiciales, entienden que la pretensión debe proceder por el importe menor<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Id. a la nota anterior y , Santarelli F.: coment. al art. 1794, en Alterini J. H. (director), Alterini I. E. (coordinador), cod. civil y comercial, comentado, cit., T. VIII, p. 609.

<sup>52</sup> Zimmerman Reinhart. Estudios de derecho privado europeo. Civitas. Madr 2000. Trad. de Antonio Vaquer Aloí p. 129

<sup>53</sup> Salvat R. - Acuña Anzorena A. : Trat. Fuentes de las obligaciones, cit., T. IV, p. 357, No. 3025. La-faille H. : Trat. de las obligaciones, cit., T. II, p. 529, No. 1166. Cazeaux P. N. – Trigo Represas F. A.: Derecho de las obligaciones, cit., T. IV, p.358, No. 2346. Garriga Roman: El enriquecimiento

Para el reclamo hay que atenerse a los valores actuales, es decir los que surjan al tiempo de inicio de la acción. En ese sentido se expiden: el Cód. civil alemán (par. 818 del B.G.B.), el Codice civil italiano de 1942 (art. 2041); el Código civil portugués (art. 1448), y en mi parecer es la solución mas justa.

Como ya dije el nuevo Código civil y comercial regula el enriquecimiento sin causa en los arts. 1794 y 1795, y en el primero de ellos dispone: "... Toda persona que sin una causa lícita se enriquece a expensas de otro, esta obligada en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido...".

A mi juicio se trata de una disposición equívoca, ya que no se sabe si el derecho del acreedor y correspondiente deber del deudor, queda limitado al importe de su aprovechamiento, o bien a un importe de menor valía<sup>54</sup>.

Es evidente que la solución legal no se corresponde con la uniforme jurisprudencia y doctrina señaladas. La procedencia de la acción es siempre por el importe menor, no la medida en que se benefició el deudor que, eventualmente, puede llegar a ser mayor. Salvo que se pueda llegar a interpretar la norma en el sentido señalado.

El artículo citado agrega otro interrogante cuando permite al acreedor reclamar un bien determinado; si bien exige que la " la cosa subsista en poder del deudor al tiempo de la demanda" .

---

sin causa, sus caracteres y efectos, en J. A. 1949- IV- 685. Rezzónico L. M.: Estudio de las obligaciones, cit., T. II, p. 1578 y ss. Alterini A. A. - Lopez Cabana R. M. - Ameal O.: Derecho de las obligaciones, civiles y comerciales, cit., p. 835, No. 1768. Compagnucci de Caso R. H. - Farina N. - Moreno V. - Negri N.: Derecho de las obligaciones, cit., p. 114, No. 47. Planiol Marcel - Ripert Georges - Esmein P.: Tratado de derecho civil francés, Ed. Cultural, La Habana (Cuba) 1940, T. VII, p. 69, No. 765. Ripert G. - Boulanger J.: Tratado de derecho civil, cit., T. V, p. 266, No. 1283. CNCiv. S: A, en E. D. 63 - 653. Id. S: D, en L. L. 146 - 665. Id. S: C, en L. L. 73- 620.- S.C.B.A., en L. L. 1989- D- 245. Cam.civ.y com.Rio Cuarto, en L. L. Córdoba 1993- 470. S.C. Mendoza, en L.L. 1992- D- 249.

<sup>54</sup> Hace algunos años, específicamente sobre el tema y referido al Código civil anterior, explicaba magistralmente el Dr. Trigo Represas: "Se dice en general, con una fórmula efectista, que se resarce el enriquecimiento hasta la medida del empobrecimiento. Pero en realidad lo que se quiere significar es lo siguiente: que la acción se acuerda únicamente por el "quantum" del empobrecimiento sufrido por el demandante, aunque el empobrecimiento provocado podría haber sido superior. Pero que, a la inversa, si el empobrecimiento fuere mayor que el provecho, la acción solo prosperará en los límites de éste último...". Cazeaux P. N. - Trigo Represas F. A.: Derecho de las obligaciones, cit, T. IV, p. 358, No. 2340. Esa idea fue la sostenida en el IV Congreso de Derecho civil celebrado en Córdoba (Rep. Arg.) en 1969. En el punto d) de la recomendación se sostuvo: " Que la acción por restitución admite un doble tope o límite, no pudiendo exceder del empobrecimiento y del enriquecimiento. Para cualquier evento el límite estará siempre dado por la cantidad menor". Alterini Atilio A.: El derecho de las obligaciones en el IV Congreso de Derecho civil, en J. A. 1970- Sec. Doc.- 216.

Dicha redacción trae una serie de interrogantes; el primero es saber que ocurre si el demandado no se ha enriquecido con la recepción del bien, o se hubiere enriquecido pero por un valor mucho menor al que tiene la cosa, y por último, si hubiere sido por un valor mucho mayor al del objeto?<sup>55</sup>.

Si el deudor no se enriqueció, ante la ausencia de uno de los requisitos, la acción no puede prosperar, ni por la cosa ni por el resarcimiento.

Si se enriqueció por un valor mucho menor al de la cosa, podría éste pretender una especie de compensación entre el valor del empobrecimiento y el de la cosa. Y por último, si el enriquecimiento fuere mayor al del objeto y el reclamo es solo por la cosa, con ello se agota el contenido de la pretensión en razón de quedar limitado al objeto<sup>56</sup>.

Con esto doy por concluida la comunicación respectiva.

---

<sup>55</sup> Zimmerman Reinhard: Derecho de obligaciones. Estudios, Ed. Ediciones Legales, Lima (Perú) 2012, trad. de Antonio Vaquer Aloy, p. 245. El autor plantea como interrogante, cuales son los valores que deben ser resarcidos por el sujeto pasivo de la relación (deudor enriquecido), es decir si debe responder por el valor recibido o por el valor subsistente. Queda como situación dudosa si quien obtuvo la atribución tiene derecho a alegar la denominada "pérdida del enriquecimiento". Enseña que en el Derecho alemán el demandado sólo responde por el valor del enriquecimiento al tiempo de promoverse la demanda. Para el Derecho norteamericano, John P. Dawson: Restitution without enrichment, en Boston University Law Review, Boston (U.S.A.) 1983, p. 563.

<sup>56</sup> Santarelli F.: Coment. al art. 1794, en Alterini J. H. (dtor.), Alterini I. E. (Coord.), Código civil y comercial, comentado, cit., T. VIII, p. 529, considera que el concepto de "restitución" debe ser aplicado en todos los casos, ya que correspondería devolver la ventaja patrimonial de un sujeto al otro. Que como "excepción" se llegaría a devolver la cosa, pero siempre mediante una acción personal, desechándose la pretensión real. Galmarini P.: coment. al art. 1794, en Rivera - Medina (directores), Cod. civ. y com. de la Nación, comentado, cit., T. V, p. 88/ 89, piensa que se trata de una forma de restitución de un bien determinado, mediante el cumplimiento en especie (conf. Art.730 inc. a).





PALABRAS DE PRESENTACIÓN DEL  
ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN COLOMBIA  
DOCTOR LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

POR JUAN CARLOS CASSAGNE

Señor Presidente, Autoridades presentes, Señores Académicos, Señoras y Señores:

Es para mí un motivo especial de satisfacción presentar al Profesor Libardo Rodríguez Rodríguez en este acto por el que se hace efectiva su incorporación como Académico Correspondiente de nuestra Corporación, como corolario de la voluntad unánime de sus pares, instrumentada en la decisión que adoptó el Pleno en su sesión del 8 de agosto del corriente año.

Nuestro nuevo Académico llega precedido de un nutrido conjunto de valiosos antecedentes que lo exhiben como una de las figuras más notables del derecho público de Colombia e Hispanoamérica y, por cierto, del Derecho Comparado.

Si bien resulta difícil poder compendiar en esta ocasión los perfiles de su persona y escoger los jalones más trascendentales de su brillante carrera como jurista, hombre de Estado, Presidente de distintas entidades y asociaciones –además de abogado en ejercicio de la profesión– intentaré circunscribirme a los rasgos más característicos de su obra y personalidad, aun a riesgo de omitir algún dato fundamental de su amplia trayectoria.

Porque el problema está, precisamente, en que la mayoría de las cosas que ha hecho Libardo Rodríguez en su vida pública, no solo son fundamentales en sentido objetivo sino al propio tiempo ejemplares, algo que en los tiempos que corren, en los que prevalece la tendencia a sustituir la cultura del esfuerzo por la comodidad, resulta apropiado destacar, en cuanto puede servir de modelo para las nuevas generaciones de juristas.

De origen santandereano –nació en Bucaramanga en 1949– culminó sus estudios universitarios de grado en la Facultad de Derecho de Bogotá perteneciente a la Universidad Nacional de Colombia, donde fue distinguido como el mejor alumno de la promoción de 1972.

Pocos años más tarde se trasladó a Francia para realizar los estudios de Doctorado bajo la dirección de su maestro, el inolvidable Jean Rivero, uno de los juristas más brillantes que he conocido. Allí, en la Universidad de París II, en la Sección de Derecho Administrativo, obtuvo el título de Doctor, con una tesis titulada “*Les actes de l’executif en droit colombien*”, publicada en español por la editorial Temis en el año 1977.

Pienso que ese Doctorado marcó definitivamente la vocación de Libardo Rodríguez por el Derecho Administrativo quien, como noble discípulo, mantuvo siempre una vinculación entrañable con su maestro, al que le dedicó una justiciera semblanza en la obra “*Páginas de Derecho Administrativo*”, editada en su homenaje, que congrega una serie variada y original de artículos del insigne jurista francés.

Con paciencia y erudición nuestro nuevo Académico prologó ese homenaje y tradujo varios trabajos haciéndolo no solo desde el plano del afecto personal que sentía hacia su maestro –del cual no pudo lógicamente despojarse– sino de la sistematización de la producción científica de Rivero a la luz de sus libros y enseñanzas. Lo hizo con una profundidad notable, analizando su evolución y el grado de proyección de su obra en el derecho administrativo comparado.

En sus propias palabras, Libardo Rodríguez nos recuerda “*que el Profesor Rivero está presente en el pensamiento y en el quehacer diario de los expertos en derecho público del mundo latino porque su labor académica y científica durante la mayor parte de la segunda mitad del siglo XX, lo ubicaron entre los grandes exponentes de la Academia y de la literatura jurídicas*”, y continúa recordándonos que “*... adicionalmente a lo anterior, en el contexto latinoamericano en general... el pensamiento y la figura del Profesor Rivero evocan gratamente no solo la sabiduría y la autoridad académica de un gran jurista sino la personalidad de un hombre de excepcionales calidades humanas*”, destacando entre sus virtudes su proverbial sencillez, el trato familiar y la deferencia que dispensaba a quienes, como nuestro nuevo Académico, fueron sus discípulos<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Rodríguez, Libardo “*El profesor Jean Rivero*” en Rivero Jean. *Páginas de Derecho Administrativo*, Libro Homenaje, Editorial Temis, Universidad del Rosario, Bogotá, 2002, p. 5.

La trayectoria de Libardo Rodríguez en el ejercicio de funciones públicas ha sido proficua y revela su compromiso y vocación permanente por la cosa pública y el Derecho Administrativo pues, entre otros, ocupó los cargos de:

- Secretario y Vice Ministro de Justicia (1983-1986).
- Consejero de Estado (1990-1999).
- Conjuer del Consejo de Estado (2000-2007).
- Conjuer de la Corte Constitucional (2000 y 2009-2011).
- Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá (2003-2008) de la que fue designado Presidente (2005-2008).

No menor trascendencia reviste su polifacética experiencia docente tanto en Colombia como en Universidades extranjeras entre las que cuentan las Universidades de Nantes en Francia, La Autónoma y la Latina de México y la Universidad de Santiago de Guayaquil, en Ecuador.

Su presencia en los Foros, Jornadas y Congresos, particularmente en Iberoamérica y España, ha sido constante. Fueron muy pocos los acontecimientos a los que asistí en los últimos veinte años que no contaran con su intervención activa, abordando con verdadera maestría los diferentes temas que se le asignaban en cada oportunidad.

Si fuera obligado a definir lo que más llamaba mi atención en esas ocasiones, en las que disfrutaba de su compañía y reflexiones, diría que era su sentido del equilibrio, el cual es necesario tratar de alcanzar en las construcciones jurídicas que elaboran los juristas. Construyó teorías y ejerció la crítica en un marco de respeto hacia el Estado de Derecho, cuyos postulados clásicos ha defendido siempre con pasión, pero sin fanatismo.

Pero, además, su sentido del humor, tornaba realmente agradables esas tertulias, pues el sano humor lejos de degradar la reflexión científica, proporciona cierto tono de humanidad que la seriedad no le brinda. Así lo supieron cultivar los grandes maestros y amigos de ambos que ya partieron de este mundo, como Jesús González Pérez, Eduardo García de Enterría y Fernando Garrido Falla, los cuales, lejos de tratarnos con equidistancia nos proporcionaron siempre la cercanía de una amistad y camaradería que pocas veces he experimentado en esta vida y estoy convencido que tampoco Libardo.

Aunque el Madrid de estos verdaderos gigantes del derecho no sea igual al de hoy lo cierto es que no pueden quedar ausentes de esta relación los estrechos vínculos que mantiene Libardo actualmente con la Escuela Española, puntalmente con Tomás Ramón Fernández, Santiago Muñoz Machado, Luciano Parejo Alfonso y Carmen Chinchilla Marín y aun con juristas algo más jóvenes como Ricardo Rivero Ortega.

Su papel en las Asociaciones que promueven el estudio del Derecho Administrativo Hispano-Americano y Comparado ha sido trascendente. Después de estar a la cabeza, durante varios años, de la Asociación Internacional del Derecho Administrativo (AIDA) ocupa en la actualidad la Presidencia del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), que agrupa a los grandes y reconocidos juristas de Europa y América, entidad que desarrolla una labor científica y acción práctica permanentes en las que prevalece la promoción de trabajos sobre el derecho administrativo comparado de nuestros países, volcada en la producción de obras y colecciones monográficas de singular valía, así como en el auspicio a Congresos y Jornadas Internacionales.

En lo que concierne a su obra doctrinaria, ella se caracteriza por su vastedad y riqueza temática, la cual, en más de diez libros e infinidad de artículos y prólogos, abarca prácticamente todos los capítulos que componen el derecho administrativo de fondo, además, del abordaje del procesal administrativo y de temas del derecho constitucional.

Por su envergadura, destaca su Derecho Administrativo General y Colombiano, publicado por la Editorial Temis en dos Tomos, que ha alcanzado las veinte ediciones (la última de 2017).

Se trata de una obra de calidad científica excepcional, en la que, conjuntamente al tratamiento del derecho vernáculo, hace hincapié en el paralelo que tienen las principales instituciones administrativas en el derecho comparado, razón por la que su utilidad resulta innegable en nuestros países de Hispanoamérica.

Otro de los libros escritos por Libardo Rodríguez es el que lleva por título "*El equilibrio económico en los contratos administrativos*", publicado por la editorial Temis en 2009, libro que va por su tercera edición y que cuenta con un prólogo de mi autoría.

Esta obra es, a mi juicio, la mejor que ha podido concebirse sobre esa difícil temática que enfrenta en la actualidad una reformulación de sus po-

sibilidades aplicativas de cara a los obstáculos que han puesto las directivas comunitarias con respecto a las prórrogas de las concesiones administrativas.

La lógica que debe imperar en esta clase de actos me exime de anticipar alguna referencia al tema que va a exponer el autor en esta circunstancia que constituye el objeto de dicho libro.

Pero no me impide reiterar algo que señalé en el prólogo y que ahora reitero en cuanto a que siendo América Latina, con sus matices y peculiaridades “*una proyección ultramarina de Occidente*” resulta necesario ser parte activa de la comunidad jurídica a la que pertenecemos, para lo cual no basta con refugiarse solitariamente en el derecho comparado, pues si bien esa actitud es el punto de partida de la recepción e intercambio de conocimientos, nuestros esfuerzos necesitan encaminarse hacia una mayor integración de la legislación, doctrina y jurisprudencia de los respectivos países.

Tal es el propósito que persigue el IIDA, mediante el impulso que le da su Presidente, con las publicaciones periódicas que agrupan trabajos de tratadistas internacionales sobre instituciones y temas puntuales que revisten interés científico para nuestra disciplina.

Finalmente, como se ha dicho tantas veces, detrás de un gran hombre suele haber una gran mujer. Aunque como toda regla tiene también sus excepciones no es este el caso pues Libardo ha tenido y tiene a su lado una persona que lo viene acompañando con lealtad en la vida, dándole el apoyo y el amor que precisa todo hombre para triunfar y poder generar amistades comunes arraigadas.

Vaya entonces un especial reconocimiento a la Dra. Gina Magnolia Riaño Barón quien, desde su atalaya de Madrid, dirige con inteligencia la OISS (Organización Iberoamericana de Seguridad Social) cargo para el que ha sido reelecta afianzando así un merecido prestigio que se proyecta hacia toda América Latina y Europa.

Libardo Rodríguez Rodríguez ha recibido en el curso de su vida innumerables reconocimientos y distinciones que sería largo enunciar en esta ocasión en la que sus pares de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires tienen el privilegio y la alegría de recibirlo en su seno.

Con la esperanza de que habrá se sentirse como en su propia casa, le damos nuestra más cordial bienvenida y le cedo la palabra invitándolo a pronunciar su discurso de incorporación. Muchas gracias.

**Juan Carlos Cassagne**

Buenos Aires, 24 de septiembre de 2019

# EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN EL DERECHO COMPARADO<sup>1,2</sup>

POR LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

## **Agradecimientos**

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires;

Señores Académicos;

Señor Embajador de la República de Colombia ante la República Argentina;

Señor Académico y querido amigo Juan Carlos Cassagne y su señora Cristina;

Queridos Miembros argentinos del Instituto Internacional de Derecho Administrativo -IIDA;

Querida Gina;

Queridas amigas y queridos amigos presentes:

Constituye para mí un especial honor y un gran motivo de orgullo encontrarme esta tarde en este reconocido foro del Derecho y las Ciencias Sociales de Argentina para ser recibido e incorporado como Miembro Correspondiente.

---

<sup>1</sup> Por LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Profesor de Derecho Administrativo. Exconsejero de Estado de Colombia. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Academia Internacional de Derecho Comparado y Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Profesor Honorífico de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>2</sup> Ponencia presentada en el acto de incorporación como Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, realizado en la sede de la Academia el 24 de septiembre de 2019.

Este honor y este orgullo no son simples sentimientos aislados expresados con ocasión de este acto protocolario del día de hoy, sino que encuentran sólidos respaldos en varias circunstancias.

De una parte, esta Academia es, sin duda, una de las de mayor prestigio y presencia en los escenarios jurídicos de América y del mundo del derecho latino, como lo atestiguan su larga tradición, las excelsas calidades de sus Miembros, el reconocimiento internacional del interés, dedicación y profundidad de los juristas argentinos hacia las letras jurídicas, que se han traducido en innumerables manuales, obras y tratados sobre la mayoría de los temas jurídicos clásicos y contemporáneos y que son objeto de consulta en los diversos escenarios jurídicos de la academia, de la jurisprudencia y del ejercicio profesional del derecho.

De otra parte, esta misma Academia me ha permitido en el pasado participar en alguna sesión de su Instituto de Derecho Administrativo, en la cual expresé algunas reflexiones sobre el neoconstitucionalismo y sus principales manifestaciones en el derecho administrativo, por lo cual esta casa no me es extraña.

Pero, por si lo anterior fuera poco, mi presencia progresiva en los escenarios internacionales del derecho administrativo desde hace ya más de veinte años, me ha permitido la fortuna de irme cruzando en el camino con los principales exponentes de las ciencias jurídicas de este bello y querido país, especialmente con los dedicados al derecho público, algunos de los cuales hacen parte de esta Academia y se encuentran presentes en este acto. Entre esos connotados juristas quiero destacar hoy, especialmente, a mi querido amigo Juan Carlos Cassagne, de quien debo comentar que no nos conocimos desde las épocas de nuestra juventud, sino con ocasión de mis primeras actividades en los mencionados escenarios internacionales, en los cuales él ya se desenvolvía con solvencia y autoridad académica reconocida. No obstante esa diferencia de reconocimiento y autoridad, la continuidad en los encuentros con ocasión de diversos eventos fue permitiendo consolidar una relación académica y personal, seguramente debida a las coincidencias y diferencias en temas académicos, tratados con respeto, rigor y cordialidad, pero especialmente a la mutua comprensión en caracteres y actitudes frente a la vida. Estoy seguro de que esta mezcla de rigor académico y de sentimientos de amistad es la que lo ha llevado a atreverse a tener la iniciativa y a convencer a otros colegas de presentar mi nombre al Plenario de la Academia para ser designado como Miembro



Correspondiente. A todos ellos, a mi querido amigo Juan Carlos, a quienes lo secundaron en su iniciativa y a todos los miembros del Plenario, mi más profundo agradecimiento y mi eterno reconocimiento por este honor y este orgullo y, en definitiva, por hacerme sentir que esta venerable institución es para mí una nueva casa.

En relación con el contenido de mi exposición, como ya lo ha adelantado el profesor Cassagne, está referida a un tema sobre el cual he venido reflexionando desde hace algún tiempo y que ha dado lugar a la publicación de un pequeño libro. En esta oportunidad y con ocasión de la próxima publicación de la cuarta edición, he querido profundizar un poco más la visión de derecho comparado a la que me aproximé tímidamente en la primera edición. Al respecto, presento mis excusas anticipadas por cualquier imprecisión o error en las referencias normativas o jurisprudenciales de derechos nacionales, pues, como es sabido, en el mundo contemporáneo se refleja una muy fuerte y cambiante actividad normativa y jurisprudencial, que acrecienta las dificultades propias del derecho comparado, para cuyo ejercicio debe acudir a diversos ordenamientos jurídicos.

### **Introducción**

El principio del equilibrio económico o financiero de los contratos, junto con el de las cláusulas o poderes exorbitantes y el de los procedimientos de selección de contratistas, constituye uno de los temas que de mejor manera singularizan al régimen de los contratos públicos, lo cual refleja claramente su importancia dentro del estudio del régimen jurídico de esta clase de contratos.

Sin embargo, a pesar de esa importancia, que debería suscitar especial interés doctrinal por el estudio de dicho principio, a diferencia de lo que ha ocurrido con otros temas, como los citados de las cláusulas exorbitantes y los procedimientos de selección de contratistas, este aspecto no ha sido objeto de suficientes estudios sistemáticos y detallados por la doctrina especializada, sin que ello signifique que haya sido ignorado.

Así, en la escasa doctrina sobre el punto se destaca el estudio del profesor español GASPAR ARIÑO ORTIZ, que si bien fue publicado hace ya cincuenta años, se ha constituido en el principal estudio de referencia, por lo

menos para los países de habla hispana<sup>3</sup>. En el derecho francés, además de algunos estudios clásicos sobre expresiones específicas del principio, que se citarán en los lugares pertinentes, existen algunas tesis doctorales que han estudiado de manera sistemática la materia<sup>4</sup>, unas de las cuales han sido publicadas y constituyen referentes actualizados que suelen ser citados por los autores contemporáneos<sup>5</sup>.

En el derecho latinoamericano existen igualmente pocas publicaciones específicas con la perspectiva de constituir estudios sistemáticos en relación con el principio del equilibrio económico del contrato administrativo<sup>6</sup>.

También encontramos algunos artículos en revistas y publicaciones especializadas que tratan aspectos particulares del tema, los capítulos correspondientes en los tratados y manuales sobre contratos administrativos, y algunos desarrollos más limitados en los tratados y manuales generales sobre derecho administrativo, los cuales citaremos durante el transcurso de este trabajo en la medida de su pertinencia.

Este escaso análisis doctrinal ha constituido motivo suficiente para que el autor de este trabajo se haya propuesto, desde hace algunos años, ensayar un nuevo estudio de este capítulo de los contratos del Estado. Además, el equilibrio económico de los contratos resulta de especial interés académico y profesional por la significación que tiene en la actualidad dentro del conjunto de problemas que suscita la ejecución de los contratos públicos. Al respecto, es evidente que buena parte de las controversias relacionadas con la ejecución de esta clase de contratos se refiere a la aplicación de este principio a casos concretos, aplicación que no ha sido sistemática ni coherente por los jueces administrativos ni mucho menos uniforme en los diversos ordenamientos jurídicos, motivo que refuerza el interés que suscita el tema.

---

<sup>3</sup> Véase a GASPAR ARIÑO ORTÍZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

<sup>4</sup> Como ejemplos de las tesis doctorales que se refieren específicamente al citado principio, pueden consultarse las de RAGAB TAGEN, *L'équilibre financier des contrats administratifs: étude comparative des droits français et égyptien*, Universidad de París 1, 2004, y de THOMAS PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, Universidad de París 2, 2006.

<sup>5</sup> En ese sentido, véase a LAURENT VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruselas, Bruylant, 2005; a JOSEPH FRANK OUM OUM, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, París, LGDJ, 2014, y a NICOLAS GABAYET, *L'álea dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, París, LGDJ, 2015.

<sup>6</sup> Véase a RAÚL ENRIQUE GRANILLO OCAMPO, *La distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 1990.

Sobre el particular, de manera previa, hemos considerado necesario precisar la terminología respecto de la calificación de los contratos del Estado, dadas las diversas denominaciones que reciben los contratos que celebran sus entidades, denominaciones dentro de las cuales pueden identificarse, en diversos países, las de “*contratos administrativos*”, “*contratos estatales*”, “*contratos públicos*” y “*contratos de la administración pública*”. Al respecto, hemos decidido utilizar la expresión *contratos públicos*, pues consideramos que es la que mejor comprende la idea actual de contratos celebrados por las diversas personas o entidades que hacen parte de la organización de un Estado.

Sobre este aspecto terminológico, debe reconocerse que la denominación de “*contrato administrativo*” ha sido la más corrientemente utilizada en el derecho administrativo francés y en los derechos de los países que han adoptado el sistema francés del régimen de contratación del Estado. No obstante, a pesar de que actualmente en el derecho francés aún se encuentran manuales especializados que siguen utilizando la citada expresión de “*contrato administrativo*”<sup>7</sup>, lo cierto es que, como consecuencia de las denominaciones adoptadas en el marco de la Unión Europea, se ha venido dando paso a la utilización de la expresión “*contratos públicos*”<sup>8</sup>, la cual resulta más universal o, al menos, resulta actualmente común para los diversos Estados miembros de la Unión Europea. De manera semejante, en el derecho español, como efecto de la influencia europea, prácticamente todos los manuales de derecho administrativo y aun los libros especializados, utilizan las expresiones “*contratos del sector público*” y “*contratos públicos*”, la primera de las cuales corresponde a la expresión que recoge el derecho positivo en la ley de contratos del sector público de 2017<sup>9</sup>.

Puede decirse, entonces, que la incorporación de la denominación “*contratos públicos*” es consecuencia de las influencias del derecho europeo

---

<sup>7</sup> Véase a LAURENT RICHER y FRANÇOIS LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 10<sup>a</sup> ed., París, LGDJ, 2016, y a CHARLES-ANDRÉ DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, París, Presses Universitaires de France, 2018.

<sup>8</sup> En ese sentido, véase a STÉPHANE BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, 5<sup>a</sup> ed., París, Le Moniteur, 2017.

<sup>9</sup> Respecto de las expresiones “*contratos del sector público*”, véase a EDUARDO GAMERO CASADO e ISABEL GALLEGO CÓRCOLES (dir.), *Tratado de los contratos del sector público*, 3 ts, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018. Respecto de las expresiones “*contratos públicos*” y “*contratación pública*”, puede verse a LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, 9<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, págs. 855 y ss, y a GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de derecho administrativo*, t. II, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, Thomson-Reuters Civitas, 2018, págs. 74 y ss.

en las legislaciones internas. En ese sentido, si bien es cierto que, durante los años setenta del siglo XX, las directivas de la Comunidad Económica Europea (Directivas 70/32/CEE y 71/304/CEE) continuaban haciendo referencia a la expresión “*contrato administrativo*”, a partir de 1988 (Directivas 88/295/CEE y 89/440/CCE), en el derecho de la Unión Europea las Directivas se han referido sistemáticamente a la expresión “*contrato público*” para hacer referencia a los mecanismos contractuales de provisiones de obras, suministros y servicios de las entidades del Estado, buscando con ello eliminar cualquier referencia a discusiones sobre el alcance de la expresión y pretendiendo así generar la idea de que se trata de normas aplicables a toda forma de contratación del Estado, o lo que también se ha denominado *compras públicas*<sup>10</sup>.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano, a pesar de que en muchos países se sigue utilizando el concepto de “*contrato administrativo*” y que buena parte de la doctrina siga haciendo uso de esa denominación tradicional francesa, lo cierto es que las legislaciones han comenzado a adoptar otras expresiones como las de “*contratos estatales*”, en el caso de Colombia<sup>11</sup>, de “*contratos del Estado*”, que la doctrina también denomina “*contratos estatales*”, en el caso de Perú<sup>12</sup>, o de “*contratos públicos*”, en el caso de Chile<sup>13</sup>. Además, en general, como consecuencia de la falta de uniformidad en la denominación de los contratos de la administración pública y seguramente como expresión de cierta influencia del derecho europeo, en los ejercicios de derecho comparado en el medio latinoamericano se ha privilegiado la noción de “*contratos públicos*”<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Sobre esta evolución, véase a DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, págs. 51 y ss. Igualmente, sobre el alcance de la expresión “*contrato público*” en la Unión Europea, véase COMISIÓN EUROPEA, *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, Bruselas, Comisión Europea, 2011, págs. 6 y ss.

<sup>11</sup> Véase a LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo-General y colombiano*, t. II, 20ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2017, núms. 814 y ss.; a JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, págs. 589 y ss.; LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3ª ed., Bogotá, Legis Editores, 2016, y a JOSÉ LUIS BENAVIDES, *El contrato estatal*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

<sup>12</sup> Véase a JORGE DANÓS ORDÓÑEZ, “El régimen de los contratos estatales en el Perú”, en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 16, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, págs. 9 y ss.

<sup>13</sup> Véase a CLAUDIO MORAGA KLENNER, *Tratado de derecho administrativo*, t. VII, La actividad formal de la administración del Estado, Santiago, Abeledo-Perrot, 2010, págs. 279 y ss.

<sup>14</sup> En ese sentido, véase a JUAN CARLOS CASSAGNE (dir.), *Tratado general de los contratos públicos*, 3 ts., Buenos Aires, La Ley, 2013.

Ahora bien, dentro de las nociones dominantes que la doctrina reconoce en la etapa de ejecución del contrato se encuentra la del equilibrio económico y financiero, que hace relación a que durante la ejecución del contrato debe mantenerse una equivalencia o correspondencia entre las prestaciones que deben cumplir los cocontratantes. En ese orden de ideas, si tal correspondencia se rompe o resulta alterada, puede nacer el derecho para la parte afectada de que su cocontratante tome las medidas necesarias para restablecer el equilibrio.

Sin embargo, para entender la razón de ser y la realidad que se encuentran detrás de la aplicación de este principio que cada vez parece estar más arraigado en la ejecución de los contratos públicos, resulta indispensable presentar algunas reflexiones sobre su contenido (A), su origen (B), sus justificaciones (C), las condiciones para su aplicación (D), los efectos jurídicos de su aplicación (E), las causales específicas que pueden dar lugar a su aplicación (F) y los instrumentos jurídicos para hacerlo efectivo (G).

### **A. El contenido del principio**

Los contratos públicos deben ser pactados de tal manera que exista una interdependencia entre las prestaciones, es decir, como contratos sinalagmáticos que son, debe existir una reciprocidad entre las obligaciones de cada una de las partes, de tal manera que exista una correspondencia de unas con otras, pudiendo considerarse como equivalentes las prestaciones pactadas. Entonces, en aplicación de esa idea, el principio del equilibrio contractual se refiere a la necesidad de que dicha correspondencia entre prestaciones, esto es, entre derechos y obligaciones, se mantenga hasta la finalización del contrato.

La doctrina especializada tradicional ha definido el principio del equilibrio económico o financiero del contrato en los siguientes términos:

“Esta idea de equilibrio o, como se dice aún, de ecuación financiera del contrato, consiste en considerar el contrato administrativo como un conjunto en el cual los intereses de las partes se condicionan; cuando, en algunas condiciones [...], el equilibrio inicialmente considerado se rompe en detrimento del particular cocontratante, éste tiene derecho a que el equilibrio sea restablecido por la administración contratante en forma de una compensación pecuniaria”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> ANDRÉ DE LAUBADÈRE e YVES GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, 16<sup>ème</sup> ed., París, LGDJ, 2001, pág. 706.

Igualmente, en el derecho francés actual se expresa que el principio del equilibrio económico del contrato “implica que, cuando la autoridad contratante afecta la equivalencia del contrato o ello se debe a un evento externo, la persona pública debe restablecerla para permitir la ejecución del contrato en nombre del interés general”<sup>16</sup>.

De manera similar, en el derecho español, la doctrina ha explicado el contenido del principio al señalar que “aunque la regla general está constituida por la asunción por el contratista del aleas, tanto la legislación en materia de contratos, tradicionalmente, como la jurisprudencia y la doctrina administrativa, ha establecido fórmulas dirigidas a garantizar la equivalencia en las prestaciones, con el objeto de evitar que por decisiones impuestas por la administración en ejercicio de las prerrogativas reconocidas, o por riesgos imprevisibles, se produzca una sustancial alteración en las condiciones existentes al tiempo de contratar”<sup>17</sup>.

En cuanto al derecho latinoamericano, la doctrina tradicional ha definido el principio analizado, así:

“El equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)”<sup>18</sup>.-

Así mismo, aunque con una perspectiva diferente, la doctrina colombiana ha descrito el contenido y alcance del principio, en los siguientes términos:

“Es cierto que el pacto de las partes recibe todo el poder que la ley le traslada en cuanto vehículo de regulación de las relaciones sociales. Sin embargo, ese acuerdo se estructura en unas determinadas y concretas situaciones que justifican, explican y condicionan los términos económicos que se convienen. En tanto esas situaciones se mantengan inalte-

<sup>16</sup> CHARLES-ANDRÉ DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., núm. 844.

<sup>17</sup> IGNACIO ALBENDEA SOLÍS y AGUSTÍN LEÓN GONZÁLEZ, “El reequilibrio de los contratos públicos”, en *Tratado de los contratos del sector público*, t. III, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pág. 2314.

<sup>18</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, Contratos administrativos. Teoría general, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pág. 469. En igual sentido, HÉCTOR JORGE ESCOLA, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, pág. 452.

rables durante la ejecución, las condiciones económicas se conservarán. Pero la modificación de ellas, incluso por hechos no imputables a ninguna de las partes, comporta la alteración de la economía del contrato y el deber, generalmente a cargo del Estado, de recuperar esas condiciones a un nivel semejante al existente al momento del negocio”<sup>19</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana ha dicho enfáticamente que “...el contrato estatal debe entonces colmar las expectativas de uno y otro cocontratante, para lo cual se ha previsto la conservación de la ecuación financiera del contrato existente a la fecha en que surge la relación jurídico negocial”. Además, en la misma providencia, ha afirmado que con el equilibrio contractual, “se pretende que la correspondencia existente entre las prestaciones correlativas que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato”. Finalmente, según la misma jurisprudencia, lo anterior implica que cuando las condiciones económicas pactadas a la celebración del contrato se alteran en perjuicio de una de las partes cocontratantes, a consecuencia de hechos que no le son imputables y que ocurren con posterioridad a la celebración del mismo, surge el deber de reparar la ecuación financiera del contrato<sup>20</sup>.

A su vez, la jurisprudencia constitucional colombiana ha dicho que en el derecho administrativo, es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el *costo económico de las prestaciones*, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3ª ed., Bogotá, Legis, 2016, pág. 697.

<sup>20</sup> C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 26 febrero 2004, exp. 1991-07391 (14.043). Esta providencia y las demás citadas del Consejo de Estado de Colombia, pueden ser consultadas en [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co), salvo indicación diferente.

<sup>21</sup> Corte Const., sent. C-892 de 2001. Esta providencia y las demás citadas de la Corte Constitucional de Colombia, pueden ser consultadas en [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co), salvo indicación diferente.

De manera más reciente, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha expresado que “la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse”<sup>22</sup>.

De todo lo dicho resulta claro que en los contratos públicos las partes contratantes pactan unas determinadas prestaciones que son correspondientes entre sí, las cuales deben mantenerse durante toda la ejecución del contrato y hasta la finalización del mismo. La modificación de estas condiciones, incluso por razones ajenas a los cocontratantes, puede generar una alteración o una ruptura en el equilibrio económico del contrato y originar el deber de restablecimiento de las condiciones previstas al momento de proponer, en caso de licitación o concurso público, o de contratar, en caso de contratación directa.

Debe hacerse notar que en las anteriores definiciones es evidente que algunas de ellas señalan que el mantenimiento del equilibrio económico del contrato público es un derecho exclusivo del cocontratante de la administración, mientras que de otras se deduce que incluyen a la administración como beneficiaria de dicho principio.

Al respecto, aunque en la realidad y, en términos generales, excluyendo la responsabilidad por incumplimiento, solo se conocen aplicaciones del principio a favor de los particulares, ello no puede significar, en manera alguna, que eventualmente dicho principio no pueda aplicarse a favor de la administración pública, de tal manera que debe reconocerse una concepción amplia del principio en el sentido de que beneficia a las dos partes del contrato, aunque con particularidades de acuerdo con cada una de las causales de ruptura del equilibrio económico del contrato.

La aplicación de la noción amplia propuesta se justifica, en nuestro criterio, en las siguientes razones:

---

<sup>22</sup> C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sent. de 22 junio 2011, exp. 18.836.



De una parte, si se trata de un principio propio de una relación contractual y no de una mera garantía desarrollada por el derecho administrativo en favor del administrado colaborador de la administración, resultaría ilógico entender que sólo una de las partes de la relación comercial pudiera verse beneficiada con la aplicación del principio. Es decir, que la formulación de los principios básicos que regulan las relaciones contractuales lleva a concluir fácilmente que la aplicación del equilibrio económico del contrato puede darse en beneficio de ambas partes de dicha relación.

De otra parte, teniendo en cuenta que las razones que contemporáneamente sustentan la aplicación del principio no son simplemente la garantía del servicio público y la garantía frente a las actuaciones unilaterales de la administración, sino el carácter conmutativo de los contratos públicos y la justicia contractual, las cuales desarrollaremos con rigor más adelante en este capítulo, es imperativo reconocer que se trata de un principio aplicable tanto en favor de la administración pública como de su cocontratante.

Podemos concluir, entonces, que el principio del equilibrio económico de los contratos públicos consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a que se adopten medidas que la restablezcan, incluyendo, si es del caso, la compensación pecuniaria a que haya lugar.

## **B. Antecedentes y origen del principio**

La anterior forma de definir y comprender el principio del equilibrio económico del contrato es el fruto de una evolución, como es propio de las instituciones jurídicas, que comienza con la aplicación del *principio de riesgo y ventura* como principio característico de los contratos públicos y concluye con la configuración del principio del equilibrio económico en los términos en que lo conocemos actualmente. En ese orden de ideas, conviene conocer la evolución histórica del principio desde la perspectiva de la teoría general del derecho y del derecho comparado.

La construcción de la teoría general del contrato siempre ha estado marcada por los principios del *pacta sunt servanda* y de la *lex contractus*, en virtud de los cuales las partes de un contrato se encuentran obligadas

al cumplimiento exacto de las prestaciones asumidas, esto es, al cumplimiento en los términos y condiciones estrictamente pactados<sup>23</sup>. Como una aplicación concreta del citado principio del *pacta sunt servanda* en los contratos públicos, se ha sostenido que dichos contratos se ejecutan a riesgo y ventura del particular cocontratante<sup>24</sup>. Es decir, que la aplicación del principio del *pacta sunt servanda*, propio de los contratos en general, en relación con los contratos públicos genera como consecuencia la aplicación del principio del *riesgo y ventura*.

No obstante, esos principios de respeto a lo pactado y esa obligación de cumplimiento estricto no pueden ser entendidos como principios absolutos, pues lo cierto es que los mismos han venido sufriendo limitaciones a su rigidez<sup>25</sup>, las cuales, en buena medida, constituyen antecedentes para el surgimiento y consolidación del principio del equilibrio económico en los contratos públicos. Esa evolución puede ser presentada a partir del derecho romano y hasta la actualidad, así:

### ***1) En el derecho romano***

La evolución comienza desde el derecho romano, el cual se caracterizó por no formular soluciones generales a los problemas jurídicos sino por dar soluciones a los casos concretos, a partir de las cuales los comentaristas modernos han podido extraer reglas para soluciones más generales aplicables a diversos casos del derecho romano y que constituyen antecedentes de las instituciones del derecho moderno. Al respecto, el tema de la equivalencia de prestaciones en los contratos conmutativos no fue la excepción. En efecto, los juristas romanos se limitaron a dar ejemplos de cómo distribuir los riesgos en algunas situaciones específicas que acaecen en el desarrollo de ciertos tipos contractuales. A partir de esos ejemplos, la doctrina pudo construir soluciones para algunos tipos contractuales: así, en

---

<sup>23</sup> Sobre el alcance de la noción de *pacta sunt servanda*, véase a FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. II, vol. II, El negocio jurídico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, págs. 465 y ss.

<sup>24</sup> Al respecto, véase a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 2, mayo-agosto de 1950, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, págs. 84 y ss.

<sup>25</sup> Aunque con una visión fundamentalmente de derecho privado, una evolución de las limitaciones generales al principio del *pacta sunt servanda*, puede verse en CRISTINA DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 31 y ss.

la compraventa no se exigía la equivalencia de las prestaciones asumidas por las partes del contrato, en la medida en que se empezó a aplicar, aunque excepcionalmente y solo para este tipo contractual, la figura de la lesión; en el arrendamiento, bajo el principio de la buena fe se construyeron técnicas de distribución de la responsabilidad por la pérdida de la cosa y, en el contrato de obra, bajo la noción de equidad, se dedujo que los riesgos de la obra no debían ser soportados íntegramente por una sola de las partes sino que se debían distribuir uniformemente entre ellas<sup>26</sup>.

Se observa, entonces, que ya en el derecho romano se encuentran antecedentes de la búsqueda de la idea básica de equilibrio económico del contrato mediante la posibilidad de introducir ajustes como efectos de vicios originarios o situaciones sobrevinientes, aunque sin una vocación general, sino en relación con algunos contratos específicos<sup>27</sup>.

## 2) *En la Edad Media*

El siguiente paso en la evolución hacia la aparición del principio del equilibrio económico del contrato se encuentra en el derecho de la Edad Media. En efecto, en dicha época, bajo la influencia del derecho canónico, se aplicó la idea de San AGUSTÍN del *iustum pretium* (precio justo) concebida inicialmente dentro de un contexto teológico como una máxima moral<sup>28</sup>, y luego desarrollada y aplicada con una concepción más filosófica y aun económica por Santo TOMÁS DE AQUINO<sup>29</sup>, idea que permitió a los juristas de esa época extender la solución de la lesión a toda clase de contratos, como un dolo objetivo que constituye un vicio del consentimiento. Así, por ejemplo, en el contrato de obra, si el valor de ejecución superaba

---

<sup>26</sup> Véase a GASPARI ARIÑO ORTÍZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., págs. 19 y ss., así como las diversas fuentes de derecho romano allí citadas.

<sup>27</sup> Una evolución detallada del modelo de derecho romano para el ajuste de las prestaciones como consecuencia de eventos sobrevenidos, puede verse en JOSÉ FÉLIX CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, págs. 29 y ss.

<sup>28</sup> Sobre el justo precio en la doctrina de San AGUSTÍN, véase a GASPARI ARIÑO ORTÍZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., pág. 26, y a JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, *La evolución del justo precio en el derecho administrativo*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 2018, pág. 24.

<sup>29</sup> En relación con el aporte de Santo TOMÁS DE AQUINO, véase a RAYMOND DE ROOVER, "El concepto de precio justo: teoría y política económica", en *Revista Estudios Públicos*, vol. 18, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, 1985, págs. 25-26.

en más de la mitad el valor pactado, el contratista podía pedir que el contratante pagara el valor completo de la obra. En otras palabras, en el derecho canónico, cuando acaecía un riesgo y se presentaba una disconformidad entre el precio pactado y el *iustum pretium*, se imponía el precio justo modificándose el pacto contractual<sup>30</sup>.

Este antecedente del derecho canónico resulta trascendental para el derecho administrativo contemporáneo, en la medida en que, como la administración pública actual, la Iglesia en la edad media gozaba de una posición de prevalencia respecto de los particulares, por lo cual las soluciones y técnicas adoptadas por ese derecho pueden servir de referencia, en algunos casos, a las del actual derecho administrativo<sup>31</sup>. El derecho canónico, en últimas, pretendía restar rigor al principio del *pacta sunt servanda*, según el cual los contratos son ley para las partes y deben ser cumplidos en los estrictos términos en que fueron pactados, considerando que en los contratos de tracto sucesivo se debía entender pactada la cláusula *rebus sic stantibus*, conforme a la cual los contratos se entienden celebrados bajo la condición de que subsistan las circunstancias bajo las cuales se contrató<sup>32</sup>.

### 3) *En el siglo XIX*

El derecho privado de comienzos del siglo XIX, bajo la concepción individualista y liberal del contrato, se nutrió tanto del derecho romano como del derecho canónico, pero configuró un sistema en el cual el imperio de la *lex contractus* y del principio del *pacta sunt servanda* era poco menos que absoluto, resultando limitada, en términos generales, la posibilidad de que un contrato pudiera, en la etapa de su ejecución, ser sometido a modificaciones por causa de haber variado las circunstancias tenidas en cuenta al momento de su celebración y por haberse afectado, como consecuencia de esa alteración, la conmutatividad o equivalencia inicial de las presta-

<sup>30</sup> Sobre estos antecedentes del derecho canónico y el derecho medieval, véase a JOSÉ FÉLIX CHAMIE GANDUR, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, op. cit., págs. 75 y ss.

<sup>31</sup> GASPAR ARIÑO ORTÍZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., págs. 36 y ss.

<sup>32</sup> Sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, véase a LUIS CORSI, "Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula *rebus sic stantibus* en la contratación administrativa", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, págs. 1779 y ss. Así mismo, puede verse a CRISTINA DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., págs. 31 y ss.

ciones<sup>33</sup>. Es así como la mayoría de legislaciones civiles basadas en el *Code Civil* francés de 1804, establecieron que a falta de norma legal que expresamente lo permitiera, la ruptura de la llamada ecuación o equilibrio financiero del contrato conmutativo, producida sorpresivamente por causas sobrevinientes a la formación del mismo, no podía llevar a restablecer entre las partes el equilibrio de esa manera perturbado y, por lo mismo, no era posible la revisión de las prestaciones estipuladas.

El contrato de la administración, que nace al amparo del contrato de derecho privado en la medida en que se trataba de un típico acto de gestión de la administración, toma originalmente del derecho privado esta idea de estricta aplicación del principio *pacta sunt servanda* y de la obligación de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, a lo cual le suma el ingrediente del interés general, que obliga a la administración a tener certeza sobre su propio presupuesto y le permite exigir una diligencia especial a su cocontratante y adoptar una mayor severidad para lograr el cumplimiento del cometido del contrato<sup>34</sup>. La consecuencia de esta concepción del contrato de la administración en el siglo XIX, especialmente en relación con el contrato de obra pública pactado a precio fijo o alzado, fue la aplicación del principio del riesgo y ventura —el cual, a su vez, no es más que una aplicación al contrato público de los principios generales de la *lex contractus* y del *pacta sunt servanda*<sup>35</sup>—, conforme al cual el cocontratante de la administración tenía la carga de ejecutar el contrato en los términos económicos en que fue pactado, sin importar que la concreción de los riesgos, sin distinción alguna entre ellos, le hiciera más onerosa la ejecución. En palabras de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, “como el constructor ha de entregar la obra concluida a cambio de un precio alzado, asume la mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar la obtención del resultado; lo único que importa es el resultado”<sup>36</sup>. El riesgo y ventura constituye, entonces, el criterio de general aplicación a todos

<sup>33</sup> Véase a RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999, págs. 409 y ss.

<sup>34</sup> Véase a JOSÉ LUIS VILLAR PALASÁ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1969, págs. 161 y ss.

<sup>35</sup> Véase a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *op. cit.*, págs. 87 y 88.

<sup>36</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. 1, 18ª ed., Madrid, Thomson-Reuters Civitas, 2017, pág. 769 (edición colombiana: Bogotá, Edit. Temis, 2008, pág. 706).

los supuestos de aumento del costo del contrato por cualquier causa, y la posibilidad de reconocer el efecto de las modificaciones en las condiciones contractuales se limitaba a casos excepcionales derivados del aumento de las prestaciones por orden de la administración.

#### 4) *En el siglo XX*

Más tarde, con el advenimiento de la teoría del servicio público, junto con el reconocimiento de la necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de que gozaba la administración en los contratos públicos, justificados en la necesidad de lograr la prestación efectiva, regular y continua de los servicios públicos, la jurisprudencia francesa comenzó a aceptar la idea de la necesidad de mantener el equilibrio económico en los contratos administrativos.

El primer antecedente conocido se encuentra en las conclusiones del comisario LÉON BLUM, previas al fallo del Consejo de Estado francés de 21 de marzo de 1910, *Compagnie Générale Française des Tramways*, en el cual se acoge el cambio de jurisprudencia propuesto por el comisario de gobierno. El citado comisario, después de recordar la necesidad de mantener una prestación eficiente y continua del servicio público y de que el contratista, como colaborador, tiene derecho a una compensación por la utilización de los poderes exorbitantes por parte de la administración, concluyó que “en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”<sup>37</sup>.

En relación con ese antecedente, la doctrina ha señalado que “la noción de equilibrio financiero del contrato administrativo como una condición inherente en la concesión de servicio público, en la cual se halla comprendida la denominada equivalencia honesta de las prestaciones, es decir, aquella que debe mediar entre las ventajas que se le otorgan al contratista y lo que se le exige fue establecida por primera vez en Francia”<sup>38</sup>, haciendo mención del citado fallo del Consejo de Estado francés.

<sup>37</sup> El texto de las conclusiones del comisario de gobierno, así como del fallo del Consejo de Estado, pueden consultarse en MARCEAU LONG *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21ª ed., París, Dalloz, 2017, págs. 132 y ss.

<sup>38</sup> JUAN CARLOS CASSAGNE, *El contrato administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pág. 101.

A partir de ese antecedente, la doctrina y jurisprudencia francesas continuaron construyendo la noción del equilibrio económico del contrato público, hasta el punto de que en la actualidad no se habla del principio de riesgo y ventura como principio rector de esa clase de contratos, sino de la necesidad de mantener la equivalencia entre las prestaciones pactadas, de tal manera que el cocontratante de la administración tiene derecho a un precio cierto en la ejecución del contrato, a la intangibilidad de su remuneración. Podemos afirmar, entonces, que es en Francia donde nace y se consolida el principio del equilibrio económico como noción dominante de la fase de ejecución de los contratos públicos<sup>39</sup>.

### 5) *En el derecho contemporáneo*

Con fundamento en esa construcción y experiencia francesas, otros países en los cuales se aplica el régimen del derecho administrativo y se consagran normas especiales para los contratos que celebra la administración pública, han venido dando aplicación sistemática al principio del equilibrio económico como pieza fundamental del régimen jurídico especial de los contratos públicos.

En ese sentido, en el derecho francés contemporáneo se sigue aplicando el principio del equilibrio económico del contrato, aunque aún como un principio de origen jurisprudencial y sin que existan normas que expresamente lo consagren de forma general<sup>40</sup>, hasta el punto de afirmar que “la obligación para la administración de restablecer el equilibrio del contrato resulta de la aplicación de una cláusula tácita”<sup>41</sup>.

De manera semejante, en el derecho español se reconoce la aplicación del principio sin que exista una norma general que lo consagre, aunque sí expresiones específicas del mismo en la ley de contratos del sector público de 2017, algunas relacionadas con la *potestas variandi* de la administra-

---

<sup>39</sup> Idéntica conclusión es expuesta por GASPARI ARIÑO ORTÍZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., pág. 241.

<sup>40</sup> En ese sentido, véase a CHARLES-ANDRÉ DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, op. cit, núm. 844, y a JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 15ª ed., Paris, LGDJ, 2017, págs. 504 y 505 (edición colombiana: *Derecho administrativo*, traducción de la 15ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, págs. 444 y 445).

<sup>41</sup> JOSEPH FRANK OUM OUM, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, op. cit., pág. 242.

ción y otras ligadas a contratos específicos como el contrato de concesión de obras públicas<sup>42</sup>.

Igualmente, en el ámbito latinoamericano encontramos diversos países en los cuales se da clara aplicación al principio en los contratos públicos, así: en Argentina, se ha reconocido tradicionalmente su aplicación y en la actualidad se consagra legalmente la figura en el artículo 13 del decreto delegado 1023 de 2001, como derecho del cocontratante, así como en los artículos 9° de la ley 27328 y 9-7 del Anexo I del decreto 118 de 2017, específicamente para los contratos de participación público-privada<sup>43</sup>; en Uruguay, también ha existido una larga tradición de aplicación de la figura, sin que existan normas legales expresas que lo consagren<sup>44</sup>, y en Brasil, además de que la doctrina tradicionalmente ha reconocido el principio, en los artículos 40 y 65 de la ley 8666 de 1993 (modificados por la ley 8883 de 1994) se consagran algunas expresiones concretas en cuanto a la revisión de precios y la potestas variandi<sup>45</sup>, mientras que en el artículo 35 de la ley 9074 de 1995 se consagra el principio específicamente para los contratos de concesión<sup>46</sup>. A su vez, en Colombia, los primeros intentos normativos por consagrar el principio empezaron en la década de los sesenta y su reconocimiento jurisprudencial se ha consolidado desde la década de los setenta del siglo anterior y a partir de entonces la aplicación de la teoría del equilibrio económico en los contratos públicos se ha consolidado, tanto jurisprudencial como normativamente, con ocasión de los diferentes estatutos de contratación pública que se han expedido periódicamente a partir de entonces<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Sobre la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato público en el derecho español luego de la ley de contratos del sector público de 2017, véase a IGNACIO ALBENDEA SOLÍS y AGUSTÍN LEÓN GONZÁLEZ, "El reequilibrio de los contratos públicos", *op. cit.*, págs. 2263 y ss.

<sup>43</sup> En relación con la figura del equilibrio económico en el derecho argentino, véase a JULIO RODOLFO COMADIRA, HÉCTOR JORGE ESCOLA y JULIO PABLO COMADIRA, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, págs. 907-909, y a JUAN CARLOS CASSAGNE, *El contrato administrativo*, *op. cit.*, págs. 101 y ss.

<sup>44</sup> Al respecto, puede verse a CARLOS E. DELPIAZZO, *Derecho administrativo general*, vol. 1, 2ª ed., Montevideo, Amalio M. Fernández, 2015, págs. 441-444.

<sup>45</sup> En ese sentido, véase a CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de derecho administrativo*, traducción de la 17ª ed., México, Porrúa y UNAM, 2006, págs. 562-565 y 568-574. Igualmente, puede verse a DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, págs. 198-199.

<sup>46</sup> Al respecto, véase a ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, *Concessão de serviços públicos*, San Pablo, Quartier Latin, 2012, págs. 17 y ss.

<sup>47</sup> Sobre la evolución en Colombia, véase a LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 3ª ed., Bogotá-Caracas, Temis y Editorial Jurídica Venezolana, 2015, págs. 15 y ss.



### C. Justificación de la existencia del principio

Teniendo en cuenta que el principio del equilibrio económico de los contratos públicos nació como un derecho exclusivo del cocontratante de la administración, las primeras justificaciones de su existencia, las cuales aun mantienen vigencia, se orientaron a demostrar la razón de ser de ese derecho del cocontratante particular.

En primer lugar, desde la misma formulación del principio por parte del comisario de gobierno LÉON BLUM, la teoría del servicio público ha jugado un papel trascendental. En efecto, frente a la necesidad de una prestación continua y eficiente del servicio público, que obligaba al cocontratante de la administración a no suspender la ejecución del contrato en aquellos eventos en que por circunstancias de hecho sobrevinientes e imprevistas se alteraran las condiciones tenidas en cuenta al momento de configurar el negocio, el contratista debía tener el derecho a ser resarcido por los mayores valores en que debió incurrir para la efectiva colaboración en la prestación del servicio público<sup>48</sup>.

A lo anterior se sumó el hecho de que la administración, en los contratos públicos, goza de ciertas prerrogativas y de una posición de prevalencia sobre su cocontratante, lo cual debe tener como contrapartida el derecho del contratista a una indemnización por el ejercicio, aun legal, de tales prerrogativas, de tal manera que no se altere la equivalencia material en las prestaciones pactadas<sup>49</sup>. El fundamento jurídico del derecho al mantenimiento del equilibrio económico, desde esta perspectiva y sin perjuicio del derecho positivo, se encuentra en los fines de interés público que tienen los contratos administrativos que justifican la existencia de esas prerrogativas y en el carácter de colaborador del cocontratante de la administración, que obligan a concluir que su patrimonio no puede ser sacrificado y debe haber una equivalencia honesta entre las prestaciones<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Véase a GASTON JÉZE, *Principios generales del derecho administrativo*, t. v, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1950, págs. 16 y ss. En este sentido también puede verse GASPAR ARIÑO ORTÍZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., pág. 243, y a JUAN CARLOS CASSAGNE, "El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo", en *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995, pág. 136.

<sup>49</sup> Véase a ANDRÉ DE LAUBADÈRE e YVES GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, op. cit., núm. 1466, y a LAURENT RICHER y FRANÇOIS LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., págs. 295 y ss.

<sup>50</sup> Véase a HÉCTOR JORGE ESCOLA, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. 1, op. cit., núm. 104. En igual sentido, puede consultarse Corte Constitucional de Colombia, sent. C-892 de 2001.

El derecho del cocontratante al mantenimiento del equilibrio económico del contrato también ha encontrado una justificación en principios constitucionales. En efecto, se ha sostenido que el deber general que tiene el Estado de reparar los daños antijurídicos generados por sus actuaciones, la obligación de mantener la igualdad ante las cargas públicas, la garantía del patrimonio de los particulares, y el deber de garantizar la vida, honra y bienes de las personas, permiten sostener que el cocontratante de la administración tiene el derecho a que su remuneración en un contrato administrativo se mantenga intangible, a pesar que ocurran acontecimientos que alteren las condiciones tenidas en cuenta al momento de proponer o contratar, según el caso<sup>51</sup>. En ese sentido, alguna doctrina francesa ha encontrado el fundamento al principio del equilibrio económico del contrato en el respeto al derecho de propiedad y a los derechos adquiridos<sup>52</sup>.

No obstante la trascendencia y vigencia actual de las justificaciones expuestas, si se tiene en cuenta que a pesar de que tradicionalmente el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato se ha reconocido solo al cocontratante de la administración, pero que en estricto sentido también puede reconocerse a la administración, es preciso buscar una justificación más amplia, que comprenda la totalidad de situaciones que permiten aplicar el principio del equilibrio económico del contrato. En ese sentido puede considerarse que los argumentos que fundamentan el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato público son, de una parte, la conmutatividad propia de estos contratos, que por definición son sinalagmáticos y, de otra, el deber de aplicar una cierta justicia contractual.

La relación intrínseca entre el principio del mantenimiento de la ecuación financiera en los contratos estatales y el carácter conmutativo de los mismos fue expresada por la jurisprudencia francesa desde principios del siglo XX al afirmar: “Es de la esencia de toda concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que le son

---

<sup>51</sup> Esta fundamentación es expuesta por RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, op. cit., págs. 427 y ss. La doctrina argentina comparte parcialmente esta justificación, específicamente en cuanto a la aplicación del principio de igualdad en las cargas públicas: véase a JUAN CARLOS CASSAGNE, “El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo”, op. cit., pág. 137, y a MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, op. cit., núm. 761.

<sup>52</sup> Véase a NICOLAS GABAYET, *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, op. cit., págs. 159-160.

procuradas al concesionario y las cargas que le son impuestas. Las ventajas y las cargas deben balancearse de manera de contrapesar los beneficios probables y las pérdidas previstas”<sup>53</sup>.

De tal manera que la necesaria equivalencia entre las prestaciones y el deber que tienen las partes dentro de un contrato conmutativo de mantenerla, igualmente permite fundamentar la consagración legal de la figura del equilibrio económico del contrato. Teniendo en cuenta ese carácter conmutativo de los contratos públicos, la doctrina ha reconocido que existen intereses divergentes de las partes que merecen la tutela del ordenamiento jurídico, lo cual se hace a través de la aplicación del principio del equilibrio económico y financiero del contrato<sup>54</sup>.

Al carácter conmutativo del contrato público para justificar el reconocimiento del derecho de las partes, no simplemente del contratista, al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, la doctrina ha añadido el elemento de la justicia contractual, el cual, en todo caso, es un concepto estrechamente ligado al de la conmutatividad. Este concepto se refiere, en primer lugar, al de justicia en las prestaciones, lo cual implica que el juicio de justicia no puede hacerse de manera aislada, sino de manera comparativa entre las prestaciones pactadas, realizando una comparación entre las obligaciones a cargo de cada una de las partes, con la finalidad de encontrar un necesario equilibrio o una equivalencia material entre las prestaciones contractuales. El principio de justicia contractual implica también la búsqueda de un equilibrio entre la posición de las partes, pues no cabe duda de que en ocasiones la administración se encuentra en una posición de prevalencia respecto de su cocontratante, pero también es cierto que existen otros eventos donde es el cocontratante quien ejerce una posición de superioridad respecto de la administración por gozar de una posición dominante en el mercado. En estos casos, para mitigar las consecuencias de la superioridad de alguna de las partes, el ordenamiento jurídico ofrece como solución la del equilibrio económico del contrato público, con fundamento en el cual las prestaciones de cada una de ellas corresponderán a las prestaciones de la otra, logrando una equivalencia material entre las

<sup>53</sup> Consejo de Estado francés, fallo de 21 de marzo de 1910, *Compagnie Générale Française des Tramways*, en MARCEAU LONG *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, págs. 132 y ss.

<sup>54</sup> Véase a NICOLAS GABAYET, *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, *op. cit.*, págs. 156 y ss; a DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, págs. 191-192, y a JOSÉ LUIS BENAVIDES, *El contrato estatal*, *op. cit.*, núms. 565 y ss.

mismas. En este sentido, la doctrina internacional<sup>55</sup>, al hacer referencia al fundamento mismo del deber de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se ha referido a la necesidad de que la actividad contractual administrativa se guíe por un principio de justicia conmutativa.

En consecuencia, la justicia contractual y la conmutatividad del contrato público también permiten fundamentar el principio del equilibrio económico en esta clase de contratos como derecho de los dos cocontratantes y no simplemente como derecho del cocontratante particular.

#### **D. Condiciones generales para la procedencia de la aplicación del principio**

No obstante lo expresado hasta ahora, no toda alteración en las condiciones previstas al momento de proponer o de contratar configura jurídicamente la ruptura del equilibrio económico del contrato. En efecto, de acuerdo con la teoría general sobre el tema, se requiere que la alteración cumpla con ciertas condiciones que analizaremos en este acápite.

Sin embargo, ante la existencia de causales específicas para la aplicación del principio del equilibrio económico, que veremos más adelante, debe entenderse que la utilidad de las condiciones generales radica, de una parte, en servir de guía para la aplicación de las condiciones particulares de cada una de las citadas causales específicas y, de otra, en constituir los requisitos necesarios para resolver los casos en los cuales las circunstancias particulares no permitan configurar concretamente una de las causales específicas de ruptura.

---

<sup>55</sup> Sobre la justicia contractual como fundamento del equilibrio económico del contrato administrativo, puede verse a JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA, “La justicia contractual”, en *Ensayos jurídicos. Liber amicorum en homenaje al profesor Carlos Holguín Holguín*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1996, págs. 301 y ss. Igualmente, puede verse a EDUARDO O. EMILI, “El equilibrio contractual”, en ISMAEL FARRANDO (H.) (coord.), *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, pág. 621, y a ROBERTO DROMI, *Derecho administrativo*, t. I, 13ª ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2015, pág. 698. A su vez, la doctrina francesa ha señalado que la noción de justicia conmutativa no solo fundamenta el equilibrio económico del contrato, sino todo el sistema de responsabilidad contractual: véase a JOSEPH FRANK OUM OUM, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, *op. cit.*, págs. 150 y ss.

**1) Primera condición:** *La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento*

De acuerdo con la teoría tradicional, para que una alteración en las condiciones contractuales comporte una ruptura en el equilibrio económico del contrato, se requiere, en primer lugar, que la parte que reclama su restablecimiento no haya causado con su propia conducta tal alteración. Esta es una consecuencia lógica de lo expresado atrás, en el sentido de que el deber de restablecer el equilibrio contractual nace como consecuencia de hechos ajenos a las partes o de hechos que provienen de la conducta del cocontratante que no se ha perjudicado<sup>56</sup>.

En otras palabras, para que una circunstancia que altera las condiciones contractuales genere la obligación de restablecimiento de la ecuación contractual, dicha circunstancia no puede ser imputable a la parte perjudicada, ya sea porque se trata de un hecho ajeno al contrato y a la voluntad de los cocontratantes, como es el caso de un cambio en las variables macroeconómicas, o porque se trate de un hecho de su cocontratante, como es el caso del incumplimiento de obligaciones contractuales o de una modificación unilateral dispuesta por la administración<sup>57</sup>.

Bajo esta idea de que la parte perjudicada no puede obtener el restablecimiento del equilibrio económico si ella misma es quien ha dado lugar a su afectación, la doctrina ha resaltado que cuando el perjuicio proviene de un error de cálculo en la preparación de su oferta, el mismo no puede ser reparado. En ese sentido, se ha expresado que “si el contratista erró en el cálculo, por ejemplo, del absentismo, no puede pretender ahora que sea la administración quien cubra ese riesgo empresarial”<sup>58</sup>.

Igualmente, la doctrina ha dicho que un presupuesto para la aplicación del principio consiste en la prueba de “una ausencia de culpa por parte de

---

<sup>56</sup> En relación con esta condición, véase a SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El contrato administrativo*, Madrid, Civitas, 2003, pág. 274, y a ERNESTO BUSTELO, “Derechos y obligaciones del contratante particular”, en ISMAEL FARRANDO (H.) (coord.), *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, pág. 602.

<sup>57</sup> Sobre este punto, véase a RENÉ CHAPUS, *Droit administratif générale*, t. 1, 15ª ed., París, Montchrestien, 2001, núms. 1382 y 1383, quien distingue los eventos en que la ruptura proviene de un hecho externo a las partes y de un hecho externo al cocontratante de la administración.

<sup>58</sup> FRANCISCO JAVIER VÁSQUEZ MATILLA, “El contrato de concesión de obras”, en ALBERTO PALOMAR OJEDA y MARIO GARCÉS SANAGUSTÍN (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pág. 723.

los contratantes (administración y contratista) quienes, aun habiendo actuado dentro de unas previsiones razonables y con la debida diligencia, se encuentran de forma sorpresiva ante una situación imprevisible”<sup>59</sup>.

Este presupuesto necesario para que la alteración en las condiciones contractuales genere el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, es una expresión concreta de la máxima del derecho conforme a la cual nadie puede alegar su propia culpa en su favor: *nemo audiatu r propiam turpitudinem allegans*. Reconocer lo contrario implicaría premiar la conducta negligente del cocontratante que en virtud de sus propias actuaciones alteró las condiciones con fundamento en las cuales se estipularon las obligaciones contractuales.

No obstante lo anterior, como se desprende de las particularidades de las diversas causales de ruptura del equilibrio económico, pueden presentarse excepciones a esta condición, específicamente en los casos de la potestas variandi y la teoría del hecho del príncipe.

**2) Segunda condición:** *La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato*

La segunda condición para que una alteración en las condiciones contractuales produzca la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal, consiste en que el hecho determinante de la ruptura de ese equilibrio debe haber acaecido con posterioridad a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato, según el caso. En otras palabras, el hecho determinante de la alteración de las condiciones contractuales no puede ser anterior al proceso de configuración del negocio jurídico, esto es, a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato, pues, en tal caso, esa circunstancia debió haber sido prevista por las partes al momento de presentar la propuesta o de celebrar el contrato. En ese sentido, la doctrina francesa, ha expresado que “durante la ejecución del contrato administrativo se pueden presentar *nuevos* hechos que impidan o simplemente obstaculicen esa ejecución o que, de manera más general, modifiquen las condiciones de

---

<sup>59</sup> JESÚS PUNZÓN MORALEDA y FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico de los contratos públicos”, en JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2011*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2012, pág. 518.

ejecución”, que es precisamente la segunda condición que se analiza en este acápite y que la doctrina latinoamericana también ha resaltado<sup>60</sup>.

En relación con esta exigencia, es útil la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano que se ha pronunciado en el sentido de que solo puede afirmarse que hay desequilibrio financiero en presencia de contratos conmutativos y de tracto sucesivo, cuando se alteren las condiciones económicas pactadas al momento de su celebración en perjuicio de una de las partes, *cuando la alteración sea fruto de hechos ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato* y cuando estos hechos no sean imputables a quien alega el desequilibrio (resaltado fuera del texto)<sup>61</sup>.

### **3) Tercera condición:** *La alteración debe ser causada por un aleas anormal*

Los contratos públicos, como toda forma contractual, constituyen un acto de previsión de riesgos, por lo cual los aleas que eventualmente afectan las relaciones contractuales constituyen un elemento muy importante en su configuración. En ese sentido, según la doctrina, “el contrato es acto de previsión”, por lo cual “tiene la vocación de anticipar el futuro más aún cuando el contrato se debe ejecutar en una larga duración”<sup>62</sup>.

Al respecto, debe precisarse que existen dos tipos de aleas fundamentales en los contratos públicos: los aleas normal u ordinario y anormal o extraordinario, cuya comprensión es indispensable para la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato.

En primer lugar, el aleas normal u ordinario corresponde, de una parte, a las situaciones que de manera común pueden afectar la ejecución de una determinada prestación contractual y, de otra, a las consecuencias naturales de las decisiones adoptadas por el contratista o de los riesgos asumidos por él para lograr la adjudicación del contrato. En ese sentido, aunque refiriéndose concretamente al contrato de concesión, la doctrina ha expresado que “el

---

<sup>60</sup> ANDRÉ DE LAUBADÈRE e YVES GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, núm. 1482 y ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitario, 2002, pág. 564.

<sup>61</sup> C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 4 septiembre 2003, exp. 1989-05337 (10883).

<sup>62</sup> NICOLAS GABAYET, *L'alea dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, *op. cit.*, pág. 357.

contratista asume el riesgo de sus decisiones empresariales: del cálculo de costes realizado para presentar la oferta, de las incidencias ordinarias de la ejecución del contrato (más o menos bajas laborales, rechazo de unidades de obra por mala ejecución, mayor consumo de combustibles, reparaciones de maquinarias defectuosas) y, paralelamente, asume la ventaja de una mayor ganancia si sus cálculos fueron acertados y si las incidencias tienen un impacto mínimo en sus costes. El contratista asume el «aleas» normal del contrato”<sup>63</sup>. En consecuencia, el aleas normal u ordinario forma parte del riesgo y ventura asumido por las partes al momento de celebrar el contrato público.

Por su parte, el aleas extraordinario o anormal corresponde a las circunstancias fácticas que ocurren durante la ejecución del contrato que rebasan todas las previsiones que las partes hubieran podido tener al momento de planificar y estructurar la relación contractual. En ese sentido, según MARIENHOFF, dicho aleas “es el acontecimiento que frustra o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato”<sup>64</sup>. Precisamente como efecto del hecho de que se trate de situaciones que rebasan las previsiones razonables de las partes, comúnmente se ha sostenido que tal aleas extraordinario o anormal no debe ser asumido por los cocontratantes, especialmente por el contratista<sup>65</sup>, pues lo cierto es que precisamente por ese hecho de rebasar lo que ordinariamente esperan las partes de la ejecución contractual, estaremos frente a circunstancias que no forman parte de las previsiones contractuales iniciales y, por lo mismo, que son extrañas al equilibrio material de prestaciones presente desde el comienzo de la relación negocial.

Con base en las anteriores precisiones, debe señalarse que para que una alteración en las condiciones contractuales genere una ruptura en el equilibrio económico del contrato, se requiere que la alteración supere el aleas normal propia de los contratos sinalagmáticos, ya que solo el aleas anormal o extraordinario da lugar al derecho al restablecimiento del equilibrio. En efecto, mientras los aleas normales son una carga que deben asumir las partes del contrato, no sucede así con los anormales, esto es, aquellos que no entraron dentro de las previsiones de las partes al momento de contratar o de proponer.

<sup>63</sup> FRANCISCO JAVIER VÁSQUEZ MATILLA, “El contrato de concesión de obras”, *op. cit.*, pág. 723.

<sup>64</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, *op. cit.*, núms. 761 y 789.

<sup>65</sup> En ese sentido, LAURENT RICHER y FRANÇOIS LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, págs. 275 y ss.



Por supuesto, el carácter anormal o extraordinario del aleas debe ser acreditado debidamente por el cocontratante perjudicado. En efecto, quien alega un daño y pretende que el mismo sea resarcido tiene la carga de probar la existencia de los elementos que jurídicamente se requieren para su resarcimiento<sup>66</sup>.

Este presupuesto para que se configure el derecho al restablecimiento del equilibrio financiero y económico del contrato consiste, entonces, en que las circunstancias que se presentan como causa del desequilibrio de la economía del contrato no sean de aquellas que se inscriben dentro de los riesgos normales de todo negocio jurídico. El contratista, en el desarrollo de su actividad, se debe enfrentar a determinadas contingencias, que son previsibles desde el ejercicio de su actividad como profesional, por lo cual se dice que no puede pretenderse que se cubran absolutamente todos los riesgos a los que tienen que enfrentarse las partes en el desarrollo contractual<sup>67</sup>.

Empero, cuando dichas circunstancias, con independencia de que sean internas o externas a la ejecución, no se enmarcan dentro del cauce de normalidad sino que, al contrario, son excepcionales, anormales y extraordinarias, no nos encontramos ante eventos que deba enfrentar la especialidad de quien contrata con la administración. Estas eventualidades adversas escapan de todas las previsiones razonables que se tuvieron en cuenta al momento de formular la propuesta y de celebrar el contrato. Por ello, de acuerdo con los valores superiores de equidad, justicia e igualdad, las partes no tienen la obligación de soportar aquellas cargas económicas que se desprenden de este tipo de situaciones y el ordenamiento jurídico abre la posibilidad de utilizar los instrumentos que ofrece él mismo para lograr el restablecimiento.

Como corolario de lo anterior, la calidad de colaborador del cocontratante de la administración no puede supeditarse a un riesgo constante de ganancia o pérdida. Aunque el valor fijado como contraprestación a que tenía derecho el contratista estuviera establecido y delimitado dentro del acuerdo de voluntades, éste no puede mantenerse invariable frente a su-

---

<sup>66</sup> En relación con la carga probatoria en materia de responsabilidad del Estado, véase a JUAN CARLOS HENAO, *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 39 y ss.

<sup>67</sup> En este sentido puede verse a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, pág. 765 (edición colombiana: Bogotá, Edit. Temis, 2008, pág. 712).

puestos que obedecen a circunstancias extraordinarias que le son ajenas, y menos aún a circunstancias que son imputables a su cocontratante, pues el precio se fija de acuerdo con las condiciones inicialmente consideradas y, por lo mismo, tampoco puede obligarse a la administración a pagar necesariamente el precio inicialmente pactado, pues si las condiciones de ejecución varían en perjuicio suyo, ésta también tiene derecho a que se ajuste el precio al que razonablemente debería pagar de acuerdo con las nuevas circunstancias de ejecución<sup>68</sup>.

Finalmente, sobre esta condición, conviene destacar que, en materia de contratos de concesión, la exigencia genérica de que la circunstancia perturbadora supere el aleas ordinario o normal, como requisito esencial para verificar la ruptura del equilibrio económico del contrato público, ha venido siendo modificada por la aplicación del llamado “riesgo operacional”, que es una nueva precisión que caracteriza actualmente al contrato de concesión en la normativa europea y que ha sido incorporado en varios países europeos<sup>69</sup>. Esta modificación implica que solo cuando la situación perturbadora escapa o rebasa ese riesgo operacional habrá lugar a la ruptura del equilibrio económico en un contrato de concesión.

En ese sentido, el artículo 5-1 de la Directiva 2014/23/UE señala que “la adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos”, riesgo que implica, según la misma Directiva, que se reconoce al concesionario “el derecho de explotar las obras o los servicios”, lo cual se traduce en “la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento...”.

Así las cosas, en el caso especial de los contratos de concesión, para que se produzca la ruptura del equilibrio económico, la circunstancia perturba-

---

<sup>68</sup> Véase C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 29 abril 1999, exp. 14.855.

<sup>69</sup> Sobre el concepto de “riesgo operacional”, puede verse a FRANCISCO L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, págs. 235 y ss.

dora debe rebasar el riesgo operacional asumido por el concesionario, lo cual implica, frente al requisito analizado, que solo existirá un aleas anormal cuando el hecho perturbador supere el riesgo operacional.

**4) Cuarta condición:** *La alteración debe afectar la economía del contrato de forma grave y anormal*

Además de que las circunstancias que producen la alteración de las condiciones económicas del contrato, es decir, las causas de esa alteración, deben ser anormales o excepcionales (aleas anormal o excepcional), el cocontratante que pide el restablecimiento debe probar la manera como la alteración en las condiciones de la propuesta o el contrato generó una afectación sobre la economía del mismo. En otras palabras, además de la anormalidad del aleas, es decir, de la causa, se requiere que el cocontratante perjudicado demuestre que el efecto de esa causa, como es la afectación de la economía del contrato, es también anormal y grave, por lo cual su ejecución se hace mucho más gravosa.

En ese sentido, ha dicho la doctrina que, como condición para la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, “la situación imprevista que ha aparecido de forma imprevisible debe gozar de un cariz económico de importancia pues esta situación pone gravemente en peligro el equilibrio económico-financiero del contrato y a las prestaciones a las que se han obligado los contratantes”<sup>70</sup>. Por ello, la misma doctrina ha reconocido que, en caso de que apenas uno de los elementos necesarios para la ejecución haya sufrido un aumento aislado de costos, no es posible dar aplicación al deber de restablecimiento del equilibrio económico del contrato o a una revisión contractual, pues lo cierto es que dicho deber solo surge si el aumento de costos es significativo de cara al valor total del contrato<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> JESÚS PUNZÓN MORALEDA y FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico de los contratos públicos”, *op. cit.*, pág. 518.

<sup>71</sup> Al respecto, véase a SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El contrato administrativo*, *op. cit.*, pág. 275.

### **E. Efectos jurídicos generales de la aplicación del principio**

La aplicación del principio del equilibrio económico, de acuerdo con las diferentes causales específicas que dan lugar a la ruptura del citado equilibrio, produce efectos jurídicos relacionados con:

- El carácter de orden público del principio, en el sentido de que no admite pacto en contrario, con excepciones por situaciones específicas;
- El deber de la parte perjudicada de continuar con la ejecución del contrato, esto es, debe cumplir con sus obligaciones contractuales, salvo fuerza mayor, y
- El derecho de la misma parte a la reparación de los daños sufridos como consecuencia de la alteración en las condiciones de ejecución, cuya naturaleza y cuantificación varían según la parte afectada y la causal específica.

Dichos efectos, así enunciados, son apenas generales, pues la realidad es que los mismos presentan particularidades muy específicas en relación con cada una de las causales que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico.

### **F. Causales específicas que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato**

El equilibrio económico del contrato puede alterarse por diversas razones o causales, sobre las cuales no existe uniformidad ni acuerdo en la doctrina, no obstante lo cual es posible establecer una clasificación que comprenda las diferentes situaciones que pueden dar lugar a esa ruptura.

Al respecto, debe señalarse que la importancia de realizar un análisis detallado y específico de las mismas radica, no sólo en su concepto, origen, evolución y justificación, sino, especialmente, en las particularidades que cada una presenta en relación con las condiciones que debe comportar la alteración de las circunstancias existentes al momento de contratar, y en la diversidad de efectos jurídicos que su aplicación genera.

Para comprender la diversidad de tesis que se han expuesto, debemos comenzar por un primer sector de la doctrina que clasifica las casuales según la clase de aleas que afecte la ejecución del contrato: de una parte, los aleas administrativos, que son aquellos originados en la acción unilateral de la administración, ya sea por la expedición de un acto general (*factum*

*principis* o *fait du prince*) o de un acto contractual (*potestas variandi* o *ius variandi*); de otra parte, puede tratarse de aleas empresariales, que son los riesgos internos del negocio, entre ellos los errores de cálculo (*error calculi*), los daños o destrucción de las cosas (*periculum rei*) o las dificultades materiales de ejecución del proyecto (*sujetions materiales imprevises*), y finalmente, los aleas económicos, que se refieren a las alteraciones en las condiciones económicas externas que hacen más gravosa la ejecución del contrato (teoría de la imprevisión)<sup>72</sup>.

Dentro del marco anterior, otros doctrinantes han simplificado la presentación de los eventos que generan el rompimiento de la equivalencia económica en las prestaciones, identificando como causales de ruptura del equilibrio económico del contrato únicamente el incumplimiento, la *potestas variandi*, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y las sujeciones materiales imprevistas<sup>73</sup>, sin incluir expresamente los errores de cálculo y los daños o destrucción de las cosas.

Por su parte, un sector de la doctrina argentina ha señalado que los factores que alteran el equilibrio económico del contrato son el incumplimiento y las teorías del hecho del príncipe y la imprevisión<sup>74</sup>. A su vez, la doctrina francesa ha limitado aún más la presentación de los eventos que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato, haciendo referencia solamente a las teorías del hecho del príncipe, de la imprevisión y de las sujeciones materiales imprevistas<sup>75</sup>. En sentido semejante, la doctrina más reciente ha expresado que puede existir ruptura del equilibrio económico del contrato por situaciones de hecho ligadas al aleas administrativo, que es el caso del hecho del príncipe, o por situaciones de hecho que están por fuera del aleas administrativo, que son los casos de las sujeciones materiales imprevistas y la imprevisión<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Esta clasificación es presentada por GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., págs. 7 y 8.

<sup>73</sup> Véase a LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, op. cit., págs. 700 y ss.

<sup>74</sup> Véase a HÉCTOR JORGE ESCOLA, *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. I, op. cit., núm. 104, y a MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, op. cit., núms. 761 y ss.

<sup>75</sup> Véase a ANDRÉ DE LAUBADÈRE, FRANCK MODERNE y PIERRE DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, vol. II, 2<sup>o</sup> ed., Paris, LGDJ, 1983, núms. 1273 y ss., y a LAURENT RICHER y FRANÇOIS LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., págs. 295 y ss.

<sup>76</sup> Al respecto, véase a JOSEPH FRANK OUM OUM, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, op. cit., págs. 228 y ss. y 256 y ss.

La jurisprudencia colombiana, sin incluir el incumplimiento ni los errores de cálculo y la destrucción de las cosas, ha dicho que “...el equilibrio económico del contrato puede verse alterado durante su ejecución, por las siguientes causas: 1°) por actos o hechos de la administración contratante; 2°) por actos de la administración como Estado, y 3°) por factores exógenos a las partes del negocio jurídico”<sup>77</sup>. Estas causales de ruptura del equilibrio económico del contrato señaladas por la jurisprudencia colombiana corresponden, en términos generales, respecto de las categorías elaboradas por la doctrina, a la *potestas variandi* (la identificada en el ord. 1°); al hecho del príncipe (la del ord. 2°), y a la teoría de la imprevisión y las sujeciones materiales imprevistas (la del ord. 3°).

Frente a esa falta de uniformidad en las clasificaciones de las causales que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato, aparece la conveniencia de precisar cuáles de ellas realmente forman parte de la teoría del equilibrio económico del contrato. Al respecto, a nuestro juicio, las mismas se limitan a la *potestas variandi*, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y el incumplimiento del contrato. Esta clasificación excluye las sujeciones materiales imprevistas, los errores de cálculo (*error calculi*) y la destrucción de las cosas (*periculum rei*), por cuanto dichas circunstancias no generan en estricto sentido la ruptura del equilibrio económico del contrato pues, en realidad, forman parte de alguna otra de las causales indicadas o, más bien, impiden o limitan la aplicación del derecho al restablecimiento de la equivalencia de prestaciones.

En efecto, las sujeciones materiales imprevistas en realidad forman parte de la teoría de la imprevisión pues, como lo reconoce la propia doctrina francesa, en realidad no es una teoría autónoma, sino que se trata de una aplicación especial de la imprevisión en los contratos asociados a un trabajo público<sup>78</sup>. No se trata de una teoría con fundamentos, condiciones de existencia y efectos propios, sino que es apenas la aplicación de la teoría de la imprevisión a unos hechos o situaciones concretos relacionados con las dificultades materiales que pueden presentarse en la ejecución de obras públicas, para cuya aplicación práctica se deben tener en cuenta los mismos fundamentos y requisitos de la teoría de la imprevisión, lo cual impide

<sup>77</sup> C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 2 septiembre 2004, exp. 1996-04029 (14.578).

<sup>78</sup> En ese sentido, véase a LAURENT RICHER y FRANÇOIS LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., págs. 276-278.

que sea considerada como una causal autónoma de ruptura del equilibrio económico del contrato.

De otra parte, como parece aceptarlo el propio GASPAR ARIÑO, a pesar de que tanto el *periculum rei* como el *error calculi* pueden incluirse dentro de los aleas que afectan la ejecución del contrato público, dichas circunstancias, en estricto sentido, no dan lugar a una ruptura del equilibrio económico del mismo<sup>79</sup>, a lo cual puede agregarse que, en realidad, constituyen mecanismos que limitan o impiden la aplicación del principio.

En particular, el *periculum rei* no lleva a la aplicación directa del principio del equilibrio económico del contrato, sino que, por el contrario, constituye un claro impedimento o un límite a la procedencia de la aplicación de cualquiera de las técnicas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en tanto que supone la asunción de los mayores costos por la parte que asumió el riesgo cuya consolidación dio lugar a la mayor onerosidad en la ejecución del contrato, de tal manera que su aplicación se basa en figuras distintas al principio que es objeto de estudio, como son la teoría de los riesgos de la cosa o, incluso, el caso fortuito o fuerza mayor. Es decir, que este concepto puede incidir en la aplicación de alguna de las causales que dan lugar a la aplicación de la teoría del equilibrio, pero no constituye una causal específica.

A su vez, respecto del *error calculi* ocurre algo similar que en el caso del *periculum rei*, toda vez que dicha figura no se basa en el principio del equilibrio económico del contrato sino en otras figuras jurídicas como son la responsabilidad por el hecho propio o la culpa de la víctima, las cuales no dan lugar al derecho al restablecimiento del equilibrio económico por ser directamente imputables al afectado, quien deberá asumir los mayores costos que se derivan del error que cometió en la formación del contrato o en su ejecución. Esta figura, según la doctrina, impide la aplicación de las garantías propias del principio del equilibrio económico del contrato para “el eventual ajuste de cálculos económicos previstos erróneamente *ab origine*”<sup>80</sup>. Es decir, en relación con esta figura también podemos afirmar, como lo hicimos respecto del *periculum rei*, que si bien puede incidir en la aplicación de alguna de las causales que dan lugar a la teoría del equilibrio,

---

<sup>79</sup> Véase a GASPAR ARIÑO ORTÍZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., págs. 133 y ss. y 146 y ss.

<sup>80</sup> CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ, *Lecciones de derecho administrativo*, vol. II, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2015, pág. 281, con cita de la jurisprudencia relevante del Tribunal Supremo español.

en el sentido de impedir que nazca el derecho al restablecimiento, realmente no constituye una causal específica.

Al respecto, debe hacerse notar que a nuestro juicio, la exclusión del *error calculi* como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato en los anteriores términos, simplemente se limita a la perspectiva del caso en el cual quien comete el error es la misma parte perjudicada, pero no analiza la posibilidad de que sea la otra parte del contrato quien resulte perjudicada. En este caso, sí podría hablarse eventualmente de una afectación en la equivalencia de las prestaciones, que podría dar lugar al restablecimiento del equilibrio económico, pero el sustento jurídico para la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato sería alguna otra de las causales que dan lugar a su ruptura, como el incumplimiento, de tal manera que, desde esta perspectiva, el *error calculi* debe ser entendido como una forma específica de incumplimiento del contrato, pues comparte las mismas condiciones y efectos que dicha forma de ruptura de la ecuación contractual.

Finalmente, frente al incumplimiento existe discusión sobre su reconocimiento como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato, en el sentido de que algunos consideran que esta figura del incumplimiento, por su régimen especial y distinto al de las demás causales de ruptura del equilibrio económico, forma parte de la responsabilidad contractual con falta o con culpa y no del principio del equilibrio económico. A pesar de esa discusión, hemos decidido incluirlo por las razones que expresamos en nuestra obra, lo cual permite afirmar que la figura de la ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos puede tener dos acepciones diferentes. Una restringida, que comprende únicamente aquellas situaciones en las cuales se produce una alteración de la equivalencia de las prestaciones como consecuencia de las teorías de la *potestas variandi*, el hecho del príncipe y la imprevisión. Y una amplia, que incluye toda situación en la cual pueda verse alterada la equivalencia material de las prestaciones a cargo de las partes, es decir, que comprende tanto la alteración producida por la aplicación de las teorías mencionadas, como la alteración que obedece al incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En todo caso, puede afirmarse que la aplicación del principio del equilibrio económico en el contrato público, originada específicamente en cada una de esas causales o teorías indicadas, que han sido denominadas por otro sector de la doctrina como “*técnicas de garantía del equilibrio finan-*



*ciero del contrato*”<sup>81</sup>, debe hacerse dentro del marco de las condiciones o criterios generales que expusimos en el literal D de este trabajo. Sin embargo, la aplicación de cada una de esas causales o teorías presenta particularidades específicas, las cuales son analizadas detalladamente en los respectivos capítulos del libro.

### **G) Instrumentos jurídicos para hacer efectivo el equilibrio económico**

Si, como lo hemos venido sosteniendo, el mantenimiento del equilibrio económico y financiero en los contratos públicos es uno de los derechos de los cocontratantes, esto es, tanto de la administración pública como del particular, es necesario que existan instrumentos a través de los cuales pueda garantizarse ese derecho de las partes del contrato.

Para lograr ese objetivo, los ordenamientos jurídicos de los diversos países que aplican el principio del equilibrio económico en los contratos públicos ofrecen diferentes instrumentos o mecanismos jurídicos para que pueda hacerse efectivo ese derecho de las partes al mantenimiento de la reciprocidad entre las prestaciones pactadas.

Estos diversos instrumentos, aunque con matices en cada caso concreto, se pueden clasificar, para efectos prácticos y metodológicos, en tres grupos: instrumentos contractuales, instrumentos de reclamación directa e instrumentos judiciales.

#### ***1) Instrumentos contractuales***

Cuando se habla de instrumentos contractuales para hacer efectivo el derecho al restablecimiento del equilibrio económico en los contratos públicos, se hace referencia a la posibilidad que tienen las partes de estipular diversas clases de cláusulas que tienen como finalidad neutralizar o mitigar los efectos de los hechos o circunstancias que puedan alterar las condiciones inicialmente pactadas y afectar la economía del contrato, dentro del marco de cada ordenamiento jurídico, como las siguientes:

---

<sup>81</sup> En este sentido, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. 1, *op cit.*, págs. 758 y ss. (edición colombiana: *op. cit.*, págs. 723 y ss.).

a) *Las cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilaterales*

En algunos ordenamientos son de inclusión obligatoria, las cuales, si bien no tienen como objetivo principal el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, sí conllevan como efecto el mantenimiento de dicho equilibrio. En algunos ordenamientos positivos las mismas normas que prevén o autorizan dichas cláusulas establecen las reglas que deben seguirse para garantizar el equilibrio en los casos en que ellas sean aplicadas. Si las normas no prevén esas reglas, la garantía del equilibrio quedará en manos de la misma administración o del juez del contrato, con la ayuda de la teoría general y de los principios que hemos analizado, dentro del marco del respectivo ordenamiento jurídico.

b) *La revisión o reajuste de precios*

La importancia del precio en la contratación pública es manifiesta. En efecto, el precio no solo constituye la forma más común de remunerar al contratista de la administración pública, sino que el mismo se erige como uno de los principales derechos que tiene el cocontratante de la administración y como una cláusula esencial en los contratos públicos<sup>82</sup>.

Este aspecto puntual del contrato tiene una muy estrecha relación con el principio del equilibrio económico del contrato administrativo, en la medida en que uno de los puntos más importantes para determinar la existencia de una equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes se encuentra en el precio o remuneración que debe pagar la administración a su cocontratante.

En ese orden de ideas, uno de los mecanismos que han sido ideados para garantizar la aplicación del principio del equilibrio económico se encuentra precisamente en la inclusión en el contrato de una estipulación en virtud de la cual la ocurrencia de cambios en las circunstancias en que se debe ejecutar el contrato implica una variación positiva o negativa en el precio o remuneración a favor o en contra del cocontratante de la administración, de tal manera que dicho precio se encuentre conforme con

---

<sup>82</sup> Véase a GASTON JÉZE, *Principios generales del derecho administrativo*, t. IV, *op. cit.*, págs. 381 y ss.; a ANDRÉ DE LAUBADÈRE et YVES GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, núm. 1474, y a MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, *op. cit.*, núm. 752.

las condiciones económicas en las cuales son efectivamente ejecutadas las prestaciones a cargo de las partes.

A su vez, el ordenamiento jurídico, –a través de la ley, de la reglamentación, de los pliegos de cláusulas generales o de los pliegos de cláusulas especiales–, puede consagrar una figura en virtud de la cual se produzca la aplicación de idénticas consecuencias sobre el precio por hechos o circunstancias similares a las mencionadas, de forma independiente a la existencia de la cláusula contractual. Es decir, que la misma figura puede darse, tanto por voluntad de las partes como por mandato legal. Sin embargo, para efectos prácticos, la figura suele ser utilizada en forma de cláusula ya que, de esta manera, ella permite ser aplicada de forma más precisa a las características de cada contrato en particular, esto es, aplicando los índices macroeconómicos correctos y los determinantes de las fórmulas matemáticas pactadas que sean relevantes.

En consecuencia, esta figura, que se conoce como el reajuste o revisión de precios, puede ser legal o contractual y ha sido definida por la doctrina, desde el punto de vista de su estipulación contractual, “como una cláusula de estabilidad o equilibrio financiero del contrato, que supone una garantía frente a la inestabilidad económica, de suerte que en los contratos de larga duración y volumen importante la prestación dineraria a favor del contratista no se vea disminuida como consecuencia de la inflación”<sup>83</sup>.

### *c) Cláusulas de estabilización*

Son aquellas a través de las cuales las partes se ponen de acuerdo sobre la manera como se ajustarán las obligaciones dinerarias o de valor que puedan verse afectadas con el cambio de la variable macroeconómica llamada inflación, o la manera como, a pesar de los efectos de dicha variable, se mantendrá inalterado el valor del contrato.

En efecto, un hecho cierto de la economía de mercado es que los precios generales de los bienes y servicios no son constantes, sino que con el tiempo tienden regularmente a aumentar o pueden llegar incluso a disminuir. De otra parte, debe tenerse en cuenta que jurídicamente el dinero es

---

<sup>83</sup> FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, Parte general: conclusión, 12ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 2005, pág. 122. En similar sentido, véase a ESTELA VÁZQUEZ LACUNZA, *El equilibrio económico en los contratos de servicios*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pág. 153.

considerado como un medio de pago de las obligaciones cuyo objeto es el de dar una suma de dinero (obligación dineraria) o de las obligaciones cuya prestación pueda ser convertida a dinero (obligación de valor)<sup>84</sup>.

Pues bien, dentro de ese contexto, es posible que el valor pactado para la extinción de la obligación dineraria o de valor a cargo de alguna de las partes del contrato se vea afectado como consecuencia de la variación del poder adquisitivo de la moneda, de tal manera que el acreedor de la obligación recibiría las mismas unidades monetarias, pero su poder adquisitivo ya no sería el mismo que al momento de pactarse la obligación.

Frente a este fenómeno de mercado que puede alterar la economía del contrato, la práctica comercial y administrativa ha ideado diversas clases de cláusulas para regular anticipadamente sus efectos y la manera como se logra mantener el equilibrio económico del contrato, las cuales se suelen agrupar bajo el nombre de “cláusulas de estabilización”<sup>85</sup>.

Debe anotarse que estas cláusulas son distintas de la figura de la revisión de precios. En efecto, las cláusulas de estabilización se limitan a regular los efectos sobre las obligaciones contractuales de la alteración del poder adquisitivo del dinero; en cambio, la figura de la revisión de precios pretende que el valor de las obligaciones se ajuste a las variaciones que los diversos elementos del mercado (incluyendo, pero no limitándose a la inflación) puedan tener sobre el valor de las obligaciones a cargo de las partes del contrato<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Sobre el significado jurídico del dinero y las diversas clases de obligaciones pecuniarias, véase a FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, *op. cit.*, núms. 82 y 83; a Atilio A. ALTERINI, *Desindexación. El retorno al nominalismo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, págs. 11 y ss., y a WILLIAM NAMÉN VARGAS, “Obligaciones pecuniarias y corrección monetaria”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 1998, págs. 34 y ss.

<sup>85</sup> Sobre estas cláusulas, véase a LUIS DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. II, 6ª ed., Madrid, Civitas, 2008, págs. 293 y ss.; a ARTURO ALESSANDRI R., MANUEL SOMARRIVA U. y ANTONIO VODANOVIC H., *Tratado de las obligaciones*, vol. II, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, núms. 530 y ss.; a JOSÉ BONET CORREA, “Las medidas jurídicas protectoras frente a las alteraciones monetarias”, en *Jurídica-Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 16, México, Distribuidora Themis, 1984, págs. 305 y ss., y a FELIPE NAVIA ARROYO, “Obligaciones dinerarias y corrección monetaria”, en *Revista Externado*, núm. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, abril 1984, págs. 59 y ss.

<sup>86</sup> Sobre la diferencia entre la revisión de precios y la indexación o actualización monetaria, véase a RODRIGO ESCOBAR GIL, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, *op. cit.*, págs. 595 y 596.

En este sentido, debe hacerse notar que las cláusulas de estabilización pueden coincidir con la figura de la revisión de precios, siempre que esta figura se pacte o se aplique únicamente en relación con la inflación; sin embargo, en caso de que en la fórmula de revisión se incluyan otros aspectos, dicha figura rebasaría claramente a la cláusula de estabilización.

Al respecto, pueden identificarse diversas cláusulas de estabilización, como las siguientes:

- *Cláusulas oro o plata*: en virtud de las cuales el valor de las obligaciones no se estipula en la moneda de curso legal en el respectivo Estado (dólar, euro, peso, etc.), sino que se establece en su equivalente en unidades de un metal precioso como el oro o la plata, con la idea de que estos metales no pierden su poder adquisitivo tan fácilmente como la moneda en curso.

En un contrato en el cual se incluye una de estas cláusulas, el pago de la prestación, según lo pactado, podrá realizarse ya sea en la cantidad de unidades de metal precioso señaladas en el contrato, o en el valor de su equivalente al momento de pago. En el primer caso estaremos frente a una “*cláusula moneda oro*” o una “*cláusula moneda plata*”, mientras en el segundo se tratará de una “*cláusula valor oro*” o de una “*cláusula valor plata*”.

- *Cláusulas moneda extranjera*: al igual que en el anterior caso, en virtud de estas cláusulas, el monto de las obligaciones contractuales no se establece en la moneda de curso legal en el respectivo Estado, sino en una moneda extranjera cuya situación económica se considera más estable que la del Estado en el cual se pacta el contrato.

De la misma manera que con las “*cláusulas oro o plata*”, dependiendo de lo estipulado, en este caso puede pactarse el pago en unidades de la moneda extranjera establecida (“*cláusula moneda extranjera*”), o en su equivalente en moneda local (“*cláusula valor moneda extranjera*”).

- *Cláusulas de pago en especie o de valor en especie*: estas cláusulas son bastante similares a las dos anteriores, en el sentido de que el valor de la obligación contractual no se pacta en la moneda de curso legal en el respectivo Estado, sino que se pacta en su equivalente en una mercancía (por ejemplo, arroz, trigo o cualquier otra clase de mercadería).

Así como en las anteriores cláusulas, el pago de la obligación puede pactarse en especie, en la cantidad de mercancías acordadas (caso en el cual será una “*cláusula de pago en especie*”) o en el equivalente en dinero al momento del pago, de la cantidad de mercancías pactada (evento en que estaremos frente a una “*cláusula de valor en especie*”).

- *Cláusulas de escala móvil o a índice variable*: mediante estas cláusulas se adopta un sistema en virtud del cual las partes del contrato se comprometen a que el valor pactado de la obligación debe ser ajustado según aumente o disminuya el poder adquisitivo de la moneda de curso legal en el respectivo Estado, lo cual debe ser calculado con base en los índices que se señalen en el respectivo contrato.

Con fundamento en estas cláusulas, las partes se obligan a pagar (el deudor) y recibir (el acreedor), la cantidad de unidades de moneda de curso legal que resulte de aplicar el índice pactado al valor adeudado. Estos índices pueden ser, de acuerdo con la terminología que se utilice en cada país, de precios al consumidor, al constructor o al productor, de tal manera que el valor de la obligación debe ajustarse a la fecha de pago (o a la fecha pactada en el contrato) con la aplicación del índice pactado.

En la práctica estas cláusulas comúnmente son pactadas para ser aplicadas a obligaciones dinerarias cuya fecha de pago es considerablemente posterior a la fecha de celebración del contrato o de presentación de la propuesta, según la modalidad de selección de contratista que se haya utilizado.

#### *d) Cláusulas de renegociación o de adaptación*

Dentro de las cláusulas relacionadas con la garantía del equilibrio económico en los contratos públicos, encontramos un grupo de estipulaciones en virtud de las cuales las partes, antes de que aparezcan los problemas de ejecución, se anticipan a señalar las conductas que adoptarán para adaptar el contrato a la situación real en la que deba ser ejecutado.

Estas cláusulas de renegociación o de adaptación de los contratos son frecuentes en los contratos comerciales internacionales. Se conocen en la práctica comercial internacional con diversos nombres como “*cláusulas hardship*” o “*cláusulas de excesiva onerosidad*” o “*cláusulas de revisión en caso de circunstancias excepcionales*” y constituyen un auténtico meca-

nismo de búsqueda de adaptación de los términos del contrato frente a los cambios en las circunstancias de hecho en que deba ser ejecutado<sup>87</sup>.

La finalidad de este tipo de cláusulas consiste en prever la forma de manejar las circunstancias que puedan cambiar la ejecución del contrato para que las prestaciones pactadas se mantengan equivalentes a lo largo del tiempo, de tal manera que los cambios imprevistos y repentinos a las condiciones iniciales del contrato no lleguen a afectarlo. Así, entonces, la aplicación de este tipo de cláusulas busca, principalmente, la renegociación del contrato durante su etapa de ejecución.

En virtud de la “*cláusula hardship*”, en primer lugar, las partes reconocen que a pesar de la existencia de condiciones sobrevinientes no previstas al momento de llegar al acuerdo de voluntades, que hacen que la ejecución del contrato sea considerablemente más onerosa, el cocontratante deudor se encuentra en el deber general de cumplir con las prestaciones surgidas a su cargo.

Sin embargo, como consecuencia del pacto de una “*cláusula hardship*”, las partes igualmente se obligan a buscar mecanismos de renegociación del contrato, a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias en que debe ser ejecutado el mismo y, en caso de no ser posible lograr dicha adaptación, las partes convienen darlo por terminado de común acuerdo, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un procedimiento de solución de controversias ante el juez del contrato o con base en el mecanismo que se haya pactado (arbitraje, amigable composición, conciliación, mediación, etc.).

En suma, la idea principal de este tipo de cláusulas es lograr que el vínculo contractual perdure en el tiempo, sin importar los cambios imprevistos que puedan llegar a surgir durante su ejecución, dando la posibilidad a las partes de renegociar voluntariamente las condiciones del acuerdo, de tal manera que puedan ajustar las condiciones contractuales a los cambios que puedan producirse como consecuencia.

---

<sup>87</sup> Sobre las cláusulas *hardship*, véase a JACQUES GHESTIN y MARC BILLAU, *El precio en los contratos de larga duración*, Buenos Aires, Zavalia, 1994, págs. 184 y ss., con abundante bibliografía sobre la aplicación de estas cláusulas. Igualmente, puede verse a SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de fuerza mayor y *hardship*”, en SIXTO SÁNCHEZ LORENZO (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 413 y ss.; a DIETRICH MARSKOW, “*Hardship and force majeure*”, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, núm. 3, 1992, págs. 657 y ss., y a WERNER MELIS, “*Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration*”, en *Journal of International Arbitration*, vol. 1, núm. 3, 1984, págs. 213 y ss.

Se trata, pues, de idear un mecanismo para flexibilizar el contrato y lograr adaptarlo a las cambiantes situaciones en que debe ser ejecutado, sin desconocer tampoco el principio del *pacta sunt servanda* que aún predomina, en la medida en que dichas adaptaciones son producto siempre del acuerdo de las partes y de la aplicación de una cláusula convenida por ellas mismas.

En todo caso, en relación con esta cláusula debemos hacer notar que la misma, a pesar de constituir un eventual remedio a la ruptura del equilibrio económico del contrato, no goza de una eficacia definitiva para la solución de la posible ruptura, pues en el evento de que las partes no logren ponerse de acuerdo sobre la modificación del contrato –lo que podrán hacer aún ante la inexistencia de la cláusula– o que exista una controversia derivada de la eventual configuración del derecho a la terminación del contrato, será el juez del contrato quien dirima la controversia, llegando a una solución judicial, y no convencional, respecto de la situación de ruptura del equilibrio económico del contrato.

#### *e) Cláusulas de garantía de ingresos*

Este tipo de cláusulas que buscan garantizar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato suelen ser aplicadas en contratos en los cuales existe inversión privada en infraestructura pública, bajo el sistema de *project finance* o “*financiación por el proyecto*”, para efectos de garantizar al inversionista el retorno de su inversión, como es el caso de los contratos de concesión para la construcción de carreteras o ferrocarriles, o los contratos BOOT (por las iniciales en inglés de “*build, own, operate and transfer*”) que implican la construcción, propiedad, operación y transferencia de activos tales como gasoductos o termoeléctricas<sup>88</sup>.

Cuando el Estado planea ejecutar grandes proyectos de infraestructura, la mayoría de las veces carece de los recursos necesarios para el efecto, por lo cual debe acudir al sector privado para su financiación, mediante un contrato a través del cual el particular se encargue no solo de la gestión de recursos sino de la ejecución de los trabajos necesarios para el éxito del

---

<sup>88</sup> Sobre esta clase de estipulaciones, véase a OLUSEYE AROWOLO, “Abolition of Long-Term Contracts: What are the Implications and Options for Bankability in Energy Projects Financing?”, en *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 24, núm. 1, 2006, págs. 16 y ss, y a JOSEPH RYAN y LORIN M. FIFE, “Take-Or-Pay Contracts: Alive and Well in California”, en *The Urban Lawyer*, vol. 19, núm. 2 1987, págs. 233 y ss.



proyecto, en lo que actualmente suele corresponder a las llamadas asociaciones público privadas. Así las cosas, para la ejecución de uno de estos proyectos es posible que exista financiación completamente privada o que el Estado concorra parcialmente a la financiación del proyecto, esto último porque la financiación privada pura normalmente es más costosa, por lo cual, si el Estado no participa en la financiación, es posible que nadie se encuentre interesado en la ejecución del proyecto<sup>89</sup>.

En los casos en que es difícil que el Estado aporte un porcentaje importante de los recursos necesarios para la ejecución del proyecto, se suele utilizar el sistema del *project finance* o “*financiación por el proyecto*”, sistema de financiación mediante el cual, para lograr la obtención de la totalidad de los recursos necesarios es indispensable que la estructura del proyecto mismo garantice su éxito comercial y, con dicho éxito, que el cocontratante de la administración reciba el retorno de su inversión y una utilidad razonable. De esta manera, el prestamista de los recursos tendrá la certeza de que su deudor, esto es, el ejecutor del proyecto, que es el cocontratante de la administración, en virtud del proyecto tendrá los recursos suficientes para el pago del préstamo de dinero.

A su vez, para lograr que los particulares se interesen en el proyecto de infraestructura, el Estado debe generar condiciones que les permitan tener una mediana certeza de que el proyecto será exitoso y que generará la rentabilidad suficiente para cubrir los diversos costos que el mismo supone, junto con una utilidad razonable.

Dentro de las condiciones que puede ofrecer el Estado para motivar la inversión privada se encuentran las cláusulas de garantía de ingresos o “*cláusulas take or pay*”, en virtud de las cuales la entidad pública interesada en el proyecto se compromete a que la infraestructura desarrollada será utilizada por un número mínimo de usuarios señalado en el contrato a una determinada tarifa y, por lo mismo, que generará unos ingresos mínimos al ejecutor del proyecto, de tal manera que en el evento de que el número de usuarios sea inferior al señalado en el contrato, la entidad deberá pagar de su presupuesto el valor necesario para lograr que el ejecutor obtenga los ingresos mínimos garantizados en el mismo contrato. Por ejemplo, en el caso

---

<sup>89</sup> Véase a RAFAEL IZQUIERDO, *Gestión y financiación de las infraestructuras del transporte terrestre*, Madrid, Asociación Española de Carretera, 1997, págs. 102 y ss., y a OSCAR R. AGUILAR VALDEZ, “Contratación administrativa y financiamiento”, en JUAN CARLOS CASSAGNE y ENRIQUE RIVERO YSERN (dir.), *La contratación pública*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, págs. 561 y ss.

de una carretera, la administración puede comprometerse a que por cada peaje pasará un cierto número mínimo de vehículos y que pagarán una tarifa determinada, lo cual generará los ingresos suficientes para que el ejecutor logre cubrir los costos del proyecto y obtener una ganancia razonable. No obstante, en el evento de que en la realidad no pase el número de vehículos señalado en el contrato o la tarifa recibida no sea la prevista, la entidad deberá pagar con sus propios recursos presupuestales el valor de la diferencia entre el ingreso garantizado y el ingreso efectivamente recaudado.

En suma, se trata de un acuerdo entre el acreedor y el deudor contractuales en virtud del cual el deudor pagará una suma determinada de dinero, aún en el caso de que los productos, bienes o servicios contratados no sean efectivamente adquiridos por él o por los usuarios. Este pacto tiene como finalidad garantizar al acreedor que obtendrá el retorno de los costos de elaboración del proyecto y una remuneración razonable y, con ello, garantizar que durante la ejecución del contrato se mantendrá la equivalencia de las prestaciones.

## ***2) Instrumentos de reclamación directa***

Este segundo grupo de instrumentos para hacer efectivo el derecho al restablecimiento del equilibrio económico en los contratos públicos se refiere, fundamentalmente, a la posibilidad u obligación que tiene el cocontratante afectado de pedir directamente a su cocontratante –administración pública o contratista, según el caso– que reconozca que una determinada alteración en las condiciones en que se pactaron las obligaciones contractuales le genera mayores costos que no está en el deber jurídico de soportar y que, por lo tanto, le deben ser compensados. Se trata, entonces, de la búsqueda de un arreglo directo entre las partes.

Respecto de esta clase de instrumentos, podemos decir que, de forma general, los diversos ordenamientos reconocen a las partes la posibilidad que tienen de introducir a los contratos las modificaciones que sean necesarias con el fin de que los mismos logren la finalidad prevista por ellas. Dentro de las diversas modificaciones que las partes pueden hacer a las prestaciones contractuales se incluyen aquellas que buscan ajustar las condiciones económicas o materiales de ejecución del contrato, a fin de que la equivalencia de prestaciones, alterada por los cambios en las condiciones de ejecución, regrese al punto en que se encontraba al momento de presentar la propuesta o de contratar, según el caso.

Además de este mecanismo de arreglo directo mediante la modificación de los contratos, los diversos ordenamientos jurídicos también suelen autorizar la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la mediación, la transacción y la conciliación, a través de los cuales pueden ser solucionadas las controversias que puedan surgir entre las partes durante el período de ejecución del contrato, entre ellas, las relacionadas con la ruptura del equilibrio económico del mismo.

En particular, el derecho francés consagra diversas formas en que las partes pueden solucionar de manera directa los conflictos relacionados con la ejecución del contrato público<sup>90</sup>. Así, en primer lugar, se consagra la existencia de unos recursos especiales denominados “*recours préalables*”, a través de los cuales se reconoce la posibilidad al cocontratante de la administración de presentar diversas clases de solicitudes relacionadas con la ejecución del contrato, incluida la posibilidad de presentar reclamaciones directas por la ruptura del equilibrio económico del mismo, las cuales deben ser resueltas por la administración mediante un acto administrativo.

Además de este mecanismo, el derecho francés admite la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos originados en los contratos públicos, tales como la conciliación y la amigable composición e, incluso, la transacción. Al respecto, se parte de la idea expresada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el sentido de que “ninguna ley o reglamento será obstáculo para la inclusión en los contratos que celebra la administración de una cláusula que prevea que las dificultades a que den lugar estos contratos deban ser sometidas, antes de acudir al juez competente, a consulta de una persona o un organismo designado para el efecto”<sup>91</sup>. Con base en esta posición jurisprudencial se ha desarrollado ampliamente la posibilidad de que se utilicen las figuras de la conciliación, la amigable composición y la transacción, con la finalidad de resolver los conflictos derivados de la ejecución de un contrato administrativo, incluidos los relacionados con la ruptura del equilibrio económico<sup>92</sup>.

Por su parte, el derecho español, en los artículos 203 y 205 de la ley 9 de 2017, sobre contratos del sector público, reconoce expresamente a

---

<sup>90</sup> En relación con los diversos mecanismos de solución directa consagrados en el derecho francés, véase a LAURENT RICHER y FRANÇOISE LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, núms. 421 y ss.

<sup>91</sup> Consejo de Estado francés, *arrêt Soc. Otit* de 27 de julio de 1984, citado por LAURENT RICHER y FRANÇOISE LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, núm. 429.

<sup>92</sup> Véase a CHARLES-ANDRÉ DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, págs. 395 y ss.

las partes la posibilidad de introducir modificaciones al contrato a fin de atender “*circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato*”, lo cual constituye un instrumento idóneo para preservar la equivalencia de las prestaciones, con la mera voluntad de las partes. Es decir, que la legislación española permite la utilización del mecanismo de la modificación del contrato para efectos de que las partes arreglen directamente una controversia sobre la ruptura del equilibrio económico del mismo.

Ahora bien, en cuanto a los métodos o mecanismos alternativos de solución de conflictos, la doctrina española ha señalado que la transacción es aplicable a las controversias derivadas de los contratos públicos, siempre que ellas versen sobre asuntos económicos susceptibles de ser transigidos<sup>93</sup>, lo cual implica que los conflictos derivados de la ruptura del equilibrio económico del contrato, en tanto versan sobre aspectos económicos, podrían ser solucionados directamente por las partes con base en el mecanismo de la conciliación.

Con base en la misma idea, la doctrina española ha señalado que si es posible la aplicación del mecanismo de la transacción, también debería ser posible la utilización de la conciliación dentro del derecho administrativo, no obstante lo cual dicha posibilidad no se encuentra prevista expresamente por el ordenamiento jurídico<sup>94</sup>.

Finalmente, en relación con los instrumentos de arreglo directo, aunque en estricto sentido puede considerarse más bien como un instrumento intermedio entre los propiamente directos y los judiciales, aparece la amigable composición, que es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual un tercero imparcial (amigable componedor) decide sobre un conflicto en virtud de un mandato que le ha sido otorgado por las personas que hacen parte del mismo, en este caso, por las partes del contrato. En este mecanismo, a pesar de que es un tercero quien finalmente adopta la decisión vinculante, lo cierto es que ese tercero no está investido de jurisdicción sino que es un mandatario de la partes<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Véase a ALEJANDRO HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, págs. 29 y ss.

<sup>94</sup> Véase a SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Las negociaciones y el derecho administrativo: transacciones, convenios y arbitraje”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Edit. Civitas, 2003, págs. 1814 y ss.

<sup>95</sup> Sobre el mecanismo de la amigable composición en el derecho colombiano, véase a JORGE HERNÁN

### 3) *Instrumentos judiciales*

El tercer grupo de mecanismos para hacer efectivo el derecho al mantenimiento de la reciprocidad en las prestaciones pactadas, es decir, el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, encuentra sustento en el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia o de tutela judicial efectiva y se instrumentaliza en una decisión de la autoridad judicial competente.

Así, en caso de que una de las partes considere que existe una ruptura en el equilibrio económico del contrato y no haya sido posible lograr un arreglo directo entre ellas, dicha parte puede acudir al juez del contrato para que declare la ocurrencia de tal ruptura y revise el contrato con el fin de ajustar las prestaciones de acuerdo con el equilibrio contractual o, si es el caso, condene al cocontratante, ya sea a pagar una compensación o una indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la ruptura.

Al igual que ocurre con los otros mecanismos de garantía del derecho al restablecimiento del equilibrio económico ya estudiados, la aplicación de la solución judicial de controversias depende de la configuración de cada sistema jurídico y, en especial, de la existencia o no de una jurisdicción administrativa especializada<sup>96</sup>. Esta configuración de cada ordenamiento resulta muy importante, pues de ella surge tanto el juez competente como el procedimiento aplicable para la solución de la controversia contractual.

Además, del contenido específico de los diferentes ordenamientos jurídicos puede determinarse la procedencia de la utilización en los litigios sobre contratos públicos, de otros mecanismos judiciales de solución de

---

GIL ECHEVERRI, *La conciliación y la amigable composición*, Bogotá, Edit. Temis, 2003, págs. 245 y ss. Desde el punto de vista jurisprudencial, véase C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 26 febrero 1998, exp. 11.471, y Corte Const., sents. SU-091 de 2000 y T-017 de 2005.

<sup>96</sup> Sobre las diversas posibilidades de organización para el control judicial de la actividad administrativa, véase a GUY BRAIBANT, “La jurisdicción administrativa en derecho comparado”, en *Deuxième centenaire du Conseil d’État*, vol. II, número especial de *La revue administrative*, Presses Universitaires de France, 2001, págs. 381 y ss. Una versión en español de este estudio puede verse en *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Memorias del Coloquio, Conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés, Bogotá, Edit. Temis, 1999, págs. 335 y ss. Igualmente, puede verse a LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo – General y colombiano*, op. cit., t. II, págs. 439 y ss, y “La justicia administrativa en el derecho comparado y en Colombia”, en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Justicia administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de derecho administrativo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, págs. 469 y ss.

controversias, mecanismos que se conocen como alternativos y que fundamentalmente se refieren a la figura del arbitraje.

En Francia, la solución de las controversias relacionadas con la ejecución del contrato público, incluidas las que tienen que ver con una eventual ruptura del equilibrio económico del mismo, se encuentra atribuida a la jurisdicción administrativa, al menos como regla general<sup>97</sup>.

Respecto de la aplicación de la figura del arbitraje a los contratos públicos, el derecho francés ha sido reacio a su aceptación y, como regla general, se encuentra prohibida la utilización de este mecanismo para los conflictos sometidos al derecho administrativo. Como excepciones a este principio se suelen citar los casos de ciertos *marchés publics*, los contratos internacionales suscritos por la administración pública, los contratos de algunos establecimientos públicos industriales y comerciales, ciertos contratos celebrados bajo el esquema de la colaboración público-privada y ciertos contratos para los cuales, por su especialidad o su complejidad, se ha creado un régimen jurídico específico, como fue el caso, a título de ejemplo, de los contratos para la renovación de los estadios de fútbol para la Eurocopa de 2016<sup>98</sup>.

Por su parte, en el derecho español, según el artículo 2.b de la ley 29 de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, ésta es competente para conocer de “las cuestiones que se susciten en relación con [...] Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”<sup>99</sup>.

De esta manera, cuando una de las partes del contrato administrativo pretenda que se declare la ruptura del equilibrio económico del mismo, tendrá la posibilidad de acudir al orden jurisdiccional contencioso admi-

---

<sup>97</sup> Sobre las reglas particulares aplicables a los conflictos relacionados con la ejecución de un contrato administrativo en Francia, véase a LAURENT RICHER y FRANÇOISE LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., págs. 311 y ss.

<sup>98</sup> Véase a CHARLES-ANDRÉ DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., págs. 398 y 399; a LAURENT RICHER y FRANÇOISE LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, op. cit. págs. 322 y ss., y a APOSTOLOS PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, LGDJ, 1997, págs. 27 y ss.

<sup>99</sup> En relación con las competencias del orden jurisdiccional contencioso administrativo en España sobre los contratos administrativos, véase a JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de derecho procesal administrativo*, 3ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2001, págs. 106 y 107, y a FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, vol. III, La justicia administrativa, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, págs. 139 y ss.

nistrativo y ejercer un recurso igualmente contencioso administrativo, con la pretensión de que se le reconozca la ruptura del equilibrio económico y se adopten las medidas pertinentes para su restablecimiento.

En relación con la solución arbitral de las controversias relacionadas con la ejecución de los contratos públicos, en el derecho español también ha imperado históricamente la regla de la prohibición<sup>100</sup>. No obstante, en particular respecto de los “*efectos, cumplimiento y extinción de los contratos*” públicos, el artículo 39 de la derogada ley 30 de 2007, sobre contratos del sector público, admitía, aunque con un carácter excepcional, la procedencia del arbitraje para algunas controversias específicas derivadas de ciertos contratos públicos. Sin embargo, esta disposición no fue reproducida por la vigente ley 9 de 2017, la cual se limitó a señalar, en la disposición adicional primera, la posibilidad de incorporar cláusulas de arbitraje en los contratos públicos celebrados con empresas extranjeras, quedando proscrito el arbitraje como regla general<sup>101</sup>.

Los mecanismos judiciales que hemos venido analizando también encuentran consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto en el estatuto general de contratación de la administración pública como en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA y en la ley 1563 de 2012 (estatuto arbitral).

## Conclusiones

De los análisis y reflexiones anteriores, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El equilibrio económico es un principio de los contratos públicos que consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia nace para el afectado el derecho a que se

---

<sup>100</sup>Al respecto, véase a ALEJANDRO HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, *op. cit.*, págs. 149 y ss., y a SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Las negociaciones y el derecho administrativo: transacciones, convenios y arbitraje”, *op. cit.*, págs. 1818 y ss.

<sup>101</sup>Sobre el régimen vigente del arbitraje en los contratos públicos en el derecho español, puede verse a CARLA ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y derecho administrativo. Teoría y realidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, págs. 189 y ss.

adopten medidas que la restablezcan, incluyendo, si es del caso, la compensación pecuniaria a que haya lugar.

2. A pesar de que tradicionalmente la doctrina ha entendido que el principio es solo aplicable al cocontratante de la administración y de que, en términos generales, en la práctica solo se conocen aplicaciones del principio a favor de los particulares, ello no significa que dicho principio no pueda aplicarse a favor de la administración pública, por lo cual el concepto expuesto en el numeral anterior debe entenderse como una concepción amplia del principio, en el sentido de que puede beneficiar a ambas partes del contrato, aunque con particularidades de acuerdo con cada una de las causales que dan lugar a su aplicación.
3. La aplicación sistemática de este principio es un aporte del derecho administrativo a la teoría general de los contratos, en la medida en que ha venido a limitar la aplicación de los principios del *pacta sunt servanda*, de la *lex contractus* y del *riesgo y ventura*, y propios de la institución jurídica de los contratos, de acuerdo con los cuales, en aplicación estricta de los conceptos de autonomía de la voluntad y del contrato como ley para las partes, el cambio en las condiciones contractuales no permite la revisión del mismo ni la condena a compensación o indemnización algunas.
4. La aplicación del principio del equilibrio económico en los contratos de la administración encuentra su origen en Francia a comienzos del siglo xx, época a partir de la cual ha venido siendo adoptado, en mayor o menor medida, por los diversos países que aplican la teoría clásica del contrato administrativo.
5. El principio del equilibrio económico de los contratos públicos encuentra su justificación en las necesidades de prestación continua y eficiente del servicio público; como contrapartida a las prerrogativas del poder público de que goza la administración en un contrato público; en los principios constitucionales del deber general que tiene el Estado de reparar los daños antijurídicos generados por sus actuaciones, la obligación de mantener la igualdad ante las cargas públicas y la garantía del patrimonio de los particulares; en la justicia contractual, y en la conmutatividad del contrato público.



6. A pesar de la aparente generalidad del principio, no toda alteración de las condiciones previstas al momento de presentación de la propuesta o de la celebración del contrato conlleva su aplicación, pues para que ella sea procedente se requiere que se haya producido por acontecimientos que no sean imputables a la parte que reclama el restablecimiento; que los acontecimientos sean posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato; que la alteración sea causada por un aleas anormal, y que la afectación de la economía del contrato sea grave y anormal.
7. Los efectos jurídicos de la aplicación del principio se concretan en que se trata de una teoría de orden público, que el cocontratante perjudicado debe continuar con la ejecución del contrato y que la parte perjudicada tiene derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por la ruptura del equilibrio. Sin embargo, esos efectos varían respecto de cada una de las causales que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato.
8. No obstante la falta de uniformidad en las clasificaciones de las causales que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato, elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia, a nuestro juicio ellas se concretan en la *potestas variandi*, el hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y, desde una perspectiva amplia, el incumplimiento del contrato.
9. En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes de un contrato público pueden incluir todas las estipulaciones que consideren indispensables para satisfacer adecuadamente las finalidades de la contratación administrativa y garantizar a las partes sus derechos contractuales, con las limitaciones provenientes del orden público y las buenas costumbres.
10. Entre las estipulaciones que pueden incluir las partes de un contrato público en virtud de la autonomía de la voluntad, se encuentran aquellas cuyo objetivo es mantener la equivalencia de las prestaciones, a través de las cuales se mitigan los efectos de los hechos o circunstancias que puedan afectar la economía del contrato durante su fase de ejecución.
11. La revisión o reajuste de precios es el mecanismo principal que la ley o las partes pueden consagrar para garantizar el equilibrio

económico del contrato, y consiste en que, frente a la ocurrencia de cambios en la condiciones de ejecución del contrato, señalados en el ordenamiento jurídico o en la respectiva cláusula contractual, se produce un ajuste positivo o negativo en el precio a pagar al cocontratante de la administración.

12. La revisión de precios nació como una figura excepcional aplicable a los contratos de obra pública en los eventos autorizados por la ley, siempre que existiera un pacto entre las partes. Sin embargo, la evolución posterior de la figura revela que su aplicación se ha ido extendiendo a la generalidad de contratos públicos de tracto o ejecución sucesivos, aun independientemente de que exista estipulación entre las partes al respecto.
13. La figura de la revisión de precios se justifica económicamente en la necesidad de establecer mecanismos contractuales que prevean las afectaciones en los precios como consecuencia de los diversos fenómenos que afectan el mercado. Jurídicamente, la revisión de precios se justifica en las mismas razones que fundamentan las teorías de la imprevisión y, excepcionalmente, del hecho del príncipe.
14. Las prácticas administrativa y comercial han ideado otras cláusulas que buscan que las partes regulen negocialmente y, de manera anticipada, los efectos que el cambio sobre las condiciones de ejecución del contrato pueden tener sobre la economía del mismo.
15. Entre dichas cláusulas aparecen, en primer lugar, las cláusulas de estabilización, que buscan regular los efectos de la alteración del poder adquisitivo de la moneda, de tal manera que el valor de la obligación se mantenga en el tiempo. Estas cláusulas utilizan, fundamentalmente, instrumentos basados en la alteración del valor de metales preciosos, monedas extranjeras, mercancías e índices económicos.
16. Además, existen las cláusulas de renegociación o de adaptación, que constituyen un mecanismo de flexibilización del contrato a fin de adaptarlo a las cambiantes condiciones en que debe ser ejecutado, sin desconocer el principio del *pacta sunt servanda*.
17. Finalmente, existen las cláusulas de garantía de ingresos que buscan garantizar al cocontratante de la administración que obtendrá el retorno de los costos de ejecución del proyecto y una remuneración razonable.

18. Los ordenamientos jurídicos también permiten la utilización de mecanismos de solución directa de los conflictos derivados de una eventual ruptura del equilibrio económico del contrato, en los cuales el cocontratante afectado debe pedir directamente a su cocontratante –administración pública o contratista, según el caso– que se reconozca que una alteración en las condiciones en que se pactaron las obligaciones contractuales le generó mayores costos que no está en el deber jurídico de soportar y que, por lo tanto, le deben ser compensados.
19. Existen diversas maneras de instrumentalizar un acuerdo sobre el restablecimiento del equilibrio económico. Así, puede suscribirse una adición de contrato, modificando el valor de las prestaciones, o puede suscribirse un negocio jurídico de transacción o incluso una conciliación, con la misma finalidad, o acudir a la figura de la amigable composición.
20. Finalmente, en virtud del derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia o de tutela judicial efectiva, el cocontratante perjudicado por la ruptura del equilibrio económico del contrato tiene la posibilidad de acudir al juez del contrato para que éste declare la ocurrencia de tal ruptura y condene al cocontratante obligado a pagar una compensación o una indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la misma, o revise el contrato para ajustar las prestaciones a la realidad fáctica.



II  
COMUNICACIONES  
EN SESIONES PRIVADAS



# FORMAS EN EL DERECHO

POR MARIANO GAGLIARDO<sup>1</sup>

## I. Introducción

El negocio jurídico para que tenga eficacia requiere de una forma adecuada. Desde este punto de vista se puede decir con Carnelutti, y como conclusión tomada casi a priori de una larga exposición sobre la forma, a propósito de los actos procesales, es válido afirmar, que todos los actos jurídicos son formales<sup>2</sup>.

La referencia a Carnelutti, está justificada por muchas razones, no sólo porque al tratar del tema se refiere a la forma del acto jurídico, en general, o porque las construcciones de este autor, a pesar de su ropaje arquitectónico, trascienden del campo de la especialización y penetran en la Teoría General del Derecho. Ello tal como unánimemente se ha admitido, pues, metodológicamente, plantear el tema de la forma, en relación con lo que se ha dicho en un Derecho formalista, será siempre provechoso ya que cada día es más evidente que el Derecho en general ha de ser estudiado y comprendido fuera de su tradicional aislamiento, del que en la actualidad va saliendo con un perfil renovado.

## II. Evolución del formalismo

Este título se relaciona con el proceso histórico que parte desde las formas arcaicas (rituales, sacramentales), hasta el principio de libertad de formas, que hoy prevalece.

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de abril de 2019.

<sup>2</sup> Sistema del Diritto procesual, II, Atti del processo, Padova, 1938, n° 453, p. 159.

La forma comenzó por ser gesto o rito.

El formalismo es un fenómeno universal, con caracteres más o menos variables, se le encuentra en todos los pueblos y en todas las épocas: subsiste también en el Derecho moderno mismo, pero su carácter ha variado completamente.

Las sociedades primitivas se caracterizan por estar apegadas a un formalismo riguroso. Cabe sostener que la casi totalidad de los actos jurídicos tenían forma vinculada (actos formales), pues los efectos jurídicos solamente podían producirse mediante el cumplimiento de formalidades determinadas.

Los actos estaban ligados a formas impuestas. En el Derecho romano, el formalismo llegó a adquirir un amplio desarrollo. Se encuentran en él un gran número de formas y solemnidades, cuyo empleo era indispensable para la validez de ciertos actos jurídicos.

El Derecho romano, en la opinión común de los autores, era excesivamente formalista, pero esto se explica teniendo en cuenta que a falta de escritura era necesario emplear formalidades o solemnidades que dejaran entre los concurrentes al acto una profunda impresión de él y de su verdadero significado.

Lo mismo acontecía, en todos los pueblos como el germánico.

Bastaba entonces con que el negocio hubiera cumplido con la forma impuesta, especialmente el rito oral, omisión hecha de lo que podía decirse que era el contenido o interior del acto; llenar la forma prescripta daba vida al negocio que existía y valía por habérsela observado, y era inatacable por cualquier otra razón. La formalidad distinguía en esa época al acto jurídico de los que no lo eran.

Con la alfabetización de los pueblos se racionalizó y se convirtió en escrito. El escrito, dato perdurable, pasó a funcionar a la vez como forma (el acto queda depositado en el instrumento) y como prueba.

Un ulterior perfeccionamiento no se contenta con el escrito aislado y mantenido en el exclusivo dominio de la carpeta de documentos de los otorgantes: se exige la inscripción de los documentos escritos en registros.

Se ha pasado a la forma-publicidad, que se exige para la adecuada difusión del acto: su conocimiento por aquellos a quienes se podrá oponer: fija el sentido del moderno formalismo.



En el Derecho moderno, el formalismo sufre transformaciones en cuanto a las solemnidades que hoy se exigen. No se imponen ya, en efecto, actos materiales ni símbolos de ninguna clase de actos jurídicos, basta con que la voluntad haya sido claramente expresada.

El legislador, al prescribir la forma del instrumento público o al crear registros públicos especiales, en los cuales deben inscribirse ciertos actos, se ha inspirado en las siguientes ideas: a) asegurar mejor la conservación de los instrumentos que comprueban la existencia de ciertos actos; y, b) salvaguardar el interés de los terceros.

En la evolución jurídica de las formas primitivas se produce, paralelamente, la multiplicidad de nuevas categorías jurídicas. El resultado es evidente pues con el progreso, las diversas funciones prácticas, a medida que van alcanzando gradual madurez, van logrando su propia sustantividad.

La forma es pues un medio apto para hacer comprensible una declaración de voluntad.

### **III. Trascendencia de la forma**

Un acto es un movimiento, esto es, la alteración de un estado; por ello es también una mutación del mundo exterior. Favorece la reflexión y obsta decisiones inconsultas; aumenta la claridad y precisión de las declaraciones; posibilita que una declaración bien delimitada, se separe de los ulteriores propósitos de las partes para ser objeto de un convenio abstracto. No deja de ser un reparo en la circulación de bienes en atención a los eventuales vicios de forma.

Forma quiere decir la parte externa de un ente, es como el recipiente o el molde dentro del cual se contiene la esencia; esta esencia, es la voluntad.

Por su parte, la doctrina moderna expone la noción de forma en relación con la construcción general del acto jurídico.

El acto, a su vez, supone una voluntad exteriorizada.

La exteriorización conforma la declaración y ésta es la forma del acto.

La forma corresponde al modo como la voluntad se exterioriza al tiempo del acto. Es una exigencia del otorgamiento. En ciertos casos, la ausencia de forma obsta al surgimiento del acto: por caso, el legado dejado en un testamento al que le faltan las formas sustanciales.

Forma es el modo de ser del negocio, la manera de realizarse. Así, la forma de la compraventa es verbal, si tal contrato se celebra haciéndose oralmente la oferta y la aceptación.

La forma no es un elemento más del negocio (como lo son la declaración de voluntad u otros), sino que es la vestidura exterior de estos elementos, o los ritos o solemnidades, que se han de observar para darles vida.

Por ejemplo, las palabras pronunciadas en la compraventa verbal o escrita, no son otro elemento del contrato sino que son la fisonomía (forma) del elemento declaración de voluntad.

Cuando además de la forma el acto jurídico se integra por otros actos, estos no deben considerarse forma del negocio por caso: tradición e inscripción.

Voluntad, sin forma legal no es acto.

Con una sola forma pueden celebrarse varios negocios de una misma especie: fianza para varios créditos o de especie diferente; compraventa y promesa de donación o bien varios negocios entre partes distintas: promesa de donación cruzadas.

La forma debe comprender todo el negocio jurídico: lo formal incompleto no puede completarse mediante remisión a otro acuerdo no formal.

Asimismo, carece de eficacia el pacto accesorio no formal que amplía el objeto del negocio, pues la forma debe comprender el negocio integralmente en todos sus elementos.

En la doctrina del Derecho Civil, bien sea con referencia al negocio jurídico o bien aludiendo de manera particular al contrato, es un hábito extendido hablar de la forma como una cualidad natural de los actos jurídicos y, en particular, del contrato. No hay contrato sin forma que haga posible el conocimiento de la existencia y el contenido del común acuerdo en que consiste el consentimiento contractual.

La forma es un signo de exteriorización (la voz, la escritura, el gesto, la conducta) de la llamada “voluntad interna” de los sujetos del contrato (o, en general, de los autores del negocio jurídico).

En la consideración de este apartado, acerca de la trascendencia de la forma, se impone un *excursus* para aludir brevemente a la forma escrita, lenguaje y expresión del pensamiento.

Hasta hace relativamente poco tiempo, la escritura era considerada una mera transcripción del pensamiento. En este cauce, la gramática era considerada como el sistema para representar sonidos y significados. Más no siempre ello ha sido así. Es que la teoría de la comunicación se ha centrado en el lenguaje con preferencia a la escritura; ésta ha existido y lo ha hecho durante más tiempo que aquella otra que sí la conocía.

El lenguaje es, en efecto, el único sistema total de comunicación, porque es también el único que nos permite expresar y transmitir la totalidad –o una buena parte– de lo que podemos pensar.

La escritura es, pues, un código; codifica el lenguaje reconduciéndolo a un sistema de signos gráficos representativos de los sonidos: las letras, en el caso de la escritura alfabetizada. Por eso, así como el lenguaje constituye un código de comunicación independiente, la escritura es otro código, pero dependiente, a su vez, del lenguaje.

Conviene tener en cuenta que la informática, en cuanto manifestación más representativa de las nuevas tecnologías, sí ha desarrollado su propio lenguaje, influyendo en las formas.

No obstante, el planteo que antecede cabe un distingo entre la forma en un sentido amplio, como una cualidad elemental inherente al modo de ser del negocio contractual, y la forma en un sentido estricto, como un elemento específico de ciertos contratos que, con valor idéntico al de los demás requisitos esenciales comunes (con sentimiento, objeto y causa), es necesario observar para que el contrato sea válido. De más está decir que, sin ningún contrato puede existir sin observarse alguna forma que lo haga reconocible en el orden jurídico, los contratos llamados formales se caracterizan porque la forma que se ha de observar para su validez no es una forma cualquiera de las varias posibles (verbal, escrita, documental, etc.) sino una forma predeterminada por la ley. Los contratos formales se caracterizan por ser en ellos necesaria la observancia de una forma determinada como requisito esencial que integra, con los demás recaudos esenciales comunes, la estructura del contrato.

En definitiva: se puede afirmar que la noción de forma del contrato, radica en la idea de que la forma consiste en un medio expresivo o de exteriorización de la declaración de voluntad de los sujetos del acto jurídico negocial.

La observancia de una forma determinada, hace a la eficacia del negocio. La ley exige, pues, un *plus* respecto de los negocios jurídicos ce-

lebrados sin sujeción a formas, pero nada más. El hecho de que se exija y se observe una forma no quiere decir, en absoluto, que el negocio jurídico formal se halle menos expuesto a impugnación que los no formales, que sea más seguro ni más firme que éstos; si una de las partes mueve a la otra a contratar mediante engaño doloso o coacción, si hay simulación o error, el negocio jurídico formal será tan impugnable como el no formal.

#### **IV. Concepto de forma**

No se concibe un acto jurídico sin una forma determinada o dicho de otro modo, la validez de la declaración de voluntad requiere que tenga la conveniente conformación. En el mismo sentido Emilio Betti<sup>3</sup> relaciona la forma con lo que denomina estructura del negocio. De este modo, la forma es uno de los elementos constitutivos. Dice que la estructura del negocio comprende tanto la forma como el contenido. Forma —es el modo dice— como es el negocio como se presenta ante los demás en la vida de relación: su figura exterior.

Contenido es lo que el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representan conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado; términos éstos cuya conexión es tarea de interpretación.

En la vida de relación un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma.

Por su parte Von Ihering, sostenía que la forma es el tránsito de la intimidad subjetiva a la exteriorización objetiva. Por eso cuando se habla de negocios formales y no formales, ello no implica que existan negocios en los que se pueda prescindir de la forma<sup>4</sup>.

Considerada así la forma, como elemento del negocio, es apreciada como uno de los elementos naturales del negocio, referida esta categoría no al tipo de negocio, sino al negocio como el tipo, ya que todos los negocios en general, y cada negocio en particular, deben tener una forma adecuada.

Ahora bien: en el Derecho moderno, el principio general viene constituido por la libertad de forma, sólo a determinados negocios se les exige

<sup>3</sup> Teoría generale del negocio giuridico, 2ª ed., 3ª reimpr., Torino, 1960, p. 125.

<sup>4</sup> El espíritu del Derecho romano, trad. Esp. Madrid, s/d ed., Bailliere, II, nº 27, 9 y s.s.

una forma predeterminada por el ordenamiento jurídico, en estos casos, la forma puede ser considerada como uno de los elementos esenciales del negocio, pues de su concurrencia depende la propia eficacia del negocio jurídico de que se trate. Por eso en el orden de la formación de las categorías jurídicas es posible decir, siguiendo a Karl Larenz, cuando habla de “tipos abiertos” y “cerrados”, que los preceptos de forma, dentro de un mismo concepto (por caso, contrato) han contribuido a configurar, donde generalmente se dan, como sucede en Derecho de obligaciones, los “tipos abiertos”, una cantidad considerable, modernamente, de “tipos cerrados”, que contribuyen a limitar de tal manera la autonomía privada<sup>5</sup>. Como se ve, el distinto carácter de la forma, en uno y otro caso, no es sólo estructural, sino que depende también de una disposición concreta del ordenamiento y es como dice Von Thur, en pocas materias tiene el legislador un poder tan arbitrario como en los preceptos de forma<sup>6</sup>.

Por otra parte, teniendo presente la necesaria relación entre lenguaje y Derecho, forma por contraposición a sustancia o materia, es lo que configura el ser de las cosas. Mientras que cuando se alude a forma como elemento estructural del negocio, se está manifestando que la forma es la figura externa del mismo.

Tal es la concepción de grandes doctrinarios, antiguamente, los grandes maestros del Pandectismo. Y es que la figura de una cosa, incluso desde antes de Aristóteles, tiene igualmente en la Metafísica y en la Lógica un significado propio, distinto del significado de la forma.

En esto se contraponen dos concepciones jurídicas distintas: el formalismo y el espiritualismo, concepciones que corresponden con los sistemas jurídicos primitivos o con los sistemas jurídicos evolucionados.

Pero en el Derecho moderno, la concepción formalista reaparece o se mantiene en aquellos casos en que el ordenamiento exige una forma especial; entonces tiene pleno sentido el aforismo *forma data esse rei*, al menos en sentido positivo.

Porque, en tales casos, la forma es esencial, o como se dice constituye un recaudo sustancial.

Por último, y con independencia de que el ordenamiento o la propia naturaleza de las cosas permitan, en vez de una declaración expresa, una

<sup>5</sup> Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona, 1966, p. 354 y s.s.

<sup>6</sup> Derecho civil. Teoría General del Derecho Civil alemán, trad. Cart., Buenos Aires, 1947, II-2, 176.

manifestación tácita o presunta de voluntad negocial, lo que se halla íntimamente relacionado con la forma, cuando hablemos aquí de forma, nos referimos al negocio jurídico estricto.

### **V. Forma y elementos del negocio**

La forma no es un elemento del negocio, sino que –tal como se dijera–, es la vestidura exterior de tales elementos (o de alguno de ellos). Ahora bien, de hecho, en ciertos casos puede ser discutible (y con frecuencia se discute por la doctrina), si no nos hallamos ante un recaudo de forma o frente a un requisito de sustancia. Ello ocurre porque no siendo siempre la forma exigida por la ley, forma del medio declaratorio empleado, sino, con frecuencia, solemnidades, ritos o procedimientos, éstos, a veces, pueden ser dudosos si se exigen como forma de la declaración o como elementos autónomos nuevos.

Para decidir si nos hallamos frente a un requisito de forma o ante un requisito de sustancia (elemento del negocio) hay que atenerse a la concepción del orden jurídico, y no pretender resolver la cuestión sólo a base de la naturaleza objetiva de la cosa de que se trate, ya que existen realmente determinados recaudos que no siendo en sí forma de algo (sino, siendo otro algo substancial) son, sin embargo pensados por la ley como meras formas o solemnidades que deben rodear a los estrictamente considerados por aquélla como elementos del negocio.

### **VI. Requisitos extrínsecos al negocio**

Hay determinados requisitos que la ley exige con relación a un negocio, que no son realmente ni requisitos formales ni sustanciales de dicho negocio, sino que son, con seguridad, extrínsecos, externos al mismo. Unas veces son precisos para que el negocio no devenga inválido, otras para su eficacia, o sólo para que produzca ciertos efectos, o para que los produzca y puedan oponerse a terceros.

### **VII. Forma y documentos**

La exigencia de forma queda cumplida con la realización o ejecución de la solemnidad. El negocio vale desde entonces. Pero puede ocurrir que

el cumplimiento de la forma deje o no rastro. Este no queda, si aquella es verbal; sí queda, si es escrita, porque, al cumplirla, se crea una cosa nueva: el documento, sea público o privado.

Ahora bien: hay que distinguir el cumplimiento de la forma, del documento. Este no puede menos de resultar creado como consecuencia de aquél, puesto que precisamente la forma consiste en una actividad que tiene como resultado el documento. Pero, cumplida la forma, el negocio es válido, y ya no requiere la posterior subsistencia del documento, cuya desaparición o destrucción no altera aquella validez, ya que, aunque se destruya, no se puede destruir la forma del negocio, es decir, el hecho de haber observado la conducta que creó el documento.

Puede ocurrir que para algo (ejercicio de derechos procedentes del negocio, o para hacer valer otros efectos de éste, o para probarlo, o, incluso sería pensable que para la propia validez del mismo), un Derecho positivo exija la existencia, o la posesión del documento. Más, sin embargo, tal exigencia no tiene nada que ver con la forma.

### **VIII. El principio de libertad de las formas**

El Código de Vélez formuló en el art. 974 el principio de libertad de formas y en el Código unificado, se enuncia en el art. 284 donde según el título “Libertad de formas”, se dice “si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley”. Y de manera específica, cuando se regulan las normas relativas a la “Forma” –art. 1015– se dispone, “Libertad de formas”. Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada.

Estos dispositivos legales, instituyen el principio básico de libertad de formas, en el sentido de que los actos formales son la excepción, por tratarse de actos o negocios jurídicos cuya solemnidad está expresamente establecida en los preceptos como forma impuesta, o bien por voluntad de las partes en ejercicio de la autonomía privada.

Es claro que las nociones de autonomía privada y libertad contractual están recíprocamente implicadas entre sí. Ampliando lo expuesto y vinculándolo con lo antes dicho, la noción más específica, de libertad contractual presupone la de autonomía privada.

Es que cuando se habla de la libertad de las formas, se está señalando que el Derecho positivo se conforma en general con los supuestos naturales del negocio jurídico. Ello así, pues la libertad de formas es la regla general del Derecho moderno: sólo en casos excepcionales se requiere una forma determinada.

La predeterminación de un instrumento para expresar la voluntad puede originarse en la ley por medio de un acto jurídico, como reflejo de la autonomía privada y en razón de la cual los particulares pueden celebrar convenios con el contenido que tengan por conveniente, siempre que resultare acorde a la ley, moral y buenas costumbres.

Hay que tener presente que la libertad para celebrar un contrato típico o atípico, implica darle la forma más adecuada, sin otros límites que los de la ley (imperativa). Supone, además, celebrar un acuerdo con tal objeto, esto es, un pacto para predeterminar una forma de la manifestación negocial, siendo notorio que lo expuesto es relevante para el derecho, pues de no reconocerse este poder dispositivo de las partes resultaría contradictorio que éstas, facultadas para elegir en el momento de la celebración de un contrato, una forma, no estén en condiciones de predeterminar aquélla con la que entiendan que están obligadas de futuro.

Sin embargo, la autonomía privada no puede excluir las formas negociales “ad solemnitatem”.

Desde otro punto de vista, la forma convencional es fungible, aunque fuera considerada esencial por las partes, precisamente porque sirve para componer los intereses particulares de los mismos interesados. Es sustituible por otra diversa, con la consecuencia de que el negocio concluido en forma distinta es válido, sin que adolezca, por este motivo, de ningún defecto o vicio.

No obstante, el principio de libertad de las formas, existen algunos supuestos donde se impone una especial exigencia: art. 1643 forma en la transacción escrita y si fuere de derechos litigiosos, debe ser presentada ante el juez de la causa; art. 1579, la fianza debe convenirse por escrito; art. 2369, la partición privada entre presentes y capaces puede hacerse en la forma y por el acto que se acuerde por unanimidad, etc.



## **IX. Funciones de la forma del contrato**

Los grandes lineamientos de las formas del acto jurídico son claros o lo suficientemente precisos para que no generen dudas al intérprete: dos ejemplos, que expongo dan la pauta que el tema es complejo y otras sencillo; revelando que siempre han de quedar pendientes flecos derivados del escaso conocimiento que el legislador suele tener de normas ajenas a su materia. Existen negocios rígidamente formales cuya validez se subordina al cumplimiento no sólo de una forma, sino de una determinada manera de cubrir esa forma: por caso el testamento ológrafo. En la hipótesis de la renuncia –art. 949– no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público.

La función más elemental de la forma es la de dar a conocer el acto jurídico realizado. Con esta función que puede denominarse función de publicidad –por caso, la aceptación en la donación–, la forma proporciona un dato objetivo de conocimiento del acto contractual, lo que hace posible su eficacia jurídica, su interpretación y su protección jurisdiccional.

Así, se da la forma ordenada y la forma libre. La forma de exteriorizar el querer puede ser libremente elegida por las partes, salvo que la ley imponga un modo determinado.

Supuesta la observación de la forma y, con ella, la existencia jurídica del contrato y se admitió en la forma y, con ella, la existencia jurídica del contrato, cabe reconocer en la forma una segunda función que atañe particularmente a la declaración de voluntad. Esta se conoce a través de la forma del contrato, en la que, durante el proceso formativo del acto contractual, ha ido plasmándose hasta quedar ella fijada definitivamente, manifestado el consentimiento, sólo queda de él la noticia que proporciona la forma del contrato. Esta sería la segunda función de la forma propiamente dicha: servir de base objetiva para la presunción de correspondencia del consentimiento exteriorizado con la voluntad real de los contratantes.

La observancia de la forma significa: a) que el acto contractual existe realmente y, por tanto, puede producir efectos jurídicos; esta función de publicidad, se ordena a la protección y seguridad jurídica del contrato; b) que el acto contractual, en cuanto revestido de la forma jurídica adecuada implica y postula un consentimiento cierto y en principio no viciado, serio, íntegro y se corresponde con un consentimiento real.

Forma asegura la función de publicidad y función de certeza, recaudo de la operatividad contractual.

### **X. Las llamadas formas *ad probationem***

No hay sino una sola clase de formas exigida por la ley a efectos formales: la forma *ad solemnitatem*. En cualquier otro caso, siendo la forma libre, el negocio puede adoptar cualquiera, sin que, por no adoptar una determinada, sea inválido.

Además de la forma *ad solemnitatem*, se habla de la forma *ad probationem*, establecida con el fin de permitir que el negocio pueda ser probado únicamente a través de la forma prescrita (*ad probationem*). Se establece con fines probatorios. Semejante forma sólo tiene que ver con la prueba de los negocios.

### **XI. Forma *ad probationem* y documento *ad probationem***

Diversa de la forma *ad probationem*, es la necesidad de probar documentalmente un negocio.

Es que celebrado el negocio observando la forma escrita, puede destruirse la escritura. De modo que si un Derecho positivo exige la forma escrita *ad probationem*, el negocio celebrado observándola podrá ser probado de cualquier manera con tal que se demuestre un hecho: que el negocio se celebró con la forma escrita. Ahora bien, si lo que el Derecho positivo exige es la prueba mediante el documento, entonces, destruido éste después de haber observado la forma, el negocio no puede probarse.

En el primer caso todavía sería exacto –dentro de la inexactitud– hablar de forma *ad probationem*; pero en el segundo, lo que se exige *ad probationem* no es la forma, sino el documento.

- a) Forma *ad probationem* –admitida, por usual, la terminología– debería significar: no se admite prueba si no se ha observado la forma *ad probationem* al celebrar el negocio.
- b) Documento *ad probationem* debería significar: no se admite prueba si no es mediante el documento que es o producto de haber observado la forma al celebrar el negocio o producto de haberlo recogido después documentalmente.

## **XII. Final**

Aunque la forma escrita constituya la especie –o formalidad– lo más frecuente del género forma no alcanza a monopolizarlo. El propio Código unificado ofrece una pluralidad de ejemplos al respecto; todos los contratos reales cuya perfección se subordina al cumplimiento de una forma concreta. También aquellos otros contratos que exigen para la plenitud de su eficacia, la inscripción registral; sin olvidar, un contrato solemne por naturaleza con forma sustancial, pero no escrita: el matrimonio.

Y a lo dicho sobre la forma se suma en la actualidad la tecnología y sus modalidades que sin superar la forma escrita se incorporan con perfiles propios.



# MANIPULACIONES PARA PERFECCIONAR LA RAZA HUMANA

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI<sup>1</sup>

## 1. La procreación de seres humanos con características especiales

### *a) Las manipulaciones genéticas para mejorar al hijo*

Cabe por de pronto poner de relieve la necesidad de hacer una clara distinción entre la terapia génica que se efectúa sobre los embriones o los fetos con la finalidad de curar enfermedades, de las manipulaciones que, en cambio, se realizan con el único objeto de lograr determinadas características de las personas por nacer, tales como una altura que se considere ideal, o un determinado color de ojos o de cabello, o seres con una mayor inteligencia, fuerza, elasticidad muscular o carácter, o que tengan especial facilidad para la ciencia, las matemáticas o la música, etc., etc. Lo cual no es inimaginable que se pretenda conseguir hasta inclusive por medio de la introducción de genes de animales en humanos, degradándose de tal manera a nuestra especie<sup>2</sup>. Aunque a estar a las declaraciones hechas por el doctor Ande Surne, director de la Clínica de Fertilidad de la Universidad de Trondheim, en Noruega, “fabricar bebés a medida es científicamente imposible”<sup>3</sup>.

Soutullo cita a Thomas Lee, quien en su libro *El Proyecto Genoma Humano* afirma que “quizá, cuando los genes estén disponibles, puedan ser

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 9 de mayo de 2019.

<sup>2</sup> El 06/10/2000 la Agencia Zenit informó sobre una denuncia de la organización ecologista Greenpeace, sobre la pretensión de dos empresas (Stem Cell Sciences de Australia, y Biotransplant de los Estados Unidos) de patentar embriones mixtos de cerdos y humanos en la Oficina de Patentes de Europa, habiendo esas empresas solicitado además derechos exclusivos sobre la manipulación genética de los embriones con esta tecnología.

<sup>3</sup> Entrevista del diario *La Nación*, edición del 15/07/2007.

colocados en la línea germinal para hacer a las personas más resistentes a las enfermedades, o más altas, o más inteligentes. Con esto, por supuesto, entramos en las controversias de la eugenesia”<sup>4</sup>. Por su parte, Romeo Casabona advierte que la terapia génica en la línea germinal está suscitando debates filosóficos, éticos y jurídicos, pues la ingeniería genética, de la que la misma se sirve, también abrirá la puerta a la selección o perfección de determinados caracteres del ser humano que pueden ser considerados *deseables*, y que se transmitirán a la descendencia, llegándose de tal manera a la eugenesia positiva<sup>5</sup>.

Leonardo Pucheta nos informa sobre una reciente publicación de la Revista *Nature*, que presenta las conclusiones de una encuesta llevada a cabo en distintos países sobre edición genética y sus usos. Los participantes se pronunciaron respecto de las finalidades terapéutica vs. de mejora (de la capacidad cognitiva y de perfeccionamiento de la memoria) asociadas a las herramientas de edición genética, tanto en adultos como a nivel prenatal. Pues bien, el estudio arrojó una clara preferencia por las aplicaciones terapéuticas por sobre las de mejora, producidas tanto antes como después del nacimiento. Afirmar Pucheta que “así en tanto las utilidades de *mejora* de la condición humana en términos transhumanistas ponen de relieve una clara apertura eugenésica, debemos estar atentos a sus consecuencias, pues lejos de suponer una superación de las limitaciones humanas, parece reflejar una imagen de lo contingente, de los límites naturales y por tanto, de lo propiamente humano. No se mejora un humano mediante su eliminación”. Y agrega que “la edición genética de células germinales supone una clara apertura a la eugenesia y el triunfo de la cultura “del más fuerte”, en cuyo marco los adultos determinarán las condiciones físicas e intelectuales de sus hijos y de las generaciones futuras”<sup>6</sup>.

Recordamos con respecto al tema, que en un artículo publicado el 12 de marzo de 2015 en la Revista científica *Nature*, distintos científicos reclaman una moratoria en las novedosas técnicas (CRISPR/Cas9) que permiten editar las características genéticas de los embriones, por cuanto puede tener efectos impredecibles para las futuras generaciones –imposibles de conocer

<sup>4</sup> SOUTULLO, Daniel. *La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy*, Madrid, 1997, p. 98.

<sup>5</sup> *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, 2000, p. 106.

<sup>6</sup> PUCHETA, Leonardo. “Estudio revela rechazo a la edición genética eugenésica”, en [www.centrode-bioetica.org](http://www.centrode-bioetica.org), del 18-12-2017.

incluso por años—, además de ser tenues los beneficios<sup>7</sup>. Como se explica en un editorial del diario *La Nación*, dicha técnica consiste en “una herramienta que permite editar o corregir el genoma de cualquier célula, incluidas las humanas; una especie de tijera molecular capaz de cortar con precisión y de manera controlada la molécula de ADN, eliminando o insertando nuevas secuencias genéticas”<sup>8</sup>. No obstante, el genetista chino He Jiankui —formado en la Universidad de Stanford— anunció en el año 2018 en Hong Kong, el nacimiento de dos bebés gemelas modificadas genéticamente, lo que ha sido criticado por la comunidad científica, puesto que dispara un proceso que difícilmente sea reversible; como es fácil de advertir, la cuestión se encuentra lejos de constituir una cuestión terapéutica, ya que se trata de mejoras que son transmisibles de una generación a otra, no conociéndose el impacto que ello pueda llegar a tener en las generaciones futuras. En el caso no solo se trató de evitar que las bebés fueran inmunes con respecto a determinada enfermedad, sino que, además, se habría logrado un agrandamiento de las capacidades cerebrales de las mismas en cuanto a la memoria y capacidad intelectual, de lo que, según entiende la comunidad científica, He Jiankui tenía previo conocimiento de que ello sucedería, por las anteriores investigaciones realizadas en ratones.

En lugar de actuar la ingeniería genética sobre la persona por nacer, también podría querer hacerse sobre alguien ya nacido, como ocurriría mediante la introducción de genes en células de un determinado individuo; aunque cabe aclarar que esto último todavía no se ha logrado sino muy precariamente y en contados casos, pues presenta ciertas dificultades —fundamentalmente, la de lograr introducir el gen que corresponde en el lugar adecuado—, que hasta ahora no han podido ser superadas satisfactoriamente.

Aparte de poner de relieve la problemática ética —en razón de violar la dignidad del hombre— resultante de la terapia perfectiva (¿cómo determinar qué genes se deberían transferir y a quiénes se debería hacer la transferencia?, y ¿cómo impedir la discriminación de los seres que no se vieran favorecidos por dicha terapia?), Teodora Zamudio afirma que el hecho de introducir un gen en las células de un individuo para que sinteticen mayor cantidad de un producto ya existente podría llegar a afectar en forma nega-

---

<sup>7</sup> LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás. “Científicos reclaman que no se haga edición genética de embriones humanos”, en [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org), informe de fecha 18 de abril de 2016.

<sup>8</sup> *La Nación*, edición del 27 de enero de 2019. Entre otros conceptos, en dicho editorial se afirma que “todavía es muy pronto para asegurar la precisión y seguridad de este avance científico, por lo que se impone una reflexión antropológica, ética e incluso geopolítica”.

tiva muchos otros procesos bioquímicos, existiendo el riesgo de poner en peligro el equilibrio metabólico global del individuo; lo cual, dice, también podría amenazar la dignidad del hombre<sup>9</sup>.

Debemos señalar que si bien la terapia perfecta puede por ahora ser en buena parte considerada como *ciencia ficción*, lo cierto es que la misma está en la mente de muchos científicos: de acuerdo a lo informado a fines de enero de 2002 por la Agencia de Noticias Zenit, en una entrevista concedida al semanario alemán *Der Spiegel*, el investigador Carl Djerassi, considerado como el *padre* de la píldora anticonceptiva, al referirse a los últimos avances en el terreno de la medicina reproductiva dijo que el deseo de los padres de concebir el mejor hijo posible dominará –al menos en los países ricos– el futuro de la reproducción humana<sup>10</sup>. Evidentemente ese deseo de los padres puede no ser en sí mismo criticable; pero, por lo general, sí lo es el medio empleado para lograrlo, pues no cualquier medio es lícito, y en particular, no lo es cuando se quiere lograr mediante una manipulación genética, o cuando el mismo consiste en la selección de embriones, desechando los que se consideran como *no deseables*. No cabe duda en el sentido de que, como se ha dicho, la selección de embriones afecta el derecho que tiene todo ser humano a la no discriminación<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> “Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones”, en Internet, [www.bioetica.org](http://www.bioetica.org).

<sup>10</sup> Además de la terapia perfecta, el logro de un hijo “a medida” se ha querido lograr por otros medios paralelos, tal como el de la compra de semen –que hasta inclusive se hace vía internet–, lo que ha sido ampliamente criticado por organizaciones familiares y de ética médica. Con fecha 20/08/2003 el diario Chicago Tribune informó sobre el nacimiento de dos niñas gemelas de una pareja lesbiana de Nueva York, que había obtenido el esperma del donante a través de la página web de una Clínica de California. Los potenciales compradores, se informó, podían realizar su selección usando la información del donante referida a la raza, tipo de sangre, ocupación y color de los ojos, así como también otros datos médicos y genéticos más detallados. A su vez el Sunday Times de Londres informa en su edición del 16/11/2003 que las Clínicas británicas de fecundación *in vitro* están ayudando a parejas de grupos étnicos asiáticos a producir bebés con óvulos de donantes blancos, para combinarlos con el esperma del hombre de la pareja asiática, dando como resultado un bebé mezcla de razas. Según la información, el Director Clínico de la London Fertility Center en Harley Street, Londres, afirmó que “aunque no es la principal razón, algunas parejas asiáticas piden óvulos blancos porque dicen que quieren un niño hermoso con la piel más clara” (Agencia de Noticias Zenit, del 21/02/2004).

<sup>11</sup> MORELLI, Mariano. “Constitución derechos humanos y fecundación asistida. Límites constitucionales y ético jurídicos a su regulación con motivo de un caso judicial”, en *Vida y Ética*, publicación del Instituto de Bioética de la Universidad Católica Argentina, AA.VV., Año 2, n° 1, Buenos Aires, 2001, p. 63. De más está decir que no se puede hacer con los semejantes lo que a otra persona le parezca correcto, por más bien intencionada que ella esté, debiendo respetarse a la persona humana en su dignidad que posee como tal, como ser único e irrepetible que es, y ello desde el comienzo de su vida, o sea, desde la concepción.



Jacques Testart, médico que obtuvo la primera concepción *in vitro* de un bebé francés, señaló claramente que de remedio contra la esterilidad, la fertilización *in vitro* se convertiría en una técnica de selección genética, por lo que al advertir sobre la utilización eugenésica de esa técnica, dijo que “la próxima etapa es un diagnóstico genético para conocer, primero, el sexo del embrión; segundo, su normalidad cromosómica, y finalmente, quizás dentro de veinte o treinta años, la posibilidad de determinar el color del pelo o la estatura”<sup>12</sup>. Bustos Pueche se ha preguntado, por su parte, qué hacer con los embriones cuando al actuar sobre los obtenidos *in vitro* se detecte que se encuentran afectados ya sea de enfermedades o malformaciones; y contesta: “No hace falta excesiva imaginación para barruntar la respuesta posible, al menos en muchos casos. ¿Y por qué detenerse en las enfermedades? ¿No es mejor ser alto que bajo, o fornido que débil? Manipúlense los genes, sustitúyanse o, simplemente, destrúyanse embriones hasta lograr uno que satisfaga a los clientes: en ese momento entraríamos en la cría selectiva del ser humano. ¿Y qué pensar de los aspectos económicos de la eugenesia? Ya se comprende que sólo los ricos podrían acceder a semejantes técnicas eugenésicas, acentuándose de esa manera en forma ciertamente indeseable, las desigualdades sociales. Los pobres se tendrían que conformar con hijos *al azar*. Los pudientes podrían encargar hijos a su gusto”<sup>13</sup>.

De más está señalar que esa selección podría llegar a lograrse en el futuro mediante la denominada *ingeniería genética*, que Stella Maris Martínez ha definido como el conjunto de “las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el fin de superar enfermedades de origen genético (terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie (manipulación genética)”<sup>14</sup>.

En el mes de septiembre de 2000 la Asociación Americana para el Avance de la Ciencia publicó un dictamen elaborado por un grupo de trabajo so-

<sup>12</sup> Transcripto por SERRANO, Rafael, “Eugenesia de embriones para evitar enfermedades”, en Internet, [www.granavenida.com](http://www.granavenida.com). Ver también BUSTOS PUECHE, José Enrique, *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, 1996, ps. 25 y 169.

<sup>13</sup> *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, cit., p. 25.

<sup>14</sup> “El impacto de las nuevas biotecnologías genéticas en las relaciones de familia”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 21, p. 80.

bre los problemas éticos, religiosos y políticos que plantean las modificaciones genéticas humanas heredables, el que aborda el cuestionado tema de las intervenciones genéticas en seres humanos con consecuencias en la herencia genética de las generaciones futuras. Las posibles intervenciones de este tipo se podrían referir no sólo al tratamiento o eliminación de enfermedades, sino también a la mejora de características humanas más allá de lo necesario para preservar o restaurar la salud. El informe muestra su preocupación de cara al futuro, y concluye que este tipo de intervenciones o de experimentaciones –con las cuales se muestra en desacuerdo– no pueden ser efectuadas en la actualidad de forma segura y responsable en seres humanos, y que los individuos o las parejas no tienen derecho a utilizar la tecnología para controlar los genes de sus hijos tal y como deseen; el poder de seleccionar la constitución genética y las características de los descendientes –se afirma– plantea problemas éticos y sociales de tal relevancia, que no constituyen una opción personal, por lo que deben ser objeto legítimo de regulación pública para proteger los valores básicos de la comunidad y los intereses de los niños, que no deben ser producto del diseño de otras personas, atentando de tal manera contra su libertad. Se recomienda asimismo que la modificación genética heredable sólo sea usada en casos claramente terapéuticos, aunque se pone de relieve que debido a que las tecnologías son las mismas en ambos casos, desde un uso terapéutico se puede fácilmente deslizar a otro que no lo es. Carlos Lema Añón, de quien hemos tomado la información, afirma que la propuesta de quienes, por el contrario, consideran que los padres sí tendrían derecho a escoger las características de su descendencia sin prácticamente otro límite que las posibilidades tecnológicas puestas a su alcance, constituye lo que podría ser denominado un *eugenismo de mercado*, por contraposición al *eugenismo social o de Estado* de finales del siglo XIX y principios del XX, y que este nuevo eugenismo, que ya no habla de filantropía o de mejora de la raza, sino de libertad de elección, se presenta “como la única alternativa, como ineluctable y como un proceso que en el fondo es independiente de cualquier voluntad de modificarlo”. Agrega que el mismo se muestra con un rostro humano, ya que “no pretende imponer nada coactivamente, sino sólo ofrecer promesas de mejora a quien quiera tomarlas... adaptadas a una sociedad de mercado competitiva, en coherencia con un programa de *perfeccionamiento* de los individuos basado en normas sociales no coactivas o *genotipos económicamente exitosos*”<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Antes de Beatriz. *Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección de sexo*, Granada, 2003, ps. 168 y sigtes.

Con fecha 21 de noviembre de 2000 la Agencia de Noticias Zenit informó que el diario británico *The Daily Express*, del 25 de octubre de ese mismo año, citaba al científico estadounidense Greg Stock, profesor de la Universidad de California, al afirmar éste en una reunión de expertos en fertilidad realizada en la ciudad de San Diego, que “el *sucio negocio* del deseo de procrear en las partes más ricas del mundo pasará a la historia como la toma de control de los humanos de su evolución a través de la creación de *niños diseñados*”; dijo Stock que cuando se identifiquen más genes, cobrará importancia la selección genética para reducir el riesgo de concebir un niño con determinadas enfermedades, y que el niño tendrá que pasar un *test* antes de nacer, pareciendo seguro que el día de mañana “se pensará que es poco prudente tener un niño sin selección genética, algo así como tener hoy un niño sin selección prenatal”. Lord Winston, un experto británico en fertilidad patentó una técnica que desarrolló en colaboración con investigadores del Estado de California, en los Estados Unidos, mediante la cual se puede alterar genéticamente esperma para evitar que los hijos hereden de los padres características no deseadas, pudiendo asimismo utilizarse dicha técnica para crear lo que se ha dado en llamar *bebés de diseño*<sup>16</sup>.

Informa el diario *La Nación* con fecha 13 de marzo de 2019, que la empresa Genomic Prediction está desarrollando un servicio de predicción de inteligencia, que según la empresa ayudará a los padres a identificar y rechazar embriones con un riesgo alto de convertirse en niños con bajo coeficiente intelectual. Doron Blake ha sido uno de los primeros norteamericanos fruto del diseño de niños, el cual fue concebido usando semen seleccionado especialmente con la finalidad de conferirle un alto cociente intelectual y hacer de él un genio de la ciencia, música y artes visuales; y si bien en los exámenes de su escuela sacó la máxima puntuación en matemáticas, toca el piano, la guitarra y la cítara con facilidad, ha tenido dificultades emocionales y tartamudea, y la ciencia le parece aburrida, habiendo sido *Religión comparada* la materia elegida para su graduación<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Esto fue informado por el diario *La Nación* en su edición del 13 de diciembre de 2000. Una bióloga del Instituto de Tecnología de California en Pasadena destacó que la tecnología en cuestión podría ser utilizada para crear animales con genes humanos, aptos para el trasplante de órganos, aunque señaló que se emplearía principalmente en el ser humano.

<sup>17</sup> La concepción de Doron Blake formó parte de un proyecto del Repository for Germinal Choice, una institución fundada por Robert Graham en 1980 al sur de California, más conocida como el Banco de Semen de Genios. Su padre era conocido sólo como Batch 28, mientras que su madre es una psicóloga del movimiento New Age. Véase lo expresado sobre el tema por TARABORRELLI, José N. y BIANCHI, Silvia N., “Fertilidad asistida. El derecho del donante a conocer el destino del componente

Por otra parte y como bien puntualiza Daniel Soutullo, “en contra de lo que creía Galton la brillantez intelectual no tiene por qué ir unida en absoluto a las cualidades físicas, y las aptitudes artísticas no aparecen asociadas a una mayor resistencia a las enfermedades. Individuos que por unos motivos deberían ser seleccionados, quizás por otros motivos pasarían a engrosar la lista de los desafortunados. No existen criterios objetivos de ningún tipo, basados en consideraciones biológicas o no, al margen de los valores culturales y sociales, para realizar una selección de los caracteres que serían deseables desde el punto de vista de la mejora genética de la humanidad. Por supuesto, es muy discutible que el progreso social y moral de la humanidad pase por una mejora de su dotación genética”<sup>18</sup>.

Como se advierte, esta manipulación de los genes para lograr el mejoramiento de la raza humana, o de algunas personas en particular, haciéndolas más resistentes a las enfermedades, o más longevas o inteligentes, etc., es una cuestión que se ha venido tratando de desarrollar desde hace un tiempo. John Harris ha afirmado al respecto que “los beneficios de producir algunos seres humanos transgénicos con funciones realzadas son formidables, y estos beneficios podrían redundar en la sociedad en su conjunto así como en los individuos mismos... Se podrían usar exploraciones genéticas para examinar fenotipos adultos probables (constitución, estatura, inteligencia, etc.), y solamente serían empleados o se permitiría llegar a término a los embriones prometedores”<sup>19</sup>.

Fácil resulta imaginar la distancia de capacidades que por el uso de la ingeniería genética podría llegar a producirse entre los distintos pueblos o países, según que sus habitantes pudieran o no acceder a la aplicación de las técnicas de que se trata, lo cual estaría determinado por la capacidad económica; ello aparte del riesgo resultante de la eventual posibilidad de que se pretendiera crear seres para que funcionen como esclavos, de lo cual

---

genético (Aspectos a tener en cuenta para una futura legislación)”, JA, 1996-II-799; y RODRÍGUEZ FUENTE, Marta, “Niño objeto de deseo”, en Internet, [www.mujernueva.org](http://www.mujernueva.org), donde al referirse al caso de Doron Blake, afirma que, en realidad, basta con que cada persona sea considerada como sujeto en vez de objeto, o, dicho en lenguaje kantiano: que sea siempre un fin, y no, en cambio, un medio. “Un niño –dice– no puede ser un medio para la realización de sus padres, ni una esposa la realización de su marido y viceversa”. La persona “no puede ser concebida como un medio para alcanzar felicidad, descanso, realización, pues eso supondría pervertirla y degradarla”.

<sup>18</sup> *La Eugenesia. Desde Galton hasta hoy*, cit., ps. 139 y sigte.

<sup>19</sup> *Superman y la mujer maravillosa*, Madrid, 1998, cit. por SOUTULLO, Daniel, “El concepto de eugenesia y su evolución”, p. 56.

alerta Mirta Videla, entre otros<sup>20</sup>. Desde otro ángulo, Martínez Bullé Goyri afirma que no resulta posible que en países desarrollados se pueda estar pensando en lograr determinado color de ojos para el niño que se quiere tener, mientras que en otras regiones del mundo, que también contribuyen con su riqueza al bienestar de los habitantes de los países poderosos, miles o millones de personas mueran sin remedio, ya sea de hambre o de enfermedades, lo cual, a su juicio, se ubica en el campo de la responsabilidad, en lugar de en el de la solidaridad<sup>21</sup>.

Recordamos asimismo una información del periódico británico *The Sunday Times* del 25 de septiembre de 2016, que aunque por medios distintos a la ingeniería genética, informa sobre una aplicación para uso de teléfonos móviles, que permite a las mujeres que desean concebir un hijo mediante procreación asistida, seleccionar un donante de semen conforme determinadas características socioculturales y fenotípicas, como la nacionalidad, nivel educativo, empleo, color de ojos y de piel, estatura o peso, brindando además una descripción de la personalidad del donante. El servicio se contrata por medios electrónicos y tiene un costo de novecientos cincuenta libras<sup>22</sup>. De más está poner de relieve la crítica de procedimientos tales como el descripto, que mercantiliza la procreación asistida, menoscabando la dignidad del niño, al que priva del vínculo filial paterno y del derecho de conocer a su padre, privándolo además de la identidad que le corresponde.

### ***b) Las denominadas “deficiencias de diseño”***

Claro que no siempre la manipulación es utilizada para mejorar al niño por nacer, sino que, por el contrario, la selección del embrión también se ha practicado con la finalidad de seleccionar uno con una enfermedad o incapacidad determinada, como la sordera o el enanismo, para que el bebé pueda compartir esas características con sus padres.

---

<sup>20</sup> *Los derechos humanos en la bioética*, Buenos Aires, 1999, p. 56. Se ha dicho que en el futuro la ingeniería genética permitirá a los científicos crear híbridos humano-animales, entremezclando el material genético de ambos; con motivo de lo cual hay quien se ha llegado inclusive a preguntar que si hoy en día se ha permitido el patentamiento de animales que poseen genes humanos, ¿será posible en el futuro patentar humanos que posean genes de animales?

<sup>21</sup> “Derechos humanos y genética en el contexto de la cooperación internacional”, en *Bioética y genética*, AA.VV., Buenos Aires, 2000, p. 204.

<sup>22</sup> BERTI GARCÍA, María Bernardita, “Gran Bretaña: Banco de esperma ofrece la aplicación papá a la carta”, en [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org) del 21 de noviembre de 2016.

De las 186 clínicas consultadas en los Estados Unidos de América, cuatro reconocieron haber implantado embriones con algún tipo de defecto, a pedido de los padres, que defienden su libertad para recurrir a la selección de embriones con defectos, para tener hijos como ellos mismos<sup>23</sup>.

## **2. Las manipulaciones genéticas con finalidad perfectiva violan la dignidad humana y crean un riesgo para la especie**

En efecto, dichas manipulaciones violan un valor fundamental como es el de la dignidad humana<sup>24</sup>, además de pretender crear distintas categorías de personas, de acuerdo a los genes que posean, lo cual abre la puerta a la eugenesia y a la discriminación racial<sup>25</sup>. Por otra parte, en esos supuestos el embrión deja de ser apreciado por su valor intrínseco, por ser una vida humana, pasando a serlo por el resultado que con el mismo se puede conseguir, por lo que de ser un *sujeto* pasa a convertirse en un *objeto* del deseo de los padres<sup>26</sup> y, en consecuencia, en una mercancía, con lo cual se abre el camino a una lógica mercantil de demanda y oferta, sostenida por un mercado de la reproducción humana<sup>27</sup>.

La manipulación genética es sin duda condenable cuando se encuentra dirigida a seleccionar la identidad genética del individuo, o los caracteres hereditarios, debiendo protegerse la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético, con fundamento en el derecho a no ser producto de patrones genéticos artificiales<sup>28</sup>. Se ha hablado al respecto de prestaciones

<sup>23</sup> Información del diario *El Tiempo*, de Colombia, en su edición del 01/02/2007.

<sup>24</sup> Entre los muchos autores que en forma prácticamente unánime se han pronunciado contra esa especie de manipulación, recordamos a MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., quien afirma que “la posibilidad de efectuar modificaciones masivas para seleccionar ciertas características de la población es claramente violatoria de numerosos derechos humanos” (Bioderecho, Buenos Aires, 1998, ps. 89 y sigtes.); LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., Procreación humana artificial: Un desafío bioético, Buenos Aires, 1995, p. 354; FERRER, Francisco A. M., “El embrión humano y la nueva Constitución”, JA, 1995-II-868; APARISI MIRALLES, Ángela, “Aspectos científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”, E.D., p. 966, quien destaca la carga discriminatoria y lesiva de la dignidad humana que una actitud de esa naturaleza encierra.

<sup>25</sup> OSSET HERNÁNDEZ, Miquel, *Ingeniería genética y derechos humanos*, Barcelona, 2000, p. 106.

<sup>26</sup> IÑEZ PAREJA, Enrique, “Retos éticos ante la nueva genética”, en *La Eugenesia hoy*, AA.VV., Bilbao-Granada, 1999, p. 219.

<sup>27</sup> COZZOLI, Mauro, “El embrión humano: aspectos ético-normativos”, en *Identidad y estatuto del embrión humano*, AA.VV., Madrid, 2000, p. 250.

<sup>28</sup> ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, Mercedes. *La clonación y selección de sexo ¿derecho genético?*, Madrid, 1998, ps. 66 y 125 y sigtes.

médicas destinadas a satisfacer el deseo de la gente, en lugar de ocuparse de curar, o de prevenir la enfermedad; se trata –se ha dicho– de satisfacer una demanda cuyo único límite es la oferta médica, que no siempre tiene a la ética como norte.

Mirta Videla critica a la eugenesia cuando ésta es utilizada para transformar la reproducción de seres humanos en producción de seres elegidos, perfectos, seleccionados por medio de la eliminación, de la exclusión o la manipulación genética<sup>29</sup>. Destacamos el contenido de la Recomendación n° 1046 del Consejo de Europa, en cuanto en la misma se invita a los Estados miembros a prohibir las manipulaciones o desviaciones no deseables de las técnicas de fecundación *in vitro*, entre las cuales pone de relieve, entre otras prohibiciones, “la creación de seres humanos por clonación u otros métodos, para la selección de razas u otros fines, y la creación de gemelos idénticos” (n° 14, a, iv). A su vez en el artículo 3 inciso 2° de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del 28 de septiembre de 2000, se estableció que “en el marco de la medicina y la biología se respetarán en general... la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas”.

Iáñez Pareja señala con razón que el peligro de la ingeniería genética resultaría del hecho de pretender los padres tener el derecho de aspirar de un modo sistemático y tecnológico al hijo perfecto, fruto de sus fantasías y en base a modas más o menos caprichosas del entorno social y político, instrumentalizándolo y coartando, de tal manera, la libertad de éste para su autodescubrimiento<sup>30</sup>. Una manipulación de esa naturaleza, se ha dicho, estaría violando los derechos humanos de la descendencia, el derecho a la propia determinación, además del poder que por sí mismo tiene de producir un daño colectivo a la especie humana, que podría ser de gran trascendencia<sup>31</sup>. Recordamos al respecto que el artículo 57 del Código Civil y Comercial establece la prohibición de *toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia*.

<sup>29</sup> Los derechos humanos en la bioética, cit., p. 58. Graciela N. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ se muestra conforme con la crítica a la manipulación genética destinada a modificar los rasgos humanos codificados por un gran número de genes determinantes de los rasgos específicos de la personalidad, inteligencia, carácter, etc., que considera de gran peligrosidad (“Responsabilidad derivada de la biotecnología”, en *La Responsabilidad*, AA.VV., Libro en Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg, Buenos Aires, 1995, p. 193).

<sup>30</sup> “Retos éticos ante la nueva genética”, cit., p. 219.

<sup>31</sup> MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “Responsabilidad derivada de la biotecnología”, cit., ps. 192 y sigtes.

No hay que dejar de lado que los organismos vivos son más complejos que los que a primera vista puede parecer, pudiendo la manipulación genética producir efectos inesperados e indeseables, no detectables a corto o mediano plazo, y que en un futuro podrían llegar a cambiar en forma negativa a la raza humana, tal como hoy la conocemos. Los riesgos de la tecnología genética son por demás evidentes, pudiendo inclusive producirse efectos irreversibles sobre nuestra raza, habiéndose señalado al respecto, aunque al referirse a los animales, que la liberación de organismos vivos *diseñados* en el laboratorio mediante ingeniería genética constituye en la actualidad un peligro para la estabilidad ecológica del planeta de magnitudes comparables a la amenaza nuclear, no debiendo olvidarse que a diferencia de la contaminación química, la genética se reproduce, evoluciona y se dispersa de una forma absolutamente incontrolable y, en gran medida, imprevisible. Se ha puesto de relieve al respecto que, de hecho, los métodos experimentales de inserción del gen que emplean las compañías de biotecnología no se pueden calificar de precisos y sofisticados, como las mismas alegan, sino que en ellos hay un elemento aleatorio, siendo inevitables los efectos secundarios y los accidentes, habiéndose evaluado científicamente los riesgos como ilimitados<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> “Manipulación Genética”, trabajo realizado por el Group Public Projects, en [www.pangea.org](http://www.pangea.org).



# LA REALIDAD COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO

POR SIRO M. A. DE MARTINI<sup>1</sup>

1. El pasado 5 de abril fue presentado ante la H. Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de “Ley de protección de embriones no implantados”<sup>2</sup>. En cuanto a su contenido, el proyecto puede considerarse cuando menos paradójico ya que permite que el embrión sea criopreservado, utilizado para la investigación e, incluso, eliminado. Muchas y variadas críticas podrían hacerse a esta iniciativa legislativa, tanto jurídicas como morales, filosóficas como biológicas, y aún en cuanto a sus incoherencias y contradicciones internas. En realidad, y para no ir sino a lo central, puede decirse que el proyecto merece los mismos reparos que –en cuanto a su constitucionalidad– hiciera esta Corporación a una iniciativa similar que en el año 2014 aprobara la Cámara de Diputados<sup>3</sup>. Pero no es esta la cuestión que en esta ocasión me interesa analizar.

Estos proyectos, al igual que el proyecto del Código Civil y Comercial<sup>4</sup>, o la interpretación que cierta doctrina hace del vigente<sup>5</sup>, o el fallo de la Corte

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 23 de mayo de 2019.

<sup>2</sup> Expediente 1541-D-2019.

<sup>3</sup> Declaración sobre la proyectada ley de regulación de descarte y destrucción de embriones, del 13 de noviembre de 2014, por el que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales solicita al H. Senado de la Nación el rechazo del proyecto aprobado por la H. Cámara de Diputados. En <http://academiadederecho.org.ar/pdfs/95.pdf>

<sup>4</sup> <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>

<sup>5</sup> Entre otros, Kemelmajer de Carlucci, Aída-Lamn, Eleonora-Herrera, Marisa: “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, LL 2013-A, pág. 907; Lamm, Eleonora: “El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial”, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/05/>; de la misma autora: “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”. La Ley, Suplemento especial sobre el nuevo Código Civil y Comercial, XX; Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso (Directores): Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (comentario al art. 19 por Marisa Herrera). Infojus, 2015; Cerrutti, María del Carmen - Plovovich, María Cristina: Persona humana: Comienzo de la existencia. DFyP 2014

interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica”<sup>6</sup>, para no citar sino los principales ejemplos, tienen en común el dejar planteado un problema de una inusitada gravedad: ¿Quién o qué es el embrión humano no implantado?

En efecto, en todos estos casos –partiendo de una discutida interpretación de la palabra “concepción”– se ha negado el carácter de persona al embrión todavía no implantado en el útero materno. Pero “persona”, según norma de jerarquía constitucional<sup>7</sup>, “es todo ser humano”. Ahora, si el embrión humano no es un ser humano, ¿qué es? ¿a qué categoría de entes pertenece? Ni los legisladores, ni los juristas, ni los jueces, han pretendido categorizar a los embriones humanos como cosas o como vegetales o como animales. Parecería más bien que nos encontramos frente a un nuevo tipo de seres (presumiblemente vivos) creados por el derecho. Pero, ¿es esto lógica, ontológica o jurídicamente posible, quiero decir, verdaderamente posible?

2. Philip Dick es un reconocido escritor de ciencia ficción que, en el año 1974, escribió un cuento llamado “Las prepersonas”<sup>8</sup> en el que, aunque en torno al tema del aborto, se plantea una cuestión de similares características a la que nos ocupa. En él, el autor nos describe un mundo en el cual el Congreso ha determinado que se es persona a partir de los doce años, con el fundamento de que ese es el momento en que el alma entra al cuerpo; a los menores de doce, es decir, a las prepersonas, sus padres pueden entregarlos a la autoridad pública para que sean eventualmente adoptados o, al cabo de un mes, eliminados. El tema había dado lugar a discusiones y a diversas propuestas en torno a la edad. Por fin, se había llegado a un consenso en torno a los doce años. El Congreso entonces había determinado el fundamento: la habilidad para resolver problemas matemáticos complejos (como el álgebra) podía considerarse una prueba de la penetración del alma en el cuerpo. Hasta ese momento, se era sólo cuerpo, cuerpo e instintos animales, reflejos animales y respuestas a estímulos.

Angustiado, Walter, el protagonista, le dice a su madre que él no siente

---

(mayo), Online: AR/DOC/874/2014.

<sup>6</sup> En [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>7</sup> Art. 75, inc.22 CN: Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1º, inc.2.

<sup>8</sup> “The prepersons”, en “We can remember it for you wholesale”. Orion Books Ltd, London, 2000, p. 275-296.

que en algún momento un alma haya entrado en su cuerpo. Su madre le responde: “es sólo una cuestión legal”. Todo lo demás –según aparece inmediatamente en el cuento–, no es otra cosa que un mal disimulado ropaje pseudo-científico pergeñado con el único propósito de conseguir un fin: incrementar la edad hasta la cual los padres pueden eliminar a sus hijos no deseados.

El cuento, decíamos, fue publicado en 1974, al año siguiente de que la Corte Suprema de los EEUU resolviera, en *Roe vs. Wade*, la constitucionalidad del aborto con el fundamento de que sólo son personas los ya nacidos, lo que convertía la Enmienda XIV a la constitución de aquel país en inaplicable al nasciturus<sup>9</sup>. Entrevistado, Dick dijo que se había inspirado en *Roe vs. Wade*.

**3.** Aunque en nuestro país ha surgido con toda vehemencia a partir de la necesidad de regular la fecundación artificial y quizás, sobre todo, a partir de las diversas posturas en torno al artículo 19 del CC y C, la cuestión de quién o qué es el embrión humano y, en particular, el no implantado, lleva décadas de discusión en el mundo científico, filosófico, teológico y, por supuesto, jurídico<sup>10</sup>. Siempre de la mano del deseo de poder experimentar con embriones humanos producidos artificialmente.

Una buena síntesis del problema y de sus consecuencias, puede hallarse en una conferencia dictada en 1994, por el médico y bioeticista Gonzalo Herranz. Decía entonces: “Hay razones para sospechar que en buena medida el destino de la humanidad vendrá fuertemente determinado por la respuesta a la pregunta de si el embrión humano es una cosa, un hombre o una entidad intermedia todavía por definir. La noción que termine imponiéndose fijará el tono moral de la sociedad del futuro. Determinará, a fin de cuentas, las relaciones interhumanas”<sup>11</sup>.

Si siguiendo estas posibilidades lógicas, podríamos reformular o ampliar las preguntas iniciales de este modo: ¿quién debe dar esa respuesta? ¿quién debe determinar la entidad del embrión humano no implantado? En todo

---

<sup>9</sup> <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html>. IX, A.

<sup>10</sup> Un detallado análisis de los principales argumentos teológicos, filosóficos y biológicos en las últimas décadas en Huarte, Joachim: “La reflexión teológico-moral sobre el embrión preimplantatorio”. EUNSA, 2014.

<sup>11</sup> En “Ética de las intervenciones sobre el embrión preimplantado”, Universidad de Navarra, Anuario filosófico, Vol 27, No 1 (1994), p. 127.

caso, ¿puede el legislador –o el hombre en general– crear nuevos seres reales? ¿depende del legislador, juez o jurista lo que las cosas son, lo que la realidad es, o debe el legislador atenerse a lo que es y existe y, eventualmente, regularlo respetando su ser?

Por fin, y más en general: ¿cuál debe ser la relación entre el derecho y la realidad?

4. Como es sabido, el Código Civil y Comercial, vigente desde el 1° de agosto del 2015, llama al Título I del Libro Primero “Persona humana”, adoptando así la acertada terminología del Proyecto de reformas de 1998. En el fundamento de este último, sus autores decían: “Se adopta la terminología personas humanas a lo largo de todo el Código. Pese a que en este Proyecto se han insertado definiciones en todos los casos en que se consideró necesario, no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. Es la noción de persona que alberga la Constitución Nacional desde su misma sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la asamblea de 1813, y la que fue ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las convenciones y tratados de derechos humanos en el texto que rige a partir de la reforma de 1994”<sup>12</sup>.

Sin embargo, tanto el anteproyecto como el proyecto que diera lugar al Código vigente, se apartaron de este criterio realista y humanista. En efecto, el artículo 19 del Proyecto establecía que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.

En un comentario del Proyecto, Tobías elogiaba la elección de la locución “persona humana” por ser “una noción que proviene de la naturaleza

---

<sup>12</sup> Fundamentos del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998, Libro segundo, título I, 2.

y es anterior a la ley... Más aún la terminología adoptada por el Proyecto es suficientemente caracterizadora: es la calidad de “ser humano” lo que determina la condición de “persona humana” para el Derecho”. Lamentablemente –agregaba críticamente– el Proyecto no ha sido de ningún modo coherente con la terminología adoptada, al pretender privar de la calidad de “personas humanas” a determinados “seres humanos”. Veía entonces nuestro autor, en la referencia al embrión no implantado, el propósito de la reforma de quitar cualquier obstáculo a la fecundación artificial, aún a costa de falsear la realidad del embrión humano. Son sus palabras: “la propuesta de “despersonalización” del embrión extracorpóreo limitaría los obstáculos ético-jurídicos que suscita la fecundación extracorpórea, en aspectos tales como la eliminación de los llamados embriones “supernumerarios”, la selección de embriones destinados a la transferencia (diagnóstico preimplantatorio), la creación de los mismos para la experimentación científica, la obtención de células de embriones clonados”<sup>13</sup>. A lo cual habría que agregar, en lugar preeminente, la criopreservación de los embriones.

**5.** Antes de proseguir el camino que nos llevará a la redacción actual del art. 19 y a las consecuencias que su interpretación sesgada ha originado, permítasenos detenernos en una particularidad asombrosa que contenía aquella proyectada redacción del artículo 19, relativa también al comienzo de la vida pero, en este caso, a lo que podría llamarse el doble comienzo de la vida. Aunque ha desaparecido del Código Civil y Comercial vigente, es un buen ejemplo de los extremos a los que pueden llegar los juristas cuando, desentendiéndose de la realidad, sólo buscan alcanzar el resultado que desean. Como hemos citado, el artículo preveía dos distintos momentos para el comienzo de la existencia de las personas: la concepción en el seno materno (cuando el embrión era concebido de modo natural) y la “implantación” en el útero de la mujer (en caso de fecundación artificial). Como existir es “tener vida” y “persona es todo ser humano”<sup>14</sup>, lo que se estaba afirmando es que el comienzo de la vida del ser humano puede ocurrir en dos momentos diferentes.

Una de las autoras de este proyecto –refiriéndose al tema de la filiación– justificó la norma con estas palabras: “Dado que ambos tipos filiales parten

<sup>13</sup> Tobías, José W.: La persona humana en el Proyecto. LL-2012-D, 743.

<sup>14</sup> Ya citado art. 1, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

de supuestos fácticos diferentes (el presupuesto de hecho de la filiación por naturaleza es la existencia de un acto sexual; el de la reproducción humana asistida es la intervención médica, más allá de que se trate de tratamientos de baja, media o alta complejidad), no debe llamar la atención que también sea distinto el momento en el que comienza jurídicamente la persona”<sup>15</sup>.

Si queremos analizar las implicancias de la norma y de su pretendida justificación, debemos por un momento poner a un lado la debilidad del argumento en cuanto confunde lo accesorio con lo principal. En efecto, lo relevante para el comienzo de la vida es la fecundación del óvulo por el espermatozoide y no el lugar o circunstancias en que esto ocurre.

Pero lo más llamativo e importante para nuestro análisis, es la afirmación en sí misma en orden a que el ser humano pueda comenzar a vivir en dos momentos distintos. Con el extraño agregado de que esto “no debe llamar la atención”. Por supuesto que podríamos preguntarnos cuál es la situación del embrión concebido in vitro antes de comenzar a vivir. Pero ello lo haremos más adelante. Los puntos que quisiera remarcar ahora del argumento, por su interés para esta comunicación, son los siguientes: a) la afirmación de que el comienzo de la existencia de un mismo ser pueda ocurrir en dos momentos distintos (por el sólo hecho de que los gametos se hayan unido dentro o fuera de la hembra), es contraria a la biología y a la lógica, b) sin embargo, eso no parece tener importancia desde una perspectiva jurídica, c) la referencia al “momento en que comienza jurídicamente la persona” (y habrá que insistir en que “persona es todo ser humano”) da a entender que es, o puede ser, el derecho quien determine cuando comienza la vida humana, d) que esta determinación la puede hacer el derecho, es decir, el legislador, por sí mismo y con absoluta prescindencia de la verdad objetiva de las cosas, ejerciendo entonces una función creacional según las necesidades, conveniencias o ideologías de quienes tengan el poder para hacer las normas.

Por fin, como hecho de relativo valor jurídico, podemos destacar que, en la inteligencia de los autores del anteproyecto había una clara distinción entre el momento biológico de la concepción y el de la “implantación del embrión en la mujer”.

---

<sup>15</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora: “El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común”. LL 2012-D, 925.

6. Modificado y desmembrado el proyectado artículo 19, la última parte fue incorporada como norma transitoria segunda del artículo 9° de la ley 26.994, aprobatoria del Código Civil y Comercial, estableciendo: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.” Seguido de la aclaración: corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La interpretación que se ha hecho de esta norma transitoria aparece casi inexorablemente unida con la interpretación que se le ha dado a la palabra “concepción” del texto del artículo 19: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Esto es así porque sólo si por “concepción” se entiende “implantación” del embrión en el útero materno, puede argumentarse que el embrión no implantado no es persona. Además está decir que todos los argumentos favorables a esta postura tienen como inocultable trasfondo el propósito de justificar la licitud moral y jurídica de diversas prácticas asociadas a la fecundación artificial.

Un hito de innegable importancia para esta interpretación del artículo 19 y, consecuentemente, de la norma transitoria segunda, es el fallo Artavia Murillo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto identifica los conceptos de concepción e implantación del embrión humano<sup>16</sup>.

Los argumentos de la sentencia –tendientes todos a demostrar que si como consecuencia de la práctica de la fecundación artificial se elimina un embrión no se elimina a una persona y, por tanto, no se viola el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, no son, en general, novedosos. Han sido materia de bien fundadas críticas, las que exceden el objeto de esta comunicación<sup>17</sup>. Por ello mismo, tampoco me ex-

---

<sup>16</sup> P. 186.

<sup>17</sup> Por cierto que, en el plano estrictamente jurídico, se han dado argumentos contrarios tendientes a mostrar que la palabra “concepción” ha tenido y tiene en nuestro orden jurídico el sentido inequívoco de “fecundación”, es decir, que la concepción de un nuevo ser humano acontece con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Así, pueden citarse normas del mismo Código en las que los términos “concepción” e “implantación” aparecen excluyéndose mutuamente por el uso de la conjunción disyuntiva “o” (p.e. art. 561: “El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”), lo cual, como hemos visto, es coherente con el pensamiento del proyecto. O se puede recurrir a la autoridad de la CSJN quien, en el caso “Portal de Belén”, con cita de varios especialistas en materia biológica o bioética, resolvió que la concepción se produce con la fecundación y no “con la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno”. Por otra parte, el directo reconocimiento normativo del embrión no implantado como persona resulta evidente del artículo 57 CC y C: “Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”. La mención de la “descendencia” del embrión lo identifica claramente con

tenderé en la discutida cuestión del alcance que pueda tener esta sentencia (como otras en que nuestro país no ha sido parte) en nuestro orden jurídico interno<sup>18</sup>. Lo que quizás sea importante mencionar, ya que me parece que no ha sido destacado suficientemente, son los límites que la CIDH pone a las prácticas asociadas a la fecundación artificial, al punto que un proyecto de ley como el que abre este trabajo no sólo resultaría contrario a nuestra Constitución Nacional sino también a la interpretación convencional de la CIDH en Artavia Murillo<sup>19</sup>.

7. Resulta siempre sorprendente constatar que, en ciertas ocasiones, cuando juristas –de reconocida trayectoria, además– quieren sostener una determinada posición ideológica, apelen al recurso de cambiar el sentido de las palabras. Deberíamos recordar aquella constitución en la que Justiniano decía: “nosotros no dictamos leyes sobre las palabras sino sobre las mismas cosas”<sup>20</sup>. Me parece, entonces, que la cuestión no debería girar en torno al sentido que, con mejores o peores argumentos, se le pueda dar a una palabra sino a la realidad, esto es, a la existencia real y efectiva de aquello mentado por la palabra. Dicho de otra forma, se diga lo que se diga de la palabra “concepción” el punto es: ¿es el embrión humano no implan-

---

la persona humana. Además, la identidad genética del embrión proviene de la fecundación lo que refuerza el reconocimiento jurídico de la realidad biológica: a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide es concebido un nuevo ser humano. En cuanto a la necesidad de una ley especial para proteger al embrión no implantado, puede lógicamente argumentarse que esto no tiene relación con su categoría ontológica (el embrión humano es siempre ser humano) sino con su estado de especial vulnerabilidad.

<sup>18</sup> En rigor habría que atenerse al texto de la misma Convención la que, en su art. 68, 1° dispone: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

<sup>19</sup> Renato Rabbi Baldi Cabanillas y Eugenia Fleming Cánepa: “La sentencia de la CADH en el caso Artavia Murillo: su influencia en el derecho argentino”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nueva Serie”, 2015-3, Rubinzal Culzoni, Editores, pp. 87-146, hacen un importante y bien fundado análisis de los límites que la CIDH impone a la regulación de la fecundación artificial, mostrando que el tribunal considera positivamente las medidas que evitan generar un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones. Entre estas medidas están incluidas el establecimiento de óvulos que pueden ser fecundados, la prohibición de desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes (arg. pár.306). Luego se destaca la afirmación de que corresponde a las instituciones responsables de las técnicas de reproducción asistida, proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer (arg. pár.311).

<sup>20</sup> CI 6,43,2,531.



tado un ser humano o no lo es? Si no lo es, ¿qué es? Si lo es: ¿se puede congelar a -194 C° a una persona? Y así sucesivamente.

Porque las palabras significan cosas, aspectos de la realidad, y si se modifica el sentido de la palabra –sin que haya para ello un fundamento real, vale decir, un descubrimiento de algo nuevo o distinto en la realidad– se falsea o distorsiona la aprehensión de la realidad o, lo que es peor, se intenta construir una nueva realidad. Una suerte de realidad paralela, onírica, ideológica.

En nuestro caso, como venimos diciendo, diversos legisladores, jueces y juristas en general, han cambiado el sentido de la palabra “concepción” para posibilitar la legalización de una serie de prácticas que, si se realizan con un ser humano, resultarían claramente aberrantes y contrarias a todo nuestro orden jurídico. Pero al hacerlo, se han encontrado con el ineludible problema de tener que explicar qué es entonces “eso” que, por vía del artilugio nominalista, ha dejado de ser una persona. Ante lo cual, terminan adoptando actitudes “creacionistas”, es decir, inventando nuevos seres, esas entidades intermedias a las que se refería Herranz.

Tobías intuía que habrá quienes comiencen a hablar de “cosa protegida”, “persona virtual”, “tertium entre persona y cosa”, “cuasipersona”, “persona hipotética o eventual”, pero claro, esto no pasaría de ser una solución aparente, en el plano de las palabras, a un problema profundo que se ha generado en el plano de las cosas, de la realidad. Es decir, no puede invocarse la teoría de la ficción porque las ficciones jurídicas operan como formas que contienen o suponen lo real, como lo accidental que se sujeta a lo sustancial. La ficción jurídica parte de la sustancia, no puede reemplazarla o crearla.

Si, por ejemplo, y siguiendo el proyecto al que nos referimos al inicio de este trabajo, tratamos ahora de describir el ser mencionado por la locución “embrión no implantado”, nos encontramos aproximadamente con lo siguiente: se trata de un ser vivo no humano, procedente de la fecundación de un óvulo humano por un espermatozoide humano, que aún no ha sido concebido. En caso de serlo, instantáneamente será una persona humana. Algunas de sus características son: que ha sido generado con una finalidad reproductiva o terapéutica; no puede ser comercializado pero sí donado; es propiedad de alguna persona o de un centro de salud; se lo puede congelar y almacenar; y se lo puede utilizar para una investigación.

Despojado de sus características y potencialidades, estaríamos ante un ser viviente, producto de gametos humanos pero que no es humano.

Si bien se mira, resulta más parecido en su indefinición y deformidad ontológica al engendro creado por el genio literario de Mary Shelley que a ningún ser que conozcamos en la realidad.

**8.** Este fenómeno –del creacionismo jurídico– no es algo nuevo en el mundo de los juristas. La cosificación jurídica del ser humano en la esclavitud es suficiente ejemplo de ello. Sin embargo, el fenómeno ha adquirido en nuestros tiempos al menos dos características peculiares. La primera es que nunca como ahora el hombre había tenido –a través del desarrollo incesante de la ciencia y de las nuevas técnicas derivadas de ese desarrollo– un conocimiento y un poder tan grandes sobre la vida humana en su etapa inicial. Progreso que inmediatamente ha planteado la cuestión de los límites éticos y, consiguientemente, jurídicos ante las nuevas posibilidades que la ciencia ofrece.

La segunda característica es que muchas de las teorías y argumentos que han surgido para justificar la inexistencia o flexibilidad de los límites, no parecen expresar convicciones ni ser el resultado de análisis filosóficos o científicos. Antes bien, parecen ser la manifestación de meras conveniencias, de posiciones utilitaristas o pragmáticas, que priorizan el resultado que se quiere obtener por sobre la verdad que se conoce, o que directamente se desentienden o escamotean la verdad para alcanzar el propósito deseado.

Me parece que son dos los tipos básicos de respuestas que este creacionismo jurídico contemporáneo ha dado al problema que ha generado:

a) Las respuestas de neto corte utilitarista<sup>21</sup> que niegan al embrión no implantado el carácter de persona invocando razones de conveniencia o, si se quiere, de interés común. En rigor, estas posturas no niegan la verdad sino que la dejan de lado por no convenir a sus intereses.

Las hemos llamado utilitaristas porque, más allá de las convicciones filosóficas de sus partidarios, los argumentos giran en torno a la búsqueda de los mayores beneficios para lo que se considera un interés relevante

---

<sup>21</sup> Un interesante análisis del enfoque utilitarista con relación al embrión en George, Robert P.-Tollefsen, Christopher: "Embrión. Una defensa de la vida humana". Rialp, Madrid, 2012, cap. 4.

(vgr. la existencia en sí misma de la fecundación artificial o el progreso de la ciencia).

Dentro del mundo jurídico argentino, un ejemplo paradigmático de este utilitarismo puede encontrarse en el siguiente razonamiento de una de las autoras del anteproyecto de Código Civil y Comercial: “Hay que hablar sin eufemismos; decir que los embriones *in vitro* son personas implica prohibir la técnica de la criopreservación, cuya consecuencia directa es eliminar la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, pues el efecto necesario es que los embriones no se pueden usar en un segundo intento, lo que supone que hay que implantarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre”<sup>22</sup>. Más allá de que no sea cierto que la reproducción artificial requiera necesariamente la criopreservación de embriones<sup>23</sup>, resulta francamente llamativo el modo de argumentar, el que podría sintetizarse así: quiero (o la sociedad quiere) que haya “reproducción humana asistida”; la reproducción humana asistida requiere la criopreservación de embriones, pero no se puede criopreservar personas, por lo tanto, los embriones humanos no implantados no son personas. Es decir, es la necesidad o conveniencia práctica –y de ahí, la voluntad del jurista– quien determina la categoría ontológica del embrión. No importa lo que el embrión sea sino lo que me convenga que sea. Y, por tanto, será el legislador quien determine lo que las cosas son, la consistencia misma de la realidad.

Quizás el más importante ejemplo de este modo utilitarista de dar una respuesta a los problemas bioéticos, sea el conocido Informe Warnock. En 1984, ante la preocupación por saber si debía considerarse lícito experimentar con embriones humanos, en Gran Bretaña se creó un comité sobre fertilización humana y embriología cuya labor concluyó con un informe que lleva el apellido de su presidenta. El informe no oculta la verdad biológica. Por caso, en su capítulo 11, al tratar las cuestiones científicas, dice: “Mientras que, como se ha visto, la temporización de los diferentes períodos del desarrollo es crítica, apenas ha comenzado el proceso, no hay ninguna particularidad del proceso de desarrollo que sea más importante

---

<sup>22</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída...: “El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado...”, cit. En LL 2012-D, 925.

<sup>23</sup> La Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999) art. 119, 2, c, dispone que no se pueden desarrollar más embriones que los que puedan ser implantados inmediatamente. Con lo cual, es innecesario crioconservar. Otro tanto puede decirse de la Ley alemana de protección del embrión, (n° 745/90) que en un su art. 1.5 sanciona a quien “Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo”.

que otra; todo forma parte de un proceso continuo, y si cada período no sucede normalmente, en el tiempo justo y en la secuencia correcta, el desarrollo ulterior cesa. Por eso, biológicamente no se puede identificar en el desarrollo del embrión un estadio singular más allá del cual el embrión *in vitro* no debería ser mantenido vivo”<sup>24</sup>.

Sin embargo, el mismo capítulo concluye con estas palabras: “A pesar de nuestra división sobre este punto, la mayoría de nosotros recomienda que la legislación debería conceder que la investigación pueda conducirse sobre cualquier embrión obtenido mediante fertilización *in vitro*, cualquiera que sea su procedencia, hasta el término del día 14 de la fertilización”<sup>25</sup>.

El día 14 posfecundación, que carece de toda vinculación con algún acontecimiento biológico, fue propuesto por la Baronesa Warnock como modo de evitar la ruptura del comité y permitir así la investigación sobre el embrión humano<sup>26</sup>.

b. El segundo tipo de respuestas consiste, lisa y llanamente, en la invención de nuevos seres. El nombre que, de algún modo, abarca a todos ellos es el de pre-embrión<sup>27</sup>. Y, aunque el nombre va cayendo cada vez más en desuso, el concepto que encierra lo sobrevive. Ahora, ¿qué es un pre-embrión? Si consideramos que la palabra embrión designa al “ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie”<sup>28</sup>, resulta evidente que antes de ser un embrión ese ser no existía. Un pre-embrión sería así, respecto de cada ser concreto, una suerte de todavía no ser, es decir, la nada misma.

---

<sup>24</sup> “While, as we have seen, the timing of the different stages of development is critical, once the process has begun, there is no particular part of the developmental process that is more important than another; all are part of a continuous process, and unless each stage takes place normally, at the correct time, and in the correct sequence, further development will cease. Thus biologically there is no one single identifiable stage in the development of the embryo beyond which the *in vitro* embryo should not be kept alive”. Department of Health and Social Security, Report of the Committee of Inquiry into human Fertilization and Embryology, Her Majesty’s Stationery Office, Londres, 1984, cap. 11.19.

<sup>25</sup> “Despite our division on this point, a majority of us recommend that the legislation should provide that research may be carried out on any embryo resulting from *in vitro* fertilisation, whatever its provenance, up to the end of the fourteenth day after fertilization”. *Idem*, cap. 11. 30.

<sup>26</sup> Herranz...*op.cit.* ap.7.

<sup>27</sup> En “El embrión ficticio”, Ediciones Palabra S.A., Madrid,2013, Gonzalo Herranz hace un amplio y documentado desarrollo del origen y evolución de la palabra y el concepto de pre-embrión.

<sup>28</sup> Diccionario RAE.

Sin embargo, según venimos viendo, la necesidad de negar la existencia de la humanidad de un ser humano en los primeros días de su existencia, para así intentar superar los escollos jurídicos y morales que plantean las prácticas asociadas a la fecundación artificial o a la investigación con seres humanos, ha generado –en el plano de las ideas ya que no así en el de la realidad– una suerte de vacío existencial que algunos juristas se han visto en la necesidad de poblar con seres imaginarios y contradictorios. Aunque pre-embrión podría considerarse el nombre genérico de todos ellos, su descripción depende de la inventiva de sus creadores.

Así, podemos encontrarnos con afirmaciones como la que sigue: “el embrión in vitro no es persona, mas tampoco es cosa. El embrión humano no puede ser considerado una persona humana completa, pero tampoco es mero tejido humano sin estatus moral. Considero que el embrión humano tiene un “estatus moral intermedio”<sup>29</sup>.

En Artavia Murillo, la CIDH dice que “el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas”. Y luego: “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”<sup>30</sup>.

**9.** Podemos tomar esta última caracterización para centrar en ella nuestro análisis ya que, además de la jerarquía judicial de quien la emite, contiene los elementos que son comunes a esta postura: a) la negación de que el nuevo ser fecundado por gametos humanos sea humano; b) la convicción prometeica de que son los juristas quienes conceden la humanidad a un ser viviente; c) la descripción del embrión no implantado como potencial ser humano; d) la afirmación de que es la implantación “en el cuerpo de la mujer” lo que convertirá al embrión humano en persona o ser humano.

El argumento que habitualmente se utiliza para resignificar la palabra y la noción de concepción y, como consecuencia, el comienzo de la existencia de la persona o ser humano, es este de que si el embrión no es im-

---

<sup>29</sup> Lamm, Eleonora: “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”. Ap. 10. LL del 20/05/2015. Cita Online: AR/DOC/1297/2015. Como consecuencia, “al embrión se le debe cierto respeto, aunque no todas las protecciones de la persona humana”.

<sup>30</sup> P. 223

plantado “sus posibilidades de desarrollo son nulas”. Lo cual, en el estado actual de la ciencia, es una verdad irrefutable aunque, para ser más precisos, habría que hablar de la posibilidad de continuar su desarrollo porque, como es sabido, al momento de la implantación el embrión ya ha superado las primeras fases de su desarrollo.

Como se ve, la idea central de esta posición es que para ser un ser humano hay que tener la posibilidad de desarrollarse. El argumento confunde lo accesorio con lo principal: el desarrollo es lo que le permite al embrión humano seguir viviendo, no lo que lo hace ser un ser humano. ¿Posee esta última cualidad la implantación o anidación? Ciertamente, no. La implantación es algo exterior al embrión. No lo modifica. No tiene relación con su esencia, no incide en lo que el embrión es.

Pero volvamos ahora al problema que surge inevitable de esta posición. Nadie duda –al menos desde la ciencia– que con la fecundación del óvulo por el espermatozoide, surge en el mundo un nuevo ser<sup>31</sup>, un embrión unicelular o cigoto, una célula con una información genética propia y distinta a la de cualquier otro ser existente. Este ser, por lo demás, ya tiene determinado el sexo y posee la capacidad de moverse por sí mismo (automoción) de un modo espontáneo, o sea, que el movimiento brota naturalmente del propio ser, no es causado por algo externo. En otras palabras, posee las notas propias de todo ser viviente<sup>32</sup>. Sin embargo, se dice, si no se implanta en el útero, no es un ser humano. Y ¿qué es? No es una persona ni una cosa, se dice ahora, pero es potencialmente un ser humano. En rigor, no se nos está diciendo nada. Deberíamos con seriedad preguntarnos: ¿ante qué clase de ser estamos? Tanto nuestra experiencia –como la filosofía– nos hablan de tres tipos de seres vivientes: vegetal, animal y humano. Si el embrión antes de implantarse no es un ser humano. ¿Existe algún motivo para pensar que se trata de un animal o un vegetal? Si se trata de un “nuevo tipo de seres” –bastante parecidos a los humanos– pero que no son humanos. ¿Qué los hará humanos? ¿cómo pasaría un ser vivo no humano a ser humano? ¿quién le daría la humanidad? En primer término: ¿puede un ser no humano

<sup>31</sup> Para citar sólo una obra clásica en la materia: Sadler, T.W.: *Langman. Embriología médica*. Lippincott Williams & Wilkins. Filadelfia. 12ª. Edición, 2012, p. 32/36.

<sup>32</sup> Para la caracterización del “ser viviente”: Blanco, Guillermo P.: “Curso de Antropología Filosófica”. EDUCA, Buenos Aires, 2004, p. 117/34. Con relación al embrión: “Serra, Angelo y Colombo, Roberto: “Identidad y estatuto del embrión humano: la contribución de la biología”. En AAVV: “Identidad y estatuto del embrión humano”. Ediciones internacionales universitarias. Madrid, 2000, p. 109/152.

darse a sí mismo la humanidad? ¿puede quién no tiene, dar lo que no tiene? La implantación, como hemos dicho, es un acto exterior al embrión que no produce ninguna modificación en su ser. Un ser no puede pasar de un nivel inferior a uno cualitativamente superior (no ser humano a ser humano), sin una intervención exterior que lo posibilite. Y ciertamente esta intervención debería ser de alguien que pudiera obrar en el orden del ser, y no de un legislador o un juez que pretenda construir una nueva realidad a través de la imposición de las palabras.

**10.** El breve estudio que acabamos de realizar, nos pone frente a uno de los grandes problemas del derecho o, con mayor precisión, de los legisladores, y de los jueces y juristas que interpretan las leyes. Esto es, el de la relación que debe tener el derecho con la realidad, con la verdad del ser, con lo que las cosas real y efectivamente son.

La tentación de manipular la realidad no es sólo propia de los científicos, los ideólogos o los políticos; también es común en el mundo del derecho cuando, por razones de la más diversa índole, la verdad incomoda o entorpece la consecución de aquello que se desea.

Los griegos, quienes tuvieron un don especial para penetrar la realidad y describirla con palabras, reconocieron desde sus orígenes que la realidad humana que es materia del derecho –como las principales instituciones sociales o los valores que deben regir una comunidad– era algo dado, algo de origen divino que los hombres recibíamos y que debíamos buscar y respetar<sup>33</sup>.

La función del sabio, del político, del jurista era descubrir este orden y plasmarlo en el derecho concreto. Por supuesto que en el camino que va del modelo a su implementación en la sociedad, cometieron muchos y graves errores. Pero siempre tuvieron, al menos, esta convicción: que existe un paradigma, un modelo de perfección, y que lo propio del gobernante y de la comunidad que debe conducir, es la mimesis, la imitación de este modelo hasta donde al hombre le es posible en medio de los avatares políticos e históricos.

De esta sabiduría y experiencia secular brotó seguramente aquella frase del diálogo postplatónico Minos: “la ley es un descubrimiento de la reali-

---

<sup>33</sup> Véase Jaeger, Werner: “Paideia: los ideales de la cultura griega”. Fondo de Cultura Económica, México, 1968, en particular cap. IX “El pensamiento filosófico y el descubrimiento del cosmos”.

dad”<sup>34</sup>. No es la voluntad, no es el querer del gobernante o de la voluntad general; sino un modo de plasmar y asegurar en el mundo de los hombres, aquello que es, y para lo cual los hombres hemos sido hechos. Respetando su naturaleza y sus límites.

Vivimos en una época que reniega de esa sabiduría ancestral, en la que el hombre –el científico, el político, el jurista– quiere ser un nuevo Prometeo<sup>35</sup>. No ya aquel Prometeo de la mitología griega que había obtenido, con malas artes, el fuego para el progreso de los hombres. Se trata de un nuevo Prometeo<sup>36</sup> –mitema elaborado por la modernidad– en el que el dios griego aparece como el arquetipo del hombre que se rebela contra Dios. Prometeo es ahora aquel que no reconoce otra ley que su suprema voluntad, dispuesto a definir el bien, el mal y el ser de las cosas, y a construir un mundo a su gusto, manipulando las leyes de la naturaleza.

Este Prometeo ya no es un dios, es el hombre mismo dispuesto a ser Dios. Valga como ejemplo literario recordar la tan famosa obra de Mary Shelley: “Frankenstein o el moderno Prometeo”, en la que Prometeo es un científico que desafiando al Creador y a sus leyes, crea un nuevo ser. Un nuevo ser que resulta ser un engendro, un monstruo<sup>37</sup>.

Debemos preguntarnos, entonces: ¿Quién es o pretende ser ahora el hombre: el creador o la creatura? Es decir, ¿el hombre se considera un dios

<sup>34</sup> Minos, 317 d.

<sup>35</sup> En el prólogo de “¿Qué es la vida?” (A. Scola (coord), Ed. Encuentro, Madrid, 1999), Angelo Scola se plantea la cuestión en toda su dimensión teológica y antropológica: “El hombre se encuentra ante una alternativa dramática: ¿cuál es su verdadera imagen, Prometeo o el Resucitado?...Por un lado, la exaltación de poder arrebatado al Otro (Dios) el fuego de la vida, desterrando así cualquier señal de heteronomía y convirtiéndose en señor. ...El hombre para el hombre. El hombre se cree Dios. Por el otro, la posibilidad contraria: profundizar en el conocimiento que permite al hombre, por primera vez, descubrir y, en cierta forma, dominar los procesos genéticos de su propio nacimiento y de su desarrollo, le conduce a la aceptación más convencida de su ser criatura. Una criatura, sin embargo, cuya imagen última es el Resucitado: destinado a permanecer para siempre con su propio cuerpo”.

<sup>36</sup> Ver García Gual, Carlos: “Prometeo: mito y literatura”. FCE, Méjico, 2009. En la mitología griega aparece Prometeo como uno de los dioses de la antigua raza de los titanes, luego vencida por los dioses olímpicos. Prometeo, que había mostrado ya su carácter astuto y traidor cambiando de bando antes de la derrota, aprovecha luego la confianza de Zeus para engañarlo y robarle el fuego (y según algunas versiones las artes) para el progreso de los hombres. Se convierte así, en el mítico protector y benefactor de la raza humana.

Pero el mito dio lugar a múltiples mitemas y lo que en Grecia había sido una querrela entre dioses se transformó –de la mano del romanticismo– en el arquetipo del hombre que se rebela contra Dios.

<sup>37</sup> Un interesante desarrollo de la génesis y contexto de la obra en Cross, Esther: “La mujer que escribió Frankenstein”. EMECÉ, Buenos Aires, 2013.



cuya única norma es su voluntad, un dios minúsculo en definitiva, creador inevitable de deformidades; o acepta su carácter de creatura, dotado de una naturaleza específica y de un fin objetivo que debe realizar?

Y, por tanto, trasladado al mundo jurídico, ¿es propio de los legisladores y juristas crear la realidad, lo que las cosas son, o deben las leyes descubrir la realidad, explicitar lo que es, para regularlo siguiendo su naturaleza?

El dilema es existencial, pero no debería serlo en el plano de las ideas y los principios. Quien contemple con ojos desapasionados la realidad no puede sino comprobar la existencia de un orden, de un orden que el hombre no ha creado sino recibido, un orden propio de la vida humana, de las relaciones entre los hombres; y de sus instituciones naturales y, por ello, imprescindibles.

Comprobaría también, sin mayor dificultad, que todas las cosas llevan consigo límites, límites intrínsecos, no impuestos desde fuera; límites, sin embargo, que no son un obstáculo para su libertad sino que le marcan el camino por el cual su libertad alcanzará su plena realización.

La realidad, lo que las cosas (seres, conductas, instituciones, fines) efectiva y verdaderamente son, se nos aparece así como el fundamento por excelencia del derecho. Aquello de lo que el derecho debe nutrirse y regular, respetándolo.

Puede el legislador, de hecho, considerarse autosuficiente, poner su sola voluntad autónoma como regla de todas las cosas, violentar los límites y utilizar su poder para crear una realidad imaginaria, que existe sólo en las leyes y en los libros. Pero no puede hacerlo impunemente.

Todo intento de violentar la naturaleza de las cosas, de rebelarse frente a la realidad de la creación, termina inexorablemente en el fracaso. Aunque en el camino produzca daño, injusticia y caos.

Pueden las leyes o los jueces decir que, en ciertas circunstancias, existe un derecho a abortar; que una pareja de homosexuales puede constituir un matrimonio; que el ser humano tiene el sexo que quiere; en fin, que el embrión humano no es un ser humano sino una entidad nueva creada por el derecho. Pueden convertirse entonces en nuevos prometeos, remedos de dioses, creadores de deformidades. Pueden sancionar leyes e imponerlo. Y así lo han hecho. El resultado ha sido la muerte de miles de inocentes en manos del Estado; la destrucción del matrimonio civil; la confusión de

los jóvenes en torno a su propia identidad y naturaleza; el congelamiento, la comercialización, la destrucción y la investigación con seres humanos.

Porque, permídeseme la insistencia, las cosas son como son; y el derecho debe respetar la realidad, no intentar crearla. Porque la vida humana seguirá siendo un don de Dios del cual el hombre no puede disponer; el matrimonio será siempre la unión de un hombre y una mujer; el sexo estará determinado por un cromosoma desde que fuimos concebidos; y el embrión no implantado será siempre un ser humano.

# EL LENGUAJE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO<sup>1</sup>

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI<sup>2</sup>

*“Cuando yo uso una palabra –insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien irónico– quiere decir lo que yo quiero que diga, ni más ni menos. La cuestión –insistió Alicia– es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes. La cuestión –zanjó Humpty Dumpty– es saber quién es el que manda... eso es todo”<sup>3</sup>.*

## 1. Aclaración inicial

### Lenguaje jurídico, otras ciencias y reflexión filosófica

La cuestión del *lenguaje del Derecho* es solo una parte de una más extensa, cual es, la del *lenguaje en general*<sup>4</sup>. Abordarla desde esa óptica, tan

---

<sup>1</sup> Agradezco a Gustavo Zonana, vicedecano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo, sus valiosas observaciones a la primera redacción de este texto.

<sup>2</sup> Comunicación de la académica ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de junio de 2019.

<sup>3</sup> CARROLL, Lewis, *A través del Espejo y lo que Alicia encontró del otro lado*, <https://expreso.co.cr/alicia/a-traves-del-espejo/7/>. Quizás, detrás del párrafo transcrito se encuentre la controversia de la lingüística entre *naturaleza* y *convención*, que aparece descrita en el famoso diálogo platónico Crátilo, que Borges cita en su poema El Golem (Ver LABORDA GIL, Xavier, *Crátilo: diálogo con el mito platónico de la lingüística*, <https://www.um.es/tonosdigital/znum19/secciones/estudios-14-cratilo.htm>).

<sup>4</sup> Ver, entre otras obras, BARTHES, Roland, *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y de la escritura*, trad. Fernández Medrano, 2° ed., Paidós, 1994; FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas*, 22° ed., México, ed. Siglo XXI; PINKER, Steven, *El mundo de las palabras. Una introducción a la naturaleza humana*, trad. Roc Filetta, ed. Paidós Ibérica SA, 2007; WROBEL, Claire (sous la direction de) *Traduction et philosophie*, Paris, ed. Panthéon Assas, 2018; VERÓN, Eliseo, *La semiosis social. Fragmento de una teoría de la discursividad*, trad. Emilio Lloveras, Barcelona, Gedisa, 1998; del mismo autor, *La semiosis social.2. Ideas, momentos, interpretaciones*, Bs As.,

amplia, implica adentrarse en campos como la lingüística, la semiótica, la psicología<sup>5</sup>, la antropología, la filosofía<sup>6</sup>, etc., áreas del conocimiento que me son ajenas.

Aún limitada al ámbito *jurídico*, la materia es objeto de estudio desde múltiples perspectivas<sup>7</sup>; en los últimos tiempos, el derecho internacional de los Derechos Humanos, el derecho comunitario y el derecho comparado han ampliado el espectro, en tanto la diversidad de lenguas locales ha puesto sobre la mesa nuevos problemas generados por la traducción<sup>8</sup>.

Los filósofos del Derecho dan al lenguaje una especial importancia<sup>9</sup>, a punto tal que Michel Villey afirma que el “*misterio del lenguaje jurídico es el objeto central de la filosofía del Derecho*”<sup>10</sup>; en Italia, los orígenes de la filosofía analítica se ubicarían en dos escritos pioneros dedicados al análisis del *lenguaje jurídico*, uno de Uberto Scarpelli y otro de Norberto Bobbio publicados, por primera vez, respectivamente, en 1948 y en 1950<sup>11</sup>.

---

Paidós, 2013; FONTANILLE, Jacques, *Semiótica del discurso*, Lima, ed. Fundación de Cultura Económica Perú y Universidad de Lima, 2001.

<sup>5</sup> Compulsar LEGENDRE, Pierre y otros, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Bs As, ed. Hachette, 1982.

<sup>6</sup> Según un autor las primeras reflexiones sobre el lenguaje en la filosofía se remontan al debate entre presocráticos y sofistas (GORRA, Daniel Gustavo, *Neoconstitucionalismo. Concepción epistemológica*, Bs As, Astrea, 2019, n° 27).

<sup>7</sup> MEMMO, Daniela, *Il consenso contrattuale. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XLVII, Padova, Cedam, 2007, pág. 153.

<sup>8</sup> Así, por ej., en Italia, en 2005, la renombrada editorial Giuffrè lanzó al mercado una colección bajo el título “*Le lingue del diritto*” que dirige la profesora Barbara Pozzo. Puede verse, especialmente, GRAZIADEI, M. (a cura di), *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*, 2015, y POZZO, B. (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, 2008.

<sup>9</sup> La temática se trata, incluso, en las enciclopedias de Filosofía. Ver, por ej., *Law and Language*, in Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/law-language/>

<sup>10</sup> VINEY, Michel, *Préface a Le langage du droit*, Archives de philosophie du Droit, t. XIX, 1974, p. 1.

<sup>11</sup> ZORZETTO, Silvia, *Libertà e analisi del linguaggio. Dall'epistolario di Uberto Scarpelli*, en Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto, anno VI – n° 10 (gennaio 2018 - luglio 2018). p. 229. Los dos trabajos mencionados en el texto se reprodujeron en SCARPELLI, Uberto e DI LUCIA, Paolo (a cura di) *Il linguaggio del diritto*, Bologna, ed. Led, 1994, una obra que contiene 27 artículos de grandes maestros, desde Savigny en adelante, y un excelente índice bibliográfico (p. 25/51). Para una crítica a la posición de Scarpelli, expresada en esta obra en páginas 87/112, ver OPOCHER, Enrico, *A proposito di diritto e analisi del linguaggio*, en Riv. di Diritto Civile, anno XXIII-1997, parte seconda, p. 156. En España, cabe recordar la tesis doctoral de CAPELLA, Juan Ramón, *El Derecho como lenguaje*, ed. Ariel, 1967.

Sin embargo, no ingresaré a ese terreno, pues no me dedico a la filosofía del Derecho, ni mucho menos, a la filosofía en general, por lo que, seguramente, no encontraré la salida del laberinto<sup>12</sup>. Advierto, entonces, desde el inicio, que las páginas que siguen no son un análisis *filosófico-jurídico* sobre el lenguaje<sup>13</sup>.

Este punto de partida, que seguramente será criticado por algunos, puede encontrar alguna justificación en las palabras del reconocido filósofo italiano Giovanni Tarello, quien decía: “Si quiere servir para algo, la filosofía del Derecho debe ser *laicizada*, salir del templo de los filósofos profesionales y pasearse entre los laicos, mezclarse en la multitud de los juristas positivos, cada uno de los cuales tiene su filosofía, pero tiene con ésta una relación ambigua”. “En suma, la filosofía de los juristas no consiste en lo que los juristas *dicen*, sino en lo que los juristas *hacen*”<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Las referencias al laberinto son frecuentes en los autores que escriben sobre el lenguaje jurídico; ver, por ej., WROBEL, Claire, *Lost in a labyrinth without a clew. The subject of the law in gothic fiction*, en GADBIN-GEORGE, Géraldine (sous la direction de) *Droit, langues et cultures*, Paris, ed. Panthéon Assas, 2017, p. 153.

<sup>13</sup> Los estudios de Filosofía del derecho sobre el tema son incontables. Además de los citados en otras notas de este trabajo, ver TARELLO, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi. Un'indagine analitico-linguistica della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, ed. Il Mulino, 1974; INGBER, León, et autre, *Le langage du droit*, Bruxelles, ed. Nemesis, 1991 (el libro reúne 18 trabajos de reconocidos profesores franceses y belgas); DEGRASSI, Lidianna, *Lingue e linguaggi, diritti e libertà culturali*, Milano, ed. Giuffrè, 2016; DEL BURGO y MARCHAN, Ángel Martín, *El lenguaje del Derecho*, Barcelona, ed. Bosch, 2000, p. 7; ZACCARIA, Gino, *L'etica originaria. Hölderlin, Heidegger e il linguaggio*, Milano, ed. E.G.E.A., 1992; VILLEY, Michel, *Question sur l'odontologie d'Aristote et la langue du droit romain*, en A.V. *Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica en Memoria y Homenaje al catedrático Don Luis Legaz y Lacambra*, Madrid, ed. Facultad de derecho de la Universidad Complutense, 1985, t. II, p. 885; LUZZATI, Claudio, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, ed. Giuffrè, 1999, n° 16 y ss; LUZZATI, Claudio, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, ed. Giuffrè, 1990; PATTARO, Enrico, *Linguaggio, comunicazione, motivazione. a proposito di prescrizioni e precetti*; GIANFORMAGGIO, Letizia, *Dalla semantica alla interpretazione dei precetti*, COMANDUCCI, Paolo, *Discorso etico e discorso giuridico*, los tres artículos publicados en CASTIGLIONE, Silvana (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 21/45, 47/66, y 75/93, respectivamente; LANEVE, Giuseppe, *Linguaggio giuridico e interpretazione*, Bari, ed. Cacucci, 2004; VACCARI, Giovanni, *Indagini sul linguaggio della giurisprudenza*, en AV, *Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini*, Milano, ed. Fratelli Bocca, 1955, p. 125; RICCI, Fiammetta, *Parola, verità, diritto*, Napoli, ed. Scientifiche italiane, 2006 (en especial, capítulo II); MONATERI, Pier Giuseppe, “*Cunning Passages*” *Comparazione e ideologia nei rapporti tra diritto e linguaggio*, en Riv. Critica del Diritto Privato, anno XVII 1-2, giugno 1999, p. 353 y ss.; MORTARA GARAVELLI, Bice, *Le parole e la Giustizia*, Torino, ed. Einaudi, 2001. La prestigiosa colección *Archives de Philosophie du Droit*, dedicó el tomo XIX (1974) a « *Le langage du droit* »; el número contiene 17 artículos, entre ellos, uno perteneciente a Michel Villey y otro a Georges Kalinowski.

<sup>14</sup> Cit. por ROMAGNOLI, Umberto, *La laicità della filosofia del diritto nell'opera di Giovanni Ta-*

Por eso, mi propósito es mostrar qué se intentó hacer con el lenguaje jurídico cuando se redactó el anteproyecto que sirvió de base al código civil y comercial argentino vigente (de ahora en adelante CCyC).

De cualquier manera, cabe mencionar algunos puntos de partida señalados por prestigiosos filósofos del Derecho:

a) Comanducci enseña que la expresión *funciones del lenguaje* se usa para designar, genéricamente, cuáles son las cosas que el lenguaje *hace o sirve para hacer*; la comunicación lingüística es un conjunto de actos que hacen y sirven para hacer muchas cosas diferentes; el lenguaje, tanto oral como escrito cumple, entonces, una multiplicidad de funciones<sup>15</sup>.

b) Entre las cosas que el lenguaje hace o sirve para hacer, podrían mencionarse estos usos *marginales*:

(i) *esconder los pensamientos*, según la irónica frase atribuida a Tallestrand<sup>16</sup>.

(ii) *generar insidia*, como recordó Thomas Mann cuando lo designaron ciudadano norteamericano, al señalar que el partido nacional socialista alemán se definía en su manifiesto fundador como “movimiento para la libertad”<sup>17</sup>.

c) Hablando seriamente, el lenguaje tiene, principalmente, función *comunicacional*.

En este sentido, se afirma que el idioma “es una de las invenciones más grandes de la humanidad; el único instrumento para poner las ideas en su lugar”<sup>18</sup>; que “el hombre no existe antes del lenguaje, ni como especie, ni como individuo”<sup>19</sup>; que “querer salir del horizonte lingüístico sería como

---

rello, en CASTIGLIONE, Silvana (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, Il Mulino. 1989, p.177.

<sup>15</sup> COMMANDUCCI, Paolo, *Assaggi di metaetica*, Torino, ed. Giappichelli, 1992, p. 23.

<sup>16</sup> En la novela “1984”, George Orwell propone la posibilidad de una “neo lengua”; según el mundo que plantea, si se sacan de circulación ciertas palabras, podrían sacarse de la realidad también las ideas y pensamientos asociadas a ellas (<https://www.mdzol.com/opinion/redaccion-mdz/todes-o-no-todes-por-que-destruir-nuestro-lenguaje-20190804-38763.html>).

<sup>17</sup> Citado por BARRA CARACCILO, Francesco, *Le insidie del linguaggio giuridico. Un saggio sulle metafore nel diritto*, en Riv. Contratto e impresa, 2011, 4-5, p. 1271 y ss.

<sup>18</sup> GIDI, A., and. WEIHOFEN, Henry, *Legal writing style*. 3° ed. Hornbook Series, 2018, p.13.

<sup>19</sup> BARTHES, Roland, *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y de la escritura*, trad. Fernández Medrano, 2° ed., Paidós, 1994, p. 113, recordado por ROMEO, Francesco, *Antropologia giuridica. Un percorso evolucionista verso l'origine della relazione giuridica*, Torino, ed. Giappichelli, 2012, p. 50

querer sobrepasar la propia sombra”<sup>20</sup>.

d) Ahora bien, la capacidad humana de usar el lenguaje natural evolucionó muy lentamente, quizás a través de pequeñas adaptaciones graduales y discontinuas. Además, se desarrolló en dos fases; la primera, como *sonido* (lengua hablada) y sólo después de mucho tiempo, como *escrita y leída*. Este paso y la posibilidad de conservar el mensaje en documentos comportó un salto de relevancia decisiva en la cultura y la civilización<sup>21</sup>.

e) Sólo la especie humana poseería la facultad de utilizar el lenguaje como *instrumento articulado en signos arbitrarios*<sup>22</sup>. Los animales se comunican con un lenguaje *no articulable en signos arbitrarios*; por ejemplo, las abejas realizan una danza para indicar a las de su grupo dónde se encuentran las flores que necesitan; esa danza es un todo holístico, no susceptible de ser segmentado en unidades.

f) Entre las personas que utilizan la palabra hay una *comunicación interpersonal*, ambientada en la *historia cultural*, inexistente en los vegetales y los vivientes no humanos. Por eso, la expresión jurídica, como una clase del lenguaje, es un acto *dialógico*, que se cumple entre una pluralidad de personas con reglas prefijadas<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> BENEDETTI, Giuseppe, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul “diritto muto”*, en AV, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, ed. Giuffrè, 1998, t. V, p. 704. Véase GUZMÁN, Néstor, *Conflicto y comunicación*, en JA 2019-I-731.

<sup>21</sup> SCHLESINGER, Piero, *Linguaggio e diritto*, en AV, *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, ed. Giuffrè, 2006, t. I, p. 393. En opinión de Antonio Damaso, “El hecho de que la aparición de la escritura se produjera en diferentes momentos y de manera totalmente independiente en lugares diversos sería una buena forma de ilustrar el hecho de que los procesos de la evolución cultural humana se han producido en distintos centros de manera autónoma a lo largo de la historia (DAMASIO, Antonio, *El extraño orden de las cosas*, Barcelona, Planeta, 2018, p. 28).

<sup>22</sup> Lo expuesto en el texto no implica negar el nuevo estatus que los animales han adquirido en el derecho moderno. Para la cuestión de la *comunicación no verbal*, compulsar FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho procesal. Parte General*, Bs As, ed. Rubinzal, 2018, vol. I, t. I, pág. 194 y vol. 2 t. II, pág. 481 y ss.

<sup>23</sup> ROMANO, Bruno, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Torino, ed. Giappichelli, 2015, p. 107; conf. ROBIN, Cécile, *La langue du procès*, Clermont-Ferrand, ed. LGDJ, 2000, n° 22 y ss ; RAUTI, Alessio, *Il tuo nome soltanto m'è nemico.....Linguaggio e convenzioni nel dialogo tra Corte costituzionale e opinione pubblica*, en BIN, R. ed altri (a cura di) *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, edizioni Scientifiche italiane, 2006, p. 594.

Ahora bien, “lo escrito en el texto, sea o no jurídico, vive cuando hay alguien que lo lee, movido por su interés, y condicionado por su propia preparación cultural”<sup>24</sup>.

g) Ese instrumento de comunicación no es perfecto; es complejo, impreciso; está compuesto de una intrincada red de elementos más o menos heterogéneos<sup>25</sup>; las palabras remiten a otras palabras; es decir, normalmente, quien escucha una palabra, la relaciona con algo que vio u oyó anteriormente<sup>26</sup>. Por eso, las palabras “pueden mover emociones, evocar imágenes e inducirnos a diversos estados de ánimo; confundir, estimular, exacerbar, tranquilizar; es que los términos que habitualmente empleamos generan asociaciones (personales, culturales e históricas, conscientes e inconscientes) que condicionan la forma en que vemos el mundo que nos rodea y nuestras respuestas a las personas y a los acontecimientos”<sup>27</sup>.

h) Desde posiciones extremas, esta complejidad ha llevado a proponer sustituir el llamado lenguaje *natural* por lenguajes *artificiales*, o sea, enteramente simbolizados y formalizados<sup>28</sup>. Se dice: “Las palabras se adaptan tan poco a las afirmaciones exactas, que los matemáticos las están abandonando, y otros científicos tienen tendencia a hacer lo mismo. Si pudiesen, los juristas los seguirían; pero como no pueden, se esfuerzan en dar exactitud y precisión a las palabras, y esperan poder colocar en el papel, de modo incontestable, todo a cuanto están constreñidos”<sup>29</sup>.

## 2. Derecho y palabra

a) Sacco recuerda que el hombre genera derecho *escrito* desde hace cinco mil quinientos años, pero *antes*, durante dos millones y medio de

<sup>24</sup> FROSINI, Vittorio, *La lettera e lo spirito della legge*, 3° ed., Milano, ed. Giuffrè, 1998, p. 9.

<sup>25</sup> DEL CARRIL, Enrique, *El lenguaje de los jueces. Criterios para la delimitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial*, Bs As, ed. Ad Hoc., 2007, p. 29.

<sup>26</sup> DERRIDA, cit. por DURAN DE KAPLAM, Valeria, *Los peligros del lenguaje y el derecho de los niños, niñas y adolescentes. Una mirada desde la psicología*, en FERNÁNDEZ, Silvia E., *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2015, t. I, p. 30.

<sup>27</sup> PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar*, trad. por Ana María Sánchez Durán, Barcelona, ed. Gedisa, 2005, pág. 115.

<sup>28</sup> HABA, Enrique, *Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?* (II), en Doxa, n° 8, 1990, p. 241 y ss.

<sup>29</sup> Bernard Berenson, citado por NAPPI, Filippo, *Studi sulla compensazione*, Torino, ed. Giappichelli, 2004, p. 8.



años, vivió *sin fuente escrita*<sup>30</sup> y, partiendo de este dato, apoyado en el axioma *donde hay sociedad hay derecho*, escribió un artículo, publicado en homenaje a Gino Gorla, con el título “*El derecho mudo*”; en ese trabajo, da ejemplos de “derechos capaces de operar sin legislador, sin justicia, sin poder central”, a los que califica de derechos *mu*dos. Como explica Giuseppe Benedetti<sup>31</sup>, lo conceptúa tal “porque no podían *bautizar*”, es decir, dar un nombre a los institutos o figuras que regulaban la vida social.

Por su parte, Natalino Irti<sup>32</sup>, en un trabajo referido al consumidor, publicado en 1998, dijo que se había pasado del *homo loquens* al *homo videns* desde que, en el mercado, la persona no habla, no discute, toma la cosa que necesita, paga y desaparece. Sacco e Irti llegan al mismo resultado; el primero, desde la prehistoria, supone a la persona *no parlante* y, por eso, habla de *derecho mudo*; el otro, en el mundo actual, afirma que la civilización tecnológica del consumo se provee del silencio; también es mudo, porque el intercambio se hace sin palabras<sup>33</sup>.

Refiriéndose a transacciones jurídicas sin palabras, Emilio Betti recuerda el relato de Herodoto, sorprendentemente coincidente con el de un marino veneciano del siglo XV, sobre el negocio de la sal que una tribu de Tegazza mantenía con otra cuyos integrantes no querían ni hablar ni ser vistos. El ceremonial silencioso se sintetiza así: los que llevaban la sal hacían montículos señalando cada uno el suyo; luego, la caravana volvía atrás por una media jornada; cuando se alejaban, venían integrantes de otra tribu y, vista la sal, ponían una cantidad de oro junto a cada montón y se retiraban; entonces retornaban los primeros; si consideraban que el oro dejado era suficiente, se lo llevaban y dejaban la sal; si no era así, dejaban la sal y el oro; este gesto se repetía hasta que la cantidad dispuesta era considerada suficiente por ambas partes y, en tal caso, unos se llevaban el oro y los otros la sal<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> SACCO, *Il diritto non scritto*, en ALPA, Guido ed altri, *Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, ed. Utet, 1999 t. 2 p. 46.

<sup>31</sup> BENEDETTI, Giuseppe, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul “diritto muto”*, en AV, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, ed. Giuffrè, 1998, t. V, p. 701 y ss.

<sup>32</sup> Rivista Trimestrale di Diritto Processuale civile, 1998, p. 347.

<sup>33</sup> Ambos autores citados por BENEDETTI, Giuseppe, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul “diritto muto”*, en AV, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, ed. Giuffrè, 1998, t. V, p. 701 y ss.

<sup>34</sup> BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A Martín Perez, 2° ed., Madrid, ed. Rev. de Derecho privado, 1959, p. 42, nota 4.

El CCyC reconoce expresamente modos fácticos de expresar la voluntad, pero su punto de partida es la expresión jurídica mediante la palabra<sup>35</sup>. En efecto, el último párrafo del art. 1063 dispone que las mismas reglas para interpretar las palabras se aplican a “las conductas, signos y expresiones *no verbales* con los que el consentimiento se manifiesta”.

b) Benedetti<sup>36</sup> rescata esas épocas de *mudez*, pero, aun así, sostiene que el lenguaje es necesario para explicar, para comprender, para interpretar lo sucedido; en el mismo sentido, Perlingieri señala que los *hechos* son también lenguaje en cuanto expresan actos de las personas, teniendo “el lenguaje la importante función de reglamentar los hechos, asegurando mayor cognoscibilidad y reduciendo la ambigüedad”<sup>37</sup>.

El mundo del jurista es, pues, el de la *palabra*. Por eso, las relaciones entre lenguaje y derecho han sido reconocidas desde antiguo<sup>38</sup>, aunque su estudio sistemático sea relativamente reciente<sup>39</sup>. Así, en la Biblia, “la *palabra*, que es expresión de la Ley y de la Justicia, don originario de intercomunicación, acompaña siempre a la persona humana”<sup>40</sup>. En las XII

<sup>35</sup> Véanse arts. 2, 287, 1063, 1065, 1455, 2470 que utilizan expresamente la voz *palabra*. Otros artículos usan “*término*” como sinónimo de palabra; ver arts. 151, 375, 973, 1052 inc. c), 1062, 1145, 1185, 1214, 1218, 1512 2º párrafo, 1730. 2651.

<sup>36</sup> BENEDETTI, Giuseppe, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul “diritto muto”*, en AV, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, ed. Giuffrè, 1998, t. V, p. 701 y ss.

<sup>37</sup> PERLINGIERI, Pietro, *L’ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 2006, p. 266.

<sup>38</sup> SACCO, Rodolfo, *Language and Law*, en POZZO, Barbara (a cura di) *Ordinary Language and Legal Language*, Milano, ed. Giuffrè, 2005, p. 1; NIRO, Raffaella, *Dalla lingua del processo penale all’uso processuale delle lingue*, en DI COSIMO, Giovanni (a cura di) *Il fattore linguistico nel settore giustizia. Profili costituzionali*, Torino, ed. Giappichelli, 2016, p. 47; MORTARA GARAVELLI, Bice, *Le parole e la giustizia*, Torino, ed. Einaudi, 2001, p. 4 y ss.

<sup>39</sup> OLIVECRONA, Karl, *Linguaggio giuridico e realtà*, en *La struttura dell’ordinamento giuridico*, trad. de Enrico Pattaro, Milano, ed. Etas Kompass, p. 263. Según este autor (nota 1), el primer artículo expresamente dedicado al problema de la función del lenguaje en el derecho fue el de Gianville Williams, *Language and the law*, de 1945. Para un análisis de la obra de Olivecrona, ver CASTIGLIONE, Silvana, *Diritto, linguaggio, realtà*, Torino, ed. Giappichelli, 1995, capítulo 4, ps. 202/219. Para las diferencias entre lenguaje descriptivo y prescriptivo, GUASTINI, Riccardo, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, ed. Giappichelli, 2001, p.7. Para la bibliografía existente a 1972, ver SENTIS MELENDO, Santiago, *El lenguaje jurídico. Claridad idiomática y exactitud conceptual*, en Rev. de Derecho Procesal iberoamericana, año 1972 n° 4 p. 857 y sgtes, incorporado también en la obra del autor, *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Bs As, ed. Ejea, 1978, p. 355/390.

<sup>40</sup> DO CARMO HENRÍQUEZ SALIDO, María y otro, *Pautas para el análisis del léxico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, ed. Civitas, 2005, p. 17.

Tablas se encuentra la siguiente fórmula: “lo que la lengua habla, eso es derecho”<sup>41</sup>. En el siglo XVII, Antoine Loysel decía que “se ata a los bueyes por los cuernos y a las personas por sus palabras”<sup>42</sup>, y en el XIX, Bentham sostenía: “las leyes sólo pueden hacerse con palabras. La vida, la libertad, la propiedad, el honor, todo lo que nos espreciado depende de nuestra elección de las palabras”<sup>43</sup>.

Por eso, no debe extrañar que hoy se diga que “las leyes están hechas con palabras, como las casas con ladrillos; los juristas somos *ingenieros* de las palabras”<sup>44</sup>, o más simplemente, “la palabra es el instrumento de trabajo de los escritores y de los juristas”<sup>45</sup>.

En efecto, un cirujano, un plomero puede hacer su trabajo sin pronunciar una palabra; en cambio, el abogado es una “criatura verbal”; las palabras son su herramienta primaria; debe explicar sus razones y persuadir a otros<sup>46</sup>. De allí que el art. 2 del CCyC, al igual que la mayoría de los códigos civiles, dispone, como primera regla, que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras”.

Por eso, tenía razón el juez Félix Frankfurter cuando aconsejaba que “el mejor modo de comenzar a estudiar Derecho es llegar como una persona bien instruida. Únicamente así se puede adquirir la capacidad de usar el

<sup>41</sup> Citada por GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, Prólogo al libro de CAZORLA PRIETO, Luis M., *El lenguaje jurídico actual*, Madrid, Thomson/Aranzadi, 2007, p. 15.

<sup>42</sup> Cit. por TISSEYRE, Sandrine, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, Aix, ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 24.

<sup>43</sup> BENTHAM, Jeremy, *A General View of a Complete Code of Laws*, cit. por ALONSO, Juan Carlos, *Violación, aborto y las palabras de la ley*, en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/violacion-aborto-y-las-palabras-de-la-ley.pdf>. Como es sabido, las enseñanzas de Bentham tuvieron un gran peso al momento de la creación de la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, por influencia de Rivadavia. Tulio Ortiz ha señalado que la universidad debe permitir la pluralidad de expresiones políticas, confesionales y filosóficas, “como lo fue en su origen, ya que convivía el Bentham de Somellera con el iusnaturalismo de Antonio Sanz en un ámbito de plena libertad, único que facilita la discusión pacífica y la posibilidad de dilucidar certezas, pues como bien se preguntaba Stuart Mill ¿cómo podemos saber cuáles son las mejores ideas si no las comparamos y las dejamos competir?” <http://www.derecho.uba.ar/institucional/colacionesdegrado/tulio-ortiz-20150911.php>

<sup>44</sup> Cit. por CAZORLA PRIETO, Luis M., *El lenguaje jurídico actual*, Madrid, Thomson/Aranzadi, 2007, p. 19.

<sup>45</sup> VALADÉS, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, ed. UNAM, 2005, p. 25; conf. PÉREZ DEL VISO, Adela *El lenguaje jurídico y el movimiento para el lenguaje llano*, MJ-DOC-14835-AR | MJD14835, 27/3/2019.

<sup>46</sup> GIDI, A., and WEIHOFEN, Henry, *Legal writing style*. 3° ed. Hornbook Series, 2018, p.13.

idioma, escrito u oral, y tener un método de pensamiento claro, que sólo una educación genuinamente liberal puede conferir”<sup>47</sup>.

Ahora bien, las palabras no se dan de manera aisladas sino en una red de palabras interconectadas que obedecen a determinadas situaciones de la vida cotidiana. En ese contexto, se generan elementos específicos que permiten actualizar el sentido de las palabras y se negocia su significado. Por eso, hoy la lingüística prefiere trabajar desde unidades más amplias, como el *discurso*, y no sólo con la palabra.

Aún desde el discurso, en mi opinión, conservan valor las enseñanzas de Genaro Carrió<sup>48</sup> quien afirmó que el *lenguaje jurídico* presenta tres calidades casi inseparables: (i) su *ambigüedad* (la palabra tiene más de un significado); (ii) su *vaguedad*<sup>49</sup> (o sea, la indeterminación sobre el campo de aplicaciones) y su (iii) *textura abierta* (porque sólo pueden reputarse excluidas como irrelevantes las propiedades o características posibles que han sido consideradas, pero no las que no lo han sido). A esta enumeración, como nuevo elemento perturbador, quizás podría agregarse el *uso continuo de metáforas*<sup>50</sup>.

Luzzatti define provisoriamente la vaguedad (*vaghezza* en italiano, *vagueness* en inglés, *indétermination*, en francés) del siguiente modo: Un término o un enunciado son vagos cuando su uso presenta, más allá de las hipótesis centrales y no controvertidas, casos límites (*borderline case*). En tales casos, los integrantes de una comunidad lingüística no saben con certeza si el término se aplica o no, o si existe la situación configurada en el enunciado. La incerteza se califica de *intrínseca*, porque no depende de la carencia de

<sup>47</sup> FRANKFURTER, Felix, *Letter to Paul Claussen J.*, citado por Barbara Pozzo, Prólogo al libro de James Boyd White, *Quando le parole perdono il loro significato. Linguaggio, individuo, comunità*, trad. de Renata Casertano, Milano, ed. Giuffè, 1984, p. IX. El juez norteamericano se refiere al idioma inglés, palabra que he eliminado de la cita, para hacerla más universal.

<sup>48</sup> CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3° ed., Bs As, A. Perrot, 1986.

<sup>49</sup> Ver, especialmente, ENDICOTT, Timothy, *La vaguedad en el derecho*, trad. De Alberto del Real Alcalá y otro, Madrid, Dykinson, 2006.

<sup>50</sup> La bibliografía sobre la metáfora es vastísima. Ver, por ej., LAKOFF, George y JOHNSON, Mack, *Metáforas de la vida cotidiana*, trad. de Carmen González Marín, 6° ed., Catedra, 2004. Para las metáforas en el ámbito jurídico, ver GALGANO, Francesco, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, ed. Il Mulino, 2010; también el comentario al libro de Galgano de BARRA CARACCILO, Francesco, *Le insidie del linguaggio giuridico. Un saggio sulle metafore nel diritto*, en *Contratto e impresa*, 2011, 4-5, p. 1270. Para el uso erróneo de las metáforas, ROMEO, Francesco, *Antropologia giuridica. Un percorso evoluzionista verso l'origine della relazione giuridica*, Torino, ed. Giappichelli, 2012, p. 15.

información, sino de la imposibilidad que las reglas del significado resuelvan todas las cuestiones que podrían surgir del uso de la palabra<sup>51</sup>.

c) Seguramente, es exagerado decir que en incontables supuestos la ley es *irracional*, pero está fuera de duda que el lenguaje jurídico “acusa frecuentemente insuficiencias graves, no fácilmente remediadas”<sup>52</sup>.

Las quejas contra el lenguaje jurídico vienen de todos los sectores; quizás, el ejemplo paradigmático sea el del civilista alemán Fritz von Hippel, quien decía que el concepto de *derecho subjetivo* (tan caro a la juridicidad) es “latente como un embrión en el cuerpo materno, nulo como uno que ha nacido muerto, pendiente como la espada de Damocles, quieto como un animal en letargo, puede fundirse como metal, transformarse cambiando de piel como serpiente, crecer como un árbol de fruta injertado y colisionar como vagones de un tren”<sup>53</sup>. Sin llegar a esos extremos, es cierto que, normalmente, “existe una zona marginal, de penumbra, donde se inicia la controversia; entonces, dado que el derecho tiene que ser expresado en palabras y las palabras tienen una penumbra de incertidumbre, las zonas marginales están destinadas a producirse”<sup>54</sup>.

Más allá de lo conceptual, lo cierto es que numerosos congresos, jornadas, cursos, conferencias, reflejados en bibliografía cuantitativa y cualitativamente significativa, coinciden en la necesidad de que las personas destinatarias de las normas jurídicas *comprendan* el lenguaje usado por los *operadores* del derecho (legislador, juez, abogados, notarios, etc.)<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> LUZZATI, Claudio, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, ed. Giuffrè, 1990, p. 3.

<sup>52</sup> DE STEFANO, Rodolfo, *Conoscenza ermeneutica e linguaggio ermeneutico nella interpretazione dei testi normativi*, en *Scritti minori*, Milano, ed. Giuffrè, 1998, p. 525.

<sup>53</sup> Cit. por RESCIGNO, Pietro, *Su diritto e linguaggio; tre considerazioni*, en *AV, Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, Milano, ed. Giuffrè, 1999, vol. II, p.1987.

<sup>54</sup> Ver, especialmente, ENDICOTT, Timothy, *La vaguedad en el derecho*, trad. De Alberto del Real Alcalá y otro, Madrid, Dykinson, 2006, págs.. 32/33; el autor recuerda sobre el punto a Hart, al juez Benjamín Cardozo y a Glanville Williams.

<sup>55</sup> Ver, entre muchos, PERCHINUNNO, Remigio (a cura di) *Il drafting legislativo. Il linguaggio, le fonti, l'interpretazione. Del modo di fare le leggi e dei suoi effetti*, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 2007; NUZZO, Massimo ed altri (a cura di) *Il segno, il linguaggio e l'interpretazione*, Roma, ed. Eurilink, 2014 ; PLAS, Pascal (sous la direction scientifique de) *La langue du procès*, Institut Universitaire Varenne, 2017 ; CONLEY, John and O'BARR, M., *Just words, Law, Language and power*, Chicago, ed. University of Chicago, 1998; DI COSIMO, Giovanni (a cura di) *Il fattore linguistico nel settore giustizia. Profili costituzionali*, Torino, ed. Giappichelli, 2016.

Más modernamente, la preocupación no concluye allí; un nuevo aspecto se agrega, cual es, que el sistema jurídico no utilice ese instrumento de comunicación para profundizar *discriminaciones*. Ya Epicteto, filósofo estoico, decía “no son los hechos los que perturban a los hombres sino el juicio que los hombres hacen de los hechos”<sup>56</sup>.

En los puntos siguientes me referiré, brevemente, a ambos aspectos (comprensión y no discriminación).

### **3. Un derecho comprensible, para que no sea un instrumento de sumisión del más vulnerable**

#### ***a) El punto de partida***

Prada García recuerda que “Uno de los primeros hechos de la historia del Derecho que la tradición nos ha transmitido es la diferencia entre juristas y profanos, tan notoria, que los primeros terminaron por hacerse indispensables al pueblo porque el derecho había llegado a ser una ciencia de misterios (Ihering, 1947: 252) Al ser concebidas, en un principio, como revelaciones de la voluntad divina, las leyes eran cuasi-oraciones que había que entonar literalmente y en el momento justo para que surtieran efecto, hasta el punto de que la más mínima variación las hacía inútiles: Cambiar una letra..., permutar la colocación de una palabra, alterar el ritmo, destruir la forma sagrada con la que se habían revelado a los hombres, hubiese significado destruir la ley misma. La ley era como la oración: agradaba a la divinidad sólo si se la recitaba exactamente, y se hacía impía si una sola palabra cambiaba en ella... (Fustel de Coulanges, 1972: 232)”<sup>57</sup>.

En algunas épocas, los juicios se llevaron adelante en un idioma comprendido sólo por un círculo privilegiado; piénsese que, en Francia, recién en 1539, bajo el reinado de Francisco 1º, se dictó la ordenanza de Villers-Cotterêts que impuso el francés y prohibió el uso del latín, a fin de que los actos de la justicia fueran comprensibles para todos”<sup>58</sup>. De este modo,

---

<sup>56</sup> Cit. por ROMANO, Bruno, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Torino, ed. Giappichelli, 2015, p. 197.

<sup>57</sup> PRADA GARCÍA, Aurelio de, *¿Lenguaje de juristas o de ciudadanos? A propósito del lenguaje jurídico*, en Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad n° 7, septiembre 2014 – febrero 2015, pp. 76-84.

<sup>58</sup> Cit. por ROBIN, Cécile, *La langue du procès*, Clermont-Ferrand, ed. LGDJ, 2000, n° 73 y ss. La autora señala que ya con anterioridad existían otros documentos que prohibían el uso del latín y

el francés fue, como tantos otros idiomas, el instrumento absolutamente necesario para el ejercicio del derecho de defensa.

El dato histórico no debe asombrar. Todavía hoy, algunos actos jurídicos trascendentes se llevan a cabo en un idioma incomprensible para su destinatario en tanto no conoce la lengua “oficial” o su conocimiento es muy rudimentario. La situación ha merecido pronunciamientos importantes desde la perspectiva constitucional<sup>59</sup> y convencional, que han visto involucrados no sólo el derecho de defensa, sino también el de la libre expresión y el de igualdad y no discriminación.

Así, la Corte IDH, en el caso *Lopez Alvarez v/Honduras* sostuvo que la prohibición del empleo del *garífuna* (lengua hondureña) en un centro penitenciario significó (i) una restricción al ejercicio de la libertad de expresión, incompatible con el art. 13 de la Convención americana de Derechos humanos, y (ii) un acto discriminatorio, dado que el idioma materno representa un elemento de identidad en tanto garantiza la difusión y transmisión de una cultura<sup>60</sup>. En el mismo sentido, en el caso *Tiu Tojin v Guatemala*, 26/11/2008, condenó al Estado denunciado por no permitir al imputado usar la lengua de la comunidad originaria a la que pertenecía, configurando tal situación un supuesto de negación del acceso a la justicia<sup>61</sup>; en *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* de 9-3-2018, tuvo en cuenta que una de las víctimas de una adopción internacional irregular, Osmín Tobar Ramírez, no dominaba el idioma español, por lo que ordenó al Estado traducir la sentencia al idioma inglés en un plazo de seis meses a partir de su notificación.

En la Argentina, en marzo de 2018, una camarista penal fundó la nulidad de la condena por homicidio en la circunstancia que el imputado “no fue provisto de un intérprete y la complejidad del lenguaje forense, aún para el que habla la lengua del tribunal, necesita de quien lo alcance al

---

señala que, en su momento, obedeció a impedir el idioma de la Iglesia que ponía barreras al poder real.

<sup>59</sup> Véase, por ej., TOYCO SUAREZ, Piero Nicolás, *Constitución y diversidad lingüística. A propósito de la sentencia n° 889/2017-PA del Tribunal Constitucional del Perú*, en Rev. RYD, UNCuyo, 2018, n° 3, pág. 125.

<sup>60</sup> Para el tema de la imposición del español por los conquistadores sobre las lenguas locales, compulsar el discurso de Claudia Piñeiro, <https://www.infobae.com/americacultura-america/2019/03/28/el-impactante-y-conmover-discurso-de-claudia-pineiro-en-el-congreso-de-la-lengua/>

<sup>61</sup> Citado por FERRER MAC-GREGOR, E., y LANDA ARROYO, César, *Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH*, en FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, ed. Marcial Pons, 2013, pág. 904.

nivel de conocimiento del lego, tarea que llevan a cabo sus letrados y que se dificultaría en caso de que ambos, letrado y patrocinado no compartan el idioma”<sup>62</sup>.

### **b) El idioma, elemento de cohesión social**

La lengua es un elemento de *cohesión social* (los italianos hablan de un “*collante sociale*”); así, en la Argentina, los hijos de los inmigrantes estudiaban español en la escuela pública y enseñaban ese idioma a sus padres, facilitando la integración de toda la familia. Iguales experiencias existieron en otros países.

Paradojalmente, en la actualidad, el fenómeno inmigratorio se ve desde otra óptica. A diferencia de los “buenos y viejos inmigrantes”, algunos se rehúsan a aprender la lengua del país receptor y, en ocasiones, los gobiernos ni siquiera los incentivan a hacerlo, por considerar que cualquier tipo de imposición, débil o fuerte, es fuente de dominación y de desconocimiento de la cultura del grupo minoritario. Los movimientos menos radicalizados, más razonablemente, promueven el *bilingüismo*.

En un extremo, se sostiene que la diversidad lingüística puede llevar al separatismo político, invocándose el caso de Quebec<sup>63</sup>; sin embargo, un sector importante señala las ventajas del bilingüismo en los centros académicos de ese Estado canadiense<sup>64</sup>.

No pretendo terciar en el debate; como explico en el párrafo siguiente, sólo intento reflexionar sobre cómo el *lenguaje jurídico* puede llegar a ser un instrumento de poder en contra de la persona más vulnerable.

### **c) El idioma técnico como instrumento de sumisión**

Expresiones estereotipadas y difíciles pueden convertirse en un instrumento de sumisión del destinatario de las normas jurídicas<sup>65</sup>. Para entender

---

<sup>62</sup> Voto de la Dra. Garrigós de Rébora, CNCasCrimCorrec, sala I, 28-3-2018 cita on line AR/JUR/35697/2018, Ver. Derecho Penal y Criminología, año IX, n°4, mayo 2019 p. 103, con nota de LUZZA, Yamila, *Nota a un interesante caso sobre garantías de imputados extranjeros*.

<sup>63</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “*Cunning Passages*” *Comparazione e ideologia nei rapporti tra diritto e linguaggio*, en Riv. Critica del Diritto Privato, anno XVII 1-2, giugno 1999, p. 354.

<sup>64</sup> JUTRAS, Daniel, *Énoncer l’indicible : Le droit entre langues et traditions*, en Rev. Internationale de droit comparé 2000, n° 4, p-781 y ss.

<sup>65</sup> RICCI, Fiammetta, *I linguaggi del potere. Costruttori di significato, distruttori di senso*, Torino, ed. Giappichelli, 2003 (La autora se refiere, específicamente, al poder de las nuevas tecnologías);



este aserto basta recurrir a la literatura y recordar el encuentro de Alicia con Humpty Dumpty, uno de los episodios más citados del relato de Lewis Carroll en *A través del Espejo*, citado en el copete de estas reflexiones.

Mucho antes, en la mitología griega, se relata que, para hacer posible la existencia de las ciudades, Zeus hizo un regalo en el que infundió a todos los hombres la idea de justicia y el sentido moral; sin embargo, el padre de los dioses se olvidó de entregar la facultad de descifrar el lenguaje de ese regalo. Milenios más tarde, esa inadvertencia sigue mostrándose “en la prodigiosa complejidad del lenguaje jurídico, que se alza como una barrera que impide el acercamiento real de las destinatarias, por lo que hay que recurrir a profesionales en la materia”<sup>66</sup>.

Pues bien, no es posible seguir aceptando mansamente que a los operadores del derecho corresponde el rol de *mediar* entre el *Derecho* (la ley, la sentencia judicial, el laudo arbitral, los reglamentos administrativos, el informe de un experto, una cláusula contractual, etc.) y los *destinatarios* de esas reglas *traduciendo* el lenguaje *técnico* a la lengua *común* (accesible a quien debe conformar su conducta al texto)<sup>67</sup>. La queja es casi universal<sup>68</sup>; adviértase que esa traducción es requerida hasta en el mundo empresarial<sup>69</sup>, por lo que no faltan quienes, con razón, comienzan a exigir el reconocimiento expreso del *derecho a comprender el Derecho*<sup>70</sup>.

---

BISOGNI, Giovanni, *I costituenti e la giustizia costituzionale ovvero (del)la teoria dell'interpretazione giuridica fra linguaggio e potere*, en CATANIA A. ed altro, *Forme della violenza. Violenza della forma*, Napoli, ed. Scientifiche italiane, 2007, p. 139; ROBIN, Cécile, *La langue du procès*, Clermont-Ferrand, ed. LGDJ, 2000, en especial, n° 28 y s.

<sup>66</sup> DE PRADA GARCÍA, Aurelio, *¿Lenguaje de juristas o de ciudadanos? A propósito del lenguaje jurídico*, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 7, septiembre 2014 – febrero 2015, pp. 76-84.

<sup>67</sup> RESCIGNO, Pietro, *Su diritto e linguaggio; tre considerazioni*, en AV, *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, Milano, ed. Giuffrè, 1999, vol. II, p.1985; KONCA, Paulina, *El jurista como “traductor” del lenguaje jurídico al lenguaje de los legos. Formulación comprensible de las motivaciones de resoluciones judiciales*, en Rev. de Derecho procesal, 2019-1-295.

<sup>68</sup> Para la situación en la India, ver CHAUHAAN, Laxmi *Use of Archaic Language in Law*, <http://euacademic.org/UploadArticle/24.pdf>, consultado 18/2/2019.

<sup>69</sup> CAPPÀ, Ermanno, Prólogo al libro de GARZONE, Giuliana e altra, *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Milano, ed. Giuffrè, 2008, p. XVII.

<sup>70</sup> ARENAS ARIAS, Germán Jair, *Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho)*, en Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655 N°. 15, octubre 2018 – marzo 2019, pp. 249-261. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4355>. El autor recuerda el Informe de la Comisión de Modernización de Lenguaje Jurídico de España de 2010 que expresamente dice: “el derecho tiene que hablar como lo hace la gente (...). Si el ciudadano no entiende lo que hacemos, tampoco sabrá valorar los cambios que se efectúan en la justicia (...). Una justicia moderna es una justicia

Por estas razones, algunas organizaciones trabajan para generar instrumentos que lo tornen eficaz. Así, *Clarity International* (fundada en el Reino Unido en 1983 por un pequeño grupo de profesionales del Derecho, hoy con más de 650 miembros que provienen de 50 países), promueve el lenguaje legal claro y sencillo<sup>71</sup>.

#### ***d) El deber del legislador de redactar normas en lenguaje comprensible***

Es verdad que toda área de conocimiento y de actuación profesional realiza un recorte específico del lenguaje general. Este recorte se conoce con el nombre de *lenguaje de especialidad* o *discurso especializado*. Se hace referencia, de este modo, al lenguaje económico, médico, jurídico, de la ingeniería, de las ciencias sociales, etc. Los textos del lenguaje especializado pueden clasificarse en textos de *baja especialidad* (más comprensibles por los legos), de divulgación didáctica (comprensibles por los sujetos interesados y que devendrán en sujetos expertos) y de *alta especialidad* (sujetos expertos)<sup>72</sup>. También es cierto que quienes usan cotidianamente un código son los expertos (jueces, abogados, etc). Sin embargo, esa especialidad debe allanarse en tanto hoy se aspira a que el público se asuma como sujeto en las decisiones que le atañen.

Por eso, se ha dicho que “si se quiere que la ley sea pronunciada como se ha escrito, es necesario escribirla como debe ser pronunciada”<sup>73</sup>. Es decir, el *legislador* se compromete a “hacer coincidir su expectativa de ser comprendido, con la expectativa del destinatario de entender el significado de la declaración que le es dirigida”<sup>74</sup>.

---

que la ciudadanía es capaz de comprender”. Según ese mismo informe, un 82% de los ciudadanos considera que el lenguaje jurídico es excesivamente complicado y difícil de entender. Conf. NEUMAN, Ariel Alberto, *Derecho a comprender. El resultado de la sentencia en lenguaje llano*, LL 2017-D-229, Cita Online: AR/DOC/1844/2017; TAU, Matías, *Oralidad y lenguaje judicial claro: garantía elemental del debido proceso*, en Rev. de Derecho procesal, 2019-1-64.

<sup>71</sup> <http://www.clarity-international.net>.

<sup>72</sup> PARODI, Giovanni S. *Discurso especializado y lingüística de corpus: hacia el desarrollo de una competencia psicolingüística*. *Boletín de Lingüística*, 2005, 23, pp. 61-88.

<sup>73</sup> Hempel, citado por PANUCCIO, Vincenzo, *Linguaggio giuridico, linguaggio comune e linguaggi tecnici*, en AV, *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, ed. Scientifche italiane, 1987, p.341 y en *Saggi di metodologia giuridica*, Milano, ed. Giuffrè, 1995, p. 257.

<sup>74</sup> LONGO, Erik, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale: profili di Diritto costituzionale europeo*, en DI COSIMO, Giovanni (a cura di) *Il fattore linguistico nel settore giustizia. Profili*

El planteo viene desde antiguo: Erasmo de Rotterdam, en *Educación del príncipe cristiano*, hablaba de la necesidad de que las leyes que rigen una ciudad o un reino sean claras y bien conocidas por el pueblo<sup>75</sup>. Pero el tema se desarrolló, realmente, a partir de mediados del siglo XVIII, gracias a la transformación profunda que el Estado liberal produjo, al ser la ley el centro del sistema jurídico<sup>76</sup>, especialmente por la influencia de Montesquieu: “El estilo de las leyes ha de ser sencillo; la expresión directa se entiende siempre mejor que la expresión redundante. Cuando el estilo de las leyes es ampuloso se consideran como obras de ostentación. Es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres. Si la ley expresa las ideas con firmeza y claridad, no hay por qué volver sobre ellas con expresiones vagas”<sup>77</sup>. En este mismo sentido, Bentham decía: “El fin de la ley es dirigir la conducta de los ciudadanos. Dos cosas son necesarias para el cumplimiento de este fin: 1) que la ley sea clara, es decir, que ofrezca a la mente una idea que represente exactamente la voluntad de legislador; 2) que la ley sea concisa, con el fin de que se fije fácilmente en la memoria. Claridad y brevedad: he aquí las dos cualidades esenciales”. “Se trata de simplificar los trámites y mejorar la eficacia, suprimiendo esa especie de conspiración de los abogados contra el público, disfrazada de tecnicismos y reglas infinitamente complejas, formuladas con frecuencia en un lenguaje ininteligible para el abrumado litigante”<sup>78</sup>.

---

*costituzionali*, Torino, Ed. Giappichelli, 2016, p. 25; conf. RUGGERI, Antonio, *La Costituzione allo specchio: linguaggio e materia costituzionale nella prospettiva della riforma*, Torino, ed. Giappichelli, 1999, p. 107. Durante 2019 la legislatura de Mendoza lleva a cabo un curso, dictado por el Dr. Nicolás Sosa Baccarelli, destinados a legisladores y sus asesores, titulado “*Las palabras de la ley. Problemáticas del discurso jurídico y de las prácticas legislativas*”.

<sup>75</sup> Citado por ARENAS ARIAS, Germán Jair, *Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho)*, en Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655 N°. 15, octubre 2018 – marzo 2019, pp. 249-261. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4355>

<sup>76</sup> NIVARRA, Luca, *Come “normalizzare” il linguaggio legale*, en Riv. Contratto e impresa, 1987 n° 1, p. 256.

<sup>77</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. Mercedes Blázquez y otro, 5° ed., Madrid, ed. Tecnos, 2000.

<sup>78</sup> BENTHAM, Jeremy, *Traité de législation civile et pénale*, 1802, t. IV, cap. XXXIII. Ver citas de PENDAS GARCÍA, Benigno, *Jeremy Bentham: Política y derecho en los orígenes del Estado constitucional*, Madrid, ed. Centro de estudios constitucionales, 1988, p. 190. Para el tema del lenguaje jurídico y Bentham ver, especialmente, SHAKANKIRI, Mohamed, *Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart*, en Archives de Philosophie du Droit, t. XV, 1970, *Philosophie du Droit anglaises et américaines et divers essais*, p. 113. Bentham reconoció que Blackstone fue el primero de todos los escritores que enseñó la Ciencia jurídica con un lenguaje accesible a estudiantes y gente corriente (Ver CRUZ, Luis N., *La ciencia del derecho, Jeremy Bentham*, <http://dadun.unav.edu/handle/10171/12934>).

En la misma línea, más recientemente, se sostiene que el lenguaje es una herramienta esencial para democratizar<sup>79</sup>, especialmente, en áreas en las que una importante parte de sus destinatarios son personas en situación de vulnerabilidad, como sucede, por ej., en materia ambiental<sup>80</sup> o en el derecho del consumo<sup>81</sup>.

La cuestión no es intrascendente. No se trata de abandonar el lenguaje técnico, necesario en todo ámbito del conocimiento<sup>82</sup>, sino de eliminar el *tecnicismo no inteligible por la ciudadanía en general*, pues de otro modo “se pierde no sólo la inteligibilidad de la ley sino su grado de *eficacia*, en tanto difícilmente se cumple lo que no se conoce”<sup>83</sup>.

En este sentido, cabe recordar que la Corte constitucional italiana, en sentencia n° 364, de 24/3/1988, calificada por la doctrina como valiente, histórica e importante, declaró parcialmente inconstitucional el art. 5 del código penal (que de modo absoluto dice “nadie puede invocar como excusa la ignorancia de la ley penal) en cuanto no autoriza la excusabilidad de la ignorancia *inevitable*, que se produce cuando existe “imposibilidad de conocimiento, carencia objetiva de posibilidad de entender la disposición normativa, como sucede, por ej., ante la *absoluta oscuridad del texto legislativo*”<sup>84</sup>. “La Corte coloca a la persona humana en el vértice de la escala de los valores y afirma que en las prescripciones taxativas del código, el

<sup>79</sup> PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Acceso a la información judicial. Derecho a comprender y lenguaje claro*, Cita on line: AR/DOC/1557/2019.

<sup>80</sup> En este sentido, en la O.C 23/17 de 15/11/2017, AR/JUR/103232/2017, la Corte IDH insiste en que “La información debe ser completa, comprensible, brindarse en un *lenguaje accesible*, encontrarse actualizada y brindarse de forma que sea *efectiva* para los distintos sectores de la población”.

<sup>81</sup> Ver, entre muchos, CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, 2° ed., Bs As., ed Thomson Reuters, 2019, t. I p. 349.

<sup>82</sup> Bentham decía que el Derecho debía desarrollar una nomenclatura y argumentaba analogando con otras ciencias: “¿Qué sería de la arquitectura si no tuviera fijada una nomenclatura propia, donde no hubiese nombres seleccionados para distinguir las diferentes clases de edificios, ni las diferentes partes de un mismo edificio? (cit. por CRUZ, Luis N., *La ciencia del derecho*, Jeremy Bentham, <http://dadun.unav.edu/handle/10171/12934>).

<sup>83</sup> Una visión sorprendentemente negativa de la simplificación se encuentra en GUTMANN, Daniel, *L'objectif de simplification du langage législatif*, en MOLFESSIS, Nicolas (sous la direction de) *Les mots de la loi*, Paris, ed. Economica, 1999, p. 73 y ss. Para el autor, se trata de una empresa desmesurada. La visión me parece equivocada.

<sup>84</sup> FIANDACA, Giovanni, *Commento in Il Foro Italiano*, Vol. 111, Parte prima: Giurisprudenza costituzionale e civile (1988), pp. 1385/1386-1411/1412; PEGORARO, Lucio, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Milano, ed. Giuffrè, 1988, p. 19; LUZZATI, Claudio, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, ed. Giuffrè, 1990, p. 388.

sujeto debe poder encontrar, en cada momento, qué puede hacer y qué le está prohibido y, para esto, son necesarias leyes que contengan directivas del comportamiento que sean *reconocibles*". La decisión es, pues, una importante flexibilización de la famosa y antigua regla "la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento" (*nemo censetur ignorare legem*)<sup>85</sup>. Consecuentemente, conforme esta sentencia, en el ámbito penal, la claridad en la formulación del tipo legal constituye un criterio directivo de política legislativa *no renunciabile* con el fin de garantizar al sujeto la certeza de la libre elección de las acciones.

En esta línea Podetti recuerda que hay terminología técnica que puede ser sustituida fácilmente por otra más comprensible; ejemplifica con las expresiones "recurso en relación", "recurso con efecto devolutivo", y pide a sus críticos que pregunten a un estudiante de derecho o a un abogado no especializado qué les dicen esas palabras, que perfectamente pueden sustituirse por recurso "con o sin efecto suspensivo"<sup>86</sup>.

#### **4. El deber de quien dicta las normas de redactarlas de manera que no agudicen las discriminaciones**

Prestigiosos profesores argentinos critican, en ocasiones con excesiva ironía, las sustituciones legales de palabras que contienen alta carga discriminatoria por otras más neutras. En algún caso, puede ser verdad que, como ellos dicen, "los cambios son trampas que convierten al lenguaje en un campo minado para el pensamiento" y que "en lugar de desactivar pacientemente las trampas, agregamos otras nuevas atribuyendo a nuestras expresiones un poder mágico y fingimos que, si llamamos a las cosas

---

<sup>85</sup> PASTORI, Baldassare, *Certezza, linguaggio legislativo e atteggiamenti interpretativi (a proposito di un saggio di Lucio Pegoraro)* en Riv. di Diritto Civile, anno XXXV, 1989, parte seconda, p. 517. En la Argentina hay un caso que exime del cumplimiento de una resolución administrativa de carácter penal tributaria (disponía la clausura del negocio), no porque fuese oscura sino porque, ante la maraña de normas de este tipo, el contribuyente pudo no conocerla. El juez Julio Cruciani distinguió entre el desconocimiento de la ley y el de una *resolución administrativa* y dijo que el mecanismo que proponía (notificar previamente al contribuyente) era un arma para luchar contra la corrupción, en tanto dar a los agentes del Estado la peligrosa herramienta de elaborar y escoger una resolución sorpresiva e ignorada es un magnífico elemento extorsivo para que el contribuyente, ciudadano ignorante de buena fe, deba optar entre ir preso o pagar soborno (Juzgado nacional de primera instancia en lo penal económico n° 2, secretaría n° 3, 15/3/1991, ED 142-463, con notas aprobatorias de BONZÓN RAFART, Juan C., *Importante fallo que plantea polémicos problemas doctrinarios*, y de BIDART CAMPOS, Germán, *Una ficción estúpida*).

<sup>86</sup> PODETTI, Ramiro, *Tratado de los recursos*, 2° ed, Bs As, Ediar, 2009, pág. 280.

como querríamos que fueran, ellas se adaptarán a nuestros deseos”; también puede ser cierto que “el lenguaje es obra de muchas generaciones y su modificación paulatina depende de todos, no del Estado ni de una minoría iluminada”. En cambio, no creo que “la pretensión de sustituir la acción política por expresiones abstrusas pueda conducir al ridículo, del que algunos optimistas dicen que no se vuelve”<sup>87</sup>. En mi opinión, en la mayoría de los casos, el cambio no es abstruso ni ridículo, por las siguientes razones:

a) A veces, una palabra nueva puede tener por efecto que se empiece a reflexionar sobre un fenómeno jurídico. Así, por ej., la palabra *mobbing* deriva del inglés *to mob* (atacar con violencia); en el 1963, Lorenz la utilizó para designar el comportamiento agresivo de algunas clases de pájaros contra un animal más fuerte, el depredador, que intenta atacar el nido; en 1984 Leymann la transfirió al ámbito social para indicar una particular forma de acoso u hostigamiento ejercido en el ámbito laboral; pues bien, con posterioridad a la difusión del uso de la palabra, la problemática comenzó a provocar la atención del Derecho, de la sociología, la política, la medicina, etc., a punto tal, incluso, de haber generado resoluciones del Parlamento de la Comunidad europea<sup>88</sup>.

Otro tanto ocurrió con la palabra “*vulnerabilidad*”. Al parecer, el primer dato de esta palabra en francés (*vulnérabilité*) se ubica en 1836, usada por Balzac, como sinónimo de fragilidad, y definida como “el carácter de lo que es vulnerable”<sup>89</sup>. Entró al lenguaje jurídico en tiempos recientes, pero ya florece: el legislador, el juez, la doctrina prestan atención a las situaciones de fragilidad, debilidad personal, desigualdades que justifican una protección especial a la persona y que antes eran ignoradas<sup>90</sup>.

b) La palabra “*género*” sirve también a estas reflexiones pues su uso casi cotidiano sirvió para que la sociedad comenzara a reflexionar sobre las

<sup>87</sup> GUIBOURG, Ricardo A, *Magia del lenguaje, humor y corrección política*, en LL 2012-A-1025. Debo reconocer que el listado proporcionado por el profesor de la UBA está hecho con gran humor.

<sup>88</sup> ANTELMINI, Donatella, *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico*, en GARZONE; g. E SANTULLI, F., *Introduzione*, en GARZONE-SANTULLI (a cura di) *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*. Milano, ed. Giuffrè, 2008, p.111.

<sup>89</sup> BORGETTO, Michel, *Propos introductifs : la vulnérabilité saisie par le droit*, en DONIER, V. (sous la direction de), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Toulouse, ed. L'építoge, 2015, p. 11.

<sup>90</sup> GATÉ, Juliette et ROMAN, Diane, *Droits des femmes et vulnérabilité. Une relation ambivalente*, en PAILLET, E. (sous la coordination de), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, ed. Bruylant, 2014, p. 219.

asimetrías de poder entre el hombre y la mujer<sup>91</sup>. Obvio está, la nueva expresión no implica suprimir la palabra *mujer* del léxico jurídico. Así, Eva Giberti advierte: “el género es un hacedor político necesario, un recurso útil para debatir e incorporar matices y pliegues en las teorías, pero, cuando se mata a una *mujer*, a una *adolescente* o a una *niña* se trata de un *femicidio* y no un *genericidio*”<sup>92</sup>.

Lo cierto es que la expresión llegó al ámbito del derecho internacional en 1980, en diferentes conferencias internacionales en las que se trataban los derechos de la mujer. Recién en 2004, el Comité de la CEDAW definió el *género* como “los significados sociales asignados a las diferencias biológicas entre los sexos”.

Aclaro: no me refiero a si debe aceptarse o no el llamado “lenguaje inclusivo”<sup>93</sup>; ni siquiera pretendo discutir la veracidad de la afirmación de que el lenguaje jurídico (en español, italiano y francés) es androcéntrico (por ej., los códigos mencionan al tutor, curador, trabajador, menor, hijo, etc., siempre en masculino)<sup>94</sup>. Tampoco mostrar cómo códigos de la segunda mitad del siglo XX siguieron usando términos provenientes de la naturaleza para referirse a la mujer; así, el art. 3 del Código de familia de Cuba dispone que “Están autorizados para formalizar el matrimonio la *hembra* y el *varón* mayores de 18 años”; y el art. 4 inc. 3) que “no podrán

<sup>91</sup> Recordado por ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Violencia de género y responsabilidad del Estado: la tutela de los derechos de las mujeres víctimas en la sociedad democrática y protectora de los derechos humanos*, en Rev. Derecho Penal y Criminología, año V, n° 11, dic. 2015, pág. 51. Adviértase que la palabra género se utiliza expresamente en las 100 Reglas de Brasilia: n°4 “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”. No obstante, al desarrollar la causal, las reglas 17 a 20 se refieren a la *mujer*.

<sup>92</sup> GIBERTI, Eva, *Palabras, uso y abuso*, en diario Página 12, 4 de julio 2013.

<sup>93</sup> Para esta cuestión ver MARTÍNEZ, A. *Cuando la “mano invisible” se visibiliza. La conciencia social y el cambio lingüístico*, I Jornadas nacionales de lingüística y gramática española, 1 y 2 de noviembre de 2018, Ciudad de Buenos Aires, Argentina. La lengua, medio de comunicación por excelencia. En Memoria Académica. Disponible en: [http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab\\_eventos/ev.10517/ev.10517.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.10517/ev.10517.pdf)

De cualquier modo, no puedo dejar de señalar que, recién en 1978, a 267 años de su creación, la Real Academia española incorporó la primera mujer, y de sus casi 500 miembros, sólo 11 son mujeres (<https://www.mdzol.com/opinion/redaccion-mdz/todes-o-no-todes-por-que-destruir-nuestro-lenguaje-20190804-38763.html>).

<sup>94</sup> Compulsar BENGOCHEA BARTOLOMÉ, Mercedes, *Lenguaje y sexismo*, en CARMONA CUENCA, Encarna (coord.), *Diversidad de género e igualdad de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 41.



contraer matrimonio las *hembras* menores de 14 años y los varones menores de 16 años”.

Sólo pretendo reflexionar sobre un hecho objetivo<sup>95</sup>, cual es, que para designar nociones jurídicas claves, el derecho tradicional utilizó expresiones que dejaban afuera a la mujer, no sólo lingüísticamente. Piénsese, por ej., en “buen padre de familia”, “buen hombre de negocios”, “derechos del hombre”, etc. En efecto, el famoso juez Lord Devlin definía al *hombre razonable*, categoría central del derecho británico, como “el que se sentaba en el banco del jurado, *predominantemente hombre, de mediana edad, de clase media y de inteligencia media*”<sup>96</sup>; en realidad, era la representación del *hombre* de la época victoriana, de la sociedad decimonónica en la que la mujer no se había incorporado aún al trabajo ocupando un papel secundario y subordinado; era entendible, entonces, que el lenguaje jurídico dejara a la mujer fuera del estereotipo, que fuera invisible frente a ese arquetipo jurídico. Más aún, con cierta ironía, algunos autores ingleses se preguntaron por la existencia, si es que la había, de una «reasonable woman». Es el típico caso del sexismo lingüístico, entendiéndose por tal el que reproduce una imagen sobrevalorada de lo masculino que invisibiliza las aportaciones o experiencias de las mujeres o representa de forma sesgada y poco objetiva la diversidad humana<sup>97</sup>. Sólo muchos años después se produjo la adaptación en términos de neutralidad de género y, en lugar de “reasonable man” comenzó a utilizarse la expresión políticamente correcta «reasonable person».

El cambio ha sido de ciento ochenta grados; las nuevas legislaciones, como la reforma francesa al *Code*, eliminó la expresión “buen padre” y la sustituyó por “persona razonable”<sup>98</sup>.

De allí que, en Italia, en 1985, la presidencia del Consejo de Ministros emitiera las “*Recomendaciones para un uso no sexista de la lengua ita-*

<sup>95</sup> IORIATTI FERRARI, Elena, *Linguaggio giuridico e genere*, en SCARPONI, Stefania (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, 2° ed., Padova, Cedam, 2016, p. 51.

<sup>96</sup> Citado por TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 2005 p. 82.

<sup>97</sup> Citado por RUBIO, Ana, *El lenguaje y la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en Rev. Bio y Der. Barcelona, 2016 n° 38, p. 9.

<sup>98</sup> Ver, por ej., nuevo art. 1188, parágrafo 2, del código civil francés (TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, *La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: reforma en Francia y valoración de su alcance*, en Revista de Derecho Civil, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015) Estudios, pp. 57-103.



liana<sup>99</sup>; el documento consiste, simplemente, en dos columnas, una que dice “no usar” y otra que dice “sí usar”; su finalidad es sugerir alternativas compatibles con el sistema lingüístico para evitar algunas formas sexistas del italiano (lo mismo puede decirse del español). En consecuencia, invita a no decir “derechos del hombre”, sino “derecho de las personas” o “derechos humanos”; no escribir “el hombre primitivo” sino las “poblaciones primitivas”, etc. Las sugerencias, se aclara en la presentación, son fruto de una investigación científica que demuestra que el uso de un término en lugar de otro comporta una modificación del pensamiento y de la conducta de quien lo pronuncia y de quien lo escucha.

Más aún, la Recomendación CM/Rec 2019 del Comité de ministros del Consejo de Europa “para prevenir y combatir el sexismo”, adoptada el 27/3/2019 en la reunión n° 1342, define el sexismo, a los efectos de esa recomendación, como todo acto, gesto, representación visual, *palabras habladas o escritas*, prácticas o conductas basadas en la idea de que una persona o grupo de personas es inferior por su sexo, ocurra en la esfera pública o privada, con el propósito o efecto de:

- (i) Violar la dignidad o los derechos inherentes a la persona o al grupo de personas;
- (ii) Tener por efecto un daño físico, sexual, psicológico o socio-económico o el sufrimiento de una persona o grupo de personas;
- (iii) Crear un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante o
- (iv) Constituir una barrera a la autonomía y plena realización de los derechos humanos de una persona o grupo de personas;
- (v) Mantener o reforzar los estereotipos de género.

La cuestión no es ajena a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo.

– En el caso “*González y otras (‘Campo algodonero’) v. México*”, de 16/11/2009<sup>100</sup> reconoció que el lenguaje discriminatorio es *una de las ma-*

<sup>99</sup> [http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/documenti/Normativa%20e%20Documentazione/Dossier%20Pari%20opportunit%C3%A0/linguaggio\\_non\\_sessista.pdf](http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/documenti/Normativa%20e%20Documentazione/Dossier%20Pari%20opportunit%C3%A0/linguaggio_non_sessista.pdf), consultado 20/25/2019.

<sup>100</sup> Para un análisis de este caso compulsar especialmente ABRAMOVICH, Víctor, *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentario sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, JA 2013-1-3.

*nifestaciones de la violencia de género*: “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y *el lenguaje* de las autoridades de policía judicial”.

– Decisiones posteriores insisten en que el lenguaje utilizado por los funcionarios públicos puede ser una manifestación clara de estereotipos discriminadores; por ej., cuando acusan a una mujer de no asumir su “rol maternal” o “rol de madre”, sin que quede claro qué características le atribuyen a esa función; si valoran testimonios que imputan a la madre “observar una conducta irregular”, sin decir en qué consiste<sup>101</sup>; si la policía sostiene que el perfil de la víctima “corresponde al de las pandillas y al de una prostituta”<sup>102</sup>, etc.

– Más aún, en el párrafo 187 de la decisión recaída en Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, 19/11/2015, la Corte IDH valora la declaración de un perito que afirma que la expresión “*crimen pasional* es parte de un *estereotipo* que justifica la violencia contra la mujer. El calificativo *pasional* pone el acento en justificar la conducta del agresor. Por ejemplo, *la mató por celos, en un ataque de furia*, son expresiones que promueven la condena a la mujer que sufrió violencia. Se culpabiliza a la víctima y se respalda la acción violenta del agresor. En este sentido, prejuzga sobre el móvil, atenuando la responsabilidad del posible autor y minimizando la necesidad de protección de la víctima”. En una decisión posterior, Caso *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, 24/8/2017, n° 171, la Corte, directamente, hizo suyas las palabras del perito. El razonamiento es altamente relevante porque pone de manifiesto cómo expresiones del uso cotidiano manifiestan estereotipos discriminadores con efectos perjudiciales en tanto desvían negativamente la investigación de los delitos cometidos contra la mujer.

– En *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, 28/11/2018, n° 212, después de calificar los hechos denunciados como tortura, la Corte vuelve a detenerse en el tema lenguaje: “no se debe invisibilizar la gravedad de la *violencia verbal* y psicológica a la que también fueron reiteradamente sometidas, por medio de insultos y amenazas con

<sup>101</sup> Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, 9/3/2018. N° 296.

<sup>102</sup> Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, 19/11/2015, n° 181.

connotaciones altamente sexuales, machistas, discriminatorios y en algunos casos misóginos”.

c) El Tribunal Europeo de Derechos humanos también ha reflexionado sobre el sentido discriminatorio de algunas expresiones. Así, por ej.

– En *Aksu c. Turquie*, (*Requêtes n<sup>os</sup> 4149/04 et 41029/04*), 15/3/2012, se discutía, precisamente, si un libro y dos diccionarios financiados por el Estado tenían o no expresiones hostiles contra los gitanos.

– En *Case of Garib v. The Netherlands*, (*Application no. 43494/09*) de 6/11/2017, el debate era si las restricciones para edificar en la ciudad de Rotterdam eran o no discriminatorias por razones económicas; la opinión disidente de los jueces Pinto de Albuquerque y Vehabović, para decir que sí lo eran, se fundó en las *palabras usadas*; dijeron que la voz *gentrification* usada en las ordenanzas, viene de *gentry*, que designa a una persona de importancia social, ubicada justo debajo del rango social de la nobleza; el uso mostraba que la política urbanística tenía por finalidad promover un área de gente rica en una zona que antes había sido ocupada por personas menos privilegiadas, o sea, transformar esa área en beneficio de un estatus social más alto; por otro lado, la palabra “*deghettoisation*” daba cuenta de la perpetuación de la confusión entre pobreza y delitos, lo que testimonia una fobia que enraíza en estereotipos contra los pobres.

– En *Toranzo Gomez contra España*, (*demanda n<sup>o</sup> 26922/14*), el 20/11/2018, la sala 3<sup>o</sup> del TEDH analizó una sentencia penal contra un activista que se había resistido a un lanzamiento de un inmueble y en una rueda de prensa afirmó haber sido *víctima de torturas* físicas y psicológicas por parte de los agentes de policía y los bomberos. Por eso, fue denunciado por calumnias por la Delegación del Gobierno. Tras el correspondiente juicio, fue condenado penalmente. La sentencia se basó en que el activista atribuyó a los funcionarios públicos la comisión del delito de torturas y que, de conformidad con la definición dada por el Código Penal, la actuación llevada a cabo por los mismos no era subsumible en este tipo. Tras agotar la vía interna, el condenado acudió al TEDH. La decisión del tribunal de derechos humanos diferenció entre lenguaje *jurídico* y *coloquial*. En este caso, y siempre teniendo en cuenta la contextualización, llegó a la conclusión de que el demandante utilizó la palabra “tortura” de forma coloquial con el objetivo de denunciar ante la opinión pública lo que consideró un uso excesivo y desproporcionado de la fuerza por parte de la policía y los bomberos.

Por tanto, mediante la utilización de la palabra torturas durante la rueda de prensa no pretendía atribuir la comisión de un delito a nadie, sino más bien manifestar públicamente su malestar por el trato recibido por los funcionarios públicos. Para el TEDH, restringir el derecho del demandante a criticar la actuación de los poderes públicos imponiendo la obligación de respetar escrupulosamente la definición legal de tortura establecida en el Código Penal español supone una importante carga para el demandante (así como para el ciudadano medio), socavando de forma desproporcionada su derecho a la libertad de expresión y a criticar públicamente lo que consideraba una actuación desproporcionada por parte de las autoridades.

d) De Cupis señala que, en general, aunque no siempre, a diferencia de otras áreas del Derecho (por ej., el penal), el civil tiene un lenguaje homogéneo al social<sup>103</sup>; la interconexión entre el lenguaje ordinario y el jurídico es inevitable, por lo que, hasta épocas recientes, la discriminación del primero se trasladó al segundo. El ordenamiento jurídico debe tender a evitar esa contaminación, desde que “el valor pacificador del cambio de las expresiones no debe ser descartado”<sup>104</sup>. Se requiere, entonces, que la lengua del derecho se desarrolle en paralelo a los valores constitucionales<sup>105</sup>.

e) La elección de las palabras no es algo anodino en el derecho de familia, un área tan sensible y propicia a las controversias pasionales.

Salvatore Patti sostiene que, en este ámbito, el lenguaje jurídico presenta peculiaridades relevantes en tanto muchos términos provienen de los usos<sup>106</sup>; piénsese, por ej., en la palabra “infante”, que etimológicamente significa “el que no tiene voz”, justificadamente eliminada hoy del lenguaje cotidiano, desde que, precisamente, se reconoce la obligación de escuchar esa voz.

<sup>103</sup> DE CUPIS, Adriano, *Osservatorio sul diritto civile*, Milano, ed. Giuffrè, 1992, p. 54.

<sup>104</sup> ZABALETA, Emeritz, *Transition démocratique, justice transitionnelle et récupération des droits linguistiques*, en PLAS, Pascal (sous la direction scientifique de) *La langue du procès*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 205 y s.

<sup>105</sup> GARZONE; g. E SANTULLI, F., *Introduzione*, en GARZONE-SANTULLI (a cura di) *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*. Milano, ed. Giuffrè, 2008, p. 2.

<sup>106</sup> PATTI, Salvatore, *Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa*, en PATTI, S e CUBEDDU, María G., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, ed. Giuffrè, 2008, p. 3.

Pues bien, como decía Carbonnier<sup>107</sup>, en esos usos hay palabras que *suenan mal*, que *hacen mal*, y el legislador ha aprendido a recurrir a las virtudes de los eufemismos. El denominado *nominalismo humanitario* puede ser criticado, pero también tiene un aspecto positivo<sup>108</sup>. El nuevo lenguaje de los derechos fundamentales, inscripto en el proceso de civilización y humanización, ha producido un verdadero cambio de paradigma; así, términos que caracterizaron el lenguaje del racismo y de la discriminación (hijos bastardos, incestuosos, pueblos bárbaros, etc.), fueron abandonados y aparecieron otros, como respeto a la dignidad del hombre, vulnerabilidad, afecto, etc<sup>109</sup>.

En suma, no debe olvidarse que todos los actores, especialmente los académicos, tienen el deber y la obligación de cumplir y desarrollar el proyecto de justicia que establece la Constitución: “Un ideal de justicia que se conecta inexorablemente a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en todos los contextos de la vida, también en el de la comunicación y el lenguaje”<sup>110</sup>.

## **5. El deber del juez de interpretar la ley y de hablar claro. La interpretación evolutiva o dinámica. La sentencia en formato “lectura fácil”. El lenguaje no discriminatorio**

La actitud exigida al legislador respecto del idioma (que éste sea comprensible y no discriminator) también debe requerirse al juez<sup>111</sup>, tanto en

---

<sup>107</sup> CARBONNIER, Jean, *Ensayos sobre las leyes*, trad. Luis Diez Picazo, Madrid, ed. Civitas, 1998, p. 218. Roland Barthes decía: “La palabra es irreversible, esa es su fatalidad. Lo que ya se ha dicho no puede recogerse. Salvo para aumentarlo: corregir, en este caso, quiere decir, cosa rara, añadir. Cuando hablo, no puedo nunca pasar la goma, borrar, anular; lo más que puedo hacer es decir “anulo, borro, rectifico, o sea, hablar más. Yo llamaría *farfullar* a esta singularísima anulación por adición” (BARTHES, Roland, *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y de la escritura*, trad. Fernández Medrano, 2º ed., Paidós, 1994, p.99).

<sup>108</sup> LEVENEUR, Laurent, *Le choix des mots en droit des personnes et de la famille*, en MOLFESSIS, Nicolas (sous la direction de) *Les mots de la loi*, Paris, ed. Economica, 1999, p.11.

<sup>109</sup> SALARDI, Silvia, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici*, Torino, ed. Giappichelli, 2015, págs. 61 y ss.

<sup>110</sup> RUBIO, Ana, *El lenguaje y la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en Rev. Bioética y Derecho, Barcelona, 2016 n° 38, p. 11. Para el tema en el derecho laboral, ver, entre otros, PASTEN DE ISHIHARA, Gloria, *Igualdad de oportunidades. Un largo pero sostenido camino*, en Rev. De Derecho Laboral. Actualidad, 2018-2, p. 41 y ss.

<sup>111</sup> ROBIN, Cécile, *La langue du procès*, Clermont-Ferrand, ed. LGDJ, 2000; CORNU, Marie (sous la direction de) *Langues et procès*, Paris, ed. LGDJ, 2015 (el libro contiene 14 artículos de diferentes profesores europeos).

su trato durante el proceso (más aún si el procedimiento es oral<sup>112</sup>) como en la redacción de sus decisiones.

Por lo expuesto, se espera que el juez actúe conforme algunas reglas, que paso a exponer sintéticamente:

a) *El juez no puede dejar de juzgar bajo pretexto de oscuridad o insuficiencia de las leyes.* La regla contenida en el art. 15 del CC derogado no está reproducida en el CCyC, porque en el siglo XXI está sobreentendida.

b) Por otro lado, el juzgador debe desechar la regla según la cual “si la norma es clara no necesita interpretación”; como se vio (supra 1.f.), el “mensaje normativo” (legal, contractual o de cualquier otro tipo) siempre debe ser interpretado; en este sentido, el CCyC se liberó “del prejuicio según el cual las leyes claras no requieren interpretación”<sup>113</sup>. Las palabras pronunciadas requieren ser *interpretadas*. Esto viene de muy lejos: en la mitología griega, Hermes es el mensajero de los dioses; él trae anuncios que deben ser escuchados y también interpretados; no en vano, la palabra hermenéutica derivaría de Hermes<sup>114</sup>. En la tradición judaica aparece la misma imagen; en efecto, antiguamente, la liturgia de la sinagoga incluía, junto a la lectura del texto bíblico en hebreo la traducción al arameo, que era la lengua corriente del pueblo; esta traducción se llamaba *Tárgum*; el *targumista* (persona que traducía) incorporaba muchas de las interpretaciones corrientes en su tiempo; con ello *actualizaba* el texto bíblico haciéndolo coherente y adaptado al público de la sinagoga<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> ¿De qué serviría la oralidad si la persona no entiende lo que el juez le dice? Ver, entre muchos, FALCÓN, Enrique, *La comunicación efectiva*, en Rev. de Derecho procesal, 2019-1-19 y ss.

<sup>113</sup> NICÓTERA, Marcelo A., *Normas de interpretación. Ley. Derechos humanos y fundamentales. Principios y valores. Razonabilidad y coherencia*, en GOZAÍNI, O.A. (director), *Cuestiones procesales del código civil y comercial de la Nación*, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2018, pág. 65.

<sup>114</sup> Nicolás Sosa Bacarelli, a quien también agradezco la lectura de este trabajo, me señaló: Llama la atención que Hermes sea un heraldo que interpreta el mensaje del más allá, proveniente de los dioses y, al mismo tiempo, sea el “dios de las fronteras”, “de los que las atraviesan” y de los “mentirosos”. La presencia de la tensión verdad vs mentira, remite directamente al problema de la interpretación como “descubrimiento” del “verdadero sentido y alcance” o como “construcción” del (o de un) sentido. Por su parte, Ballarín recuerda los tres modelos de juez descriptos por François Ost: el juez Júpiter, que imparte justicia conforme una pirámide de juridicidad de la que emana el derecho; el juez Hércules, que asume una posición de semidios sometido al agotador trabajo de juzgar y para quien sólo existe la singularidad del caso concreto, y el juez Hermes, cuyo derecho es una estructura de red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables (BALLARÍN, Silvana, *El lenguaje en el proceso de familia como garantía de tutela judicial efectiva*, en JA 2018-I-1139).

<sup>115</sup> MUÑOZ LEÓN, *La filiación en el Tárgum*, en AYÁN CALVO y otros (a cargo de), *Filiación, cultura pagana, religión de Israel. Orígenes del cristianismo*, Madrid, ed. Trota, 2005, pág. 191.

En realidad, el intérprete realiza un círculo constante que va de la parte leída al todo. Este movimiento es espiralado y tiene que ver con la definición problemática del “todo”. En efecto, se extiende del texto a otros textos relacionados y a las circunstancias sociohistóricas de producción concebidas como “contexto”<sup>116</sup>. ¿Cómo creer, entonces, que todo termina en la palabra?

c) El idioma no es “estático” y el significado de las palabras cambia con el tiempo. Esta característica incide fuertemente en la interpretación de la norma, sea general o individual. La cuestión ha generado una importante polémica dentro de la Corte Interamericana de Derechos humanos, tal como se lee en la Opinión Consultiva C-24/17 de 24/11/2017, desde que puede no haber acuerdo en si ese cambio lingüístico ha llegado y se ha trasladado a la norma.

Así, con relación a la palabra “matrimonio” y si puede o no extenderse a la pareja del mismo sexo el voto mayoritario expresa:

“188. La Corte Internacional de Justicia ha señalado que, en determinados tratados internacionales, la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional. En tales circunstancias, justamente para respetar la intención inicial de los Estados, es necesario realizar una interpretación evolutiva. Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo. En dichos casos, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que, como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará”<sup>117</sup>.

Por el contrario, el voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi dice:

97. “El asunto no es que los términos del tratado cambien con el tiempo, sino cuándo y cómo ello ocurre y, en especial, si ello ha sido recogido por

<sup>116</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1984, p. 244 y ss.

<sup>117</sup> Se ha sostenido que la razonabilidad lleva a la *interpretación evolutiva*, que ningún legislador ha logrado impedir, de Justiniano en adelante” (GIORGINI, Erika, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, ed. Scientifche italiana, 2010, pág. 22).

uno o varios instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados de que se trate”.

d) El juez debe hacer el máximo esfuerzo por “hablar claro” (*clare loqui*)<sup>118</sup> en todas sus resoluciones. Si como se ha señalado, el lenguaje es multívoco y las palabras padecen de vaguedades y ambigüedades, debe intentar que en el momento en que la controversia se resuelve, estos inconvenientes cesen<sup>119</sup>.

Esta obligación se acentúa cuando en el procedimiento intervienen personas en situación de vulnerabilidad. En este sentido, las Cien Reglas de Brasilia dicen: “En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico” (Regla 60) y “en los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:...se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo” (Regla 78).

Sin embargo, en los hechos, el juzgador no siempre cumple con estas disposiciones; con razón, se denuncia “el tecnicismo jurídico esotérico” en el que suele encerrarse el discurso jurídico, en tanto el “lenguaje jurídico forense está contaminado de ficciones, oscuridades, vaguedades e imprecisiones más o menos deliberadas”<sup>120</sup>. Pareciera que nada ha cambiado desde los tiempos de Bentham cuando decía: “El fétido aliento de la ficción emponzoña el significado de cuanto empaña. La consecuencia es que falta todavía mucho para que el Derecho, y en especial, el derecho procesal, sea inteligible para todos”<sup>121</sup>.

En España, encuestas y sondeos de opinión vienen preguntando a los encuestados acerca de la inteligibilidad del lenguaje forense, con este resultado: “un preocupante y relevante porcentaje de personas que ha tenido relación de uno u otro modo con la Justicia (82 %, según datos del Consejo General del Poder Judicial) ha manifestado que no entiende bien lo que lee

<sup>118</sup> PEYRANO, Jorge, *Del “clare loqui” (hablar claro) en materia procesal*, LL 1992-B-1158.

<sup>119</sup> DEL CARRIL, Enrique, *El lenguaje de los jueces. Criterios para la delimitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial*, Bs As, ed. Ad Hoc., 2007, p. 28.

<sup>120</sup> CIANCIARDO, Juan, Prólogo al libro de DEL CARRIL, Enrique, *El lenguaje de los jueces. Criterios para la delimitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial*, Bs As, ed. Ad Hoc., 2007, p. 12.

<sup>121</sup> BENTHAM, Jeremy, *Fragmento sobre el gobierno*, trad. Julián Larios Raos, Madrid, ed. Aguilar, 1973, pág. 25.



o se les lee. El mismo porcentaje se ha reiterado en el V Barómetro externo del Consejo General de la Abogacía Española en 2015, que informa: “El lenguaje y los procedimientos de la justicia son excesivamente complicados y difíciles de entender para el ciudadano medio”<sup>122</sup>.

La situación no es diferente en otros países: en Francia, la Corte de Casación ha emitido nuevas reglas para redactar las sentencias, de modo de hacerlas más comprensibles<sup>123</sup>.

En Bélgica, en 2017, se reeditó una obra que comenzó a publicarse en 2003, preparada por la asociación de magistrados, titulada “*Decir el derecho y ser comprendido; vademécum para la redacción de sentencias*”<sup>124</sup>.

En la República Argentina, aunque en los últimos tiempos una importante cantidad de jueces ha cambiado el estilo de la redacción, algunas expresiones se siguen usando en latín, como “*prima facie*”, “*in limine*”, “*quantum*”, “*a quo*”, “*erga omnes*”, “*petitum*”, “*de visu et auditu...*”, “*ab-intestato*”, “*juris tantum*”, “*ergo*”, etc.<sup>125</sup> Viejas expresiones en español continúan por doquier: “Visto que”, “considerando que”<sup>126</sup>, fojas (por hojas), “luce” (por está agregado), “fecho” (por hecho), “esta *causa*” (por este expediente), “*autos para resolver*” y tantas otras que podrían enumerarse.

En la ciudad de Salta me relataron esta anécdota: para dar prueba terminante que el juez había rechazado la petición formulada, un abogado mostró a su cliente el expediente con un decreto que decía: “*No ha lugar*”. El cliente exclamó inmediatamente: “pero doctor, ¿cómo *no ha lugar*?; ¡fíjese todo el espacio que le queda al juez en esta página!”. Hace algunos años, un excelente alumno de Ciencias Económicas me confesó que cuando en la

---

<sup>122</sup> CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina, *La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico*, Cita: RC D 1956/2017.

<sup>123</sup> *Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de Cassation change*, <https://www.courdecassation.fr/IMG//Dossier%20de%20presse%20-%20Le%20mode%20de%20r%C3%A9daction%20des%20arr%C3%AAts%20change%20-%20Cour%20de%20cassation%20-.pdf>

<sup>124</sup> El título en francés es “*Dire le droit et être compris ; vade-mecum pour la rédaction de jugements*”, Ver KETELS, Didier e autre, *Le langage juridique clair dans le monde judiciaire belge*, en AMRAMI-MEKKI, Soraya (sous la direction de), Paris, Dalloz, 2019, p.189.

<sup>125</sup> PÉREZ DEL VISO, Adela *El lenguaje jurídico y el movimiento para el lenguaje llano*, MJ-DOC-14835-AR | MJD14835, 27/3/2019.

<sup>126</sup> Para el origen y uso de este tipo de expresiones en los tribunales italianos ver BARBAGALLO, Giuseppe e MISSORI, Mario, *Il linguaggio delle sentenze*, en La Nuova Giurisprudenza civile commentata, anno XV, Parte seconda, 1999, p. 91.

primera clase escuchó la palabra “*actor*” por mí utilizada para dar un ejemplo, tardó algunos minutos en retomar la idea que se venía exponiendo, porque para él, un actor era quien actúa en un escenario, o en una película y no quien peticiona en justicia.

Peor aún, la terminología incomprensible para la persona común se usa en noticias periodísticas que intentan explicar lo que acontece en un expediente de interés público. Así, por ej., se lee en un diario *on line*: “Uno de los ministros de la Corte aportó datos. El supremo explicó que este tipo de medidas precautorias requieren solamente que exista el llamado “*fumus bonis iuris*”, un término jurídico del latín que literalmente significa “*humo de buen derecho*”<sup>127</sup>. La expresión en latín (que para colmo de males es metafórica y vaga) se traduce, pero el lego tampoco la entiende en español, porque seguramente se pregunta qué es el *humo* conectado al “buen derecho”.

Relatos como éstos, más o menos jocosos para el lector y desesperantes para quien los sufre, se repiten cotidianamente.

Por otro lado, advierto que el lenguaje claro se invoca para justificar la validez de actos de la administración; en tal sentido se ha dicho que “el acto que ordena la expulsión de un extranjero del país debe confirmarse, dado que...*la notificación del acto administrativo se valió de explicaciones propias del lenguaje usual inteligible para todos* y se le comunicó al destinatario del acto administrativo los distintos recursos que se encontraba en condiciones de interponer”<sup>128</sup>.

Algunos campos son especialmente sensibles a esta temática. En tal sentido, se afirma que comunicarse mediante un lenguaje claramente comprensible es trascendente en lo procesal familiar<sup>129</sup>, pues se trata de una garantía de la tutela judicial efectiva<sup>130</sup>; por eso, el código Procesal modelo

---

<sup>127</sup><https://www.mdzol.com/politica/contrastes-en-la-corte-por-la-causa-de-los-intendentes-20190222-17422.html>, compulsado el 22/2/2019.

<sup>128</sup>Cám. Nac. Fed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 08/02/2018, LL 2018-A, p. 479, LA LEY2018-B, 69 y Sup. Adm. 2018 (marzo), p. 12, Cita Online: AR/JUR/23/2018.

<sup>129</sup>FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, *El procedimiento de familia en el Proyecto*, LL 2012-D, p. 722, Cita Online: AR/DOC/2761/2012. Las modificaciones producidas en estos últimos años a las leyes procesales de familia siguen esta línea.

<sup>130</sup>BALLARÍN, Silvana, *El lenguaje en el proceso de familia como garantía de tutela judicial efectiva*, en JA 2018-I-1139 y ss. La autora reproduce declaraciones formuladas en diversos congresos y jornadas que reclaman un lenguaje claro e inclusivo. Compulsar también VENINI, Guillermina *La figura del abogado del niño* LL 2019-A , 555 y en DFyP 2019 (abril) , 163, AR/DOC/2152/2018,

para la Justicia de Familia de la CABA de 2014 dice expresamente:

“Artículo 12. Lenguaje. Las resoluciones judiciales deben redactarse mediante construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

Las notificaciones, requerimientos y demás actos procesales deben utilizar términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a la situación particular de las partes. Las expresiones o elementos intimidatorios deben evitarse, excepto que el uso de expresiones conminatorias sea necesario para comprender las consecuencias del incumplimiento.

Los tribunales deben facilitar los medios para superar cualquier impedimento de comprensión y, en especial, contar con servicios de traductor e intérprete para los procesos en que intervienen extranjeros, personas con discapacidad e integrantes de pueblos originarios”.

En el mismo sentido, la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, Paraguay, 2016, recomendó: 1. Lenguaje claro y asequible en las sentencias –sin perder el rigor técnico– como forma de comunicación de la labor judicial al ciudadano. 2. Legitimidad de la judicatura ligada a la claridad y calidad de las resoluciones judiciales: derecho fundamental del debido proceso. 3. Elemento esencial de sentencias y resoluciones: uso de un lenguaje claro e inclusivo, no discriminatorio. Argumentación fácilmente comprensible. 4. Promover el “Diccionario Panhispánico del Español Jurídico” para la unificación del léxico jurídico iberoamericano. 5. Exhortar a los Poderes Judiciales de Hispanoamérica a bregar e instaurar un lenguaje claro en sentencias, resoluciones y toda clase de información<sup>131</sup>.

Por su parte, la Asociación europea *Formely International League of Societies for Persons with Mental Handicap* (ILSMH) recuerda que, conforme las “Normas de Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad”<sup>132</sup>, los Estados tienen la obligación de ha-

---

HARRINGTON, Carolina *Comunicaciones judiciales directas: un arma versátil para enfrentar desafíos procesales en el derecho internacional privado de familia*, en DFyP 2019 (febrero) , 24 AR/DOC/2441/2018.

<sup>131</sup> Citado por PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. , *Acceso a la información judicial. Derecho a comprender y lenguaje claro*, Cita on line: AR/DOC/1557/2019.

<sup>132</sup> Aprobadas el 4 de marzo de 1994 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Para el tema, ver ALDERETE, Claudio M., *Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad Formato de lectura fácil*, <http://www.saij.gob.ar/claudio-marcelo-alderete-acceso-justicia-personas-discapacidad-formato-lectura-facil-dacf150818-2015-11-05/123456789-0abc-defg8180-51fcanirteod>

cer accesible la información y documentación; consecuentemente, trabaja para que los tribunales redacten las sentencias que involucran a estas personas en formato “*lectura fácil*”, que consiste en escribir con un lenguaje simple y directo, en el que se evitan los tecnicismos así como los conceptos abstractos. En esta línea, el art. 17 de la Instrucción n° 244 de 15/3/2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba, dice expresamente: “La sentencia que se dicte en el proceso de modificación del ejercicio de la capacidad de obrar será de *lectura fácil*, de modo que le permita a la persona entender, a su alcance, lo pronunciado respecto a su actuación y el apoyo o salvaguardias dispuestos, según sea el caso”.

Ejemplos de este tipo de sentencias para personas con discapacidad son las emanadas de:

–Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de México, de 16/10/2013 que, al decidir un amparo relativo a una persona con síndrome de Asperger, y antes de redactar la sentencia en el estilo tradicional, dice expresamente:

“Al analizar tu caso la Corte decidió que tú, Ricardo Adair, tienes razón. En poco tiempo un juez te llamará para pedirte tu opinión sobre tu discapacidad. El juez platicará varias veces contigo sobre qué actividades te gusta hacer, qué es lo que no te gusta hacer, cuáles son tus pasatiempos y cosas así. Cuando platicues con el juez, te va a explicar por qué te llamó y hablará contigo de forma amigable. Si tú así lo quieres, un familiar tuyo o algún amigo te puede acompañar cuando vayas con el juez. Además, el juez platicará de tu caso con tus papás, con médicos y con otras personas como maestros y abogados. Después de que el juez platique con todos ustedes, decidirá qué cosas puedes hacer solo y en qué cosas vas a necesitar que alguien te ayude. En todas las decisiones que se tomen sobre ti, tendrán que preguntarte qué es lo que opinas. Tu opinión será lo más importante cuando decidan cosas sobre tí mismo. El juez decidirá qué personas, como alguno de tus familiares, te ayudarán cuando vayas a tomar una decisión sobre tí mismo o tus pertenencias. Cuando tú consideres que algunas de las cosas que dijo el juez que tenías que hacer con ayuda, ahora las puedes hacer tú sólo, puedes ir con el juez y decírselo”.

–1° instancia de Villa María, Córdoba, de 12/05/2017, punto 15, dirigido en forma personal y directa a la persona con capacidad restringida<sup>133</sup>:

“Buenos días, M. Te explico lo que hicimos en esta carpeta tuya. En el hogar donde vivís te van a dar los remedios, y actividades para que estés bien físicamente. Te van a seguir visitando tus papás, tu hija y tu nieto, y les vamos a recordar que no se olviden de ir a

---

<sup>133</sup>La sentencia es mencionada por GUIBOURG, Ricardo A., *El lenguaje llano en el derecho*, LL 2017-D, 1339 , Cita Online: AR/DOC/1501/2017. El profesor de la UBA, con su habitual ironía, duda sobre la eficacia de este tipo de resoluciones.

visitarte para ver cómo estás. También les podés decir a ellos que te visiten otras personas. También les podés pedir las cosas que te gustan o necesitás. En el hogar donde estás, podés seguir haciendo todas las cosas que te gustan, como ver televisión, y hacer manualidades, y otras cosas que tengas ganas de hacer. Si necesitás algo, se lo podés pedir a la gente del hogar, a tu papá, y a tus familiares. También si querés, podés pedir hablar con una abogada o un abogado, o con el juez, si tenés alguna duda con esta carpeta. Después de un tiempo te van a ver de nuevo los médicos, una psicóloga y una trabajadora social y el juez, para ver cómo está tu salud. Esta carpeta está hecha para ver qué es lo mejor para vos, luego del accidente que tuviste. Te fueron a ver varios médicos, una psicóloga y una trabajadora social. Ellos nos informaron las cosas de tu vida de todos los días, que podés hacer sola, y otras cosas para las cuales necesitás ayuda de otras personas. Te fuimos a ver el juez, una defensora especial, y la abogada de tu papá, y conversamos con vos. Con todos esos papeles, y otros informes que buscamos, decidimos qué es lo mejor para vos, para que estés bien. De los papeles tuyos, y de tus cosas más importantes, se va a encargar tu papá, A. S. P., pero siempre te va a preguntar primero qué es lo que vos querés. Vimos que el lugar donde estás viviendo está bien para vos, porque en la casa se hace difícil atenderte bien”.

El formato también se usa en otro tipo de procesos<sup>134</sup>. Algunos ejemplos:

– Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, sentencia de 15/2/2019, que rechaza la impugnación a la declaración de adoptabilidad de cinco hermanos interpuesta por los padres biológicos:

“Estas palabras están destinadas exclusivamente a B, Y, R, S y B<sup>135</sup>, por si algún día desean leer esta sentencia, para que puedan así comprender lo resuelto. Luego de haberlos conocido personalmente y de haber escuchado sus deseos y sus angustias, hemos decidido que lo mejor para ustedes es que continúen viviendo junto a las familias con las que se encuentran hoy transitando el camino de la adopción. Estamos convencidos de ello porque ustedes mismos nos han dicho lo felices que están así. Nos han contado cómo se desarrollan sus días en la actualidad, desde quiénes les preparan el desayuno y los buscan en el colegio, hasta quiénes los ayudan a estudiar; qué hacen en sus ratos libres, con quiénes comparten sus alegrías y tristezas; quiénes integran su nueva familia, a quiénes identifican como “mamá”, “papá”, “abuela” y cada uno de los nuevos afectos que han incorporado en sus vidas. En definitiva, nos han hecho saber quiénes son las personas que, hoy, les brindan amor y se preocupan por sus necesidades y de quiénes no quieren ser separados. En eso han coincidido todos, no quieren ser separados de sus nuevas familias adoptivas y esa voluntad, claramente manifestada, es algo que este Tribunal va a respetar y valorar. Sabemos que, pese a ser tan pequeños, han sufrido mucho, han tolerado malos tratos y abandono de parte de quienes debían protegerlos

<sup>134</sup> Para el ámbito del derecho laboral ver referencias en FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho procesal. Parte General*, Bs As, ed. Rubinzal, 2018, vol. I, t. I, pág. 199 nota 106-1.

<sup>135</sup> La sentencia nombra a cada niño. He colocado solo las iniciales para preservar su intimidad.

y amarlos. Y no queremos que eso vuelva a repetirse en sus vidas. Por ello, hemos decidido priorizar y defender el interés de ustedes, por sobre el de sus padres biológicos que los reclaman. Ustedes coincidieron en que no quieren volver con ellos, no quieren volver a esa casa donde fueron maltratados y ello será respetado, porque también es lo que consideramos mejor para su futuro y bienestar personal. A lo largo de todos los años que duró esta causa judicial, pudimos comprobar que sus padres biológicos no están en condiciones de garantizar el cuidado y la protección que ustedes necesitan”.

– 1° Juzgado de Gestión judicial de familia de la Tercera Circunscripción judicial (Gral. San Martín, provincia de Mendoza), sentencia de 12/3/2019. La sentencia de adopción concluye con este párrafo

“V- Para J. P.:

Ahora te hablo a ti J. P., que pediste tener una familia y llevar el apellido de Ariel y Mirta: es lo que aquí he tratado de explicar. Desde hace más de dos años estás viviendo en la casa de Ariel y Mirta y nos contaste lo bien que te sientes, que los llamas papá y mamá, y quieres llevar sus apellidos. Eso es lo que dicen todas las palabras aquí escritas: que tú quieres ser hijo de Ariel y Mirta, y ellos quieren que tú seas el hijo que tanto tiempo han esperado, por eso tu apellido va a cambiar, y de ahora en más te llamarás J. P. B. C., que significa que eres hijo de Ariel Jaime B. y de Mirta Gladys C., y ellos se ocuparán de cuidarte, de mandarte a la escuela y de todo aquello que necesites”.

– Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros, Tucumán, 18/03/2019, a cargo de la jueza Mariana J. Rey Galindo <sup>136</sup>. Se trata de un caso extraño, pues el adolescente se presentó solicitando cambio de nombre, queriendo asumir el de sus guardadores (en realidad, sus tíos, a quienes considera sus padres); finalmente, con el acuerdo de todos, la jueza calificó la petición como adopción plena. Al dirigirse al adolescente, la jueza le explica que lo decidido tiene fundamento en las normas; de allí el especial valor de esta sentencia, porque enseña a un adolescente la importancia del ordenamiento jurídico. Dice la jueza:

“Hola N., voy a contarte qué es lo que decidí sobre lo que vos me pediste cuando tuvimos nuestras charlas. En primer lugar quiero recordarte que tenés derecho a conocer y entender lo que significa esta decisión, que he respetado tus opiniones y las he tomado muy muy en serio.

Que para tomar esta decisión lo más importante para mí son tus deseos y tu real situación de vida con J. L., P. y el resto de tus hermanos con los que compartís y vivís desde siempre.

---

<sup>136</sup>RCCyC 2019 (junio), 120 y Rev. CCyC 2019-5-121, AR/JUR/3124/2019.

Entre los derechos que vos, como todo adolescente tiene, el más importante es tener un nombre que refleje la verdad, y con el que vos te sientas cómodo y feliz. Otro derecho es tener una familia y a ser amados por todo el grupo.

Es por eso, que para todas las personas sean grandes o chicas, es muy importante poder dar y recibir amor.

Otro derecho que tenés es a que te respeten con el nombre que vos tenés y querés tener, y que ese nombre figure en los papeles.

Por eso, como vos me dijiste que querés ser hijo de P. y J., y como ellos quieren ser tus papás, es que voy a hacer que en los papeles figure de esa forma, y que vos también puedas tener el mismo apellido que tus hermanos, para que en todos tus papeles figures como —N. C., así como vos firmás desde hace mucho tiempo y como te conocen todos tus amigos y compañeros.

Además, también me doy cuenta que J. L. y P. te tratan como su hijo, y que vos a ellos les decís: papá y mamá.

Eso es muy importante no solo para mí, sino para todas las leyes que rigen este país. Por todo eso, que vos me dijiste, más lo que puedo observar, y también todo lo que tu abogado presentó en el expediente, es que vamos a hacer todo lo posible para que vos también puedas cambiar tu documento, por uno que tenga tu nuevo apellido.

Tus papeles de nacimiento también van a cambiar, a partir de ahora tendrás solo un papel, que dirá que tu nombre es G. N. C., y que tus padres son J. L. y P.

Vas a continuar formando parte de tu familia, viviendo en tu casa, cerca de las personas que te cuidaron y te brindaron todos los cuidados para que puedas crecer y seguir viviendo en Tafí del Valle, y hacer todo lo que vos quieras.

Esto que vos me pediste, de que tengas el apellido C., lo decidí porque así es como vos te sentís identificado, y en definitiva es el apellido que vos aprendiste a escribir desde chiquito, y con el cual vos firmas en la escuela y en la liga de fútbol.

Es el que tiene que estar en los papeles y en la camiseta del club.

Todo este trámite, que aparece como cambio de nombre, solamente, en realidad no es solo eso, sino que se trata de otro trámite que se llama adopción, y que es el que vamos a instalar a partir de ahora.

Lo tenemos que acomodar legalmente.

También fue importante que J. L. y P. tengan las mismas ganas tuyas que vos finalmente fueras su hijo.

Así que lo vamos a hacer. También fue importante que tu abogado Agustín, hiciera conocer a tus papas biológicos (los de los papeles como vos decís), que teníamos este trámite, y que vos lo habías iniciado. Bueno, ellos no se presentaron.

Así que continuamos con tus propios pedidos, y con los pedidos de P. y J. L.

Todos los derechos que te conté están escritos en las leyes.

Existe un documento muy importante a nivel mundial que se llama —Convención de los Derechos del Niño—, allí en la primera parte que se llama —preámbulo—, pode-

mos leer que el niño, debe crecer en una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

O sea que verdaderamente tenés derecho a ser amado, no solo por parte de tu familia, sino también de las demás personas.

Por eso he valorado lo que significa para vos tu familia, tus padres, tus hermanos, y que te brindaron desde tus primeros días de vida el trato de hijo, y trato de hermano, que has crecido educado desde el cariño, lo cual para mí es lo máspreciado.

Del mismo modo, tu voz es importantísima, siempre se te debe dar la oportunidad de decir lo que pensás, y de participar en todos los asuntos que tengan que ver con tu vida. Siempre. Eso, es hablar de derechos –en serio–.

Otra ley donde están escritos estos derechos es la que tiene un número que es el 26.061.

Esa ley se la conoce como Sistema de Protección Integral. Ahí también en sus artículos se instalan las garantías fundamentales para los niños y los adolescentes como vos.

Y otra ley donde está el tema de la adopción es el Cód. Civ. y Comercial de la República Argentina, donde específicamente nos señalan como hacer ante casos como estos.

Todas esas leyes, son las que mezclamos para poder acomodar tu pedido y lograr que seas hijo de J. L. y P., y que tu apellido sea C.

Por eso, te voy a volver a invitar a que vengas a esta oficina, junto con tus padres P. y J. L., así les cuento de qué se trata esto que hemos escrito, y para que puedas decirme que te parece, si era lo que esperabas, si estás contento con esto que decidí pensando en vos, o querés otra cosa.

Agustín tu abogado también tiene que venir para que pueda seguir asesorándote. Para esto último programamos una reunión si vos querés”.

– Cámara de apelaciones en lo civil de Azul, de 5/2/2019<sup>137</sup>; se dirige a una niña en estos términos:

“Mensaje a Josefina:

Estimada Josefina: somos Jorge, María Inés y Víctor, los jueces de la Cámara, que estuvimos con vos en una entrevista, acá en los Tribunales de XX, días atrás. Vos sabías el motivo de tu visita: que habías venido para conversar con nosotros y con la psicóloga sobre el tema de tu tutela, que querés que sea dada a tus guardadores, tus “papás del corazón”, José y Ana, y que querés vivir en XX con la familia que ustedes forman. Sabemos del cariño y amor que se tienen y de cuánto te han cuidado y querido desde el primer momento que te fuiste a vivir con ellos. Te contamos que nosotros tres hemos pensado mucho esta decisión y que estamos convencidos que es la mejor para vos, aunque pensamos que ahora no te va a gustar y que tal vez te vas a sentir un poco molesta y hasta desconfiada en la actuación de la Justicia. Después de haber hablado mucho con

<sup>137</sup>LA LEY boletín 06/03/2019, pág. 7, con nota de BASSET, Úrsula, *Derecho de comunicación y contacto con parientes y referentes afectivos. Oposición de guardadores, padres o niños*, Cita Online: AR/JUR/59/2019.



tu abuela Carmen, sabemos que ella también te quiere mucho, quiere conocerte y necesita comunicarse con vos. Nos contaron la psicóloga y la asistente social del Juzgado de XX, Cecilia y Estela, que las pocas veces que se vieron con tu abuela cuando tenías cinco años disfrutaste del encuentro, aunque también hubo algunos problemas entre tus papás “del corazón” y tu abuela. Los psicólogos que nos aconsejaron y asesoraron nos contaron que lo mejor para vos es que puedas, de a poco, pensar en intentar comunicarte con tu abuela. Los especialistas dicen que si se logra ese reencuentro posiblemente te sentirás mejor. Agustina, la psicóloga con la que hablaste tanto acá en XX, en la Cámara, te va a explicar mejor y más clarito todo esto. Deseamos y esperamos de todo corazón que puedas seguir creciendo con el amor de todos tus familiares y que sigas tan estudiosa y aplicada, logres una juventud y una vida futura plena de felicidad. De todo lo que hemos visto, leído y escuchado de vos, de tus “papás del corazón” José y Ana y de tu abuela Carmen, creemos que lo mejor para vos, aunque ahora pienses que no es necesario, es que puedas reconstruir toda tu historia familiar, y eso incluye conocer a tu abuela Carmen permitirle que ella te muestre su afecto y pensar en ella y sentirla como una abuela y no como un ser extraño al que temer. Cordialmente. Jorge, María Inés y Víctor”.

Otra sala del mismo tribunal<sup>138</sup> confirmó una decisión de primera instancia que rechazó una demanda interpuesta por una mamá en su representación de su hija y que había explicado la solución con estas palabras:

– respecto de los dueños del laboratorio, porque para que ellos sean condenados, tendría que haber existido una ley que les exigiera que, para sacarte sangre tenían que contar primero con la autorización tanto de tu papá como de tu mamá. Como esa ley no existía, no se los puede obligar a hacer algo que no está previsto. Además, porque de todo lo que se ha dicho en la esta causa, estoy convencida que ésta es una pelea entre tu mamá y tu papá por cosas en las que no se ponen de acuerdo y no sólo te han metido a vos en el medio sino también a los dueños del Laboratorio.

– respecto a tu papá, he tenido en cuenta muchas cosas para rechazar la acción que tu mamá le inicia en tu nombre. En primer lugar, te aclaro que muchas conductas de los adultos pueden no ser buenas, pueden hacerte sentir mal, pueden afectarte de muchísimas maneras, pero tenés que entender que no por eso, la ley me permite sancionarlos. Yo creo que lo que tu papá hizo estuvo mal porque vos ya tenías en ese momento edad suficiente para entender, para charlar, para que te diga qué pensaba y por qué pensaba eso. Creo que también estuvo mal por meterte en el medio de este lío pidiéndote que no le cuentes a tu mamá. Pero eso no me habilita a condenarlo haciendo lugar a lo que tu mamá pide, porque él no estaba obligado por la ley a avisarle a tu mamá que te iba a hacer ese estudio.

– todos los restantes profesionales que me han ayudado a llegar a esta decisión, coinciden conmigo en que éste es un conflicto en el que tus papás te han involucrado por no hablar entre ellos, metiéndote en el medio.”

<sup>138</sup> Cámara de Apelaciones CC de Azul– sala primera - 14/05/2019, eldial.com - AAB347, publicado el 31/05/2019.

– Muy larga sentencia (la longitud es paradójal) de un tribunal de primera instancia de la provincia de Córdoba, que concluye con este párrafo:

“Partiendo de la idea de que los fallos judiciales se elaboran –y así debe ser– con un lenguaje técnico, propio de la ciencia jurídica, pero muchas veces ininteligible para el común de los ciudadanos y en particular para las partes, y sobre la base también de la convicción de que, pese a ello, desde una perspectiva democrática y de comprensión del poder judicial como servicio público, es evidente que tales pronunciamientos deben ser cabalmente comprendidos en su sentido, alcance, y fundamentos por aquellas –más allá de la explicación o “traducción” que puedan hacer sus letrados– este tribunal entiende necesario incorporar a la sentencia este apartado en el que se plasma una síntesis del resultado del juicio y de las razones que le dan sustento, con un lenguaje que intenta ser ausente de tecnicismos, corriente, sencillo y al alcance de cualquier persona sin formación jurídica. así corresponde decir que, en este caso concreto, la sentencia admite la demanda entablada por C.J. R. R. tanto en contra de C. DEL C. V. como de M. C. M.”<sup>139</sup>.

No se me escapa que, a veces, quizás, algunas expresiones de los jueces avanzan innecesariamente en imputaciones de tipo moral o paternalistas<sup>140</sup>; podría ser el caso de otra sentencia de la ciudad de Córdoba en la que el juez de familia hace lugar al pedido de dos adolescentes que han solicitado el cese de la comunicación con sus abuelos, a quienes se dirige con estos términos:

“Creo conveniente dirigirme directamente a los adolescentes para hacerles conocer algunas impresiones que estimo pertinentes, apoyado en el profundo conocimiento que tengo de esta causa y con base en los diversos estudios que han hecho los equipos técnicos... 1) G. y T., ustedes han sido *víctimas de sus dos progenitores* –papá y mamá– que no han podido, ni sabido resguardarlos de sus constantes peleas, de sus broncas y de sus rencores. Ellos se divorciaron, pero en ese divorcio *los arrastraron a todos ustedes sin contemplación alguna*. Creo firmemente que ninguno de ellos los ha podido proteger adecuadamente. 2) En medio de esa constante lucha, ustedes han quedado parados en uno de los bandos opuestos. Y no han podido ver todo lo que pierden por *culpa de la actitud inapropiada de sus padres –reitero de su papá y de su mamá–*. 3) En este caso pierden un abuelo que los quiere, y los quiere bien. Que muchas veces veló por sus sueños, que les contó historias, que los cobijó bajo su cariño, entre tantas historias que sólo ustedes como familia pueden conocer en profundidad. Eso no se olvida con facilidad, *más allá de las impropias actitudes de su padre y de su madre*. Aunque esto no lo quieran admitir. Su abuelo José E. ya es un hombre grande, que posiblemente se

<sup>139</sup> Cám. Trab. Córdoba, Sala 4, Unipersonal, 20/04/2017, Cita Online: AR/JUR/37069/2017, con nota de NEUMAN, Ariel Alberto, *Derecho a comprender. El resultado de la sentencia en lenguaje llano*, LL 2017-D-229, Cita Online: AR/DOC/1844/2017.

<sup>140</sup> Señalo en el texto, con cursivas, las expresiones que creo pudieron ser eliminadas o modificadas por otras.

encuentra viviendo los últimos años de su vida y que seguro necesitaría el abrazo cálido de sus nietos. Lamentablemente ustedes han decidido no dárselo. Un ejemplo de lo frágil que es la salud de su abuelo José E. es que no pudo venir a la audiencia por su delicado estado. 4) Le digo también que no voy a desconocer que la relación con su abuela J. no ha sido lo fácil y placentera que cualquier adolescente o niño hubiera querido. Es que ella –como ustedes y sus hermanas– también se paró en uno de los bandos de esta guerra sin sentido. Así ustedes y su abuela están en “territorios enemigos” y por eso no se han podido encontrar en los últimos tiempos. Pero también creo que eso no puede borrar tantas historias vividas con ella desde que eran muy pequeños, tantas comidas que les hizo, tantos regalos, celebraciones y compañía. La vida que hemos pasado y la calidez de la familia no se descartan así nomás, como si fueran una foto que publicamos en “Instagram”, en “Snapchat”, o en “Facebook” y que no nos gusta más. 5) J. también es una mujer grande, que se ha equivocado, como posiblemente ustedes se equivocarán alguna vez en el transcurso de su vida. Pero no creo que el desdén con el que ustedes la tratan en este pedido sea bueno para ella, ni tampoco para ustedes. 6) Quiero contarles además que hace ya muchos años que en mi rol de juez he intentado que sus padres sanen sus heridas y que paren con tanta agresión mutua. Confieso que no lo he logrado. La obstinación de ambos es superior a cualquier intento realizado. *Y esa obstinación de ellos les ha hecho mucho mal a todos ustedes*, que son parte de una familia desmembrada y destruida. A ustedes mismos los he escuchado en varias ocasiones. Los he visto crecer en este conflicto. Nada más triste que eso. Ojalá nunca hubieran venido a los tribunales y hubieran podido crecer felices y ajenos a toda esa “locura” a la que han sido arrastrados impropriamente. 7) Más allá que con las medidas que se intentaron desde este tribunal no haya logrado revertir todo lo que pasó, no pierdo las esperanzas. Ojalá algún día de estos puedan tocarme la puerta de mi oficina y decirme que ese abrazo con sus abuelos finalmente se hizo. 8) Eso sí, les quiero contar que, así como existe una “*Convención de los Derechos del Niño*” que los resguarda legalmente, también existe otra que se llama “*Convención Interamericana Sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*” (*Ley 27.360 aprobada por el Congreso de la Nación Argentina y publicada recientemente con fecha 31-05-17*), que busca la protección de los abuelos. Creo que ustedes deben ser conscientes que con esta decisión que toman están limitando los derechos de sus abuelos que también merecen un especial cuidado. 9) Finalmente quiero decirles que de ahora en más será su opción la de estar en contacto con ellos, asumiendo así las consecuencias de sus decisiones. En un futuro podrán replantearse si lo que hoy hacen es lo mejor no sólo para ustedes, sino también para el abuelo José y para la abuela J.. Más adelante en su vida podrán evaluar si esta posición que tomaron *ha sido egoísta o no*. Ojalá puedan mirar a sus abuelos como lo que son, dos personas de la tercera edad que necesitan a sus nietos y no como dos enemigos más en esta lucha de su mamá y a su papá. O mejor dicho sin ver el rencor y el odio que ha crecido dentro suyo. 10) Por mi parte sí creo que es egoísta la decisión de no contactarse con ellos ya que entiendo que sólo se miraron ustedes sin contemplar mínimamente las necesidades de sus abuelos. Se los puedo decir de esta manera directa ya que tienen la suficiente madurez como para buscar un abogado que los represente y pedir el ejercicio de este derecho, por lo que presumo que pueden comprender lo que acá les digo y espero que esto les sirva de reflexión y ayuda. 11) Tampoco voy a ordenar –como pide la Asesora de Familia– que vayan a un

psicólogo. Si quieren hacerlo y siente la necesidad de esto, podrán pedirle a su madre que busque un profesional que los ayude, tal como ella se comprometió. En su caso, el costo debe ser asumido por sus dos padres por igual...”.

Las notificaciones, especialmente si van dedicadas a niños, niñas y adolescentes, también deberían respetar este lenguaje simple<sup>141</sup>.

En definitiva, y más allá de algunas posibles equivocaciones, propias de toda labor humana, se trata de abandonar el lenguaje “elitista” o casi “sacerdotal”<sup>142</sup> de algunas decisiones judiciales.

e) No usar lenguaje discriminatorio.

Si se piensa que el proceso nació como instrumento para evitar la violencia directa de los litigantes y, en este sentido, su fin es restablecer el orden social a través de un tercero imparcial, es indudable que el lenguaje debería incentivar el ambiente pacificador, haciendo jugar a las palabras un rol trascendente. Al dictar sentencia, el juez debe tener presente que su obra está destinada a otro; en este sentido, insisto, es esencialmente *dialógica*<sup>143</sup>. Por eso, llama la atención que los códigos procesales de todos los tiempos facultan al juez a sancionar a las partes y a los abogados que usan términos injuriosos u ofensivos, pero no tienen disposiciones similares si es él quien los utiliza.

Quizás, el paradigma sea una sentencia de Ancona, Italia, de la que dan cuenta los diarios<sup>144</sup>; según los fundamentos expuestos, era poco creíble que la víctima (una joven peruana) fuese violada, por ser “demasiado masculina y poco atractiva”. Obviamente, la decisión fue anulada por la Casación, pero no deja de ser un antecedente que muestra cuánta discriminación existe aún en la Justicia. No hay que asombrarse, en la justicia penal argentina fue muy común referirse a la “fémmina” para mencionar a una mujer, cualquiera sea su rol en el proceso (testigo, imputada, etc.).

<sup>141</sup> Se trata de una práctica que lleva adelante, en una ciudad del interior de la provincia de Tucumán, la jueza Mariana Rey Galindo; así lo documentó durante su exposición en las XI Jornadas cordobesas de derecho de familia organizadas por la Fundación Simiente, Córdoba, 10 de mayo 2019.

<sup>142</sup> CAZORLA PRIETO, Luis M., *El lenguaje jurídico actual*, Madrid, Thomson/Aranzadi, 2007, p. 27.

<sup>143</sup> ROMANO, Bruno, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Torino, ed. Giappichelli, 2015, p. 107; DE STEFANO, Rodolfo, *Conoscenza ermeneutica e linguaggio ermeneutico nella interpretazione dei testi normativi*, en *Scritti minori*, Milano, ed. Giuffrè, 1998, p. 547.

<sup>144</sup> [www.corriereadriatico.it](http://www.corriereadriatico.it)

En fin, como dice el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, el lenguaje forense “nos sirve para decir cómo razonan los juristas pero, a la vez, *dice mucho de nosotros mismos*; en particular, el lenguaje de las sentencias traduce o expresa una forma de concebir la jurisdicción; se trata bastante más que de una cuestión técnica, en tanto remite a un asunto de fondo, que es el modelo de juez que, en la realidad, se quiere o no se quiere”<sup>145</sup>.

Por eso, cabe aplaudir el Acuerdo Reglamentario n° 1301 del Superior Tribunal de Córdoba emitido a los pocos días de la vigencia del nuevo CCyC, el 19/8/2015: “Cierta terminología aún utilizada por nuestras costumbres, códigos de forma y acuerdos, no resulta compatible con la nueva perspectiva, siendo menester recomponer el lenguaje y las prácticas en el marco del sistema de derechos. En mérito de ello, como primera medida, urge cambiar algunas locuciones a fin de que sean contestes con la perspectiva de derechos humanos. Por tanto, deben reemplazarse términos tales como “*insano, demente, enfermo mental e incapaz*” – o similares– por aquellos que respondan al fin tuitivo que tales procedimientos conllevan”. También son correctas las decisiones de otros tribunales que, aún antes de la vigencia del CCyC, modificaron la terminología adecuándola a los nuevos paradigmas emanados de los tratados internacionales<sup>146</sup>.

## **6. El lenguaje, una preocupación específica en la redacción del anteproyecto que sirvió de base al CCyC**

Las cuestiones expuestas en los puntos anteriores fueron motivo de expresa preocupación cuando se redactó el anteproyecto del CCyC. Los fundamentos que lo acompañaron, redactados por la comisión creada por decreto 191/2011, expresan: “*La Comisión ha puesto una especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son. Por esta razón, se han evitado, en la medida de lo posible, las remisiones, el uso de vocablos alejados del uso ordinario, las frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura. Se ha tratado de conservar, en lo posible, las palabras ya conocidas y utilizadas por la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, hay numerosos cambios sociales,*

<sup>145</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *La argumentación y su expresión en la sentencia*, en A.V., *Lenguaje forense*, Madrid, ed. Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 31.

<sup>146</sup> Cam. Civ. de Apelaciones de Salta, Sala 3°, septiembre de 2014.

*científicos, culturales, económicos, que demandan el uso de palabras ajenas al lenguaje jurídico. Por estas razones, ha sido inevitable recurrir a nuevas expresiones para reflejar nuevos fenómenos”.*

Por otro lado, la necesidad de *comprender*, es decir, entender lo que el otro dice, sobrevuela todo el código. Así por ej., el art. 1107 dice que el proveedor debe informar al consumidor... “para tener *absolutamente claro* quién asume los riesgos; el art. 2470 que “las palabras empleadas deben ser entendidas en el sentido corriente, excepto que *surja claro* que el testador quiso darles un sentido técnico”; el inc. d) art. 31, que “la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías *adecuadas para su comprensión*”; el 43 que “las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la *comunicación, la comprensión* y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”; el art. 58 inc. f, para las investigaciones en seres humanos exige “contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, *a quien se le debe explicar, en términos comprensibles*, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; para los actos otorgados por escribano público, el art. 304 requiere, si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, que intervengan dos testigos que puedan dar cuenta del *conocimiento y comprensión* del acto por la persona otorgante”; el 404, para la dispensa judicial para el matrimonio hace referencia a “la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la *comprensión* de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial”; igual fórmula utiliza el 405 para las personas con algún tipo de discapacidad mental; análogamente dispone el art. 425 último párrafo del inc. b) para declarar o no la nulidad relativa del matrimonio (En este caso, el juez debe oír a los cónyuges..... a los fines de verificar si *comprende* el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto); el art. 859 inc. b) requiere que la rendición de cuentas incluya las “referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su *comprensión*”; el art. 985 ordena que las cláusulas generales predispuestas sean *comprensibles* y autosuficientes; el 1100 obliga al proveedor a suministrar información al consumidor “con la claridad necesaria que permita su comprensión”, etc.

## 7. Las críticas lingüísticas al CCyC

El CCyC ha sido criticado con mayor y menor buena fe.

Destino los puntos siguientes a responder a algunas de las críticas dirigidas al lenguaje utilizado; confieso que, en ocasiones, su lectura me recordó a John Locke: “Muchas veces, a la primera lectura de un código, estaba segurísimo de su significado, pero dejé de estarlo después de haber consultado a los comentaristas: las explicaciones produjeron y aumentaron las dudas, tirando oscuridad sobre el texto”<sup>147</sup>.

a) Se afirma que el CCyC contiene imprecisiones<sup>148</sup>; que usa un lenguaje ambiguo desde el artículo 1 en adelante<sup>149</sup>; se ejemplifica, especialmente, con la palabra “casos”<sup>150</sup>.

Los críticos quizás no adviertan que la expresión “casos” responde al sistema del CCyC, que tiene a la persona como centro y que autoriza, como explica García Ramírez, que los derechos y garantías, que han sido pensados para la generalidad de las personas, sean complementados, afinados, precisados frente a determinados individuos, o sea, que adquieran sentido para la particularidad de algunas o muchas personas, pero no todas; esto permite ver, tras el diseño genérico del ser humano, miembro de una socie-

---

<sup>147</sup> Citado por MIGLINO, Arnaldo, *Interpretazione e sistema giuridico*, Milano, ed. Giuffrè, 2015, p. V. Así, por ej., se ha criticado el art. 2 del CCyC que dice “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras” porque “la redacción es muy deficiente; no resulta claro qué quiere decir con “sus palabras”; tal vez se refiera al sentido semántico, pero las palabras, muchas veces no tienen sentido o tienen varios, o resultan ser referencias vagas; en realidad, debió decir *las palabras integradas en el discurso o la exposición*” (FALCÓN, Enrique, *El derecho procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs As, ed. Rubinzal, 2014, pág. 179). Juzgue el lector esta crítica. Para la diferencia entre gramática y semántica, ver CIPRIANO, Néstor A., *La ley y la palabra*, Bs As, A. Perrot, p. 17 y ss.

<sup>148</sup> PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. *Lenguaje en el Código Civil y Comercial y neologismos en las resoluciones judiciales*, LL 2017-E-1345, Cita Online: AR/DOC/2740/2017. La autora compara con la redacción de Vélez Sársfield, a quien atribuye un lenguaje *casti perfectio*.

<sup>149</sup> GARAY, Alberto, *El nuevo derecho común, la Constitución y los Tratados*, Rev. Código civil y Comercial, 2015 n° 2, p. 25.

<sup>150</sup> Compulsar RACIMO, Fernando, *La inconstitucionalidad del art. 1 del Código civil y comercial de la Nación y otros problemas del “título preliminar”*, JA 2017-III-1248; del mismo autor, *Los títulos en el Código civil y comercial de la Nación*, JA 2015-III-1015. El anteproyecto de reformas al Código civil y comercial, presentado oficialmente el 16/11/2018, sustituye la expresión “los casos que este código rige” por “las relaciones y situaciones jurídicas que trata este código”, que se estima “más depurada”. Para fundar la sustitución, la comisión se remite, exclusivamente, al diccionario, en el que la palabra caso significa suceso, acontecimiento, lance, ocasión, coyuntura, por lo que se estima que no es apropiada.

dad uniforme que puede alzarse en la abstracción, a partir de sujetos homogéneos, el *caso* de seres humanos de carne y hueso, con perfil característico y exigencias diferenciadas”.

Además, “la norma no está completa sin el caso y viceversa”<sup>151</sup>; como afirma Perlingieri, la ley es importante, pero al mismo tiempo hay que reflexionar sobre la sustancia de los intereses, los valores, y entender, con relación al *caso concreto*, cual es el que tiene mayor peso y por lo tanto debe prevalecer<sup>152</sup>. Por otro lado, el artículo convoca a los Derechos humanos, que exigen poner la mirada en lo concreto y no en las meras abstracciones<sup>153</sup>. “El juez debe ocuparse de las *pequeñas historias* antes que de los *grandes relatos*, porque son las pequeñas historias que llegan a los tribunales las que muestran grandes fisuras en la sociedad”<sup>154</sup>.

Tampoco hay que olvidar que, a diferencia de los códigos decimonónicos, éste es un código *abierto*, que acepta expresamente la descodificación. Pues bien, Irti señala que “en la descodificación, la ley asume características de concreción y de individualidad; no más cánones abstractos y generales de acciones sino respuesta a específicos y determinados problemas. Irrumpen así en el lenguaje legislativo terminologías científicas, económicas, industriales, etc. conexas con los problemas de la edad contemporánea; las leyes se multiplican no sólo en el número, sino en las modalidades expresivas y sintácticas, cada una adaptándose al léxico particular o a la simple jerga de la materia regulada”. “La variedad expresiva, que era propia de los negocios privados, se transfiere a las leyes, desprovistas, por la novedad de los campos de regulación, de toda conexión con el vocabulario riguroso de la doctrina”<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> KAUFMANN, Arthur, *Sobre la argumentación racional en la determinación del derecho* trad. De Renato Rabbi Baldi-Cabanillas y otra, en *Persona y Derecho* n° 29, Pamplona, 1993, págs. 11-27.

<sup>152</sup> PERLINGIERI, Pietro, *L'ordinamento vigente e i sui valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 2006, p. 266.

<sup>153</sup> Así, por ej., la Corte IDH igual que su par, el TEDH insiste en que el interés superior del niño debe valorarse en concreto, en cada caso, y no en abstracto (ver, entre muchos, *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, 9/3/2018).

<sup>154</sup> LORENZETTI, Ricardo, *Salud mental, legislación y derechos humanos en la Argentina*, en COHEN, Hugo (compilador) *Salud mental y derechos humanos. Vigencia de los estándares internacionales*, OMS, Bs. As., 2009, p. 18.

<sup>155</sup> IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, trad. De Luis Rojo Ajuria, Barcelona, ed. Bosch, 1992, p. 26.



b) Se sostiene que el CCyC “creó *neologismos*, siendo que algunas palabras, aunque no totalmente correctas, han adquirido carta de ciudadanía en el lenguaje jurídico argentino, como concubinato”<sup>156</sup>. En este camino, se señaló que el adjetivo “convivencial” que acompaña a unión, ni siquiera estaba en el diccionario.

Es verdad que cualquiera que desea comunicarse con otro (en este caso, el legislador con los destinatarios de la norma) como regla, si quiere ser comprendido, debe expresarse en el idioma y con las palabras usadas por su interlocutor; pero a veces es conveniente, o incluso necesario, “servirse de palabras diversas, más originales, que representen mejor la nueva realidad a la que se está refiriendo”<sup>157</sup>.

Efectivamente, la creatividad es un aspecto inherente a la lengua. Es absurdo cuestionar la creación de nuevas palabras para referirse a nuevas realidades

Por eso, la ausencia temporal de una palabra del diccionario no debe asustar. Como recuerda el constitucionalista Diego Valades, “es una sana práctica acoger los neologismos propios de una nueva realidad” y ejemplifica con la palabra *privacy* (*privacidad*), que el diccionario incorporó recién en 2004; *federalism* (*federalismo*, inventada por los norteamericanos) y *constitutionnalité* (*constitucionalidad*, creada por los franceses) en el siglo XVIII. Más aún, en su opinión, el papel de la lengua en la construcción de nuevas instituciones jurídicas es fundamental; así lo señaló Tocqueville, cuando diferenció la lengua de las democracias y de las monarquías<sup>158</sup>. En la misma línea, en el año 1995, Hector Gros Espiell<sup>159</sup> señalaba que la palabra *biodiversidad* no aparecía en el Diccionario de la Real Academia española; en cambio, sí estaba en el Oxford Dictionary of New Words,

<sup>156</sup>ZANNONI, Eduardo, *Género, Derecho y Justicia*, LL 2013-B-1009; LÓPEZ MESA, Marcelo, *El daño directo y los daños punitivos en el proyecto de reformas al código civil*, en Lopez Mesa (director) *Estudios sobre el proyecto de nuevo código civil y comercial*, Resistencia, ed. ConTexto, 2012, p. 47.

<sup>157</sup>WHITE James Boyd, *Quando le parole perdono il loro significato. Linguaggio, individuo, comunità*, trad. de Renata Casertano, Milano, ed. Giuffè ed.1984, p. 18.

<sup>158</sup>VALADÉS, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, ed. UNAM, 2005, p. 39 y 57. Bobbio recuerda que Bentham tenía la “manía” de acuñar nuevos términos; así, por ej., denominó *Panóptico* a su proyecto sobre las cárceles (BOBBIO, Norberto, *Los orígenes del positivismo jurídico en Inglaterra: Bentham y Austin*, en *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asis y A. Creppi, Madrid, ed. Debate, 1993, p. 105107).

<sup>159</sup>GROS ESPIELL, Héctor, *Biodiversidad, ética y derecho*, en AV, Un homenaje a don Cesar Sepúlveda. Escritos jurídicos, México, ed. UNAM, 1995, p. 197 y en Rev. Journal Inter. De Bioéthique, 1996-1-33.

de 1992; el maestro uruguayo indicaba que, aunque la palabra no estaba incorporada oficialmente, se abría camino, por ser necesaria en el lenguaje científico, jurídico, político y ético.

En suma, si la palabra no existe, hay que inventarla. Fletcher recuerda que en el hebreo moderno era muy difícil traducir la palabra “*reasonable-ness*”, que aparecía en los estatutos ingleses que regían en el territorio antes de la creación del Estado de Israel; cuando éste se creó, el Departamento de Justicia decidió incorporar en los textos oficiales, como equivalente, la palabra *savir*; desde entonces, el término se expandió de modo inusual al lenguaje cotidiano; se espera que otro tanto ocurra en árabe y en chino<sup>160</sup>. Por extraño que parezca, en chino tampoco existía la palabra “lógica”<sup>161</sup>.

En definitiva, corresponde al legislador elegir las palabras destinadas a nombrar las figuras jurídicas, los derechos, las acciones que ha creado, que organiza o modifica<sup>162</sup>.

Cabe reconocer que acertar con la expresión adecuada para denominar a la *pareja estable no casada* no fue fácil. Steven Pinker recuerda que en los inicios de los años sesenta, en inglés, no existía una palabra para designar al integrante de esa pareja: *room-mate* no era lo suficientemente descriptiva; *partner* se decía sólo respecto de las uniones del mismo sexo; *umfriend*, tampoco encajaba en las presentaciones<sup>163</sup>. En cambio, en francés, la palabra “*couple*” (pareja), como rememora Carbonnier, proviene de cópula, *copula carnalis*, unión sexual, sin distinguir entre casadas y no casadas que conviven<sup>164</sup>.

De cualquier modo, la crítica al CCyC por utilizar una palabra no contenida en el diccionario de la Real Academia española pronto quedó sin sustento, porque la voz “convivencial” fue incorporada en la edición de 2016<sup>165</sup>.

<sup>160</sup> FLETCHER, George, *The Language of law: Common an Civil*, en POZZO, Barbara (a cura di) *Ordinary Language and Legal Language*, Milano, ed. Giuffrè, 2005, p.95).

<sup>161</sup> ZHANG, Yijing, *La traduction du mot « logique » en chinois*, en WROBEL, Claire (sous la direction de ) *Traduction et philosophie*, Paris, ed. Panthéon Assas, 2018, p.185.

<sup>162</sup> LEVENEUR, Laurent, *Le choix des mots en droit des personnes et de la famille*, en MOLFESSIS, Nicolas (sous la direction de) *Les mots de la loi*, Paris, ed. Economica, 1999, p.11.

<sup>163</sup> PINKER, Steven, *El mundo de las palabras. Una introducción a la naturaleza humana*, trad. Roc Filetta, ed. Paidós Ibérica SA, 2007, p. 33.

<sup>164</sup> CARBONNIER, Jean, *Ensayos sobre las leyes*, trad. Luis Diez Picazo, Madrid, ed. Civitas, 1998, p. 142.

<sup>165</sup> El código de El Salvador los denomina “convivientes” o “compañeros de vida”. Art. 118: “La unión no matrimonial que regula este Código, es la constituida por un hombre y una mujer que, sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singu-

c) Algunas sustituciones obedecen a la necesidad de adecuar la terminología a los nuevos conceptos jurídicos. Así, por ej.,

(i) se abandona la expresión *patria potestad* y se la sustituye por *responsabilidad de los padres*, utilizada también en la ley 26061. Los fundamentos que acompañaron al anteproyecto explican:

“El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario remplazar la expresión *patria potestad* por la de *responsabilidad parental*, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra *potestad*, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la *potestas* del derecho romano, centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo *responsabilidad* implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente”.

Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo: algunos han sustituido la denominación “*patria potestad*” por “*autoridad parental*”; otros, por “*responsabilidad parental*” (así, por ejemplo, el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/03 de 27/03/2003 –también denominado “*Nuevo Bruselas II*”– se refiere a la “*Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*”<sup>166</sup>; la ley 26.061 y varias legislaciones locales receptan de manera genérica la expresión “*responsabilidad familiar*” al regular los derechos y deberes de los padres, etc)<sup>167</sup>.

Cabe agregar que cuando el legislador no ha producido el cambio, la doctrina se queja; así, en Italia, se critica que el legislador continúe siendo

---

lar, continua, estable y notoria, por un período de uno o más años. *Los integrantes de la unión serán denominados convivientes o compañeros de vida* y gozarán de los derechos que se les confiere en este capítulo”. Lamento que una ley nueva, como la Ley N° 18.246 de Uruguay utilice la expresión “*unión concubinaria*”, de claro contenido discriminatorio.

<sup>166</sup> Ver ESPINOSA CALABUIG, Rosario, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p.19 y ss.

<sup>167</sup> Compulsar ILUNDAIN, Mirta, *Responsabilidad parental*, en Rev. Derecho de Familia, n° 57, Nov. 2012, p. 305; KRASNOW, Adriana, *La responsabilidad parental en el anteproyecto de código civil*, JA 2012-II-1381. Compulsar también WAGMAISTER, Adriana, *Proyecto de código civil unificado. Parentesco. Alimentos. Responsabilidad parental*, en Rev. de Derecho de Familia y de las personas, Julio 2012, n° 06, p. 197; en la misma revista, DEL MAZO, Carlos G., *La responsabilidad parental en el proyecto* (p. 206).

fiel a la palabra *potestades*, siendo “necesario vocablos nuevos que respondan a conceptos claves como son el interés superior del niño”<sup>168</sup>.

(ii) Se sustituye “*menor*” por “*niño*”<sup>169</sup>.

Aclaro que a mitad del siglo XX, la palabra *menor* era utilizada con frecuencia por los convenios internacionales; así por ej., la Convención internacional sobre conflictos de leyes en materia de *adopción de menores*, de 1984; la Convención Interamericana sobre *restitución internacional de menores*, de 1989; la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, de 1989; la Convención Interamericana sobre *Tráfico Internacional de Menores*, de 1994, etc.

Por eso, aunque en el lenguaje actual de las leyes se la evita, en el de la Corte IDH se siguen usando, en algunas ocasiones, como sinónimos. Así, en el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la *OC 17*, n° 28 se lee: “Las voces *niño* y *menor* se utilizan *indistintamente* en su sentido más estricto, y al mismo tiempo, más distante de cualquier intención descalificadora, prejuiciosa o peyorativa. El idioma es un sistema de claves. Debo establecer el alcance de las que empleo, para colocarlas por encima o fuera —como se prefiera— de un debate que a veces aporta más sombras que luces. La palabra “*menor*”, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno —o amplio— ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades. El concepto *niño* coincide con el de *menor de edad* cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de Derecho”.

(iii) Se incorpora la voz “*adolescente*”, para sustituir las antiguas denominaciones “*menor púber*”, “*menor adulto*”, menos comprensibles para los destinatarios de las normas.

---

<sup>168</sup> QUADRATO, Maria E., *Il ruolo dei genitori. Dalla “potestà” ai “compiti”*, ed. Cacucci, Bari, 1999, p. 120. A partir de la página 131 la autora analiza la expresión “responsabilidad parental”; reconoce que tiene base en documentos internacionales importantes, también en la Children Act británica de 1989, pero entiende que no es suficientemente clara para comprender las facultades, que también son propias de los progenitores; por eso, prefiere, en definitiva, la palabra “funciones” (*compiti*, en italiano), que es la usada en el art. 30 de la Constitución italiana.

<sup>169</sup> Ver, de mi autoría, *Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia (directora), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, T. I, p. 115/138.

(iv) Se introduce la expresión *autonomía progresiva*, como un principio básico del derecho de las personas menores de edad (arts. 639 inc. b).

En consonancia, aparece el giro “*grado de madurez*”, al lado de edad (arts. Arts. 24, 26, 66, 404, 425, 595, 596, 598, 608, 613, 617, 626, 627, 639, 679, 690, 707, etc.). Por lo tanto, si bien el concepto de autonomía progresiva se usa, preferentemente, en el ámbito de los derechos personálísimos, no resulta ajena a otros ámbitos del CCyC, al que se incorpora en paridad al criterio de capacidad<sup>170</sup>.

(v) Se sustituyen palabras “*cosificadoras*” del niño, como *tenencia*, por *cuidado personal*, y “*devaluadoras*” de la relación, como *visitas* (se visitan los amigos, no lo hijos), por *comunicación*<sup>171</sup>.

(vi) Aparecen las palabras “*allegado*” (art. 59) y “*referente afectivo*” (art. 607, penúltimo párrafo) para indicar la persona que, como dice el diccionario de la Real Academia española es la que está *cercana o próxima* a otra en *amistad, trato o confianza*, no sólo en parentesco.

La primera se menciona en el art. 160, 2º párrafo, del código civil español: “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y *allegados*. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o *allegados*, resolverá atendidas las circunstancias”. También en el art. 95 inc. h) de la moderna constitución de Cuba, entre los derechos de cualquier persona detenida a “comunicarse con sus familiares o *personas allegadas*, con inmediatez, en caso de ser detenida o arrestada”. Algunas leyes procesales argentina han recogido el guante. Así, por ej., el art. 69 de la ley procesal de familia de Mendoza, n° 9120, al regular el procedimiento de violencia, dice expresamente que integran el grupo familiar “las personas *allegadas con vínculo afectivo* mientras convivan”.

<sup>170</sup> Ya no es posible decir, como sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una sentencia que decidió bien, pero fundó mal, que “Los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos, como lo sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso en calidad de parte” (CSN, 26/6/2012, Rev. D. de Familia 2012-VI-36).

<sup>171</sup> Lamentablemente, aunque esporádicamente, la propia Corte Suprema de Justicia sigue usando la vieja terminología, circunstancia que ha motivado la justa crítica de MIZRAHI, Mauricio L. *Terminología y fundamentos erráticos en los fallos judiciales*, Rev. DFyP 2019 (marzo), 11/03/2019, pág. 35. Cita Online: AR/DOC/2059/2018. El autor se refiere a la decisión que resuelve un conflicto de competencia de 11/04/2017, en AR/JUR/8704/2017, y en DFyP 2017 (septiembre) p. 81 y apunta contra las palabras *visitas, tenencia* y “menor”.

(vii) Las palabras *padrastro*, *madrastra*, que rememoran personajes poco edificantes en la literatura infantil, son reemplazadas por *progenitor afín* (arts. 672 y ss).

(viii) Se visualiza la persona con *vulnerabilidad* mencionándola expresamente (art. 706) entre las protegidas en su derecho de acceso a la justicia<sup>172</sup>.

(ix) Desaparece la palabra “insano”, y se sustituye por personas con capacidad restringida.

d) Finalmente, creo conveniente subrayar el uso preferente del presente del indicativo y no el futuro, usado con frecuencia no sólo en las leyes sustantivas sino también en las procesales.

Está claro que, como regla, la ley no debe hablar en pasado. Un ejemplo proporcionado por un autor italiano lo muestra claramente: “Los atenienses no debieron condenar a Sócrates a muerte. Pero lo hicieron, y lo que está hecho no puede ser deshecho (*factum infectum fieri nequit*)”<sup>173</sup>.

Por su parte, el futuro parece incierto, con alternativas aún no predeterminadas. Así, por ej., la expresión “el juez *deberá* escuchar al niño”, si bien comprensible, pierde imperatividad *actual*, debilitando la eficacia, valor que el CCyC ha tenido especialmente en cuenta.

## 8. Algunas conclusiones provisionarias

Olivecrona termina uno de sus libros con un capítulo al que titula “*fin del viaje*”; explica que cada vez que concluye una fase de una investigación, empieza el deseo de afrontar otra, porque apenas cree haber encontra-

---

<sup>172</sup> Se ha dicho que, si bien el Código Civil y Comercial refiere a distintos sujetos vulnerables a lo largo de su articulado (v.gr., niños, niñas, adolescentes, personas mayores de edad, personas con padecimientos mentales), e incluso dedica un capítulo con principios procesales específicos en relación con los procesos de familia (arts. 706 y ss., Cód. Civ. y Com.), no cuenta con una norma general que refiera de modo inequívoco a las *personas* en situación de vulnerabilidad. No obstante, se reconoce que “el cambio de paradigma operado por el Código Civil y Comercial readecuando las normas de derecho privado al enfoque de derechos humanos *no es mera retórica*; por el contrario, importa un cambio paradigmático trascendental con implicancias en todo ámbito de nuestras vidas” (SOSA, Guillermina Leontina, *Hacia una teoría de la vulnerabilidad*, LL boletín 16/4/2019, Cita on line AR/DOC/800/2019).

<sup>173</sup> DE STEFANO, Rodolfo, *Conoscenza ermeneutica e linguaggio ermeneutico nella interpretazione dei testi normativi*, en *Scritti minori*, Milano, ed. Giuffrè, 1998, p. 520.

do una respuesta a una pregunta, nuevos problemas aparecen; pero, llegado a cierto punto, hay que pararse: cuando se ha analizado un conjunto de argumentos y parece que la ruta conduce a otro grupo de argumentos, es tiempo de mirar hacia atrás para ver los resultados, y hacia adelante para ver los nuevos problemas que pueden surgir<sup>174</sup>.

Siguiendo ese método, cierro estas reflexiones haciendo una mirada de síntesis hacia atrás, y otra hacia adelante, tratando de adivinar nuevos problemas.

a) No hay que asustarse. El derecho, como fenómeno cultural, es tan estable o dinámico como el lenguaje a través del cual se expresa<sup>175</sup>; “hay instituciones que perduran, otras que evolucionan, otras que se transforman y numerosas resultan de nuevas realidades. La lengua del Derecho lleva siglos elaborándose y puliéndose; su encanto está en su versatilidad; entre las muchas paradojas que la cultura produce, una de las más fascinantes es la representada por ese lenguaje equívoco, o por lo menos polisémico, que a veces utiliza el derecho. El Estado, llamado así por Maquiavelo en 1513, tampoco es un concepto pacífico. Hemos celebrado los primeros quinientos años de venir discutiendo qué quiere decir, exactamente, esa singular voz”<sup>176</sup>.

Novedad y provisoriedad caracterizan una sociedad cada vez más compleja a la cual, para poder adaptarse, el Derecho debe ser más elástico y abierto a intromisiones de variables sociales y políticas que traen consigo cambios en el lenguaje.

b) El lenguaje jurídico *comprendible* se ha convertido en una necesidad. Giovanni Tarello sostenía que la *ley* contiene consejos y no órdenes; las órdenes están contenidas en la *sentencia* del juez; ahora bien, ciertamente, esas órdenes son el resultado de esos consejos, que a su vez fueron la génesis de la dialéctica del proceso<sup>177</sup>; consejos y órdenes deben ser comprendidos por los involucrados, pues en caso contrario, faltará justicia y eficacia.

<sup>174</sup> OLIVECRONA, Karl, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, trad. de Enrico Pattaro, Milano, ed. Etas Kompass, p. 287.

<sup>175</sup> Así, por ej., la Cuarta Partida de Alfonso el Sabio llama “*derechureros*” a los hijos matrimoniales, a quienes reconoce como “los hechos según ley”. ¿Quién podría imaginar hoy que esa palabra tan extraña, que tan mal suena, no tiene sentido peyorativo sino, por el contrario, carga positiva?

<sup>176</sup> VALADÉS, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, ed. UNAM, 2005, p. 28, 41 y 43.

<sup>177</sup> FROSINI, Vittorio, *La lettera e lo spirito della legge*, 3° ed., Milano, ed. Giuffrè, 1998, p. 10.

En suma, “todos los que utilizamos el derecho como herramienta, desde el legislador hasta el magistrado, desde el profesor hasta el notario, de una u otra manera estamos implicados en conseguir una justicia transparente, con un derecho accesible, comprensible y adaptado al siglo XXI. La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico es indudable y el *derecho a comprender* es un hecho que, constituya o no derecho positivo, ya supone una obligación moral para todo el que deba expresarlo”<sup>178</sup>.

c) Se sostiene que el sexismo lingüístico desaparecerá cuando lo haga de la sociedad a la que refleja y regula. El axioma no es totalmente correcto; como se vio, el lenguaje técnico también modela y construye nuevas formas sociales. Por lo demás, “el lenguaje académico tiene un elevado nivel técnico; por esta razón, no evoluciona de forma espontánea, sino a impulsos de la legislación, la doctrina y la práctica. Esto significa que la responsabilidad recae, en primer lugar, en quienes legislan y en las comisiones técnicas encargadas de controlar la corrección del lenguaje empleado; y, en segundo lugar, en la doctrina, que debe denunciar los efectos perversos que ciertas incorrecciones lingüísticas, a nivel de la igualdad de género, pueden generar en la interpretación y aplicación de la norma o en la comprensión de la realidad social”<sup>179</sup>.

d) ¿Qué será del lenguaje jurídico en el futuro? Ha dicho Jack Kerouac que el “futuro es una cosa que siempre estamos vagamente planificando, pero nunca efectivamente haciendo” agregándose que “esto es verdadero, tanto para los vagabundos como para los estudiosos”<sup>180</sup>. No se puede hacer futurología, pero es evidente que hay que prepararse, también desde el lenguaje, para entender el mundo informático que ya está entre nosotros.

e) Antolisei afirma: “la dogmática debe inspirarse en criterios de practicidad, estudiando sólo aquellas cuestiones que son verdaderamente útiles para la aplicación del derecho y adoptando un método de trabajo y una

---

<sup>178</sup> CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina, *La importancia e influencia del uso del lenguaje claro en el ámbito jurídico*, Cita: RC D 1956/2017; PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *Acceso a la información judicial. Derecho a comprender y lenguaje claro*, Cita on line: AR/DOC/1557/2019. La autora puntualiza que *el derecho a comprender* y el lenguaje jurídico claro, como manifestaciones del derecho de acceso a la justicia y a la información judicial, ocuparon un importante espacio en el VIII Congreso Internacional de la Lengua Española —CILE— (Córdoba, Argentina, 27-30/03/2019).

<sup>179</sup> RUBIO, Ana, *El lenguaje y la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en Rev. Bio y Der. Barcelona, 2016 n° 38, p.19.

<sup>180</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, “*Cunning Passages*” *Comparazione e ideologia nei rapporti tra diritto e linguaggio*, en Riv. Critica del Diritto Privato, anno XVII 1-2, giugno 1999, p. 66.



forma de exposición que hagan a la teoría fácilmente accesible a aquellos a los cuales está destinada (jueces, abogados)<sup>181</sup>.

En estas páginas he reflexionado, aunque ciertamente de modo incompleto, sobre un tema estrechamente vinculado el principio de tutela judicial efectiva, desde que ésta no existe si la persona no entiende la norma (sea general o individual). He intentado, pues, seguir el consejo y ofrecer al lector algo práctico.

---

<sup>181</sup> ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, ed. Giuffrè, 1982, pág. 29.



# LA EXTINCIÓN DEL DOMINIO POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

POR JORGE REINALDO VANOSSI<sup>1</sup>

## I.

El tema cobra vigencia a partir del monumental desparrame de las calamidades debidas al fenómeno de la **Corrupción**. Y no sólo por ello, sino también a causa del crimen organizado que se traduce en un abanico de ilícitos penales y civiles constitutivos de delitos gravísimos como el narcotráfico, el lavado de dinero y la trata de personas, entre otros.

El recupero por el Estado de los bienes ya ha sido practicado antes del estallido más reciente. Viene al caso el pronunciamiento de la Cámara Federal de Casación Penal cuando el 28 de agosto de 2012 por el voto mayoritario de sus jueces Mariano Borinsky y Gustavo Hornos dejaron sin efecto la prescripción en la causa “Tandanor” (Caso Boffil y otros) en la que se investigaba a funcionarios que dejaron vender un terreno en la dársena norte de Puerto Madero, valuado en 500 millones dólares, que volvieron como una deuda al Estado (sic). La acción penal permanecía activa, no habiéndose operado la prescripción y mediando la frustración cabal de la obligación por parte de la adquirente que así concretaba la consumación del fraude (el pagaré había dejado de ser abonado...). La “privatización” provenía de la gestión del Ministro Erman González (luego fallecido) que fue entendida como actos administrativos que importaban por su envergadura un abusivo manejo de los intereses confiados en perjuicio de las arcas públicas y que significaba un **beneficio indebido** para el consorcio adjudicado, bajo el evidente tipo penal de “administración fraudulenta en perjuicio del erario público”, cometido en pluralidad de acciones homogéneas en perjuicio del Ministerio de Defensa de la Nación.

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de julio de 2019.

Después de conocer ese precedente, me parece obvio que la “corrupción” y otros ilícitos intolerables deben ser encarados a debido tiempo y haciendo valer en plenitud la consiguiente “energía jurisdiccional” de los magistrados intervinientes. Para eso debe aplicarse la extinción del dominio cuando medie el enriquecimiento sin causa; pudiendo el Estado proceder **precautoriamente** (lo que da garantías) **a través de medidas cautelares sobre los bienes**.

La mayor justificación queda presente cuando es clara la finalidad de que los bienes y valores que se recuperan serán destinados a la atención de necesidades de utilidad pública y de interés nacional.

Y, en definitiva, realizada la sustanciación en vía judicial, la potestad estatal nacional quedará agotada con la sentencia firme y definitiva de la instancia competente. Si se intentara un recurso extraordinario y este no fuera concedido por la alzada, bastará con que el recurso de queja sea rechazado para que el caso quede finiquitado, en autoridad de cosa juzgada.

Si cualquier duda cupiere, acudir a las reglas de interpretación permite tomar en cuenta el Código Civil y Comercial de la Nación; como así también las normas hermenéuticas sobre la extinción sin causa y sobre “transmisión de los derechos” y de disposiciones generales. Las fuentes de interpretación también prestan ayuda; por lo que cabe acudir al Código Civil y Comercial unificado, vigente:

**ARTÍCULO 1.- Fuentes y aplicación.** 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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

**ARTÍCULO 2.- Interpretación.** La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

## II.

Siempre hay que tener presente el alcance de los “Principios”, sabiendo que presunciones tales como la de inocencia o la de máxima instancia no son principios “absolutos”, de la misma manera que en el Derecho no se admiten “derechos absolutos”, pues ello sería una concepción “antisocial”, tal como lo dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Lanteri c/Ercolano”, en 1922 (Fallos 136:170 y siguientes). Reglamentar un derecho es limitarlo, pero es hacerlo compatible con el derecho de los demás **dentro** de la comunidad y con los intereses superiores de esta última.

De allí se desprende que si la Constitución Nacional parte del Preámbulo y en su primera sección “preceptiva” está encabezada por las “declaraciones”, y los “derechos” y las “garantías”, resulta obvio que sus enunciados “principistas” –que enuncian fines y objetivos y bases fundamentales– también están sujetos a límites que compatibilicen sus enunciados con la idea sustancial de que lo que concierne a uno no puede colisionar con lo que hace a la pertenencia del prójimo: nada es absoluto en estas materias (CN, arts. y 28; y afines).

La “relatividad” pone coto a lo absoluto, sin que ello lesione a los *principios*, cuya esencia es inalterable, pero que su ejecución y la aplicación concreta dependen en los casos puntuales de las modalidades que se desprenden de las circunstancias en cada caso. Rige para ello la regla de la proporcionalidad entre los medios y los fines, que es el principio mismo de la *razonabilidad*.

Un gran aporte al tema fue en su momento la “inversión de la carga de prueba”, promovida por el penalista cordobés Jorge A. Núñez (a quien el presidente Illia le encomendara la redacción de una reforma del Código Penal), quien propició dejar de lado el clásico principio procesal aplicado a la producción de la prueba, para establecer una inversión de la carga, a fin de que ésta siempre deba ser sufrida por el funcionario imputado, quien queda obligado a justificar su enriquecimiento patrimonial.

De esa manera, la evidencia del delito aparece a la vista desde la acusación y la prosecución del proceso penal, debilitando así a la “presunción de inocencia” y enfatizando la fuerza de que la gravedad de los cargos se corresponde con la presencia de presunciones varias, graves, precisas, concordantes, y fundadas objetivamente sobre la comisión del acto delictivo en cuestión. De tal manera que pierden valor los pedidos de excarcelación

y las libertades condicionales o cualquier otro pedimento de atenuación del poder represivo que es propio del Estado.

### III.

Es bueno tener en cuenta, por su importancia sustancial y por su jerarquía normativa, que están en pie varias convenciones internacionales que son atinentes al tema en cuestión. Y que forman parte de la “pirámide jurídica” a aplicar.

- La **Convención Interamericana** contra la “Corrupción” (CICC), sancionada en la OEA el 29 de marzo de 1996 (en Caracas), y aprobada en la Argentina por la ley 24.759 del 4 de diciembre de ese año (promulgada el 13/I/97); presidencia de Carlos Menem. Contiene veintiocho artículos dispositivos.
- Convención de las **Naciones Unidas** contra la “Corrupción” (CNCC). Año 2005. La Argentina la aprueba por ley 26.097 y se ratifica el 28 de agosto de 2006. Cabe destacar que en su art. 54 regula el instituto del “**Decomiso**”.
- Convención de la OCDE: “Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico”, creada en 1961; se ocupa de temas atinentes y fue ratificada el 8 de febrero de 2001. Están comprendidos en la OCDE numerosos países.
- Convención Internacional contra la **Delincuencia Organizada Transnacional** (ley 25.632) ratificada (2003).
- Convención Interamericana contra el **terrorismo** (ley 26.023).

Del art.75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina se desprende que a diferencia del texto histórico de 1853-60, los tratados y convenciones internacionales gozan de **primacía** (supremacía) **sobre** las “leyes” ordinarias nacionales. Esto debe entenderse, inclusive, como de más alto nivel que los Códigos, por ejemplo, el Penal y el Civil y Comercial unificados; sin perjuicio de que sus normas pueden servir de “implementación” o complementación a los efectos de la aplicación concreta de los tratados y convenciones.

La misma norma incorporada en el texto constitucional del año 1994 prevé que los compromisos internacionales (incluidos los Concordatos) “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”.

#### IV.

Me permito resaltar la figura del **decomiso** –que llama la curiosidad de que muchos diccionarios jurídicos no le prestan atención–, tratándose de una pena accesoria pero bien útil y complementaria de la “principal”, que consiste en la privación **definitiva** (sic) de los instrumentos y del producto del delito cometido por el acusado.

La terminología legal comprende la figura de la “incautación” que es también facultad de la autoridad judicial, por la que se priva a alguien de algunos de sus bienes como consecuencia de la relación de estos con un delito; y cuando hay una condena firme se la sustituye por la pena de “comiso”.

Por otra parte, el “desapoderamiento” puede también consistir en el despojo de aquello (bienes, valores, etc.) de lo que el delincuente se había apoderado indebidamente (ilícitamente).

En síntesis, es inobjetable que el Estado obtenga la tenencia de todo aquello de lo que se hubieran apropiado en forma injustificada y causando, al hacerlo, un enriquecimiento sin causa lícita.

También debe tenerse presente que en el margen de apreciación nacional que incumbe a cada Estado, se cuenta el ámbito de la normatividad y de la jurisprudencia “pretoriana” que rigen para la aplicación y extensión de las **medidas cautelares**, que suelen ser indispensables aplicarlas para evitar –en el transcurso del proceso– la frustración de las decisiones finales de la causa judicial.

Es obvio que las medidas cautelares **reales** limitan la disponibilidad sobre ciertos bienes, con el fin de asegurar la ejecución misma –completa y final– de los pronunciamientos patrimoniales cuestionados por la apropiación indebida. En cuanto a las condiciones para su aplicación, cabe tener presentes la estimación del buen derecho del accionante (el Estado) entendido como “**fumus boni iures**”; el peligro de una mora creadora de poner en peligro la efectividad de la sentencia por posibles cambios en las circunstancias o a causa de la probada intención del acusado de entorpecer la ejecución de la sentencia (“**periculum in mora**”); y la absoluta necesidad de la caución, como es el caso en que medien graves delitos.

Son la caución ante condenas que deberán ser juzgadas y que cambian la prudencia (necesaria) ante una tortuosa maniobra de evasión = caución “**judicatum solvi**” en viejo lenguaje.

A mayor abundamiento no puede dejarse de tener y tomar en cuenta que la Ley Nacional N° 28.854, de “medidas cautelares”, prevé en el art. 16 el caso especial de las “medidas cautelares solicitadas por el Estado”, cuya normativa dispone:

“El Estado Nacional y sus entes descentralizados podrán solicitar **la protección cautelar** en cualquier clase de proceso, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- 1) Riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicio sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de su titularidad.
- 2) Verosimilitud del derecho invocado y, en su caso, de la ilegitimidad alegada.
- 3) Identidad y necesidad en relación con el objeto de la pretensión principal.

## V.

Es obvio, a tenor de las reglas de Derecho –público y privado–, que la procedencia de una “extinción del dominio” requiere la intervención judicial previa y fundamental de la justicia **penal** competente en el caso; la que en el transcurso de la sustanciación del proceso podrá adoptar medidas **cautelares** correspondientes a la índole concreta del delito penal en juego.

No sé si para ello era menester acudir a la pomposa nominación de creación de un “Régimen Procesal de Acción Civil de Extinción de Dominio” (DNU 62/19) con la característica de un procedimiento “autónomo” e “independiente” de cualquier otro proceso judicial (sic), con plazos perentorios y acciones sumarísimas (sic), ante hechos que el Estado –por la comisión de delitos graves– cuestiona la titularidad de un bien si éste no se corresponde “razonablemente” con los ingresos de su titular, poseedor, tenedor, o si presenta un incremento patrimonial injustificado.

Para más, se crea una “Procuraduría” que actuará ante los Juzgados Federales en lo Civil y Comercial, pero que dependerá del Procurador General de la Nación.



Y nada escapa a la minuciosidad del DNU: la acción para la extinción del dominio recién prescribe a los veinte años (sic); y la administración de los bienes desapoderados quedaría a cargo de la “Agencia de Administración de Bienes del Estado”: un organismo dependiente de la Jefatura de Gabinete. Asimismo, al ordenarse la **subasta** de esos bienes, el producido ingresaría a Rentas Generales de la Nación (salvo si mediaran asignaciones específicas previstas en leyes).

Por último (*the last but not least*), la justicia interviniente podría ordenar una venta “anticipada” de los bienes provenientes de “medidas cautelares”, si hay riesgos de perecer o deteriorarse, o desvalorizarse, o si su conservación ocasiona gastos excesivos; como así también, se contempla que el juez podría adoptar la “destrucción” si representaran un peligro para el ambiente, la salud, la seguridad pública o amenaza de ruina.

Me permito recordar que tratándose de la extinción del dominio **por enriquecimiento sin causa** (acto ilícito el de enriquecimiento en esos casos) es conveniente que en una consideración jurídica del caso se tome en cuenta la normatividad prevista en los arts. 1794 a 1799 del Código vigente (Ley 26.994), como normas auxiliares de ordenación para poder encarar el curso de las actuaciones dirigidas a una justa y sólida desapropiación de lo “mal habido”.

Esas normas son las siguientes, a saber:

**ARTÍCULO 1794.- Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita que se enriquezca a “expensas de otro”, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido.**

Si el **enriquecimiento** consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.

**ARTÍCULO 1795.- Imprudencia de la acción.** La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.

**ARTÍCULO 1796.- Casos.** El pago es repetible, si:

- a) La causa de deber no existe, o no subsiste, porque no hay obligación válida; esa causa deja de existir; o es realizado en consideración a una causa futura, que no se va a producir;

- b) Paga quien no está obligado, o no lo está en los alcances en que paga, a menos que lo haga como tercero;
- c) Recibe el pago quien no es acreedor, a menos que se entregue como liberalidad;
- d) La causa del pago es ilícita o inmoral;
- e) El pago es obtenido por medio ilícitos.

ARTÍCULO 1797.- Irrelevancia del error. La repetición del pago no está sujeta a que haya sido hecho con error.

ARTÍCULO 1798.- Alcances de la repetición. La repetición obliga a restituir lo recibido, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir.

ARTÍCULO 1799.- Situaciones especiales. En particular:

- a) La restitución a cargo de una persona incapaz o con capacidad restringida no puede exceder el provecho que haya obtenido;
- b) En el caso del inciso b) del artículo 1796, la restitución no procede, si el acreedor, de buena fe, se priva de su título, o renuncia a las garantías; quien realiza el pago tiene subrogación legal en los derechos de aquél;
- c) En el caso del inciso d) del artículo 1796, la parte que no actúa con torpeza tiene derecho a la restitución; si ambas partes actúan torpemente, el crédito tiene el mismo destino que las herencias vacantes.

¿Y el “pago sin causa”? lo dejamos para otra ocasión..., pero puede verse en “**causa de las obligaciones**” y en “pago repetible”. En el Art. 726, sobre “causa”, se afirma: “**No hay obligación sin causa**, es decir, sin que derive de algún hecho **idóneo** para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

El Art. 727 dispone con relación a la prueba de la existencia de la obligación y la presunción de fuente legítima: “**La existencia de la obligación no se presume**. La interpretación respecto de la existencia y extensión de la obligación es **restrictiva**. Probada la obligación, se presume que nace de fuente legítima **mientras no se acredite lo contrario**”.

## VI. La preocupación “Jurídica” por la Corrupción

Como es sabido, el “Comité Jurídico Interamericano” –creado en 1906 por iniciativa del presidente de Brasil Epitacio Pessoa– pasó a ser uno de los “órganos principales” de la Carta de la OEA en 1948, continuando hasta el presente su labor jurídica en la sede del Palacio Itamaraty, en Río de Janeiro. En algunas oportunidades se ha reunido en el edificio de la Unión Panamericana, en Washington D.C.; y ese fue el caso suscitado a raíz de la invitación del Embajador EINAUDI, en representación del Departamento de Estado; para conversar sobre los temas propios del CJI, que se llevaban a cabo (año 1992).

La inquietud fue dirigida a los miembros del Comité, que a la sazón yo presidía en ese tiempo. La petición concreta consistía en que el tema de la “corrupción” se incluyera en la agenda de trabajo, con ruego de elaborar un dictamen referente a los mecanismos que el Derecho podía instrumentar a fin de coartar y sancionar los actos ilícitos que se cometían en redor de esas plagas de delincuencia tan nefastas en perjuicio de la transparencia requerida en pro de la buena administración de todos los quehaceres públicos.

Al día siguiente, en sesión del CJI se dispuso abordar la cuestión, encomendándose al suscripto la elaboración de un primer relatorio, destinado a configurar la magnitud del tema y los aportes concretos que debían enunciarse para la eficacia de los controles y sanciones conducentes a la erradicación de las deformaciones practicadas por quienes asumían las variadas manifestaciones de “corrupción” y que afectaban seriamente a todas las operaciones que llevan a cabo las entidades públicas y privadas de toda índole.

Entre 1992 y 1993 el presidente del CJI presentó el primer texto a consideración de los colegas del cuerpo y el trabajo fue publicado liminarmente en Buenos Aires, por la Universidad Católica Argentina, en el diario “El Derecho”, bajo el título “Primera aproximación al Enfoque Jurídico de la Corrupción (septiembre 1992, N° 8088).

De las numerosas recomendaciones que se incluían en el citado trabajo, merece destacarse el tema de la “inversión de la carga de la prueba”, para que la producción de las probanzas debiera **siempre** ser sufridas por el funcionario imputado, quien estaría obligado a justificar su enriquecimiento patrimonial. Esta inversión del “**onus probandi**” se inspiraba en lo incluido por el penalista Jorge A. NÚÑEZ, de la Universidad Nacional de

Córdoba, a quien el presidente de la Nación Arturo Illia le había encomendado (1963-1966) la reforma del Código Penal de 1921. El doctor Núñez fue Decano de la Facultad de Derecho cordobesa (1938-1942) y también se desempeñó en 1957 como Rector Interventor de la mencionada Universidad, habiendo sido también Presidente del Colegio de Abogados.

Con la finalización de mi período como miembro del CJI, el tema no fue concluido en los años siguientes en el seno de ese cuerpo. Por lo que sería la propia OEA la que tomaría la decisión final, concluyendo y aprobando en Caracas la conocida “Convención Interamericana” en 1996, con severas previsiones frente a los usos y abusos de la corrupción.

## VII. Reflexiones a considerar, teniendo a cuenta el marco legal vigente

- a) Hay de por medio delitos graves (y hasta aberrantes) que son imprescriptibles ¿**Cabe la irretroactividad?** También existen delitos y faltas que gozan de la prescripción legal.
- b) La sanción y reforma de las **leyes penales** no son susceptibles de llevar a cabo mediante “Decretos de Necesidad y Urgencia” (DNU). El articulado constitucional del texto de 1994 **no admite excepciones al respecto**.

No son materia de los DNU los temas de contribuciones (régimen impositivo), de materia **penal**, ni de cambios del régimen electoral y el de los partidos políticos (Art. 99 inc.3).

- c) En los postulados constitucionales que recoge el Art. 18 de la Constitución Nacional se reniega de los tribunales especiales, como garantía que nace del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (Art. 33), acogiendo el principio filosófico y jurídico del respeto al “**juez natural**”.

El apartamiento del principio y garantía del “juez natural” resulta contraproducente en un Estado de Derecho bajo un régimen constitucional; y son recordables las prevenciones que al respecto advertía Germán Bidart Campos cuando decía: “La interpretación judicial de la garantía de los **juces naturales** implica una mutación interpretativa que, en general, significa una violación de la Constitución en su Artículo 18, lo que muestra una discrepancia sobre el punto entre la constitución material y la formal” (“Tratado”, tomo I, pág.662).

Es incuestionable que la “igualdad ante la ley” (Art. 16) lo es también ante la jurisdicción; lo que implica la supresión de comisiones o jueces especiales. El Art. 18 de la Constitución Nacional determina que ningún **habitante** puede ser juzgado por comisiones especiales “o sacados los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

Por su parte, Miguel Ekmekdjian, en su Tratado condena los “tribunales de excepción” **creados a posteriori** de los hechos (en otras épocas para buscar revanchas) y no para impartir justicia objetiva e imparcial. Se trata de una justicia “igual para todos y que no pudiera presumirse teñida de partidismo contra el justiciable” (Fallos 310: 804 y Fallos 306: 2101), y evitando que se pretenda investir a magistrados de ocasión (Fallos 310: 2184/2185, considerando 6°). En síntesis: el derecho constitucional procura que los hechos hayan acontecido con anterioridad a que el órgano judicial conozca en el proceso.

- d) La “extinción del dominio” (y demás bienes y acrecentamientos in fundados e ilícitos) requieren para su decisión **final** el pronunciamiento de una sentencia **definitiva** del tribunal competente en materia penal, que es el Tribunal de Casación Penal. Si su sentencia fuera recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en caso de no ser concedida la apelación por la vía del recurso extraordinario (Arts. 14 y sgts de la ley 48), y ante un Recurso de Queja o de Hecho, si este fuera rechazado por la Corte Suprema, entonces quedaría agotada la jurisdicción estatal nacional.
- e) Es altamente cuestionable que un régimen normativo que está siendo tratado por el Congreso Nacional (ambas Cámaras) pueda ser sustituido por un DNU en plenas fechas del receso legislativo anual, sin convocar el PEN a sesiones extraordinarias del Congreso y no mediando razones **fundamentales** de “necesidad y urgencia”, aunque en el transcurso del año (un año electoral...) también pueden a veces surgir crisis “emergenciales”. De allí se desprende el neologismo conocido con la denominación que alude al surgimiento de una disciplina denominada “Derecho Emergencial” (a partir de ciertas “crisis”, verdaderas situaciones “**de facto**”).

Las vicisitudes del trámite legislativo cuyo tratamiento comenzó en el Congreso Nacional, han llegado hasta el cuarto año (2016-2019) habida cuenta de una media sanción en la H. Cámara de Diputados de la Nación y que recién dos años después se avino a tratar en el

H. Senado (con modificaciones sustanciales) por lo que regresa a la Cámara baja (Art. 81, Constitución Nacional). El tratamiento de este Proyecto de Ley prosigue en el período de sesiones ordinarias del año 2019.

En el ínterin, la “Comisión Bicameral Permanente” (Ley 26.122) que elige un tratamiento “inmediato” y “expreso”, produjo un rechazo del mentado DNU (sic), por mayoría de votos. Parecería que lo correcto –parlamentariamente– sería el efecto suspensivo de esa norma hasta tanto el Congreso Nacional se expidiera; y recién si éste lo aprobara, pues entonces entraría en vigencia (y hasta podrían fijarse legamente plazos al respecto).

En la práctica, se prolonga una situación incierta, que afecta sobremanera a la garantía de la **seguridad jurídica**, que es un elemento esencial de la democracia constitucional y republicana de gobierno. El Congreso Nacional dictó la ley arriba indicada, pero la actuación de la Comisión Bicameral permanente para estar al día ya procedió al rechazo del DNU y las Cámaras aguardan su debido control para decidir al respecto, por lo que a ellas corresponderá la evaluación del mérito, la oportunidad y la conveniencia del DNU; todo lo cual hace al contenido del instrumento y su constitucionalidad, como así también, la legitimidad de origen de las normas en juego.

Por lo demás, la confusión es tan grande que puede imaginarse que si el Congreso Nacional –poniéndose ambas Cámaras de acuerdo en un “consenso”– diera sanción a la Ley que llevan discutiendo; cabe preguntarse: ¿Un **veto** del Poder Ejecutivo Nacional haría recuperar la vigencia y continuidad del DNU 62/2019, cuya constitucionalidad muy probablemente sería sometida a cuestionamientos judiciales de parte de los afectados? Así también, un “veto total” ensancharía la brecha, pues sería en un año electoral pleno de “electorerismo” (actitud motivada por intereses electorales – DRAE) que agrandarían las maniobras de carácter “electorario” (sic-DRAE).

- f) Que las decisiones judiciales de índole penal se tengan que someter a la justicia civil y comercial, eso llama a la sorpresa.

Coincido con el académico Gregorio Badeni en que sin un hecho calificado como “delito” por sentencia pasada en “autoridad de cosa juzgada” no puede haber extinción definitiva de dominio, pues no

puede existir una sanción si no media un acto ilícito (confer., “Clarín”, 14/II/2019, pág. 23).

Por mi parte, no me canso de reiterar la grandeza que encierra el **principio del juez natural**, como norma rectora para todos los Estados que se precian de cumplimentar el “**rule of law**” en sus más fuertes acepciones. Recordemos pues, que hasta las enciclopedias lo definen, a saber extranjeras y argentinas:

- 1) Son jueces naturales aquellos cuya designación ha sido anterior al proceso que motiva la cuestión y basado en normas constitucionales y legales. No son jueces naturales aquellos que compongan comisiones o tribunales especiales constituidos luego del hecho motivo del proceso.

Está proclamada internacionalmente tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8 inciso 1), como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14 inciso 1).

- 2) Esta garantía procesal penal está consagrada en la República Argentina como constitucional, pues lo contempla el Art. 18 de la Carta Magna, y su fundamento es asegurar un proceso imparcial.

La referencia no es a la designación de un determinado juez para entender la cuestión, que pudo haber cambiado luego del hecho que se imputa, sino el tribunal como institución, que debe ser constituido para ejercer la jurisdicción en forma general y abstracta y no para juzgar el hecho específico de que se trata.

- 3) Es una de las garantías constitucionales que afectan al proceso civil. La garantía del juez natural consiste en que todo ciudadano que accede a la justicia **civil** lo hará a través del juez ordinario predeterminado por la ley. Así, el pleito o causa incoado por el ciudadano será enjuiciado por un órgano jurisdiccional con todos los atributos de idoneidad y competencia exigidos; asimismo, dicho tribunal será ordinario, no excepcional, con lo que cabe que se trate de un tribunal ordinario y especializado en determinadas materias. Juez predeterminado por la ley es el previsto en normas generales preexistentes, con lo que se descarta el juez o tribunal creado con posterioridad al hecho que se somete a su enjuiciamiento.

- g) Va de suyo que si las decisiones judiciales desestimaran la comisión de “delitos” o descartaran que los bienes resultaran de una incorporación ilícita sumada al patrimonio (con fechas y datos a confirmar), entonces el Estado debería restituir a su titular los bienes o su valor equivalente de reintegro. Para ello el Estado tiene que contar con una suerte de “fondo de garantía” ante el caso de que los acusados sean absueltos o sobreseídos.
- h) Más allá de las medidas “cautelares” que se puedan adoptar por los magistrados intervinientes en el transcurso de la sustanciación de las causas, es dable preconizar que el país requiere y exige una LEY seriamente aprobada por el acuerdo general del Congreso en su amplia composición, reemplazando al DNU N° 62/2019, a fin de exhibir ante el mundo la seriedad que corresponde a una cultura que comparte el Derecho y la justicia en todos los órdenes. El Estado republicano, constitucional y democrático es antítesis misma de la “ley de la selva”. Hay que tener siempre presente que en memorable fallo de 1940 la Corte Suprema sentenció “que fuera de la Constitución solo cabe la llegada de la anarquía o de la dictadura”; y de nuestra modesta cosecha podemos añadir que la primera suele traer y depararnos a la segunda (con etapas intermedias en el caos).
- i) No puede omitirse la reserva y reparo que merece el procedimiento seguido para introducir reformas, sin debate previo, a normas civiles y comerciales, y de la IGJ (Art. 1907 CCyC., etc.), y el olvido de los Arts. 18 y 19 de la Ley 19.550 (LGS).

Recuérdese que los apresuramientos en las innovaciones legislativas suelen derivar –más tarde– en rectificaciones. Hay que actuar como recomendaba GOETHE: “sin prisa y sin pausa”.

### **VIII. Conclusión**

La ley que sancione el Congreso deberá cuidar el espíritu y la letra de los contenidos constitucionales en juego, habida cuenta de los valores que la Ley Suprema pondera, en armonía con la seguridad jurídica en un Estado de Derecho, al propio tiempo que la lucha por la transparencia y contra la “corrupción” y otros delitos de extrema gravedad atentan permanentemente en perjuicio del bienestar general del pueblo y la sociedad,



socavando a instituciones públicas y privadas que así pierden su confiabilidad y credibilidad.

Con fecha 26 de febrero de 2019, el diario “La Nación” ha publicado bajo el título de “Corrupción estancada” una detallada nota que, en su primer y último párrafos, dicen lo siguiente:

“Por segundo año consecutivo la Argentina quedó ubicada en una posición rezagada en el ranking mundial de la corrupción: ocupa el puesto 85 entre 180 países analizados y permanece entre la mitad de los menos transparentes. El dato se desprende del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2018 que realiza anualmente la organización no gubernamental Transparencia Internacional (TI)”.

“Por lo tanto, resulta necesario desterrar la cultura de la corrupción tanto del ámbito público como del privado y reemplazarla por la cultura de la legalidad, que requerirá un fuerte compromiso de todos los actores del país: gobierno, empresarios, sindicatos, organizaciones civiles y ciudadanos. En primer término, es necesario precisar el objetivo central del esfuerzo: la finalidad no es la erradicación de la corrupción –tarea casi imposible–, sino la erradicación de **la impunidad**, para lo cual la independencia real y efectiva del Poder Judicial es fundamental. Sin una Justicia imparcial e independiente no hay forma alguna de poder combatir la corrupción”.

Para el pasado, el presente y el futuro, cuando la afectada es la propiedad, cabe traer a colación el pensamiento que emitiera Guillermo Rawson (ministro y eminente médico, en 1875 **circa**) al reclamar: “Lo que nos falta es el experimento de un gobierno honrado, que respete la Constitución **hasta en sus más mínimos detalles**”. Las llaves del misterio en estas pequeñas pero grandes cosas del comportamiento político; pues ¿“Quién controla al control”?

¿Dónde aparece hoy el hecho más desgarrador de la contradicción? En todo lo que gira como elemento más contradictorio con la posibilidad de alcanzar el bienestar general. Hay a la vista una relación inversamente proporcional entre los requerimientos del bienestar y los desmanes que causa la CORRUPCIÓN. Con ésta se pierden de vista el mejoramiento de las condiciones de vida de gran parte de los seres humanos. Lo que se lleva la CORRUPCIÓN se quita a la educación, a la vivienda, a la salud y a la civilización y la libertad toda.

Asimismo, 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 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 que no se ejercen con la dedicación y la honestidad que corresponde. O falta la **transparencia**.

La historia de la humanidad nos enseña una lección trágica: que existe una confluencia de graves desgracias entre las guerras bélicas y sangrientas, por una parte, y los focos reiterados y magnificados de la corrupción generalizada.

En ambos casos, el desquicio se traduce en gigantescas pérdidas –humanas y materiales– que traen una misma resultante: es el perjuicio que daña a los seres humanos, habida cuenta que las pérdidas ocasionadas repercuten en la distracción de los beneficios que podrían y deberían percibir las personas y las instituciones afectadas. En el caso de las luchas armadas son los fabricantes de armamentos que reciben riquezas dinerarias por sus fabricaciones y suministros; y en la corrupción es el pueblo y la sociedad toda que pierden recursos que deberían corresponder a su bienestar (salud, educación, vivienda, capacitación, bienestar, etc.)

Es por todo ello que la lucha contra la corrupción y el recupero de lo mal habido debe fundarse en un sustento moral y en una conducta ética dirigidas a la erradicación de los delitos, crímenes y demás infamias que ofenden a la “eminente dignidad de la persona humana”.

# LOS PRIMEROS SESENTA AÑOS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1959-2019)

POR ALFONSO SANTIAGO<sup>1</sup>

## I. Antecedentes históricos de la CIDH

### *A) La OEA y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se sitúa institucionalmente dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA), por lo cual para comprender su génesis corresponde analizar el contexto histórico de los inicios de la OEA. Tres años después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se reunieron en Bogotá, Colombia, veintiún países americanos<sup>2</sup> para la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948. Durante años, estos países trabajaron juntamente con el fin de establecer convenciones y organizaciones para gobernar la interacción de los Estados en las Américas. En esas negociaciones se abordaron temas de comercio, salud y derecho, entre muchos otros. La firma de la Carta de la OEA en la Conferencia de 1948 encausó todos estos distintos acuerdos en una sola institución, la OEA, que allí comenzó su derrotero institucional.

En esta Conferencia también se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), el primer instrumento internacional general de derechos humanos de la historia. En ella, se declara que el propósito principal de los gobiernos y las sociedades es proteger los derechos fundamentales que pertenecen a cada ser humano, sin importar su

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 8 de agosto de 2019.

<sup>2</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, y Venezuela.

nacionalidad. La Declaración reconoció los derechos esenciales a la vida, la libertad, la seguridad, la libertad de expresión, los derechos a la salud, la educación y al trabajo digno, el derecho de asociación, el derecho de propiedad y el de asilo, entre muchos otros. Posteriormente cada uno de los veintiún países ratificó la DADDH.

### ***B) La prehistoria del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (1948 -1959)***

Para los Estados miembros de la OEA, la Declaración Americana fue considerada como un punto de partida que permitiría llegar a una meta aún más alta: la creación de una corte internacional de derechos humanos. En la conferencia de 1948 también se aprobó La Resolución XXXI o “Proyecto de Resolución sobre la creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre”<sup>3</sup>. Se sostuvo en esta resolución que “esa garantía debe estar sancionada por un órgano jurídico, puesto que no hay derecho propiamente garantizado sin la protección de un tribunal.”<sup>4</sup>

La creación de tal Corte fue encomendada al Comité Jurídico Interamericano (CJI) pero este organismo declinó la tarea, argumentando que sería imposible establecer tal institución sin la ratificación de un documento internacional jurídicamente vinculante sobre derechos humanos. En los años siguientes, la OEA intentó lograr un acuerdo acerca de la protección regional de los derechos humanos, pero no se logró armar un marco institucional para promoverlos ni protegerlos debidamente.

No es casual que la voluntad política para avanzar en la puesta en marcha de un sistema regional para la protección internacional de los derechos humanos, coincidiera con la preocupación internacional por la dictadura de Rafael Trujillo en la República Dominicana y la situación de inestabilidad política presente en el Caribe hacia fines de la década de los 50 del siglo pasado<sup>5</sup>. En 1959, la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relacio-

<sup>3</sup> Novena Conferencia Internacional Americana accedido por <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4660/14.pdf>

<sup>4</sup> Novena Conferencia Internacional Americana accedido por <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4660/14.pdf>

<sup>5</sup> Robert K. Goldman, expresidente de la CIDH, destaca que las preocupaciones acerca de las actividades terroristas externas del régimen de Trujillo por fin provocaron la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los Estados de la OEA supuestamente vieron al sistema como una herramienta de proteger su seguridad y soberanía contra regímenes abusivos. (Goldman, 2009, pp. 861-862).

nes Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, aprobó una resolución que consta de dos partes. La primera exigía elaborar “el proyecto... de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de protección de los Derechos Humanos,”<sup>6</sup> proyecto que recién se cumpliría una década más tarde, con la firma de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en San José de Costa Rica en 1969. La segunda parte estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que comenzaría a funcionar al año siguiente. El marco institucional conformado por esta resolución de 1959, que creaba la CIDH, y la CADH que estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), pasaría a denominarse Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

## **II. Organización y funciones de la CIDH**

### ***A) El Estatuto de la CIDH***

El Consejo de la OEA aprobó el Estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960 y eligió a sus primeros miembros el 29 de junio de ese mismo año. En 1961, la Comisión comenzó a realizar visitas a varios países para observar *in situ* la situación de derechos humanos.

Debido a que, a pesar de sus esfuerzos, la misión que se le había encomendado a la Comisión se veía dificultada por la insuficiencia de facultades y atribuciones consignadas en el Estatuto, tiempo después se le permitió ampliar sus funciones y sus capacidades a través de una modificación de su Estatuto. Así, se la autorizó a dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y para que les formule recomendaciones en materia atinentes a la protección de los derechos humanos. También se le solicitó que presente un informe anual sobre el progreso alcanzado en la protección de los derechos humanos y la recomendación de medidas para dar mayor vigencia a estos derechos. La Comisión modificó su Estatuto en abril de 1966. La principal modificación fue la atribución de la facultad de examinar peticiones individuales y, en dicho marco, formular recomendaciones específicas a los Estados miembros.

---

<sup>6</sup> La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores accedido por <https://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%205.pdf>

El Estatuto que rige actualmente el funcionamiento de la Comisión fue aprobado en 1979. Refleja los cambios introducidos a su respecto por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que la reconoció como uno de los dos órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención<sup>7</sup>. La Comisión se constituyó en un órgano principal de la OEA con la primera reforma de su Carta (mediante el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967 y en vigencia desde 1970), en la cual se adoptó como disposición transitoria que, hasta que entrara en vigor la Convención, se le asignaba a la Comisión la función de velar por la observancia de dichos derechos<sup>8</sup>.

Por otra parte, el Reglamento vigente en la actualidad fue aprobado en 2009, y modificado en 2011. Los cambios reglamentarios abordaron aspectos relacionados con cuatro ejes esenciales del sistema de protección de los derechos humanos: el mecanismo de medidas cautelares, el trámite de peticiones y casos, el envío de casos a la jurisdicción de la Corte IDH, y las audiencias sobre situación de los derechos humanos en los Estados miembros. Finalmente, la reforma reglamentaria se encuentra a tono con las modificaciones introducidas al Reglamento de la Corte (en vigor desde 2010) y con el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>9</sup>.

### ***B) Funciones de la CIDH***

El estatuto de la Comisión Interamericana la reconoce como “un órgano de la [OEA], creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la [OEA] en esta materia.”<sup>10</sup> Las funciones de la Comisión están enmarcadas por tres imperativos

<sup>7</sup> Cfr. CADH, art. 33.

<sup>8</sup> Carta de la OEA, art. 145.

<sup>9</sup> El Fondo tiene el objetivo de brindar apoyo financiero a las víctimas de violaciones de derechos humanos para sufragar los gastos relacionados con la tramitación de casos ante la Comisión y la Corte. “La Comisión podrá conceder recursos del Fondo de asistencia legal a solicitud expresa del peticionario o peticionaria en una denuncia que haya sido declarada admisible o respecto a la cual la Comisión haya comunicado su decisión de acumular el análisis de admisibilidad con el fondo del asunto” (Reglamento de la Comisión sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, art. 2).

<sup>10</sup> Estatuto de la Comisión IDH, art. 1.

fundamentales: promover los derechos humanos, protegerlos y responder consultas relativas a su efectivo goce.

*a) Promover los derechos humanos*

El propósito de las actividades de promoción es sensibilizar y educar a los gobiernos y sociedades civiles de los Estados miembros de la OEA acerca de los derechos humanos protegidos por los acuerdos internacionales (la DADDH al inicio y la CADH a partir de 1969). Las actividades que se realizan para ello incluyen tanto la organización de simposios, conferencias y capacitaciones que se llevan a cabo periódicamente, como los estudios e informes temáticos que se realizan de modo regular.

Actualmente, tal vez los proyectos de promoción más importantes son las audiencias temáticas que celebra periódicamente la Comisión. A solicitud de las organizaciones de la sociedad civil, o por orden de la propia Comisión, ella puede convocar audiencias para abordar determinadas situaciones y/o temáticas. En las audiencias se pueden abordar temas generales como los derechos humanos de los migrantes, o temas más enfocados como preocupaciones únicas de ciertos Estados o incluso ciudades y provincias. Debido a que son actividades promocionales, no tienen ningún elemento jurisdiccional y, por lo tanto, no se utilizan para tratar casos individuales. No obstante, aun sin influencia jurisdiccional, las audiencias temáticas pueden tener un impacto. Por un lado, los temas que elige la CIDH revelan sus prioridades y tendencias, permitiendo que los Estados miembros y otros observadores lean los pensamientos de la comisión, por así decirlo. Además, ya que las audiencias casi siempre están abiertas al público, la Comisión y las organizaciones de la sociedad civil pueden usarlas para llamar la atención sobre ciertos temas, lo que puede servir para aplicar presión política a las situaciones en cuestión.

*b) Proteger los derechos humanos*

Las primeras décadas de funcionamiento de la CIDH coincidieron con procesos revolucionarios, dictaduras y gobiernos militares que existieron en la región durante las décadas de los 60 y los 70. Bajo estos regímenes, las violaciones de los derechos humanos fueron frecuentemente políticas de Estado, sancionados desde los niveles más altos de gobierno. Para la

CIDH, la manera más eficaz de proteger a la gente de estas violaciones sistemáticas en tal ambiente político fue presionar a los regímenes al denunciar esos abusos en los Informes correspondientes a cada país<sup>11</sup>. En ellos se realizaban análisis de la situación de derechos humanos en esos países con el fin de incitar la indignación de la comunidad internacional y hacer que los gobiernos infractores desistan de los abusos por el temor a la pérdida de su buena reputación internacional.

El expresidente de la Comisión Felipe González notó inteligentemente que la transición a la democracia resultó en un cambio estratégico para las actividades protectoras de la CIDH. Debido a que el sistema “ya no prestaba atención exclusiva (como en el momento de las dictaduras) a violaciones masivas del derecho a la vida y otros derechos básicos”<sup>12</sup>, pudo preocuparse con casos individuales relacionados a esos derechos. En cuanto al sistema de casos, la Comisión no cumple funciones estrictamente jurisdiccionales, sino que recibe y revisa peticiones para luego tomar una de varias acciones. La acción preferida es intentar ayudar a los partidos ponerse de acuerdo por la adopción de Soluciones Amistosas. Sin embargo, la CIDH puede emitir recomendaciones que contemplen reparaciones y reformas para subsanar las violaciones denunciadas. La respuesta menos común de la Comisión es que un caso se remite a la Corte Interamericana. Una modificación al reglamento, aprobada en el año 2000, exigió a la CIDH emitir a la Corte cada caso ante incumplimiento de las recomendaciones dictadas por la Comisión.

“Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana (...) y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.”<sup>13</sup>

La CIDH también puede emitir medidas cautelares para responder a situaciones especialmente urgentes en las que se ven amenazados derechos vitales. Típicamente el proceso de emitir una medida cautelar empieza cuando un actor como una ONG advierte a la Comisión acerca de

---

<sup>11</sup> González, 2009.

<sup>12</sup> González, 2009, pp. 125 (Traducción no oficial).

<sup>13</sup> Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000), accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/2000.Esp.pdf>



una situación peligrosa que enfrenta a un individual o un grupo. La CIDH tiene la obligación de responder rápidamente a estas situaciones y si decide que los reclamos son fundados, hará contacto con el gobierno en cuestión para exigir que los derechos de las personas en riesgo sean protegidos. Las medidas cautelares se han utilizado en ocasiones muy eficazmente para salvar vidas y proteger a muchas personas de violaciones graves de sus derechos humanos. Sin embargo, estas medidas siguen siendo polémicas por desacuerdos sobre su obligatoriedad. Parte de la doctrina mantiene que las medidas cautelares son vinculantes y que los Estados, por haber ratificado la CADH, son obligados de cumplirlas. Sin embargo, otros argumentan que si la comisión puede emitir decisiones obligatorias, entonces la Corte IDH sería superflua<sup>14</sup>.

Junto a estos instrumentos protectorios ya mencionadas, corresponde reconocer la relevancia que han tenido las visitas *in loco* por parte de los miembros de la CIDH. Como el nombre sugiere, las visitas *in loco* implican una visita física de la Comisión a países en los cuales se cree que hay una situación que amenaza los derechos humanos. Estas expediciones son significativas por dos razones:

- i. Primero, proveen a la Comisión una herramienta de control muy poderosa. Las visitas *in loco* no se pueden llevar a cabo a menos que el país invite a la Comisión a entrar o da anuencia a una solicitud de la Comisión para hacer la visita. En consecuencia, resulta muy difícil para un país impedir que entre la Comisión sin dar la impresión que hay algo que ocultar. Así, la Comisión casi siempre puede obtener la autorización para la entrada en el país, y una vez que este allí, puede hacer la obra importante de examinar de primera mano la situación de los derechos humanos.
- ii. Luego, las visitas *in loco* son importantes porque aumentan la visibilidad y exposición positiva de la Comisión. Según González, “este poder se volvería crucial para la visibilidad de la Comisión (...), ya que las poblaciones de los países más afectados por violaciones graves se darían cuenta de la existencia y los roles de la Comisión”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Esto puede generar inquietud en el hemisferio porque bajo esta teoría los Estados que no reconocen la competencia de la Corte IDH, como los EEUU y Canadá, no se verían obligados a cumplir con ninguna decisión de la SIDH.

<sup>15</sup> González, 2009, pp. 105 (Traducción no oficial).

Las visitas *in loco* no solo son importantes para la reputación y notoriedad de la comisión, sino que también pueden llevar a medidas de protección adicionales como informes específicos y recomendaciones para los países ofensores.

En síntesis, los informes, las medidas cautelares, las visitas *in loco* y las denuncias ante la Corte IDH son los medios con que cuenta la CIDH para su misión de proteger los derechos humanos en la región.

### *c) Responder consultas*

La Comisión también ejerce una función consultiva. Cuando un Estado americano o la propia OEA tiene cualquier duda o preocupación acerca de sus compromisos y responsabilidades en materia de derechos humanos, puede acudir a la CIDH. Cuando se solicita esa opinión es deber de la Comisión analizar las consultas formuladas y responder fijando pautas y recomendaciones.

Desde la firma de la CADH en 1969, cabe distinguir entre las funciones de la CIDH aquellas que ejerce respecto de todos los integrantes de la OEA (35 países), de las que sólo ejerce respecto de los 20 Estados que han ratificado la CADH y reconocen actualmente la jurisdicción de la Corte IDH<sup>16</sup>:

- i. Respecto a todos los Estados miembros de la OEA (tanto los que han ratificado la Convención como los que no lo han hecho) la Comisión estimula la conciencia de los derechos humanos; formula recomendaciones a los gobiernos para que adopten medidas progresivas en favor de esos derechos; solicita que los gobiernos le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; atiende las consultas que le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, presta el asesoramiento que le soliciten; rinde un informe anual a la Asamblea General; practica observaciones *in loco* en un Estado<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Los veinte Estados partes de la CADH que reconocen actualmente la competencia contenciosa de la Corte IDH son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay.

<sup>17</sup> Estatuto de la Comisión IDH, art. 18.

- ii. En relación con los Estados partes en la Convención, la Comisión diligencia las peticiones y otras comunicaciones<sup>18</sup>; comparece ante la Corte IDH en los casos previstos en la Convención; solicita a la Corte que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas; consulta a la Corte acerca de la interpretación de la CADH o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos<sup>19</sup>.

### ***C) Estructura institucional***

Expuestas las funciones que tiene encomendada la CIDH, procederemos a analizar su estructura interna. Utilizaremos como guía para ello el reconocido trabajo de la excomisionada Dinah Shelton publicado en 2015.

El Artículo 2 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dice que la misma se compondrá “de siete miembros, quienes deben ser personas de alta autoridad moral y de reconocida versación en materia de derechos humanos.”<sup>20</sup> Aunque los gobiernos de los Estados de la OEA proponen candidatos, el art. 8 del Estatuto señala que “el cargo de miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es incompatible con el ejercicio de actividades que pudieren afectar su independencia, su imparcialidad, o la dignidad o el prestigio de su cargo en la Comisión”, por lo que, una vez elegidos, los comisionados funcionan independientemente y sin ningún compromiso con los intereses de su país. Sus mandatos duran cuatro años y los comisionados solo se pueden reelegir una vez, limitándose de ese modo la duración máxima en su cargo a los ocho años.

Los deberes de los comisionados incluyen supervisar el sistema de casos y peticiones, asistir y dirigir las sesiones (típicamente se realizan entre tres y cinco periodos de sesiones al año) y viajar para cumplir visitas *in loco* y otras actividades de promoción. Sin embargo, su tarea es técnicamente voluntaria y de dedicación part-time. Los comisionados no residen en Washington D.C., donde queda la sede CIDH, ni tampoco reciben un

---

<sup>18</sup> Según lo dispuesto en los arts. 44 al 51 de la CADH.

<sup>19</sup> Estatuto de la Comisión IDH, art. 19.

<sup>20</sup> Estatuto de la Comisión IDH.

suelo, sino que se le pagan honorarios para compensar el tiempo que dedican a las actividades relacionadas con la Comisión.

Cada comisionado se encarga de un número de relatorías. Las Relatorías y Unidades Temáticas se empezaban a establecer en 1990 y hoy en día son once.<sup>21</sup> Estos equipos se asignan a vigilar los derechos de grupos que están en particular riesgo de violaciones, sea por motivos étnicos, afinidad política, etc. Adicionalmente a cada comisionado se le asignan varias Relatorías de País. El propósito de esta distribución de tareas es animar a cada comisionado a tener un conocimiento más profundo sobre los países que se le asignan. Sin embargo, en la práctica las Relatorías de País no son muy efectivas porque las tareas relacionadas a ellas no se priorizan y muchas veces no se logran cumplir por la multitud de tareas que han de cumplir dentro de esa dedicación a tiempo parcial<sup>22</sup>.

Otro órgano importante de la CIDH es la Secretaría Ejecutiva. La OEA nombra un Secretario Ejecutivo para dirigir la Secretaría Ejecutiva, quien sirve por un período de cuatro años con la posibilidad de renovarlo por cuatro más, igual que los comisionados. El Secretario Ejecutivo tiene muchos deberes promocionales similares a los de los comisionados, incluso “hablar en nombre de la CIDH en conferencias, reuniones, y entrevistas con la prensa, asistir a talleres, [y] reunirse con los gobiernos y la sociedad civil”<sup>23</sup>. Pero sus deberes son más de carácter administrativo, a diferencia de los propios de los comisionados. Por ejemplo, el Secretario maneja los asuntos presupuestarios de la Comisión, hace la recaudación de fondos e implementa los cambios organizativos internos.

A diferencia de los comisionados, el Secretario y el personal de la Secretaría Ejecutiva son empleados permanentes a tiempo completo. Este

---

<sup>21</sup> En orden cronológico de su formación, son: La Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1990), la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres (1994), la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes (1996), la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez (1998), la Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos (2001), la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad (2004), la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial (2005), la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (2011), la Unidad sobre Memoria, Verdad y Justicia (2017), la Unidad sobre Personas Mayores (2017), y la Unidad sobre Personas con Discapacidad (2017).

No se enumeran en esta lista la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (1997) ni la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (2012) porque no se supervisan por los comisionados, sino por relatores especiales nombrados por la CIDH.

<sup>22</sup> Shelton, 2015, pp. 8.

<sup>23</sup> Shelton, 2015, pp. 9 (Traducción no oficial).

equipo se encarga de la mayoría del trabajo legal que hace la CIDH. Estas tareas incluyen “redactar informes, resoluciones, estudios, y cualquier otro trabajo encomendado por [los comisionados], recibir y procesar correspondencia, peticiones, y comunicaciones, y solicitar información de las partes.”<sup>24</sup> La Secretaría Ejecutiva, aunque opera entre bastidores, ejerce mucha influencia sobre la conducta de la Comisión. Como previamente mencionamos, el sistema de casos y peticiones constituye una gran porción de la obra de la CIDH y la Secretaría Ejecutiva “tiene casi la autoridad exclusiva sobre el procesamiento y la redacción de decisiones con respecto a peticiones y casos, así como solicitudes y alegatos ante la Corte IDH.”<sup>25</sup> En ocasiones han existido ciertas tensiones entre la Secretaría y la Comisión misma. Shelton alega que “algunos de los abogados principales de la Secretaría se han referido a los comisionados como menos calificados, más ideológicos y, por lo tanto, menos confiables que el personal permanente para manejar los casos.”<sup>26</sup>

### **III. Principales etapas e hitos históricos**

A lo largo de estas seis primeras décadas de la CIDH se pueden distinguir tres etapas bien diferenciadas. La primera se extiende desde sus comienzos en 1959 hasta 1978 ya que el próximo año comienza su funcionamiento la Corte IDH. La segunda cubre el período desde la instalación de la Corte IDH en 1979 hasta el 2009, año en que la CIDH empieza sufrir fuertes cuestionamiento de algunos países acerca de su actuación y funcionamiento. La tercera arranca en ese año 2009 y se extiende hasta nuestros días.

Pasaremos revista a las principales actuaciones que realizó la CIDH en cada una de estas etapas.

#### ***A) 1° etapa: 1959 – 1978***

Vale la pena analizar esta etapa porque en ella CIDH era el único cuerpo internacional que se dedicaba específicamente a la cuestión de los derechos humanos en el continente americano. En 1969, los Estados miembros de

---

<sup>24</sup> Shelton, 2015, pp. 8 (Traducción no oficial).

<sup>25</sup> Shelton, 2015, pp. 9 (Traducción no oficial).

<sup>26</sup> Shelton, 2015, pp. 7-8 (Traducción no oficial).

la OEA firmaron la Convención Americana de Derechos Humanos con la intención de contar con un Tratado con compromisos vinculantes y con un tribunal internacional que juzgara la violación a esos compromisos. Sin embargo, la Convención Americana tardó nueve años para entrar en vigor y entonces la Corte IDH no comenzó a ejercer sus funciones hasta 1978. En la parte final de esta sección, veremos cómo la entrada de la Corte cambió la realidad funcional de la Comisión, pero empezamos con una mirada retrospectiva de los comienzos de la obra de la Comisión.

#### *a) República Dominicana - 1965*

Según el ex presidente CIDH Robert K. Goldman, el esfuerzo más exitoso de la Comisión en sus primeros años fue su actuación en la República Dominicana de 1965. En los años previos al conflicto de 1965, la República Dominicana había pasado por varios cambios de gobierno con el asesinato del dictador Rafael Trujillo, un breve gobierno militar, la elección de Juan Emilio Bosch como Presidente y luego su destitución y expulsión del país. Los militares que expulsaron a Bosch instalaron a Donald Reid Cabral como presidente, pero él nunca se ganó reconocimiento público para su gobierno. Partidarios de Bosch y otros grupos rebeldes establecieron un gobierno opositor, llamándose los Constitucionalistas, lo que provocó una guerra civil en abril de 1965.

A solicitud del Secretario General de la OEA, la Comisión viajó a Santo Domingo para llevar a cabo la primera visita *in loco*. Como parte del esfuerzo por establecer la paz, la Comisión “ayudó a proteger las vidas de transeúntes inocentes, negoció liberaciones mutuas de prisioneros, aseguró la liberación y el paso seguro del país de varios líderes políticos, [y] ... permaneció en el país para observar e informar sobre las elecciones presidenciales celebradas en junio de 1966.”<sup>27</sup> La comunidad internacional reconoció los esfuerzos de la CIDH como un gran éxito, lo que contribuyó a la elevación de su estado dentro de la OEA por medio del nuevo estatuto de 1966.

---

<sup>27</sup> Goldman, 2009, pp. 870 (Traducción no oficial).

*b) Conflicto entre Honduras y El Salvador - 1969*

Cuatro años después, se pidió a la Comisión que interviniera en el estancamiento político cada vez más tenso entre El Salvador y Honduras. Por años, ciudadanos salvadoreños habían estado migrando a Honduras en búsqueda de trabajo y tierra, debido a la pésima situación económica en El Salvador. A los hondureños, y quizás aún más a las empresas agricultoras como la *United Fruit Company*, les molestó el hecho de que muchos inmigrantes salvadoreños habían ocupado ilegalmente tierras que pertenecían a los terratenientes. El 27 de junio de 1969, el mismo día en que los países habían de enfrentarse en un partido de clasificación para la Copa Mundial de fútbol México 70, Honduras rompió relaciones diplomáticas con El Salvador porque este último había alegado que Honduras había expulsado a miles de personas salvadoreñas sin hacer nada para evitar que sean maltratadas y violadas.

En julio, ambos países pidieron una visita *in loco* de la Comisión para investigar supuestas crueldades cometidas por el otro país contra sus ciudadanos. Entre el cuatro y el diez de julio, una subcomisión de la CIDH visitó a los dos Estados. Lamentablemente, el día 14 de julio, solo cuatro días después de la visita de la CIDH, estalló la guerra que luego se conocería como “la guerra del fútbol” o “la guerra de 100 horas”. La CIDH rápidamente mandó un informe a la Decimotercera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y luego publicó unas recomendaciones en que se responsabilizaba a ambas partes y se exigía a ambos países que adoptasen medidas para evitar nuevas violaciones a los derechos humanos<sup>28</sup>. A pesar de sus mejores esfuerzos, el conflicto entre Honduras y El Salvador demostró que la intervención CIDH, si bien era influyente, no era un método necesariamente exitoso para disolver las tensiones políticas.

Estas dos visitas *in loco* solo son una pequeña fracción de la tarea que llevó a cabo la Comisión en sus primeras décadas de funcionamiento. Sin embargo, son una buena representación de las capacidades y limitaciones que tenía. Como un actor internacional nuevo, pudo ganar un buen nivel de reconocimiento, aprobación, y utilidad. Sin embargo, carecía de poder porque no contó con la autoridad judicial para sancionar a los violadores de los derechos humanos.

---

<sup>28</sup> OEA/Ser.L/V/II.23 doc. 9 (español) Rev. 29 abril 1970.

*c) Balance*

Como mencionamos, la intención de la OEA siempre fue establecer un cuerpo jurídico que sí tendría jurisdicción sobre los Estados miembros en asuntos de Derechos Humanos. Con la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en 1969, los Estados americanos por fin tenían una base jurídica clara y exigible sobre la cual podían establecer una corte internacional en materia de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos nació cuando la CADH entró en vigencia en 1978, convirtiendo a la Comisión Interamericana en una de las dos partes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)<sup>29</sup>.

La entrada de la Corte IDH eventualmente cambió el rol de la Comisión en relación al sistema de casos y peticiones. La Comisión recibe todas las peticiones que se hacen al Sistema Interamericano y se le encomienda la función interlocutorio de intentar resolver primariamente los casos que se denuncian a través de soluciones amistosas o recomendaciones. Los casos que no se resuelven de este modo son los que la Comisión puede remitir a la jurisdicción de la Corte IDH. Así, para algunos la Comisión puede verse más como un mediador que un protector efectivo de derechos humanos e incluso a veces se percibe cómo un obstáculo previo que hay que esquivar para llegar finalmente a la Corte IDH.

***B) 2° etapa 1979 – 2009***

En esta segunda etapa, que se inicia con la entrada en vigencia de la CADH y la instalación de la Corte IDH, cabe mencionar tanto las visitas más importantes que realizó la CIDH como también dar cuenta de los casos que llevó ante la instancia de la Corte regional.

*a) La visita a la Argentina (1979)*

Tal vez la visita *in loco* con más alto impacto de todas la que realizó la CIDH fue la que llevó a cabo en la Argentina en septiembre de 1979 para investigar las denuncias de desapariciones forzadas cometidas por el

---

<sup>29</sup> Para conocer los orígenes de la Corte IDH, puede verse la obra: Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía (Directores), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, Ed. La Ley, Bs. As., 2018.



gobierno militar como modo de represión ilegal al accionar de los grupos subversivos que actuaban en el país a mediados de los 70. Antes de esta visita, la comunidad internacional, voluntariamente o no, no había hecho mucho esfuerzo para reclamar y confrontar a la Argentina acerca de los supuestos secuestros extrajudiciales. Luego de la visita y del informe que se publicó al año siguiente, las Naciones Unidas formó el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias para investigar la situación en profundidad y otros Estados hicieron referencia a la tarea de la Comisión para cambiar su postura hacia el gobierno Argentino<sup>30</sup>.

La visita misma duró 17 días, una cantidad de tiempo sin precedentes. Al llegar, la Comisión empezó a reunirse con la gente, recibiendo duros testimonios por los miles de desapariciones y otros abusos cometidos por el régimen militar. Los representantes de la Comisión directamente salvaron las vidas de alrededor de 30 personas, como explica Felipe González:

“La CIDH obtuvo información de que varias docenas de personas estaban recluidas en detención clandestina en un lugar aislado de una prisión que era por lo demás pública. También obtuvo los nombres de algunos de los detenidos. Cuando la Comisión fue a la prisión, pidió a las autoridades una lista de las personas encarceladas allí, que luego se proporcionó. Los detenidos clandestinos no estaban en la lista. Sin informar a las autoridades de la prisión de la información que ya había obtenido sobre estos prisioneros, la Comisión solicitó examinar todas las áreas de la prisión. Al principio, las autoridades se mostraron reacios, pero finalmente tuvieron que ceder, con la esperanza de que aun así lograrían evitar que la comisión tuviera contacto con los prisioneros clandestinos. En algún momento, los miembros de la CIDH oyeron gritos desde detrás de una pared ‘¡Estamos aquí, estamos aquí!’ Ante esta evidencia, se hizo inevitable que las autoridades de la prisión permitieran a la Comisión reunirse con unos 30 prisioneros clandestinos, que de otro modo habrían aumentado la lista de los desaparecidos.”<sup>31</sup>

González además destacó que las desapariciones cesaron abruptamente dentro del mes de la visita de la comisión. Es reconfortante pensar también en la gran cantidad de vidas que fueron salvadas así por la obra de la Co-

---

<sup>30</sup> Goldman, 2009, pp. 873.

<sup>31</sup> González, 2009, pp. 108 (Traducción no oficial).

misión<sup>32</sup>. Después de la visita y el reestablecimiento de la democracia en Argentina, el país se ha mostrado agradecido a la Comisión al realizar una gran cantidad de trabajo conjunto y al defenderla ante los intentos de otros países de debilitarla<sup>33</sup>.

Años después, en 1992 la CIDH volvió a ocuparse del juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos en la Argentina al considerar que los indultos concedidos a quienes habían cometido graves crímenes eran inconvencionales por impedir a las víctimas el acceso a la justicia y consagrar la impunidad<sup>34</sup>.

#### *b) La actuación en Perú (1989-2000)*

En los años 80 y 90, Perú también sufrió una oleada de violencia relacionada con las actividades de los grupos Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Tupac Amaru y con las violentas respuestas del gobierno contra ellos. La Comisión llevó a cabo una visita *in loco* en 1989 en respuesta a las muchas denuncias que recibía de violaciones de derechos humanos por parte de agentes estatales. Alberto Fujimori asumió la presidencia en 1990 con la intención de derrotar a esos grupos subversivos, pero sus estrategias brutales contaron con su complicidad y la de su gobierno, con claras violaciones de derechos humanos.

La administración de Fujimori autorizó más visitas *in loco* en 1991, 1992 y 1993, pero no hizo caso a las recomendaciones de la Comisión e intentó ignorar o negar los alegatos de infracciones. Para presionar al gobierno, la CIDH comenzó a presentar casos a la Corte Interamericana para ser allí juzgados. “En respuesta, Perú encabezó –sin éxito– varias iniciati-

<sup>32</sup> Goldman, 2009, pp. 874.

<sup>33</sup> Esta buena relación entre Argentina y la CIDH experimentó varios años después cierta tensión por el controvertido caso Maldonado. En 2017 Santiago Maldonado, nacido en la Provincia de Buenos Aires, desapareció luego de un enfrentamiento entre la Gendarmería Nacional de Argentina y un grupo de indígenas Mapuches con quien Maldonado protestaba en Chubut. El gobierno argentino se mostró en desacuerdo con lo que consideró una evaluación prematura por parte de la CIDH cuando esta insinuó que era un caso de desaparición forzada mientras la investigación aún estaba en curso. Finalmente, se probó que Maldonado había muerto ahogado al intentar cruzar un río. Preocupaciones relacionadas con este caso, particularmente en referencia al principio de subsidiariedad, se extendieron hasta 2019, como se verá más adelante.

<sup>34</sup> El Informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala la incompatibilidad de las leyes 23.492 y 23.521 y los indultos presidenciales con las obligaciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH.).

vas... supuestamente para ‘fortalecer’ el sistema de derechos humanos de la región, pero cuyo verdadero propósito era reducir drásticamente (...) las facultades de supervisión de la Comisión.”<sup>35</sup>

La CIDH logró obtener de Perú una invitación para realizar otra visita *in loco* en 1998. Esa expedición incluyó una entrevista personal entre la Comisión y Fujimori. Al año siguiente, el gobierno, ya muy cuestionado, puso en marcha el proceso para abandonar el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH. Como resultado de la visita de 1998, en el año 2000 se publicó un informe<sup>36</sup>, con datos aplastantes sobre la situación de derechos humanos en Perú. Se publicó justo antes que una asamblea general de la OEA, lo que fue una medida estratégica de la CIDH para aumentar la publicidad y la atención que obtendría. Además de revelar la violación sistemática de los derechos humanos por parte del gobierno peruano, el informe demostró la capacidad de la Comisión de ejercer un cierto poder político, ya que la reacción por parte de la OEA al informe “seguramente influyó en la decisión de Fujimori de renunciar a la presidencia en desgracia varios meses después de [su] publicación.”<sup>37</sup>

### *c) La situación de Colombia - Década de los 1990*

Mientras en muchos Estados de la OEA, la década de los 90 dio lugar a ciertos progresos en el área de derechos humanos, en Colombia la situación se complicó debido a la creciente violencia cometida por actores no estatales, grupos paramilitares y agentes estatales. Después de unas rondas de negociación en cuanto a fijar una fecha, la Comisión logró realizar una visita *in loco* entre el cuatro y el ocho de mayo de 1992. Como era típico, la Comisión se reunió con muchos individuos y organizaciones no gubernamentales para registrar sus testimonios en cuanto a abusos tales como el desplazamiento interno forzado, así como “asesinatos, torturas y desapariciones forzadas de dirigentes sindicales, periodistas, profesionales y activistas de derechos humanos [e] informes de la práctica de ‘limpieza social,’ donde se asesinan a prostitutas, niños de la calle, vagabundos, mendigos, y homosexuales.”<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Goldman, 2009, pp. 877 (Traducción no oficial).

<sup>36</sup> OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev. June 2, 2000.

<sup>37</sup> Goldman, 2009, pp. 878 (Traducción no oficial).

<sup>38</sup> The On-Site Visits of The IACHR to Colombia 1990-1992 (Traducción no oficial).

A pesar de que la CIDH calificó como grave la situación de derechos humanos en Colombia en los 1990, los gobiernos colombianos de esta época cooperaban en gran medida con la Comisión, permitiéndole influir en sus políticas. Según Goldman, en esa década, el Estado aprobó legislación que facilitó el pago de reparaciones a las víctimas de infracciones de derechos humanos y la Corte Constitucional de Colombia tomó varias medidas para asegurar que la ley colombiana reflejara sus compromisos bajo la CADH<sup>39</sup>. El gobierno de Colombia permitió otra visita *in loco* en el año 1997 que ayudó a la Comisión a emitir un informe extensivo sobre las condiciones de derechos humanos en el país. Además de señalar su potencial para influir en la política, la obra de la Comisión en Colombia en los 1990 también demostró que la CIDH podría emplear con éxito medidas cautelares. “Mientras no siempre efectivas, estas medidas, sin duda, ayudaron a salvar las vidas de innumerables personas,”<sup>40</sup> de la trágica violencia que sufrió Colombia en esa década.

*d) El caso de Trinidad & Tobago – La denuncia de la CADH en 1998*

Perú no era el único país que se enfrentó con el Sistema Interamericano a fines del siglo veinte. Trinidad & Tobago declaró en 1998 su intención de denunciar la CADH. Este paso drástico fue el resultado de una disputa entre el Estado caribeño y el Sistema Interamericano en cuanto a la pena capital.

A Trinidad & Tobago se le obligaba esperar para ejecutar a unos prisioneros condenados a la muerte hasta que la Comisión podría dictar una resolución sobre las peticiones hechas a favor de los prisioneros que alegaban que sus derechos humanos habían sido violados durante su encarcelamiento. En 1993, un fallo del Consejo Privado Británico había delimitado un plazo de cinco años para la ejecución de prisioneros condenados a la muerte en Trinidad & Tobago y determinó que si no fueron ejecutados entre este plazo, se conmutarían automáticamente sus sentencias capitales a favor de cadena perpetua. Considerando que durante la espera de la decisión de la Comisión podría vencer el plazo de cinco años, Trinidad y Tobago alegó que la Convención Americana infringía su soberanía por no permitirle aplicar la pena capital a estos prisioneros, entre ellos líderes notorios de pandillas.

<sup>39</sup> Goldman, 2009, pp. 877.

<sup>40</sup> Goldman, 2009, pp. 876 (Traducción no oficial).

A diferencia de Perú, cuyo intento de retirarse no incluía la renuncia a la CADH, el intento de Trinidad & Tobago fue efectivo y entró en vigencia oficialmente en 1999. Como consecuencia de esta disputa, varias personas fueron ejecutadas en directa desobediencia a las órdenes de la Corte IDH y los ciudadanos de Trinidad & Tobago perdieron el derecho de tener audiencia ante aquel tribunal. Según Natasha Parassram Concepcion, “los trinitarios ahora pueden confiar únicamente en la interpretación y aplicación de la CIDH de los limitados derechos garantizados en la Declaración Americana,” y tal precedente constituye una amenaza a la influencia del Sistema Interamericano en la región del caribe<sup>41</sup>.

#### *e) Los casos llevados ante la Corte IDH*

En esta segunda etapa tuvieron lugar los primeros casos que la CIDH presentó ante la Corte IDH.

Antes de la primera demanda de la CIDH, tuvo lugar un curioso caso denominado “asunto Viviana Gallardo”<sup>42</sup> o “Costa Rica c. Costa Rica”, en la que este Estado pretendió acudir directamente ante los estrados de la Corte IDH, sin la intervención previa de la CIDH<sup>43</sup>. El gobierno de Costa Rica solicitó a la Corte que determine si había violado los derechos humanos de Viviana Gallardo, una joven que fue asesinada en prisión por un policía luego de haber sido detenida durante un tiroteo en el que un oficial resultó asesinado. A diferencia del procedimiento usual, el gobierno de Costa Rica presentó su caso directamente ante la Corte. En una crónica sobre los primeros años del tribunal, el juez de la Corte IDH Thomas Buergenthal relata las causas de la decisión del gobierno costarricense:

“[L]os hechos provocaron gran consternación en Costa Rica, país orgulloso, con justa razón, de ser una democracia comprometida con el estado de derecho y con los derechos humanos. El presidente de Costa Rica, que poco antes había participado en la inauguración de la Corte

---

<sup>41</sup> Parassram Concepcion, 2001, pp. 890 (Traducción no oficial).

<sup>42</sup> Corte IDH, “Asunto de Viviana Gallardo y otras”, decisión del 13 de noviembre de 1981, Serie A, No. 101.

<sup>43</sup> Así, Buergenthal afirma: “no tuvimos más opción que rechazar nuestro primer caso contencioso, si es que podía describirse como caso contencioso propiamente dicho” (Buergenthal, 2004, pp. 16 y 17).

Interamericana, temía que su país perdería su buena reputación internacional y decidió que lo mejor sería remitir el caso a la Corte”<sup>44</sup>.

La Corte rechazó el caso por la imposibilidad de eludir el procedimiento ante la Comisión con la sola renuncia unilateral del Estado involucrado. Para arribar a esa conclusión, la Corte elaboró sobre el papel que, dentro del sistema de la Convención, corresponde a la Comisión como órgano preparatorio o previo de la función jurisdiccional de la Corte, y se interroga en especial sobre si ese papel ha sido concebido en interés exclusivo de los Estados. Sostiene que, *inter alia*, la Comisión: a) tiene una función investigadora de los hechos denunciados como violación de los derechos humanos; b) es el órgano competente para recibir denuncias individuales, es decir, ante el cual pueden concurrir directamente las víctimas y otras personas señaladas en el artículo 44 de la Convención para presentar sus quejas y denuncias, por lo que constituye el canal a través del cual el individuo puede dar por sí solo el impulso inicial necesario para que se ponga en marcha el sistema de protección; c) tiene una función conciliatoria, ya que le corresponde procurar soluciones amistosas y formular recomendaciones para remediar los hechos que examina, y por lo tanto si se niega a los individuos el procedimiento ante la Comisión, se los privaría del importante derecho de negociar y aceptar una solución amistosa<sup>45</sup>. La Corte concluye, pues, que:

“[E]l procedimiento ante la Comisión no ha sido concebido en interés exclusivo del Estado, sino que permite el ejercicio de importantes derechos individuales, muy especialmente a las víctimas. Sin poner en duda la buena intención del Gobierno al someter este asunto a la Corte, lo expuesto lleva a concluir que la omisión del procedimiento ante la Comisión, en casos del presente género, no puede cumplirse sin menoscabar la integridad institucional del sistema de protección consagrado en la Convención. Dicho procedimiento no es pues renunciable o excusable, a menos que quede claramente establecido que su omisión, en una especie determinada, no compromete las funciones que la Convención asigna a la Comisión (...). En el presente caso está lejos de ser demostrada esa situación excepcional, por lo cual la manifestación del Gobierno de renunciar a la aplicación de la regla contenida en el artículo 61.2 carece de fuerza necesaria para obviar el procedimiento

<sup>44</sup> Buergenthal, 2004, pp. 16 y 17.

<sup>45</sup> Corte IDH, “Asunto de Viviana Gallardo y otras” (op. cit.), párrs. 21-24.

ante la Comisión, lo cual basta, por sí solo, para no admitir la presente demanda<sup>46</sup>.”

Así, la Corte decide unánimemente no admitir la demanda introducida por el gobierno costarricense, y tramitar la solicitud subsidiaria de remitir el asunto a la Comisión<sup>47</sup>. La familia de la víctima no prosiguió con el caso ante la Comisión, por lo que se puso fin al procedimiento y la Corte nunca llegó a tratar el fondo del asunto<sup>48</sup>.

Los primeros casos contenciosos planteados por la CIDH ante la Corte IDH tuvieron lugar recién en 1986. Son los llamados casos hondureños sobre la desaparición forzada de personas<sup>49</sup>, que dieron lugar a las primeras sentencias del tribunal regional.

Entre 1979 y 2009, la CIDH elevó 176 casos contenciosos ante la Corte IDH<sup>50</sup>, lo que representa menos del 1% de las denuncias presentadas ante ella<sup>51</sup>. En la práctica, la CIDH actuó como un filtro para la actividad de la Corte IDH, lo que impidió que ella se viera desbordada por un gran número de causas como ocurrió con la Corte Europea de Derechos Humanos.

La OC 15/97 de la Corte IDH estuvo referida a los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, el 11 de noviembre de 1996 la República de Chile sometió una solicitud de opinión consultiva ante la Corte acerca de los informes a los que se hace referencia en la Convención Americana en los arts. 50 y 51, en particular la primer consulta apuntaba a saber si una vez que se notifican como definitivos existía la posibilidad de modificarlos sustancialmente y la de emitir un nuevo informe; por otro lado, la segunda pregunta apuntaba al caso en que la Comisión no estuviera facultada para realizar la modificación, dudando sobre cuál de los informes debía ser considerado válido. Agregó además que en opinión del

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*, párr. 25.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, puntos resolutorios 1 y 2.

<sup>48</sup> Cfr. Gisela Ferrari, “Primera etapa (1979-1986): El nacimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía (Directores), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, Ed. La Ley, Bs. As., 2018, Cap. II.

<sup>49</sup> Los casos “Godínez Cruz v. Honduras”, “Fairén Garbí y Solís Corrales v. Honduras” y “Velásquez Rodríguez v. Honduras”, analizados *infra*.

<sup>50</sup> Para un análisis en profundidad de las principales líneas jurisprudenciales de la Corte IDH en este período, remitimos a: Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía (Directores), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, Ed. La Ley, Bs. As., 2018.

<sup>51</sup> Cfr. los gráficos del Anexo Estadístico de este artículo.

Gobierno de Chile, la posibilidad de revisar y enmendar un informe final ya adoptado por la Comisión, no está contemplada en los artículos 50 y 51 de la Convención, ni tampoco podría inferirse de su texto. Por el contrario, consideraba que tal proceder constituye un serio atentado a la necesaria seguridad jurídica que el sistema requiere.

Un suceso interesante se dio el 13 de marzo de 1997, la Comisión Interamericana presentó a la Corte copia de una carta del agente al Presidente de la Comisión, en la cual se informaba que Chile había decidido retirar la solicitud de opinión consultiva en el presente proceso, no obstante lo cual la Corte entendió que debía responder la Consulta. En relación con la posibilidad de modificar los informes, el tribunal regional reconoció que aun cuando la Convención no prevé la posibilidad de que la Comisión modifique su informe al que hace referencia el artículo 51, ésta tampoco lo prohíbe; sin embargo, una interpretación que otorgara a la Comisión el derecho de modificar su informe por cualquier causa y en cualquier momento dejaría al Estado interesado en una situación de inseguridad respecto a las recomendaciones y conclusiones contenidas en el informe emitido por la Comisión en cumplimiento del artículo 51 de la Convención. Asimismo, la Corte no podía desconocer que hay supuestos excepcionales que harían admisible que la Comisión procediera a hacer una modificación del citado informe. Uno de ellos sería el cumplimiento parcial o total de las recomendaciones y conclusiones contenidas en ese informe. Otro sería la existencia en el informe de errores materiales sobre los hechos del caso.

Finalmente, otra hipótesis sería el descubrimiento de hechos que no fueron conocidos en el momento de emitirse el informe y que tuvieran una influencia decisiva en el contenido del mismo. Afirmó la Corte que en cualquiera de los casos la modificación sólo podrá ser solicitada por los peticionarios o el Estado y que esta solicitud de modificación sólo podría promoverse antes de la publicación del propio informe, dentro de un plazo razonable contado a partir de su notificación. A dichas partes se les otorgaría la oportunidad de debatir sobre los hechos o errores que motivaron su petición, de acuerdo con el principio de equidad procesal. Al concluir con la opinión, la Corte determinó que la Comisión, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no estaba facultada para modificar las opiniones, conclusiones y recomendaciones transmitidas a un Estado Miembro, salvo en los supuestos excepcionales señalados con anterioridad, y que en ninguna



de las hipótesis antes señaladas la Comisión se encontraría facultada para emitir un tercer informe, lo cual no está contemplado en la Convención.

*f) Balance*

En estos treinta años la CIDH experimentó muchos cambios, algunos logros y también fracasos. Como ya mencionamos, la Comisión tuvo que adaptarse a la entrada en vigencia de la CADH, el inicio de la Corte IDH y a la gradual transición de los países americanos de dictaduras a democracias. Estos cambios transformaron radicalmente el método en que la Comisión contribuía al sistema de casos y peticiones.

Como se ve en los compromisos de la Comisión con Argentina y Perú, las herramientas más típicas de la Comisión, los Informes de País y las visitas *in loco*, continuaban siendo formas confiables para que la comisión cumpla con su mandato. Sin embargo, los desafíos de Perú y Trinidad & Tobago a la autoridad de la comisión se convertirían en un presagio preciso de las adversidades a nivel institucional que definirían la siguiente década.

***C) 3° etapa 2009 – 2019***

En los últimos diez años, las actividades de promoción, protección y resolución de consultas se intensificaron. Por ejemplo, la Comisión llevó a cabo una visita *in loco* en México en 2011 para evaluar el peligro que enfrentaban los migrantes y luego lanzó un informe sobre el tema y lo siguió con una visita a EEUU en 2014 con fines similares. Los comisionados llevaron a cabo muchas visitas más, incluso varias a Guatemala y Colombia y también se verificó un fuerte aumento en la cantidad de informes publicados acerca de los derechos humanos de las mujeres. También se destaca la intervención de la Comisión tras la desaparición de 43 estudiantes en Guerrero, México, en 2014. No obstante, los acontecimientos más destacados de la última década tuvieron poco que ver con la obra de la Comisión misma y estuvieron relacionados con varios cuestionamiento, cambios y crisis institucionales. Esta turbulencia no solo distrajo de sus funciones específicas a la CIDH, sino que también representó una amenaza verdadera al futuro de ella.

*a) Polémica sobre los derechos de pueblos indígenas en Brasil (2011)*

Uno de las acciones más controvertidas de la Comisión durante esta etapa era la emisión de medidas cautelares que instaron a Brasil a suspender la construcción de la represa y planta hidroeléctrica de Belo Monte debido a la preocupación por los derechos de los pueblos indígenas en la región. La Comisión había recibido una petición en 2010 que advertía del daño que el proyecto podría causar al medioambiente de la región, lo cual amenazaría a las poblaciones indígenas (incluso a algunas que se encontraban todavía en aislamiento voluntaria) con inundaciones, exposición a enfermedades desconocidas por parte de los trabajadores de la planta, desestabilización del suministro de peces y otras consecuencias negativas. Cuando en abril de 2011 la CIDH emitió la medida cautelar para pedir que el gobierno frene sus planes para primero consultar con las comunidades indígenas, el gobierno de Brasil respondió con indignación.

El gobierno afirmó que había actuado responsablemente y que había cumplido con las consultas necesarias para avanzar con el proyecto de manera lícita. Un senador brasileño calificó a la medida como una amenaza absurda para la soberanía de Brasil<sup>52</sup>. La entonces presidenta de Brasil, Dilma Rousseff expresó su disgusto con la Comisión y ordenó a su embajador ante la OEA que se quedara en Brasil en lugar de viajar a Washington D.C. para participar en reuniones con la OEA. Ella también amenazó suspender la contribución anual de Brasil a la CIDH, un valor aproximado de 800.000 dólares norteamericanos.

La Comisión pareció retroceder tras las duras críticas y amenazas de Brasil y en su período de sesiones de julio de 2011 decidió “modific(ar) el objeto de la medida.”<sup>53</sup> La versión modificada ya no exigía la suspensión del proyecto y en cambio solo pidió que el gobierno adopte medidas propias para la protección de las poblaciones indígenas de la región. Varias organizaciones de la sociedad civil argumentan que estas condiciones aún no se han cumplido. La CIDH retomó el caso nuevamente en 2016<sup>54</sup> y

<sup>52</sup> “Brazil Breaks Relations with Human Rights Commission over Belo Monte Dam”, 3 de mayo de 2011, Latin America News Dispatch accedido por <https://latindispatch.com/2011/05/03/brazil-breaks-relations-with-human-rights-commission-over-belo-monte-dam/>

<sup>53</sup> CIDH MC No. 382/10 Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>

<sup>54</sup> “IACHR Opens Case Against Brazil for Human Rights Violations Related to Belo Monte Dam”, 7 de enero de 2016, Amazon Watch, accedido por <https://amazonwatch.org/news/2016/01/07-iachr->

comentó acerca de las violaciones que resultaron del proyecto Belo Monte luego de una visita *in loco* en 2018<sup>55</sup>. Sin embargo, la reacción de Brasil a la medida cautelar original demostró una cierta debilidad de la Comisión, a la que la presa, ya terminada, es un buen reflejo.

*b) El cuestionamiento de la CIDH (2011-2013)*

Se puede decir que la debacle de Belo Monte dejó a la Comisión algo vulnerable y que contribuyó a su próxima crisis. En 2011, el Consejo Permanente de la OEA estableció un grupo de trabajo para evaluar el desempeño de la CIDH con el fin de hacer las recomendaciones necesarias para fortalecerla. Surgió un debate largo y serio acerca de las funciones y autoridades de la Comisión. Algunos países, como Venezuela, Nicaragua, Bolivia y Ecuador, adoptaron una postura crítica acerca de la actuación de la CIDH. En una estrategia similar al intento del gobierno de Fujimori de debilitar a la CIDH, este bloque de países, por medio del grupo de trabajo y otros métodos, propuso varias reformas para limitar a la CIDH, disfrazándolas como medidas de fortalecimiento. Francisco J. Rivera Juaristi identificó como raíz de este ataque a la CIDH las “preocupaciones sobre la universalidad y la mutualidad de obligaciones dentro del sistema interamericano,” declarando que la hostilidad hacia la CIDH fue “alimentado (...) por el deseo de limitar la influencia de los EEUU sobre el sistema y por el resentimiento contra el excepcionalismo de los EEUU,”<sup>56</sup> país donde se está la sede de la Comisión pero que no ha ratificado la Convención Americana.

Del otro lado de la disputa, estaban los EEUU, varios otros Estados, la mayoría de las organizaciones de la sociedad civil y la propia CIDH, quien respondió a las recomendaciones del grupo de trabajo oficialmente en 2012 en una carta dirigida al Consejo Permanente de la OEA<sup>57</sup>. Si bien la CIDH validó las inquietudes sobre la universalidad de la Convención Americana y prometió publicar un informe sobre el tema, rechazó los cambios pro-

---

[opens-case-against-brazil-for-human-rights-violations-related-to-belo-monte-dam](https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2018/238.asp)

<sup>55</sup> CIDH Comunicado de prensa No. 238/18, CIDH culmina visita a Brasil accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2018/238.asp>

<sup>56</sup> Rivera Juaristi, 2013, pp. 1, 3 (Traducción no oficial).

<sup>57</sup> Reform Process – 2012 accedido por <http://www.oas.org/en/iachr/strengthening/docs/respcpEN.pdf>

puestos que habrían limitado su capacidad para emitir medidas cautelares, acabado con el informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión al combinarlo con el informe de los otros relatores y abolido el uso del cuarto capítulo de cada informe anual de la CIDH para exponer las violaciones de los derechos humanos de los países que más hayan incumplido sus obligaciones internacionales.

En marzo de 2013, la OEA llegó a aprobar un documento controvertido. Los cambios más perjudiciales para las funciones de la CIDH no se adoptaron, pero el bloque de países contrarios logró obtener la inclusión de lenguaje que deja abierta la puerta para entrar en más negociaciones similares en el futuro. “El sentimiento entre los grupos de la sociedad civil y otros (...) parecía ser de alivio porque el resultado no fue tan perjudicial como podría haber sido, junto con la decepción de que la lucha para defender el sistema interamericano tendrá que continuar”<sup>58</sup>.

### *c) La crisis financiera de 2016*

Otra limitación que logró evitar la Comisión en el así llamado “proceso de fortalecimiento” era una propuesta de reducir su financiación. Aún así, pocos años después, la CIDH cayó en una profunda crisis financiera. El 23 de mayo de 2016 salió desde la sede de la Comisión un comunicado que anunció que los graves problemas financieros habían provocado la suspensión de las visitas *in loco* y de los períodos de sesiones planificados para el año. Además, lamentó que la situación amenazara con forzar a la Comisión a despedir al 40% de su personal porque no podía renovar sus contratos. La CIDH hizo un desesperado pedido de donaciones, diagnosticando que sin una afluencia de capital, sería “inevitable que el retraso procesal que se estaba intentando reducir vuelva a aumentar y llegue a un punto incompatible con el derecho de acceso a la justicia.”<sup>59</sup>

Afortunadamente para la Comisión y para el futuro del SIDH, la comunidad internacional respondió con entusiasmo al pedido de ayuda formu-

<sup>58</sup> “Oas Concludes Formal Inter-American Human Rights ‘Strengthening’ Process, but Dialogue Continues on Contentious Reforms”, 24 de marzo de 2013, *International Justice Resource Center*, accedido por <https://ijrcenter.org/2013/03/24/oas-concludes-formal-inter-american-human-rights-strengthening-process-but-dialogue-continues-on-contentious-reforms/> (Traducción no oficial)

<sup>59</sup> CIDH Comunicado de prensa No. 069/16, accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2016/069.asp>

lado por la CIDH. A principios de junio, Chile financió un periodo de sesiones de emergencia que dio a la CIDH la oportunidad de paliar momentáneamente la crisis. Posteriormente, la CIDH emitió otro comunicado en el que renovó el pedido de donaciones e instó a la OEA, que celebraría a la semana siguiente su Asamblea General, a que la asistiera financieramente. Este pedido logró captar la atención internacional y la Comisión empezó a recibir muchas donaciones. El 28 de julio de 2016 la CIDH avisó que había recibido suficiente para extender los contratos de sus empleados, pero que todavía no iba a poder financiar las visitas planeados para el año y el periodo de sesiones que había sido programado para la segunda mitad del año.

Un nuevo pedido a principios de septiembre tuvo acogida favorable y el día 30 de ese mes la Comisión anunció que la crisis se había superado. El entonces presidente de la Comisión dijo lo siguiente en referencia a los muchos donantes, entre ellos los Estados miembros de la OEA, Estados de Europa, y organizaciones no gubernamentales: “El anuncio de la crisis generó una movilización de recursos con una rapidez que no es usual para los tiempos que necesita la cooperación internacional. Esto demuestra que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuenta con una legitimidad institucional extraordinaria.”<sup>60</sup> Como previamente mencionamos, la Argentina había demostrado su apoyo a la Comisión desde su intervención en la época de la guerra sucia y en el año 2016 fue uno de los principales donantes ya que proveyó una donación de 400.000 dólares norteamericanos y financió un periodo de sesiones extraordinario. A pesar de superar exitosamente esta crisis concreta, las autoridades de la CIDH advirtieron que el futuro financiero de la CIDH no sería estable sin un cambio a nivel de la OEA que aumente el pequeño presupuesto atribuido a ella.

El año 2017 trajo noticias esperanzadoras para la Comisión. La Asamblea General de la OEA, aparentemente en reacción a la anterior crisis financiera, analizó los problemas presupuestarios y estructurales de la CIDH y manifestó su intención de duplicar el presupuesto de la Comisión para el año 2021. En 2018, el primer año de aumentos, la OEA asignó a la CIDH 7.505.200 dólares norteamericanos, lo que significó un aumento de 1.862.200 dólares, un 32% respecto del presupuesto del año anterior de 5.643.000. Sin embargo, la Comisión destacó recientemente que las con-

---

<sup>60</sup> CIDH Comunicado de prensa No. 145/16, accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2016/145.asp>

tribuciones de los Estados miembros en 2018 disminuyeron considerablemente, lo que le impidió aprovechar el aumento del aporte de la OEA<sup>61, 62</sup>.

En lo que hace a su organización interna, la CIDH incorporó dos nuevas secretarías destinadas a aligerar la carga de trabajo procesal. El informe anual de la Comisión de 2017 describe así los papeles de las nuevas unidades:

“[Una] Secretaría Ejecutiva... para el Sistema de Casos, Peticiones y Medidas Cautelares, la cual se enfoca a priorizar el sistema de peticiones y casos y medidas cautelares, [y una] Secretaría Ejecutiva Adjunta para Monitoreo, Promoción y Cooperación Técnica en Derechos Humanos la cuál integrará las actividades de monitoreo de temas prioritarios con el monitoreo de países y los ejes transversales del Plan Estratégico”<sup>63</sup>.

La comisión afirmó que en 2017 pudo trabajar a una tasa históricamente eficiente y atribuyó gran parte de este éxito a la implementación de la nueva estructura<sup>64</sup>.

#### *d) Venezuela se retira de la OEA*

En medio del caótico proceso de fortalecimiento antes mencionado, el SIDH sufrió un duro golpe cuando en septiembre de 2012 Venezuela declaró su intención de retirar su reconocimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta acción apareció ser una reacción frente a varias sentencias de la Corte IDH en los años previos que pusieron de manifiesto el tránsito de Venezuela hacia un régimen dictatorial. Los temas tratados en estos casos incluían: “la falta de independencia del poder judicial, la restricción de la libertad de expresión y la persecución de los opositores políticos.”<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> CIDH Comunicado de prensa No. 67/19, accedido por [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/PReleases/2019/067.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2019/067.asp)

<sup>62</sup> Para profundizar en el tema del presupuesto de la CIDH en 2019, se puede referir al siguiente enlace: <http://www.oas.org/budget/2019/Approved%20Budget%202019.pdf>

<sup>63</sup> CIDH Informe Anual 2017, Capítulo VI, Desarrollo Institucional, accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.6-es.pdf>

<sup>64</sup> CIDH Comunicado de prensa No. 45/18, accedido por [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/PReleases/2018/045.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2018/045.asp)

<sup>65</sup> Soley & Steininger, 2018, pp. 16 (Traducción no oficial).

A pesar de los pedidos de la ONU y otros organismos internacionales para que Venezuela reviera su decisión de retirarse de la CADH, ella entró en vigor un año después<sup>66</sup>. Se puede decir que esta acción de rebeldía envalentonó la reacción de la República Dominicana después del fallo de la Corte IDH en 2014 que calificó como violación a los derechos humanos las normas de ese país que no reconocía la ciudadanía de los dominicanos de ascendencia haitiana<sup>67</sup>. Aunque ya no reconocía la autoridad de la Corte, Venezuela tenía que continuar sujeto a la supervisión de la Comisión porque todavía era Estado miembro de la OEA. Sin embargo, el 27 de abril de 2017, la Canciller de Venezuela renunció formalmente la Carta de la OEA y anunció que Venezuela iba a empezar el proceso de retirarse del organismo, lo que se llevaría a cabo en veinticuatro meses.

Si bien sus quejas fueron en su mayoría contra la OEA en general, Venezuela había expresado críticas a la CIDH, las cuales se pueden entender mejor al recordar el papel de este país en los esfuerzos por debilitar a la institución en 2012 y 2013. En ese momento, hubo un intento de acabar con el capítulo IV de los informes anuales de la Comisión, en las cuales Venezuela había sido identificada con regularidad como infractor frecuente de derechos humanos. Los esfuerzos para minimizar el impacto de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión reflejaron el disgusto de Venezuela de haber sido sujeto de varios de sus comunicados. Además, Venezuela criticó fuertemente el hecho de que la sede de la CIDH permaneciera en Washington, D.C. a pesar de que los EEUU no habían ratificado la CADH.

El 9 de abril de 2019, solo semanas antes de que el retiro de Venezuela se hubiera hecho efectivo, la OEA votó por reconocer al enviado de Juan Guaidó como el embajador oficial de Venezuela a la OEA<sup>68</sup>. Con este acto, la OEA despojó al régimen de Maduro de su capacidad para conducir las relaciones entre Venezuela y la OEA. Así, la OEA logró que Venezuela

---

<sup>66</sup> CIDH Comunicado de prensa No. 64/13, accedido por [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/preleases/2013/064.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/preleases/2013/064.asp)

<sup>67</sup> La República Dominicana no cumplió con sus amenazas de retirarse del Sistema Interamericano, pero la tensión que resultó por este enfrentamiento ha causado que el país caribeño respete menos a la institución. Soley y Steninger notaron que “La República Dominicana ha dejado de comparecer ante el Corte IDH y de proporcionar información sobre el cumplimiento de las sentencias.”

Soley & Steninger, 2018, pp 15 (Traducción no oficial).

<sup>68</sup> “OAS recognises Guaidó’s envoy until new Venezuela elections held”, 9 de abril de 2019, *Al Jazeera*, accedido por <https://www.aljazeera.com/news/2019/04/oas-recognises-guaido-envoy-venezuela-elections-held-190409210229113.html>

mantenga su afiliación en la OEA, y como consecuencia, la Comisión podrá pretender mantener sus autoridades respecto de ese país.

La CIDH continúa monitoreando la situación de derechos humanos en Venezuela. En una entrevista publicada electrónicamente en enero de 2019<sup>69</sup>, Paulo Abrão, el Secretario Ejecutivo de la CIDH, indicó que “la Comisión está preparada,” para llevar a cabo una visita *in loco* para evaluar las sospechadas violaciones de derechos humanos en Venezuela. Cuando el entrevistador sugirió que la Asamblea Nacional, controlada por la oposición, posiblemente estaría dispuesta a extender una invitación a la Comisión, Abrão dijo que la CIDH estaría abierta a la invitación, pero que tendría que averiguar la factibilidad de tal visita y considerar si sería seguro o no enviar personal a Venezuela.

#### *e) Expansión de Relatorías y Unidades Temáticas*

Otro cambio estructural que se realizó en la última década fue la expansión del sistema de relatorías y unidades temáticas. Goldman predijo en 2009 que asumiendo que estuvieran debidamente financiados, el trabajo de “estos mecanismos temáticos ... podría aumentar dramáticamente.”<sup>70</sup> En los últimos diez años, se han creado dos relatorías adicionales, una nueva relatoría especial, y tres nuevas unidades temáticas. La recepción de estos cambios ha sido diversa. Algunos los elogian como prueba de progreso en el área de defensa de los derechos humanos mientras otros son más escépticos. Estos últimos argumentan que la Comisión está ejerciendo demasiado protagonismo político al impulsar agendas que no están estrictamente limitadas a los acuerdos vinculantes bajo los cuales opera la CIDH.

En el año 2011, la Comisión creó una unidad temática para los derechos humanos de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex. La otra relatoría desarrollada en la última década es la Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos. Respondiendo a un pedido de la Asamblea General que alentó a proteger a los activistas de derechos humanos de las persecuciones de que pudieran ser víctimas, la CIDH en el año 2001 estableció una unidad temática para atender esta problemática.

---

<sup>69</sup> “CIDH ‘preparada’ para viajar a Venezuela,” 26 de enero de 2019, *VOA Noticias*, accedido por <https://www.voanoticias.com/a/cidh-preparada-para-viajar-a-venezuela-paulo-abrao-voa/4760253.html>

<sup>70</sup> Goldman, 2009, pp. 882 (Traducción no oficial).



La unidad se convirtió en relatoría en el año 2011 “en consideración de las denuncias recibidas y en busca de dar mayor visibilidad a la importancia del rol de las defensoras y los defensores, así como de los operadores de justicia.”<sup>71</sup> La relatoría ha hecho un uso particularmente exitoso del sistema de medidas cautelares. Según CIDH, “alrededor de un tercio de las medidas cautelares otorgadas (...) cada año están destinadas a proteger la vida e integridad de defensores y defensoras.”<sup>72</sup>

En el siglo XXI, ha surgido un deseo de extender los derechos humanos al ámbito del bienestar económico, social, y cultural de las comunidades humanas. En este sentido, la Comisión anunció el 3 de abril de 2014 su intención de crear una relatoría especial para promover los derechos económicos, sociales y culturales en las Américas. Es la segunda relatoría especial que se pone en marcha tras la creación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en los años 90, lo que significa que la unidad está bajo la dirección de un comisionado a tiempo completo. Aparentemente la Comisión también advirtió la relevancia del cuidado del medio ambiente porque en 2017 se modificó el nombre de la relatoría especial que paso a denominarse Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. En 2009 Goldman mencionó<sup>73</sup> entre los desafíos de la Comisión el hecho de que todavía estos derechos no habían sido codificados, pero en 2017 la Corte IDH decidió<sup>74</sup> a favor de la justiciabilidad de estos derechos. La relatoría especial empezó su desempeño oficial el día 15 de agosto de 2017.

El mismo año, nacieron dentro de la CIDH tres nuevas unidades temáticas: la Unidad sobre Memoria, Verdad y Justicia, la Unidad Sobre Personas Mayores y la Unidad sobre personas con Discapacidad. Solo el tiempo dirá si estas unidades también llegarán a ser relatorías oficiales, pero su creación demuestra que en la última década la Comisión ha tomado en serio el eslogan de la OEA: más derechos para más personas.

---

<sup>71</sup> Derechos de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/default.asp>

<sup>72</sup> Funciones e Iniciativas de la Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/mandato/funciones.asp>

<sup>73</sup> Goldman, 2009, pp. 885

<sup>74</sup> CIDH Comunicado de prensa No. 181/17, accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2017/181.asp>

f) *La actuación ante la Corte IDH*

En este período se incrementaron el número de presentaciones ante la CIDH, pasando de 1431 en 2009 a 2567 en 2016. Por otra parte, el número de casos planteados por ella ante la Corte IDH fueron 122 en total, con un promedio de poco de 15 casos por año<sup>75</sup>.

g) *La respuesta de la CIDH a la opresión violenta en Nicaragua*

Las crecientes tensiones políticas en Nicaragua provocaron protestas masivas a partir de abril de 2018. Al principio, las protestas se debieron a lo que se vio como una respuesta débil del gobierno ante un incendio forestal devastador, así como por la oposición a una propuesta de reforma de la seguridad social. Sin embargo, gran parte de las protestas y disturbios posteriores se derivaron de la violenta respuesta del gobierno a las manifestaciones iniciales, en las cuales docenas de personas murieron y docenas más resultaron heridas por la fuerza brutal con que la policía y los grupos paramilitares reprimieron a los manifestantes<sup>76</sup>.

Protestas contra esta violencia surgieron a través del país, con los manifestantes exigiendo una respuesta del gobierno a las muertes, la liberación de activistas estudiantiles detenidos e incluso la renuncia del presidente Daniel Ortega. A pesar de estos esfuerzos, el gobierno de Ortega se mantuvo obstinado y los enfrentamientos violentos continuaron. La Comisión consiguió anuencia para llevar a cabo una visita *in loco*, la cual fue realizada a mediados de mayo de 2018. Las recomendaciones subsiguientes de la CIDH a Nicaragua resultaron en la creación de una estrategia de monitoreo innovadora formada por dos organismos independientes. El Mecanismo Especial de Seguimiento para Nicaragua (MESENI) se encargaría de asegurar el cumplimiento de las recomendaciones, mientras el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) manejaría tareas de investigación. Ambos reportarían a la Comisión y permanecerían en el país por tiempo indefinido.

<sup>75</sup> Para un análisis en profundidad de las principales líneas jurisprudenciales de la Corte IDH en este período, remitimos a: Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía (Directores), *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018*, Ed. La Ley, Bs. As., 2018.

<sup>76</sup> OEA/Ser.L/V/II. Doc. 86, Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Nicaragua2018-es.pdf>

A pesar del monitoreo de la Comisión y el esfuerzo de establecer su presencia permanente a través del MESENI y del GIEI, la situación de derechos humanos en Nicaragua ha empeorado. El derecho a la libertad de expresión se vio comprometido cuando en septiembre de 2018 las manifestaciones contra el gobierno se declararon ilegales y punibles con encarcelamiento<sup>77</sup>. En diciembre de 2018, el gobierno de Ortega expulsó tanto al GIEI como al MESENI, utilizando una retórica similar a la utilizada por Venezuela, acusando a los grupos de no respetar la soberanía nicaragüense y de adherirse a una ideología intervencionista estadounidense<sup>78</sup>. La Secretaría General de la OEA rechazó las expulsiones<sup>79</sup> y los grupos anteriormente mencionados pretenden continuar con su obra desde fuera del país, pero la realidad es que la actuación de la Comisión frente a esta crisis, si bien fue una respuesta sólida e innovadora, finalmente no logró alcanzar su objetivo de monitoreo permanente *in loco*. La CIDH otra vez se mostró impotente ante resistencia dictatorial.

Según cifras del MESENI, actualizados el 18 de abril de 2019, 325 individuales han sido asesinados en conexión con la crisis, entre ellos 24 menores y 21 policías. Más de 700 personas han sido procesadas y asombrosamente 62.000 han huido a otros países<sup>80</sup>.

#### *h) Declaración conjunta de cinco países en abril de 2019*

En abril de 2019, cinco países del SIDH, Chile, Argentina, Brasil, Paraguay y Colombia, emitieron conjuntamente una “Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”<sup>81</sup>, en el que fundamentalmente expresaron su inquietud acerca de la necesidad de que los órganos del SIDH respeten en su actuación el principio de subsidiariedad:

---

<sup>77</sup> CIDH Comunicado de prensa No. 223/18, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/223.asp>

<sup>78</sup> “Nicaragua expulsa misiones internacionales de derechos humanos por ‘injerencistas’,” 19 de diciembre de 2018, *El Heraldo*, accedido por <https://www.elheraldo.hn/mundo/1243754-466/nicaragua-expulsa-misiones-internacionales-de-derechos-humanos-por-injerencistas>

<sup>79</sup> CIDH Comunicado de prensa No. C-082/18, accedido por [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-082/18](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-082/18)

<sup>80</sup> Boletín MESENI, abril 2019, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/actividades/visitas/2018Nicaragua/Boletin-MESENI-Abril2019.pdf>

<sup>81</sup> “Chile y otros cuatro países pidieron reformar la Corte Interamericana de DDHH,” 23 de abril de 2019, *Cooperativa.cl*, accedido por <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/chile-y-otros-cuatro-paises-pidieron-reformar-la-corte-interamericana-de/2019-04-23/122809.html>

Los Estados firmantes, junto a reafirmar su compromiso con la defensa y promoción de los Derechos Humanos en el continente y reconocer al Sistema Democrático y al Estado de Derecho como condiciones fundamentales para que esos derechos puedan ser efectivamente respetados y promovidos en la región y con el ánimo de perfeccionar la operatividad, funcionalidad y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, manifiestan lo siguiente:

1. Subrayan que el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y, por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional.
2. Consideran que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales.
3. Igualmente, consideran que se deben adoptar medidas urgentes para reducir el atraso procesal en el ámbito de la Comisión, así como el principio de economía procesal en el trámite ante la Corte. Asimismo, que se garantice el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal.
4. Destacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano sólo tienen efectos para las partes del litigio.
5. Enfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho.

Esta Declaración conjunta pone de manifiesto alguna inquietud de los países firmantes y otros acerca de una posible extralimitación de los órganos del SIDH en su actuación institucional respecto de lo que ellos han establecido al firmar la CADH.

*i) Balance*

En sus análisis de 2009, González y Goldman identificaron en general casi los mismos problemas que la comisión enfrentaría en los siguientes años. Según estos dos expresidentes de la CIDH, los mayores problemas serían las finanzas de la Comisión y el cumplimiento de los Estados de las decisiones de ella.

Como previamente exploramos, la CIDH es vulnerable al vaivén de su financiación. A pesar de que el aumento de presupuesto es un paso positivo, es probable que la Comisión aún no cuente con fondos suficientes, considerando las crecientes responsabilidades y la carga procesal en la que se encuentra. El otro problema que surge de tener recursos monetarios insuficientes es que no se puede emplear más personal para compensar el volumen de trabajo cada vez mayor de la Comisión.

Adicionalmente, la Comisión ha enfrentado cuestionamiento sobre la ética de su financiación. Aquellos que argumentan que la CIDH está demasiado influenciada por el gobierno de los EEUU debido a la ubicación de su sede en Washington, también señalan que los EEUU se encuentra entre los principales donantes de la CIDH. No hay irregularidades en el hecho de dar y recibir donaciones, pero algunos argumentan que los EEUU y otros donantes influyentes no solo donan sino que dirigen sus contribuciones hacia agendas políticas específicas que desean que la Comisión promueva<sup>82</sup>.

En cuanto al cumplimiento, Goldman señaló que “Los Estados miembros regularmente alegan *res judicata* o prescripción bajo la ley doméstica como una excusa para no cumplir con las órdenes (...) que requieren que se identifiquen, procesen y sancionen a los agentes estatales responsables de violaciones de derechos humanos. Esto a su vez socava la credibilidad y

---

<sup>82</sup> “The Inter-American Commission of Human Rights: Controversy over Headquarters’ Relocation Triggers Doubts over Legitimacy,” 17 de julio de 2017, *Council on Hemispheric Affairs*, accedido por <http://www.coha.org/the-inter-american-commission-of-human-rights-controversy-over-headquarters-relocation-triggers-doubts-over-legitimacy/>

eficacia del sistema”<sup>83</sup>. Aunque la crisis en Venezuela no había empezado cuando lo escribí, esta descripción es apta para encuadrar la situación en aquel país. Los expresidentes destacaron el problema de cumplimiento de sus decisiones, pero la reacción de Venezuela fue aún más allá, llegando al territorio de la rebelión abierta. Se estima que la denuncia de Venezuela de sus compromisos para con los derechos humanos puede tener una influencia mala en el hemisferio porque otros Estados podrían adoptar actitudes similares, como lo han hecho la República Dominicana y Nicaragua.

Sin embargo, la última década tuvo también momentos y desarrollos positivos. El hecho de que la Comisión saliera relativamente ilesa del proceso de fortalecimiento y de la crisis financiera de 2016 demuestran que la mayoría del hemisferio y de la comunidad internacional creen en la importancia de ella. La nueva estructura y la prometida duplicación del presupuesto son indicadores de que la OEA, aunque a veces lenta para actuar, es consciente de las necesidades de la Comisión y que intervendrá para protegerla cuando sea presionada. Por último, la expansión de las rectorías y unidades temáticas muestra que la CIDH es flexible y adaptable, lo que es un buen augurio para cualquier institución.

#### IV. Conclusiones

En sus sesenta años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido, de modo general, una fuerza positiva para el avance de los derechos humanos en las Américas. A pesar de algunas deficiencias institucionales y, en ocasiones, de las reacciones adversas de los Estados miembros, la CIDH ha logrado obtener grandes niveles de respeto y reconocimiento en el hemisferio y en todo el mundo.

Por medio de las herramientas otorgadas a ella, la Comisión ha contribuido positivamente al respeto y la vigencia efectiva de los derechos humanos en varios países americanos, denunciando y poniendo de manifiesto sus fragantes violaciones. Repasamos a lo largo de este trabajo varias exitosas visitas *in loco*, pero ellas constituyen solo una pequeña porción de las visitas llevadas a cabo a lo largo de las décadas. Las demás visitas, junto con las otras medidas y actividades de promoción, protección y consultación de la Comisión, han tenido un efecto significativo para el respeto de los derechos garantizados por la DADDH y la CADH.

---

<sup>83</sup> Goldman, 2009, pp. 884 (Traducción no oficial).

Aunque hay razones para el optimismo, los últimos diez años demostraron las vulnerabilidades de la CIDH. La Comisión debe prestar especial atención a las inquietudes de algunos de los Estados miembros –como las que fueron expresadas en abril de 2019 por este bloque de cinco países sudamericanos– para que pueda contar con el apoyo de los Estados americanos cuando inevitablemente se enfrenta a nuevos retos. Debe respetar celosamente el principio de subsidiariedad en sus dimensiones procesales y sustantivas y limitar su actuación a los límites fijados en los tratados internacionales que le otorgan sus funciones, sin asumir agendas y programas que le son ajenos.

Sin lugar a dudas, tiene que consolidar su estructura institucional, mejorando sustancialmente la dedicación de sus integrantes a las tareas que le son propias. También los Estados y la OEA deben prestar una especial atención al perfil de los comisionados que son designados y al propio procedimiento de designación.

Por otro lado, les incumbe a los Estados americanos, a las personas de buena voluntad y a los gobiernos bienintencionados de todo el mundo que traten de apoyar a la Comisión de los ataques contra su capacidad institucional y frente a las amenazas de futuras crisis financieras.

## **Bibliografía**

- “Brazil Breaks Relations with Human Rights Commission over Belo Monte Dam”, 3 de mayo de 2011, *Latin America News Dispatch*, accedido por <https://latindispatch.com/2011/05/03/brazil-breaks-relations-with-human-rights-commission-over-belo-monte-dam/>
- “Chile y otros cuatro países pidieron reformar la Corte Interamericana de DDHH,” 23 de abril de 2019, *Cooperativa.cl*, accedido por <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/chile-y-otros-cuatro-paises-pidieron-reformar-la-corte-interamericana-de/2019-04-23/122809.html>
- “CIDH ‘preparada’ para viajar a Venezuela,” 26 de enero de 2019, *VOA Noticias*, accedido por <https://www.voanoticias.com/a/cidh-preparada-para-viajar-a-venezuela-paulo-abrao-voa/4760253.html>

- “IACHR Opens Case Against Brazil for Human Rights Violations Related to Belo Monte Dam”, 7 de enero de 2016, *Amazon Watch*, accedido por <https://amazonwatch.org/news/2016/0107-iachr-opens-case-against-brazil-for-human-rights-violations-related-to-belo-monte-dam>
- “Nicaragua expulsa misiones internacionales de derechos humanos por ‘injerencistas’,” 19 de diciembre de 2018, *El Heraldo*, accedido por <https://www.elheraldo.hn/mundo/1243754-466/nicaragua-expulsa-misiones-internacionales-de-derechos-humanos-por-injerencistas>
- “Oas Concludes Formal Inter-American Human Rights ‘Strengthening’ Process, but Dialogue Continues on Contentious Reforms”, 24 de marzo de 2013, *International Justice Resource Center*, accedido por <https://ijrcenter.org/2013/03/24/oas-concludes-formal-inter-american-human-rights-strengthening-process-but-dialogue-continues-on-contentious-reforms/>
- “OAS recognises Guaidó’s envoy until new Venezuela elections held”, 9 de abril de 2019, *Al Jazeera*, accedido por <https://www.aljazeera.com/news/2019/04/oas-recognises-guaido-envoy-venezuela-elections-held-190409210229113.html>
- “The Inter-American Commission of Human Rights: Controversy over Headquarters’ Relocation Triggers Doubts over Legitimacy,” 17 de julio de 2017, Council on Hemispheric Affairs, accedido por <http://www.coha.org/the-inter-american-commission-of-human-rights-controversy-over-headquarters-relocation-triggers-doubts-over-legitimacy/>
- Boletín MESENI, abril 2019, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/actividades/visitas/2018Nicaragua/Boletin-MESENI-Abril2019.pdf>
- Buergenthal, Thomas, 2004, “Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”
- Carta de la Organización de Estados Americanos
- CIDH Comunicado de prensa No. 069/16, accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2016/069.asp>



- CIDH Comunicado de prensa No. 145/16, accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2016/145.asp>
- CIDH Comunicado de prensa No. 15/14, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2014/015.asp>
- CIDH Comunicado de prensa No. 181/17, accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2017/181.asp>
- CIDH Comunicado de prensa No. 223/18, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/223.asp>
- CIDH Comunicado de prensa No. 238/18, CIDH culmina visita a Brasil, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2018/238.asp>
- CIDH Comunicado de prensa No. 45/18, accedido por [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/PReleases/2018/045.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2018/045.asp)
- CIDH Comunicado de prensa No. 64/13, accedido por [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/preleases/2013/064.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/preleases/2013/064.asp)
- CIDH Comunicado de prensa No. 67/19, accedido por [http://www.oas.org/en/iachr/media\\_center/PReleases/2019/067.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2019/067.asp)
- CIDH Comunicado de prensa No. C-082/18, accedido por [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-082/18](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-082/18)
- CIDH Informe 28/92, OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, 12 marzo 1993
- CIDH Informe Anual 2017, Capítulo VI, Desarrollo Institucional, accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA-2017cap.6-es.pdf>
- CIDH MC No. 382/10, Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>
- Convención Interamericana de Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Asunto de Viviana Gallardo y otras”, decisión del 13 de noviembre de 1981, Serie A, No. 101.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Fairén Garbí y

- Solís Corrales Vs. Honduras”, sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C, No. 6.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Godínez Cruz Vs. Honduras”, sentencia 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5.
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4.
  - Derechos de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/default.asp>
  - Estadísticas CIDH accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/multi-media/estadisticas/estadisticas.html>
  - Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
  - Funciones e Iniciativas de la Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/mandato/funciones.asp>
  - Goldman, Robert K., 2009, “History and Action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights”
  - González, Felipe, 2009, “The Experience of the Inter-American Human Rights System *Reports from Regional Human Rights Mechanisms*”
  - La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores accedido por <https://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%205.pdf>
  - Novena Conferencia Internacional Americana, accedido por <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4660/14.pdf>
  - OEA/Ser.L/V/II. Doc. 86, Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua, accedido por <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Nicaragua2018-es.pdf>
  - OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev. junio 2, 2000
  - OEA/Ser.L/V/II.23 doc. 9 (español) Rev. 29 abril 1970
  - Parassram Concepcion, Natasha, 2001, “The Legal Implications of

Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights”

- Reform Process – 2012, accedido por <http://www.oas.org/en/iachr/strengthening//docs/respcpEN.pdf>
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000), accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/2000.Esp.pdf>
- Reglamento de la Comisión sobre el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- Rivera Juaristi, Francisco J., 2013, “U.S. Exceptionalism and the Strengthening Process of the Inter-American Human Rights System”
- Santiago, Alfonso y Bellocchio, Lucía (Directores), 2018, “Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1978-2018”
- Shelton, Dinah, 2015, “The Rules and the Reality of Petition Procedures in the Inter-American Human Rights System”
- Soley, Ximena y Steininger, Silvia, 2018, “Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights”
- The On-Site Visits of The IACHR to Colombia 1990-1992 accedido por <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia93eng/chap.1.htm>

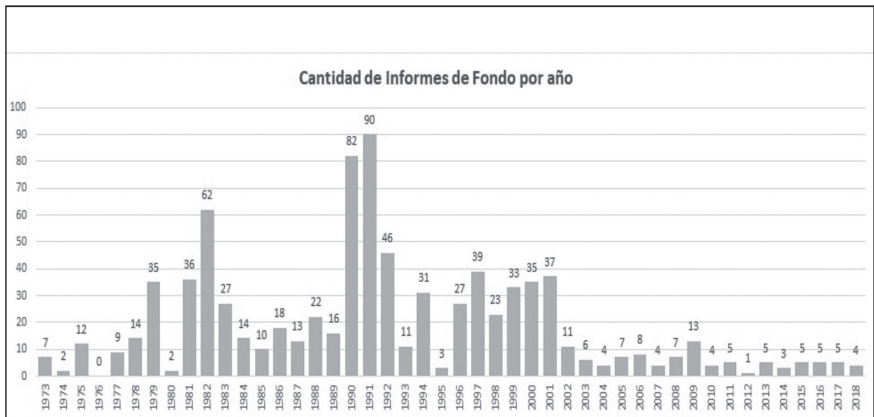
Anexo estadístico

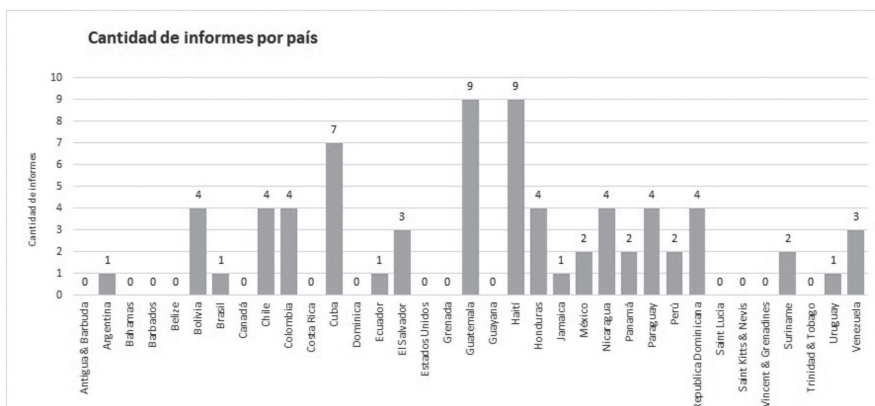
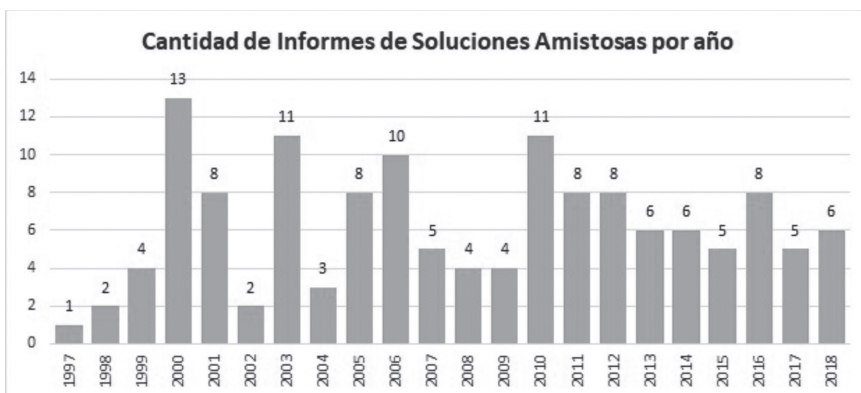


© OpenStreetMap contributors

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Peticiones recibidas	1325	1456	1323	1431	1598	1658	1936	2061	1758	2164	2567
Peticiones pendientes de estudio inicial					6134	7208	8548	9039	9673	5297	
Pet. con decisión de no abrir a trámite	562	880	880	1395	712	789	674	613	1039	876	968
Pet. con decisión de abrir a trámite	147	118	118	120	276	262	137	123	284	208	516
Total de decisiones sobre apertura	709	998	998	1515	988	1051	811	736	1323	1084	1484
Informes de inadmisibilidad	14	14	10	15	10	11	17	9	4	2	2
Informes de admisibilidad	56	51	49	62	73	66	42	44	47	42	43
Peticiones en admisibilidad									1379	1392	1808
Casos en fondo									576	511	525
Informes de fondo publicados	8	4	7	13	4	5	1	3	3	5	5
Informes de solución amistosa	10	5	4	4	11	8	8	6	6	5	8
Peticiones y casos en trámite	1237	1251	1376	1450	1584	1645	1704	1753	1955	1903	2333
Decisiones de archivo	27	10	0	20	55	54	42	38	29	107	77
Casos enviados a la Corte IDH	14	14	9	11	16	23	12	11	19	14	16
Solicitudes de medidas cautelares			301		375	422	448	400	504	674	1061
Medidas cautelares otorgadas	37	40	28	34	68	57	35	26	33	45	42

Accedido por <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>

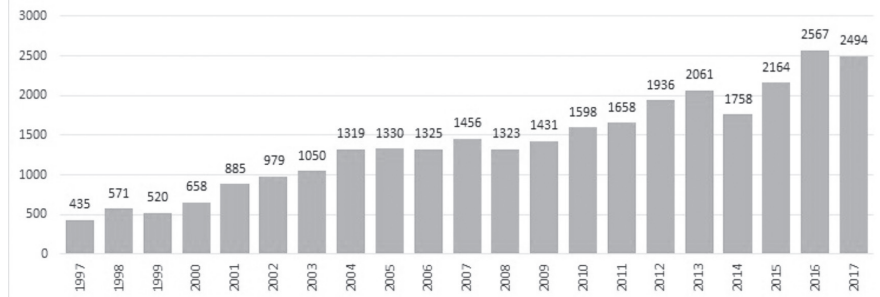


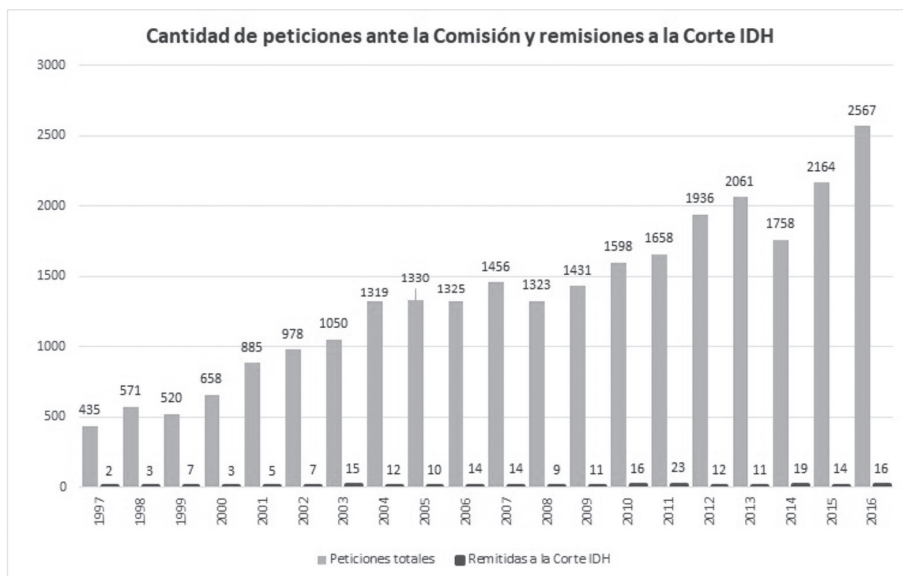
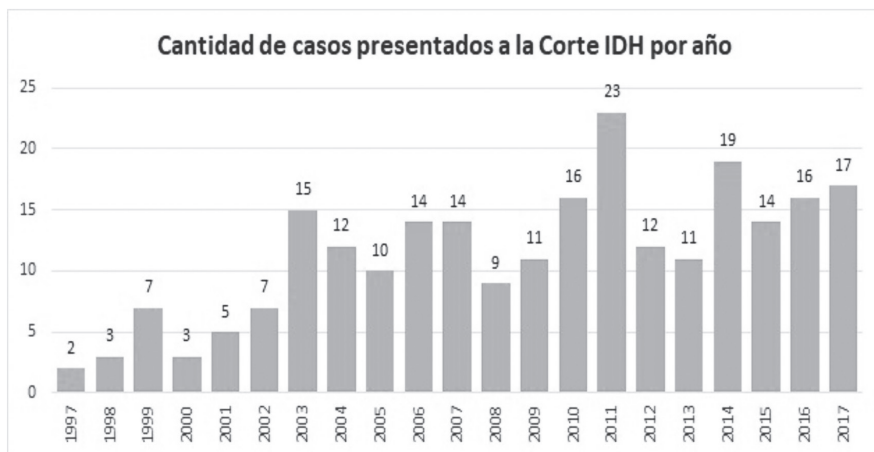


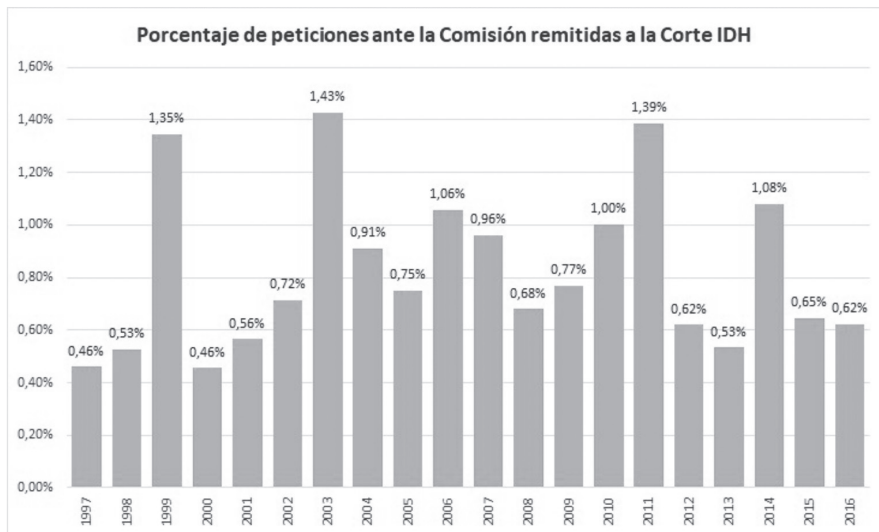
### Cantidad de informes temáticos por tema desde 1998\*



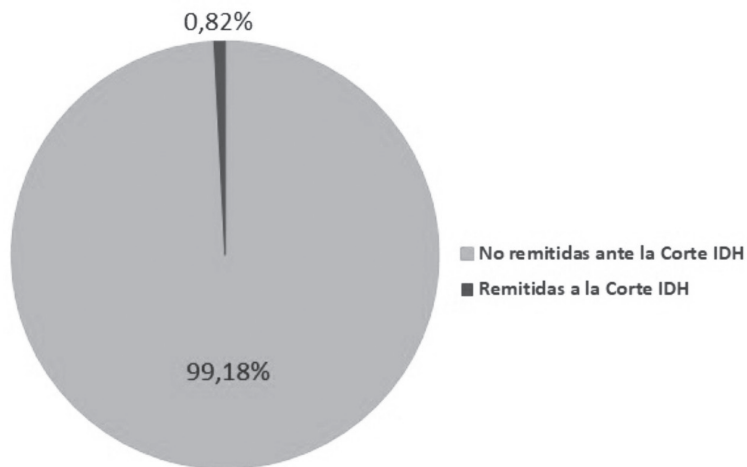
### Cantidad de peticiones recibidas por año







**Porcentaje promedio de peticiones presentadas ante la Comisión remitidas a la Corte IDH**

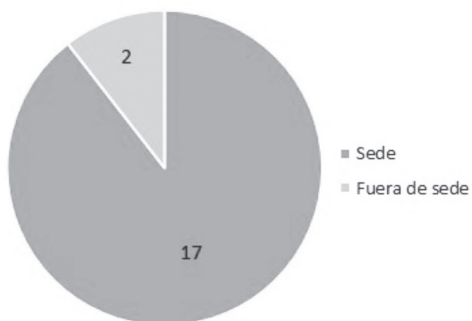


Total de peticiones presentadas ante la Comisión (1997-2016): 27.023

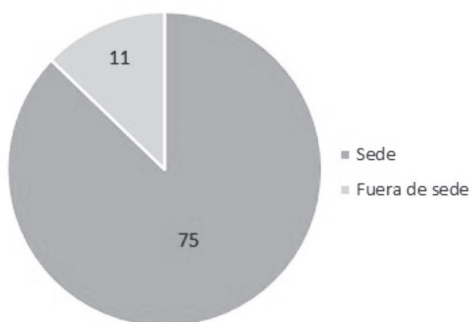


### Ubicación de los Períodos de Sesiones

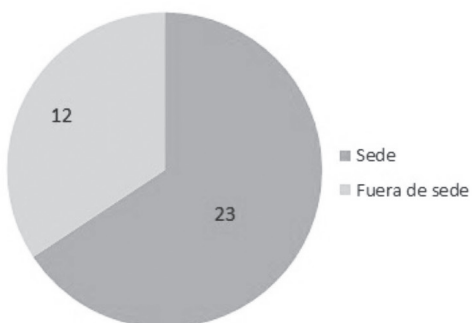
1972 - 1978



1979 - 2009



2010 - HOY



FIRMA Y RATIFICACIÓN CADH						
País	Firma	Ratificación	Depósito	Competencia Corte	Competencia CIDH	Denuncia
Antigua & Barbuda						
Argentina	2/2/1984	14/8/1984		5/9/1984	8/9/1984	
Bahamas						
Barbados	20/6/1978	5/11/1981	27/11/1982	4/6/2000		
Belize						
Bolivia		20/6/1979	19/7/1979	27/7/1993		
Brasil		9/7/1992	25/9/1992	10/12/1998		
Canadá						
Chile	22/11/1969	10/8/1990	21/8/1990	21/8/1990	21/8/1990	
Colombia	22/11/1969	28/5/1973	31/7/1973	21/6/1985	21/6/1985	
Costa Rica	22/11/1969	2/3/1970	8/4/1970	2/7/1980	2/7/1980	
Cuba						
Dominica		3/6/1993	11/6/1993			
Ecuador	22/11/1969	8/12/1977	28/12/1977	24/7/1984	13/8/1984	
El Salvador	22/11/1969	20/6/1978	23/6/1978	6/6/1995		
Estados Unidos	1/6/1977					
Grenada	14/7/1978	14/7/1978	18/7/1978			
Guatemala	22/11/1969	27/4/1978	25/5/1978	9/3/1987		
Guayana						
Haití		14/9/1977	27/9/1977	20/3/1998		
Honduras	22/11/1969	5/9/1977	8/9/1977	20/3/1998		
Jamaica	16/9/1977	19/7/1978	7/8/1978		7/8/1978	
México		2/3/1981	24/3/1981	16/12/1998		
Nicaragua	22/11/1969	25/9/1979	25/9/1979	12/2/1991	6/2/2006	
Panamá	22/11/1969	8/5/1978	22/6/1978	9/5/1990		
Paraguay	22/11/1969	18/8/1989	24/8/1989	11/3/1993		
Perú	27/7/1977	12/7/1978	28/7/1978	21/1/1981	21/1/1981	
Republica Dominicana	7/9/1977	21/1/1978	19/4/1978	25/3/1999		
Saint Lucía						
Saint Kitts & Nevis						
Saint Vincent & Grenadines						
Suriname		12/11/1987	12/11/1987	12/11/1987		
Trinidad & Tobago		3/4/1991	28/5/1991	28/5/1991		26/5/1998
Uruguay	22/11/1969	26/3/1985	19/4/1985	19/4/1985	4/1/1900	
Venezuela	22/11/1969	23/6/1977	9/8/1977	24/6/1981	9/8/1977	9/10/2012

COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN IDH

Año	Presidente	Comisionados
1979	Andrés Aguilar Carlos A. Dunshee de Abranches	Marco Gerardo Monroy Cabra Tom J. Farer Fernando Volio Jiménez Carlos García Bauer Andrés Aguilar Carlos A. Dunshee de Abranches Gabino Fraga
1980	Tom J. Farer Andrés Aguilar	César Sepúlveda Luis Demetrio Tinoco Castro Francisco Bertrand Galindo Marco Gerardo Monroy Cabra Tom J. Farer Andrés Aguilar Carlos A. Dunshee de Abranches
1981	Tom J. Farer	Luis Demetrio Tinoco Castro César Sepúlveda Francisco Bertrand Galindo Marco Gerardo Monroy Cabra Tom J. Farer Andrés Aguilar Carlos A. Dunshee de Abranches
1982	Marco Gerardo Monroy Cabra Tom J. Farer	César Sepúlveda Luis Demetrio Tinoco Castro Francisco Bertrand Galindo Marco Gerardo Monroy Cabra Tom J. Farer Andrés Aguilar Carlos A. Dunshee de Abranches

Año	Presidente	Comisionados
1983	César Sepúlveda Marco Gerardo Monroy Cabra	Luis Demetrio Tinoco Castro César Sepúlveda Francisco Bertrand Galindo Marco Gerardo Monroy Cabra Tom J. Farer Andrés Aguilar Carlos A. Dunshee de Abranches
1984	César Sepúlveda	Gilda Maciel Correa Russomano Luis Adolfo Siles Salinas Bruce McColm Luis Demetrio Tinoco Castro César Sepúlveda Francisco Bertrand Galindo Marco Gerardo Monroy Cabra Andrés Aguilar
1985	Andrés Aguilar César Sepúlveda	Gilda Maciel Correa Russomano Luis Adolfo Siles Salinas Bruce McColm Luis Demetrio Tinoco Castro César Sepúlveda Francisco Bertrand Galindo Marco Gerardo Monroy Cabra Andrés Aguilar
1986	Luis Adolfo Siles Salinas	Oliver H. Jackman Marco Tulio Bruni-Celli Elsa Kelly Gilda Maciel Correa Russomano Luis Adolfo Siles Salinas Bruce McColm Francisco Bertrand Galindo Marco Gerardo Monroy Cabra

Año	Presidente	Comisionados
1987	Gilda Maciel Correa Russomano Luis Adolfo Siles Salinas	Gilda Maciel Correa Russomano Luis Adolfo Siles Salinas Elsa Kelly Marco Tulio Bruni-Celli Oliver H. Jackman Bruce McColm Francisco Bertrand Galindo Marco Gerardo Monroy Cabra
1988	Marco Tulio Bruni-Celli Gilda Maciel Correa Russomano	Marco Tulio Bruni-Celli Gilda Maciel Correa Russomano Patrick Robinson Oliver H. Jackman Leo Valladares Lanza Elsa Kelly John Reese Stevenson Bruce McColm
1989	Oliver H. Jackman Marco Tulio Bruni-Celli	Oliver H. Jackman Marco Tulio Bruni-Celli Patrick Robinson Leo Valladares Lanza Elsa Kelly John Reese Stevenson Gilda Maciel Correa Russomano
1990	Leo Valladares Lanza Oliver H. Jackman	Leo Valladares Lanza Oliver H. Jackman Patrick Robinson Oscar Lújan Fappiano Marco Tulio Bruni-Celli John Reese Stevenson Michael Reisman Gilda Maciel Correa Russomano

Año	Presidente	Comisionados
1991	Patrick Robinson Leo Valladares Lanza	Patrick Robinson Oscar Luján Fappiano Leo Valladares Lanza Michael Reisman Oliver H. Jackman Marco Tulio Bruni-Celli Gilda Maciel Correa Russomano
1992	Marco Tulio Bruni-Celli Patrick Robinson	Marco Tulio Bruni-Celli Patrick Robinson Oliver H. Jackman Leo Valladares Lanza Oscar Luján Fappiano Michael Reisman Alvaro Tirado Mejía
1993	Oscar Luján Fappiano Marco Tulio Bruni-Celli	Oscar Luján Fappiano Marco Tulio Bruni-Celli Patrick Robinson Michael Reisman Alvaro Tirado Mejía Oliver H. Jackman Leo Valladares Lanza
1994	Michael Reisman Oscar Luján Fappiano	Michael Reisman Oscar Luján Fappiano John Donaldson Claudio Grossman Alvaro Tirado Mejía Leo Valladares Lanza Patrick Robinson

Año	Presidente	Comisionados
1995	Alvaro Tirado Mejía Michael Reisman	Alvaro Tirado Mejía Michael Reisman John Donaldson Patrick Robinson Leo Valladares Lanza Claudio Grossman Oscar Luján Fappiano
1996	Claudio Grossman Alvaro Tirado Mejía	Claudio Grossman Alvaro Tirado Mejía Oscar Luján Fappiano John S. Donaldson Carlos Ayala Corao Jean Joseph Exumé Robert K. Goldman
1997	John Donaldson Claudio Grossman	John Donaldson Robert K. Goldman Claudio Grossman Jean Joseph Exumé Carlos Ayala Corao Alvaro Tirado Mejía Oscar Luján Fappiano
1998	Carlos Ayala Corao John Donaldson	Carlos Ayala Corao John Donaldson Robert K. Goldman Hélio Bicudo Claudio Grossman Jean Joseph Exumé Alvaro Tirado Mejía Henry Forde

Año	Presidente	Comisionados
1999	Robert K. Goldman Carlos Ayala Corao	Robert K. Goldman Carlos Ayala Corao Peter Laurie Hélio Bicudo Claudio Grossman Jean Joseph Exumé Carlos Ayala Corao Alvaro Tirado Mejía Henry Forde
2000	Hélio Bicudo Robert K. Goldman	Hélio Bicudo Robert K. Goldman Claudio Grossman Peter Laurie Marta Altolaquirre Larraondo Juan E. Méndez Robert K. Goldman Julio Prado Vallejo
2001	Claudio Grossman Hélio Bicudo	Claudio Grossman Hélio Bicudo José Zalaquett Daher Julio Prado Vallejo Robert K. Goldman Juan E. Méndez Marta Altolaquirre Larraondo Peter Laurie
2002	Juan E. Méndez	Juan E. Méndez Clare K. Roberts Susana Villarán de la Puente José Zalaquett Daher Julio Prado Vallejo Robert K. Goldman Marta Altolaquirre Larraondo Diego García Sayán



Año	Presidente	Comisionados
2003	José Zalaquett Daher Marta Altolaguirre Larraondo Juan E. Méndez	José Zalaquett Daher Marta Altolaguirre Larraondo Juan E. Méndez Clare K. Roberts Susana Villarán de la Puente Julio Prado Vallejo Robert K. Goldman
2004	José Zalaquett Daher	José Zalaquett Daher Susana Villarán de la Puente Evelio Fernández Arévalos Freddy Gutiérrez Trejo Clare K. Roberts Florentín Meléndez Paulo Sérgio Pinheiro
2005	Clare K. Roberts	Clare K. Roberts Evelio Fernández Arévalos Freddy Gutiérrez Trejo Florentín Meléndez Paulo Sérgio Pinheiro
2006	Evelio Fernández Arévalos Clare K. Roberts	Evelio Fernández Arévalos Clare K. Roberts Víctor E. Abramovich Paolo Carroza Florentín Meléndez Freddy Gutiérrez Trejo Paulo Sérgio Pinheiro

Año	Presidente	Comisionados
2007	Florentín Meléndez Evelio Fernández Arévalos	Evelio Fernández Arévalos Freddy Gutiérrez Trejo Clare K. Roberts Florentín Meléndez Víctor E. Abramovich Paolo Carroza Paulo Sérgio Pinheiro
2008	Paolo Carroza Florentín Meléndez	Paolo Carroza Florentín Meléndez Felipe González Paulo Sérgio Pinheiro Luz Patricia Mejía Víctor E. Abramovich Florentín Meléndez Clare K. Roberts
2009	Luz Patricia Mejía Paolo Carroza	Luz Patricia Mejía Paolo Carroza Paulo Sérgio Pinheiro Víctor E. Abramovich Florentín Meléndez Clare K. Roberts Felipe González
2010	Felipe González Luz Patricia Mejía	José de Jesús Orozco Henríquez Felipe González María Silvia Guillén Luz Patricia Mejía Paulo Sérgio Pinheiro Rodrigo Escobar Gil Dinah Shelton

Año	Presidente	Comisionados
2011	Dinah Shelton Felipe González	José de Jesús Orozco Henríquez Felipe González Dinah Shelton Rodrigo Escobar Gil Paulo Sérgio Pinheiro Luz Patricia Mejía María Silvia Guillén
2012	José de Jesús Orozco Henríquez Dinah Shelton	José de Jesús Orozco Henríquez Dinah Shelton Rodrigo Escobar Gil Felipe González Rose-Marie Belle Antoine Tracy Robinson Rosa María Ortiz
2013	José de Jesús Orozco Henríquez	José de Jesús Orozco Henríquez Rosa María Ortiz Tracy Robinson Rose-Marie Belle Antoine Felipe González Dinah Shelton Rodrigo Escobar Gil
2014	Tracy Robinson José de Jesús Orozco Henríquez	José de Jesús Orozco Henríquez Paulo Vannuchi James L. Cavallaro Rosa María Ortiz Tracy Robinson Rose-Marie Belle Antoine Felipe González
2015	Rose-Marie Belle Antoine Tracy Robinson	James L. Cavallaro José de Jesús Orozco Henríquez Rose-Marie Belle Antoine Tracy Robinson Paulo Vannuchi Rosa María Ortiz Felipe González

Año	Presidente	Comisionados
2016	James L. Cavallaro	Esmeralda Arosemena de Troitiño Margarette May Macaulay Francisco José Eguiguren Praeli James L. Cavallaro Paulo Vannuchi Enrique Gil Botero José de Jesús Orozco Henríquez
2017	Francisco Eguiguren Praeli James L. Cavallaro	Esmeralda Arosemena de Troitiño Margarette May Macaulay Francisco José Eguiguren Praeli Luis Ernesto Vargas Silva James L. Cavallaro José de Jesús Orozco Henríquez Paulo Vannuchi Enrique Gil Botero
2018	Margarette May Macaulay Francisco Eguiguren Praeli	Esmeralda Arosemena de Troitiño Joel Hernández García Antonia Urrejola Noguera Margarette May Macaulay Francisco José Eguiguren Praeli Luis Ernesto Vargas Silva Flávia Piovesan
2019	Esmeralda Arosemena de Troitiño Margarette May Macaulay	Esmeralda Arosemena de Troitiño Joel Hernández García Antonia Urrejola Noguera Margarette May Macaulay Francisco José Eguiguren Praeli Luis Ernesto Vargas Silva Flávia Piovesan

# LOS DERECHOS HUMANOS Y EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS

POR ALBERTO RICARDO DALLA VÍA<sup>1</sup>

A poco de conocerse la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el expediente “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” el 14 de febrero de 2017, el diario “El País” de España publicó una sorprendente nota de opinión del magistrado de la Corte Suprema de México, Dr. José Ramón Cossío, calificándola como un retroceso para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y otro tanto pudo leerse en comentarios de algunos autores de nuestro país que interpretaron la decisión de nuestro Alto Tribunal como excesivamente formalista y apegada a categorías antiguas.

Durante un seminario en el Instituto Max Planck de Heidelberg, de Derecho Internacional y Derecho Comparado, en el que participé en marzo de ese año, muchos profesores discutían esa cuestión, partiendo de un prejuicio. Con gran licencia interpretativa, algunos expertos entienden que desde la reforma constitucional de 1994 y por vía del artículo 75 inciso 22 existiría una receptividad directa del derecho internacional en el derecho interno, sin reserva alguna.

Nuestra Constitución no adoptó el modelo de prevalencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno como sí lo hacen las Constituciones de Holanda, de Paraguay (1992) y de Colombia (1991). La historia de un país de navegantes como Holanda justifica esa posición en donde Hugo Grocio diera nacimiento al derecho de gentes. No es el caso de la Argentina, en donde la reforma constitucional de 1994 adoptó la tesis “monista” ya expresada en los fallos “Ekmekdjian c/Sofovich” (1992) y “Fibraca”

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 26 de septiembre de 2019.

(1993) dejando atrás, las dudas que generaba la redacción del artículo 31 y de una anterior doctrina dualista (Martín y Compañía LTDA SA c/ Gobierno Nacional, Administración Gral. de Puertos) y que, inclusive, albergó decisiones controvertidas como el caso “Merck Química Argentina c/ Gobierno Nacional”.

Como ha señalado Vanossi, antes de la reforma constitucional, la discusión era si los tratados eran superiores a las leyes o viceversa; después de la reforma, el régimen constitucional de los tratados se ha ampliado en su extensión y complejidad registrándose las siguientes categorías de tratados:

- a) Tratados internacionales con jerarquía constitucional (los nominados en el artículo 75 inciso 22 C.N. o los agregados por el sistema allí prescrito).
- b) Otros tratados de derechos humanos, firmados y ratificados pero que no integran la nómina del artículo 75 inciso 22 C.N.
- c) Tratados de integración con países de América Latina (artículo 75 inciso 24, 1era parte C.N.).
- d) Tratados de integración con países de otras regiones (artículo 75 inciso 24, 2da parte C.N.).
- e) Tratados internacionales (superiores a las leyes, artículo 75 inciso 22 C.N.).
- f) Tratados internacionales que pueden firmar las provincias (artículo 124 C.N.).
- g) Otros tratados: tratados bilaterales de inversión; acuerdos ejecutivos, etcétera.

En nuestra doctrina hay distintas posiciones y algunas generan confusión como el “bloque de constitucionalidad”, algo que frecuentemente repiten los alumnos en las mesas de exámenes y que no pocas veces aparece como una suerte de “slogan”, obligatorio de citar, pero con frecuentes faltas de precisión. Esa expresión corresponde al profesor francés Louis Favoreau y al español Francisco Rubio Llorente tomando una tendencia existente en el Derecho Comparado Europeo, en donde se incorporan distintas leyes y normas comunitarias que prevalecen sobre el derecho de los estados locales y de las comunidades autónomas. Una expresión similar ya había sido utilizada también en nuestra doctrina para explicar que la

primera parte del artículo 31 contenía un “bloque” de derecho federal que prevalece por sobre el Derecho Público Provincial.

Como el Derecho es una ciencia social y no una ciencia exacta, existe cierto margen de amplitud en la utilización de conceptos y clasificaciones que pueden ser útiles en la medida en que respondan al contexto en que deban aplicarse, de manera que la idea del “Bloque de Constitucionalidad” bien podría ser un rótulo útil sin que necesariamente se identificara con el concepto de Favoreau y Rubio Llorente.

Germán José Bidart Campos, fue uno de los profesores más influyentes. En sus primeros tiempos se volcó al Derecho Constitucional y en sus últimos años ocupó la cátedra de Derechos Humanos y Garantías, antes de culminar como Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Siguiendo a Werner Goldschmidt, defendió la tesis monista, conforme a la cual, los tratados internacionales debían prevalecer sobre las leyes dictadas por el Congreso. Su posición fue la que predominó en la reforma constitucional de 1994.

El artículo 75 inciso 22 al referirse a la aprobación por el Congreso de los tratados internacionales expresamente dice que los tratados son superiores a las leyes. En este punto no hay dudas pero en donde se han planteado disputas interpretativas es con respecto a los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. La jurisprudencia de la Corte Suprema utiliza la expresión “bloque de constitucionalidad”, generándose confusión, toda vez que algunos autores sostienen que, a partir de la reforma, la operatividad de los tratados internacionales de derechos humanos es directa en un rango igual –o hasta superior– a la Constitución.

Se llegó a sostener que el mentado “bloque de constitucionalidad” es una norma abierta y que, conforme al principio *pro homine* y al principio de buena fe de los tratados internacionales, podían considerarse comprendidos en el “bloque” inclusive los tratados de derechos humanos no firmados ni ratificados en nuestro país. Para sostener ese argumento tan amplio citaba el artículo 33 de la C.N. en tanto se refiere a los “derechos no enumerados” que algunos traducen como “derechos implícitos”.

Una parte de la doctrina siguió sus propios carriles, llegando a extremos como la jurisprudencia de los casos “Mazzeo” y “Simón” que admitieron el valor de la costumbre internacional por sobre el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional con la disidencia de los Dres. Carlos Fayt y Carmen Argibay y la crítica de la Academia Nacional de Derecho, con motivos fundados y relevantes, que también hemos expuesto en distintos trabajos sobre la materia.

En el sistema constitucional argentino el orden público supremo es la Constitución Nacional que ocupa el punto más alto de la pirámide jurídica. Los tratados de derechos humanos tienen “jerarquía constitucional”, “en las condiciones de su vigencia” y no derogan ningún artículo de la primera parte sino que son “complementarios”. Son aquellos que se encuentran enumerados en el artículo constitucional, más los que incorpore el Congreso de la Nación, conforme el procedimiento especial allí establecido.

La “jerarquía constitucional” reside en que dichos tratados no pueden ser declarados inconstitucionales por los jueces porque el examen de constitucionalidad ya fue realizado por el constituyente al momento de incorporarlos o por el Congreso en cada incorporación particular, conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia expresada en el caso “Giroldi”.

Es un dato de la realidad que la expresión “bloque de constitucionalidad” se encuentra muy difundida, pero no es menos aceptable que una sana interpretación requiera ubicarlo en un su quicio, no para disminuir su valor e importancia sino para evitar interpretaciones expansivas que se van de marco y ponen en crisis a todo el sistema jurídico. Cuando el artículo 33 admite derechos no enumerados pero que surgen del “principio de la soberanía del pueblo” y de la “forma republicana de gobierno” está marcando dos ejes o parámetros para derechos de participación en un modelo de democracia representativa pero no está abriendo la fuente más allá ni extendiendo un criterio ilimitado.

Debe recordarse que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 es una suerte de “Código Procesal” de los tratados Internacionales y expresa que dichos instrumentos deben entenderse conforme el sentido estricto de su literalidad y no en sentido expansivo, debido a que son producto de complejos acuerdos.

El control de convencionalidad surge de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso “Almonacid Arellano y otros c/ Chile” y fue reconocido por nuestra Corte Suprema en tanto los jueces nacionales pueden hacer valer dicha Convención cuando den solución a cuestiones jurídicas a resolver dentro del derecho interno del país; es una doctrina que profundiza en el carácter operativo de la Convención.

Se trata de una obviedad, con mucho “marketing” en el mundo jurídico pero de una obviedad al fin de cuentas. El control de convencionalidad no es otra cosa, para nuestro derecho interno, que la aplicación del control de constitucionalidad para el caso en que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional –en el caso la Convención Americana de Derechos Humanos– entre en colisión



con normas inferiores de nuestro ordenamiento jurídico (leyes, decretos, etc.), haciéndole prevalecer el orden de jerarquía normativa que surge del artículo 31 de la Constitución Nacional.

El “control de convencionalidad” parte de la creencia que no solamente los jueces de la Corte de San José de Costa Rica velan por la aplicación de esa Convención sino que todos los jueces nacionales de los Estados Miembros lo hacen, en tanto la Convención se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico interno en un grado superior.

Su alcance debe ser el régimen constitucional de los tratados que surge del artículo 27 de nuestra Constitución Nacional, favoreciéndose por la incorporación al derecho interno de instrumentos internacionales que afirman los principios de autonomía personal, de no interferencia y de dignidad de la persona humana que nuestro ordenamiento constitucional pregonaba para todos los hombres —y mujeres— del mundo que quieran habitar el suelo argentino.

Coincidimos con la opinión del profesor Armin Von Bogdandy del Instituto Max Planck de Heidelberg cuando afirma que lo importante es dar el mayor grado de protección efectiva a los derechos fundamentales, sea que ello se logre a través de la intervención de los tribunales internacionales o de los jueces nacionales, muchas veces, son estos últimos quienes garantizan un mayor grado de protección, debido a los distintos niveles de evolución de cada ordenamiento jurídico.

En cambio, hay otros autores que parten del principio de un mayor grado de protección garantizado por los tribunales internacionales frente al derecho interno de los Estados, sobre los que existe un principio de desconfianza. Inclusive Sagüés sostiene que el orden internacional es mejor que el orden interno.

Para Carlos Ayala Corao, el “control de convencionalidad” es el resultado de un “diálogo jurisprudencial” entre los tribunales internacionales y las Cortes nacionales que se va manteniendo hacia la adopción de parámetros comúnmente aceptados, una suerte de *cross-fertilization* entre tribunales. Un ejemplo es el “control de proporcionalidad” ajeno a nuestras tradiciones jurídicas pero que aterriza en nuestra literatura desde una creación prusiana, trasladada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y desde allí a la Corte de San José de Costa Rica. Para el actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el mexicano Eduardo Ferrer Mc. Gregor existiría un “Derecho Procesal Constitucional de la libertad de carácter supranacional”.

Esas doctrinas sostienen una cierta superioridad moral del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno y a nuestro juicio no alcanzan a dar una respuesta

adecuada y precisa a la solución de nuestros problemas aunque si resulte aplicable a otros ordenamientos jurídicos de América Latina. Hay un punto de partida de “desconfianza” hacia ordenamientos y hacia las instituciones del derecho interno.

Por el contrario, una mala o inadecuada percepción del control de convencionalidad como instrumento puede dar a confusiones, empezando por interpretar una primacía jerárquica del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno; clásica discusión actual entre internacionalistas y constitucionalistas que resulta ser una especie de disputa de poder pero que puede servir más para confundir que para otorgar al ordenamiento los necesarios niveles de certeza y de seguridad jurídica.

Un ejemplo es la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación que enunció como uno de sus paradigmas la “constitucionalización del derecho privado” buscando una adecuación del derecho de fondo con la reforma constitucional de 1994 y su compatibilidad con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Debido a que la interpretación de las numerosas cuestiones novedosas tratadas por la reforma estará a cargo de los jueces de las instancias ordinarias, resulta necesario explicar debidamente el alcance del “control de convencionalidad” para que no sea otra vez patrimonio de interpretaciones extensivas que a veces imponen un cierto “esnobismo” al nutrirse de novedades sin reparar adecuadamente en sus alcances.

El “margen de apreciación nacional” es una doctrina, utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de manera subsidiaria y que no tiene correlato en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, mientras las sentencias del TEDH tienen una naturaleza declarativa. Como dice Pablo Antonio Fernández Sánchez : “son siempre jurídicamente obligatorias, pero nunca ejecutorias”, dadas las mismas limitaciones de una comunidad internacional, que carece de órganos ejecutivos centralizados, y dado que debe dejarse una libertad de elección de medios a los Estados para asegurar el cumplimiento de las sentencias; su ejecución resulta ser una obligación de resultado, un compromiso internacional para los Estados que deben tomar las medidas necesarias para que las violaciones no se repitan, lo que incluye, si fuera menester, modificaciones de la legislación que trasciendan el caso concreto enjuiciado.

El seguimiento de la ejecución de las sentencias del TEDH es realizada por el Comité de Ministros del Consejo Europeo en tanto que la ejecución de las sentencias de la CorteIDH es seguida y controlada por la misma Corte. Es decir, que en el primer caso nos encontramos ante un sistema de seguimiento del cumplimiento de sentencias de naturaleza política, propia de un tratado internacional de posguerra,

como es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que comienza diciendo que esta celebrado entre “Altas Partes Contratantes”. En cambio, al ser la CorteIDH un producto de la tercera ola de democratización es que hace el seguimiento de la ejecución de sus propias sentencias, el procedimiento es más judicial y de mayor rigor en la exigencia de su cumplimiento, de manera que la CorteIDH sigue un criterio más exigente en la aplicación de sus decisiones en cada uno de los países.

La elaboración de una doctrina sobre el “control de convencionalidad”, a la que hicimos referencia “ut supra”, es también una consecuencia de esa actitud del tribunal regional, doctrina que no tiene parangón en Europa. *A contrario sensu* la doctrina del margen de apreciación nacional tiene arraigo en Europa pero no en América Latina, toda vez que el tribunal americano pretende influir en el derecho interno de los países y no excusarse de hacerlo.

El catedrático de la Universidad Complutense Javier García Roca, ha estudiado el tema en profundidad, afirmando que el margen implica “una cierta deferencia hacia la garantía nacional”. Pone el ejemplo de un barco que navega sobre las aguas del Convenio Europeo pero sin perder de vista la costa, que es el Derecho de cada país. Por eso la “deferencia” es un concepto diplomático que considera la importancia y el grado de desarrollo jurídico de cada nación. Para decirlo con sus palabras “... el margen de apreciación nacional entraña una cierta discrecionalidad de los Estados como una regla de no decisión, una suerte de deferencia europea hacia la decisión interna. El Tribunal de Estrasburgo puede en ciertos casos no enjuiciar plenamente el asunto y ratificar la decisión nacional”.

De manera complementaria, Johan Callewaert, ha explicado que el “margen de apreciación nacional” expresa “una forma atenuada de inmunidad que permite un control europeo menos intenso que aquél que la Corte podría ejercer en el ejercicio de la plenitud de su jurisdicción”; y Wildhaber, ha matizado esa explicación, diciendo que no se trata de otorgar un grado de discrecionalidad a los Estados frente a situaciones que en otros casos supondrían violaciones del Convenio, sino “simplemente de reconocer que el Convenio no impone soluciones uniformes” y que “en ciertos dominios, y sólo en cierto grado, los Estados pueden tener diferentes regulaciones y restricciones”.

Como lo hemos demostrado en un trabajo de investigación, el TEDH ha pronunciado muchas sentencias en materia de derechos políticos y electorales, en cuanto a reglas del debido proceso electoral en países de Europa del Este, tardíamente ingresados al ámbito del Consejo de Europa pero

se observan muy pocas sentencias contra países grandes como Inglaterra, Francia y Alemania

A pesar de que García Roca se ha esforzado por descartar como “falsa tesis” a la soberanía irrestricta como inmunidad jurisdiccional, nosotros pensamos que la soberanía sigue jugando su rol, especialmente cuando se traduce como supremacía de la Constitución en el Derecho Interno. Así aparece reflejado en distintos pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), sea ya en el ámbito de la Comisión y de la Corte, como el respeto del sistema electoral de cada país. Un ejemplo han sido los planteos de “candidaturas independientes”, así la Comisión en el Caso “Antonio Ríos” (1988) y la Corte en “Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos” (2008) consideró que cada país debía diseñar su propio sistema de candidaturas cuando se trató de Argentina y de México; pero en “Yatama v. Nicaragua” (2005) consideró que el monopolio de la representación por partidos debía ceder ante el multiculturalismo de las comunidades indígenas.

El “margen de apreciación nacional” no es una doctrina aplicada en nuestro ámbito. Una cosa es la primacía del artículo 27 como reafirmación del artículo 31 en el orden público de la Constitución cuando se aplican tratados internacionales, pero el “margen de apreciación nacional” es otra cosa; es una doctrina del TEDH de deferencia hacia el derecho de los Estados Miembros pero no al revés, una doctrina invocada desde los tribunales nacionales. En el derecho siempre es bueno llamar a las cosas por su nombre.

Una manera de quitarle dramatismo a la decisión de la Corte Suprema en “Fontevecchia” es determinar exactamente al punto de su decisión, sin desmesura. Es necesario recordar que la Corte Suprema, ratificó el cumplimiento de las obligaciones internacionales de la Argentina en el marco del artículo 68 de la Convención, toda vez que en el punto segundo, condena al Estado Nacional a restituir a Fontevecchia y D’Amico los montos oportunamente pagados al expresidente Carlos Menem, más las actualizaciones y gastos procesales.

En cambio, la Corte Suprema se apartó de la decisión de la CorteIDH solamente en el marco del artículo 63 referido a los aspectos remediales del cumplimiento de sentencia; entendiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la CorteIDH fue más allá del texto del artículo 63 que debe

interpretarse en su literalidad conforme lo expresa la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, pero que ha sido materia de una práctica expansiva de la Corte de Costa Rica, en la faz de control de cumplimiento de las sentencias, vulnerando a criterio de la Corte, el ámbito de competencia como órgano de aplicación del Tratado, introduciendo en cuestiones de interpretación sobre el Derecho Constitucional Argentino, que corresponde a la Corte Suprema como última autoridad en la materia.

Concretamente, nuestro Alto Tribunal le recuerda a la Corte IDH que esta última no es un tribunal de casación ni un tribunal de revisión sobre las sentencias de la Corte Suprema de Justicia pasadas en autoridad de cosa juzgada y que, por lo tanto, se encuentran firmes.

La Corte insistió en una cuestión formal: las sentencias de la Corte no se “revocan” por una instancia internacional, en todo caso se trata de ámbitos distintos en el cumplimiento del Tratado pero en el orden jurídico interno la Corte es “suprema” y no admite ninguna autoridad judicial superior a ella.

Cabe recordar que la Constitución Nacional utiliza dos veces la expresión “suprema”. La primera es para referirse al presidente como “Jefe Supremo de la Nación”, en el artículo 99 inciso 1º, expresión que se remonta a los tiempos de Justo José de Urquiza; y al iniciar la sección correspondiente al Poder Judicial en el artículo 108, cuando dice que el mismo se compone con la “Corte Suprema de Justicia” y los demás tribunales inferiores que establezca el Congreso en el territorio de la Nación.

Si bien la cuestión pareció ser formal y en algún aspecto terminológica, tiene importancia en cuanto al posicionamiento de la Corte en su última integración, apareciendo claras las posiciones de los Ministros Rosenkrantz y Rosatti –este último con énfasis acentuado– y marcándose un cambio en el entonces Presidente Lorenzetti y la Vicepresidenta Highton de Nolasco con respecto a pronunciamientos anteriores. Únicamente el Ministro Maqueda persistió en la jurisprudencia anterior.

Un punto que no debe dejar de considerarse en el análisis es que la jurisprudencia de la Corte en su anterior composición, alcanzó niveles expansivos, sobre todo en aquellas cuestiones vinculadas con los crímenes de lesa humanidad que fueron una bandera política de esa etapa que la Corte acompañó y que se manifestó formalmente en precedentes como “Mazzeo” y “Simón” en los que el Alto Tribunal sostuvo que la costumbre internacional prevalecía por sobre el texto del artículo 18 de la Constitución que sostiene desde los tiempos del Decreto de Seguridad Indi-

vidual de 1811, escrito por Mariano Moreno y aprobado por el Primer Triunvirato que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*); dicha decisión contó con las disidencias de la Dra. Carmen Argibay y del Dr. Carlos Santiago Fayt y fue duramente criticada por la Academia Nacional de Derecho.

No es plausible sostener que la Corte quiera dar marcha atrás en materia de Derechos Humanos, son un valor atesorado en el Derecho Constitucional Argentino, pero sí creemos nosotros que la Corte deba de poner una inteligente y necesaria baza en una cuestión formal de interpretación que no es menor ni irrelevante. El Alto Tribunal nos recuerda a todos algo que muchos parecían haber olvidado, que es el artículo 27 C.N. la norma fundamental en esta materia.

La razonabilidad comenzó a asomar cuando en el párrafo número 21 de la resolución del 18 de octubre de 2017, la Corte Interamericana interpretó que el Estado Argentino podía cumplir con su orden original mediante “algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia” como, por ejemplo, la realización de una “anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana”.

La Corte Suprema entendió que la interpretación formulada por la Corte Interamericana es consistente con su decisión de febrero de 2017, ya que una medida como la sugerida no vulnera los principios de derecho público establecidos en el artículo 27 de la Constitución Nacional. Por ello, ordenó que se asiente junto a la decisión registrada en Fallos 324:2895 la siguiente leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 21 de noviembre de 2011)”. La decisión fue suscripta por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrantz.

En esta materia, así como en el fondo del fallo referido, subyace una cuestión fáctica, cuál es la prevalencia del Derecho Constitucional o del Derecho Internacional. Se trata, en definitiva, de determinar quien tiene la última palabra cuando se está ante un conflicto por la aplicación de un tratado constitucional en el Derecho Interno. Así lo ha señalado Calógero Pizzolo en su libro “Comunidad de intérpretes finales Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial”.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 establece que ningún Estado puede alegar fundamentos de su Derecho In-

terno para desconocer obligaciones asumidas en el orden internacional; de manera tal que ese principio, expresado en el artículo 27 de la referida Convención, mantendría una contradicción aparente con el artículo 27 de nuestra Constitución Nacional cuando señala que los tratados internacionales deben respetar el orden público de la Constitución. Se trata de una contradicción aparente y no sólo numérica que se resuelve a partir del orden de jerarquía de las fuentes y en nuestro ordenamiento prevalece el principio de supremacía constitucional.

Se alega una “crisis de la soberanía” que se manifiesta en los procesos de universalización del derecho, como en los procesos de integración jurídica y de integración y la globalización como fenómeno, de manera que en el orden internacional, el concepto de soberanía y de independencia han dado cabida a la idea de “interdependencia”. Esta realidad es la que se manifiesta dentro de una estrecha franja en la que se alojan estos conflictos interpretativos.

Immanuel Kant, en su discurso “Sobre la Paz Perpetua” como Juan Bautista Alberdi en “El Crimen de la Guerra” abogaron por un gobierno universal que pusiera fin a los conflictos. Son utopías que no alcanzaron realización práctica, a pesar de los distintos y valiosos esfuerzos de cooperación internacional, especialmente a partir de la segunda guerra mundial. Pero ha sido Hans Kelsen en su “Teoría General sobre el Derecho y el Estado, quien se encargara con solidez de destacar que el monopolio de la coacción y de la creación de normas jurídicas obligatorias siguiera en manos de los Estados.

El Derecho Internacional Público sigue careciendo de fuerza imperativa y el *ius cogens* sigue siendo su fuente normativa esencial, con fuerte apego a la costumbre, la buena fe y la reciprocidad de trato entre las Naciones. Ese es el motivo por el cual, Jean Bodin, que fue un teórico clásico del Estado– Nación, de raíz monárquica, consideraba la obligatoriedad de cumplir con los tratados internacionales, precisamente por ser la palabra empeñada del monarca o del soberano; de donde resulta que el cumplimiento de los compromisos internacionales no es contradictorio ni incompatible con la idea de soberanía ni con la supremacía de la Constitución, sino por el contrario, resulta ser la base misma de su obligatoriedad, derivada del compromiso asumido en el derecho interno.

Al recuperar nuestro país la democracia en 1983, volvió a ponerse en vigencia la Constitución Nacional que no había regido durante los años

oscuros. La parte “dogmática” es de gran amplitud y la doctrina coincidía ampliamente que los principios de libertad, igualdad, autonomía y dignidad de la persona eran suficientemente explícitos para la protección de los derechos fundamentales; inclusive la Corte Suprema desarrollaría una jurisprudencia de avanzada basándose principalmente en el artículo 19.

La aprobación y ratificación por la Republica Argentina de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” y de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, fueron una importantísima incorporación jurídica pero fueron también un fuerte gesto político-democrático por parte del gobierno del presidente Alfonsín que se complementó con otras medidas como la creación de las cátedras de “Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en otras universidades nacionales.

De acuerdo con el plan de estudios, la enseñanza del Derecho Constitucional se dividió en dos partes, reemplazando el anterior programa de Derecho Constitucional I (Teoría Constitucional y Derecho Constitucional Comparado) y Derecho Constitucional II (Derecho Constitucional Argentino).

A partir de la reforma, la primera parte pasó a llamarse “Elementos de Derecho Constitucional” y la segunda parte “Derechos Humanos y Garantías” comprendiendo esta última tanto a la parte dogmática de la Constitución Nacional como a los instrumentos internacionales de protección; con la particularidad de que los contenidos de la asignatura se encontraban divididos esos tres tercios que correspondían al Derecho Constitucional, a la Filosofía del Derecho y al Derecho Internacional Público, respectivamente, siendo los tres primeros profesores titulares de las cátedra recién creadas, uno de cada especialidad, los Doctores Germán J. Bidart Campos, Eduardo Rabossi y Raúl Vinuesa, respectivamente.

Con el transcurso del tiempo se observa que a lo largo de estos años fueron los profesores de Derecho Internacional los que cobraron mayor ingerencia en el dictado de esa materia que se fue volcando esencialmente hacia los instrumentos regionales e internacionales de protección; en detrimento de la carga horaria destinada a la enseñanza del Derecho Constitucional propiamente dicho, al menos durante la etapa inicial de la carrera.

La enseñanza del propio Derecho Internacional ha sufrido profundas transformaciones, toda vez que anteriormente existía una división entre



el “Derecho Internacional Público” y el “Derecho Internacional Privado” siendo que este último se ha subsumido en el primero que ya no se ocupa solamente de las relaciones entre los Estados sino también de las relaciones particulares a partir de la difusión del principio *pro homine*. Estas razones no son solamente académicas sino que también en el ámbito práctico de la doctrina han ayudado a la difusión del “bloque de constitucionalidad” y del “control de convencionalidad”.

Las discusiones académicas entre constitucionalistas e internacionalistas muchas veces se trasladan a la doctrina y a la jurisprudencia de los tribunales como en el caso que comentamos en donde subyace una cuestión de fondo ¿Quién manda? La Corte Suprema ha dado una respuesta en su sentencia cuando afirma que ella es la máxima autoridad en materia de interpretación de la Constitución Nacional y la Corte Interamericana es la máxima autoridad en materia de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos.



# VOLVER AL FUTURO. LA LEY 27.500 Y EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LA LEY

POR ENRIQUE M. FALCÓN<sup>1</sup>

## I. La cuestión

En el mes de abril de 2013, en una serie de Proyectos denominados de “Democratización de la Justicia” se crearon, por ley 26.853, los Tribunales de Casación intermedia y se derogó el Recurso de Inaplicabilidad de la Ley. Casar significa en Derecho, anular, abrogar o derogar. Podemos recordar que la casación es una vía recursiva, un sistema extraordinario de impugnación de sentencias definitivas de los últimos tribunales ordinarios, que no se encuentren firmes. En la actualidad y en nuestro país la Casación esta centrada en tres pilares: *violación o errónea aplicación de la ley*; *violación o errónea aplicación de la doctrina legal (esto es de la doctrina del Tribunal de Casación)* y *Arbitrariedad o absurdo*.

El origen de la Casación se encuentra en Francia como control político de los jueces por la revolución, aunque autores españoles han sostenido que el origen es romano y que tuvo aplicación antes en España que en Francia<sup>2</sup>. El origen francés proviene del período pre-revolucionario y fue mantenido con algunas modificaciones luego por la Revolución Francesa. No obstante cierta doctrina encuentra el origen en el llamado “*Conseils des parties*” de la época monárquica. La revolución Francesa organizó la división del estado en 3 poderes distintos, uno es al administrador o ejecutivo, otro es la asamblea le incumbe legislar, y finalmente tenemos al poder judicial. Pero este poder judicial difiere mucho del nuestro y de la

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 10 de octubre de 2019.

<sup>2</sup> Vázquez Sotelo, José Luis -*La casación civil (revisión crítica)*, Ediser, Barcelona. 1979, p. 53.

concepción actual del Derecho. El poder judicial, según esta línea de interpretación estaba establecido para aplicar las normas sin desvirtuarlas, por lo que cualquier sentencia que contradijese la ley no era válida, en virtud al principio de plenitud de la codificación (donde todo está regulado). Para que los jueces no vulnerasen las normas que la Asamblea dictaba, se creó el Tribunal de Casación, que no pertenecía ni a la Asamblea, ni al Poder judicial ni tampoco al Ejecutivo. *Este tribunal de casación, como hemos dicho, tuvo carácter político y simplemente se dedicaba a una función negativa, anular las sentencias que contravinieran el ordenamiento jurídico.* La casación surgió así con una función nomofiláctica, de preservar el cumplimiento de las normas tal y como han salido de la Asamblea. Este tribunal no resolvía el fondo del asunto porque sus miembros no eran jueces, de manera que la Casación declaraba la nulidad y enviaba la cuestión al tribunal de enjuiciamiento, es decir el tribunal de instancia ordinario, para que dictara el fallo conforme con la ley<sup>3</sup>. Con el tiempo las funciones del Tribunal de Casación se fueron modificando y en la actualidad el Tribunal de Casación ha pasado a ser un tribunal judicial pleno<sup>4</sup>.

El recurso de Casación reaparece en España (aunque con muchos antecedentes) desarrollado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, (como recurso por infracción a la ley o doctrina legal). Nuestros recursos de casación reconocen su base en el sistema español, ya que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 fue el antecedente de nuestros Códigos de Procedimiento Civil. Pero también se pueden buscar antecedentes en Italia, donde el origen del recurso puede hallarse en motivos atinentes a la jurisdicción, en la violación de las normas sobre competencia, cuando no está prescripta la regulación de competencia; en la violación o falsa de la aplicación de las normas de derecho, en la nulidad de la sentencia o del procedimiento, y por

---

<sup>3</sup> La anulación de la sentencia por la Casación, en este modelo se hizo de modo diverso, pero a partir del Decreto del año 1790, a la regulación ya existente se agregó un *référé legislativo* para anular toda sentencia que contuviese una violación expresa del texto de la ley y un *référé facultativo* que autorizaba a los jueces, cuando las normas no fuesen claras, a suspender el proceso y remitir la causa al legislativo para que aclarase las dudas que planteaba el ordenamiento.

<sup>4</sup> Code de Procédure Civile, art. 973 y sgtes. En cuanto la competencia rige la ley 111: La cour de cassation qui, seule, a por mission de juger les pourvois contre les décisions rendues en dernier ressort, constitue un ordre de jurisdiction au sens de l'article 34 de la Constitution (1977). La Corte de Casación francesa es el tribunal más alto de la justicia francesa. Es en este último, la contraparte del Consejo de Estado en el orden administrativa. La Corte tiene diversas salas con competencia en lo criminal, lo comercial, lo social, los derechos de la familia, las personas y los contratos, la responsabilidad y la seguridad social y el derecho inmobiliario y dela construcción. Su objeto es anular las resoluciones judiciales que se han dictado en contra o en ignorancia de la ley.

haberse dictado una sentencia con omitida, insuficiente o contradictoria motivación acerca de un punto decisivo de la controversia, planteado por las partes o señalable de oficio (art. 360 Cód. Proc. Civ. italiano)<sup>5</sup>.

En nuestro país no existía la casación nacional fuera del ámbito penal<sup>6</sup> hasta la ley 26.853 lo estableció como casación intermedia para la justicia nacional y federal, pero en las provincias el sistema estaba y está ampliamente difundido. Un intento de instalar la Casación Nacional fue el de la Constitución Nacional de 1949 (art. 95) –derogada en 1955– que encomendó a la Corte Suprema de Justicia las funciones de tribunal de casación<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> CPC. Italiano. Art. 360 (Sentenze impugnabili e motivi di ricorso). Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado, possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto; 4) per nullità della sentenza o del procedimento; 5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio (modificato dall'art. 59, L. 26 novembre 1990, n. 353). Può inoltre essere impugnata con ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, se le parti sono d'accordo per omettere l'appello; ma in tal caso l'impugnazione può proporsi soltanto per violazione o falsa applicazione di norme di diritto. (Articolo così sostituito dalla L. 14 luglio 1950, n. 581).

<sup>6</sup> En el fuero penal el sistema de casación se creó con tribunal colegiado de primera instancia y Cámara de casación, que tuvo sus diversos inconvenientes. Luego de diversas interpretaciones, primero en el fallo Girolodi (CSJN., 7/4/1995, -Girolodi, Horacio David y otro, recurso de casación /causa n° 32/93; Fallos 318:514) y más tarde la Corte Interamericana hubo de resolver el caso “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (Sentencia del 2 de Julio de 2004 y el Recurso de Casación), llevaron a que finalmente la Corte Suprema dictara el fallo Casal (CSJN - 20/9/2005-C. 1757. XL. Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681- eDial - AA2DB7), el que junto con otros posteriores ampliaron el marco de conocimiento de la Cámara de Casación, permitiendo la incorporación de cuestiones fácticas y transformando en realidad a la Casación intermedia en una segunda instancia. Por otro lado en materia penal nacional la Cámara de Casación intermedia ha sido dividida por la ley 26.371 en dos cámaras distintas: Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (CPPN:23) y la Cámara Federal de Casación Penal (CPPN: 30 bis). La Acordada 38/2014 dispuso la habilitación de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, a partir del 18 de Diciembre de 2014.-

<sup>7</sup> Constitución de 1949.-Art. 95.- Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 11 del art. 68, y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules extranjeros; de las de almirantazgo y jurisdicción marítima y aeronáutica; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se substancien en la Capital Federal y en los lugares regidos por la legislación del Congreso; de las que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; y entre la Nación o una provincia o sus vecinos con un Estado extranjero. La Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inc. 11 del art. 68 (códigos leyes federales y nacionales). La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será

Como la casación es la consecuencia de un recurso extraordinario, supone que en las instancias regulares y ordinarias ya se ha permitido suficiente defensa. En consecuencia, y en principio en las regulaciones provinciales no se admitían las cuestiones de hecho, las que entraron a través de la vía de la *Arbitrariedad* o el *Absurdo*.

Por su parte el sistema de casación intermedia en nuestro país tiene sus orígenes en la década del '80 del siglo pasado como una idea tendiente a liberar a los tribunales superiores de la excesiva carga que tienen. En ese sentido se pensaba en era articular un *tribunal de primera instancia única colegiado* y un *tribunal de Casación intermedia*. Fue un gran impulsor de esta concepción Augusto Mario Morello<sup>8</sup>. Así lo volcó en el "Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" (primera versión, 1993, en los arts. 247 a 254), obra que realizó junto a Roland Arazi, Isidoro Eisner y Mario Kaminker, donde se establecía un tribunal de primera instancia única colgiado y un tribunal de Casación. El mismo criterio casatorio con tribunal de instancia única se reguló en el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Nación elaborado por Calos J. Colombo, Julio C. Cueto Rúa, Raúl A. Etcheverry y Héctor G. Umaschi<sup>9</sup>.

Es fundamental entender que el sistema de casación intermedia que los distintos anteproyectos y proyectos habían organizado se articulaba *con un tribunal colegiado de primera instancia única* y Cámaras de casación. Sin embargo, luego de las críticas de Lino Palacio al sistema, se modificó el Anteproyecto Morello, sustituyendo el tribunal de Casación por el Tribunal de Apelación. Como consecuencia de este nuevo entendimiento de la cuestión ni en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (1998), ni el Anteproyecto para la C.A.B.A. del mismo año, ni en ninguno de los ordenamientos posteriores se volvió a intentar la inclusión de la Casación intermedia en cualquiera de sus formas.

---

aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinario y de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia.

<sup>8</sup> Morello, Augusto M. -*La casación. Un modelo intermedio eficiente*, LEP 1993; -*La casación nacional. Estado de la cuestión (La creación de un tribunal intermedio)*, LL. 1989-C-970; -*El control de razonamiento judicial y el recurso de casación (Las III Jornadas de Derecho Procesal de Barcelona, Noviembre 30 y Diciembre 1º de 1990)*, JA. 1991-II-925, etc.

<sup>9</sup> El proyecto mencionado art. 255 decía: El recurso de casación será admisible contra sentencias definitivas de los *tribunales colegiados de instancia única*, siempre que el valor del juicio exceda de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000).

¿Y esto por qué fue? Porque se advirtió que el sistema de Casación intermedia en sí mismo, por un lado limitaba el derecho de defensa de los justiciables (ya que las cuestiones de hecho no podían ser objeto de consideración por dicho tribunal) y por otro no reducía el acceso a la Corte. Más tarde se cayó en la cuenta de que el problema del retraso en los juicios no consistía en agregar más tribunales.

En el VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Utrecht, Países Bajos, en 1987, donde se estudió especialmente el tema de la eficiencia de la Justicia, se destacaron las restricciones a la apelación y *la revalorización de la finalidad de la primera instancia*. Es decir que la celeridad del proceso debía “poner todas las luces en primera instancia”. Esta idea fue receptada finalmente en nuestro país por Morello, Arazi y Kaminker (Eisner había fallecido) en el trabajo “Orientaciones para la lectura del Proyecto de Reformas del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires”, donde se señaló expresamente: “La idea cardinal es *potenciar al máximo la eficacia de la primera instancia* organizada como idónea empresa de servicios cuyo trabajo sincronizado permitirá cubrir las finalidades de los desarrollos litigiosos. La segunda instancia, de conformación colegiada, es la tradicionalmente vigente en nuestra jurisdicción, y cubre un rol básicamente de control y legalidad; a su vez los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, acuñados en las normas de su Constitución y en una muy trabajada y orientadora jurisprudencia (doctrina legal), acentúan ese propósito nomofilático, de uniformidad y seguridad en la interpretación del derecho”<sup>10</sup>.

## **2. La casación intermedia en la ley 26.853**

A contramano de estos antecedentes, pero además ignorando que la casación intermedia, en todo caso, se había pergeniado con la idea de un tribunal de primera instancia única colegiado, siendo la cámara de casación un control jurídico de las decisiones, se sancionó la ley 26.853 regulando estos tribunales. Claro que en los estudios y proyectos sobre la materia, los proyectistas anteriores no consideraron intercalar dentro del sistema que proponían de tribunales de primera instancia unipersonales y cámaras de

---

<sup>10</sup> Morello, Augusto Mario; Arazi, Roland y Kaminker, Mario –*Orientaciones para la lectura del Proyecto de Reformas del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires*, JUS, La Plata 1998, p. 5.

apelación colegiadas, otro tribunal mal llamado de Casación intermedio, porque obviamente ello haría más extenso y más costoso el proceso. En realidad el criterio de la Casación intermedia como tendiente a la aceleración de los procesos (tal era la explicación en la presentación de la ley que propuso el sistema), cuando hay tribunales de segunda instancia, es una falacia que insulta la inteligencia, pues instalar una casación intermedia luego de una segunda instancia no sólo no acelera el proceso sino que lo detiene.

A la vez para la instauración de estos tribunales se eliminaron del Código Procesal Civil y Comercial los artículos 288 a 301 del CPCCN (el llamado Recurso de Inaplicabilidad de la Ley) los que fueron sustituirlos por otros regulando las Cámaras de Casación (art. 11° ley 26.853) que comprendían la Casación intermedia (llamado Recurso de Casación), el Recurso de Inconstitucionalidad y el Recurso de Revisión, redactados, en muchos casos, con una técnica legislativa muy pobre. Entre otras cosas se derogaron, además expresamente, los artículos 302 y 303 sobre convocatoria a tribunal plenarios y obligatoriedad de los fallos plenarios, como si dichas normas no correspondieran al sistema de inaplicabilidad de la ley (art. 12 ley 26.853). Y como dato muy interesante no se le asignó a las llamadas Cámaras de Casación la obligatoriedad de sus fallos. Esto resultaba contrario a la Casación misma, pues como señala Hitters, la Casación tiene dos fines clásicos y expresa “Liberada de la función política primaria que le dio nacimiento en Francia, al pasar a la jurisdiccionalidad aparecen dos funciones, por un lado el control del cumplimiento del derecho objetivo, o *función revisora*, o nomofiláctica; y por otro la uniformidad de los fallos judiciales o *función unificadora*”<sup>11</sup>, agregando que hay un tercer fin que es la *función dikelógica* que aborda el criterio de hacer justicia<sup>12</sup>.

Esta modalidad de quitar la obligatoriedad de los fallos plenarios, e inclusive la de los tribunales de casación, está en concordancia con una idea imperante en cierta doctrina de eliminar la jurisprudencia como fuente del Derecho, lo que se puede apreciar con gran claridad en las modificaciones que la Comisión Bicameral hizo al art. 1° del Código Civil y Comercial eliminando la jurisprudencia como fuente, que figuraba como tal

<sup>11</sup> Hitters, Juan C. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de Casación*, LEP, S.R. L. La Plata 1991, p. 116.

<sup>12</sup> Hitters *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de Casación*, cit. p. 125.



en la versión del Anteproyecto y del Proyecto<sup>13</sup>. El argumento dado por la Comisión Bicameral es autocontradictorio, dice: “Por otra parte, se optó por suprimir el enunciado de criterios de interpretación al que en la versión de origen refiere a la “jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso”, por entender ésta importa un criterio vinculado al análisis del asunto judicial en cuestión en procura de la solución jurídica más adecuada que se fundamente en el antecedente judicial análogo (lo que hacemos notar que es una fuente de derecho), más que un criterio de interpretación directa de la disposición legal”. Claro que se olvidaron que lo relativo a la interpretación está en el artículo 2º del Código<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Texto del Anteproyecto y del Proyecto de Código Civil y Comercial, art. 1º: Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. *La interpretación debe ser conforme con la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.* A tal efecto, se tendrá en cuenta la *jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso*. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. El Código Civil y Comercial actual dice: Artículo 1º: 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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

<sup>14</sup> Hay una cantidad inmensa de doctrina sobre la jurisprudencia como fuente. En el caso, *brevitatis causae*, remitimos a la obra de Julio César Cueto Rúa, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993. Alguna jurisprudencia de la Corte, de la que no quiero abundar le podría haber servido a la Comisión Bicameral sobre este asunto: Es improcedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que consideró que la representación gremial que ostenta el Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires no lo legitima para impugnar una disposición de carácter general que, en tanto se limita a aprobar las normas que aluden a la obtención de la conformidad administrativa en los casos de reforma de contratos o estatutos de sociedades por acciones no instrumentadas por escritura pública, no afecta en forma actual o inminente ningún derecho subjetivo de la entidad sino tan solo un derecho en expectativa que no pudo en consecuencia esgrimirse frente a un cambio en la reglamentación de la actividad de que se trata. Ello así, pues los agravios, dirigidos básicamente a sostener que la existencia de un mero interés legítimo comprometido es suficiente para respaldar válidamente la acción que promueve, sólo plantea la discrepancia de dicha parte con la solución asignada a una cuestión de hecho y de derecho procesal la cual, por otra parte, está ampliamente fundada en jurisprudencia de la propia Cámara y de esta Corte Suprema que la recurrente omite refutar, lo cual priva del debido sustento a la tacha de arbitrariedad (CSJN, 1985, Colegio de Escribanos c/ Nación Argentina; Fallos: 307:513). La sentencia suficientemente fundada en precedentes del tribunal y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, es insusceptible de la tacha de arbitrariedad (CSJN., 1963; Viuda de Canale e Hijos, S.A.I.C. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Maidana de Fontana, Mercedes y otros c/ Hilandería Munro de Sedalana S.A. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Transportes de Buenos Aires. Frigorífico Armour de La Plata S.A. c/ Provincia de Buenos Aires; Fallos: 257:234). El cumplimiento de las obligaciones conforme a la ley y a la jurisprudencia vigentes en el lugar y tiempo del despido, libera definitivamente al deudor de aquéllas y de los eventuales cambios de las mismas, provenientes de las modificaciones sobrevinientes de la interpretación judicial, que no podrían serle exigidas sin violencia de los arts. 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional, toda vez que se le privaría de un derecho adquirido. Por ello procede revocar la sentencia que, fundada en ser la ley o jurisper-

En la constitución de estos tribunales intermedios de la ley 26.853 hubo además dos elementos contrarios a todo concepto de estructura judicial. Primero, su organización requería un alto presupuesto, es decir que era excesivamente cara. Necesitaba edificios, insumos de distinto tipo y el nombramiento de toda una serie de jueces, secretarios, fiscales y una cantidad de funcionarios y empleados (200 personas) excesiva a lo que se sumaban 7 jueces por Cámara de Casación, cuyo costo no podría solventarse con el presupuesto del Poder Judicial. Como corolario se estableció que la selección de los jueces que proponía la ley (lo que es un tema capital), estaba por un lado enlazado con el nuevo sistema de Consejo de la Magistratura (declarado inconstitucional por la CSJN<sup>15</sup>) y por otro, con una integración de urgencia de dichos tribunales de carácter netamente político inadmisibles y totalmente contraria a lo dispuesto por el artículo 114 CN<sup>16</sup>.

Por supuesto, estas Cámaras nunca se implementaron, pero dejaron, como consecuencia una serie de problemas jurídicos como los relativos a la validez de los fallos plenarios antes de su derogación y la falta de un sistema unificador, entre otros.

---

dencia aplicable la imperante en el momento en que se ejerce el derecho, admite la demanda sobre indemnización por despido promovida por un obrero industrial que con arreglo a la jurisprudencia vigente en el lugar y tiempo en que fué despedido no tenía derecho a ser indemnizado (CSJN., 1949; Pesci, Luis c/ The Patent Knitting Co S.A.; Fallos: 213:34)

<sup>15</sup> Cabe declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855 y, por consiguiente, del decreto 577/13 en cuanto convoca a las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a consejeros para el Consejo de la Magistratura, y atento a lo establecido por el artículo 29 de la citada ley, no entrará en vigencia la modificación dispuesta en el artículo 6º, inciso 15, que requiere una mayoría absoluta del total de los miembros para decidir la apertura del procedimiento de remoción de jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de acuerdo al artículo 16 de la ley 24.018, formular la acusación ante el jurado de enjuiciamiento y ordenar la suspensión de magistrados, proyectándose idénticas consecuencias sobre las demás modificaciones que la ley 26.855 introduce con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen demayorías y a la composición de las comisiones del consejo de la Magistratura, de modo que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080 (CSJN., 18/06/2013- Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional Ley 26855 s/medida cautelar, R. 369. XLIX. REX, -Fallos: 336:760).

<sup>16</sup> El art. 7º de la ley que ahora nos ocupa avanzaba con una normativa que resulta contraria al sistema republicano. La primera parte de la norma, más allá de la discusión sobre el Consejo de la Magistratura, podría no tener objeción desde el punto de vista formal porque indica el nombramiento de los jueces siguiendo la normativa vigente en la materia, claro que en el segundo y tercer párrafos del art. 7º establecen que: *En los casos en que resulte necesario, se podrán establecer procedimientos abreviados para la designación de los jueces a los efectos de otorgar mayor celeridad al trámite de las causas. Hasta tanto las Cámaras de Casación creadas por el artículo 1º de la presente ley sean compuestas conforme el presente artículo, se integrarán por jueces subrogantes o conjuces para iniciar su funcionamiento.*

### 3. El Recurso de Inaplicabilidad de la ley

Alguna vez la doctrina se ha manifestado en contra del Recurso de Inaplicabilidad de la Ley y de los fallos plenarios obligatorios<sup>17</sup>, que son una tradición en la Argentina, muy anterior al Código Procesal Civil y Comercial y que comenzó en 1886<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> El clásico trabajo de Sartorio, José V., *La dictadura judicial*, JA. 1956-II, Doctr. 19.

<sup>18</sup> Ley 1893 (2 de nov. 1886) art. 101.- En caso de producirse contienda de competencia entre ambas Cámaras, el Presidente de la Sala en lo Civil, los reunirá en tribunal y la decidirán á mayoría de votos: si hubiese empate, se dará intervención á un Juez de primera instancia, elegido en la forma del artículo 98, quien la decidirá con su voto. Las que se susciten entre Jueces de diversa jurisdicción de la Capital, serán resueltas en última instancia por la Cámara de Apelaciones de quien dependa el Juez que primero hubiera conocido. Modificado por art. 6º de la ley 7055 (22 de Ago. 1920): En caso de producirse contienda de competencia entre ambas cámaras , el presidente de la sala en lo civil se reunirá en tribunal y decidirán a mayoría de votos; si hubiese empate se dará intervención a un juez de primera instancia elegido en la forma del art. 97, quien la decidirá con su voto. Las que se susciten ente los jueces de diversa jurisdicción en la Capital, serán resueltas en última instancia por la Cámara de apelación de quien dependa el juez que primero hubiera conocido. Una nueva redacción se produjo por ley 12.330 (22 de dic. 1936) art. 5º: A pedido de la mayoría de los miembros de una cámara podrá convocarse a tribunal pleno, a efecto de dictar resolución definitiva en un asunto, cuando esa mayoría estimara conveniente fijar la interpretación de la Ley o doctrina legal aplicable. Si anteriormente otro tribunal pleno, hubiere resuelto un caso semejante, para convocar nuevo tribunal pleno, será necesaria la conformidad de las dos terceras partes de los miembros de ambas cámaras en lo Civil y de la en lo Comercial en su caso. Nuevamente la ley 13.998 (29 de set, 1950) organizó el sistema: art. 28.- Las cámaras nacionales de apelaciones, se reunirán en tribunal pleno: a) Para reglamentar su labor o la distribución de la labor entre sus salas, si las hubiere, y entre los juzgados de primera instancia, que dependan de ella, resolviendo las cuestiones que se susciten al respecto; b) Para unificar la jurisprudencia de las salas o evitar sentencias contradictorias, cuando no exista interpretación de la Corte Suprema. La doctrina legal o interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia, respecto de las cuales la cámara que la pronuncie es tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de cámara, dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá volverse sobre ella, como consecuencia de una nueva sentencia plenaria. Finalmente el Dec. Ley 1285/58 (7 de Feb. 1958) dispuso: Art. 27. - Las Cámaras de Apelaciones se reunirán en tribunal pleno: a) Para reglamentar su labor o la distribución de la labor entre sus salas, si las hubiere, y entre los juzgados de primera instancia que dependan de ella, resolviendo las cuestiones que se susciten al respecto; b) Para unificar la jurisprudencia de las salas o evitar sentencias contradictorias; c) Para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso, cuando la cámara, a iniciativa de cualquiera de sus salas, entendiera que es conveniente. La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de cámara dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse aquélla por medio de una nueva sentencia plenaria. Art. 28. - La sentencia que contradiga a otra anterior de la misma Cámara, sólo será susceptible de recurso de inaplicabilidad de ley, ante la Cámara en pleno, cuando el precedente haya sido expresamente invocado por el recurrente antes de la sentencia definitiva. Dicho recurso deberá ser interpuesto y fundado, dentro de los cinco días, ante la sala interviniente. La Cámara establecerá la doctrina aplicable y, si la del fallo recurrido no se ajustare a aquélla, lo declarará nulo y dispondrá que la causa pase a la siguiente sala para que pronuncie nueva sentencia. Hasta que la Cámara resuelva sobre la procedencia del recurso, se suspenderán los efectos de la sentencia. El Decreto 1285/58 fue derogado por la ley

En realidad el llamado Recurso de Inaplicabilidad de la Ley no es un recurso propiamente dicho, excepto para el apelante que pretende que se modifique la resolución de la Cámara en su favor. Dudosamente puede considerarse un recurso extraordinario pues se trata para el apelante de una apelación ordinaria *en tercera* instancia, pero no para discutir el acierto o desacierto de la sentencia cuestionada<sup>19</sup>, sino la contradicción entre los fallos de un fuero, pues significa más bien el corregimiento de una situación de incompatibilidad lógica del sistema. El recurso resulta irregular en el sistema, pero no por ello resulta extraordinario.

El fundamento de este sistema es el siguiente. Si existe un sólo tribunal que actúa siempre en pleno (como cuando la Corte actúa en instancia originaria, o cuando en el interior hay una sola sala de apelación) las decisiones que tome serán siempre coherentes entre sí, y si modifica un criterio anterior, se entenderá que hay un cambio de jurisprudencia. Pero cuando la tarea resulta muy compleja por la cantidad de causas, los tribunales necesitan multiplicarse, tanto los de primera instancia como los de revisión colegiados aumentando así el número de miembros dividiéndose en salas (conjuntos de tres miembros). Llegado a este punto hay que tener en cuenta que *cada sala resuelve la cuestión apelada con la autoridad de todo el cuerpo colegiado*. Es decir que cuando decimos que una Cámara (la civil de la Capital Federal por ejemplo) resuelve un caso concreto, la que está resolviendo la cuestión en realidad es una de sus salas, de allí que por ejemplo en la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, de 39 jueces para resolver el caso sólo lo atienden 3.

En estos supuestos se presenta el inconveniente de que las salas pueden interpretar de modo diverso una misma normativa, dando soluciones distintas a los mismos casos. Como la decisión es de la Cámara, como unidad,

---

17454 que aprobó el CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION (7 de Nov. 1967) y reguló la institución en los artículos 288 a 304, con diversas notificaciones y reordenación de su articulado por Decreto 1042/1981, sus sucesivas reformas y derogación del Recurso de Inaplicabilidad de la ley por ley 26.853 y repuesto en su vigencia por ley 27.500.- El Decreto 1285/58, siguió vigente en materia, penal hasta que sus normas sobre esta materia fueron derogadas por ley 24.050.

<sup>19</sup> No cabe realizar una interpretación amplia del art. 288 del ritual, sino más bien restrictiva, toda vez que constituye un remedio extraordinario (conf. Fassi-Yáñez, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado*, Tº II, pág. 535). La vía del recurso de inaplicabilidad de la ley no constituye una tercera instancia ordinaria y, consecuentemente, no es apropiada para juzgar el acierto o desacierto de la sentencia cuestionada, en virtud de discrepancias con la solución que se adopta (conf. Morello-Sosa-Berizonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y Anotados*, Tº III, pág. 968 y sigs.).

no se supone que la misma cámara tenga contradicciones al mismo tiempo sobre el mismo asunto, porque ello vulneran los principios básicos lógicos de identidad, de no contradicción y de tercero excluido<sup>20</sup> por un lado y por otro el principio de igualdad previsto en la Constitución Nacional en el art. 16. Para resolver este problema práctico fue creado el Recurso llamado de Inaplicabilidad de la ley, conforme con el cual, ya sea a pedido de parte o a iniciativa de una sala (pero siempre ante la existencia de un caso concreto, aspectos que a veces se viola) la cámara se reunirá en pleno (con todos sus miembros) y mediante una decisión tomada por mayoría se establecerá cual es la interpretación legal aplicable al caso, que se tornará obligatoria para todos los casos futuros del mismo tipo, porque no es necesario volver a repetir la reunión para ratificar el plenario en cada caso, pues en tal supuesto carecería de fundamento el sistema del Recurso de Inaplicabilidad de la Ley.

La circunstancia de que uno de los modos de activar la competencia de la Cámara en pleno para fijar el criterio general y único sobre el punto jurídico sea a pedido de parte en un proceso, hace que para esa parte resulte un recurso. Pero la finalidad fundamental del sistema no está en el caso particular activante de la competencia de la Cámara, sino en la necesidad de que la Cámara se pronuncie de la misma manera respecto del derecho en todos los casos pues, como surge del art. 302 el tribunal en pleno se puede constituir de oficio a iniciativa de cualquiera de sus salas.

La tendencia a eliminar este tipo de recurso se debe al desconocimiento de la necesidad de que el proceso sea, en lo posible, un sistema previsible de resolución de conflictos y no una lotería.

La unificación de jurisprudencia que pretendía la exposición de motivos de la ley 26.853, creando una casación intermedia para unificarla, sin establecer la obligatoriedad de los fallos, creándose distintas Cámaras de Casación, con mezcla de fueros federales y nacionales, no sólo es un disparate, sino que la divergencia entre los fueros nacionales y federales es a todas luces inadecuada, pues si bien por un lado existen pequeñas diferencias en algunas cuestiones comunes muy particulares, como han sido

---

<sup>20</sup> El *principio de identidad* es un principio de la lógica y la filosofía, según el cual toda entidad es idéntica a sí misma. El *principio de no contradicción* se expresa afirmando que una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido. A su vez el *principio del tercero excluido*, indica que la disyunción de una proposición y de su negación es siempre verdadera.

los intereses monetarios, alguna cuestión de competencia (que ya tienen un sistema para la determinación), o como fue la prescripción en materia de los transportes, en otros casos la divergencia está fundada en normas distintas correspondientes a materias diversas, que hacen imposible la unificación jurisprudencial. Pero además en el modelo que se proponía quedaba sin solución la confluencia de cuestiones entre lo federal contencioso administrativo y lo federal civil y comercial donde existen temas en que hay soluciones dispares<sup>21</sup>. Como se advierte ésta que es una cuestión general que tiene soluciones dispares sin que se pueda, en el sistema de casación criticado, llegar a ningún resultado uniforme. Y ello es porque la casación intermedia, a más como ha sido propuesta, privilegiando el sistema contencioso administrativo para los fines del Estado, no sirve y rompe el principio de igualdad de la CN<sup>22</sup>.

#### 4. La ley 27.500

Mucho tiempo después de cambiado el gobierno en 2015, el Congreso recordó que estaba vigente la ley 26.853 y que nos habíamos quedado sin unificación jurisprudencial. En consecuencia volvimos nuevamente al sistema anterior a dicha ley (mediante la ley 27.500 la que derogó la ley

---

<sup>21</sup> V. gr. “En los juicios en los que se reclaman intereses como accesorio del capital, corresponde computar a los fines arancelarios, los devengados durante el pleito (CNCIV y COMFED – EN PLENO - 11/09/1997- Causa 21.961/96 - “La Territorial de Seguros SA c/ Staf s/ Incidente”), en cambio se ha dicho “La ley 21.839 y su modificatoria no efectúa distinción alguna entre capital e intereses a los efectos de establecer la base sobre la que deben regularse los honorarios de los profesionales, inclusión o exclusión de dichos accesorios que queda librada a la discrecionalidad del juez” (CNA-CAF - SALA V. - - Causa: 21.891/2000 - 20/10/2000 -”Justo Rodero e Hijos S.A.I.C. (T.F. 9815-I) c/D.G.I.”).

<sup>22</sup> Calamandrei, Piero en el Prefacio de la obra *La casación civil* (Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 18 y 19) nos dice: La más vergonzosa entre estas viejas “cábalas” es, indudablemente, la ordenación actual de la Casación civil. Tuve ocasión, hace algún tiempo, en un trozo de tierra italiana redimido por nuestros soldados, de conversar con un magistrado de la Suprema Corte de Viena y de llevar a cabo con él alguna comparación entre nuestro proceso y el austríaco. Discutimos seriamente sobre las más importantes diferencias; pero cuando aludí al sistema italiano de las cinco Cortes de Casación regionales, el magistrado austríaco, aunque sin hacer comentarios, no pudo contener la risa; tan extraño le parecía a él, *no habituado, como estamos nosotros, a esta absurda rareza de la unidad pluralizada, el fenómeno jurídico de la coexistencia en un Estado de cinco órganos destinados a unificar la jurisprudencia*. Sonreí también yo, aduciendo como excusa nuestra el carácter provisional del sistema; pero experimenté dentro de mí una amarga pena por no poder, también en este terreno, demostrar a aquel extranjero que la nación vencedora en la guerra con sus armas y con su corazón, era también vencedora en la paz con la perfección de sus ordenamientos civiles (el subrayado es nuestro).

26.853, excepto el art. 13 referido al número de miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Pero en lugar de dictar dos artículos claros y necesarios para lograr ese objetivo, uno derogando la ley en crisis y otro reponiendo el sistema anterior, se redactó un nuevo texto de Recurso de Inaplicabilidad de la ley entre los artículos 288 a 301, incorporando aparte los artículos 302 y 303 (convocatoria por las salas y obligatoriedad de los fallos plenarios) y agregando un artículo (necesario) el 6º, que dice: “Las sentencias plenarias dictadas por las cámaras federales de apelaciones o las cámaras nacionales de apelaciones durante el período de vigencia de la ley 26.853 conservarán su obligatoriedad en los términos del artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

Y ¿cual es la diferencia normativa entre la redacción de la ley 27.500 y el CPCCN anterior respecto del recurso de inaplicabilidad de la ley?, solamente dos palabras “constituida” por “formada” en el art. 288, el agregado “el” antes de recurso en el art. 290 y sustituyendo, en los artículos 293 y 296, el número de artículo al que se refieren (292 y 295 respectivamente) por la voz “artículo anterior”. Mucho gasto de papel, requerimiento de control para ver si existen diferencias, pérdida de tiempo, pero es una especie de vuelta a la normalidad. ¿Seguiremos cambiando las normas de esta manera? Sacamos y ponemos normas sin orden ni concierto, creando el riesgo evidente de la inseguridad jurídica.

Pero no es la primera vez que sucede. Recuérdense que el poder militar gobernante hasta el 25 de Mayo de 1973 apresuró la sanción y promulgación de una titulada *ley de reformas al Código Procesal civil y comercial de la Nación*, que indudablemente se había preparado demorado en el Ministerio de Justicia. Con este fin el día 23 de mayo de 1973 se sancionó y promulgó la Ley 20.497, que fue publicada el día 4 de junio, para entrar a regir a los treinta días de su publicación. Pero el gobierno constitucional, que había asumido el 25 de mayo de 1973, derogó tal ley al segundo día de su vigencia. La derogación de la Ley 20.497 por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional tuvo fundamento en la existencia de un Congreso que recuperaba el poder legiferante en el orden nacional y local para la Capital de la República<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Ver sobre este tema Carlo Carli “La demanda civil” , Editorial LEX 1973, páginas a 342.

Recuérdese otro ejemplo en un caso más reciente, pero en una faz diversa, que es el de la ley del dos por uno, que derogaba los artículos 7 y 8 de la ley 24.390. El 9 de mayo de 2017 la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación se reunió de urgencia para sancionar una ley que pudiera frenar las consecuencias del fallo de la Corte Suprema aplicando el dos por uno en delitos de lesa humanidad<sup>24</sup>. Las bancadas del Frente para la Victoria, el PRO, el Movimiento Evita, Libres del Sur y el Partido Socialista, presentaron sendos proyectos que fueron unificados, en un solo texto votando en ese sentido muchos de los mismos legisladores que habían aprobado la ley anterior<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> CSJN, 3 may. 2017 - La sentencia dictada en el caso de Luis Muña (Expte “BIGNONE, Benito A. y otro s/recurso extraordinario”). Por mayoría.

<sup>25</sup> Dos por uno es la denominación de un régimen del Derecho procesal penal por el cual se estableció que las personas detenidas preventivamente durante más de dos años, tenían el derecho a compensar la demora del Estado en llevarlas a juicio, computando doble el tiempo en exceso que permanecieron detenidos sin condena. El régimen fue establecido en ese país por la Ley N° 24.390, conocida como Ley del Dos por Uno sancionada en 1994, que reglamentó el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho de toda persona que resultara detenida y acusada de un delito, “a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad”. El régimen del dos por uno fue derogado en 2001 por la Ley N° 25.430.



# EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SUS LÍMITES

POR JOSÉ W. TOBIÁS<sup>1</sup>

## I. Una cuestión terminológica

La muy extendida terminología de “consentimiento informado” (el equivalente a “*informed consent*”; o “*consenso informato*” o “*consentement eclaire*” en otros idiomas y legislaciones; su recepción expresa en los arts. 58 y 59 del nuevo Código y, antes, en la ley 26.529)<sup>2</sup>, me han inducido a incorporarlo al título de la comunicación, no obstante mantener el punto de vista que más apropiado es aludir al “asentimiento del paciente” o más bien, a la “voluntad jurídica del paciente” (para precisar que ella puede ser afirmativa o negativa a la propuesta profesional) o, en todo caso, a la “voluntad del paciente conscientemente prestada”<sup>3</sup>.

Sucede, en realidad, que “informado” no es el consentimiento sino lo es el paciente que expresa su voluntad y no hay, en rigor, una voluntad convergente (o coincidente) del paciente y el profesional sino una manifestación unilateral del primero que, como acto, es el final de un proceso al que se califica comúnmente de “consentimiento informado”.

La terminología, no obstante, puede aceptarse siempre que se tenga en claro que se esta en presencia de una manifestación unilateral del paciente que concluye con un proceso que busca resaltar la previa importancia de la

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de octubre de 2019.

<sup>2</sup> Emplea también la expresión el “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biotecnología y la medicina (Protocolo de Oviedo). Los proyectos de reforma del Código Civil emplean la palabra “consentimiento” (art. 112 Proyecto 1998; art. 120 Proyecto del ejecutivo de 1993).

<sup>3</sup> TOBIÁS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, La Ley, Tº II, p. 156 y ss.; BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, 2º ed., p. 161.

interacción con el profesional y que posibilita valorar el itinerario previo que concluye con el asentimiento, el modo del esfuerzo colaborativo del profesional, el contenido y el tiempo dedicado a la información; la claridad con que se ha dado, etc<sup>4</sup>.

Se ha afirmado, a propósito de ello, que solo en el ámbito de la disciplina de un proceso es posible valorar adecuadamente la voluntad del paciente y la confusión y la angustia que a veces conviven con el uso de la razón: atender al proceso de formación de la voluntad, posibilita valorar y garantizar las condiciones del proceso y no solo del acto que lo concluye y que constituye el final del itinerario<sup>5</sup>.

Lo cierto es que, independientemente del aspecto terminológico, la importancia atribuida a la voluntad del paciente, reemplaza hoy a los criterios de épocas —no tan lejanas— en que predominaba el paternalismo o imperialismo médico (asentado en la idea que era el experto —el profesional— quien estaba en mejores condiciones, por sus conocimientos, para evaluar la mejor decisión para el profano —el paciente— y ello justificaba una limitación a su autonomía en virtud de los motivos de beneficencia).

---

<sup>4</sup> HIGHTON, Elena-WIERZBA, Sandra, *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*, Ad-hoc, p. 69 y s.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del medico*, Buenos Aires, p. 167 y s.; BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, 3ª. ed., p. 159; TOBIÁS, José W., *Tratado de Derecho Civil-Parte general*, La Ley, Tº II, p. 157. En rigor, no obstante el epígrafe de “consentimiento informado”, es la precisa caracterización que formula el art. 59 del nuevo Código (“... es la declaración de voluntad expresada por el paciente emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada...” de los ítems que enumera). En ese orden, debe precisarse que el asentimiento del paciente es diverso al consentimiento en el contrato medical. En el primer caso, acepta la alternativa terapéutica propuesta por el profesional y, en el segundo, concluye un contrato del que deriva la obligación del profesional de realizar el tratamiento y, en su caso, la obligación del paciente de pagar los honorarios (CAITANE, Giovanni, *La responsabilità del professionista*, Dott. A. Giuffrè, Milano, p. 265; TOMASI, Sara, “Consenso informato e disciplina dell’attività medica”, *Riv. Critica del Diritto Privato*, año XXI-3, pp. 556 y ss. Es cierto, como afirma ORGAZ, Alfredo, “El consentimiento del damnificado”, *LA LEY*, 150-965), que en la mayor parte de los casos ambas manifestaciones de voluntad coincidirán en una, pero ello no impide la necesaria precisión conceptual y, además, no sucederá siempre. Así, cuando el tratamiento médico se realiza sin que medie como fuente un contrato sino a raíz de una disposición legal o administrativa, como lo sería —por ejemplo— el reconocimiento médico para el ingreso a la universidad, en donde —sin embargo— es evidente que el asentimiento del particular es necesario. También, MAYO, Jorge A., “La autonomía de la voluntad en el ámbito de la medicina”, *RRCS*, año XX, núm. 11, pp. 283 y ss. Comp., sin embargo, NICOLAU, Noemí, “El acto jurídico personalísimo. Instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos”, en *Estudios de derechos personalísimos - Homenaje a Santos Cifuentes*, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, para quien se está en presencia de un acto jurídico bilateral.

<sup>5</sup> ZATTI, Paolo, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, p. 253 y s..

Establecido, al menos como regla general, que la licitud de cualquier tratamiento, intervención o práctica médica esta supeditada a la voluntad de quien, por la naturaleza de los intereses en juego (la propia salud o vida), es el arbitro único e irremplazable de la situación, se imponen formular dos agregados relevantes: **a)** como lo señala un autor “ocuparse del consentimiento informado significa analizar relaciones y decisiones que se insertan en las condiciones de fatiga, de fragilidad, de enfermedad y de batallas, de minusvalía, de ausencia de autosuficiencia, de declinación de las fuerzas y de la vitalidad, de vejez y deseos de morir”<sup>6</sup>; **b)** no es posible aludir a una declaración voluntaria del paciente si no está precedida de una particular relación comunicacional con el profesional que transmita los elementos de juicio relevantes que posibiliten una decisión informada (y que contemple especialmente, además –como se insinúa en a)– la situación de vulnerabilidad en que, muchas veces, se encuentra el destinatario de la información).

Aquí, a partir de las indicadas consideraciones básicas, la comunicación se circunscribe a considerar unos pocos temas que se estiman de importancia y actualidad o que han dado lugar a controversias (prescindiendo, por ello, del análisis sistemático del tema y de su regulación en el nuevo Código, que he considerado en otra oportunidad)<sup>7</sup>.

## II. El evento adverso y el deber de información: “un silencio embarazoso”

Establecido que el llamado “consentimiento informado” reviste el carácter de regla cardinal del ordenamiento, una cuestión que se ha calificado como de un “silencio embarazoso”<sup>8</sup> es la de determinar cual ha de ser el comportamiento del profesional cuando se han verificado acontecimientos dañosos posteriores al tiempo en que el paciente expresó el consentimiento

<sup>6</sup> ZATTI, Paolo, *Il proceso del consenso informato*, en *I nuovi diritti nell' integrazione europea: la tutela dell' ambiente e del consummatore*, Cedam, p. 214, it., por GRAZIADEI, M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, en *Trattato di Biodiritto*, ob. cit., p. 204.

<sup>7</sup> Me he ocupado del tema en otras oportunidades, TOBÍAS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, ob. cit., Tº II, p. 156 y ss.

<sup>8</sup> GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limiti*, en “Trattato di Biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *I diritti in medicina*, Giuffrè, p. 231 y s, quien invoca para ello estudios empíricos de los que resulta que en su país, los médicos se abstienen de comunicar a sus pacientes errores sanitarios de los que derivan daños significativos.

al tratamiento médico. Son los casos del acaecimiento de contingencias adversas previsibles e informadas previamente o de eventos adversos previsibles no informados o eventos dañosos culposos o del suceder de riesgos no conocidos al inicio del tratamiento consentido.

Interesa señalar inicialmente que el proceso comunicativo del profesional con el paciente es un evento continuo que se desarrolla a todo lo largo del tratamiento y que, por lo tanto, no se agota con el deber de información inicial. Comprende, por lo tanto, la evolución del itinerario del tratamiento, su acontecer, su desarrollo y, por lo tanto, los inconvenientes y eventos acaecidos. Ningún sentido tendría considerar que el deber del médico abarca la información preventiva de algunos riesgos para considerar luego que, acaecido el evento dañoso, no existe el deber de comunicarlo.

En el derecho europeo el punto de referencia principal –respecto del punto más conflictivo como lo es el comportamiento culposo dañoso– está regulado en la ley francesa del 4 de marzo de 2002 (conocida como ley Kouchner, en razón del nombre del Ministro de Salud que la promovió) que dispone “quien resulte o se considere víctima de un daño imputable a una actividad sanitaria de prevención o de diagnóstico o de un tratamiento médico o sus descendientes si la persona ha fallecido o, en su caso, su representante legal, deben ser informados por el médico o la estructura sanitaria, o lo servicios sanitarios u otro organismo involucrado, de las circunstancias y las causas del daño”<sup>9</sup>. La misma fuente consagra la obligación de informar al paciente riesgos nuevos que no pudieron ser identificados a la época del inicio del tratamiento<sup>10</sup>.

En el derecho italiano, el “Manual para la formación de operadores sanitarios sobre la seguridad del paciente y la gestión del riesgo clínico”, emanado del Ministerio de Salud de ese país, contiene indicaciones operativas de la existencia de ese deber de información<sup>11</sup>.

En el Reino Unido, a su vez, rige el llamado “*duty of candour*” (deber de franqueza), que consiste en el deber impuesto a los servicios sanitarios

<sup>9</sup> Incorporado al “Coda de la santa publique”, art. L. 1124-4.

<sup>10</sup> “Cuando en un momento posterior al tratamiento, a la cura o a las acciones de prevención se identifiquen riesgos nuevos, la persona interesada debe ser informada”.

<sup>11</sup> Se recomienda a toda entidad sanitaria la formación de un protocolo acerca de las modalidades de comunicación de eventos adversos de modo de asegurar la adopción de comportamientos homogéneos de parte de todo el personal (GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informito e i suri limita*, en “Tratatto di Biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 237).

públicos de informar a los pacientes la presencia de un error sanitario que comprometió la cura y colaborar, de ese modo, con las Cortes para que arriben a un correcto resultado y de paso mejorar las estadísticas de los servicios de salud (prescindiendo, de ese modo, de aspirar a ganar un litigio a cualquier costo)<sup>12</sup>.

El interrogante, en suma, es el de establecer el alcance del deber de información, es decir, si este comprende, luego del consentimiento inicial, la comunicación del acaecimiento de los eventos adversos previsibles –informados o no– y de los riesgos desconocidos al momento del consentimiento (incluyendo sus consecuencias). La contestación afirmativa se impone, no solo porque, según lo dicho, el deber de información del profesional subsiste a lo largo de todo el tratamiento, sino porque se lo debe considerar un resguardo de la mejor gestión de la actividad sanitaria y de la protección y expectativas del paciente. Más significativamente, la existencia de tales deberes de información, están directamente vinculados a los principios de la dignidad y autonomía del paciente (de los cuales emana el discurso acerca del consentimiento informado).

### III. La calidad de la comunicación

Una particularidad relevante para determinar si se está en presencia de un consentimiento “libre” –luego de recibir información clara, precisa y adecuada, como lo impone el art. 59 del nuevo Código–, se relaciona con las circunstancias, la oportunidad y el ambiente en que se produce la información y la declaración del paciente.

Un pronunciamiento ilustrativo es el resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *I.V. v. Bolivia* (30/11/2016). La actora, en el marco de una operación cesárea, experimentó la pérdida permanente de su función reproductora (salpingoplastia bilateral). El Tribunal consideró que no se trataba de una urgencia o emergencia terapéutica<sup>13</sup> que la actora, por la envergadura de la intervención que se le estaba practicando (cesárea), se

---

<sup>12</sup> Regulation 20: (Health and Social Care Act 2008).

<sup>13</sup> Debe distinguirse cuidadosamente la indicada hipótesis en aquella en que el profesional descubre una patología más grave que la diagnosticada o se ve enfrentado a una contingencia no culposa e imprevista, que requiere un procedimiento distinto al informado para evitar comprometer la salud o vida del paciente (en cuyo caso la actitud del profesional puede encuadrarse como un estado de necesidad ( TOBÍAS, Jose W. en Código Civil y Comercial comentado, Tratado exegético, La Ley, 3ª. ed., T. I, p. 775).

encontraba en una situación de vulnerabilidad y estrés; que la información que se le pudo haber suministrado se realizó en un lugar inadecuado (el quirófano) y de manera inoportuna (en el acto quirúrgico), sin que la paciente hubiera tenido oportunidad de “reflexionar y comprender” las consecuencias de la decisión que estaba tomando (debido a la ausencia de un plazo razonable de reflexión que posibilitase entender que la información fue cabalmente comprendida). Consideró, en definitiva, que el galeno no había obtenido un consentimiento personal libre, previo, pleno e informado<sup>14</sup>.

Se infiere de todo ello que algunas de las pautas a considerar negativamente son la presentación de información relevante en proximidad del evento (como cuando se la brinda en oportunidad de ser llevado al quirófano) o cuando el paciente ya se encuentra bajo los efectos de o la anestesia o cuando lo expresa bajo los efectos de un sedativo suministrado por el médico o cuando el cirujano especialista fija una fecha próxima para la cirugía imposibilitando la consulta con el médico de familia la oportunidad del tratamiento propuesto.

Otro aspecto relevante –a partir de la consideración que el deber de información, al menos como regla, debe ser integral– se vincula con la prudencia y solidaridad humana con que ella debe ser suministrada (*supra* núm. I); caracterizado por esfuerzos de persuasión (no de presión) y, sobre todo, computando la incidencia en la salud del paciente, abarcativa esta como comprensiva del resguardo del equilibrio psíquico. Muy vinculado con el tema de la existencia (o no) del llamado “privilegio terapéutico” –cuestión a la que me he referido en otras oportunidades<sup>15</sup> –, puede al menos afirmarse que en los casos en que se concluye que existe el deber de informar un diagnóstico y pronóstico gravísimo, el modo de hacerlo debe, entre otras particularidades, resguardar la autonomía del destinatario, evitando desestabilizar su salud psíquica: es que el deber de información del médico no impone la brutalidad y supone, en cambio, el deber de computar las condiciones de salud psíquica, la transmisión de los márgenes de esperanza existentes; evitar la sobreestimación de la situación patológica y, en su caso, la de resaltar las facultades del paciente para enfrentar la enfermedad (con el auxilio de la asistencia psicológica, de considerárselo necesario).

---

<sup>14</sup> Un análisis del fallo, en BANCOFF, Pedro, “El derecho a la salud, el consentimiento informado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Rev. RSS*, año XX, núm. 12, p. 45.

<sup>15</sup> TOBIÁS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, La Ley, T° II, p. 165 y s.

Paradójicamente, los avances tecnológicos que conducen a que un número cada vez mayor de pacientes busquen información previa en Internet o las redes sociales, acentúa la importancia de la comunicación coloquial entre ambos: la mayor información que aquello supone, (como profano que es el paciente) no excluye la necesidad que le sea precisado por el experto lo que lee, para poder asimilarlo, distinguirlo y, en todo caso, para subsumirlo en la situación concreta, no sin destacar que también en este ámbito hay las llamadas “fake news”.

En otro orden, es una práctica lamentablemente extendida en nuestro país, la presentación de formularios escritos que contienen la información del tratamiento –muchas veces en un lenguaje técnico poco aprehensible para un profano– no suministrada en forma personal por el médico y presentados para su firma por algún auxiliar no profesional.

Independientemente de que términos manifiestamente genéricos (“he sido informado de los riesgos” o “he sido informado de las consecuencias de la no realización de la práctica” o similares) carecen de la idoneidad para tener por cumplido el deber de información, es perceptible, además, que el documento tampoco es idóneo para reemplazar la comunicación coloquial entre paciente y médico (única que posibilita al paciente interpelar al médico sobre sus incertezas y a éste contestarlas). Por lo demás, siendo que el lenguaje debe adecuarse a las particularidades de comprensión de cada paciente, además de adaptarse a su estado psíquico, el documento escrito no es, por lo general, un medio apropiado de comunicación y es insuficiente, por lo tanto, para sustituir el coloquio con el profesional (sobre todo en el caso de intervenciones complejas en que las alternativas posibles no se presentan con particular claridad).

En otro orden, la circunstancia que el paciente sea, a su vez, un médico, no libera al profesional tratante de su deber de información, aunque puede atribuir características especiales a la información (por ejemplo, posibilitar un lenguaje más técnico), sin prescindir de considerar que el paciente médico puede no ser especialista en la rama de la medicina de que se trata o que su profesión no le posibilite confrontar y discutir las perspectivas del tratamiento con su colega<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limiti*, en “Tratato di Biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 243.

#### IV. Valor a atribuir a la negativa del paciente

Prescindiendo de considerar aquí el valor a atribuir a la negativa del paciente cuando se presentan situaciones que pueden posibilitar considerarlo un acto involuntario (la presencia de coacciones internas significativas, como miedo, dolor, sufrimiento, o depresión significativas que condicionan la decisión y desestabilizan la escala de valores) o coacciones externas significativas, (como lo podrían ser la incidencia de problemas económicos para afrontar los costos) o, cuando la negativa constituye una forma larvada u ostensible de suicidio y hay ausencia de motivos atendibles<sup>17</sup>, me detendré en el valor a atribuir a la negativa del paciente fundada en convicciones religiosas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como es sabido, se ha pronunciado en la conocida causa “Bahamondez” haciendo prevalecer la voluntad del paciente fundado en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas (testigo de Jehová) y su dignidad<sup>18</sup>, criterio que reiteró en Albarracini Nievas<sup>19</sup>.

Algunas dudas que sirven para intentar precisar más el alcance del valor atribuido a la autonomía del paciente, sin embargo, suscitan los casos en que la declaración negativa del paciente Testigo de Jehová, debe evaluarse bajo el prisma de su actualidad o de las circunstancias que rodean a la declaración.

En relación a lo primero, un antecedente judicial puede ser ilustrativo acerca del valor a atribuir a la oportunidad temporal de la negativa y al estado de salud en que se la emitió: se había denegado judicialmente la transfusión de sangre a un paciente testigo de Jehová que se hallaba inconsciente, sobre la base de un documento médico de cierta antigüedad

<sup>17</sup> He analizado esas cuestiones en otro lugar, TOBIÁS, Jose W., Tratado de Derecho Civil-Parte general, La Ley, T° II, p. 168 y s.

<sup>18</sup> Se trataba de un paciente cuya vida parecía depender de una transfusión de sangre, a la que se negaba fundado en sus convicciones religiosas (La Ley 1993-D-132). El criterio del fallo es recogido por otros pronunciamientos (CCiv. y Com. 15ª Non., Rosario, ED 162-624; CNCiv. Núm. 9, LL 1987-A-84; CNCiv., Sala G, L. 1996-C-390; C5ª Civ. y Com. Minas Paz y Trib., Mendoza, LL 1997-F-609) y por un sector de la doctrina: RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil*-Parte general, Abeledo Perrot, 5ª Ed., t° I, p. 722; SAGÜES, Nestor P., “¿Derecho constitucional a no curarse?”, LL 1993-D-132; HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra, *La relación...*, cit., p. 507; BIDART CAMPOS, Germán, “La transfusión y la objeción religiosa de conciencia”, ED 124-113.

<sup>19</sup> CSJN L-L 2012-D-245. El Tribunal confirmó el rechazo de una medida cautelar promovida por el padre de una persona joven que por sus creencias religiosas –era testigo de Jehová– se negaba a aceptar una transfusión de sangre que se presentaba como necesaria para compensar hemorragias sufridas en ocasión de un robo con armas de fuego.



que rechazaba la transfusión y el mismo día, horas después del fallo denegatorio, el paciente recuperó a la conciencia y prestó su asentimiento para la transfusión<sup>20</sup>.

Lo atinente a la incidencia de las circunstancias que rodean a la negativa, puede también evaluarse en base a una causa que debió resolver la Casación italiana, en que desconoció el valor de la negativa del paciente expresada en circunstancias en que no se encontraba en peligro inminente de vida, si el cuadro clínico posterior se desarrolló de modo drástico e imprevisto, con peligro de vida, a cuyo fin consideró legítima la actitud de los médicos que practicaron la transfusión –estando el paciente inconsciente– por entender que el rechazo anterior no era operante en razón del posterior desarrollo de la situación<sup>21</sup>.

Una nueva hipótesis, también resuelta por la Casación italiana, se plantea respecto del valor a atribuir a un documento en papel que el paciente Testigo de Jehová llevaba consigo (con una declaración “no sangre”) en oportunidad de ingresar inconsciente y con peligro de vida a la guardia de un hospital. Al negar valor a la declaración –con el argumento que la negativa debió formularse luego que el paciente fuera advertido de la gravedad de la situación y de las posibles consecuencias de la negativa–, la Corte dejó, sin embargo, a salvo el principio según el cual una declaración expresa de la que surja inequívocamente la voluntad de impedir la transfusión comprensiva de las hipótesis de peligro de vida, debió haber sido considerada como válida<sup>22</sup>.

En las causas mencionadas, parece subyacer la consideración que el valor a atribuir a la declaración del rechazo a la transfusión cuando hay peligro de vida, requiere que la voluntad para esa hipótesis esté prevista especialmente y resulte de manera inequívoca, a lo cual alguna doctrina

---

<sup>20</sup> Sobre ese pronunciamiento, HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Ad-Hoc p. 496 y ss.

<sup>21</sup> Foro Italiano, 2007; I, p. 1711, cit. por GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limite*, en Trattato di biodiritto, cit. p. 239

<sup>22</sup> Cas. Saz III, 15/09/2008, Foro Ir. 2009, I, 36, cit. por GRAZIADEI, Michelle, ob. cit., p. 239. Se ha afirmado que es discutible que una resolución de ese tipo pueda ser reiterada luego de la sanción de la ley núm. 122 del 22 de diciembre de 2017 que, además de consagrar de modo expreso el derecho del paciente a rechazar en todo o en parte cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico (art. 1) no especifica acerca de la necesidad que la negativa sea expresa luego de que el paciente sea advertido de su estado y los riesgos correlativos a su decisión (PERFETTI, Ubaldo, *La responsabilità civile del medico tra legge ce. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*).

agrega que la negativa debiera tener actualidad en el sentido que ante una situación de duda, es menester hacer valer el principio “*in dubio pro vita*” pues una negativa preexistente puede como máximo acreditar la intención de la persona al momento de suscribir la declaración (que puede ser anterior en cinco, diez años o más)<sup>23</sup>.

Como se advertirá, en la controversia subyace la cuestión de la manera de resolver las tensiones entre la autonomía (el derecho a la libertad) y el derecho a la vida (especialmente cuando no es posible establecer con certeza la existencia de una voluntad negativa).

En otro orden, a veces, el resguardo de las convicciones religiosas debe confrontarse con derechos relevantes de terceros (como lo serían la salud o la vida de ellos). Es el caso en que la creencia religiosa del o los progenitores es invocada para oponerse a la transfusión de un hijo menor. En nuestro país, parece ser generalizado el criterio que el interés del menor debe prevalecer sobre la convicción religiosa de los progenitores y el tema se ha considerado en relación a la negativa de Testigos de Jehová a la transfusión de sangre de hijos menores (aun en los casos en que no hay un peligro de vida o grave de la salud)<sup>24</sup>.

En el derecho italiano, sin embargo, la cuestión se ha planteado respecto de procedimientos que no tienen siquiera carácter terapéutico o sanitario (aunque carentes de riesgos), como lo es la circuncisión masculina de los hijos en las familias musulmanas, en relación a lo cual se ha entendido que se trata de una práctica que entra dentro del margen de disponibilidad reconocido a los progenitores en el ámbito educativo por el art. 30 de la Constitución Italiana, cuya finalidad no es otra que introducir a los hijos en una determinada creencia religiosa y a sus prácticas conexas<sup>25</sup>.

## V. Omisión de informar, nexo causal y resarcibilidad del daño

En otras oportunidades, he considerado cuáles han de ser los riesgos, molestias y eventos adversos previsibles del tratamiento propuesto que el

---

<sup>23</sup> ROMBOLI, Roberto, en *Commentario del Codice Civile* Scialoja - Branca, Persone fisiche, Zanichelli - Il foro Italiano, p. 354.

<sup>24</sup> En la jurisprudencia, JNC 3, E-D 114-113; JPaz Letrado Ensenada, ED 153-264.

<sup>25</sup> Dictamen del Comité Nacional de Bioética Italiano citado por GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limiti*; en *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè. 224

profesional debe comunicar al paciente y el complejo problema de establecer si también ese deber abarca los riesgos más excepcionales<sup>26</sup>. Destaqué entonces que los fallos de los Tribunales argentinos reflejan opiniones diversas, representativas de la dificultad de establecer criterios absolutos.

En los casos en que se estime que la comunicación de un determinado riesgo forma parte del deber de informar, quedará por establecer cuales daños guardan relación causal con el obrar antijurídico del profesional y, por ende, el de la resarcibilidad.

Se puede tomar como modelo de análisis aquel fallo que condene al resarcimiento de los graves daños experimentados por el paciente por ausencia de comunicación de un riesgo susceptible de suceder en el 5 por mil de los eventos de esa naturaleza: un severo daño neurológico provocado por una arteriografía cerebral a un paciente arterioesclerótico<sup>27</sup>.

Independientemente que el pronunciamiento omitió, a mi juicio, considerar suficientemente –además del carácter excepcional del riesgo (5 por mil de las prácticas)– el nivel de la necesidad medica de la práctica y de la condición psíquica del afectado, resulta relevante establecer si se ha de responder por todas las consecuencias dañosas experimentadas en la salud (como lo estableció el fallo).

Así, ¿Cuál ha de ser el daño resarcible, si balanceados los costos y beneficios –incluyendo el escaso riesgo y la necesidad de la practica atendiendo a las circunstancias del paciente (como el caso en que de no realizarse habría imposibilidad del diagnostico y, por ende, imposibilidad de adoptar un tratamiento– era muy probable que debidamente informado del riesgo el paciente lo hubiera aceptado?

A propósito de ello, GRAZIADEI<sup>28</sup> cita dos fallos de la Casación francesa que califica de históricos.

---

<sup>26</sup> TOBÍAS, José W., Tratado de Derecho Civil - Parte general, La Ley, T° II, p. 164 y s.

<sup>27</sup> C. Fed. Civ. y Com., Sala 1, La Ley 1994-D-20. El criterio del fallo contrasta con otros pronunciamientos judiciales: por ejemplo, el de la C.Civ. y Com. de San Nicolás (Juris 94-43), en que se afirmó que la información de los riesgos debe ser prudente, apropiada, no debe perturbar mencionando peligros lejanos y provocando temores innecesarios y mala disposición que puede generar incluso la negativa al tratamiento. También, CNCiv., Sala M, JA Bioética, segunda parte, fasc. 102)

<sup>28</sup> GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limiti*, en Trattato di Biodiritto, diretto da P. Zatti - S. Rodotà, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 276.

En el primero (año 2007) –criticado por la doctrina– el Tribunal consideró que no se había demostrado que el paciente, suficientemente informado del riesgo, habría rechazado la intervención y concluyó que el perjuicio reparable por la ausencia del deber de información tendiente a obtener el asentimiento del paciente, consistía en la pérdida de la chance de evadir el riesgo que se había realizado efectivamente<sup>29</sup>.

En el restante (año 2010), en cambio<sup>30</sup> la Casación consideró que la violación de la obligación de informar al paciente y de obtener su asentimiento antes de realizar el tratamiento, era idóneo para infligir al paciente un daño moral que debía ser resarcido

En parecido sentido, el citado autor recuerda un fallo de la Corte Italiana del mismo año, que distinguió entre el perjuicio a la salud dependiente del tratamiento (culposo o no culposo) y la violación del derecho del paciente a ser informado de los riesgos del tratamiento propuesto. Consideró que el perjuicio a la salud solo sería resarcible si el paciente, debidamente informado, habría verosímelmente rechazado el tratamiento (a cuyo fin considero que la carga de la prueba acerca de la eventualidad del rechazo podía establecerse por presunciones, aunque ella le incumbía al paciente y no al médico)<sup>31</sup>.

Como se podrá advertir, los fallos mencionados (con conclusiones disímiles) plantean la espinosa cuestión acerca de la eventual existencia de un vínculo causal (y su prueba) entre la violación del deber de informar y los riesgos y las secuelas dañosas a la salud del paciente si el riesgo no informado se materializa (en relación a lo cual se presenta como un dato relevante la actitud que habría adoptado el paciente de haber sido informado del riesgo)<sup>32</sup>. A mi juicio, el daño a la salud causado por el acaecimiento

---

<sup>29</sup> La intervención del cirujano tendía a remover una estenosis mayor de la carótida interna derecha que dejó hemipléjico al paciente y condujo al deterioro de su salud y al fallecimiento tiempo después (GRAZIADEI, Michele, ob. cit., p. 276 y s.).

<sup>30</sup> La intervención consistió en una adenomectomía prostática y el cirujano omitió informar acerca del riesgo –que se materializó– de padecer problemas eréctiles graves (GRAZIADEI, Michele, ob. cit. p. 277)

<sup>31</sup> Entre otras consideraciones, se dice en el fallo que la lesión a la autodeterminación no necesariamente comporta un daño a la salud, como cuando falta el consenso y el resultado terapéutico es exitoso.

<sup>32</sup> Acerca de la relación causal en la responsabilidad médica en nuestro país, puede verse, BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, 2ª. ed., p. 239 y ss.; CALVO COSTA, Carlos, Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y las “presunciones *hominis*” en materia probatoria, RCyS, año VI, núm. 4, p. 39

de un riesgo no eliminable, es resarcible si, de haber sido informado por el profesional, el paciente habría verosímelmente rechazado el tratamiento<sup>33</sup>.

Una cuestión especial se suscita cuando la violación al derecho a la autodeterminación (la prestación se realizó prescindiendo de recabar el asentimiento o con información falsa o errónea), no genera daño a la salud corporal, sino –que en todo caso– la diligente actividad profesional contribuye a resguardarla o a evitar su menoscabo.

Se ha afirmado que en la relación médico paciente corresponde escindir un crédito de contenido informativo con el que tiene por objeto la intervención terapéutica y la existencia, por lo tanto, de un espacio resarcitorio autónomo por violación del primer interés (distinto al menoscabo a la salud, por hipótesis inexistente). El tema, en sustancia, reside en determinar si una eventual resarcibilidad por violación de la autodeterminación está o no inescindiblemente ligada a la lesión del bien salud orgánica.

Si se admite que el derecho a la autodeterminación forma parte de una autónoma situación jurídica tutelable –configurativa de la lesión a un interés– parece que hay que concluir en la existencia de un eventual deber resarcitorio por la sola circunstancia de haber omitido la información, prescindiendo de la inexistencia de perjuicios a la salud corporal resultantes de un diligente acto médico<sup>34</sup>. De cualquier modo, no deja de ser compleja la cuantificación del daño extrapatrimonial –cuya alegación y prueba le incumbirá a quien lo invoca– sin perjuicio de lo cual es perceptible la diferencia de situaciones entre el caso de la hemotransfusión practicada sin el asentimiento previo a un testigo de Jehová que posibilito el recupero de su salud, que igual hipótesis practicada a quien carecía de ese tipo de convicciones religiosas. Sin prescindir, tampoco, de la existencia de circunstancias en que el profesional –por las particulares características del paciente– haya optado por priorizar el valor vida por encima del valor libertad.

## VI. Medicina digital y consentimiento informado

El avance de las nuevas tecnologías digitales se extiende a la medicina. Una particular situación plantea la llamada “telemedicina”: en el ámbito de

<sup>33</sup> GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limiti*, ob. cit., p. 279.

<sup>34</sup> PERFETTI, Ubaldo, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso Informato*, diario La ley de 24 septiembre 2019

las entidades de medicina pre paga y de servicios de asistencia médica al viajero, en efecto, tiende a expandirse un sistema de teleconsultas entre el paciente y el médico a través de dispositivos digitales. La “reunión virtual” reemplaza al contacto comunicacional personal y su extensión y sobreutilización plantean inquietantes interrogantes acerca de sus implicancias en el nivel y calidad de la atención médica y el procedimiento con que ha de realizarse el “consentimiento informado”. He aquí algunos de los riesgos o consecuencias negativas que requieren de análisis en un intento de superarlos: empobrecimiento de la comunicación y el lenguaje, riesgos de comprensión equívoca de las indicaciones médicas; omisiones de diagnóstico por ausencia de la clínica; dificultades de auditoría del acto médico digital; dificultades probatorias acerca de lo informado por el paciente y lo diagnosticado y recomendado por el médico, ausencia de encuentro personal previo y de conocimiento suficiente del historial personal del paciente, riesgos de compromiso de la confidencialidad e intimidad del paciente, identificación y título del prestador del servicio, etc.)<sup>35</sup>.

Es exacto, desde otros aspectos, que la telemedicina puede cumplir un rol positivo, como en aquellas situaciones en que el profesional no puede estar presente en un tiempo seguro y aceptable o que ella puede tener la aptitud de llegar a pacientes con acceso limitado a la asistencia médica debido al lugar de su residencia o que puede posibilitar interconsultas con especialistas o que puede cumplir un rol significativo en la actualización de los conocimientos en profesionales que residen en zonas alejadas de las grandes metrópolis.

Pero lo cierto es que la precariedad de la intercomunicación del ejercicio de la medicina a distancia en la relación médico-paciente, además del riesgo de la insuficiencia de la información recibida del profesional, hace extremadamente difícil el acabado cumplimiento del deber de información que el art. 59 pone a cargo del profesional y correlativamente el “consentimiento informado” del paciente. Se hace indispensable, por lo tanto, la existencia de una regulación de una legislación nacional que contemple aspectos básicos relacionados con la práctica de la telemedicina, particularmente aquella vinculada con la relación médico-paciente; el adecuado cumplimiento del deber de información y el resguardo de la confidencialidad<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> WIERZBA, Sandra - MAGLIO, Ignacio, “Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil”, *Sup. Esp. Legal Tech* 2018 (noviembre), *La Ley*, p. 213.

<sup>36</sup> Recomendación de la “Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Ética de la medicina” (octubre 2007), enmendada por la 69ª Asamblea General, Reikiavik, Islandia (octubre 2018).

En el interín, asume particular relevancia la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Ética de la Telemedicina, adoptada por la 58<sup>a</sup> Asamblea General, en Copenhague, Dinamarca (octubre 2007) y enmendada por la 69<sup>a</sup> Asamblea General, Reikiavik, Islandia, (octubre 2018) (la entidad nuclea a 112 Asociaciones Medicas nacionales), algunos de cuyos Principios y Responsabilidades del medico se enuncian en nota al pie<sup>37</sup>.

Creo de especial importancia resaltar los siguientes: *a)* “La telemedicina no debe considerarse igual a una atención médica presencial y no debe utilizarse sólo para reducir costos o como un incentivo perverso para servicios excesivos y aumentar las ganancias para los médicos”; *b)* en la telemedicina la relación medico paciente “debe estar basada en un examen personal y conocimiento suficiente del historial medico paciente y en la confianza y respeto mutuos; *c)* “El consentimiento informado adecuado requiere que toda la información necesaria sobre los distintos aspectos de las consultas por telemedicina sea explicada a fondo a los pacientes...”; *d)* El médico debe tratar de asegurarse que el paciente haya comprendido el consejo y las sugerencias de tratamiento entregadas y en lo posible tome medidas para promover la continuidad de la atención”; *e)* El médico no debe utilizar la telemedicina si infringe el marco legal o ético del país.

---

<sup>37</sup> *a)* “...**Cuando se practica la telemedicina el médico debe respetar las siguientes normas éticas:**  
**1.** La relación médico-paciente debe estar basada en un examen personal y conocimiento suficiente del historial médico del paciente. La telemedicina debe ser utilizada principalmente en situaciones en las que el médico no puede estar presente físicamente en un tiempo seguro y aceptable. También se puede usar en la gestión de enfermedades crónicas o del seguimiento después del tratamiento inicial, cuando se haya probado que es seguro y eficaz. **2.** La relación médico-paciente en la telemedicina debe estar basada en la confianza y respeto mutuos. Por lo tanto, es esencial que el médico y el paciente puedan identificarse con confianza cuando se utiliza la telemedicina ... **4.** incluido, pero no limitado a: explicar cómo funciona la telemedicina; cómo reservar citas; aspectos de privacidad; la posibilidad de fallas tecnológicas, incluidas violaciones de la confidencialidad; protocolos de contacto durante las consultas virtuales; políticas de prescripción y coordinación de atención con otros profesionales de la salud de manera clara y comprensible, sin influenciar la decisión del paciente. ... **8.** El médico debe ejercer su autonomía profesional al decidir si una consulta por telemedicina versus una presencial es apropiada ... **10.** El médico al que se le pide su opinión a través de la telemedicina debe mantener un registro detallado de los consejos que entrega, como también de la información recibida en la cual basó su consejo para asegurar la trazabilidad ... **14.** ... El médico debe estar preparado a recomendar un contacto directo médico-paciente cuando estime que es en beneficio del paciente. **15.** El médico sólo debe utilizar la telemedicina en países/jurisdicciones donde tenga licencia para emplearla... **16.** El médico debe asegurarse que su seguro médico incluye la telemedicina. **17.** Se deben utilizar regularmente medidas de evaluación de la calidad de la atención para asegurar la seguridad del paciente y el mejor diagnóstico y prácticas de tratamiento posibles en la telemedicina...”

En nuestro país, en el último orden de ideas, dispone el art. 115 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina: “No son éticas las prácticas inspiradas en el charlatanismo, las carentes de base científica y que prometen a los enfermos curaciones; los procedimientos ilusorios o insuficientemente probados que se proponen como eficaces; la simulación de tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas; el uso de productos de composición no conocida y **el ejercicio de la medicina mediante consultas realizadas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o Internet**”.

Interesa señalar, a propósito de todo ello, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado que **a la hora de juzgar la actuación profesional médica deben ponderarse las reglas éticas que rigen el ejercicio profesional, pues ellas constituyen criterios idóneos para apreciar la diligencia debida en cuanto a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas y que no cabe, por ello, “privar a las normas éticas de relevancia jurídica”** (Fallos 306-178 y causa H36 XXXIII, 12/5/1998)<sup>38</sup>.

De cualquier modo, se impone un sistema armonizador que se beneficie de los avances de la tecnología con el único y exclusivo fin de beneficiar el nivel y calidad de la atención médica, respetuosa por lo tanto del derecho a la salud y la vida de los pacientes y de su libertad de autodeterminación (lo cual supone que se ha de cumplir en plenitud el deber de información).

## VII. La impronta del interés general y la vacunación obligatoria

La ley 26.529 señala como excepción al deber de obtener el consentimiento informado “el grave peligro para la salud pública” (art. 9 inc. a)). Otras disposiciones legales prevén normas para situaciones específicas: la ley de rabia 22.953 contempla el deber de someterse a un tratamiento específico y gratuito; se contemplaba la exigencia del certificado prenupcial indicativo de la ausencia de enfermedades venéreas en periodo de contagio (ley 12.331 para los varones, que la ley 16.668 extendió a las mujeres y que, discutido si era impedimento dirimente o impediendo, quedó sin efecto en el nuevo Código) o las revisiones médicas para ingresar a colegios o universidades.

---

<sup>38</sup> Sobre ello, también, VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Hammurabi, p.107 y ss.



La negativa a someterse a esas obligaciones requiere determinar las consecuencias de su incumplimiento (multas u otras sanciones) y si, en ocasiones, es factible el cumplimiento compulsivo.

Aquí, solo considerare el valor de la negativa a someterse a las vacunas obligatorias. Como es sabido, en nuestro país –y mucho más generalizadamente en otros países desarrollados– se ha extendido un movimiento anti-vacunación que reniega de uno de los avances científicos más importantes de la historia (que ha evitado la pérdida de millones de vidas y enfermedades). Tan extendida es esa tendencia que la Organización Mundial de la Salud ha considerado a los grupos radicales antivacuna como una de las diez principales amenazas a la salud mundial<sup>39</sup>.

Las negativas suelen fundarse en motivos religiosos, en otras en filosóficos o morales (se incluyen aquí las convicciones de algunas comunidades basadas en la quiropráctica y, algunas de homeópatas o de naturistas) y, en otras, simplemente, en invocaciones relacionadas con su ausencia de efectividad o sus riesgos o, conjuntamente con ello, en la adhesión a un estilo de vida naturalista.

Las dos primeras situaciones plantean la tensión ente la invocación de la objeción de conciencia con la tutela del interés general (tensión que se acentúa cuando los motivos religiosos o filosóficos son invocados por los padres y el interés en juego, además del general, es el del hijo menor de edad).

La última hipótesis, en cambio, desemboca en cuestionamientos científicos a la eficacia de las vacunas o, en todo caso, a sus efectos adversos o secundarios o la inmunidad natural de toda persona que las torna inútiles o dañosas o la adhesión a un estilo de vida naturalista. Se ha señalado con razón que el éxito de los programas de inmunización depende de la confianza pública en sus resultados y que las suspicacias acerca de su eficacia están influidas, a su vez, por estudios de investigadores, luego científicamente desmentidos, que sugieren determinados efectos adversos de una determinada vacuna.

---

<sup>39</sup> “Diez amenazas a la salud global” (<https://www.who.int/es/emergencias/ten-threats-to-global-health-in-2019>)

Las consideraré separadamente

**a) La tensión entre la tutela del interés general y el particular del menor de edad, por un lado, y la objeción de conciencia del progenitor por el otro**

La objeción de conciencia –fundada, como es sabido, en el derecho constitucional a la libertad (o de libertad)– alude a un comportamiento individual contrario a los deberes de normas jurídicas basado en motivos de conciencia. Esta, como se adelantó, está fundada en deberes religiosos o convicciones de esa naturaleza pudiendo ser también morales o filosóficos. Es común precisar, con razón, que debe tratarse de deberes o convicciones de ese tipo relevantes o sustanciales o, si se quiere, dotados de firmeza, certeza y profundidad.

Cuestiones particulares se suscitan en la hipótesis que se considera, es decir, cuando se invocan las propias convicciones para incumplir deberes normativos (como el plan de vacunación obligatoria con facultades coercitivas) que se presentan en tensión con intereses relevantes de un menor de edad sobre el que se ejerce la responsabilidad parental –el resguardo de su salud o su vida– y, más aun, con el mismo interés más general de los menores del medio social a evitar el contagio de enfermedades por medio de la vacunación. Se está en presencia de intereses en contraste: el interés general a evitar las enfermedades y su transmisión; la potestad y convicciones de los progenitores y el interés del menor a su salud y vida

La indicada tensión –si cabe– se acentúa, aunque con matices distintos, en los casos en que la vacunación obligatoria es impuesta como requisito –sin facultades de coactividad– para acceder a un determinado nivel escolar. A la enunciada tríada de intereses o potestades que se presentan como contrapuestas, se agrega la incidencia de su derecho deber constitucional a acceder a la educación (que se vería menoscabado con la negativa de los progenitores a acceder a la vacunación).

En nuestro país, como es sabido, la ley 22.909 establecía un régimen de vacunación a efectos de la protección de los habitantes del país “contra las enfermedades previsibles por ese medio...” que estableciera la autoridad sanitaria nacional (art. 1). Lo padres, tutores, curadores y guardadores de menores e incapaces eran considerados responsables del cumplimiento con respecto a las personas a su cargo (art. 11) y la falta de vacunación oportuna en que ellos incurrieran determinaba su emplazamiento en término

perentorio, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos las personas a su cargo “a la vacunación en forma compulsiva” (art. 18).

Recientemente, a principios de este año, se promulgó y publicó la ley 27.491, que derogó la ley 22.909, y estableció nuevas normas para el control de enfermedades prevenibles por vacunación: entre ellas, declara la vacunación como de interés nacional (art. 3); establece la obligatoriedad para los habitantes de su aplicación (art. 7), reitera la responsabilidad de los padres, tutores, guardadores, representantes legales o encargados (debió agregar los apoyos) de las personas a su cargo (art. 10), consagra la prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular (art. 1); el incumplimiento de las obligaciones que consagra, faculta a la autoridad sanitaria jurisdiccional a acciones tendientes a efectivizar la vacunación, que llegan hasta la vacunación compulsiva (art. 14); la certificación del cumplimiento del Calendario Nacional de Vacunación debe ser requerida para el ingreso y egreso del ciclo lectivo obligatorio y optativo, formal e informal (art. 13).

Sucesivas Resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación, han mantenido actualizado el Plan de Vacunación obligatorio (por ejemplo, Res. 20/2003; 653/2005; 498/2008; 10/2015; 563/2015; 1977/2016).

Una primera afirmación de orden general es ésta: la licitud de las normas que imponen la vacunación obligatoria esta supeditada a su respaldo científico; a su carácter no discriminatorio y a la inexistencia de alternativas adecuadas. Es el corolario constitucional que una imposición obligatoria y coactiva del tratamiento comporta una importante intromisión del Estado en la autonomía personal.

Superada esa inicial evaluación –con la consideración que concurren los requisitos indicados– se presenta la manera de resolver la tensión entre la invocación de la objeción de conciencia (religiosa, filosófica o moral) de los progenitores o tutores o guardadores de los menores de edad (también de los curadores o apoyos incapaces o capaces restringidos), con el interés general en el resguardo de la salud del medio social<sup>40</sup>, además del interés de la persona individual.

---

<sup>40</sup> Sobre la naturaleza ultraindividual de la salud como interés, también, de la colectividad, TOBÍAS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, La Ley, Tº II, p. 97.

En la hipótesis de vacunas obligatorias en previsión de enfermedades transmisibles, es menester concluir que el derecho a tutelar convicciones religiosas o filosóficas de aquellos, no incluye la libertad para exponer a la comunidad a enfermedades infecciosas. Menos aun, cuando se considera la relevancia del interés general comprometido que emerge de los datos de la realidad histórica: por ejemplo, la importancia de la vacunación en previsión de enfermedades como la viruela (llegó a matar uno de cada siete niños en Europa) o la poliomielitis (erradicó prácticamente la enfermedad) o las de la difteria, tétanos, y tos ferina, que la OMS considera que evitan cada año en el mundo entre dos o tres millones de muertes<sup>41</sup>.

La indicada es la respuesta jurisprudencial en nuestro país<sup>42</sup>, que ha tenido respaldo doctrinario<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Declaración sobre las 10 amenazas a la salud mundial, enero 2019.

<sup>42</sup> La SC Buenos Aires (causa C.111.870, “N. N. o U., V., protección y guarda de personas”, del 6/10/2010, con nota de RIVERA Julio C., “Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales”, RDFyP, año 2, nro. 10, p. 249) dispuso intimar a los progenitores de un menor a que acreditaran el cumplimiento del plan de vacunación obligatorio con el apercibimiento de procederse a la realización en forma compulsiva del modo menos traumático para el infante, con los cuidados del caso, debiendo garantizarse que la medida no lesione el derecho a obtener un trato digno y respetuoso por parte del menor y su círculo familiar. Los padres se oponían a que el menor recibiera las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación debido a su propia visión de la medicina y de la elección que profesan por el “modelo homeopático” y, en especial, los “ayurvédicos”. Más allá de ello, en realidad, pone en riesgo la salud de toda la comunidad, comprometiéndolo no solo el interés del niño sino la política pública sanitaria del Estado en aras de la salud general. En esa línea, CS, 12/6/2012, LL 2012-D-182, confirmando la sentencia del Superior Tribunal provincial. También, ST Jujuy, 12/7/2016, JA 2017-II-20, con nota aprobatoria de Nicolás Reviriego; Sala de feria CNCiv. 15/01/2019, AR/JUR/11/2019 con nota aprobatoria de Sabrina Berger, AR/DOC/410/2019; C1a, C y C, San Isidro Sala I, 10/04/2019, con notas aprobatorias de MPOLAS ANDREADIS, Alejandra - RIVAS, Mariano, “Vacunación compulsiva - Autonomía personal versus derecho a la salud” y URBINA, Paola A., “El interés superior del niño en el marco del Calendario Nacional de Vacunación”, diario La ley 29 de mayo 2019.

<sup>43</sup> BERGER, Sabrina, “Vacunación obligatoria y decisiones médicas familiares”, AR/DOC/410/2019; RIVERA, Julio C. “Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales”, AR/DC/7178/2010; WEBB, María S., “¿Los padres en ejercicio de la responsabilidad parental pueden rehusarse a inmunizar a sus hijos?”, La ley 2011-B-419, RIVERA, Julio C., “Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales”, AR/DOC/7178/2010; MPOLAS ANDREADIS, Alejandro - RIVAS, Mariano, “Vacunación compulsiva - Autonomía personal versus derecho a la salud”; URBINA, Paola A., “El interés superior del niño en el marco del Calendario Nacional de Vacunación”, ambos en diario La Ley 29 de mayo 2019. También, BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, 3ª. ed., p. 197 y s.

Al aludido interés general se agrega, también, la primacía del interés individual del menor, incapaz o capaz restringido. La libertad personal de conciencia no es invocable cuando se esta en presencia del menoscabo a un interés individual relevante de quien está a cargo del objeto, como lo es la salud o la vida (y también, eventualmente, su derecho constitucional a la educación teniendo en cuenta que la certificación es un requisito de ingreso al ciclo lectivo); ellos, como se ha afirmado, tienen derecho a no convertirse en “mártires” de las convicciones de conciencia de quienes son sus guardadores o representantes; una cosa son las convicciones religiosas o el proyecto de vida de los primeros y otra, es el derecho a la salud o la educación del hijo menor, que es indisponible para los progenitores. La afirmación precedente conlleva, también, la primacía de este interés cuando se trata de vacunas obligatorias para la prevención de enfermedades no transmisibles –en que está en juego el indicado interés y solo mediatamente el general– como lo podría ser la vacuna antitetánica, en que no se previene una enfermedad difusiva sino sólo infecciosa.

Interesa señalar, de todos modos, que la importancia de la vacunación, no está exenta de algunos riesgos individuales (aunque insignificantes atendiendo a sus beneficios): es perceptible, por ello, que los beneficios sobrepasan ampliamente a los riesgos de eventos adversos<sup>44</sup>.

En consideración a ellos, en algunos países se han buscado soluciones alternativas. Una ley italiana 210 del 25 de febrero de 1992 establece un resarcimiento pecuniario a favor de la persona dañada de manera permanente a causa de una vacunación obligatoria (extendido, luego, por la ley 229 del 29 de octubre de 2005 a una indemnización en beneficio de familiares del dañado)<sup>45</sup>, que fueron precedidas de un fallo de la Corte Constitucional de ese país que consideró constitucionalmente ilegítima la disciplina de la vacunación obligatoria en cuanto no preveía de un sistema de indemnización por los incidentes de la vacuna<sup>46</sup>; en los Estados Unidos, a su vez, se creó un Programa Nacional de compensación por daños causados por las vacunas, financiado mediante un impuesto especial sobre las vacunas vendidas

<sup>44</sup> Se ha calculado, por ejemplo, que en el caso de la vacuna antipolio una persona sobre un millón contrae la enfermedad a causa de la vacuna confrontado con 5000 sobre un millón en ausencia de ella (ZUOLO, Federico, “L’obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale”, Forum sul Biodiritto, mayo 2008).

<sup>45</sup> ZUOLO, Federico, “L’obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale”, p. 4, Forum sul Biodiritto, mayo 2008.

<sup>46</sup> GRAZIADEI, Michele, ob. cit., p. 267, nota 183.

**b) La invocación de cuestionamientos científicos**

Como se dijo, en otras ocasiones los cuestionamientos se basan en la invocación de razones relacionadas con la eficacia científica de las vacunas o de su seguridad. Se ha destacado, a propósito de ello, el impacto que generó una publicación en una prestigiosa revista médica (“The Lancet”) del Reino Unido en el año 1998, que creyó encontrar una conexión entre la administración de la “triple vacuna” (sarampión, rubeola y paperas) y el trastorno del autismo. Al tiempo, varios de los coautores retiraron su firma del artículo y la revista publicó una rectificación, retirándola finalmente de sus archivos, a raíz de los severos cuestionamientos científicos a las conclusiones. Pero lo cierto es que en los diez años siguientes de la publicación –que tuvo amplia repercusión en los medios masivos de comunicación– el índice de vacunación cayó sensiblemente y los casos de sarampión se acentuaron<sup>47</sup>.

Las circunstancias reseñadas indican la relevante importancia de amplias campañas públicas de sensibilización acerca de la importancia de la vacunación y la correlación entre la excepcionalidad de los riesgos o efectos adversos y la extensión de los beneficios.

Ahora bien, establecida en a) la primacía de la salud pública sobre las convicciones de conciencia y, aun la del interés individual del menor a su salud o educación sobre aquellas convicciones, la misma solución –con mayor razón– es de recibo cuando los fundamentos científicos que respaldan la legislación sobre vacunación obligatoria no han sido contrarrestadas con las razones científicas invocadas para la negativa.

En otro orden –y para concluir– la naturaleza obligatoria de la vacunación no dispensa al profesional, en líneas generales, de proveer información a la persona, en particular, aquella relacionada con la existencia de factores de riesgo que imponen precauciones especiales o la prevención de eventuales reacciones alérgicas y el modo de evitarlas<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> BERGER, Sabrina, “Vacunación obligatoria y decisiones médicas familiares”, AR/DOC/ 410/2019.

<sup>48</sup> GRAZIADEI, Michelle, ob. cit., p. 267.

# ENFOQUES PROCESALISTA Y CONTRACTUALISTA DEL ARBITRAJE COMERCIAL

POR JULIO CÉSAR RIVERA<sup>1</sup>

*Acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país revele, con más hondo significado, el sentido que el derecho ocupa en su vida social como la institución del arbitraje. Creando las mejores condiciones para la promoción del arbitraje, el legislador, los jueces, los abogados, están de hecho fomentando esa manifestación de la libertad civil que representa la posibilidad para dos ciudadanos de firmar un contrato decidiendo qué harán si tienen dificultades entre ellos<sup>2</sup>*

## **I. Introducción. Las definiciones del arbitraje**

Christophe Seraglini y Jérôme Ortscheidt<sup>3</sup> recuerdan varias definiciones del arbitraje, comenzando por la de Motulsky (1974), para quien es “el juzgamiento de una controversia por particulares elegidos, en principio, por otros particulares por medio de una convención”. Siguen con Jarrosón quien lo define como la institución por la cual un tercero resuelve el diferendo que opone a dos o más partes, ejerciendo la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por aquellos; y finalmente la de Poudret y Besson (2002) que consideran que a la definición de Jarrosón cabe agregar que el tercero actúa a título privado y no ejerciendo una función pública, y hablan así de un modo convencional de resolución de los litigios por particulares

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 14 de noviembre de 2019.

<sup>2</sup> Inicio de la Exposición de motivos de la ley española del 22 de diciembre de 1953.

<sup>3</sup> Seraglini, Christophe - Ortscheidt, Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien – Lextenso, París, 2013, n° 7, pág. 14.

elegidos directa o indirectamente por las partes e investidos del poder de juzgar en lugar de las instituciones estatales por una decisión que tiene efectos análogos a los de una sentencia. Y sobre ellas comentan que sin ser iguales son relativamente equivalentes, pues si cada una insiste sobre aspectos diversos de la institución, todas coinciden en señalar que el arbitraje es un modo de resolución de conflictos al que las partes llegan por un acuerdo por el que decidieron sustraer su controversia de la jurisdicción estatal y de confiarlo a una o más personas privadas que ellas eligen y que son investidas de la misión de juzgar.

En la misma orientación nosotros iniciamos nuestra obra sobre la materia diciendo que de las muchas definiciones doctrinarias<sup>4</sup> del arbitraje que se han expuesto<sup>5</sup>, una que nos permite abrir el punto es la del distinguido jurista mexicano Francisco González de Cossío para quien el arbitraje es la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia<sup>6</sup>.

Pero ésta es una definición que –a nuestro juicio– omite algunos de los elementos caracterizantes de la institución; los que en alguna medida aparecen en la noción que brinda Guasp para quien es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente<sup>7</sup>; debiendo agregarse que tal decisión es final y obligatoria.

Todavía habría que añadir que ello se hace bajo ciertas reglas convenidas por las partes y que, en definitiva, vienen a conformar un “procedimiento” que, aun cuando la fuente de este medio de resolución de conflictos es la voluntad de las partes, el Estado se reserva cierto control sobre él, estableciendo recursos que son irrenunciables<sup>8</sup>, y que finalmente es inexo-

---

<sup>4</sup> Las leyes y las convenciones internacionales no suelen definir el arbitraje; una excepción, quizás única, es la ley colombiana, para la cual “(e)l arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren su solución a un Tribunal Arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.

<sup>5</sup> Un prestigioso autor argentino transcribe más de quince: ver CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, cap. II, nro. 1-2, p. 48.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2011, p. 2.

<sup>7</sup> GUASP, Jaime, *El arbitraje en el derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956.

<sup>8</sup> Cabe advertir que en algunos ordenamientos nacionales se autoriza la renuncia a todo recurso contra el laudo; tal sucede por ejemplo en el derecho peruano, en el que el art. 63.9.2 de la ley de arbitraje de 2008 establece: “Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga



rable ocurrir ante los jueces estatales para obtener medidas de coerción, sea durante el procedimiento o para ejecutar el laudo que se haya dictado.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las definiciones de los autores están razonablemente influenciadas por las regulaciones de los respectivos ordenamientos nacionales.

Ante esa diversidad, nosotros hemos dicho que antes de definir quizás sea una vía más eficiente señalar cuáles son los elementos esenciales de la institución.

Esos elementos caracterizantes del arbitraje son, en nuestro criterio, los que siguen:

- es un método adversarial de resolución de conflictos;
- alternativo a los tribunales estatales;
- al cual las partes se someten *voluntariamente*;
- defiriendo la solución a un tercero;
- tercero que las partes eligen libremente y que no forma parte de ningún poder u órgano del Estado;
- cuya decisión es, en principio, final y obligatoria<sup>9</sup>, lo que no excluye cierto control del Estado por vía de recursos irrenunciables;
- y que para su ejecución –como para otras medidas que exijan coerción– requiere la intervención de tribunales estatales.

Tanto a las definiciones que transcriben los autores franceses citados, como en la enumeración de elementos que hicimos nosotros, resultan aplicables las conclusiones de Seraglini y Orstcheidt sobre el punto, cuando dicen que esas definiciones subrayan las dos dimensiones convencional y jurisdiccional de la institución que caracterizan su naturaleza dual.

Como expondremos a lo largo de este trabajo, podemos decir que hoy en día es casi unánimemente reconocido el origen convencional y el efecto jurisdiccional, pese a lo cual existen posiciones que privilegian una u otra de las dimensiones, como lo mostraremos seguidamente.

---

su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII”.

<sup>9</sup> Conf. en lo sustancial: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, cit., p. 43.

Lo cual no es una cuestión meramente teórica sino que tiene consecuencias significativas al tiempo de resolver algunas de las cuestiones fundamentales que se plantean alrededor del arbitraje<sup>10</sup>. Así, enfocar el arbitraje como un mero equivalente jurisdiccional o como un producto de la autonomía de la voluntad, tiene una gran importancia para determinar cuál es el papel que los jueces deben desempeñar con relación al arbitraje, cuál es el grado de penetración que la jurisdicción constitucional puede tener en los laudos arbitrales, cuáles son las atribuciones de los árbitros para solucionar incoherencias del ordenamiento jurídico, y, finalmente, si debe considerarse la institución del arbitraje cuyo contenido esencial está garantizado por la Constitución o, por el contrario, como un sistema de resolución de conflictos cuya introducción y regulación corresponde de manera exclusiva a la discrecionalidad del legislador en virtud de su potestad de configuración<sup>11</sup>.

## II. Enfoque procesalista

Es obvio que el arbitraje puede dar lugar a una fase procedimental; es más, durante mucho tiempo la atención de los legisladores y de los doctrinarios pareció estar concentrada en esa etapa.

De allí que el arbitraje haya sido generalmente regulado en los códigos o leyes de procedimiento como la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881<sup>12</sup>, donde era tal la identificación con la jurisdicción y el enfoque procesal que los árbitros eran llamados *jueces árbitros*<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Fernández Rozas empieza un interesante trabajo – como lo son todos los suyos – diciendo que la consideración del arbitraje como contractual en su origen y procesal en sus efectos, es uno de los tópicos que han dejado de tener interés; pero más adelante, en el mismo trabajo, va a decir con todas las letras que el arbitraje “En origen es un esencialmente un contrato, cuya eficacia se manifiesta creando una competencia especial hacia los árbitros” y de ello derivará luego una serie de consecuencias: Fernández Roza, José Carlos, Arbitraje versus jurisdicción”, en “Veinticinco años de arbitraje en España, Libro Conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), coord. Por José Carlos Fernández Rozas, Madrid, 2015, pág. 65 y sigs.

<sup>11</sup> Xiol Ríos, Juan Antonio, El arbitraje en la Constitución, en “Veinticinco años de arbitraje en España, Libro Conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), coord. por José Carlos Fernández Rozas, Madrid, 2015, pág. 51 y sigs.

<sup>12</sup> Cremades Sanz-Pastor Juan Antonio, Entronque histórico del arbitraje con el derecho de Contratos, en Arbitraje Internacional., Pasado, Presente y futuro, Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, Instituto Peruano del Arbitraje, Lima, 2013, tomo I, pág. 643

<sup>13</sup> Art. 280: Es la misma terminología de la Constitución de Cádiz, cuyo art. 280 disponía “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas parte”

También la jurisprudencia francesa durante mucho tiempo destacó el aspecto jurisdiccional. Así, una sentencia del Tribunal de Grand Instance de la Seine (1960) declaró que “es de la esencia del arbitraje presuponer la existencia de una contienda o litigio<sup>14</sup> entre las partes”<sup>15</sup>, lo que fue reiteradamente repetido por otros tribunales galos. Ello lleva a Racine a resumir la doctrina sentada por esas sentencias diciendo “pas de litige, pas d’arbitrage” y que el arbitraje como institución se identifica con la existencia de un poder jurisdiccional<sup>16</sup>.

Lo mismo ha sucedido en Argentina donde la cuestión es mucho más importante que en los países unitarios, pues Argentina es un país federal en el que las Provincias conservan todos los poderes no delegados en el Estado Federal, entre ellos el de regular la organización judicial y los procedimientos judiciales. De modo que en Argentina hasta el 1 de agosto de 2015 en que entra a regir el nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) que trata expresamente del denominado “contrato de arbitraje”, las reglas sobre la materia estaban en los códigos procesales de provincia, con multitud de diferencias entre ellos, mostrando algunos de esos códigos una clara hostilidad hacia ese medio de resolución de conflictos o liso y llano desconocimiento de su existencia.

Es más, al tratarse en el Congreso el nuevo CCyC, se refleja este enfoque procesalista de manera cruda en el dictamen que hiciera una diputada, en el que se puede leer:

- El proyecto se enanca (sic) en el tópico dentro de la orientación neoliberal que floreciera en el mundo en la década de los años 90 del siglo pasado, alejada del rol que le cabe a la Justicia dentro de un Estado de Derecho que ha buscado convertirla en gendarme último de los derechos y garantías ciudadanos.
- Es cuestionable esta suerte de privatización de la justicia que trasunta en la iniciativa...Preocupa que plasme en la iniciativa una concepción privatística y contractual que nos *remite* a épocas anteriores

---

<sup>14</sup> El original en francés usa la palabra “contestation” cuya traducción al español sería contienda, litigio, oposición, impugnación: Amoros Rica – Merlin, Dictionnaire juridique Français – Espagnol, Editions de Navarre, París, 1986, pág. 127

<sup>15</sup> Sentencia del 2.6.1960, citada por Racine, Jean Bapstiste, Droit de l’arbitrage, puf, París, 2016, n° 10, pag. 5, nota 2

<sup>16</sup> Racine, ob. cit., n° 10 y n° 11, pág. 5

a la organización del Estado, que marca el triunfo definitivo del nuevo derecho procesal publicístico.

- ***El proyecto, al operar de esa manera, ha dejado de considerar al arbitraje como un proceso (si bien no judicial) y como un instituto propio del derecho procesal para trasladarlo lisa y llanamente a la órbita del derecho privado, regulándolo en su mayor parte en el Código Civil (énfasis agregado).***
- El arbitraje ha sido reconocido siempre como un sistema privado de heterocomposición de conflictos intersubjetivos surgidos de relaciones contractuales o extracontractuales, producto de un acuerdo de voluntades, que puede o no formar parte de un contrato, al que nunca se calificó como contrato, sino como una cláusula, compromiso, pacto, acuerdo, convenio o convención, con características propias.
- Si bien existen algunos pocos precedentes internacionales que aún contemplan la regulación del arbitraje en los códigos (civiles) lo cierto es que ella se desarrolla en los Códigos Procesales
- ***Siendo que el arbitraje por su esencia jurisdiccional es -y debe ser considerada y tratada como- una institución procesal, su regulación normativa, al igual que la de toda cuestión relacionada con las normas de procedimiento, enjuiciamiento o juzgamiento, es de resorte exclusivo e indelegado de las provincias,*** toda vez que de conformidad con el sistema federal adoptado por la Constitución Nacional, la atribución de legislar en materia procesal pertenece, como principio, a cada una de ellas y no al Congreso de la Nación (Arts. 5º, 75 inc. 12, 121 de la Constitución Nacional) (énfasis agregado).

La preeminencia del enfoque procesalista no se ha limitado a esta casi exótica diatriba que venimos de resumir, sino que por el contrario se manifiesta de manera evidente en el Proyecto de Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires que está a consideración de la Legislatura de esa Provincia<sup>17</sup> y en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Disponible en: <http://www.catl.org.ar/files/DOCUMENTO%20ANTEPROYECTO%20CODIGO%20PROCESAL%20CIVIL%20FINAL%20PDF%20%282%29.pdf>

<sup>18</sup> Disponible en: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2019/07/Anteproyecto-Codigo-Procesal-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion-C3%B3n.pdf>

También se evidencia un enfoque procesalista en la jurisprudencia reciente del TSJ de Madrid, que ha anulado laudos arbitrales por infracción al orden público<sup>19</sup>, infracción que se ha hallado, verbigracia, en defectos de motivación; lo que según el juez ponente implica una vulneración de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva<sup>20</sup>, aplicable al arbitraje en tanto equivalente jurisdiccional<sup>21</sup>.

### III. Enfoque contractualista

El enfoque crudamente procesalista omite considerar –o por lo menos minimiza– que el procedimiento arbitral tiene una faz de origen –la del acuerdo, convenio o contrato– por el cual las partes consienten en que un conflicto –futuro o actual– se resuelva por la vía de un arbitraje. Es más, es tan clara esta distinción que cuando el acuerdo de arbitraje se manifiesta como una cláusula compromisoria pues se refiere a una controversia futura –y por ello solo posible, conjetural o hipotética– ese acuerdo es ya una convención, acuerdo o –por qué no– contrato de arbitraje, pudiendo no llegar a existir nunca un procedimiento arbitral<sup>22</sup>. Y, cabe destacarlo, cuando el acuerdo se refiere a una controversia ya existente, también tiene naturaleza contractual<sup>23</sup>.

#### *1. Reconocimiento del carácter convencional del acuerdo de arbitraje*

En Francia dijo Jean Pierre Ancel que el derecho del arbitraje, desarrollado fundamentalmente por la jurisprudencia a partir del decreto del

---

<sup>19</sup> V. Conthe, Manuel, Swap de intereses: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015, La Ley 9.4.2015

<sup>20</sup> Para los lectores no españoles: la garantía de la tutela judicial efectiva se encuentra consagrada en el art 24, inc. 1 de la Constitución del Reino de España, diciendo: *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

<sup>21</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 13 de diciembre de 2018, Socialtech SRL v. Izo Corporate SL, Ponente: Jesús Santos Vijande

<sup>22</sup> Generalmente se lo identificaba como cláusula compromisoria; la expresión compromiso arbitral se usa para identificar al acuerdo para someter a arbitraje una controversia ya existente: Larroumet, Christian, A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía, en Silva Romero, Eduardo (Dir.) – Mantilla Espinosa, Fabricio (Coord.), El Contrato de Arbitraje, Universidad del Rosario – Legis, Colombia, 2005, pág. 13.

<sup>23</sup> De todos modos es claro que en ambos casos el acuerdo tiene naturaleza contractual: Larroumet, ob. y lug. cit.

12.5.81, reposa en algunos principios rectores. Uno de ellos es el reconocimiento del carácter convencional del arbitraje.

Y uno de los máximos referentes de la materia, Gary Born, enumera múltiples definiciones de “arbitraje” en las que aparecen siempre referencias al “consentimiento”, por lo que el autor concluye: “*It is elementary that “arbitration” is a consensual process that requires the agreement of the parties*”<sup>24</sup>.

En el ámbito del arbitraje internacional, tanto la Convención de NY (art. II) como la Ley Modelo UNCITRAL (arts. 7 y 8) se pronuncian por este enfoque contractualista.

Y entrando al terreno que nos ocupa, en la doctrina española se dice: Lo más positivo de la ley de 2003 es que ha abandonado la vinculación del arbitraje con el derecho procesal, anclándolo firmemente en el derecho de contratos. El arbitraje tiene un entronque contractual, deriva de un convenio arbitral, autónomo naturalmente del contrato principal. La ley de Enjuiciamiento Civil no es aplicable a los arbitrajes<sup>25</sup>.

Dice otro autor sobre esta ley: “Parece pues que el Legislador español es plenamente consciente de que el éxito del arbitraje pasa por una configuración de la institución lo más contractual posible, esto es, lo más informal y dispositiva, por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de los árbitros y el procedimiento arbitral”<sup>26</sup>.

Y la jurisprudencia del tribunal constitucional es clarísima: pues ha dicho que “el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento”<sup>27</sup>.

En el mismo orden de ideas, Merino Merchan acota que nada impide considerar al arbitraje como una manifestación suprema de la libertad constitucional (arts. 1.1º, 10.2º, 17.1º, 33.1º y 38º CE), que encuentra su fundamento como pacto en la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), de modo que los ciudadanos se manifiestan como titulares de auténticos dere-

---

<sup>24</sup> Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, second edition, Kluwer, 2014, 2.02 (C), pág. 250.

<sup>25</sup> Cremades Sanz Pastor, ob. cit., pág. 649.

<sup>26</sup> Verdera Server, Rafael, *El convenio arbitral*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2009, pág. 33.

<sup>27</sup> Verdera Server, ob. cit., pág. 23 citando a STC, 17.1.2005.

chos subjetivos privados, de los que pueden disponer salvo las excepciones tasadas legalmente establecidas; por ello, si la autonomía de la voluntad es el elemento integrante de las relaciones jurídicas y de ese reconocimiento de la libertad y de la autonomía de la voluntad encuentran su justificación en la Constitución, no debiera existir impedimento alguno que obstaculizase a los titulares de esos derechos e intereses legítimos optar por resolver sus controversias por medios distintos de la jurisdicción, y por tanto, también, de la sentencia final que esa jurisdicción pueda dictar<sup>28</sup>. Esa doctrina ha sido explícitamente reconocida por el Tribunal Constitucional en repetidas Sentencias, siendo seminal de todas ellas la STC 43/1988, que vino a establecer de forma definitiva que el derecho fundamental a la libertad y el principio de autonomía de la voluntad permite a los ciudadanos optar entre el juez del Estado y la vía del arbitraje; puntualizándose que de la misma manera cabe el que las partes renuncien por alguna de las formas previstas (desistimiento, transacción o allanamiento) del proceso civil debido.

En Argentina mucho antes de la entrada en vigencia del CCyC, la jurisprudencia de la CSN y de tribunales inferiores habían reconocido que los efectos del acuerdo arbitral derivan del efecto obligatorio de los contratos (art. 1197 CCiv)<sup>29</sup>. El Código Civil y Comercial de 2015 se decidió definitivamente por el carácter contractual del arbitraje, regulando –entre los contratos en particular– lo que lisa y llanamente denomina contrato de arbitraje, definiéndolo en el art. 1649 de la manera siguiente: *Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público*. La inspiración provino del Código Civil de Quebec en cuanto a la legislación y de las enseñanzas del distinguido jurista colombiano Eduardo Silva Romero quien dirigiera una obra colectiva que se titula “El contrato de arbitraje”<sup>30</sup> a la que hemos citado reitera-

<sup>28</sup> Merino Merchan, José Fernando, Principio dispositivo y acción de anulación, en Arbitraje. Revista De Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2017, vol. X, n° 3, 2017, pp. 783-798 .

<sup>29</sup> CSN, 11.11.97, “Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ tribunal arbitral”, Fallos 320:2379; también reconociendo el origen convencional: CSN, 31.5.99, “J.C. Roca c/ Consultara S.A.”, Fallos 322:1100; CNCiv., sala J, 27.4.04, “Bollini, Carlos A. c/ Dunar Interiores SRL y otro”, ED 208-42, con cita explícita del art. 1197 del Código Civil de 1871, conforme al cual “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

<sup>30</sup> Silva Romero, Eduardo (dir.) – Mantilla Espinosa, Fabricio (coord.), Uniersidad del Rosario – Legis, bogot{a}, 2005.

damente en todos los trabajos que hemos publicado para dar soporte a la decisión del legislador del 2015<sup>31</sup>.

## ***2. Pero, ¿es realmente un contrato?***

Está claro y es absolutamente innegable que el arbitraje reconoce como causa un acuerdo de voluntades. Pero, más allá de que en algunos casos existen arbitrajes obligatorios, y ello obliga a necesarias precisiones, la sola existencia de un acuerdo de voluntades no quiere decir que haya un contrato. Todos sabemos que si dos alumnos se ponen de acuerdo en reunirse para estudiar derecho civil, eso no es un contrato; para las jurisdicciones de derecho civil, las promesas de esponsales y el matrimonio no son contratos.

Es que para que haya un contrato el acuerdo de voluntades debe versar sobre lo que la ley define como objeto de un contrato y una causa final que haga a ese acuerdo merecedor de la protección de la ley. En el derecho argentino no hay duda que estos son elementos del contrato, pues el vigente Código Civil y Comercial los enumera expresamente (arts. 1003 y 1012 CCyC), exponiendo cuáles son los requisitos que deben reunir, y a ellos no referimos poco más abajo para relacionar el tema con el contrato de arbitraje<sup>32</sup>.

Como en cierta medida hemos anticipado, la circunstancia de que la doctrina y algunas legislaciones, como el CCyC argentino –aludan al contrato de arbitraje o –lo que no difiere sustancialmente– como convención

---

<sup>31</sup> Posibilidad de incorporar al Código Civil la regulación del contrato de arbitraje”, en DREYZIN DE KLOR, Adriana (dir) – HARRINGTON, Carolina (coord.), *El derecho en movimiento, en homenaje a Elena Highton*, Rubinzal, Bs.As. – Sta. Fe, 2012, p. 361; “El contrato de arbitraje en el Proyecto de Código Civil”, *El Dial* 3.7.2012; “Contrato de arbitraje. Posibilidad de incorporarlo al Código Civil” (en coautoría con Víctor Gustavo Parodi), LL 2012-D, 837; *Contrato de Arbitraje. Atribuciones del Congreso de la Nación para su regulación. Principios fundamentales de la legislación proyectada*” (en coautoría con Víctor Gustavo Parodi), en RIVERA – MEDINA (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, Abeledo Perrot, 2012, p. 815; “El arbitraje en el Proyecto de Código sancionado por el Senado. Prejuicios y errores”, LL 2013-F, 1069.

<sup>32</sup> La exigencia de la causa final como elemento del contrato es puesta en tela de juicio por alguna doctrina e incluso el nuevo derecho francés de los contratos no la menciona; lo cual no impide a Denis Mazeaud afirmar que “la innovación es más espectacular que real, porque si la palabra causa ha en efecto desaparecido y es suprimida del vocabulario contractual por la reforma, lo esencial de sus funciones es mantenido”: Mazeaud, Denis, *Observations conclusives en Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, *Revue des contrats*, abril 2016, 2016/Hors-série, pág. 53



o acuerdo, no nos libera de la obligación de abordar una cuestión fundamental que debe dilucidarse a la hora de calificar –o no– a este acuerdo como “contrato”, y que es el de si realmente tiene el objeto propio de los contratos y si produce los efectos propios de los contratos.

Normalmente las legislaciones identifican el objeto del contrato con un bien o servicio susceptible de tener un valor económico. En este sentido el art. 1003 CCyC argentino dice que el objeto “*Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial*”.

Y en cuanto a sus efectos, relacionados con el objeto siempre susceptible de valoración patrimonial, se entiende generalmente que repercuten en el patrimonio de las partes del contrato: una recibirá una cosa y pagará un precio, la otra entrega la propiedad de la cosa y recibe un precio.

De todos modos, esto no es absoluto porque, verbigracia, en el contrato de mandato puede no haber atribuciones susceptibles de valoración económica, pues pudiendo ser el mandato gratuito el objeto del mismo no pasa entonces de la atribución de la representación; y si el representante actúa en ese carácter un acto jurídico patrimonial, los efectos repercuten sobre el patrimonio del representado.

En ese caso puede decirse que el objeto del mandato corresponde a un interés de las partes aun cuando este no sea patrimonial, como lo prevé el art. 1003 del CCyC argentino.

Y existen otras hipótesis en que es por lo menos difícil encajar el objeto de la relación jurídica en la definición legal del objeto del contrato. Así Díez Picazo señala los casos de la cesión de créditos, la asunción de deuda, los contratos preliminares, los contratos normativos y concluye –cabe destacarlo– que “Difíciloso aparece también el tema del objeto del contrato en materia de convenio arbitral donde la ley no contempla como soporte material del negocio determinados bienes o determinados servicios, sino algo completamente distinto como puede serlo la controversia, el conflicto o la cuestión que entre las partes existe; controversia a la que, por otra parte, se aplican precisamente los requisitos objetivos del contrato: licitud y determinación”<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Díez Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Introducción. Teoría del contrato, 6ª ed., Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2017, cap.VIII, pág. 229 y sigs.

Justamente teniendo en cuenta que el mismo celeberrimo profesor Diez Picazo caracteriza el tema del objeto como por demás oscuro y complejo<sup>34</sup>, podemos ampliar la idea más allá de los bienes y servicios, señalando que el contrato se nos aparece como un precepto o regla de conducta; el contrato es, entonces, una determinada disciplina que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta<sup>35</sup>.

Ello es precisamente lo que en definitiva resulta del derecho privado argentino codificado. Las reglas sobre objeto del contrato deben vincularse necesariamente con las reglas sobre objeto del acto jurídico. Y en este punto el CCyC dispone que “El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea” (art. 279).

De modo que objeto del acto jurídico –y por ende del contrato<sup>36</sup>– pueden ser los bienes y los hechos –conductas– de las personas.

En este sentido entonces cuando el CCyC argentino trata al acuerdo arbitral como “contrato” con todas las letras, está recogiendo un contrato en el cual el objeto es la conducta de las partes, quienes aceptan ciertas reglas que determinan como obrar para el caso de que exista un conflicto. Esas reglas de conducta responden a un interés lícito de las partes y tienen un contenido susceptible de valoración económica, pues el sometimiento al arbitraje genera dos tipos de efectos: unos puramente procesales y otros efectivamente patrimoniales pues causa obligaciones de hacer, de no hacer y de dar.

Así podemos concluir que:

- (i) El contrato de arbitraje tiene por objeto la regulación de la conducta de las partes en caso de existir un conflicto, pues de haberlo (sea en el futuro o que ya exista) la solución del mismo se sujetará a la decisión de los árbitros y por ende se excluirá la jurisdicción judicial. O sea que la parte que pretenda activar el procedimiento debe seguir las reglas que se hayan establecido para ello, como por

<sup>34</sup> Diez Picazo, ob. y lug. cit.

<sup>35</sup> Diez Picazo, ob. cit., cap. V, n° 7, pág. 139.

<sup>36</sup> El art. 1003 del CCyC comienza diciendo: “Se aplican al objeto del contrato las disposiciones de la Sección 1ª, Capítulo 5, Título IV del Libro Primero de este Código”.

ejemplo presentar una solicitud de arbitraje ante la CCI; y a la vez estará excluida la promoción de una demanda judicial. Son los denominados efectos positivo y negativo del contrato de arbitraje que el CCyC argentino recoge expresamente en el art. 1656<sup>37</sup>.

Y ello pondrá en marcha el procedimiento arbitral.

- (ii) El contrato de arbitraje produce efectos procesales, pero ello no desnaturaliza su condición de contrato. Por ello en la doctrina se dice que “El convenio arbitral se caracteriza, pues, por la producción siquiera indirecta o mediata, de efectos procesales”<sup>38</sup> o de efectos jurisdiccionales<sup>39</sup>.

Algunos autores califican a estos “efectos procesales” como el objeto mismo de lo que la doctrina alemana califica como “contratos procesales” que se definen como aquellos cuyo principal efecto se produce en el ámbito procesal. Citando a Fernández Ballesteros, dice De Benito Llopis Llombart que los contratos procesales tienen su basamento en la autonomía de la voluntad y sus requisitos de constitución, nulidad y eficacia se rigen –como regla– por los preceptos del Código Civil, pero se diferencian de estos en que su específica finalidad –a veces junto con otras– es producir efectos procesales<sup>40</sup>.

Por ello, además de resultarles de aplicación los requisitos generales, que operan como supletorios, pueden estar sometidos a la concurrencia de requisitos específicos en cuanto a la forma, y tiempo de su conclusión, y sobre todo en cuanto a sus efectos. Esta figura de los contratos procesales tiene vigencia en Alemania, Italia y en España la adoptan Fernández Ballesteros, Arias Lozano, Bernardo San José<sup>41</sup>, entre otros.

---

<sup>37</sup> Art. 1656: El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.

<sup>38</sup> de Benito Llopis-Llombart, Marco, El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pág. 63.

<sup>39</sup> Larroumet, ob. y lug. cit.

<sup>40</sup> de Benito Llopis-Llombart.

<sup>41</sup> Entre los contratos procesales están los acuerdos de elección de foro, las transacciones que se someten a homologación judicial, etc.

- (iii) El contrato de arbitraje causa obligaciones de hacer, de no hacer y de dar. Las obligaciones de hacer y no hacer están causadas en las reglas de conducta que constituyen propiamente el objeto del arbitraje. Pero además las partes están obligadas a financiar y sufragar los costos del procedimiento arbitral<sup>42</sup>, lo que impone obligaciones de dar.
- (iv) Finalmente, el incumplimiento de las reglas de conducta y demás obligaciones causadas en el contrato, pueden dar lugar a la responsabilidad por los daños que esa conducta antijurídica cause, como en el supuesto de incumplimiento de obligaciones causadas en cualquier otro contrato<sup>43</sup>. Es más, las partes pueden pactar cláusulas penales que tasan anticipadamente el daño para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones causadas en el contrato de arbitraje.

De lo cual se concluye que el contrato de arbitraje tiene un objeto que responde a un interés lícito de las partes, susceptible de valoración patrimonial y que causa obligaciones que operan en el ámbito puramente patrimonial y efectos procesales al atribuir la jurisdicción a los árbitros.

### ***3. Es posible compatibilizar la visión contractualista con el efecto jurisdiccional del arbitraje***

Lo que venimos de decir nos enfrenta a otro problema: ¿es que ese contrato al que pretendemos asignarle –entre otros– efectos procesales, puede válidamente atribuir la jurisdicción a un sujeto privado y excluir la jurisdicción estatal?

No cabe duda que el arbitraje presenta una faz que podríamos llamar sencillamente jurisdiccional. Es virtualmente unánime la afirmación de que los árbitros ejercen la jurisdicción aun cuando no lo hagan plenamente por cuanto carecen de imperium y por ello deben en ciertas etapas o actos recurrir a la justicia estatal. De allí que muchos digan que el arbitraje es una institución híbrida, a la vez decisional y contractual, en tanto el árbitro está investido de la misión de resolver el litigio en virtud de un contrato.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> V. Silva Romero, ob. cit., cap. III, a partir de pág. 705.

<sup>43</sup> V. sobre el punto Amado Aranda, Juan Ignacio, Responsabilidad por incumplimiento del acuerdo arbitral: Tácticas dilatorias en el arbitraje internacional y cómo contrarrestarlas. *Revista de Derechos de Daños*, 2019/II 305-347.

<sup>44</sup> Cour d'Appel Paris, 31.1.2013, Société Orion Satellite Communication..., *Revue de l'Arbitrage* 2013-460, note Meyer Fabre, Nathalie,

Ahora bien; alguno puede preguntarse cómo es posible que la jurisdicción sea atribuida por un contrato y no por una decisión estatal, sea legislativa o eventualmente judicial.

La respuesta es relativamente simple: la función es jurisdiccional no porque la defiera el Estado sino por sus efectos, esto es, la adjudicación de derechos u obligaciones o como se dice en la doctrina española por la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto<sup>45</sup>.

De modo pues que la jurisdicción puede ser atribuida por los particulares por efecto de un acuerdo de voluntades al que llamamos contrato de arbitraje.

Pero esa atribución lo ha de ser en la medida y en los ámbitos en que la ley estatal lo autorice; verbigracia, determinando las cuestiones que pueden ser arbitrables y cuales no pueden serlo. Esto lo explica Larroumet diciendo que “El acuerdo de arbitraje es una limitación al monopolio del Estado respecto de la justicia, pero es una limitación aceptada y autorizada por el Estado, lo que explica no sólo que se puede concebir esa limitación únicamente con la permisión de la ley estatal, que puede prohibirla en ciertos ámbitos de la misma manera que puede dictar condiciones de validez más o menos estrictas, sino que también el Estado ejerce un control jurisdiccional sobre el laudo...”<sup>46</sup> sea por vía del exequátur como por vía de los recursos irrenunciables<sup>47</sup>.

#### ***4. Evolución del enfoque contractualista***

Dice Ancel que la convención de arbitraje tiene la validez reforzada gracias a la instauración del principio de autonomía de la cláusula arbitral que la ha inmunizado contra las causas de nulidad del contrato principal<sup>48</sup>. La regla de la autonomía tiene su origen en un célebre pronunciamiento de la Cour de Cassation<sup>49</sup>, en el que se afirmó que la cláusula arbitral presenta

---

<sup>45</sup> Serra, cit. por de Benito Llopis Llombart, pág. 69.

<sup>46</sup> Larroumet, ob. cit., pág. 14.

<sup>47</sup> Lo que se suele identificar como “la segunda mirada”.

<sup>48</sup> Ancel, Jean-Pierre, *L'arbitrage international en France (Principes et système)*, Archives de Philosophie de Droit, tomo 52 (2009), págs. 197 y ss.

<sup>49</sup> En la causa Gosset, 7.5.1963; el principio fue desarrollado en la causa Gallico, 20.12.93; ambos citados por Ancel, ob. y lug. cit.

siempre, en materia internacional, “una completa autonomía jurídica, excluyendo que ella pueda ser afectada por una eventual invalidez del acto jurídico que la contiene”.

De la sentencia “Gallico” (1993) emanaron tres reglas:

- La cláusula arbitral es separable o autónoma del contrato principal, como ya fue explicado.
- La apreciación de la existencia o de la validez de la convención de arbitraje se hace por referencia a la exclusiva voluntad de los contratantes, sin que entre en juego una regla de conflicto de leyes para investigar o encontrar la ley eventualmente aplicable a esta convención. La referencia a un derecho estatal no es necesaria; así la cláusula arbitral se independiza de todo derecho estatal, ella es verdaderamente internacional, expresión perfecta de la autonomía de voluntad en materia contractual; es la voluntad de las partes contratantes la que crea el vínculo jurídico.
- La libertad contractual es total; sólo cuenta la voluntad expresada de concluir una convención de arbitraje. Su único límite es el orden público internacional<sup>50</sup>.

De modo pues que el principio de autonomía consagra –consolida– la fuente contractual del poder del árbitro internacional<sup>51</sup>.

El derecho positivo argentino consagra expresamente la autonomía de la cláusula arbitral, tanto para el arbitraje doméstico<sup>52</sup>. como para el arbitraje internacional<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> En realidad la sentencia Gallico alude también a las normas imperativas como límite a la voluntad de las partes.

<sup>51</sup> Y con relación al arbitraje internacional el mismo Ancel agrega: El árbitro es el juez legítimo de los litigios del comercio internacional por el solo hecho de que la voluntad de los contratantes lo instituye como tal. Esta convención de arbitraje no es un contrato sin ley, es un contrato sin ley estatal, pero que está sometido a una ley: la voluntad de las partes. La exigencia de efectividad de la cláusula arbitral está en la base de la solución de cuestiones tales como la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios y la transmisión de la cláusula arbitral Ancel, ob. cit., pág. 202/203.

<sup>52</sup> CCyC ARTICULO 1653.- Autonomía. El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.

<sup>53</sup> Ley de Arbitraje Comercial Internacional: Art. 35.- El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez

### 5. Efectos del reconocimiento del carácter contractual

Es evidente que si el acuerdo arbitral es un contrato, como aquí lo predicamos, se aplican las reglas sobre capacidad, forma e interpretación propias de los contratos en general con las particularidades que el legislador prevea para el supuesto específico. Así lo enseña Diez Picazo, al afirmar que “no existiendo en nuestro derecho positivo más que un bloque normativo que regula los contratos, la única cuestión que cabe abrir es si las reglas generales de los contratos son aplicables, por supuesto subsidiariamente, a los convenios arbitrales, cuestión que, a nuestro juicio debe resolverse positivamente”<sup>54</sup>. Lo dicho por Diez Picazo cabe perfectamente para el derecho argentino en el cual los tribunales han decidido que al contrato de arbitraje se aplican las reglas sobre capacidad, forma, objeto y causa del contrato, justamente porque es un contrato<sup>55</sup>; con los ajustes necesarios que corresponden a la finalidad y al objeto particular que tiene el pacto arbitral<sup>56</sup>.

En el derecho argentino vigente, el CCyC prevé reglas particulares sobre las materias arbitrables, forma e interpretación. En este último ámbito dispone expresamente que *En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje* (art. 1656, segundo párrafo), disposición que se dirige a dejar sin efecto la jurisprudencia de algunos tribunales según la cual la cláusula arbitral importa una renuncia a la jurisdicción judicial y como tal debe ser de interpretación restrictiva. Esa jurisprudencia era un efecto secundario, pero no por ello menos importante, de la visión rigurosamente procesalista del arbitraje.

En el derecho español se menciona una sentencia según la cual las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben

---

del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.

La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

<sup>54</sup> DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Comentario al art. 9”, en GONZÁLEZ SORIA, Julio (coord.), *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003 del 23 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, ps. 101 y ss.

<sup>55</sup> La C. Nac. Com. ha dicho que “... *cuadra poner de relieve que, en forma prácticamente unánime, la doctrina caracteriza al compromiso arbitral como un contrato que se encuentra sujeto, como tal, a los requisitos de validez que, en cuanto al consentimiento, a la capacidad, al objeto y a la causa exige el Código Civil*”: C. Nac. Com., sala A, 11/10/2011 “Esparrica Mario Roberto v. Famiq S.A. s/ ordinario”, elDial AA7294, Publicado el: 27/1/2012.

<sup>56</sup> BOLLÉE, Sylvain, “La clause compromissoire et le droit commun des conventions”, *Revue de l'Arbitrage*, 2005-917.

ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del código civil que se refieren a los contratos<sup>57</sup>

Pero estas son cuestiones casi obvias. Existen otras consecuencias del reconocimiento del carácter contractual que son propias de Argentina y que merecen ser especialmente consideradas

### ***6. Un efecto importante para Argentina: la regulación está delegada en el Estado Federal***

La República Argentina es un país federal. Las provincias –histórica y jurídicamente anteriores al Estado Federal– son las que concurren a la creación del Estado Federal en cumplimiento de pactos preexistentes –como reza el preámbulo de la Constitución Nacional– y por ello conservan todos los poderes no delegados. Las provincias –que tienen sus propias constituciones– al concurrir a sancionar la Constitución Nacional, no han delegado la organización de la justicia ni la atribución de reglar los procedimientos. De allí que cada provincia tiene su propia organización judicial y su propio código de procedimientos civiles, penales o laborales.

Por lo tanto, la determinación de si el arbitraje es una institución puramente procesal –como se predica en el dictamen de la Diputada Caamaño que hemos citado antes– o si tiene su origen en la autonomía de la voluntad y por ello puede ser calificado como contrato, es crucial a la hora de determinar si la atribución de legislar sobre la materia es reservada por las provincias o delegada al Estado Federal.

Volviendo a la Argentina, sobre el punto hemos dicho antes de ahora<sup>58</sup> que atendiendo al indudable origen convencional del arbitraje, no resulta cuestionable la atribución del Congreso de la Nación para legislar sobre la materia. El art. 75 inciso 12 le acuerda la facultad de dictar los códigos de fondo, y este contrato de arbitraje forma parte del derecho comercial, por lo que el Congreso de la Nación puede regular su objeto, causa, forma, capacidad para celebrarlo, etc., como lo hace con cualquier otro contrato.

<sup>57</sup> STS /, 27.5.2007, citada por Verdera Server, ob. cit., pág. 37.

<sup>58</sup> Rivera, Julio César – Parodi, Víctor Gustavo, Contrato de Arbitraje. Atribuciones del Congreso de la Nación para su regulación. Principios fundamentales de la legislación proyectada”, en RIVERA – MEDINA (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, Abeledo Perrot, 2012, p. 815.



Por lo demás, la Constitución otorga al Congreso la facultad de “*reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí*” (art. 75, inc. 13). Y en ello se funda también la posibilidad de legislar sobre arbitraje, en tanto herramienta inseparable del derecho comercial.

Argumentos como los que venimos de exponer sucintamente han sido largamente desarrollados en otros países federales que también han dictado normas sobre arbitraje de eficacia nacional.

Así, los Estados Unidos y México, países en los cuales no sólo el derecho procesal sino también el derecho sustantivo están conservados por los estados particulares, tienen leyes federales de arbitraje.

En Estados Unidos rige –desde su firma el 12 de febrero de 1925<sup>59</sup>– la Federal Arbitration Act (“FAA”), con el objetivo de asegurar la protección y ejecución de los acuerdos arbitrales, motivada por la creciente industrialización y el consiguiente incremento de las controversias comerciales<sup>60</sup>. La intención perseguida legislativamente fue tornar “*válidos, irrevocables y ejecutables*” los acuerdos arbitrales contenidos en contratos que involucran comercio interestatal<sup>61</sup>. Su fundamento estaba dado por el control de índole federal que debe existir sobre el comercio interestatal, bajo la interpretación de que ello abarca no sólo el envío físico de mercaderías sino también los propios contratos relativos a dicho comercio<sup>62</sup>. En tal sentido, el Congreso de EE.UU. tiene –claramente– las facultades para regular y controlar el comercio interestatal<sup>63</sup>.

Dado que la FAA no contiene mayores precisiones respecto a cuándo se estaría frente a un contrato que “*evidences a transaction involving commerce*”, fueron los jueces los encargados de determinar el alcance de dicho requisito en relación con la FAA. Para ello desarrollaron dos tests

---

<sup>59</sup> Por el Presidente Coolidge.

<sup>60</sup> Un paso importante previo a la sanción de la FAA fue la decisión pro-arbitraje tomada por la Suprema Corte de EE.UU. un año antes, en 1924, en el caso *Red Cross Line v. Atlantic Fruit Co.* (264 U.S. 109). Ver WIGNER, Preston Douglas, *The United States Supreme Court's Expansive Approach to The Federal Arbitration Act: A Look at the Past, Present, and Future of Section 2*, University of Richmond Law Review, Dec. 1995.

<sup>61</sup> 9 U.S.C. S 2 (1988).

<sup>62</sup> H.R.Rep No. 96, 68<sup>th</sup> Cong., 1<sup>st</sup> Sess., 1 (1924), aunque el texto sólo requiere contratos “*evidencing a transaction involving commerce*”.

<sup>63</sup> Ver U.S. Const. Art. I, S 8, cl. 3; *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Ass'n*, 452 U.S. 264, 276-77 (1981).

diferentes, conocidos como “*contemplation of the parties*” y “*commerce in fact*” tests.

Conforme al primero de ellos<sup>64</sup>, “...la cuestión significativa, por lo tanto, no es si, al cumplir los términos del contrato, las partes efectivamente cruzaron las líneas estatales, sino si, al momento que ellos firmaron el contrato y aceptaron la cláusula arbitral, contemplaron una sustancial actividad interestatal...Evidencia sobre cómo las partes esperaban que el contrato iba a ser cumplido y cómo lo fue es relevante en relación a si una sustancial actividad interestatal fue contemplada”<sup>65</sup> (y si así fuera se consideraría que se trata de un contrato que involucra el comercio dentro del significado de la FAA).

El otro test desarrollado jurisprudencialmente<sup>66</sup>, llamado “*Commerce-in-Fact*” test<sup>67</sup>, se basa en una interpretación amplia del citado requisito, partiendo de la premisa de que la Sección 2 de la FAA es una declaración de la política federal en favor del arbitraje. Por lo tanto, si la FAA se debe aplicar a todos los acuerdos arbitrales que involucren el comercio, ello debe ser interpretado con la misma amplitud con que se interpreta el poder que tiene el Congreso para regular dicho comercio (con lo cual se alcanza a toda actividad que meramente “afecte” al comercio interestatal)<sup>68</sup>. Como claro ejemplo de la aplicación de similares razonamientos, cabe citar el voto del miembro de la Suprema Corte, el juez Douglas, quien sostuvo en el caso *Bernhardt v. Polygraphic Company of America*<sup>69</sup> que el requisito exigido por la FAA -transacción que involucre el comercio- podía ser satisfecho demostrando que el solicitante trabajaba en el comercio, estaba produciendo mercaderías para el comercio o estaba comprometido en una actividad que afectaba el comercio. En similar sentido, la Corte de

---

<sup>64</sup> Impuesto en un principio por la opinión del juez Lumbard en *Metro Industrial Painting Corp. v. Terminal Construction Co.*, 287 F.2d 382 (1961), y seguido en varios casos posteriores (v.gr. *Burke County Public Schools Board of Education v. Shaver Partnership*, Corte Suprema de Carolina del Norte (279 S.E. 2D 816 (1981))).

<sup>65</sup> 287 F.2d 386-87 (1961).

<sup>66</sup> United States Court of Appeals for the Seventh Circuit (1984). También apoyó su razonamiento en varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., tales como *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.*(388 U.S. 395 (1967)), *Bernhardt v. Polygraphic Co.*(350 U.S. 198 (1956)), y *Southland Corp. v. Keating* (465 U.S. 1 (1983)).

<sup>67</sup> *Snyder v. Smith*, 736 F.2d 409 (7th Cir. 1984).

<sup>68</sup> En virtud de la denominada “*Commerce Clause*”.

<sup>69</sup> 350 U.S. 198 (1955).

Apelaciones de Nueva York en *Bridas Sociedad Anónima Petrolera Industrial y Comercial v. International Standard Electric Corp.*, afirmó que la FAA se aplica cuando la actividad contractual facilita, afecta o surge del comercio interestatal o internacional<sup>70</sup>.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. se expidió sobre esta cuestión y, por un lado, sostuvo que la FAA era un conjunto de normas de derecho federal sustancial aplicables a los acuerdos arbitrales cubiertos por dicha ley<sup>71</sup>, y por el otro, en base a la posición mayoritaria, se inclinó por la interpretación amplia postulada por el “*commerce-in-fact*” test para determinar si una transacción involucra el comercio conforme a lo exigido por la FAA. En tal sentido, el juez Breyer manifestó el fundamento de tal posición recordando que “*el propósito básico de la FAA es superar las negativas de los jueces de ejecutar acuerdos arbitrales*”<sup>72</sup> y reiterando que la FAA está basada en las atribuciones del Congreso de regular el comercio<sup>73</sup>.

Estos antecedentes del derecho de los Estados Unidos los desarrollamos in extenso porque a partir del reconocimiento de que muchas disposiciones de nuestra Constitución de 1853 han estado inspiradas en la Constitución americana, la CSN ha recurrido en muchas oportunidades a la jurisprudencia interpretativa de la Corte de los Estados Unidos. Y en particular la cláusula de comercio que nuestra Constitución contiene hoy en el art. 75, inciso 13 es una virtual reproducción de la previsión contenida en la Sección 8 de la Constitución americana, según la cual es competencia del congreso federal “Regular el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indígenas”.

En México el derecho del arbitraje está incorporado al Código de Comercio que es derecho federal (mientras que el derecho civil es local). Ello proviene del Código de Comercio de 1889, pero las sucesivas reformas introducidas a ese cuerpo legal han profundizado la regulación uniforme del arbitraje con alcance nacional. Enseña José Carlos Fernández Rozas que “[E]n la actualidad el arbitraje como fórmula de solución de controversias mercantiles en México, encuentra su base principal... en el artículo 1051

---

<sup>70</sup> 490 N.Y.S. 2d 711 (1985).

<sup>71</sup> *Holdig en Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* (388 U.S. 395 (1967)), reiterado en *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Co.* (460 U.S.1 (1983)).

<sup>72</sup> 115 S. Ct. at 836.

<sup>73</sup> 115 S. Ct. at 838 (citando “Prima Paint” y “H.R.Rep.No.96, 68th Cobg. 1st sess., 1 (1924)”). Conocida como la “cláusula de comercio” de la Constitución de EE.UU.

*del Código de Comercio, de aplicación federal en toda la República, que establece que el procedimiento mercantil preferente a todos será el que libremente convengan las partes con las limitaciones que señala el mismo Código, pudiendo ser un procedimiento convencional ante los tribunales o un procedimiento arbitral, este último de conformidad con el título cuarto del Código de Comercio, que regula el procedimiento arbitral, y que fue adicionado en sus artículos 1415 a 1463. Como consecuencia de ello la institución arbitral se regula atendiendo a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, preparada y aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con las adaptaciones a las necesidades del derecho mercantil mexicano". De este modo, concluye el notable profesor de la Universidad Complutense, se ha situado al país azteca a la cabeza de la práctica arbitral en América Latina, como evidencia la proliferación de instituciones de arbitraje, de asuntos resueltos a través de sus auspicios y de obras dedicadas a señalar las virtudes de este especial arreglo de controversias<sup>74</sup>.*

Otros países federales también han sancionado leyes nacionales de arbitraje; entre ellos Brasil<sup>75</sup>, Alemania<sup>76</sup> y Suiza<sup>77</sup>.

Y en otros países no federales se ha previsto la regulación del contrato de arbitraje en el Código Civil; así el Código Civil peruano de 1984 incluyó disposiciones sobre la cláusula compromisoria y el Código Civil de Québec regula la convención de arbitraje.

### ***7. Extensión de la libertad contractual a la determinación del procedimiento***

El contrato de arbitraje no se limita a la atribución de la jurisdicción a los árbitros, pues las partes pueden convenir otros múltiples aspectos de su relación; tales como la sede, el número de árbitros, las calidades que deben

---

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "La constitución mexicana y el arbitraje comercial", en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, UNAM, México, n° 16, enero/junio 2007.

<sup>75</sup> La ley brasilera es de 1996; la jurisprudencia de la Corte Suprema ha avalado la constitucionalidad de sus disposiciones y el arbitraje se ha consolidado definitivamente en nuestro vecino. Tanto que el arbitraje en portugués constituye uno de los más numerosos hoy en día en la CCI.

<sup>76</sup> Se encuentra regulado en el Libro X del Código Procesal Civil alemán (*Zivilprozessordnung*).

<sup>77</sup> Se encuentra regulado en el Capítulo 12 del Código de Derecho Internacional Privado suizo.

reunir los árbitros, la renuncia a los recursos contra el laudo, etc. Como veremos poco más adelante, el CCyC argentino contiene una enumeración no taxativa de esos posibles contenidos del contrato.

Entre ellos, una materia relevante es la libertad de las partes para regular el procedimiento que ha de seguirse en el arbitraje

Esto ya lo señalaba hace muchos años Jan Van den Berg, diciendo que la voluntad de las partes tiene un rol central también a la hora de configurar el procedimiento arbitral. En principio ello se manifiesta en que las partes pueden elegir la sede del arbitraje; pero no sólo en eso, pues las partes suelen elegir una entidad administradora que tiene un reglamento y esos reglamentos suelen dar una amplia discreción al tribunal arbitral para determinar el procedimiento<sup>78</sup>.

La cita de Van den Berg se relaciona inevitablemente con la Convención de NY, que en su art. V autoriza al estado requerido a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo si “*la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes...*” (art. V.1.d).

En el arbitraje internacional, la libertad de las partes para configurar el procedimiento arbitral, aparece reconocida en la Ley Modelo (art. 19.1.; y por lo tanto en la ley argentina sobre arbitraje comercial internacional: art. 63<sup>79</sup>, como en la ley uruguaya (art. 19.1) y en la ley paraguaya N° 1879 de 2002, que trasegó en gran parte las disposiciones de la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 22).

La redacción del apartado segundo del art. 19 de la Ley Modelo, adoptado también en las legislaciones de nuestros países sudamericanos, dispone que a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral podrá dirigir el procedimiento del modo que considere apropiado, incluyendo la facultad de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas, con lo cual deja en claro que esas son materias deferidas a la voluntad de las partes<sup>80</sup>. Agregando el mismo autor que la Ley Modelo también contiene –con la reserva del acuerdo de las partes– reglas sobre el idioma, el plazo

---

<sup>78</sup> Van den Berg, Jan Albert, *The New York Arbitration Convention of 1958*, La Haya, Kluwer, 1994, pág. 323).

<sup>79</sup> 1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

<sup>80</sup> Von Schlabrendorff, n° 2.2. pág. 45.

y contenido de los escritos, la celebración de las audiencias para presentación de pruebas o alegatos y sobre la designación de peritos.

Lo mismo sucede en otras legislaciones:

- Arbitration Act 1996 UK, art. 34: “It shall be for the tribunal to decide al procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter”.
- Ley de DIP suiza, art. 182.1: “Las partes pueden regular el procedimiento por sí mismas o mediante referencia a una orden procesal en materia de arbitraje; también pueden supeditarlo al derecho procesal de su elección”.
- Código Procesal Francia, art. 1464: “A menos que las partes hayan convenido otra cosa, el tribunal arbitral determina el procedimiento arbitral sin estar obligado a seguir las reglas establecidas para los tribunales estatales”.
- Código Procesal Francia, art. 1509: “La convención de arbitraje puede, directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje o a reglas de procedimiento, reglamentar el procedimiento a seguir en la instancia arbitral”.

Con relación al arbitraje doméstico ello aparece claramente consagrado en el CCyC argentino. Amén de que este código trata explícitamente del “contrato de arbitraje”, es obvio que no califica como tal solo a lo que denominamos cláusula compromisoria y que obliga a las partes a someter a arbitraje una futura o presente controversia, sino que además al referirse al contenido de ese contrato autoriza pactos sobre el modo en que se ha de desarrollar el procedimiento arbitral. Así, el art. 1658: *Se puede convenir:*

- a) *la sede del arbitraje;*
- b) *el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento;*
- c) ***el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado;***
- d) *el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo. Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto el que establezca el derecho de la sede;*
- e) *la confidencialidad del arbitraje;*

f) *el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.*

Y el art. 1659 dispone: “*Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros*”.

De igual modo, el ordenamiento español reconoce alcances similares a la autonomía de la voluntad<sup>81</sup>

### **a. Límites a la autoconfiguración del procedimiento**

Los derechos estatales suelen limitar el rol de la voluntad de las partes imponiendo una serie de principios inderogables tales como la igualdad de trato y la plena oportunidad de hacer valer sus derechos (art 18 Ley Modelo, art. 62 ley argentina: “*Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos*”)<sup>82</sup>.

Y con ello basta, pudiendo las partes acordar libremente sobre cuestiones como la presentación de documentos, tipos de interrogatorios a los testigos y designación de peritos, alejándose de su propia tradición jurídica y de la idea de justicia procesal del lugar en que se celebre el procedimiento arbitral<sup>83</sup>.

Otro límite establecido es que las partes deben tener iguales derechos a la hora de designar al tribunal arbitral. Para el arbitraje doméstico lo prevé expresamente el art. 1661 CCyC: *Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros* (inspirado en el Código de procedimientos francés)<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> **Artículo 25. Determinación del procedimiento.** 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. **Artículo 12. Número de árbitros.** Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro. **Artículo 15. Nombramiento de los árbitros...** 2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad.

<sup>82</sup> En el derecho español: **Artículo 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción.** 1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

<sup>83</sup> Von Schlabrendorff, pág. 55. Un ejemplo lo da una sentencia del tribunal federal suizo: Hay que subrayar que el orden público procesal constituye una simple cláusula de reserva que tiene únicamente una función tuitiva y no despliega ningún efecto normativo, porque el legislador no ha querido que ese principio sea interpretado de manera extensiva y que de él se deduzca un código de procedimiento arbitral al cual estaría sometido el procedimiento libremente elegido por las partes.

<sup>84</sup> En el derecho español: **Artículo 15. Nombramiento de los árbitros...** 2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, *siempre que no se vulnere el principio de igualdad.*

#### IV. Los “otros” contratos involucrados en el arbitraje

##### 8. *El contrato entre las partes y los árbitros*

Cuando se pone en marcha el procedimiento en sí del arbitraje hay por lo menos uno y a veces –muchas veces– otros contratos más.

Uno es el contrato de las partes con los árbitros, que necesariamente existe, pues obviamente no puede existir arbitraje sin árbitros. Existe coincidencia doctrinaria y jurisprudencial en que los árbitros y las partes están ligados por vínculos de fuente contractual<sup>85</sup>.

En concreto, cada árbitro está relacionado con las dos partes por un contrato<sup>86</sup> que ha sido nominado de distintas maneras<sup>87</sup>, pero que claramente no es un mandato y encaja más propiamente en la locación de servicios profesionales con los matices pertinentes<sup>88</sup>.

Ese carácter convencional ha sido reconocido por la jurisprudencia francesa al establecer que existe entre el árbitro y los litigantes un acto único, común a la voluntad de las partes. La jurisprudencia alemana también ha resuelto que cada árbitro está ligado contractualmente a todas las partes y no sólo a aquella que lo ha designado<sup>89</sup>. Y tanto el Código Civil y Comercial argentino (art. 1662) como la ley española (art. 21) se manifiestan en el mismo sentido incluso enumerando las obligaciones de los árbitros. Sobre esto último volvemos poco más adelante.

Este contrato entre las partes y el árbitro es independiente del contrato de arbitraje que las partes han celebrado sea bajo la forma de cláusula compromisoria o de compromiso arbitral. Este contrato de arbitraje existe y es eficaz con total independencia del contrato que pueda vincular a las partes y el árbitro. Es más, habiendo existido un arbitraje que ha llegado a su fin,

---

<sup>85</sup> La existencia de un vínculo contractual es reconocida incluso en Inglaterra, en otra época reticente a aceptar esta categorización: POUURET, Jean F. - BESSON, Sébastien, *Droit comparé...*, cit., nro. 4.5.1, ps. 388/389. Clay, Thomas, *L'arbitre*, COMPLETAR CITA.

<sup>86</sup> MATRAY, Didier - VAN DEN BERG, Albert-Jan, “L'indépendance...”, cit., p. 85, nro. 1.

<sup>87</sup> V. FERREIRA LEMES, *Árbitro...*, cit., n° 3.1. p. 48; MATHEUS LÓPEZ, Carlos A., *La independencia e imparcialidad del árbitro*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009, p. 44 y sus citas en nota 2.

<sup>88</sup> También ha sido calificado como contrato atípico o especial: FERREIRA LEMES, *Árbitro...*, cit., n° 3.1. p. 48.

<sup>89</sup> CLAY, Thomas, *L'arbitre...*, cit., nros. 625 y ss., a partir de p. 502; cita la jurisprudencia francesa a partir del pronunciamiento de la Cour de Cassation, 13/4/1972, “Ury”, *Revue de l'Arbitrage* 1975-235 (nota 1 en p. 502) y alemana (nota 2 en la misma página).



la convención de arbitraje puede seguir vigente y ser eficaz para el caso de que otros conflictos causados entre las mismas partes y en función del mismo contrato principal deban ser resueltos conforme al acuerdo de arbitraje.

Pero claro es que el contrato que inviste al árbitro requiere un acuerdo arbitral válido y eficaz.

A fin de evitar toda polémica acerca de cual fuere la intención del legislador, el art. 1662 CCyC, comienza diciendo que “El árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes...”.

Se trata de un contrato que no está nominado, pero sí tipificado en cuanto a las obligaciones que genera para ambas partes.

En Argentina el art. 1662 CCyC enumera las obligaciones de los árbitros, incluyendo:

- a) revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad;
- b) permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento o una causa legítima de renuncia;
- c) respetar la confidencialidad del procedimiento;
- d) disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje;
- e) participar personalmente de las audiencias;
- f) deliberar con los demás árbitros;
- g) dictar el laudo motivado y en el plazo establecido;

Es una enumeración no taxativa<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> Por su lado el art. 21 de la ley española dispone: **Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.** 1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas. 2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones

En cuanto al derecho de los árbitros, es el crédito a la retribución por su tarea. El Código la contempla en el art. 1664, conforme al cual “Las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de éstos o el modo de determinarlos. Si no lo hicieran, la regulación se hace por el tribunal judicial de acuerdo a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados”.

### 9. Otros contratos

Otras relaciones convencionales surgen cuando el arbitraje es institucional, supuesto en el cual los sujetos involucrados son el árbitro o árbitros, las partes del contrato de arbitraje y la institución administradora.

Existe coincidencia en señalar que cuando el arbitraje es institucional, las partes y la institución, ellos se vinculan por un nexo de fuente contractual<sup>91</sup>, pero ese contrato es distinto e independiente del contrato entre las partes y el árbitro. Aun designados los árbitros por la institución administradora del arbitraje, cada uno de ellos se vincula a todas las partes por un contrato, que sigue siendo independiente del acuerdo arbitral; y que también lo es del contrato que une a las partes con la institución<sup>92</sup>.

Cuando se recurre al servicio de una entidad administradora del arbitraje (CCI, CEMA; CEMARC), se concluye un contrato entre las partes y esta entidad generalmente denominado contrato de organización del arbitraje<sup>93</sup>.

Este contrato se rige por el Reglamento de arbitraje de la institución en vigor al tiempo de iniciarse el arbitraje; y la eficacia de sus disposiciones se juzga por la ley del domicilio de la entidad administradora<sup>94</sup>.

---

de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.

<sup>91</sup> FOUCHARD, Philippe, “Rapport final sur le statut de l’arbitrage de la Commission de l’arbitrage international de la CCI”, *Bulletin de la Cour Internationale d’Arbitrage de la CCI*, vol. 7/1, 1996, p. 28.

<sup>92</sup> Salvo hipótesis excepcionales, como que las partes hayan convenido en el acuerdo arbitral que el procedimiento sería administrado por una determinada institución y que ciertas personas expresamente individualizadas serían los árbitros; ver CLAY, Thomas, *L’arbitre...*, cit., nros. 719 y ss., p. 564.

<sup>93</sup> Sobre el carácter contractual de la relación v. Cour d’Appel Paris, 15/9/1998, “Cubic”, *Revue de l’Arbitrage* 1999-103, nota de P. LALIVE; TGI Paris, 10/10/2007, “Société SNF v. CCI”, *Revue de l’Arbitrage* 2007-847, nota de Ch., JARROSSON.

<sup>94</sup> TGI Paris, 10/10/2007, “Société SNF v. CCI”, *Revue de l’Arbitrage* 2007-847, nota de Ch., JARROSSON.

## V. Conclusiones

Seraglini y Ortscheidt concluyen que “...el elemento voluntario invade toda la institución y se manifiesta particularmente por el gran espacio dejado a la voluntad de las partes en la organización de la solución de su litigio, tanto a nivel de la designación de los árbitros, como del procedimiento a seguir en la instancia arbitral, y aun en la elección de las disposiciones aplicables al fondo por el tribunal arbitral para la resolución de la controversia”<sup>95</sup>.

Como hemos visto entonces, ello se manifiesta en (i) el acuerdo de las partes para que su controversia sea resuelta por árbitros privados lo que comprende el derecho de esas partes para determinar las calidades que deben reunir los árbitros, el modo en que ellos han de ser designados o elegidos, la organización del procedimiento; (ii) el contrato que se celebra entre las partes y los árbitros; (iii) el contrato que se celebra entre las partes y la institución administradora del arbitraje; y (iv) el contrato que se celebra entre la institución administradora y los árbitros.

*Toda esta trama de relaciones hace que en doctrina se diga que la justicia arbitral no opera como una pirámide. Es una justicia en red, que reposa sobre múltiples contratos que forman nudos. Esta figura de la red constituye, a juicio de Racine, una figura altamente demostrativa de lo que es el arbitraje: una justicia que no se integra en una lógica jerárquica y piramidal sino en un esquema complejo, descentralizado y cuando es internacional es –para algunos– deslocalizado*<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Seraglini – Ortscheidt, ob. y lug. cit.

<sup>96</sup> Racine, ob. cit., n° 28, pág. 26, donde cita a Muir Watt, V.H., de quien reproduce estas palabras: “El esquema que constituye la red – complejo, evolutivo, multiparte, reflexivo y respondiendo tanto al interés colectivo de sus miembros cuando a las exigencias del bien público – permite de aprehender en toda su complejidad el fenómeno de justicia paralela que constituye el arbitraje” (en *L’émergence du réseau et le droit international privé*”, en *Les relations privées internationales. Mélanges en l’honneur de B. Audit*, LGDJ-Lextenso, 2014, pág. 533, especialmente pág. 550).



# EL DAÑO REPARABLE Y EL FENÓMENO DE ATIPICIDAD

POR ALBERTO J. BUERES<sup>1</sup>

Es indudable que el fenómeno de multiplicación de los daños reconoce una pluralidad de causas. En las sociedades actuales domina el riesgo y la incertidumbre y resulta muy difícil enumerar las causas de manera exhaustiva. No obstante, destacan la erosión de las sociedades burguesas decimonónicas, el desarrollo del progreso tecnológico que pretende invadir todos los ámbitos, inclusive, el de la vida privada de las personas, el surgimiento de nuevas necesidades en las gentes –derivado lógico de susodicho cambio de valores– y el creciente proceso de globalización que da lugar a una mayor interdependencia y contracción espacio-temporal de las esferas individuales y de grupo<sup>2</sup>. De manera elocuente se ha dicho que no hay un talismán o una suerte de conversor universal del mal en bien, ni los daños pueden aceptarse con sumisión cual si fuesen un destino del existir como se suponía en la antigüedad, sobre todo en tiempos del **ius commune** (hasta el momento de la Codificación)<sup>3</sup>.

He insistido en varios trabajos en que no todo menoscabo, ni siquiera todo daño (por ejemplo, cuando se presenta un conflicto de intereses que obliga a sacrificar alguna situación jurídica subjetiva), merece reparación. Por cierto, sólo ha de resarcirse el daño al cual el ordenamiento presta

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de noviembre de 2019.

<sup>2</sup> Scalisi, Vincenzo, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”. Giuffrè, Milano, setiembre 2004, anno LVIII, n° 3, ps. 785 y 787; Alpa, Guido - Bessone, Mario, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1980, t. I, ps. 3 y 4; Tunc, André, *Les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle*, “Revue Internationale de Droit Comparé”, 1967, p. 757.

<sup>3</sup> Díez- Picazo, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado (dos esbozos)*, Civitas, Madrid, 1979, ps. 119 y 120.

tutela a esos efectos (cualidad de resarcible). En la doctrina italiana y a causa de la presencia del art. 2043 del Código del 42, que menciona **la ingiustizia** del danno, se entiende que el dañador (o responsable civil) debe absorber el daño injusto. Para la mayor parte de los juristas en el citado texto legal hay una cláusula general (**generalklausen**, en la terminología germana) –ya he de volver sobre esto con más amplitud–; y hasta con más simpleza se alude en ocasiones al concepto válvula –que también es de origen tudesco (**veintimmbegriff**)–, para establecer una conexión entre las normas y la realidad social que posibilite desentrañar la sustancia de cada problema y oír “**la voce del Diritto que viene su dalle cose**”, según la feliz expresión de Vivante y que, en buen romance, expresa que el Derecho emerge ante el incesante reclamo de las cosas (o de los hechos)<sup>4</sup>.

En torno al concepto de daño, la doctrina ha superado el significado que lo caracteriza como una lesión a los bienes –genéricamente–, puesto tal **quid** naturalista carece de conexión con el derecho. Es en ese momento cuando aparecen las dificultades, pues, como dicen Díez Picazo y Gullón, si bien el daño puede ser descrito con unas relativas facilidades de forma intuitiva, lo cierto que resulta mucho más difícil captarlo con precisión técnica desde el punto de vista jurídico<sup>5</sup>. Tampoco parece de recibo la tesis que avizora el daño en la lesión a un derecho subjetivo, pues la idea es difusa habida cuenta que no existe un catálogo de derechos subjetivos –según se ha expresado– y, por sobre todas las cosas, a causa de que una noción semejante deja de lado los intereses simples (o intereses de hecho), derivados de bienes que no proporcionan al titular derecho subjetivo alguno (ya he de volver sobre el asunto).

Hace algunos años intenté definir el daño como la lesión a un interés merecedor de la tutela jurídica en su más amplia dimensión, aunque no he desdeñado, desde luego, el rol que desempeñan las consecuencias desfavorables –patrimoniales o extrapatrimoniales– que repercuten en cabeza de la víctima. Pero el interés es el núcleo de la tutela jurídica, no sólo para activar la tutela resarcitoria sino también para poner en marcha la tutela inhibitoria.

Durante algunos años se defendió en la Argentina –y en otros países– una postura apegada a la teoría de la consecuencia (bajo esta luz, el daño vendría a ser una alteración desfavorable en el patrimonio o en el espíritu).

<sup>4</sup> Scalisi, *Danno e ingiustizia...*, cit., p. 789.

<sup>5</sup> Díez- Picazo, Luis- Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1979, t. II, p. 620.

No obstante, aunque está muy claro que las consecuencias coadyuvan de forma secundaria para perfilar el daño injusto (o daño resarcible), la teoría en análisis sabe a poco, dado que falta la inexorable referencia a **la juridicidad** (el novio sufre dolor ante la muerte de la novia, pero no podría reclamar la reparación del daño moral en la disciplina del art. 1078, del Código Civil de 1869, que sólo legitima en semejantes casos a los ascendientes, descendientes y cónyuge). Creo que, precisamente por esto, Pizarro rectificó con acierto la mencionada teoría de las consecuencias pura, sin otro aditamento, cuando expresó, refiriéndose al daño moral, que es tal el que “importa una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de una lesión a un interés extrapatrimonial”<sup>6</sup>.

En la doctrina italiana, las posturas puramente materialistas, predominaron hasta que Carnelutti puso las cosas en su lugar. Los bienes satisfacen necesidades humanas y el interés es la posibilidad que tienen las personas de satisfacer esas necesidades a través del bien (algo así como una situación de ventaja o provecho que es reconocida por el ordenamiento jurídico). Carnelutti afirmó que si a un sujeto le sustraen una cantidad de dinero, no hay daño porque el dinero (la cosa) se extinga o salga de la circulación, sino porque desaparece del bolsillo de damnificado. Y que si se produce la destrucción de la casa de un individuo, no existe daño debido a la transformación del bien en desechos o residuos sino por la carencia de idoneidad de esos restos para satisfacer las necesidades del dueño que desea habitar el bien<sup>7</sup>.

Por otro lado, Giovanna Visintini dice que el daño injusto mencionado el art. 2043 del Código italiano de 1942, que es análogo al art. 1109 del Código de Vélez Sársfield, apunta a la lesión a un interés protegido (**la iniuria**). Y que de manera secundaria en otros preceptos (arts.1223, 1225, 1227, etc.) se alude a las mermas económicas o privación de réditos (el **pregiudizio** –en italiano–), que son las consecuencias y, en este orden de ideas, se abre el razonamiento sobre los cálculos del monto a resarcir y sobre la extensión del resarcimiento –un problema de causalidad–. La autora genovesa refiere que el **pregiudizio** es un tercer nivel en el análisis de la responsabilidad

<sup>6</sup> Pizarro, Ramón Daniel, Daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 47 y ed. 2004, p. 43 –la definición dada en esta última edición de la obra es más amplia pero no altera lo sustancial del planteo–. También Matilde Zavala de González, ha revalorizado de modo notable la importancia del interés en el significado de daño, en todos los pasajes, por ejemplo, de su obra Resarcimiento de daños, t. 4, Presupuestos y funciones del Derecho de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

<sup>7</sup> Carnelutti, Francesco, Il danno e il reato, Cedam, Padova, 1930, p. 13 y siguientes.

civil, que no debe confundirse con el primer nivel inherente a los intereses protegidos (daños) ni con el segundo nivel conformado por los criterios de imputación –ver, arts. 1737, 1738 y 1741, Código Civil y Comercial de 2015–.<sup>8</sup> En definitiva, estimo que todo daño, público o privado, ha de generar consecuencias. De donde, el daño resarcible, como afirma Cesare Salvi, no puede ser definido de manera exhaustiva ni como lesión a un interés protegido, ni como mera disminución en el patrimonio (o como minoración subjetiva, acoto yo), pues cada uno de esos aspectos sólo hace referencia a uno de los perfiles de cualificación del daño (injusticia y patrimonialidad –o afectación al espíritu–), siendo ambos necesarios para que exista daño resarcible. A la vista de lo expuesto y a base de las dos posiciones extremas que **ab origine** se ensayaron, sostuve que el daño resarcible (o injusto) es “la ofensa a intereses ajenos, patrimoniales y extrapatrimoniales, protegidos por el ordenamiento jurídico, a los fines resarcitorios (calidad de injusticia), que, de forma respectiva, provocan consecuencias desfavorables de esas mismas naturalezas patrimoniales o espirituales”<sup>9</sup>.

Este planteo del daño resarcible (o daño injusto) se enlaza con el fenómeno de atipicidad del ilícito, como suele afirmarse o, mejor aun, con la atipicidad del daño.

Durante mucho tiempo, la doctrina subjetivista no distinguió la antijuridicidad (o ilicitud objetiva) de la culpabilidad. Es más, hoy día la doctrina francesa pasa por alto la aludida ilicitud objetiva. Prueba de ello es que André Tunc, un jurista que hasta su muerte fue un renovador de ideas, señalaba en 1981 que para la configuración de la responsabilidad basta con la presencia de la culpa (**un faute**), el daño y la relación causal<sup>10</sup>. Asimismo, algunos autores italianos como Castronovo, Rodotà, Tucci, Busnelli –tal vez iluminados por Vincenzo Carbone– y otros españoles entre los que se alinean Pantaleón Prieto y Elena Vicente Domingo, niegan que en la responsabilidad civil exista un momento de antijuridicidad, pues consideran suficiente que haya un daño y unos criterios de imputación (o factores de atribución) justos<sup>11</sup>. En nuestro país, López Olaciregui, un profundo autor, en un trabajo publicado en 1964 confundió la ilicitud objetiva con

<sup>8</sup> Visintini, Giovanna, *Il danno ingiusto*, Rivista Critica di Diritto Privato, noviembre 1987, ps. 182 y 188.

<sup>9</sup> Bueres, *El futuro de la responsabilidad civil...* cit., p. 782, y referencia a otros trabajos anteriores.

<sup>10</sup> Tunc, André, *Responsabilité civile*, Economica, París, 1981, p. 5.

<sup>11</sup> Ver las citas, en mi trabajo *El futuro de la responsabilidad...*, cit., p. 796 y siguientes.



la culpa<sup>12</sup>. De todas maneras, con anterioridad a 1960, Boffi Boggero y Orgaz escindieron con precisión ambos presupuestos. Este último criterio fue continuado por la doctrina en forma pacífica, a reserva de la opinión aislada de De Lorenzo, quien defiende la postura que niega la antijuridicidad –relacionada precedentemente–<sup>13</sup>.

A propósito de este temperamento que rechaza la ilicitud objetiva dentro del cuadro de los presupuestos de la responsabilidad civil, se esbozaron diversas teorías –que presentan claudicaciones varias–. Por ejemplo, Cian y Petrocelli fusionan la ilicitud objetiva con la culpa, convencidos de que son el anverso y el reverso de una misma medalla; y, en este orden de ideas, propician una concepción finalista defensora del carácter imperativo de la norma y del desvalor de acción (**in maleficiis voluntas expetatur no exitus** –en las malas acciones domina la voluntad, no el resultado, como se lee en un rescripto de Adriano–.<sup>14</sup> Estas ideas no pueden tener cabida para el derecho civil en el cual hay responsabilidades objetivas (la inmensa mayoría) en el contrato y en el acto ilícito aquiliano y hasta responsabilidad por acto lícito. Bajo otra óptica, Castronovo dice que la antijuridicidad no es un requisito positivo, aunque tiene que admitir que es un requisito “obstativo” cuando hay causas de justificación –**la no antijuridicidad**–; y que es un requisito positivo en las omisiones dañosas o en las infracciones típicas, con lo cual la teoría se torna evanescente<sup>15</sup>. También algún autor niega el **alterum non laedere** aunque de forma contradictoria admite la cláusula general del daño injusto<sup>16</sup>. Por fin y sin defecto de que existen otras teorías, me parece interesante exponer la posición de Renato Dell’Andro, en cierto modo de inspiración kelseniana, con arreglo a la cual la antijuridicidad carece de existencia ontológica en el derecho, puesto que sólo existe la ju-

<sup>12</sup> López Olaciregui, José M., Notas sobre el sistema de responsabilidad civil. Balance de un siglo, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1964, t. I- IV, p. 59 y siguientes.

<sup>13</sup> De Lorenzo, Miguel F., El daño injusto en la responsabilidad civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 55 y ss. y 68 y siguientes.

<sup>14</sup> Cian, Giorgio, Antigiuridicità e copevolezza. Saggio per una teoria dell’illecito civile, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Padova, XLI, 1966, p. 215; Petrocelli, Biagio, L’antigiuridicità, Cedam, Padova, 1955. p. 3 y ss., 35 y ss. y 70 y siguientes.

<sup>15</sup> Castronovo, Carlo, La nuova responsabilità civile, Giuffrè, Milano, 1997, ps. 13 a 18.

<sup>16</sup> Pantaleón Prieto, Fernando, Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, comentario al art. 1902, Código Civil español, ps. 1094 y 1095.

ridicidad<sup>17</sup>. Disiento categóricamente de esta visión de Dell'Andro y estoy convencido –como señalaba Orgaz–<sup>18</sup> que todo acto que produce efectos jurídicos no puede evadirse de la división dicotómica entre lo lícito e ilícito. Esta dicotomía, dimanante del **alterum non laedere** trasgredido sin justificación, constituye el punto de partida de toda clasificación de las fuentes de las obligaciones que se hicieron en la historia, comenzando, por caso, con la distinción de entre el contrato y el delito que Gayo realiza en la **Res cotidianae** incluida en Digesto de Justiniano. En las Institutas de Justiniano aparece la clasificación cuatripartita (contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito). También la idea perdura en la clasificación de Planiol (contrato y ley), en la cual la omnipotencia de la voluntad no ha excluido que los actos ilícitos surjan **ex lege**<sup>19</sup>. E, inclusive, en clasificaciones contemporáneas como la del art. 1174 del Código italiano, en cuanto refiere que “las obligaciones derivan del contrato, del acto ilícito y de todo hecho o acto idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

El **alterum non laedere**, principio atribuido a Ulpiano o a algunos autores paganos, jerarquizado en la Edad Media por el pensamiento cristiano y la glosa de Arcussio y luego por el iusnaturalismo racionalista, fue negado muchas veces por autores que propiciaron la tipicidad del ilícito. Carnelutti afirmó que es una figura fantasmagórica que ilusionó y seguirá ilusionando a los juristas<sup>20</sup>; y Salvatore Pugliatti dijo que era la síntesis verbal de una serie de deberes típicos (aunque este último autor, tiempo después, dejó traslucir el carácter de principio general del derecho del no dañar a otro)<sup>21</sup>. Estoy en desacuerdo con estas ideas, cualesquiera sean sus fundamentos. El **alterum non laedere**, regla transida de connotaciones morales, como afirma Lacruz Berdejo, es un punto de referencia en la responsabilidad civil. Si negásemos su presencia en el trasfondo del ordenamiento habría que admitir otra regla: es lícito dañar salvo que una norma prohíba un daño en concreto<sup>22</sup>. Y esto último resulta inaceptable.

<sup>17</sup> Dell'Andro, Renato, *Antigiuridicità*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1958, t. II, p. 550 y siguientes.

<sup>18</sup> Orgaz, Alfredo, *La ilicitud (extracontractual)*, Lerner, Córdoba, 1974, ps. 17 y 18.

<sup>19</sup> Planiol, Marcel, *Classification des sources des obligations*, *Revue Critique*, 1904, p. 224 y siguientes.

<sup>20</sup> Carnelutti, Francesco, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, *Rivista di Diritto Commerciale*, t. X, segunda parte, 1912, p. 174.

<sup>21</sup> Pugliatti, Salvatore, *Alterum non laedere*, Enciclopedia del Diritto, 1958, p. 98 y ss. En sentido similar: Scognamiglio, Renato, *Illecito*, *Novísimo Digesto Italiano*, 1969, p. 171.

<sup>22</sup> Lacruz Berdejo, José Luis, en Lacruz Berdejo y otros, *Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona,

El **alterum non laedere** es un principio general del derecho, carácter que no se difumina debido a que esté formulado en la ley o de que fluya del ordenamiento por inducción de unas normas particulares o por deducción sistemática.

El principio no constituye una obligación pasivamente universal, pues esta categoría de origen kantiano difundida por Planiol, Roguin y Michás –y pensada para refundir los derechos personales y los derechos reales en un monismo obligacionista– carece de razón de ser. Creo sí que el no dañar a otro es un deber genérico de abstención que pesa sobre todos los miembros de la comunidad tendente a respetar los derechos absolutos y relativos ajenos. A tal deber no corresponde derecho subjetivo alguno, pues como dicen Santi Romano y Busto Lago, es falso que, de forma inexorable, todo derecho tenga por correlato un deber y que todo deber tenga por correlato un derecho (o poder)<sup>23</sup>.

El no dañar a otro comenzó a afianzarse cuando se pasa de un sistema de tipicidad a otro de atipicidad. En general, quienes proponen un sistema de tipicidad del ilícito, sostienen que las normas en las que se encuentra el daño injusto (art. 1109, Código Civil de 1869, art. 2043, Código italiano y sus similares en otros Códigos), contienen una norma secundaria de mera sanción (**fuentes de atribución de responsabilidad**). Por el contrario, la opinión que hoy es predominante estima que en dichas normas hay una norma primaria (**fuentes de protección o tutela del interés**).

Esta norma primaria contiene una cláusula general (o directiva de máxima) consistente en una figura jurídica (o **fattispecie**) abstracta e incompleta, que constituye una valiosa herramienta para que los jueces en el marco de un Derecho desenvuelto y finalista, puedan extraer del ordenamiento jurídico todo y no de una norma positiva concreta, las distintas hipótesis de daños, cambiantes al correr del tiempo. Insistimos en que la actividad axiológica relativa al ordenamiento comprende las leyes, no ya en su dicción textual sino a base de sus fines inmanentes (el fenómeno de inacabamiento de la ley del cual hablaba Michel Villey), las costumbres relevantes, los

---

1985, t. I, p. 502 y 503; cfr. también: Yzquierdo Tolsada, Mariano, La responsabilidad civil del profesional liberal, Universidad Pontificia de Comillas, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Civil, Madrid, 1987, p. 299.

<sup>23</sup> Romano, Santi, Fragmentos de un diccionario jurídico, Ejea, trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redfín, Buenos Aires, 1964, ps. 103 a 109, en especial; Busto Lago, La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, Tecnos, Madrid, 1995, ps. 106 y 107.

principios generales del derecho, los valores, los estándares, las cláusulas generales –la buena fe, el abuso del derecho, la moral y buenas costumbres, la solidaridad social, etcétera–. El ordenamiento jurídico, en tamaña dimensión, no contiene indicaciones **rígidas** sino que proporciona **síntomas** que ha de captar el intérprete –como bien se ha observado<sup>24</sup>.

La injusticia del daño no es una fórmula mágica sino que debe elaborarse en cada caso concreto de acuerdo con las circunstancias. Por tanto, si está implicado un interés que merezca la tutela del ordenamiento, la calificación de injusticia no siempre se agota en ello (aunque es factible que suceda), pues pueden existir dos intereses **prima facie** y en abstracto merecedores de tutela, los cuales reclaman un juicio valorativo que no puede prescindir de la situación del dañador y del dañado. Me explico: si hay dos intereses que en abstracto, como dije, merecen la tutela resarcitoria, el juez debe contrastarlos para ver cuál prevalece. Si posee más jerarquía el de la víctima hay daño injusto, en tanto que si posee más jerarquía el del victimario hay un daño justo, **si se me permite una licencia gráfica en los vocablos**, puesto que promedia una causa de justificación que, por lo común, excluye la reparación del daño –sin defecto de que por excepción, la conducta autorizada (o justificada) pueda habilitar un resarcimiento si hay principios jurídicos o normas que lo dispongan: las acciones dañosas en acto o responsabilidad por acto lícito<sup>25</sup>. De tal suerte, pueden darse estas posibilidades: a) El dañador no evidencia interés jurídico trascendente a contrastar con el interés jurídico del dañado (la definición del art.1737 en su más rigurosa dicción textual); b) el dañador tiene una posición de poder o deber del mismo modo que la tiene el dañado, aunque el primero despliega una actividad antifuncional o incorrecta; c) el dañador tiene una posición de poder o deber reconocida por el ordenamiento y la despliega con corrección y respeto (p. ej. actúa dentro de los límites asignados, con moderación, veracidad, utilidad social, etc. del derecho de crítica), pero a pesar de todo lesiona un interés jurídico de la víctima<sup>26</sup>. En los dos primeros casos hay daño injusto, pero en el tercero el intérprete ha de extremar el rigor en la tarea axiológica, pues existen dos intereses en conflicto (v. gr.

<sup>24</sup> Di Majo, Adolfo, *Delle obbligazioni in generale*, comentario del Codice Civile Scialoja–Branca, a cura de Francesco Galgano, Nicola Zannichelli Editore– Soc. Ed. Foro Italiano, Bologna– Roma, arts. 1173– 1176, p. 167.

<sup>25</sup> Salvi, Cesare, *La responsabilità civile*, Trattato di diritto privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1998, p. 61.

<sup>26</sup> Scalisi, *Danno e ingiustizia...*, p. 805.

el ejercicio de la libre expresión, de la libre concurrencia –o competencia–, etcétera).

Cabe destacar en torno a la evolución de la atipicidad, que durante muchos años se entendió que el número de derechos subjetivos estaba fijado de forma taxativa por la ley. Es más, sólo eran tenidos en cuenta, a los fines del resarcimiento, los derechos subjetivos absolutos a la vida, a la integridad corporal –en sus facetas puramente físicas– y a la propiedad. Esta postura legalista reconoce origen en el iusnaturalismo racionalista, fue defendida por los pandectistas alemanes y luego por los juristas que comentaron el Código francés (exégetas y dogmáticos), justo a la exaltación de la culpa como único factor de atribución y en respuesta a las exigencias economicistas del **laissez faire**.

La insuficiencia de este criterio condujo a la doctrina a extraer del ordenamiento nuevos derechos subjetivos, muchas veces de manera forzada pero con el firme propósito de hacer justicia<sup>27</sup>.

Por este camino, comenzaron a protegerse los derechos de crédito –y no sólo el derecho absoluto de propiedad–<sup>28</sup>, las expectativas o chances,

<sup>27</sup> Dentro de este marco de confusiones y frente a la necesidad de dar respuestas comunitarias, muchas veces la responsabilidad civil pareció apoyarse en el facilista y falso apotegma “hay un daño, luego existe un derecho subjetivo”; y esto significa poner el carro delante del caballo –ver mi obra Derecho de Daños, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 518 y 519, nota n° 17, en relación con unas afirmaciones de Miguel Federico De Lorenzo–. Esto es concordante con lo sostenido por ciertos autores que niegan la presencia de la antijuridicidad en la responsabilidad civil y soslayan la necesidad del **contra ius** lato en la configuración del daño injusto. De esta forma sostienen que el susodicho daño injusto, que se puede enlazar con el **damnum iniuria datum** de los romanos, es el daño **sine iure**, simplemente. Pero salta a la vista que no todo **menoscabo** a los bienes puede ser daño –esto configuraría una petición de principio– (Scalisi, Danno e ingiustizia... cit., ps. 792 y remisión al desarrollo que hace Adolfo Di Majo acerca de los que él llama derechos innominados. Con razón se ha dicho de una tesis sugerente de que toda lesión es daño, sin discriminación alguna, sería cuando menos de dudosa constitucionalidad –Pena López, José M., Prólogo a la obra José María Busto Lago, La antijuridicidad del daño resarcible..., cit., ps. 24 y 25. Y yo estimo que tal tesis sin duda sería inconstitucional; ver, El futuro de la responsabilidad civil..., cit., p. 801.

<sup>28</sup> Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 268 y ss.; Aparicio, Juan Manuel, Responsabilidad del tercero por lesión al crédito, Plus Ultra, Buenos Aires, 1974. En el derecho italiano desde hace ya alrededor de medio siglo que el asunto constituye tema de debate y, paulatinamente, la aceptación del resarcimiento de la perturbación a un derecho personal fue ganando adeptos. Ha sido pionero en el tratamiento del asunto el proceso suscitado con motivo de la pérdida de la vida de los veintidós jugadores de fútbol del Club Torino, en un accidente de aeronavegación ocurrido en Superga (Fedele, A., Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito, Giuffrè, Milano, 1954, p. 92 y siguientes). La mencionada Institución demandó a la Compañía Aérea por haber perjudicado los derechos personales que poseía al contar

se amplia el catálogo de derechos personalísimos –nuevas facetas de la intimidad, la imagen, la identidad, etc.–. Se confiere relevancia a los menoscabos a la estética, a la psiquis y a la vida de relación –sean o no daños autónomos–, se admite con amplitud y con carácter resarcitorio –que no a

---

en el plantel con los jugadores –truncadas tales prerrogativas por el fallecimiento de ellos–. En primera instancia, la sentencia desestimó la pretensión, sin examinar siquiera el **quid** de la lesión al crédito, pues sostuvo que el derecho subjetivo del acreedor de una prestación de hacer infungible depende de la voluntad del deudor y no de la vida de éste, razón por la cual la muerte no es consecuencia directa del ilícito –art. 1223, Código italiano–. A su vez, la Corte de Apelaciones de Torino confirmó el fallo de la instancia anterior, pues considero que sólo son reparables los derechos absolutos oponibles **erga omnes**. En 1971 el jugador del Club Torino, Meroni, falleció tras impactar el automóvil en el cual se desplazaba con otro vehículo. En este caso, la **Corte di Cassazione** –sin defecto de la suerte que tuvo el caso concreto– admitió la posibilidad de que pueda producirse una lesión al derecho de crédito, aunque, en definitiva, desestimó la demanda, pues dijo que Meroni no era un jugador insustituible (para el equipo), dado que había un jugador suplente de similar categoría (cfr. otros argumentos sobre la posibilidad de admisión del planteo en Visintini, Giovanna, Ancora sul “caso Meroni”, *Giurisprudenza Italiana*, 1973, I, 2, p. 1183; Calvo Costa, Daño resarcible, cit., ps. 286 y 287; Busto Lago, José M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 117). Por su lado, la doctrina y la jurisprudencia francesas, manifiestan una tendencia a aceptar la posibilidad de indemnizar la lesión al crédito, en tanto en cuanto ella configura un daño cierto (carácter éste que, en el caso, reclama una interpretación particular). Un precedente judicial paradigmático, sin duda ha sido el del Tribunal de Colmar del 20 de abril de 1955 (Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1988, t. XIX, Responsabilidad extracontractual, ps. 298 a 300). También en la ocasión falleció en el accidente de tránsito el jugador Kemp perteneciente Football Club Metz. El Club demandó al automovilista responsable del hecho ilícito y en primera instancia se desestimó la demanda por falta de daño, habida cuenta de que la presencia en la plantilla de un solo jugador no era idónea para influir en el rendimiento del equipo. Sin embargo, la Corte de Casación de Colmar revocó el citado fallo y estimó favorablemente la pretensión, por las razones que expongo en lo que sigue: 1) La capacidad, técnica y potencia del jugador pusieron de relieve que podía considerarse insustituible, atributo que quedó reflejado en la campaña del equipo, pues desde que se produjo la ausencia del futbolista fallecido, el equipo descendió del décimo puesto al decimosexto y, luego, al decimoctavo, razón por la cual, al cabo, perdió la categoría y, por lo mismo, descendió a la segunda división. 2) La extensa carrera del jugador y su desaparición física privaron el Club de una ventaja patrimonial consistente en el mayor porcentaje que le hubiera correspondido en caso de efectuarse una transferencia del futbolista (quedó probado que existían varias ofertas interesantes). Y 3) que el Club sufrió unas mermas en sus ingresos por disminuir la venta de entradas luego del accidente mortal (Aparicio, *Responsabilidad del tercero...*, cit., p. 142 y ss.; Calvo Costa, Daño resarcible, cit., ps. 290 y 291 –lugar donde se cita otro caso judicial–). También se estima que en el derecho alemán hay cabida para acoger la lesión al crédito, cuando menos en las perturbaciones dolosas (Sacco, Rodolfo, *Acto ilícito y violación del derecho*, *Revista de Responsabilidad civil y Seguros*, *La Ley*, año I, n° I, enero 1999, p. 121). En el derecho argentino se sostiene que todo perjuicio a intereses absolutos y relativos debe ser reparado. No obstante, en el supuesto de la lesión al crédito, el pretensor ha de demostrar la relación causal entre el hecho ilícito y el daño y, sobre todo, la certeza del daño (si éste es definitivo y si la persona relacionada con la perturbación al crédito era insustituible –en mayor o menor medida–, cuestión ardua para la valoración por sus matices.

título de pena, el daño moral contractual y extracontractual—. Se acentúa la defensa del consumidor y se contemplan por igual los intereses individuales y los supraindividuales.

Al margen de la ampliación del campo de los derechos subjetivos, esta postura conceptúa que deben cobijarse los intereses simples o intereses de hecho, que no provienen de bienes que proporcionan al titular derecho subjetivo alguno (de suerte tal que se ha reconocido el reclamo de un pariente sin derecho alimentario ante la muerte del alimentante, el de la hijastra con motivo del homicidio de su madrastra, el de la concubina frente a la pérdida del concubinario —situación contemplada en un fallo plenario de la Cámara Civil para la reparación del daño patrimonial *ex art.* 1079 del viejo Código de 1869—).

La reacción contra el injustificado sistema clásico, aunque necesaria, fue generándose tras un lento y progresivo proceso de cambio. Los autores fieles al derecho subjetivo absoluto (y a la tipicidad) intentaron resistir la admisión de las nuevas categorías (como la lesión al crédito) y prefirieron proponer un genérico y omnicomprendivo derecho absoluto a la integridad del patrimonio (sin duda inaceptable). Ese imaginado derecho aseguraría la tutela resarcitoria en cada supuesto en que se verificase una diferencia negativa entre la realidad patrimonial del presunto dañado antes y después de producido el evento nocivo. Pero está muy claro que con este criterio se deja de lado la calificación de injusticia del daño, imprescindible instrumento para seleccionar intereses que merecen protección, Y, además, el derecho a la integridad del patrimonio, tributario de la trasnochada teoría de la diferencia, resulta refractario a la protección de los daños extrapatrimoniales<sup>29</sup>.

De todos modos el cambio se inicia con el pasaje de una economía agrícola y artesanal a otra de tipo industrial. La riqueza inmobiliaria dejó de constituir el elemento axial del sistema y el contrato perdió la fuerza para erigirse en el modo exclusivo para transmitir o ejercer la propiedad. La autonomía privada, aunque está en la base del negocio jurídico y es conatural a la condición de persona humana, hoy día es aprehendida bajo la óptica del bien común (la voluntad es imprescindible siempre que persiga fines sociales y económicos valiosos para el Derecho). La culpa, en fin, ya

<sup>29</sup> Jannarelli, Antonio, *Istituzioni di Diritto Privato*, a cura di Mario Bessone, Giappichelli, Torino, 2001, ps. 1015 a 1116.

no es regla general ni norma del clausura del sistema. Por último, el daño reclama la presencia de sistemas de atipicidad –o tipicidad en blanco–<sup>30</sup>.

En resumidas cuentas, el daño injusto es **contra ius**, en tanto supone la lesión a un interés merecedor de tutela –con los alcances amplios citados– y **sine iure** por no estar justificada la conducta. Esta doble connotación, que conforma la **iniuria**, tendría origen en un pasaje de Ulpiano (**quod non iure factum est, hoc est contra ius, si culpa quis occiderit**)<sup>31</sup>. Ambos componentes generan la injusticia del daño, la cual no es la suma de ellos sino la síntesis<sup>32</sup>.

La expresión daño a la persona tiene contornos muy difusos o borrosos en la doctrina y la jurisprudencia, por más que con ella se trate de apuntar a la defensa del ser humano en sus bienes personalísimos.

Estas confusiones se advierten en el derecho italiano, en donde los diferentes **menoscabos** a la persona han sido estudiados por numerosísimos autores. La actividad de investigación en Italia tuvo un norte de justicia: por un lado superar la mezquina noción del art. 2059 Cód. Civil, que confina el daño moral a casos excepcionales relativos a infracciones civiles que constituyen un delito del derecho criminal y que están taxativamente contempladas en la ley y, por otro lado, el propósito de afianzar la tipicidad del daño (patrimonial).

En tal sentido, se ha dicho que el daño a la persona equivale al daño moral. Otros opinantes señalan que el daño a la persona vendría a ser en Italia, el daño corporal del cual hablan los franceses (**dommage corporel**) –**ídem**, los españoles–. Por ende, el referido daño a la persona es el que afecta la integridad psicofísica o psicosomática del sujeto. No obstante, la misma doctrina italiana a veces habló de daño biológico, que es una expresión médico-legal, para relacionarla con la lesión a la integridad psicofísica. En un paso adelante, tal daño biológico se correlacionó con el daño a la salud, aunque poco tiempo después se pensó que el daño a la salud, contemplado en el art. 32 de la Constitución Nacional Italiana, comprende

---

<sup>30</sup> Bueres, Alberto J, Las fuentes de las obligaciones (alguna reflexiones de política jurídica), Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, Libro homenaje al profesor Roberto López Cabana, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 83 y siguientes.

<sup>31</sup> Digesto, 9. 2. 5. 1.

<sup>32</sup> Salvi, La responsabilità contrattuale, cit., p. 62; Bueres, El futuro de la responsabilidad.... cit., ps. 801 a 802.



el daño biológico pero es más amplio, puesto que en su ámbito no sólo ingresan los daños al cuerpo y a la psiquis que originan una enfermedad (**lo stato di malattia**), sino que también están incluidas las situaciones que afectan la calidad de vida, el bienestar espiritual –más allá de toda patología–, la conservación de un ambiente sano, etc. Inclusive, para sofisticar más esta cuestión, la Corte Constitucional italiana, en una sentencia de 2000, habla de daño existencial (algo así como la realización del proyecto de vida, de la relación del sujeto con el prójimo)<sup>33</sup>. A veces estos daños fueron considerados patrimoniales y en otros casos extrapatrimoniales, aunque diferenciados del daño moral reducido sin ninguna razón al **pretium doloris** (sufrimientos, dolores, aflicciones, etc.).

El profesor Fernández Sessarego, que tuvo gran influencia en la redacción del Código Civil de Perú de 1984, dice que el daño a la persona es el daño no patrimonial. Consecuentemente, el mencionado daño a la persona comprende las lesiones al proyecto de vida y a los bienes personales (intimidad, honor, integridad psicofísica, etc.) y, además, el daño moral reducido al **pretium doloris**<sup>34</sup>. Está claro que de aceptarse esta postura, el daño moral supondría la lesión a un interés espiritual que se resarce **por sus consecuencias**, en tanto que otros menoscabos fenoménicos al proyecto de vida, la intimidad, el honor, la integridad psicofísica, se indemnizan **por la mera actividad dañosa de forma objetiva**, sin atender a las secuelas o consecuencias –no sabemos a ciencia cierta cuál ha de ser el arbitrario criterio de cuantificación de estos daños–. Esta postura ha sido criticada, con razón, por una gran parte de la doctrina peruana y, muy particularmente, por De Trezagnies Granda, tal vez el jurista que más se ha dedicado al derecho de daños en Perú<sup>35</sup>.

Creo que estos inconvenientes provienen del error de confundir un mal llamado daño, que es sólo un menoscabo natural o fenoménico a los bienes, con el verdadero daño en sentido jurídico (lesión a un interés). La lesión al cuerpo (fractura de un hueso) o a la psiquis (afección psiquiátrica), del mismo modo que la rotura de un plato o de una copa son menos-

<sup>33</sup> Jannarelli, *Istituzioni...*, cit., p. 1020.

<sup>34</sup> Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho de las personas en los Códigos de Argentina (1869) y Perú (1984)*, Dalmacio Vélez Sársfield e il Diritto Latinoamericano, Roma e America, Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, a cura di Sandro Schippani, Il Università di Roma, 1991, ps. 287 y 289.

<sup>35</sup> De Trezagnies Granda, E., *Para leer el Código Civil*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1988, ps. 231 y 231.

cabos naturales, que podrán ser fuentes de daños jurídicos patrimoniales o extrapatrimoniales, según los casos. Y así como no hay un daño jurídico psíquico autónomo, tampoco podría hablarse, porque sería ridículo, de la categoría del daño óseo en la medida que se fracture un hueso. Recuerdo que Paolo Cendon examina varias decenas de supuestos fácticos que son fundantes de daños y resultaría absurdo que todos ellos constituyan daños autónomos<sup>36</sup>.

En resumidas cuentas, el Código Civil de 1869 consagra dos categorías de daños: el patrimonial y el moral. Al primero se refieren los arts. 519, 1068 y 1069; al daño moral aluden los arts. 522 y 1078 –tocante a este último no está de más manifestar que él no se reduce al sufrimiento o dolor, sino que importa una lesión a un interés espiritual protegido por el ordenamiento que genera consecuencias desfavorables en las capacidades de sentir, de querer y de entender (el descerebrado no padece dolor pero experimenta daño moral)–.

Si una joven modelo publicitaria tiene una lesión estética, mero menoscabo a la integridad corporal, dicho menoscabo podría acarrearle una minoración de intereses patrimoniales (la pérdida de posibilidades de obtener trabajos) o bien podría conculcarle intereses del espíritu –aflicciones, pérdida de la satisfacción de vivir, etc.–. Unos razonamientos en contrario conducirían a la creación de requerimientos sin justificación por duplicidad o multiplicidad de indemnizaciones superpuestas, desconocerían el recto sentido de las normas, pasarían por alto que no es posible resarcir daños por la mera actividad dañosa y, al cabo, importarían confundir todo.

El Código de 2015 establece en el art. 1737 que el daño es la lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. Y el art. 1738, refiere que la indemnización comprende la pérdida patrimonial, el lucro cesante y las chances. Y, muy especialmente, las consecuencias (**repárese que se habla de consecuencias**) de la violación a derechos personalísimos, integridad personal, salud psicofísica, afecciones espirituales legítimas y las que conculquen el proyecto de vida. El artículo 1740 dice que la reparación debe ser plena.

Las reflexiones que me suscitan estos textos, en una prieta síntesis, son las siguientes:

---

<sup>36</sup> Cendon, Paolo, *Trattato breve dei nuovi danni*, Cedam, Padova, 2001 (tres volúmenes).

1. La alusión al derecho en la definición de daño es superflua, pues hubiera bastado con incluir el mero interés (lesión a un interés), dado que éste es un elemento común a toda hipótesis de daño, derive o no de un derecho subjetivo. El art. 1733 del Proyecto dice que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico...”. La definición se expone de modo negativo (“no reprobado por el ordenamiento jurídico”), y me parece que aunque no se incurrió en un desacierto marcado, hubiera sido preferible utilizar la formula positiva (**interés protegido –o amparado– por el ordenamiento jurídico**) –ver en este sentido, el art. 1068 del Proyecto de Unificación de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación de 1993–. Ciertamente, si un interés no es reprobado por el ordenamiento, puede tratarse de un interés protegido (o aprobado) por el ordenamiento para erigirse en daño o de un interés que no es “reprobado” por el ordenamiento pero que no es trascendente como daño para el susodicho ordenamiento (p. ej. las alteraciones espirituales que sufre la novia ante el homicidio del novio en el ámbito de la legitimación establecida por el art. 1078, segunda parte, Código Civil de 1869). Comoquiera, el art. 1737 citado ha de interpretarse en el sentido de que interés “no reprobado” equivale al interés aprobado (o protegido) como daño y, al margen, que en la definición está implícita la calificación de injusticia o de resarcibilidad del daño.

Por otro lado, es evidente que “el no reprobado por el ordenamiento jurídico” se refiere sólo al interés y no al derecho (es obvio), dado que sí, en mero tren de conjeturas también alcanzara a éste, por cierto que no sería “un derecho” (¡!).

2. Hay errores de técnica y alguna oscuridad en ciertos vocablos utilizados en los artículos 1737 y 1738 (la doctrina y la jurisprudencia tendrán que disipar esta perplejidad). En el art. 1738 se habla de derechos personalísimos, integridad personal, salud psicofísica, afecciones legítimas y proyecto de vida. Habrá que esculcar con minucia cuál es el alcance de “la integridad personal, expresión que en principio no es muy precisa; e interpretar que no sólo “las afecciones legítimas” integran el daño extrapatrimonial (para mi equivalente al daño moral). También han de precisarse, doctrinal y jurisprudencialmente, las facetas patrimoniales y extrapatrimoniales que presenta

el menoscabo al llamado proyecto de vida (hoy día anatémizado en Italia donde tuvo génesis).

3. Me parece acertado que se apunte al interés como núcleo de la tutela jurídica y que se entienda que el daño se indemniza por las secuelas, por las consecuencias. No existe la posibilidad de resarcir objetivamente un perjuicio por la sola actividad dañosa.
4. Esto reconduce fácilmente a la idea de que ha de subsistir el criterio mayoritario en el sentido de que puede haber numerosos menoscabos fenoménicos o naturales a los bienes, pero en realidad habrá dos categorías de daños: el patrimonial y el extrapatrimonial (o moral). Esta es la conclusión a la cual llego la Corte de Casación Italiana en las sentencias (plenarias) Nros. 26.972, 26.973, 26.974 y 26.975 provenientes de las **Sezioni Unite** el 11 de noviembre de 2008. El Tribunal en Pleno estableció que, a más del daño patrimonial, el daño extrapatrimonial es una categoría que no puede ser fragmentada en diversos tipos.
5. Es acertada la defensa de la esfera personal del sujeto y el criterio de atipicidad de los daños que fluye de las normas analizadas (la vigencia de la cláusula general del daño injusto o daño resarcible).
6. También es correcto que se incluya de forma expresa el resarcimiento de una chance, pues ésta es un daño cierto y no un supuesto perjuicio hipotético o conjetural.
7. Resulta fundamental que se consagre el principio de reparación plena e íntegra en el art. 1740, pues esto confiere transparencia a la constitucionalidad del sistema.

En resumidas cuentas, el análisis del Proyecto de 2012 en materia de daños arroja un saldo favorable y constituye un avance para el derecho argentino. En general y más allá de las diferencias lógicas de matices y aún de criterios en cada solución puntual –a la vista de que el derecho es **un mar de dudas**, como decía Duvergier–, se ha recogido el pensamiento mayoritario de la doctrina nacional (inspiradora de una jurisprudencia masiva), condensado en obras y monografías seculares y en proyectos de reforma anteriores; e, inclusive, se han mantenido ciertas bases del Código Civil de 1869, en todo aquello que puede perdurar y que está aherrojado en nuestras más profundas tradiciones. Considero que sobre la base de una interpretación apropiada e inteligente de las normas proyectadas podrán alcanzarse los resultados deseados (y deseables).

# ACTUALIDAD CONSTITUCIONAL DEL REINO UNIDO

## ¿UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

POR ALBERTO B. BIANCHI<sup>1</sup>

### I. Introducción

Desde sus orígenes<sup>2</sup> hasta la segunda mitad del siglo XX, la Constitución del Reino Unido<sup>3</sup> estuvo montada sobre cuatro pilares: (a) la soberanía o supremacía del Parlamento; (b) el régimen unitario de gobierno; (c) la inexistencia de una Corte Suprema como tribunal separado e independiente del Parlamento y (d) el carácter aristocrático y hereditario del *House of Lords*.

A partir de la década de 1970 y, más especialmente, desde comienzos del siglo XXI, aquella experimentó algunos cambios sustanciales que impactaron en estos cuatro principios. Como resultado de ello, algunos autores consideran que se está en presencia de una “constitución cambiante”<sup>4</sup>, mientras que otros entienden que hay una “nueva Constitución”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 5 de diciembre de 2019.

<sup>2</sup> Todas las constituciones tienen, por lo general, un acta de nacimiento, una fecha en la cual fueron sancionadas. Dentro de sus numerosas curiosidades, la Constitución del Reino Unido no tiene acta de nacimiento ni sanción formal. Es el fruto de la evolución de un proceso histórico que comienza (por poner una fecha) con la Carta Magna de 1215 y continúa hasta nuestros días.

<sup>3</sup> Si bien no está codificada en un texto único, es un error sostener, como ocurre habitualmente, que la Constitución del Reino Unido no está escrita. Está escrita, pero se encuentra dispersa en numerosas leyes constitucionales sancionadas por el Parlamento que, es legislatura ordinaria y convención constituyente al mismo tiempo.

<sup>4</sup> *The Changing Constitution*, edited by Jeffrey Jowell and Colm O’Cinneide, 9<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2019; GEE, Graham; HAZELL, Robert; MALLESON, Kate and O’BRIEN, Patrick: *The Politics of Judicial Independence in the UK’s Changing Constitution*, Cambridge University Press, 2015.

<sup>5</sup> BOGDANOR, Vernon: *The New British Constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.

En las líneas que siguen intentaré describir estos cambios que, sin ser formalmente el fruto de una revolución, han producido mutaciones profundas en el régimen constitucional británico.

## II. La soberanía del Parlamento y su estado actual

### A. *El principio en su formulación tradicional*

De todas las características que posee el sistema constitucional del Reino Unido, la más relevante y singular es, sin dudas, la supremacía o soberanía del Parlamento.

Su portavoz más enfático –bien que no el único– en el siglo XIX fue A.V. Dicey, quien comienza su célebre *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, señalando que la soberanía del Parlamento es la característica dominante de las instituciones políticas inglesas<sup>6</sup>. No obstante, Dicey en realidad repetía lo que ya habían señalado Coke en el siglo XVII<sup>7</sup> y Blackstone en el siglo XVIII<sup>8</sup>. Es más, conforme algunos autores, esta soberanía nace en el siglo XVI con los parlamentos de Enrique VIII<sup>9</sup>, bien que alcanza su consagración formal con la Gloriosa Revolución de 1688, cuando el Parlamento entrega la Corona a los reyes Guillermo III y María II, dejando constancia en el *Bill of Rights 1689* que ese poder les es otorgado por aquel<sup>10</sup>. Tan categórica es esta doctrina que, a mediados del

<sup>6</sup> DICEY, Albert Venn: *Introduction to the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, 1982 (reprint of the 8<sup>th</sup> edition of 1915), p. 3.

<sup>7</sup> COKE, Edward: *Institutes of the Laws of England*, en *The Selected Writings of Sir Edward Coke*, edited by Steve Sheppard, Liberty Fund, Indianapolis, Indiana, 2003, vol. 2, p. 1133.

<sup>8</sup> BLACKSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1979 (facsimile of the first edition 1765-1769), vol. 1, p. 156-157.

<sup>9</sup> GOLDSWORTHY, Jeffery: *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 58.

<sup>10</sup> Según establece el Bill of Rights “[...] *The said Lords Spirituall and Temporall and Commons assembled at Westminster doe Resolve That William and Mary Prince and Princesse of Orange be and be declared King and Queene of England France and Ireland and the Dominions thereunto belonging to hold the Crowne and Royall Dignity of the said Kingdomes and Dominions [...] Upon which their said Majestyes did accept the Crowne and Royall Dignitie of the Kingdoms of England France and Ireland and the Dominions thereunto belonging according to the Resolution and Desire of the said Lords and Commons contained in the said Declaration. And there upon their Majestyes were pleased That the said Lords Spirituall and Temporall and Commons being the two Houses of Parlyament should continue to sitt and with their Majesties Royall Concurrence make effectull*

siglo XX, W. Ivor Jennings decía: “[t]he supremacy of Parliament is the Constitution”<sup>11</sup>, identificando a la soberanía parlamentaria con la Constitución misma.

Cuatro décadas antes de que Dicey publicara su obra, Thomas Erskine May<sup>12</sup>, autor del tratado más célebre y clásico sobre el Parlamento<sup>13</sup>, aparecido originalmente en 1844<sup>14</sup>, con 25 ediciones posteriores que llegan hasta la actualidad<sup>15</sup>, definió a la supremacía parlamentaria, al comenzar el segundo capítulo de la primera edición, con estas palabras: “*The legislative authority of Parliament extends over the United Kingdom, and all its colonies and foreign possessions; and there are no other limits to its power of making laws for the whole empire than those which are incident to all sovereign authority –the willingness of the people to obey, or their power to resist. Unlike the legislatures of many other countries, it is bound by no fundamental charter or constitution; but has itself the sole constitutional right of establishing and altering the laws and government of the empire*”<sup>16</sup>.

Pues bien ¿en qué consiste, concretamente, la soberanía del Parlamento? Según Dicey es el poder de legislar en cualquier asunto, sin que autoridad alguna pueda modificar lo decidido por el Parlamento, salvo el Parla-

---

*Provision for the Settlement of the Religion Lawes and Liberties of this Kingdome soe that the same for the future might not be in danger againe of being subverted, To which the said Lords Spirituall and Temporall and Commons did agree and proceede to act accordingly [...]*”.

<sup>11</sup> JENNINGS, W. IVOR: *The Law and the Constitution*, 5<sup>th</sup> edition, University of London Press, London, 1959, p. 314.

<sup>12</sup> Erskine May (1815-1886) fue *Clerk* (secretario ejecutivo) del *House of Commons* entre 1871 y 1886 y fue también un destacado barrister del Middle Temple.

<sup>13</sup> Se lo llama usualmente la “Biblia” del procedimiento parlamentario.

<sup>14</sup> ERSKINE MAY, THOMAS: *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, Charles Knight & Co., London, 1844 (reprint by Cambridge University Press, 2015).

<sup>15</sup> *Erskine May’s Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 25th edition, David Natzler and Mark Hutton (Editors) Mathew Hamlyn, Colin Lee, Chloe Mawson, Kate Lawrence, Crispin Poyser and Eve Samson (Assistant Editors), Lexis Nexis, 2019. En Adelante: Erskine May, *Parliamentary Practice*.

<sup>16</sup> “*La autoridad legislativa del Parlamento se extiende sobre el Reino Unido y todas sus colonias y posesiones en el extranjero y no hay otros límites para su poder de hacer las leyes para todo el imperio que aquellos que son incidentales a toda autoridad soberana, la voluntad del pueblo de obedecer o su poder para resistirlo. A diferencia de las legislaturas de otros muchos países, no está limitado por ningún estatuto fundamental o por una Constitución, tiene por sí solo, la prerrogativa constitucional de establecer y modificar las leyes y el gobierno del imperio*”. Erskine May, cit. en nota 14, p. 29.

mento mismo<sup>17</sup>. Vemos aquí los dos aspectos, el positivo y el negativo, de la soberanía parlamentaria, que los autores actuales reconocen. El primero le permite al Parlamento legislar en cualquier materia, el segundo impide que sus decisiones puedan ser modificadas por ninguna otra autoridad<sup>18</sup>.

¿Ello significa, entonces, que el Parlamento tiene un poder absoluto, que puede ejercer arbitrariamente? De acuerdo con Dicey –cuya doctrina dista mucho de ser satisfactoria en este punto– la soberanía del Parlamento no tiene límites y descarta las tres limitaciones que autores anteriores habían citado. La primera de ellas es la que impone la moral, ya sea pública o privada, y el derecho internacional<sup>19</sup>. En su opinión, ningún juez haría lugar a un abogado que argumentara la inaplicabilidad de la ley sobre la base de su inmoralidad<sup>20</sup>. Se refiere, en segundo lugar, a las limitaciones que provienen de la prerrogativa legal y pone como ejemplo de ella la facultad de celebrar tratados internacionales, sosteniendo que todos los poderes reales pueden ser legislados por el Parlamento<sup>21</sup>. Por último analiza si el Parlamento podría limitarse a sí mismo prohibiendo que en el futuro se sancionaran determinadas leyes o se modificaran las existentes. Su respuesta es

<sup>17</sup> “*The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament [...] Parliamentary sovereignty is therefore an undoubted legal fact. It is complete both on its positive and on its negative side. Parliament can legally legislate on any topic whatever which, in the judgment of Parliament, is a fit subject for legislation.* Introduction to the Law of the Constitution, cit. en nota 5, pp. 3 y 24.

<sup>18</sup> GORDON, Michael: *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution. Process, Politics and Democracy*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015, p. 13.

<sup>19</sup> Dicey cita aquí la opinión de Blackstone, quien había sostenido la sumisión del derecho positivo al derecho natural: “*This law of nature, being coeval with mankind, and dictated by God himself, is of course superior in obligation to any other. It is binding over all the globe in all countries, and at all times: no human laws are of any validity, if contrary to this; and such of them as are valid derive all their force and all their authority, mediately or immediately, from this original*”. Blackstone, *Commentaries*, cit. en nota 7, vol 1, p. 41.

<sup>20</sup> “*There is no legal basis for the theory that judges, as exponents of morality, may overrule Acts of Parliament [...] A modern judge would never listen to a barrister who argued that an Act of Parliament was invalid because it was immoral, or because it went beyond the limits of Parliamentary authority. The plain truth is that our tribunals uniformly act on the principle that a law alleged to be a bad law is ex hypothesis a law, and therefore entitled to obedience by the Courts*”. Introduction, pp. 19-20.

<sup>21</sup> “*...no modern lawyer would maintain that these powers or any other branch of royal authority could not be regulated or abolished by Act of Parliament, or, what is the same thing, that the judges might legally treat as invalid a statute, say, regulating the mode in which treaties are to be made, or making the assent or the Houses of Parliament necessary to the validity of a treaty*”. Introduction, p. 20.



negativa, y pone varios ejemplos de leyes impositivas que han modificado las anteriores<sup>22</sup>. Concluye entonces en que no hay autoridad susceptible de limitar al Parlamento, cuyo poder –según dice– es absoluto<sup>23</sup>.

Este último argumento ha generado en Michael Gordon una reflexión crítica interesante. Señala que, si un Parlamento no puede limitar a los siguientes, no es soberano, pero, al mismo tiempo, si pudiera limitar a los siguientes, éstos tampoco serían soberanos<sup>24</sup>. Parecería entonces que, en cualquier caso, el Parlamento no será soberano. Frente a esta disyuntiva, la solución más razonable es que cada Parlamento es soberano en sí, pero tal soberanía no puede ser un obstáculo para legislar en los posteriores, de lo contrario, la tarea de legislar sería imposible y la vida de un Estado quedaría congelada en el tiempo. Nada de ello autoriza, sin embargo, a desconocer los derechos adquiridos por los individuos bajo la legislación anterior.

Así expuesta, era natural que la doctrina de la soberanía del Parlamento encontrara numerosas críticas. Al mismo tiempo que Dicey la proclamaba desde su cátedra en Oxford, Herbert Spencer, en 1884, la acusaba de ser “la gran superstición política”<sup>25</sup>. Autores más modernos sostienen que es arcaica y la consideran un mito<sup>26</sup>. Otros, en cambio, la defienden reconociéndole, como virtud, haberle otorgado flexibilidad a la Constitución y sostienen que las convenciones constitucionales impiden que el sistema caiga en la tiranía<sup>27</sup>. A pesar de todo, la soberanía del Parlamento, como principio, todavía se mantiene, tanto en la jurisprudencia<sup>28</sup>, como en la

<sup>22</sup> “The point calling for attention is that though policy and prudence condemn the repeal of the Taxation of Colonies Act, 1778, or the enactment of any law inconsistent with its spirit, there is under our constitution no legal difficulty in the way of repealing or overriding this Act. If Parliament were tomorrow to impose a tax, say on New Zealand or on the Canadian Dominion, the statute imposing it would be a legally valid enactment”. Introduction, p. 23.

<sup>23</sup> “There is no power which, under the English constitution, can come into rivalry with the legislative sovereignty of Parliament. No one of the limitations alleged to be imposed by law on the absolute authority of Parliament has any real existence, or receives any countenance, either from the statute-book or from the practice of the Courts.” Introduction, cit. en nota 5, p. 25.

<sup>24</sup> Gordon, Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution, cit. en nota 17, p. 57.

<sup>25</sup> Decía que la gran superstición política del pasado había sido el derecho divino de los reyes en tanto que la del presente, era la soberanía del Parlamento. SPENCER, Herbert: *The Man versus the State*, reprint of Liberty Fund, Indianapolis, 1982, p. 123.

<sup>26</sup> Ver lo autores citados por Michael Gordon, en p. 1 de su obra citada en nota 17.

<sup>27</sup> Bogdanor, *The New British Constitution*, cit. en nota 4, pp. 13-15.

<sup>28</sup> En *Jackson v. Her Majesty's Attorney General* [2005] UKHL 56, el voto de Lord Bingham sostiene que la soberanía del parlamento es un “bedrock” (basamento) de la Constitución británica.

doctrina<sup>29</sup>, aunque nuevas realidades políticas le han impuesto ciertos límites, tal como veremos en los puntos siguientes.

### ***B. Las consecuencias de la soberanía parlamentaria***

De la soberanía parlamentaria surgen dos consecuencias fundamentales. La primera es la flexibilidad de la Constitución<sup>30</sup>. Ella implica que es el Parlamento quien ejerce el poder constituyente y esto produce, a su vez, dos efectos: (a) la Constitución puede ser reformada por el mismo Parlamento, sin tener que acudir a un procedimiento específico ejercido por un órgano diferente del Parlamento y (b) las leyes comunes tienen, formalmente, el mismo rango que la Constitución. Todo ello acarrea, a su vez, una tercera consecuencia que impacta en la conformación física de la Constitución: no existe un texto constitucional único, sino muchos textos constitucionales dispersos e inorgánicos, dando la sensación de que la Constitución no está escrita. En realidad, está escrita<sup>31</sup>, pero queda dispersa en muchas leyes que tienen contenido constitucional<sup>32</sup>. En síntesis, en el derecho constitucional del Reino Unido no existe el principio de supremacía de la Constitución, lo que es supremo allí es el Parlamento, no la Constitución<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Entre muchos otros ver: Wade-Forsyth, *Administrative Law*, 11<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2014, p. 19; LEYLAND, Peter: *The Constitution of the United Kingdom*, 2<sup>nd</sup> edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, p. 47; MASTERMAN, Roger: *The Separation of Power in the Contemporary Constitution*, Cambridge University Press, 2011, p. 20.

<sup>30</sup> Esto dio pie a la célebre clasificación de las constituciones en flexibles y rígidas, elaborada por Bryce a comienzos del siglo XX, una clasificación que hoy día en ya casi no tiene ejemplos en las constituciones flexibles, pues la mayoría de los Estados, sin importar la ideología bajo la cual están concebidos, han adoptado el sistema de constitución rígida. BRYCE, James: *Flexible and Rigid Constitutions*, en: *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, T. I, p. 145 y ss. Hay una versión española de este trabajo publicada por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 2<sup>a</sup> edición, 1962.

<sup>31</sup> Cierto es que la Constitución del Reino Unido tiene una buena parte no escrita, conformada por las llamadas convenciones constitucionales, que son una de sus fuentes más importantes. Sobre las *constitutional conventions* puede verse, entre otros autores: PARPWRTH, Neil: *Constitutional & Administrative Law*, 10<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2018, cap. 10.

<sup>32</sup> Entre las sancionadas en los siglos XX y XXI, las de mayor trascendencia son las siguientes: *Parliament Acts 911 y 1949*; *Life Peerages Act 1958*; *House of Lords Act 1999*; *Constitutional Reform Act 2005*; *Fixed Term Parliaments Act 2011* y todas las leyes de Devolución que mencionará en III.

<sup>33</sup> En este aspecto –como en otros muchos– la Constitución de los Estados Unidos se apartó por completo de la Constitución británica. La Constitución de los Estados Unidos está organizada sobre la base del principio de supremacía constitucional establecida en el Artículo VI (que nuestro artículo 31 ha repetido con exactitud casi completa) y, como resultado de ella, el poder constituyente es ejercido en conjunto por el Congreso, que tiene el poder de iniciativa y por las legislaturas estatales,

La segunda consecuencia deriva necesariamente de la primera. En el Reino Unido no existe control judicial de constitucionalidad sobre las leyes. El *judicial review* se ejerce solamente sobre los reglamentos administrativos, es decir, sobre la llamada “legislación secundaria”, pero no sobre las leyes, que constituyen la “legislación primaria”. Dentro de este sistema ello no tiene nada de anómalo, por muy raro o curioso que pueda parecer. No olvidemos que el control de constitucionalidad de las leyes es hijo directo del principio de supremacía constitucional. Pero si no existe tal supremacía, pues las leyes tienen el mismo rango que la Constitución, y todas son sancionadas por el Parlamento, que es soberano, los jueces no tienen supremacía alguna que custodiar. Esta es una de las tantas curiosidades del sistema constitucional del Reino Unido, pese a que fue allí donde tuvo su origen remoto el control de constitucionalidad<sup>34</sup>.

### *C. Una visión más simple y concreta de la doctrina tradicional*

Robert Rogers y Rhodri Walters, autores de una obra muy difundida<sup>35</sup>, que explica muy claramente el funcionamiento del Parlamento<sup>36</sup>, sostienen una teoría menos romántica, pero mucho más clara sobre los verdaderos alcances de la supremacía parlamentaria. Dicen, en síntesis, que la supremacía del Parlamento es puramente legislativa. Esto significa que nadie

---

que deben ratificar esa decisión con una mayoría de tres cuartos (Artículo V). Ello dio lugar a que la Corte Suprema, en *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), se adjudicara la tarea de controlar esa supremacía. Ciertamente que en la actualidad Keith Whittington, en una obra bastante provocativa, sostiene que el control de constitucionalidad ya estaba insinuado en varios fallos anteriores a *Marbury*. Ver: WHITTINGTON, Keith E.: *Repugnant Laws. Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present*, University Press of Kansas, 2019.

<sup>34</sup> Los orígenes –bien que remotos– del control de constitucionalidad, pueden rastrearse en el caso de Dr. Thomas Bonham, resuelto por Edward Coke en 1610, como *Chief Justice* del *Common Pleas*, donde sostuvo que el *Common Law* prevalecía sobre las leyes del Parlamento. 8 Coke Reports 113b. La supremacía del *Common Law* había sido invocada anteriormente por el *King's Bench* en 1603 en *Darcy v. Allen*, 11 Coke Reports 84b; 77 English Reports 1260 (1603), el caso del monopolio para la fabricación de cartas de juego otorgado por medio de una *Letter Patent* de la reina Isabel I y fue luego aplicado también por Coke en el caso de los Sastres de Ipswich, 11 Coke Reports 53a 1614. En idioma español, la obra más exhaustiva sobre los orígenes del control constitucional es FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La Evolución de la Justicia Constitucional*, Dickinson-Constitucional, Madrid, 2013.

<sup>35</sup> Luego del tratado de Thomas Erskine May, citado en nota 14, este trabajo es, probablemente, el más claro y didáctico que se ha escrito sobre el funcionamiento del Parlamento.

<sup>36</sup> ROGERS, Robert and WALTERS, Rhodri, *How Parliament Works*, 8<sup>th</sup> edition, by Nicolas Besly and Tom Goldsmith, Routledge, London and New York, 2019.

puede modificar las leyes que sanciona éste sanciona, pero no implica que su autoridad sea superior a cualquier otra, pues la prerrogativa ejecutiva se ejerce sobre muchas áreas en la cuales el Parlamento no interviene<sup>37</sup>.

#### ***D. Las limitaciones posteriores***

##### *1. La incorporación del Reino Unido a la Unión Europea y su salida luego del Brexit*

El poder legislativo casi omnímodo que se le atribuía al Parlamento, tuvo un recorte importante cuando el Reino Unido pasó a integrar la Comunidad Económica Europea en 1973. Veamos, muy brevemente cómo se desarrolló ese proceso no exento de altibajos, al punto que el Reino Unido fue calificado como un “*awkward partner*” (socio difícil) de la Unión Europea<sup>38</sup> lo que, en cierto modo, explica las turbulencias del Brexit, concretado finalmente el 31 de enero de 2020, luego de más de tres años de idas y venidas.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, los países de Europa occidental comenzaron a celebrar acuerdos militares y económicos permanentes, tendientes a establecer lazos de ayuda mutua para contrarrestar al llamado “bloque soviético” (*Soviet Bloc*), al que Zbigniew K. Brzezinski dedicó un volumen entero en 1960<sup>39</sup>. Ya desde 1946, Churchill —que tenía la capacidad de mirar más adelante que sus contemporáneos—<sup>40</sup> bregaba por la

<sup>37</sup> Según explican estos autores “[...] a better modern term might be ‘legislative supremacy’, because to call Parliament sovereign is disputable in several ways: much of government’s authority derives from the prerogative powers of the Crown, for example, rather than from Parliament. When the government decides to commit the UK’s armed forces to military action, it does so formally by exercising a prerogative power, even though there is a recent but robust convention that Parliament’s consent will be necessary. More clearly still, when the Prime Minister sacks or appoints ministers —or, indeed, creates or dismantles government departments —she does so by exercising prerogative powers, with no role for Parliament [...] So when people use the phrase ‘the sovereignty of Parliament’ what they really mean is the legislative supremacy of Parliament —that is to say its unique ability, [...] to ‘make or unmake any law whatever’”. Obra citada p. 177.

<sup>38</sup> GEORGE, Stephen: *An Awkward Partner: Britain in the European Community*, 3<sup>rd</sup> edition, Oxford, Oxford University Press, 1998.

<sup>39</sup> BRZEZINSKI, Zbigniew K.: *The Soviet Bloc: Unity and Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, 1960.

<sup>40</sup> Recordemos que Churchill fue el primero en denunciar el rearme alemán y el peligro nazi y ello le costó que Neville Chamberlain, Lord Halifax y otros líderes conservadores de entonces, que se negaban a ver esa amenaza, lo relegaran de cualquier puesto gubernamental. Recién en 1939 fue designado Primer Lord del Almirantazgo, un cargo que ya había ejercido al comienzo de la Primera

formación de una suerte de “Estados Unidos de Europa”<sup>41</sup> y el primer paso fue dado en 1949 con la instalación del Consejo de Europa, un cuerpo intergubernamental, con sede en Estrasburgo, creado por medio del Tratado de Londres de 1949, que fue suscripto por el Reino Unido. Ese mismo año fue creada la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), por medio del Tratado de Washington, firmado el 4 de abril de 1949<sup>42</sup>.

Poco después, en 1951, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo (luego llamados los “Seis”) firmaron el Tratado de Paris, creando la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, el cual, a diferencia del Consejo de Europa, era una organización supranacional, primer gran escalón hacia la integración europea. Le siguieron, en 1957, la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM, por sus siglas en inglés), creadas con el Tratado de Roma. Todos ellos compartían instituciones propias de carácter supranacional: la Corte de Justicia, la Asamblea y el Consejo<sup>43</sup>.

Si bien el Reino Unido había suscripto el Tratado de Londres e integraba el Consejo de Europa, se había resistido a formar parte de las otras organizaciones, precisamente por el carácter supranacional de sus órganos, lo que afectaba el principio de supremacía del Parlamento británico. Tal como señala Elizabeth Wicks, citando a Hibbert, por aquel entonces el Reino Unido todavía se sentía una potencia mundial, superior a los restantes países europeos y no quería suscribir con ellos acuerdos que limitaran su soberanía<sup>44</sup>. Como alternativa, se propuso crear un Área Europea de Libre Comercio (*European Free Trade Area*) establecida por la Convención de Estocolmo de 1959, firmada por el Reino Unido, Austria, Suiza, Portugal, Noruega, Suecia y Dinamarca.

---

Guerra Mundial y que tuvo que dejar en 1915 luego del desastroso resultado de la campaña en el estrecho de los Dardanelos (Península de Gallipoli). Ver: GILBERT, Martin: *Churchill. A Life*, Henry Holt and Company, New York, 1991, capítulos 23-26.

<sup>41</sup> Esta idea que ya había expresado en 1942 apareció más nítida en 1946. Gilbert, cit. en nota anterior, en pp. 731 y 874.

<sup>42</sup> Esta iniciativa fue respondida por la Unión Soviética con la creación del Pacto de Varsovia en 1955.

<sup>43</sup> Este Consejo era un órgano de la Comunidad Económica Europa, diferente del Consejo de Europa creado en 1949.

<sup>44</sup> WICKS, Elizabeth: *The Evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, p. 139.

Dos años después, en 1961, ya era evidente que, mientras la Comunidad Económica Europea crecía, la economía inglesa se estancaba. Fue entonces que el gobierno conservador de Harold Macmillan (1957–1963), aun con muchas reticencias, pidió ingresar a la CEE. La petición fue denegada a instancias de De Gaulle en 1963 y, poco después, en 1966, el gobierno laborista de Harold Wilson insistió en ella, obteniendo un nuevo rechazo del líder francés. Pero en 1969, ya retirado De Gaulle del poder, se abrió una nueva oportunidad de negociación y esta vez Georges Pompidou, el nuevo presidente, anunció que no vetaría el ingreso del Reino Unido en la ECC.

Comenzaron, entonces, una serie de negociaciones llevadas a cabo por el gobierno conservador de Edward Heath (1970–1974) en relación con los términos bajo los cuales el Reino Unido ingresaría en la CEE. Éstas fueron concluidas en 1971, dando lugar a la redacción de la ley por medio de la cual el Parlamento aprobaría el ingreso a la CEE. Dadas las dificultades que ello creaba, finalmente fue sancionado un texto legal muy breve, especialmente en relación con el impacto que tendría el Derecho Comunitario en el derecho interno. La *European Communities Act 1972*<sup>45</sup> tenía apenas 12 artículos y solamente el 2(1) se refería a esta cuestión crucial. Su texto, en lo que aquí interesa decía, esencialmente, que el Derecho Comunitario tenía efecto legal en el Reino Unido, sin necesidad de ser aprobado por el Parlamento<sup>46</sup>. Habida cuenta de las dudas existentes sobre la voluntad de pertenecer a la CEE, Harold Wilson, electo nuevamente Primer Ministro<sup>47</sup>, convocó en 1974 a un referéndum, cuyo resultado arrojó una amplia mayoría (67,2 a 32,8) a favor de la pertenencia. Desde entonces la CEE fortificó cada vez más sus lazos de unión. En febrero de 1992, por medio del Tratado de Maastricht fue creada la Comunidad Europea (CE), que sentó las bases para establecer una unidad monetaria en los países miembros, con excepción del Reino Unido que no se adhirió y mantuvo la libra como moneda independiente. También estableció las bases para la creación del Banco Central Europeo (BCE). El Tratado de Maastricht o Tratado de

---

<sup>45</sup> 1972, Chapter 68.

<sup>46</sup> 2(1) “*All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression ‘enforceable Community right’ and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies [...]’.*”

<sup>47</sup> Harold Wilson fue Primer Ministro en dos períodos: 1964- 1970 y 1974-1976.

la Unión Europea, fue luego ratificado y modificado parcialmente por los Tratados de Amsterdam (1997); Niza (2001) y Lisboa (2007).

Mientras se desarrollaba este proceso de integración, la Corte Europea de Justicia<sup>48</sup> comenzó a elaborar la doctrina de la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los estados miembros. El primer caso relevante en esta dirección fue *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* resuelto en 1963<sup>49</sup>, donde ese Tribunal sostuvo que la CEE constituía un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, estableciendo el llamado “efecto directo”, según el cual las disposiciones de la Comunidad generan, por sí mismas, derechos y obligaciones para cualquier ciudadano de un Estado miembro, quien puede invocarlas directamente ante un juez nacional, sin necesidad de que exista una norma nacional que recoja la norma europea. Al año siguiente fue decidido el caso *Costa v. ENEL*<sup>50</sup> donde el Tribunal ratificó lo establecido en el caso anterior<sup>51</sup> Posteriormente, la supremacía del derecho comunitario fue ratificada por la Corte Europea de Justicia en *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide*<sup>52</sup>, en *Simmenthal SpA v. Italian Minister for Finance*<sup>53</sup> y en *Francovich v. Italian Republic*<sup>54</sup>.

Quedaba por saber cuál sería la actitud de los tribunales ingleses cuando una ley del Parlamento entrara en conflicto con una norma comunitaria. La respuesta fue dada en 1991 por el *House of Lords* en el caso *R (Factortame Ltd) v. Secretary of State for Transport*<sup>55</sup>, donde se discutían las limitaciones a los derechos de pesca en aguas inglesas impuestas por la

<sup>48</sup> Por aquel entonces se llamaba Tribunal de las Comunidades Europeas.

<sup>49</sup> Case 26/62; [1963] ECR 1.

<sup>50</sup> Case 6/64; [1964] ECR 585.

<sup>51</sup> Dijo en esta ocasión la Corte de Justicia “[...] al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos [...] la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad”.

<sup>52</sup> [1970] ECR 1125.

<sup>53</sup> [1976] ECR 1871.

<sup>54</sup> [1991] ECR I-5357.

<sup>55</sup> [1991] 1 All ER 70.

*Merchant Shipping Act 1988* a buques de propiedad de nacionales españoles, en violación a los derechos comunitarios. En su segunda decisión sobre el asunto (*Factortame* N° 2) el *House of Lords*, por medio del voto de Lord Bridge, dejó en claro que el derecho nacional debía ceder ante el derecho comunitario<sup>56</sup>, una decisión que Wade y Forsyth han considerado “revolucionaria”<sup>57</sup>.

Desde entonces el Reino Unido ha formado parte de la Unión Europea, bien que con los límites antes mencionados, es decir, sin integrarse a la unión monetaria. Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en los países continentales, en el Reino Unido nunca dejó de estar presente el deseo de salir de la Unión Europea y recuperar la soberanía plena. Como resultado de ello, en 2015 fue sancionada una ley mediante la cual se dispuso que la cuestión sería decidida por un referéndum, el cual debía llevarse a cabo antes de diciembre de 2017<sup>58</sup>. El gobierno conservador de David Cameron (2010-2016) convocó al referéndum, que tuvo lugar el 23 de junio de 2016 y tuvo como resultado el “*british exit*” (Brexit) por un escaso margen. A favor del Brexit votó el 51.9% del electorado. David Cameron renunció inmediatamente después del referéndum y fue sucedido por Theresa May (2016-2019), la nueva líder de los conservadores, quien comenzó la nego-

<sup>56</sup> En su parte principal este voto dice: “*Some public comments on the decision of the European Court of Justice, affirming the jurisdiction of the courts of Member States to override national legislation if necessary to enable interim relief to be granted in protection of rights under Community law, have suggested that this was a novel and dangerous invasion by a Community institution of the sovereignty of the United Kingdom Parliament. But such comments are based on a misconception. If the supremacy within the European Community of Community law over the national law of Member States was not always inherent in the E.E.C. Treaty it was certainly well established in the jurisprudence of the European Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. Thus, whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. Under the terms of the Act of 1972 it has always been clear that it was the duty of a United Kingdom court, when delivering final judgment, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law [...] Thus there is nothing in any way novel in according supremacy to rules of Community law in those areas to which they apply [...]*”.

<sup>57</sup> Wade-Forsyth, cit. en nota 28, p. 21.

<sup>58</sup> *European Union Referendum Act 2015* (2015, Chapter 36). “1. *The referendum* (1) A referendum is to be held on whether the United Kingdom should remain a member of the European Union. (2) The Secretary of State must, by regulations, appoint the day on which the referendum is to be held. (3) The day appointed under subsection (2) - (a) must be no later than 31 December 2017, [...] (4) The question that is to appear on the ballot papers is “Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?” (5) The alternative answers to that question that are to appear on the ballot papers are “Remain a member of the European Union - Leave the European Union [...]”.



ciación del acuerdo de salida con el Consejo Europeo, bajo lo previsto en el artículo 50.2 del Tratado de la Unión Europea<sup>59</sup>. Desde entonces y hasta enero de 2020, el Reino Unido vivió en un prolongado estado de incertidumbre dada las dificultades que el desmembramiento produjo en el frente interno. De hecho ello queda reflejado en la literatura político-periodística sobre el tema, la cual apenas puede ensayar una crónica del proceso<sup>60</sup>.

Ya desde el comienzo el proceso fue problemático. Theresa May quiso emprender las negociaciones con el Consejo de la Unión Europea<sup>61</sup> sin autorización previa del Parlamento, decisión que fue cuestionada judicialmente por Gina Miller, quien ahora ha promovido uno de los casos que han dado lugar a la sentencia que comentaré en el punto siguiente. La Corte Suprema falló a su favor, estableciendo que ello debía contar primero con la autorización del Parlamento<sup>62</sup>, lo que obligó a dictar una ley en tal sentido<sup>63</sup>. Luego, la Primer Ministro convocó a una elección general anticipada (*snap election*)<sup>64</sup> llevada a cabo en junio de 2017, que no le resultó favorable pues el partido conservador perdió trece bancas.

Recién a fines de 2018, Theresa May logró formalizar un acuerdo con el Consejo de la Unión Europea, pero sufrió una aplastante derrota, en enero de 2019, cuando sometió el acuerdo al Parlamento para su aprobación. Votaron 432 MPs en contra del acuerdo y solamente 202 a favor, lo que históricamente fue la peor derrota de un Primer Ministro en el Parlamen-

---

<sup>59</sup> TUE, artículo 50.2 “*El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo*”.

<sup>60</sup> Entre otras muchas publicaciones puede verse: O’ROURKE, Kevin: *A Short History of Brexit: From Brexity to Backstop*, Pelican Books, 2019 y SHIPMAN, Tim: *All Out War*, Haper Collins, London, 2016 y del mismo autor *Fall Out. A year of Political Mayhem*, Harper Collins, London 2017.

<sup>61</sup> Con sede en Bruselas, también conocido como Consejo de Ministros, es un órgano de la Unión Europea que no debe ser confundido con el Consejo de Europa, que es, como vimos, una organización intergubernamental.

<sup>62</sup> R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union, [2017] UKSC 5.

<sup>63</sup> *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*. 2017, Chapter 9.

<sup>64</sup> Ya vimos en el punto anterior que una elección anticipada puede ser convocada si lo aprueban las dos terceras partes del *House of Commons*. La elección debía tener lugar en 2020 y fue adelantada tres años.

to<sup>65</sup>. A partir de entonces la situación se volvió muy confusa<sup>66</sup> A su vez, como consecuencia de las demoras en obtener un acuerdo con el Consejo de Europa, la fecha del Brexit fue prorrogada del 29 de marzo de 2019<sup>67</sup>, al 22 de mayo de 2019<sup>68</sup> y luego, en abril, fue acordado con el Consejo de la Unión Europea una prórroga hasta el 31 de octubre de 2019. Luego del fracaso ocurrido en enero de 2019, que se reiteró en tres oportunidades posteriores<sup>69</sup>, Theresa May sobrevivió, por escaso margen, a un voto de desconfianza instado por el líder del partido laborista, Jeremy Corbyn<sup>70</sup> y, finalmente, renunció en julio de 2019.

Fue sucedida por Boris Johnson, el nuevo líder de los conservadores, un individuo provocativo y extravagante<sup>71</sup>, ubicado en la línea dura de la derecha conservadora, muy decidido a llevar adelante el Brexit a toda costa no más tarde del 31 de octubre de 2019, con acuerdo o sin él. Fruto de su intemperancia, en esta tarea cosechó inicialmente varias derrotas políticas, pero finalmente logró su objetivo, luego de salir ampliamente victorioso de la elección general del 12 de diciembre de 2019.

Antes de ello, contrariando abiertamente al Primer Ministro, el Parlamento sancionó la *European Union (Withdrawal) (No. 2) Act 2019*<sup>72</sup> que, bajo ciertas condiciones, permitió extender el “Exit day” hasta el 31 de enero de 2020 y le ordenó al primer Ministro que intentara acordar con el Consejo de la Unión Europea tal extensión<sup>73</sup>. Como reacción, en una acti-

---

<sup>65</sup> Ver: <https://www.bbc.com/news/uk-politics-46885828>

<sup>66</sup> En su número de enero de 2019, *The Economist* lo calificó como “La madre de todas las confusiones” (*The mother of all messes*).

<sup>67</sup> Esta fecha había sido fijada originalmente por la *European Union (Withdrawal) Act 2018*, que estableció también una suerte de “estatuto” para preparar al Reino Unido para la salida.

<sup>68</sup> *The European Union (Withdrawal) Act 2018 (Exit Day) (Amendment) Regulations 2019*.

<sup>69</sup> El 14 de febrero y el 12 y 29 de marzo de 2019.

<sup>70</sup> Votaron 325 en contra de la moción y 306 a favor, una diferencia de apenas 19 votos.

<sup>71</sup> Algunos medios de la prensa británica lo han calificado de “payaso”. Ver: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/jul/23/boris-johnson-clown-crowned-country-london-dude>

<sup>72</sup> 2019, Chapter 26.

<sup>73</sup> “1 Duties in connection with the withdrawal of the UK from the European Union [...] (4) The Prime Minister must seek to obtain from the European Council an extension of the period under Article 50(3) of the Treaty on European Union ending at 11.00pm on 31 October 2019 by sending to the President of the European Council a letter in the form set out in the Schedule to this Act requesting an extension of that period to 11.00pm on 31 January 2020 in order to debate and pass a Bill to implement the agreement between the United Kingdom and the European Union under Article 50(2)

tud verdaderamente autoritaria, Johnson echó del partido conservador a 21 MPs que votaron a favor de esta ley<sup>74</sup>.

Luego de ello, Johnson quiso convocar a una elección general anticipada<sup>75</sup> pero no obtuvo la mayoría de dos tercios necesaria<sup>76</sup>. Todo ello generó la renuncia de John Bercow, un conservador y figura emblemática del Parlamento, que fue *Speaker* del *House of Commons* durante diez años y gozaba incluso de la estima y respeto del líder laborista Jeremy Corbyn<sup>77</sup>.

Sin dar respiro a su obsesión por forzar el Brexit, Johnson decidió otorgar un escaso margen de tiempo al Parlamento para que pueda dictar la legislación previa y preparatoria del acuerdo. A tal fin, propició extender la *prorogation* del Parlamento<sup>78</sup> que comenzaba el 10 de septiembre de 2019, por un término extraordinario de cinco semanas, hasta el 15 de octubre. La cuestión fue decidida respetando las formalidades habituales y la Reina otorgó su consentimiento, pero todo ello fue impugnado judicialmente y, finalmente, la Corte Suprema, en el caso R (on the application of Miller) v. The Prime Minister<sup>79</sup> sostuvo que el asesoramiento del Primer Ministro a la Reina fue inconstitucional, pues impidió al Parlamento ejercer sus actividades propias en un momento crucial<sup>80</sup>.

Esta derrota obligó a Johnson a negociar un acuerdo con la Unión Europea. Obtenido el acuerdo, el Parlamento se reunió en una sesión extraordi-

---

*of the Treaty on European Union, including provisions reflecting the outcome of inter-party talks as announced by the Prime Minister on 21 May 2019, and in particular the need for the United Kingdom to secure changes to the political declaration to reflect the outcome of those inter-party talks”.*

<sup>74</sup> Entre ellos estaba Nicholas Soames, una personalidad consular de los conservadores y nieto de Winston Churchill. <https://www.washingtonpost.com/world/2019/09/04/winston-churchills-grandson-be-expelled-conservative-party-voting-against-boris-johnson-brexit/>

<sup>75</sup> La *Fixed Term Parliament Act 2011* fija el período parlamentario en 5 años, pero el Primer Ministro puede convocar a una elección anticipada si se dan ciertas circunstancias, entre ellas, que obtenga la aprobación de los dos tercios del *House of Commons*.

<sup>76</sup> Probablemente, de haber triunfado en la elección, su posición política hubiera sido más fuerte para forzar un “*non-deal Brexit*”, un Brexit sin acuerdo.

<sup>77</sup> <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/john-bercow-quits-resignation-retirement-brexit-parliament-speaker-eu-a9097831.html>

<sup>78</sup> Por *prorogation* se entiende la interrupción anual de las actividades legislativas, que tiene lugar entre el final de una sesión y el comienzo de la siguiente.

<sup>79</sup> [2019] UKSC 41.

<sup>80</sup> Ver BIANCHI, Alberto B.: *Un fallo ejemplar de la Corte Suprema del Reino Unido*, *El Derecho - Administrativo*, 01-11-2019.

naria para tratarlo<sup>81</sup>, y lo rechazó por una mayoría de 322 votos contra 306, resolviendo incorporar la enmienda propuesta por Oliver Letwin<sup>82</sup>, según la cual no puede aprobarse el acuerdo hasta tanto no esté sancionada la ley que lo implemente. Esto exigió prorrogar el plazo de salida fijado para el 31 de octubre y extenderlo hasta el 31 de enero de 2020.

Como resultado de todo ello, el Primer Ministro propuso convocar nuevamente a una elección general anticipada. Esta vez obtuvo los dos tercios para ello y la elección quedó fijada para el 12 de diciembre de 2019<sup>83</sup>. Esta elección le dio un amplio triunfo a Boris Johnson. Sobre un total de 650 bancas en el *House of Commons*, el partido conservador obtuvo 365 y los laboristas, liderados por Jeremy Corbyn, tan solo 203<sup>84</sup>, su peor derrota desde 1935<sup>85</sup>. Como resultado de ello, Johnson anunció inmediatamente que el Brexit se produciría el 31 de enero de 2020 y presentó luego un acuerdo de retirada de la Unión Europea (*European Union (Withdrawal Agreement) Bill 2019-20*)<sup>86</sup>, el cual fue aprobado por el Parlamento del Reino Unido, convirtiéndose en la *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*<sup>87</sup> luego de obtener el *Royal Assent* el 23 de enero y luego fue aprobado por el Parlamento Europeo el 29 de enero.

---

<sup>81</sup> Fue tratado el sábado 19 de octubre. Desde la Guerra de Malvinas el Parlamento no se había reunido nunca en un sábado.

<sup>82</sup> Letwin era un MP conservador que se convirtió en independiente luego de que Boris Johnson ordenara su expulsión del partido en septiembre de 2019, con motivo de la sanción de la *European Union (Withdrawal) (No. 2) Act 2019*, antes mencionada, que dispuso extender la fecha del Brexit hasta el 31 de enero de 2020.

<sup>83</sup> *The Economist* ha sido y es muy pesimista en torno al Brexit y en su edición anual (*The World in 2020*, November 5, 2019) sostenía que cualquier resultado que arrojara esta elección podía ser calificado con tres D: división, daño y disminución (*division, damage, diminish*), ver p. 91.

<sup>84</sup> El *Scottish National Party*, por su lado, obtuvo 48 bancas, el Partido Liberal Demócrata 11 bancas, el Partido Unionista Demócrata 8 bancas y otros partidos menores totalizaron 15 bancas.

<sup>85</sup> Los conservadores ganaron en distritos tales como *Sedgefield*, una pequeña ciudad en el condado de Durham, que desde 1935 estaba en manos de los laboristas. El caso de *Sedgefield* es, además, emblemático, porque alguna vez fue la *constituency* del ex Primer Ministro Tony Blair.

<sup>86</sup> Muy criticado por Jeremy Corbyn, el líder laborista, el acuerdo en opinión de Boris Johnson servirá para reunificar el país y establecer nuevos lazos con la Unión Europea: “*reunite our country and allow the warmth and natural affection that we all share for our European neighbours to find renewed expression in [...] building a deep, special and democratically-accountable partnership with those nations.*”

Ver: <https://www.parliament.uk/business/news/2019/december/withdrawal-agreement-bill/>

<sup>87</sup> 2020, Chapter 1.

De tal forma, a partir del 31 de enero de 2020, el Reino Unido dejó de formar parte de la Unión Europea, es decir, ya no está políticamente sujeto a las autoridades comunitarias, ni tendrá representantes en el Parlamento Europeo, aunque desde el punto de vista comercial permanecerá transitoriamente dentro de la unión aduanera hasta el 31 de diciembre de 2020<sup>88</sup>. Durante este período se espera que el Reino Unido y la Unión Europea acuerden como se desarrollarán en el futuro sus relaciones comerciales.

## 2. *Los efectos de la Human Rights Act 1998 en el control de constitucionalidad*

Un segundo desafío a la supremacía del Parlamento, aunque de menor impacto que el anterior, fue la sanción de la *Human Rights Act 1998* (HRA 1998)<sup>89</sup>, que permite la aplicación directa, en el territorio del Reino Unido, de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Como en el caso anterior, este proceso ha tenido varias etapas. A fines de la Segunda Mundial, los países de Europa occidental decidieron sancionar un estatuto internacional que previniera la comisión de delitos de lesa humanidad. Con ese objetivo, los miembros del Consejo de Europa<sup>90</sup> suscribieron en Roma, en 1950, la Convención Europea de Derechos Humanos, que entró en vigencia en 1953. Desde ese momento y hasta la sanción de la HRA 1998, la Convención no integró el derecho interno del Reino Unido, de modo tal que, si bien obligaba a éste como Estado signatario, no podía ser invocada directamente por los individuos. Así lo entendió el *House of Lords*, entre otros casos, en *R v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind*<sup>91</sup>.

Sin embargo, cuando el gobierno laborista de Tony Blair llegó al poder en 1997, su vasto programa de reformas constitucionales incluía la incorporación de la Convención al derecho doméstico. La cuestión no era menor, pues con ello una ley del Parlamento podía entrar en conflicto con la Convención y, en ese caso, un juez podía, eventualmente, declarar aplica-

<sup>88</sup> *The Economist* sigue siendo muy crítico del Brexit. En su edición del 01-02-2020 sostiene que el Reino Unido se ha embarcado hacia lo desconocido (*Into the Unknown*, se titula el artículo) y sostiene que Boris Johnson no es más que un “brillante oportunista”. Ver p. 10.

<sup>89</sup> 1998, Chapter 42.

<sup>90</sup> Me refiero al Consejo de Europa creado en 1949 como organización intergubernamental.

<sup>91</sup> [1991] UKHL 4; [1991] 1 All ER 720.

ble a esta última, lo que implicaba, expresa o implícitamente la declaración de invalidez de la ley nacional. Fue por ello que la HRA 1998 fue redactada con el propósito de no afectar la soberanía del Parlamento, preocupación que fue puesta de manifiesto por Jack Straw, el entonces *Home Secretary* (Ministro del Interior), en febrero de 1998<sup>92</sup>. Tampoco estaba previsto permitir que los jueces ejercieran control de constitucionalidad.

Con esta orientación, la HRA 1998 dispuso que:

- i. los jueces debían interpretar la Convención teniendo en cuenta las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>93</sup>;
- ii. los jueces están obligados a interpretar las leyes (*primary legislation*) y los reglamentos (*secondary legislation*) de manera que resulten compatibles con la Convención<sup>94</sup>;
- iii. la vigencia y fuerza ejecutoria de las leyes, no se ve afectada porque sean incompatibles con la Convención<sup>95</sup>;
- iv. en caso de que una ley sea incompatible con la Convención, el juez puede hacer una declaración de incompatibilidad, pero esta declaración, no afecta la vigencia ni la fuerza ejecutoria de la ley, ni es vinculante para las partes<sup>96</sup>;

<sup>92</sup> Citado por Wicks, *The Evolution of a Constitution*, cit. en nota 43, p. 132.

<sup>93</sup> HRA 1998, Artículo 2 “*Interpretation of Convention rights. (1) A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights [...]*”.

<sup>94</sup> HRA 1998, Artículo 3 “*Interpretation of legislation. (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights [...]*”.

<sup>95</sup> HRA 1998, Artículo 3 “[...] (2) *This section [...] (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility*”.

<sup>96</sup> HRA 1998, Artículo 4 “*Declaration of incompatibility. [...] (2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility. (3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right. (4) If the court is satisfied (a) that the provision is incompatible with a Convention right, and (b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility [...] (6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”) (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.*”.

- v. estando pendiente el tratamiento sobre la incompatibilidad de una ley o reglamento con la Convención el gobierno (*the Crown*) tiene derecho a ser notificada de ello<sup>97</sup>;
- vi. durante el tratamiento del proyecto de ley en el Parlamento, el ministro encargado del proyecto debe manifestar que, en su opinión, ésta es compatible con la Convención y, en caso de no poder hacer tal manifestación, debe solicitar a la Cámara que continúe con el tratamiento de la ley<sup>98</sup>.

De todo lo dicho surge que, si bien los jueces deben tener en cuenta la interpretación de la Convención efectuada por la Corte Europea de Derechos Humanos y, además, tienen que hacer un esfuerzo por compatibilizar las disposiciones de la legislación doméstica con la Convención, llegado el caso de que lograr tal compatibilidad no sea posible, no tienen otro poder que formular una “declaración de incompatibilidad” que, en modo alguno, afecta la vigencia y obligatoriedad de la ley, ni es vinculante para las partes. Tal es la interpretación de la HRA 1998 que surge de su texto y de las opiniones doctrinarias<sup>99</sup>.

### *E. Conclusiones*

Las conclusiones que arrojan los párrafos anteriores son relativamente simples. Hasta la sanción de la *European Communities Act 1972* el principio de la soberanía parlamentaria era absoluto. Nada ni nadie estaba por encima del Parlamento. Luego de la sanción de esta ley, la soberanía parlamentaria fue relativa. Si bien se mantuvo en el terreno de los principios, en caso de conflicto, el derecho nacional cedía ante el derecho comunitario,

---

<sup>97</sup> HRA 1998, Artículo 5 “*Right of Crown to intervene. (1) Where a court is considering whether to make a declaration of incompatibility, the Crown is entitled to notice in accordance with rules of court*”.

<sup>98</sup> HRA 1998, Artículo 19 “*Statements of compatibility. (1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill (a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or (b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill. (2) The statement must be in writing and be published in such manner as the Minister making it considers appropriate*”.

<sup>99</sup> Entre otros autores: CRAIG, Paul: *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 532; Bogdanor, *The New British Constitution*, cit. en nota 4, p. 59; Masterman, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution*, cit. en nota 28, pp. 49-50.

tal como fue ratificado en el caso “Factortame”. Producido el Brexit el Parlamento ha recuperado su soberanía plena.

Por el contrario, la soberanía plena del Parlamento prácticamente no sufrió limitación alguna, a mi juicio, por la HRA 1998, pues esta ley no acuerda a los jueces el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. En todo caso, como vimos, les permite tan solo hacer una declaración de incompatibilidad entre una ley nacional y la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyos efectos son muy limitados, pues no afecta la vigencia, ni la fuerza ejecutoria de la ley, ni es vinculante para las partes.

### III. La descentralización política

#### A. Introducción

Hasta fines del siglo XX, el Reino Unido fue un país típicamente unitario compuesto por cuatro regiones o unidades territoriales<sup>100</sup>: Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, todas unidas bajo el gobierno central con sede en Londres y sin otra descentralización política que el gobierno municipal (local government). Esta “unión” de las regiones que componen el Reino Unido fue lograda merced a la absorción llevada a cabo por Inglaterra de todas las restantes.

Esta centralización política se mantuvo inalterada hasta la llegada de Tony Blair al poder en 1997<sup>101</sup>. Escocés y laborista –líder del partido desde 1994– Blair fue elegido Primer Ministro en 1997<sup>102</sup>, cargo que retendría hasta 2007, luego de ganar las dos elecciones generales posteriores en 2001 y 2005<sup>103</sup>. A lo largo de sus diez años en el gobierno, Blair se propu-

---

<sup>100</sup> Es muy difícil caracterizar la naturaleza jurídica de estos cuatro territorios o regiones. En algunos casos se los llama “países” (*countries*), aunque esta denominación tiene un contenido más sociológico que político. Ver: <http://thecommonwealth.org/> Otros autores los llaman simplemente “unidades” (units): PEELE, Gillian: *Governing the UK*, 3rd edition, Blackwell Publishers Ltd. Oxford, 1995, p. 387. En otros casos se los llama “naciones”, ver: BOGDANOR, Vernon: *Devolution in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 3. Todo ello permite advertir la diversidad existente en la calificación jurídica de los componentes del Reino Unido.

<sup>101</sup> Anthony Charles Lynton Blair, nacido en Edimburgo en 1953 y graduado de abogado en Oxford (St. John’s College) en 1975.

<sup>102</sup> Con 43 años, fue el Primer Ministro más joven desde 1812.

<sup>103</sup> En 2007 fue sucedido por Gordon Brown, su hombre de confianza y segundo en el mando del go-



so llevar a cabo un vasto y ambicioso programa de reformas políticas entre las cuales figuraba la llamada “*Devolution*”, es decir, la “Devolución” a Gales, Escocia e Irlanda del Norte de los poderes y competencias que Inglaterra había ido absorbiendo desde el Medioevo en adelante, llevada a cabo por medio de diversas y sucesivas leyes del Parlamento dictadas en forma individual para cada región, dando como resultado un proceso que no es uniforme pues el grado de autonomía recobrado por cada una de ellas no es igual, como veremos enseguida.

### ***B. El proceso de la Devolution***

Veamos, en una muy apretada –e incompleta– síntesis, como se ha producido la *Devolution* en cada una de estas regiones.

Escocia, que ocupa el tercio norte de la isla de Gran Bretaña<sup>104</sup>, quedó unida a Inglaterra bajo la misma Corona desde 1603<sup>105</sup> y fue anexada formalmente en 1707 por medio de la llamada *Act of Union*<sup>106</sup>, dando lugar a la creación del *United Kingdom of Great Britain*. Desde entonces y hasta la sanción de la *Scotland Act 1998*<sup>107</sup>, Escocia fue una división territorial meramente administrativa. Con la ley de 1998 comenzó el proceso de Devolución estableciéndose un nuevo Parlamento escocés (*Scottish Parliament*)<sup>108</sup> al cual le fueron transferidos algunos de los poderes ejercidos hasta entonces desde Westminster. Estos poderes fueron luego ampliados

---

bierno, que fue derrotado en la elección general de 2010 y sucedido por David Cameron del Partido Conservador, que se vio forzado a renunciar en 2016 luego del referéndum a favor del Brexit. En el liderazgo del Partido Laborista Gordon Brown fue sucedido por Ed Miliband y el líder actual es Jeremy Corbyn desde 2015.

<sup>104</sup> Si bien usualmente se cree que la frontera entre Inglaterra y Escocia está delimitada por el llamado “Muro de Adriano”, esto no es correcto. La frontera entre ambas corre a lo largo de unos 154 km entre Marshall Meadows Bay en la costa este y Solway Firth en el oeste. Las regiones inglesas que lindan con Escocia son: North East England, integrada por los condados de Northumberland, Durham, Tyne y Wear y North West England, integrada por los condados de Cumbria, Lancashire, Great Manchester, Merseyside y Cheshire.

<sup>105</sup> Esta unión tuvo lugar cuando Jacobo VI de Escocia fue coronado como Jacobo I de Inglaterra luego de que Isabel I muriera sin descendencia.

<sup>106</sup> Se trata de una ley aprobada, respectivamente, por el Parlamento inglés y por el Parlamento escocés luego de un prolongado proceso no exento de fuertes disturbios.

<sup>107</sup> 1998 Chapter 46.

<sup>108</sup> <https://www.parliament.scot/>

sucesivamente por la *Scotland Act 2012*<sup>109</sup> y la *Scotland Act 2016*<sup>110</sup>, especialmente en materia tributaria y financiera. En lo que se refiere a la organización judicial, Escocia posee sus propios tribunales y solamente son apelables ante la Corte Suprema del Reino Unido las decisiones recaídas en casos civiles. Las decisiones en materia penal son inapelables; el tribunal de última instancia es la *High Court of Justiciary*.

Gales, por su lado, fue incorporado unilateralmente por una ley del Parlamento (*Act of Union*) de 1536. Su proceso de Devolución comenzó formalmente con la *Government of Wales Act 1998*<sup>111</sup> que creó la Asamblea Nacional para Gales (*National Assembly for Wales*)<sup>112</sup> con sede en Cardiff, cuyos poderes han ido aumentando con leyes posteriores<sup>113</sup>. Aun así, la autonomía de Gales es mucho más limitada que la Escocia, ya que no posee un sistema legal separado del de Inglaterra y tampoco posee una organización judicial propia.

Irlanda del Norte, finalmente, es la porción de Irlanda que permanece todavía bajo el gobierno del Reino Unido<sup>114</sup>. Irlanda fue completamente anexada al Reino Unido en 1800 *por el Act of Union*, pero Irlanda del Sur se separó de aquel en 1920. Desde entonces el gobierno de Irlanda del Norte, con sede en Belfast, ha estado regido por varias leyes del Parlamento de Westminster. La primera de ellas fue la *Government of Ireland Act 1920*<sup>115</sup>, que creó un Parlamento bicameral y un gobernador que representaba a la Corona. Desde entonces y hasta 1998<sup>116</sup> la relación entre Irlanda del Norte y el gobierno central fue muy turbulenta, como todos sabemos<sup>117</sup>. Esta ley

---

<sup>109</sup>2012 Chapter 11.

<sup>110</sup>2016 Chapter 11.

<sup>111</sup>1998 Chapter 38.

<sup>112</sup><http://www.assembly.wales>

<sup>113</sup>Entre ellas, la *Government of Wales Act 2006* (2006 Chapter 32) y la *Wales Act 2017* (2017 Chapter 4).

<sup>114</sup>El territorio actual de Irlanda del Norte formaba parte de la antigua provincia de Ulster, que fue dividida con la separación entre el norte y el sur. De los nueve condados que formaba el Ulster seis de ellos conforman actualmente Irlanda del Norte: Antrim, Armagh, Down, Fermanagh, Londonderry y Tyrone.

<sup>115</sup>10 & 11 George V, Chapter 67.

<sup>116</sup>Ese año fue suscripto el *Belfast Agreement* o *Good Friday Agreement*, que estableció un nuevo gobierno para Irlanda del Norte dando lugar al inicio del proceso de Devolución.

<sup>117</sup>El pico de violencia tuvo lugar a partir de década de 1960 y concluyó en 1998 con el llamado *Good Friday Agreement* (Acuerdo del Viernes Santo).

fue reemplazada en 1973 por la *Northern Ireland Constitution Act*<sup>118</sup> y luego por la *Northern Ireland Act 1998*<sup>119</sup>, actualmente vigente con varias modificaciones<sup>120</sup>, que creó la *Northern Ireland Assembly* a la que me referiré más abajo. Irlanda del Norte tiene una organización judicial propia, sin perjuicio de que las decisiones de sus tribunales son apelables, tanto en lo civil como en lo criminal, ante la Corte Suprema del Reino Unido.

Para completar este breve panorama, menciono que el Reino Unido se divide actualmente en 650 distritos electorales (*constituencies*) y cada uno de ellos elige un diputado (*member of Parliament* o simplemente MP) para el *House of Commons*. De ellos, 533 distritos corresponden a Inglaterra<sup>121</sup>, 59 a Escocia, 40 a Gales y 18 a Irlanda del Norte<sup>122</sup>.

### C. Las nuevas legislaturas locales<sup>123</sup>

Entre las reformas que han modificado profundamente la Constitución británica en los últimos 20 años, figura el proceso de Devolución mediante el cual el Parlamento “devolvió” a Escocia, Gales e Irlanda del Norte, parte de los poderes que les fueron absorbidos cuando cada una de ellas fue unida a Inglaterra para formar el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Ya me he referido a este proceso, de manera general, en otra oportunidad<sup>124</sup>, adonde me remito, de modo tal que aquí me concentraré, más específicamente, en los efectos que ha producido en la rama legislativa con la creación de tres nuevos parlamentos o legislaturas locales: el

<sup>118</sup> 1973 Chapter 36.

<sup>119</sup> 1998 Chapter 47.

<sup>120</sup> Desde 1998 se han dictado varias leyes que conforman el proceso de Devolución a Irlanda del Norte. Entre ellas, la *Northern Ireland Act* de 2009 y la *Northern Ireland (Miscellaneous Provisions) Act* de 2014.

<sup>121</sup> Dentro de ellos está el de la Isla de Wight, ubicada en el sur, frente a la costa inglesa.

<sup>122</sup> Vid. <https://www.parliament.uk/>

<sup>123</sup> Quiero señalar como cuestión meramente terminológica, que en el mundo anglosajón el término *local government* designa al gobierno municipal. Sin embargo, en el curso de este trabajo haré referencia las legislaturas de Escocia, Gales e Irlanda del Norte calificándolas como “locales” por oposición al Parlamento nacional, es decir, el Parlamento del Reino Unido. Esto se debe, en primer lugar, a que en el Reino Unido no hay una calificación específica para estas legislaturas y, en segundo lugar, a que se trata de un término usual entre nosotros para designar, de manera general, tanto a los gobiernos provinciales como a los municipales.

<sup>124</sup> BIANCHI, Alberto B.: *Un apunte sobre la organización judicial del Reino Unido*, El Derecho - Constitucional, 22-08-2019; 20-09-2019 y 21-10-2019.

*Scottish Parliament*, la *National Assembly for Wales* y la *Northern Ireland Assembly*, a los cuales les fueron “devueltas” parte de las facultades ejercidas hasta entonces por el Parlamento de Westminster, las que se conocen como “*Devolved matters*”.

Por ello, es necesario conocer, al menos sumariamente, la organización y competencias de estas legislaturas locales, a fin de entender mejor cuál es el rol actual del *UK Parliament* y cómo se coordinan sus facultades con las de aquellas.

### 1. *El Scottish Parliament*

El *Scottish Parliament*<sup>125</sup> fue creado por la *Scotland Act 1998*<sup>126</sup>, y sus poderes fueron ampliados luego por la *Scotland Act 2012*<sup>127</sup> y la *Scotland Act 2016*<sup>128</sup>. De acuerdo con la primera de estas leyes, tanto el Parlamento como el Gobierno de Escocia, son instituciones permanentes del Reino Unido que sólo pueden ser abolidas por un referéndum del pueblo escocés<sup>129</sup>. El Parlamento es una legislatura unicameral, con sede en Edimburgo<sup>130</sup>, compuesta por 129 miembros<sup>131</sup>, de los cuales: 73 son elegidos por cada una de los distritos electorales (*constituencies*) en que se divide Escocia<sup>132</sup> y 56 representan a las ocho regiones que la componen<sup>133</sup>. En cada *constituency* se elige un MSP por simple mayoría y por cada región

<sup>125</sup> <https://www.parliament.scot/>

<sup>126</sup> 1998 Chapter 46.

<sup>127</sup> 2012 Chapter 11.

<sup>128</sup> 2016 Chapter 11.

<sup>129</sup> *Scotland Act 1998*, artículo 63-A. “*Permanence of the Scottish Parliament and Scottish Government. (1) The Scottish Parliament and the Scottish Government are a permanent part of the United Kingdom’s constitutional arrangements. (2) The purpose of this section is, with due regard to the other provisions of this Act, to signify the commitment of the Parliament and Government of the United Kingdom to the Scottish Parliament and the Scottish Government. (3) In view of that commitment it is declared that the Scottish Parliament and the Scottish Government are not to be abolished except on the basis of a decision of the people of Scotland voting in a referendum*”.

<sup>130</sup> El moderno edificio del Parlamento Escocés está ubicado en la zona de *Holyrood*. Fue inaugurado en octubre de 2004.

<sup>131</sup> Se los denomina *Members of the Scottish Parliament* (MSPs)

<sup>132</sup> *Scotland Act 1998, Schedule 1*, artículo 1(1) “*There are to be 73 constituencies for the purposes of this Act*”.

<sup>133</sup> Conforme *The Scottish Parliament (Constituencies and Regions) Order 2010* (2010 No. 2691 (S. 8)) las 8 regiones en que se divide Escocia son: *Central Scotland, Glasgow, Highlands and Islands, Lothian, Mid Scotland and Fife, North East Scotland; South Scotland y West Scotland*.

se eligen los MSP adicionales por medio del llamado “additional member system”<sup>134</sup>. Esto significa que el elector elige, a la vez, al MSP de su *constituency* y a los que, proporcionalmente, representan a la región<sup>135</sup>. Los MSP son elegidos por cuatro años, ya que ese es el período en el cual se lleva a cabo, como regla general, cada elección general<sup>136</sup>, el cual puede ser modificado por una ley posterior<sup>137</sup>, pero cesan en sus mandatos si se disuelve el Parlamento<sup>138</sup>. Su Presidente se denomina *Presiding Officer*<sup>139</sup> el cual, junto otros cuatro o más MSPs, integran el llamado “*Corporate Body*”, que tiene a su cargo la administración del Parlamento<sup>140</sup>. Como ocurre con todo cuerpo legislativo, el *Scottish Parliament* tiene comisiones (*committees*) y debate en un plenario (*plenary*).

Las materias sobre las cuales legisla el *Scottish Parliament* son numerosas y se amplían cada vez más<sup>141</sup>. En forma general, las mismas comprenden: agricultura, ganadería y pesca; educación; medio ambiente; salud

---

<sup>134</sup> *Scotland Act 1998*, Artículo 1. “*The Scottish Parliament [...] (2) One member of the Parliament shall be returned for each constituency (under the simple majority system) at an election held in the constituency. (3) Members of the Parliament for each region shall be returned at a general election under the additional member system of proportional representation provided for in this Part and vacancies among such members shall be filled in accordance with this Part*”.

<sup>135</sup> Para votar se requiere: (a) tener 16 años, (b) ser ciudadano del Reino Unido, (c) tener domicilio en Escocia y (d) estar registrado para votar.

<sup>136</sup> *Scotland Act 1998*, Artículo 2. “*Ordinary general elections. (1) The day on which the poll at the first ordinary general election for membership of the Parliament shall be held, and the day, time and place for the meeting of the Parliament following that poll, shall be appointed by order made by the Secretary of State. (2) The poll at subsequent ordinary general elections shall be held on the first Thursday in May in the fourth calendar year following that in which the previous ordinary general election was held [...]*”

<sup>137</sup> De hecho, la última elección tuvo lugar en mayo de 2016 y, si bien correspondía que la próxima tuviera lugar en mayo de 2020, la *Scottish Elections (Dates) Act 2016* la ha fijado en mayo de 2021.

<sup>138</sup> *Scotland Act 1998*, artículo 13. “*Term of office of members. The term of office of a member of the Parliament begins on the day on which the member is declared to be returned and ends with the dissolution of the Parliament*”.

<sup>139</sup> *Scotland Act 1998*, artículo 19. “*Presiding Officer. (1) The Parliament shall, following a general election, elect from among its members a Presiding Officer and two deputies [...]*”.

<sup>140</sup> *Scotland Act 1998*, Artículo 21. “*Scottish Parliamentary Corporate Body. (1) There shall be a body corporate to be known as “The Scottish Parliamentary Corporate Body” (referred to in this Act as the Parliamentary corporation) to perform the functions conferred on the corporation by virtue of this Act or any other enactment. (2) The members of the corporation shall be (a) the Presiding Officer, and (b) at least four members of the Parliament appointed in accordance with standing orders*”.

<sup>141</sup> Un detalle de las “*Devolved matters*” puede verse en el documento que publica la web page del Parlamento Escocés.

y seguridad social; energía; empleo de armas de fuego; organización judicial; gobierno local; turismo; desarrollo económico; impuestos, transporte, etc.<sup>142</sup> Como regla, el *Scottish Parliament* legisla en todo aquello que no sean las “*reserved matters*” del Parlamento de Westminster<sup>143</sup>.

Conforme el artículo 28 de la *Scotland Act 1998* las leyes del *Scottish Parliament* poseen las siguientes características: (a) para entrar en vigencia deben recibir el *Royal Assent*<sup>144</sup>; (b) su validez no está afectada por la nulidad que haya tenido el proceso de sanción; (c) se las considera “*judicially noticed*”<sup>145</sup> y (d) el Parlamento del Reino Unido, como regla, no puede legislar sobre las “*devolved matters*”, sin el consentimiento del *Scottish Parliament*<sup>146</sup>.

## 2. La National Assembly for Wales

Por medio de la *Government of Wales Act 1998*<sup>147</sup>, fue creada la *National Assembly for Wales*<sup>148</sup>, cuyas facultades fueron ampliadas luego por la *Government of Wales Act 2006*<sup>149</sup> y la *Wales Act 2017*<sup>150</sup>. Con sede en

<sup>142</sup> Cuando me refiera más abajo a los poderes retenidos por el Parlamento de Westminster (*reserved matters*) veremos que en muchas de estas áreas existen poderes concurrentes entre el Reino Unido y Escocia, Gales e Irlanda del Norte.

<sup>143</sup> Me remito a lo que analizaré con más detalle en III.D.1.

<sup>144</sup> Es la promulgación que emite la Reina que, en este caso, lo hace bajo el Sello de Escocia (*Scottish Seal*).

<sup>145</sup> Esto significa que su existencia y vigencia no es materia de prueba en un juicio.

<sup>146</sup> *Scotland Act 1998* Artículo 28. “*Acts of the Scottish Parliament. (1) Subject to section 29, the Parliament may make laws, to be known as Acts of the Scottish Parliament. (2) Proposed Acts of the Scottish Parliament shall be known as Bills; and a Bill shall become an Act of the Scottish Parliament when it has been passed by the Parliament and has received Royal Assent. (3) A Bill receives Royal Assent at the beginning of the day on which Letters Patent under the Scottish Seal signed with Her Majesty’s own hand signifying Her Assent are recorded in the Register of the Great Seal. (4) The date of Royal Assent shall be written on the Act of the Scottish Parliament by the Clerk, and shall form part of the Act. (5) The validity of an Act of the Scottish Parliament is not affected by any invalidity in the proceedings of the Parliament leading to its enactment. (6) Every Act of the Scottish Parliament shall be judicially noticed. (7) This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland. (8) But it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament*”.

<sup>147</sup> 1998 Chapter 38.

<sup>148</sup> <http://www.assembly.wales>

<sup>149</sup> 2006 Chapter 32.

<sup>150</sup> 2017 Chapter 4.

Cardiff<sup>151</sup>, es una legislatura unicameral de 60 miembros, llamados *Assembly Members* (AMs). De ellos, 40 AMs –elegidos por mayoría simple– representan a cada una de las *constituencies* de Gales; los otros 20 AMs representan a las cinco regiones galesas<sup>152</sup>. Como puede verse, es un esquema similar al del *Scottish Parliament*, donde en una sola cámara están representados el electorado y las divisiones administrativas del territorio<sup>153</sup>. Asimismo, tal como su par escocés, la Asamblea Nacional de Gales es una institución permanente que sólo puede ser eliminada por medio de un referéndum del pueblo gales<sup>154</sup>. La elección general de los AMs se lleva a cabo, como regla general, cada 5 años, en el mes de mayo<sup>155</sup>, pero podría adelantarse si la Asamblea decide disolverse, para lo cual se requiere el voto de las dos terceras partes de sus miembros totales<sup>156</sup>. La Asamblea tiene un *Presiding Officer* y un *deputy Presiding Officer* (Vicepresidente) que no pueden pertenecer al mismo partido político<sup>157</sup> y posee también una

<sup>151</sup> Su edificio principal, llamado *Senedd*, comenzó a funcionar en 2006. Como consecuencia de ello la Asamblea es comúnmente llamada *Senedd* (Senado en galés).

<sup>152</sup> Ellas son: *North Wales*, *Mid and West Wales*, *South Wales West*, *South Wales Central* y *South Wales East*. Cada una está representada por cuatro legisladores.

<sup>153</sup> *Government of Wales Act 2006*, Artículo 1 “*The Assembly*. (1) *There is to be an Assembly for Wales to be known as the National Assembly for Wales or Cynulliad Cenedlaethol Cymru (referred to in this Act as ‘the Assembly’)*. (2) *The Assembly is to consist of (a) one member for each Assembly constituency (referred to in this Act as ‘Assembly constituency members’), and (b) members for each Assembly electoral region (referred to in this Act as ‘Assembly regional members’)*”.

<sup>154</sup> *Government of Wales Act 2006*, Artículo A-1. “*Permanence of the Assembly and Welsh Government*. (1) *The Assembly established by Part 1 and the Welsh Government established by Part 2 are a permanent part of the United Kingdom’s constitutional arrangements*. (2) *The purpose of this section is, with due regard to the other provisions of this Act, to signify the commitment of the Parliament and Government of the United Kingdom to the Assembly and the Welsh Government*. (3) *In view of that commitment it is declared that the Assembly and the Welsh Government are not to be abolished except on the basis of a decision of the people of Wales voting in a referendum*”.

<sup>155</sup> *Government of Wales Act 2006*, Artículo 3. “*Ordinary general elections*. (1) *The poll at an ordinary general election is to be held on the first Thursday in May in the fifth calendar year following that in which the previous ordinary general election was held [...]*”.

<sup>156</sup> *Government of Wales Act 2006*, Artículo 5. “*Extraordinary general elections*. (1) *The Presiding Officer must propose a day for the holding of a poll at an extraordinary general election if subsection (2) or (3) applies*. (2) *This subsection applies if (a) the Assembly resolves that it should be dissolved, and (b) the resolution of the Assembly is passed on a vote in which the number of Assembly members voting in favour of it is not less than two-thirds of the total number of Assembly seats [...]*”.

<sup>157</sup> *Government of Wales Act 2006*, Artículo 25. “*Presiding Officer etc*. (1) *The Assembly must, at its first meeting following a general election, elect from among the Assembly members (a) a presiding officer [...] and (b) a deputy presiding officer [...]* (7) [...] *the Presiding Officer and the Deputy Presiding Officer must not belong to (a) the same political group, or (b) different political groups both of which are political groups with an executive role [...]*”.

*Assembly Commission*, integrada por el Presidente y por cuatro AMS, que se encarga de su administración<sup>158</sup>.

En relación con su competencia, la Asamblea Nacional de Gales puede legislar sobre todas las materias que no estén expresamente previstas como “*reserved matters*” del Parlamento del Reino Unido<sup>159</sup> y rige también para sus leyes una norma similar a la del *Scottish Parliament* sobre la promulgación, probanza judicial de su vigencia y validez en caso de que el proceso de sanción contenga nulidades. Asimismo, el Parlamento del Reino Unido, como regla, no puede legislar sobre “materias devueltas” sin consentimiento de la Asamblea<sup>160</sup>.

### 3. La Northern Ireland Assembly

Desde 1921 hasta el presente ha habido varios órganos legislativos propios en Irlanda del Norte<sup>161</sup>. Como parte del proceso de Devolución, la *Northern Ireland Act 1998*<sup>162</sup> creó la *Northern Ireland Assembly*<sup>163</sup>, una

<sup>158</sup> *Government of Wales Act 2006*, Artículo 27. “*Assembly Commission. (1) There is to be a body corporate to be known as the National Assembly for Wales Commission or Comisiwn Cynulliad Cenedlaethol Cymru (referred to in this Act as ‘the Assembly Commission’).* (2) *The members of the Assembly Commission are to be (a) the Presiding Officer, and (b) four other Assembly members*”.

<sup>159</sup> Analizaré esta cuestión con más detalle en III.D.2.

<sup>160</sup> *Government of Wales Act 2006*, Artículo 107. “*Acts of the Assembly. (1) The Assembly may make laws, to be known as Acts of the National Assembly for Wales or Deddfau Cynulliad Cenedlaethol Cymru (referred to in this Act as ‘Acts of the Assembly’).* (2) *Proposed Acts of the Assembly are to be known as Bills; and a Bill becomes an Act of the Assembly when it has been passed by the Assembly and has received Royal Assent.* (3) *The validity of an Act of the Assembly is not affected by any invalidity in the Assembly proceedings leading to its enactment.* (4) *Every Act of the Assembly is to be judicially noticed.* (5) *This Part does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Wales.* (6) *But it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Assembly*”.

<sup>161</sup> Entre 1921 y 1973, existió el *Parliament of Northern Ireland*, abolido por la *Northern Ireland Constitution Act 1973* y, entre 1982 y 1986, existió la primera *Northern Ireland Assembly*.

<sup>162</sup> 1998 Chapter 47. Esta ley es el fruto del llamado Acuerdo de Belfast (*Belfast Agreement*) o Acuerdo del Viernes Santo (*Good Friday Agreement*) celebrado el 10 de abril de 1998, en el cual fue acordada la nueva estructura del gobierno de Irlanda del Norte. Conforme con esta ley, Irlanda del Norte permanece como parte del Reino Unido, pero puede separarse de éste si así lo decide, por mayoría, el pueblo de Irlanda del Norte en una elección llevada a cabo a ese efecto. Artículo 1. “*Status of Northern Ireland. (1) It is hereby declared that Northern Ireland in its entirety remains part of the United Kingdom and shall not cease to be so without the consent of a majority of the people of Northern Ireland voting in a poll held for the purposes of this section [...]*”.

<sup>163</sup> <http://www.niassembly.gov.uk/>



legislatura unicameral, con sede en Belfast<sup>164</sup>, compuesta por 90 miembros, llamados *Members of the Legislative Assembly* (MLAs)<sup>165</sup>, elegidos cada 5 años<sup>166</sup>. Su presidente se denomina *Speaker* y existen, además, tres *Deputy Speakers*.

Como regla general, las leyes son sancionadas por simple mayoría, salvo algunas –como la que aprueba el Presupuesto– que requieren el llamado “*Cross-community vote*”, donde se exige la mayoría de votos en las dos tendencias dentro de las que se agrupan los partidos políticos, esto es, los “unionistas” y los “nacionalistas”<sup>167</sup>. Rige aquí también una norma similar sobre la promulgación, y validez de las leyes en caso de que el proceso de sanción contenga nulidades, pero nada se dice sobre su probanza judicial<sup>168</sup>.

Del mismo modo que en todo el Reino Unido, existe entre la Asamblea y la rama ejecutiva una relación estrecha. Luego de una elección general el partido que obtiene la primera minoría elige al Primer Ministro (*First Minister*) y el que obtiene la segunda mayoría elige al Viceprimer Ministro (*deputy First Minister*)<sup>169</sup>.

Vale la pena mencionar que, a diferencia de sus pares en Escocia y Gales, la *Northern Ireland Assembly* ha tenido una vida tumultuosa al pun-

<sup>164</sup> Está ubicada en Stormont, en un edificio llamado *Parliament Buildings*.

<sup>165</sup> Irlanda del Norte está dividida en 18 *constituencies* y cada una de ellas aporta 5 MLAs. *Northern Ireland Act 1998*, Artículo 33. “*Constituencies and numbers of members. (1) The members of the Assembly shall be returned for the parliamentary constituencies in Northern Ireland. (2) Each constituency shall return five members*”.

<sup>166</sup> *Northern Ireland Act 1998*, Artículo 31. “*Dates of elections and dissolutions. (1) Subject to subsection (2), the date of the poll for the election of each Assembly shall be the first Thursday in May in the fifth calendar year following that in which its predecessor was elected; and the predecessor shall be dissolved at the beginning of the minimum period which ends with that date*”.

<sup>167</sup> Tal como su nombre lo indica, los unionistas están a favor de mantener la unión con el Reino Unido y los nacionalistas, por el contrario, propician el establecimiento de un estado independiente.

<sup>168</sup> *Northern Ireland Act 1998*, Artículo 5. “*Acts of the Northern Ireland Assembly. (1) Subject to sections 6 to 8, the Assembly may make laws, to be known as Acts. (2) A Bill shall become an Act when it has been passed by the Assembly and has received Royal Assent [...] (5) The validity of any proceedings leading to the enactment of an Act of the Assembly shall not be called into question in any legal proceedings [...]*”.

<sup>169</sup> *Northern Ireland Act 1998*, Artículo 16A. “*Appointment of First Minister, deputy First Minister and Northern Ireland Ministers following Assembly election [...] (4) The nominating officer of the largest political party of the largest political designation shall nominate a member of the Assembly to be the First Minister. (5) The nominating officer of the largest political party of the second largest political designation shall nominate a member of the Assembly to be the deputy First Minister [...]*”.

to que, en la actualidad, sus funciones están suspendidas desde enero de 2017<sup>170</sup>.

#### *D. La distribución y coordinación de competencias entre el Parlamento y las legislaturas locales*

De la reseña anterior surge que, como resultado del proceso de Devolución, existe actualmente en el Reino Unido un nuevo nivel de gobierno. Hasta la Devolución existían tan solo el gobierno nacional y el municipal o *local government*. Ahora se ha sumado un tercer nivel intermedio entre ambos. Si bien ello no ha dado lugar a la instalación de un régimen federal, no es menos cierto que la existencia de estas nuevas legislaturas con facultades propias, acarrea la necesidad de coordinar las competencias de éstas con el Parlamento de Westminster, un problema que es típico de los sistemas federales. Básicamente la cuestión pasa por establecer (a) cuál es el principio o la regla general, que debe aplicarse para determinar y coordinar las competencias nacionales y locales y (b) cómo se solucionan los conflictos que puedan producirse entre las leyes locales y las leyes nacionales.

A tal fin, debe tenerse presente, como punto de partida, que los poderes conservados o retenidos por el Parlamento del Reino Unido se denominan “*Reserved Matters*” y los que fueron devueltos a Escocia, Gales e Irlanda del Norte se denominan “*Devolved Matters*”. Asimismo, cuando existe un conflicto entre ambos poderes se produce un “*Devolution Issue*”<sup>171</sup> y el

<sup>170</sup> Desde esa fecha en Irlanda del Norte no hay autoridades ni legislativas ni ejecutivas propias a raíz de un escándalo producido con un proyecto sobre energías renovables, llamado *Renewable Heat Incentive* (RHI). Antes de ello sus funciones ya había sido suspendidas en varias oportunidades, al punto que la *Northern Ireland (St Andrews Agreement) Act 2006* previó en su *Schedule 1* una Asamblea de Transición (*Transitional Assembly*) ya que la Asamblea estaba suspendida desde 2002.

<sup>171</sup> En relación con Escocia, los *Devolution Issues* están descriptos en el *Schedule & Part I* del *Scotland Act 1998*, cuyo Artículo 1 dice: “*In this Schedule “devolution issue” means (a) a question whether an Act of the Scottish Parliament or any provision of an Act of the Scottish Parliament is within the legislative competence of the Parliament, (b) a question whether any function (being a function which any person has purported, or is proposing, to exercise) is a function of the Scottish Ministers, the First Minister or the Lord Advocate, (c) a question whether the purported or proposed exercise of a function by a member of the Scottish Executive is, or would be, within devolved competence, (d) a question whether a purported or proposed exercise of a function by a member of the Scottish Executive is, or would be, incompatible with any of the Convention rights or with EU law, (e) a question whether a failure to act by a member of the Scottish Executive is incompatible with any of the Convention rights or with EU law, (f) any other question about whether a function is exercisable within devolved competence or in or as regards Scotland and any other question arising by virtue of this Act about reserved matters [...]*”.

tribunal competente para dirimirlo es la Corte Suprema<sup>172</sup>.

Veamos, entonces, cómo se coordinan unos y otros poderes en cada una de las partes componentes del Reino Unido<sup>173</sup>.

### 1. Escocia

Como regla general, en Escocia las “*reserved matters*” son expresas, mientras que las “*devolved matters*” son implícitas. Así lo establece la *Scotland Act 1998*. En otras palabras, todo lo que no figura taxativamente establecido dentro de las “*reserved matters*” se consideran materias devueltas. Sin perjuicio de ello, el Parlamento del Reino Unido no está completamente inhibido de legislar respecto de las “*devolved matters*”, pero para ello requiere el consentimiento del *Scottish Parliament*<sup>174</sup>.

Si bien, a primera vista, esta distribución de competencias parecería favorecer al Parlamento de Escocia, lo cierto es que las materias que se ha reservado para sí el Parlamento del Reino Unido son tan amplias y de tal importancia, que hacen dudar acerca de la vigencia efectiva del principio enunciado. Es por ello que algunos autores sostienen que el Parlamento Escocés es una legislatura de “poderes limitados”<sup>175</sup>.

La enumeración de las “*reserved matters*” figura en el *Schedule* (Anexo) 5 de la *Scotland Act 1998*. No haré una mención detallada de cada una de ellas, pues es muy extensa, pero sí valen la pena citar, al menos, las ca-

<sup>172</sup> Así lo establece el artículo 40(4)(b) de la *Constitutional Reform Act 2005*, que remite, a su vez, al *Schedule 9* de dicha ley, donde están enumeradas las competencias que se le transfirieron a la Corte Suprema desde diferentes tribunales. En particular, los *Devolution Issues* eran ejercidos por el *Judicial Committee of the Privy Council* y la Parte II del *Schedule 9* los transfirió a la Corte Suprema. Un análisis bastante detallado de esta cuestión puede verse en McCORKINDALE, C., McHARG, A. and SCOTT, P. F. (2017) *The courts, devolution, and constitutional review*. University of Queensland Law Journal, 36(2), pp. 289-310.

<sup>173</sup> No resulta fácil establecer la naturaleza jurídica que poseen actualmente Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, como componentes políticos del Reino Unido. Tan poco precisa es esta noción que en la *Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011* (201 Chapter 1) se las menciona tan solo como “partes” del Reino Unido: “*Each constituency shall be wholly in one of the four parts of the United Kingdom (England, Wales, Scotland and Northern Ireland)*” (ver el artículo 11 que modifica el *Schedule 2* de la *Parliamentary Constituencies Act 1986*).

<sup>174</sup> *Scotland Act 1998*, Artículo 28. “*Acts of the Scottish Parliament [...] (8) [...] it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament*”.

<sup>175</sup> TURPIN, COLIN and TOMKINS, ADAM: *British Government and the Constitution*, 7<sup>th</sup> edition, Cambridge University Press, 2012, p. 31.

tegorías principales que se encuentran divididas en (a) reservas generales y (b) reservas específicas.

Las reservas generales, contempladas en la Parte I del *Schedule 5*, son:

- i. Las cuestiones constitucionales relacionadas con la organización de los poderes nacionales y su relación con Escocia<sup>176</sup>;
- ii. La registración y financiamiento de los partidos políticos<sup>177</sup>;
- iii. Las relaciones internacionales, tanto en materia política como comercial<sup>178</sup>;
- iv. La organización del llamado Servicio Civil, es decir, de los agentes de la Administración Pública nacional;
- v. La defensa del Reino Unido<sup>179</sup>;
- vi. La regulación del delito de traición<sup>180</sup>;

Las reservas específicas están enumeradas en la Parte II del *Schedule 5* y son:

- i. la política fiscal, monetaria y financiera y el lavado de dinero<sup>181</sup>;
- ii. la política interior (*Home Affairs*) que comprende un amplio número de cuestiones, tales como: el uso de drogas, la protección de datos y el acceso a la información, la elección de los miembros del Parla-

<sup>176</sup> Artículo 1 “*The following aspects of the constitution are reserved matters, that is (a) the Crown, including succession to the Crown and a regency, (b) the Union of the Kingdoms of Scotland and England, (c) the Parliament of the United Kingdom, (d) the continued existence of the High Court of Justiciary as a criminal court of first instance and of appeal, (e) the continued existence of the Court of Session as a civil court of first instance and of appeal*”.

<sup>177</sup> Artículo 6 “*The registration and funding of political parties is a reserved matter but this paragraph does not reserve making payments to any political party for the purpose of assisting members of the Parliament who are connected with the party to perform their Parliamentary duties*”.

<sup>178</sup> Artículo 7(1) “*International relations, including relations with territories outside the United Kingdom, the European Union (and their institutions) and other international organisations, regulation of international trade, and international development assistance and co-operation are reserved matters [...]*”.

<sup>179</sup> Artículo 9(1) “*The following are reserved matters (a) the defence of the realm, (b) the naval, military or air forces of the Crown, including reserve forces, (c) visiting forces, (d) international headquarters and defence organisations, (e) trading with the enemy and enemy property [...]*”.

<sup>180</sup> Artículo 10 “*Treason (including constructive treason), treason felony and misprision of treason are reserved matters*”.

<sup>181</sup> Enumeradas en el *Head* (encabezado) A sus 5 títulos son los siguientes: “*A1. Fiscal, economic and monetary policy [...]* A2. *The currency [...]* A3. *Financial services [...]* A4. *Financial markets [...]* A5. *Money laundering [...]*”.

mento, el uso de armas de fuego; la inmigración; la seguridad nacional; los poderes de emergencia; etc.<sup>182</sup>.

- iii. la regulación del comercio y la industria, que también comprende numerosas cuestiones tales como: el derecho de competencia, la propiedad intelectual, los pesos y medidas, las telecomunicaciones y correos, la pesca marítima, la importación y exportación de productos, la regulación de las quiebras; etc.<sup>183</sup>.
- iv. la energía en todas sus ramas (electricidad, gas y petróleo, carbón, energía nuclear y la conservación de la energía)<sup>184</sup>;
- v. el transporte terrestre, marítimo y aéreo<sup>185</sup>;
- vi. la seguridad social<sup>186</sup>;
- vii. la regulación de las profesiones, que comprende a los arquitectos, los profesionales de la salud y los auditores<sup>187</sup>;
- viii. el empleo privado<sup>188</sup>;

---

<sup>182</sup> Enumeradas en el *Head B*, sus 13 títulos (cada uno muy detallado y con mención de las excepciones) son los siguientes: “*B1. Misuse of drugs [...] B2. Data protection [...] B3. Elections [...] B4. Firearms [...] B5. Entertainment [...] B6. Immigration and nationality [...] B8. National security, interception of communications, official secrets and terrorism [...] B9. Betting, gaming and lotteries [...] B10. Emergency powers [...] B11. Extradition [...] B12. Lieutenancies [...] B13. Access to information [...]*”.

<sup>183</sup> Enumeradas en el *Head C*, sus 13 títulos (luego muy detallados y con mención de las excepciones a favor de Escocia) son los siguientes: “*C1. Business associations [...] C2. Insolvency [...] C3. Competition [...] C4. Intellectual property [...] C5. Import and export control [...] C6. Sea fishing [...] C7. Consumer protection [...] C8. Product standards, safety and liability [...] C9. Weights and measures [...] C10. Telecommunications and wireless telegraphy [...] C11 Posts [...] C12. United Kingdom Research and Innovation and Research Councils [...] C13. Designation of assisted areas [...]*”.

<sup>184</sup> Las materias que comprenden la regulación de la energía están enumeradas en el *Head D*, sus 5 títulos (luego muy detallados, con mención de sus excepciones) son los siguientes: “*D1. Electricity [...] D2. Oil and gas [...] D3. Coal [...] D4. Nuclear energy [...] D5. Energy conservation [...]*”.

<sup>185</sup> Estas materias están contempladas en el *Head E* cuyos títulos son “*E1. Road transport [...] E2. Rail transport [...] E3. Marine transport [...] E4. Air transport [...] E5. Other matters [...]*”.

<sup>186</sup> En esta materia existen numerosas excepciones a favor de Escocia. Están enumeradas en el *Head F*, cuyos títulos son: “*F1. Social security schemes [...] F2. Child support [...] F3. Occupational and personal pensions [...] F4. War pensions [...]*”.

<sup>187</sup> Todo ello está previsto en el *Head G*, cuyos títulos son: “*G1. Architects [...] G2. Health professions [...] G3. Auditors [...]*”.

<sup>188</sup> Está prevista en el *Head H*, con numerosas excepciones a favor de Escocia. Sus títulos son: “*H1. Employment and industrial relations [...] H2. Health and safety [...] H3. Job search and support [...]*”.

- ix. la salud y los medicamentos que comprende, entre otros aspectos el aborto y los derechos de la reproducción<sup>189</sup>;
- x. los medios y la cultura, bien que estas reservas sólo abarcan algunas cuestiones muy específicas y limitadas<sup>190</sup>;
- xi. asuntos varios, entre los cuales figuran: (a) la remuneración de los jueces de Escocia, (b) el control de armas nucleares, biológicas y de destrucción masiva, (c) la regulación de los husos horarios, (d) la regulación de la cartografía (*ordnance survey*); (e) la regulación del espacio exterior y (f) la regulación sobre la Antártida<sup>191</sup>.

Un aspecto a considerar, son los eventuales conflictos que pueden suscitarse cuando una ley del Parlamento Escocés contradice una ley del Parlamento de Westminster. En este caso se entiende que la ley escocesa ha obrado *ultra vires*. La regla general es que una ley escocesa carece de validez si contradice una ley nacional<sup>192</sup>.

A fin de evitar estos conflictos, la *Scotland Act 1998* establece un procedimiento de escrutinio previo de los proyectos de ley (*bills*) del Parlamento Escocés consistente en lo siguiente: (a) cuando alguien presenta un proyecto de ley, debe establecer que el mismo se encuentra dentro de las competencias del Parlamento Escocés y esta declaración debe ser corroborada por el Presidente (*Presiding Officer*) de aquel<sup>193</sup>; (b) si el *Presiding*

<sup>189</sup> Prevista en el *Head J*, sus títulos son: “J1. Abortion [...] J2. Xenotransplantation [...] J3. Embryology, surrogacy and genetics [...] J5. Welfare foods [...]”.

<sup>190</sup> Estas materias están enumeradas en el *Head K* que transcribo íntegramente “K1. Broadcasting. Section K1. The subject-matter of the Broadcasting Act 1990 and the Broadcasting Act 1996. The British Broadcasting Corporation. K2. Public lending right. Section K2. The subject-matter of the Public Lending Right Act 1979. K3. Government Indemnity Scheme. Section K3. The subject-matter of sections 16 and 16A of the National Heritage Act 1980 (public indemnities for objects on loan to museums, art galleries, etc. ). K4. Property accepted in satisfaction of tax. Section K4. The subject-matter of sections 8 and 9 of the National Heritage Act 1980 (payments to Inland Revenue in respect of property accepted in satisfaction of tax, and disposal of such property)”.

<sup>191</sup> En el *Head L (Miscellaneous)* se enumeran una serie de asuntos de diferente tipo. Sus títulos son: “L1. Judicial remuneration [...] L2. Equal opportunities [...] L3. Control of weapons [...] L4. Ordnance survey [...] L5. Time [...] L6. Outer space [...] L7. Antarctica [...]”.

<sup>192</sup> *Scotland Act 1998*, Artículo 29 “Legislative competence. (1) An Act of the Scottish Parliament is not law so far as any provision of the Act is outside the legislative competence of the Parliament [...]”.

<sup>193</sup> *Scotland Act 1998* Artículo 31. “Scrutiny of Bills for legislative competence and protected subject-matter. (1) A person in charge of a Bill shall, on or before introduction of the Bill in the Parliament, state that in his view the provisions of the Bill would be within the legislative competence of the Parliament. (2) The Presiding Officer shall, on or before the introduction of a Bill in the Parliament, decide whether or not in his view the provisions of the Bill would be within the legislative

*Officer* entiende que el proyecto es *ultra vires*, la ley sólo puede ser sancionada si cuenta con dos terceras partes de los votos de los miembros totales del Parlamento<sup>194</sup>; (c) una vez sancionado el proyecto de ley, el ministerio público de Escocia o del Reino Unido pueden plantear la cuestión ante la Corte Suprema dentro de las cuatro semanas<sup>195</sup>; (d) el *Presiding Officer* no puede pedir el *Royal Assent* (promulgación) de la ley si la cuestión del *ultra vires* (i) puede ser planteada ante la Corte Suprema o (ii) si ésta ya ha resuelto que el Parlamento Escocés es incompetente<sup>196</sup>; (e) si la Corte Suprema decidiera que el la ley está fuera de las competencias del Parlamento Escocés, éste tendrá una oportunidad de reconsiderarla y enmendarla<sup>197</sup>.

Por último, menciono que, a diferencia de las leyes del Parlamento del Reino Unido, las del Parlamento Escocés están sujetas a revisión judicial (*judicial review*), porque no es una legislatura soberana<sup>198</sup>. En materia de *Devolution Issues* la Corte Suprema ha tenido oportunidad de declarar en dos oportunidades que sendas leyes escocesas estaban fuera de la competencia del *Scottish Parliament*<sup>199</sup>.

---

*competence of the Parliament and state his decision. (2A) The Presiding Officer shall, after the last time when a Bill may be amended but before the decision whether to pass or reject it, decide whether or not in his view any provision of the Bill relates to a protected subject-matter and state his decision [...]*".

<sup>194</sup> Scotland Act 1998, Artículo 31A. "Two-thirds majority for Bills relating to a protected subject-matter. If the Presiding Officer states under section 31(2A) that in his view any provision of a Bill relates to a protected subject-matter, the Bill is not passed unless the number of members voting in favour of it at the final stage is at least two-thirds of the total number of seats for members of the Parliament".

<sup>195</sup> Scotland Act 1998, Artículo 33. "Scrutiny of Bills by the Supreme Court (legislative competence). (1) The Advocate General, the Lord Advocate or the Attorney General may refer the question of whether a Bill or any provision of a Bill would be within the legislative competence of the Parliament to the Supreme Court for decision. (2) Subject to subsection (3), he may make a reference in relation to a Bill at any time during (a) the period of four weeks beginning with the passing of the Bill [...]".

<sup>196</sup> Scotland Act 1998, Artículo 32. "Submission of Bills for Royal Assent. [...] (2) The Presiding Officer shall not submit a Bill for Royal Assent at any time when (a) the Advocate General, the Lord Advocate or the Attorney General is entitled to make a reference in relation to the Bill under section 32A or 33 [...] (3) The Presiding Officer shall not submit a Bill in its unamended form for Royal Assent if (a) the Supreme Court has decided that the Bill or any provision of it would not be within the legislative competence of the Parliament [...]".

<sup>197</sup> Scotland Act 1998, Artículo 36. "Stages of Bills. [...] (4) Standing orders shall provide for an opportunity for the reconsideration of a Bill after its passing if (and only if) (a) the Supreme Court decides that the Bill or any provision of it would not be within the legislative competence of the Parliament [...]".

<sup>198</sup> Ya veremos más abajo en I, que una de las consecuencias de la doctrina de la soberanía o supremacía del Parlamento de Westminster (*Parliamentary Sovereignty*), es que los jueces no pueden revisar sus leyes.

<sup>199</sup> *Salvesen v Riddell* [2013] UKSC 22 y *Christian Institute v Lord Advocate* [2016] UKSC 51.



## 2. Gales

Bajo la *Government of Wales Act 1998* y la *Government of Wales Act 2006*, se entendió que el sistema en Gales era inverso al de Escocia, es decir, que los poderes reservados por el Parlamento del Reino Unido aunque enumerados poseían contenidos implícitos, mientras que los de la Asamblea Nacional de Gales eran expresos<sup>200</sup>. Sin embargo, esta relación cambió con la *Wales Act 2017*, cuyo *Schedule 1* posee un esquema de distribución de competencias muy similar al de Escocia<sup>201</sup>. Ello produjo un cambio del llamado “*Conferred Powers Model*” al “*Reserved Powers Model*” –ocurrido en abril de 2018– que había sido propuesto por la *Commission on Devolution in Wales* (conocida como *Silk Commission*) creada en 2011<sup>202</sup>.

Como reglas generales de distribución de competencias, la *Wales Act 2017* introdujo en la *Government of Wales Act 2006* el artículo 108A y el inciso 6 del artículo 7, que contienen dos principios iguales a los de Escocia: (a) son inválidas las leyes de la Asamblea que regulan cuestiones ajenas a los poderes devueltos<sup>203</sup> y (b) el Reino Unido puede legislar sobre las “*devolved matters*”, pero requiere para ello el consentimiento de la Asamblea<sup>204</sup>.

## 3. Irlanda del Norte

En Irlanda del Norte las reglas de distribución de competencias entre

<sup>200</sup>Turpin, and Tomkins, *British Government and the Constitution*, cit. en nota 175, p. 252.

<sup>201</sup>Sin ánimo de repetirlos, pues son muy similares a los de Escocia, los poderes reservados por el Parlamento del Reino Unido respecto de Gales también se dividen en generales y específicos. Dentro de los primeros se encuentran: las cuestiones constitucionales; el Servicio Civil; los partidos políticos; la jurisdicción única de Inglaterra y Gales; el régimen de los tribunales que poseen competencias específicas; las relaciones internacionales y la defensa. Entre los segundos se cuentan: las cuestiones económico y financieras; la política interior (*Home affairs*); el comercio y la industria; la energía, el transporte, la seguridad social; la regulación de algunas profesiones, la regulación el empleo; la salud y los medicamentos; los medios y la cultura, la organización judicial; y asuntos agrarios.

<sup>202</sup>En relación con la competencia legislativa de la Asamblea Nacional de Gales, la *Silk Commission* produjo su informe en marzo de 2014. Ver: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/310571/CDW-Wales\\_Report-final\\_Full\\_WEB\\_310114.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/310571/CDW-Wales_Report-final_Full_WEB_310114.pdf)

<sup>203</sup>*Government of Wales Act 2006*, Artículo 108A. “*Legislative competence. (1) An Act of the Assembly is not law so far as any provision of the Act is outside the Assembly’s legislative competence [...]*”.

<sup>204</sup>*Government of Wales Act 2006*, Artículo 107 [...] (6) *But it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Assembly.*”



el Parlamento del Reino Unido y la Asamblea, aunque parecidas, no son exactamente iguales a las de Escocia y Gales.

Allí, la *Northern Ireland Act 1998* crea tres tipos de asuntos o materias (a) los “*excepted matters*”; (b) los “*reserved matters*” y (c) los “*transferred matters*”<sup>205</sup>. Los primeros, enumerados en el Schedule 2, son de competencia exclusiva del Parlamento del Reino Unido y no pueden ser transferidos a la Asamblea<sup>206</sup>. Incluso el artículo 7 de la citada ley cataloga a algunas leyes o a algunos artículos (*sections*) de ella misma como “*entrenched enactments*”, es decir, no pueden ser modificadas por la Asamblea<sup>207</sup>. Los segundos, enumerados en el Sechedule 3, también son de competencia del Parlamento del Reino Unido, pero pueden ser transferidos a la Asamblea<sup>208</sup>. Finalmente, los “*transferred matters*”, como su nombre los indica, son los poderes transferidos a la Asamblea, es decir, son los asuntos “devueltos” a Irlanda del Norte. Estos poderes no están enumerados expresamente, sino que la ley los define, por exclusión, como todos aquellos que no sean “*excepted matters*” o “*reserved matters*”. Debe entenderse, por lo tanto, que se admiten implícitamente dentro de ellos todas las competencias que no hayan sido expresamente reservadas.

Una cuestión que diferencia a Irlanda del Norte de Escocia y Gales, es que las materias calificadas como reservadas, pueden convertirse en trans-

<sup>205</sup> *Northern Ireland Act 1998*, Artículo 4. “*Transferred, excepted and reserved matters. (1) In this Act “excepted matter” means any matter falling within a description specified in Schedule 2; “reserved matter” means any matter falling within a description specified in Schedule 3; “transferred matter” means any matter which is not an excepted or reserved matter [...]*”.

<sup>206</sup> Entre ellos figuran (a) los asuntos constitucionales, tales como la sucesión a la Corona y la organización del Parlamento del Reino Unido; (b) las relaciones internacionales; (c) la defensa del Reino Unido; (d) el control de armas nucleares, biológicas y de destrucción masiva; (e) la nacionalidad e inmigración; (f) la legislación impositiva de alcance nacional; etc.

<sup>207</sup> *Northern Ireland Act 1998*, Artículo 7. “*Entrenched enactments. (1) Subject to subsection (2), the following enactments shall not be modified by an Act of the Assembly or subordinate legislation made, confirmed or approved by a Minister or Northern Ireland department (a) the European Communities Act 1972; (b) the Human Rights Act 1998; (c) section 43(1) to (6) and (8), section 67, sections 84 to 86B, section 95(3) and (4) and section 98; (d) section 1 and section 84 of the Justice (Northern Ireland) Act 2002; and (e) the European Union (Withdrawal) Act 2018 [...]*”.

<sup>208</sup> Entre ellos figuran (a) la concesión de funciones sobre Irlanda del Norte a cualquier ministro de la Corona, con excepción del Advocate General; (b) los bienes del dominio público de la Reina o del Reino Unido; (c) la navegación, con exclusión de los puertos y las aguas interiores; (d) la aviación civil, con excepción de los aeródromos; las playas, con excepción de lecho marino y el subsuelo; (e) el domicilio; (f) la modificación de la cantidad de miembros de la Asamblea que se eligen por cada constituency; (g) la defensa civil; (h) los servicios y mercados financieros; (i) el lavado de dinero; (j) la seguridad de los consumidores; (k) el derecho de la competencia; (l) la unidad de medidas; etc.

feridas y viceversa, lo que evidencia, en este proceso de devolución, una flexibilidad que no tienen los otros. Este cambio puede producirse según cómo evolucione la implementación del Acuerdo de Belfast<sup>209</sup>. También difiere la forma en que el Parlamento del Reino Unido puede dictar leyes para Irlanda del Norte. En este caso, no se requiere para ello el consentimiento de la Asamblea, pero como contrapartida, ésta puede modificar una ley del Parlamento referida al ordenamiento jurídico interno de Irlanda del Norte<sup>210</sup>. Por último, tal como ocurre en Escocia y Gales, es inválida toda norma de la Asamblea de Irlanda del Norte que legisle sobre materias no devueltas<sup>211</sup>.

#### 4. En síntesis

Para resumir lo dicho hasta aquí, señalo lo siguiente:

- i. como resultado del proceso de Devolución, en el Reino Unido existen actualmente cuatro legislaturas: (a) el Parlamento del Reino Unido (*UK Parliament*), con jurisdicción en todo el territorio y (b) tres legislaturas locales, con jurisdicción en los territorios de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, cuyas facultades les fueron “devueltas” por aquel;
- ii. el *UK Parliament*, sigue siendo soberano, mientras que las legislaturas de Escocia, Gales e Irlanda del Norte no lo son<sup>212</sup>;
- iii. el Parlamento del Reino Unido es, al mismo tiempo, el Parlamento de Inglaterra, esto significa que tanto legisla para todo el país, como para Inglaterra solamente<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> *Northern Ireland Act 1998*, Artículo 4. “*Transferred, excepted and reserved matters. [...] (2) If at any time after the appointed day it appears to the Secretary of State (a) that any reserved matter should become a transferred matter; or (b) that any transferred matter should become a reserved matter, he may [...] lay before Parliament the draft of an Order in Council amending Schedule 3 so that the matter ceases to be or, as the case may be, becomes a reserved matter [...]*”.

<sup>210</sup> *Northern Ireland Act 1998*, Artículo 5 “[...] (6) *This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Northern Ireland, but an Act of the Assembly may modify any provision made by or under an Act of Parliament in so far as it is part of the law of Northern Ireland*”.

<sup>211</sup> *Northern Ireland Act 1998*, Artículo 6. “*Legislative competence. (1) A provision of an Act is not law if it is outside the legislative competence of the Assembly [...]*”.

<sup>212</sup> Si bien podría decirse que tienen cierto grado de autonomía, ella está muy lejos de ser plena, en tanto la ley que las crea y regula sigue siendo una ley del *UK Parliament*.

<sup>213</sup> Esto ha generado un cuestionamiento formulado por los legisladores escoceses en el Parlamento de

- iv. la competencia entre el Parlamento del Reino Unido y los parlamentos locales se distribuye, entre las llamadas “*reserved matters*” que conserva el primero y los “*devolved matters*” que se transfirieron a los segundos.
- v. cuando existe un conflicto entre ambos, se produce un “*devolution issue*”, que debe resolver la Corte Suprema;
- vi. como regla general, las “*reserved matters*” son expresas, mientras que las “*devolved matters*”, aun cuando estén enumeradas, permiten incluir en ellas competencias no enumeradas, en tanto sean propias de los poderes devueltos.
- vii. el Parlamento del Reino Unido puede legislar sobre “*devolved matters*”, pero en el caso de Escocia y Gales requiere para ello el consentimiento de las legislaturas locales. En Irlanda del Norte puede hacerlo sin consentimiento de la Asamblea, pero ésta puede modificar estas leyes.
- viii. las leyes de las legislaturas de Escocia, Gales e Irlanda del Norte sancionadas fuera de la competencia asignada por las leyes de Devolución, carecen de validez;
- ix. dado que las legislaturas locales no son soberanas, sus leyes están sujetas a revisión judicial.

### ***E. Del régimen unitario a la union constitution***

Como resultado de la descentralización política producida por la *Devolution*, el Reino Unido tiene actualmente un régimen de gobierno que, desde el punto de vista de la organización territorial, no es fácil de clasificar, en tanto no entra en el molde binario del federalismo o unitarismo.

Está compuesto por cuatro regiones autónomas –llamémoslas así–<sup>214</sup> diferentes y todas ellas poseen actualmente grados diferentes de autonomía desprendida de la región principal (Inglaterra).

---

Westminster, quienes sostienen que no deberían votar en materias locales de Inglaterra y Gales que no se aplican en Escocia. A esta objeción se la llama *The West Lothian Question* pues fue planteada inicialmente por Tam Dalyell representante del distrito de West Lothian. Ver: <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/west-lothian-question/>

<sup>214</sup> Si bien no son asimilables exactamente a las regiones autónomas de otros países europeos, ni tampoco son estados que componen un sistema federal, la autonomía que hoy día poseen permite –provisionalmente– darles este status. Tengamos en cuenta que dos de ellos, Escocia e Irlanda del Norte, tienen autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales propias.

No obstante, el Reino Unido está lejos de tener un sistema federal, al menos en la versión que nosotros conocemos. Bien es sabido que los sistemas federales, sin perjuicio de su gran variedad<sup>215</sup>, poseen al menos tres notas típicas: (a) la existencia de dos órdenes de gobierno separados: el federal y el local; (b) la igualdad jurídico-política de las entidades que lo componen (estados o provincias) y (c) las entidades que los componen son personas jurídicas.

Ninguna de estas notas aparece en el sistema político de Reino Unido. En primer lugar, si bien hay allí un gobierno central –el gobierno del Reino Unido– éste es, a la vez, el gobierno de Inglaterra<sup>216</sup>. Es decir, el gobierno central es también el gobierno de una de las regiones, la más importante de ellas. En segundo lugar, Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, no son iguales, es decir, no tienen igual grado de autonomía. La *Devolution* ha sido un proceso asimétrico. Lejos de responder a una planificación abstracta, ha sido la respuesta concreta a las demandas de cada región. En tercer lugar, ninguna de estas regiones es legalmente una persona jurídica<sup>217</sup>.

Por tal motivo, se ha dicho que la constitución inglesa no es, ni federal, ni unitaria. Es una “*union Constitution*”<sup>218</sup>, una suerte de estadio intermedio (y poco definido) entre ambos sistemas.<sup>219</sup> Otros sostienen que es un estado multinacional, que contiene diferentes “naciones”<sup>220</sup> y hay quienes todavía afirman que es un estado unitario<sup>221</sup>. Como vemos, el régimen del Reino Unido es un gran desafío para cualquier intento de clasificación.

<sup>215</sup> Esta diversidad permite que ciertos autores consideren al federalismo como un sistema complejo y confuso o desordenado. GALLIGAN, Brian: *Comparative Federalism*, en *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press, 2008, edited by R.A.W. Rhodes, Sarah A. Binder and Bert A. Rockman, pp. 261-280, esp. p. 267.

<sup>216</sup> El Parlamento de Westminster es, a la vez, el Parlamento del Reino Unido y de Inglaterra y Gales y lo mismo sucede con el Primer Ministro.

<sup>217</sup> No he encontrado ningún autor que les atribuya o reconozca personalidad jurídica. Tampoco he encontrado a nadie que diga lo contrario.

<sup>218</sup> El término nace, obviamente, de las “*Acts of Union*” (Leyes de Unión) por medio de las cuales Gales, Escocia e Irlanda fueron “unidas” a Inglaterra.

<sup>219</sup> Turpin and Tomkins, *British Government and the Constitution*, cit. en nota 175, p. 210. En igual sentido WICKS, Elizabeth: *The Evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, p. 167.

<sup>220</sup> Bogdanor, *The New British Constitution*, cit. en nota 4, p. 89.

<sup>221</sup> LIPHART, Arend: *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2<sup>nd</sup> edition, Yale University Press, New Haven, 2012, p. 16.

## IV. La “nueva” Corte Suprema

### 1. *El Appellate Committee of the House of Lords*

Una de las muchas curiosidades del sistema constitucional inglés, es que la instancia final del sistema judicial no era ejercida por un tribunal ubicado en el Poder Judicial, sino en el Parlamento. Naturalmente, ello tenía fuertes consecuencias en el diseño de la separación de poderes, como lo he hecho notar en trabajos anteriores<sup>222</sup>.

Desde el Medioevo hasta comienzos del presente siglo, la última instancia judicial en el Reino Unido estuvo a cargo de una cámara legislativa: el *House of Lords*. En teoría, toda la cámara, en su conjunto, poseía esta competencia, pero, dado su gran tamaño y la escasa concurrencia de sus miembros a las sesiones, el sistema era altamente ineficiente<sup>223</sup>. Fue por eso que en la segunda mitad del siglo XIX esta función fue delegada en un cuerpo mucho más reducido, llamado *Appellate Committee of the House of Lords*, integrado por los *Lords of Appeal in Ordinary*, más conocidos como *Law Lords*<sup>224</sup>.

Con el tiempo este cuerpo se fue haciendo cada vez más profesional, adquiriendo paulatinamente rasgos de tribunal independiente<sup>225</sup>. Sus in-

---

<sup>222</sup> BIANCHI, Alberto B.: *La separación de poderes. Un estudio desde el Derecho Comparado*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, esp. cap. II.

<sup>223</sup> Una dura crítica al *House of Lords* en el siglo XIX aparece en el capítulo 5 de la célebre obra de Walter Bagehot “*The English Constitution*”, escrita en 1867. Entre otras ediciones, puede verse la de Oxford University Press, 2001.

<sup>224</sup> El conocimiento de los casos por el pleno del *House of Lords* ya había colapsado a principios del siglo XIX, pues las demoras en resolver las apelaciones eran extraordinarias. Por tal motivo, en 1824, se decidió delegar la tarea en un reducido grupo de lores integrado por todos los miembros de la Cámara en forma rotativa y presidido por el *Lord Chancellor*. Esta solución no fue enteramente satisfactoria y, bajo el gobierno de Gladstone –por medio de las leyes de 1873 y 1875– se suprimieron las funciones judiciales de la Cámara con la intención de crear una Corte Suprema independiente. Sin embargo, poco después, en 1876, bajo el gobierno de Disraeli, se llegó a una solución intermedia. La *Appellate Jurisdiction Act* devolvió las funciones judiciales a la Cámara pero creó un cuerpo estable de lores vitalicios, versados en derecho, presididos por el *Lord Chancellor*, con la misión específica de resolver las apelaciones provenientes de los tribunales inferiores. Así, los *Law Lords* pasaron a ser una especie de Corte Suprema dentro del *House of Lords*. Ver: BARRETT, Maxwell: *The Law Lords*, The MacMillan Press, 2001; PATERSON, Alan: *The Law Lords*, The MacMillan Press, 1982; *The Judicial House of Lords 1876-2009*, edited by Louis Bloom-Cooper; Brice Dickson and Gavin Drewry, Oxford University Press, 2009.

<sup>225</sup> Incluso desde 1948 en adelante, sus sesiones ya no se llevaron a cabo en el recinto de la Cámara sino en un salón especial (*Committee Room*). Este cambio, sin embargo, tuvo lugar porque durante la Segunda Guerra el edificio del Parlamento fue bombardeado y el recinto de los Comunes resultó dañado, de modo que éstos comenzaron a emplear el recinto de los Lores para deliberar. Como

tegrantes no eran lores hereditarios, se convertían en tales, con carácter vitalicio, al ser nombrados en el *Appellate Committee*, sin transmitir esta condición a sus herederos<sup>226</sup>. Si bien no era un requisito legal que fueran abogados, usualmente lo eran. Se los escogía, además, entre los jueces y *barristers* destacados. Como miembros del *House of Lords*, tenían capacidad legislativa, pudiendo asistir a las sesiones de la Cámara y votar como cualquier otro *Lord*, pero de hecho no lo hacían, a fin de mantener separadas sus funciones. El *Appellate Committee* estaba presidido por el *Lord Chancellor* que por entonces era, a la vez, *Speaker* (Presidente) de la Cámara, pero usualmente no concurría a las sesiones, para evitar darles un carácter político.

En punto a su competencia, el *Appellate Committee* revisaba sentencias de los siguientes tribunales: (a) *Court of Appeal*; (b) en algunas ocasiones directamente de la *High Court*; (c) *Court of Session* (el más alto tribunal civil de Escocia); (d) *Court of Appeal* de Irlanda del Norte; (e) en algunos casos directamente de la *High Court of Justice* de Irlanda del Norte y (f) *Courts-Martial Appeal Court*. Esto significaba, en síntesis, que tenía amplia competencia para revisar las decisiones en materia civil de todos los tribunales el Reino Unido. En materia criminal, en cambio, podía revisar las de los tribunales de Inglaterra y Gales y de Irlanda del Norte, pero no las de Escocia, donde el tribunal superior y final en materia penal era –y es– la *High Court of Justiciary*. También tenía competencia para resolver los casos de Devolución.

En tiempos recientes, el *Appellate Committee* estaba integrado por un total de 12 *Law Lords*<sup>227</sup>, pero los casos eran resueltos, generalmente, por un panel de cinco. La admisión de la apelación era discrecional y se concedía solamente para asuntos de gran importancia pública. Estadísticamente no se aceptaban más de 70 casos por año, bien que la Corte no recibe más que unas 280 apelaciones por año<sup>228</sup>. A pesar de ser el superior tribunal del Reino Unido, las audiencias eran bastante informales, los *Law Lords* no

---

consecuencia de ello, las sesiones del *Appellate Committee* tuvieron que trasladarse a un *Committee Room* y desde entonces continuaron llevándose a cabo allí.

<sup>226</sup> Adquirían el *peerage*, es decir, la condición de par.

<sup>227</sup> Originariamente eran menos, pero su número se incrementó desde su creación. También eran *law lords* los jueces de los tribunales superiores que a la vez eran lores.

<sup>228</sup> Conf. Gee; Hazell; Malleon, and O'Brien.: *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution*, cit. en nota 3, p. 195.

usaban toga ni peluca y sus oficinas, ubicadas en el edificio del Parlamento, distaban mucho de ser lujosas. Tampoco tenían *law clerks* que los asistieran, para evitar que las sentencias fueran escritas por éstos, una tendencia que es común en algunos tribunales<sup>229</sup>.

## ***2. La creación e instalación de la Corte Suprema***

Este sistema concluyó con la sanción de la *Constitutional Reform Act 2005*<sup>230</sup> (CRA 2005) que introdujo importantes reformas en el sistema judicial, entre ellas, la creación de la Corte Suprema del Reino Unido, que sustituyó al *Appellate Committee* como tribunal de última instancia. Curiosamente no fue un proyecto consensuado con los jueces, sino que fue elaborado en privado por el entonces Primer Ministro Tony Blair<sup>231</sup>.

La Corte Suprema recién entró oficialmente en funciones en octubre de 2009<sup>232</sup>, cuando concluyeron las tareas de refacción del *Middlesex Guildhall*, un edificio concluido en 1913, ubicado frente a la Abadía de Westminster, muy próximo al Parlamento, en el cual anteriormente habían funcionado algunos de los tribunales penales integrantes de la *Crown Court*.

Sus primeros jueces fueron los mismos *Law Lords* que, hasta ese momento, integraban el *Appellate Committee*, lo que pone de manifiesto la continuidad institucional que hubo entre éste y la Corte Suprema.

## ***3. Competencia***

Su competencia también es la misma que tenía en su momento el *Appellate Committee* del *House of Lords*, es decir, es el tribunal final de todos los casos civiles y penales de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. En relación con Escocia, sólo tiene competencia para revisar los casos civiles, pero no los penales, que concluyen en la *High Court of Justiciary*, salvo que se trate de un caso de “Devolución”.

---

<sup>229</sup>Un estudio completo de la labor judicial del *House of Lords* desde 1876 hasta la instalación de la Corte Suprema en 2009, puede verse en *The Judicial House Of Lords 1876-2009*, edited by Louis Blom-Cooper; Brice Dickinson and Gavin Drewry, Oxford University Press, 2009.

<sup>230</sup>2005, Chapter 4.

<sup>231</sup>Graham; Hazell; Malleson, and O'Brien.: *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution*, cit. en nota 3, p. 194

<sup>232</sup>Fue oficialmente inaugurada por la Reina el 16 de octubre de 2009.

En otras palabras (a) respecto de Inglaterra y Gales, es el tribunal de apelación de la *Court of Appeal* (tanto de la *Civil Division* como de la *Criminal Division*) y en algunos casos limitados de la *High Court*<sup>233</sup>; (b) respecto de Irlanda del Norte, es el tribunal de apelación de la *Court of Appeal* y, en algunos casos, de la *High Court*; y (c) respecto de Escocia, es el tribunal de apelación de la *Court of Session*. Esta facultad revisora de la Corte Suprema en nada afecta la separación de los sistemas judiciales de las regiones que componen el Reino Unido<sup>234</sup>.

También le ha sido transferida la competencia en casos de Devolución que antes ejercía el *Appellate Committee* y que, desde 1998, ejercía el *Judicial Committee of the Privy Council*.

Obviamente todo ello ha tenido un fuerte impacto en la separación de poderes. Cuando fue inaugurada la Corte Suprema del Reino Unido, el 1 de octubre de 2009, su primer presidente, Lord Phillips of Worth Matravers, dijo: “[p]or primera vez tenemos una clara separación de poderes entre la legislatura, el poder judicial y el poder ejecutivo en el Reino Unido. Esto es importante. Enfatiza la independencia del poder judicial, separando claramente a quienes hacen la ley, de quienes la administran”<sup>235</sup>.

#### **4. Organización, nombramiento y remoción de los jueces**

De acuerdo con la CRA 2005, la Corte tiene un total de 12 jueces designados por la Reina<sup>236</sup> quien puede incrementar dicho número<sup>237</sup> con aprobación del Parlamento<sup>238</sup>. También es función de la Reina designar al

<sup>233</sup> Estas apelaciones que “saltan la instancia” de la *Court of Appeal*, se llaman *leapfrog appeals*.

<sup>234</sup> CRA 2005, artículo 41. “*Relation to other courts etc. (1) Nothing in this Part is to affect the distinctions between the separate legal systems of the parts of the United Kingdom [...]*”.

<sup>235</sup> “*For the first time, we have a clear separation of powers between the legislature, the judiciary and the executive in the United Kingdom. This is important. It emphasises the independence of the judiciary, clearly separating those who make the law from those who administer it*”. Ver la gacetilla de prensa SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, “Press Notice”, 1 October 2009, publicada en [https://www.supremecourt.uk/docs/pr\\_0109\\_2\\_.pdf](https://www.supremecourt.uk/docs/pr_0109_2_.pdf).

<sup>236</sup> CRA 2005 artículo 23(2) “*The Court consists of the persons appointed as its judges by Her Majesty by letters patent but no appointment may cause the full-time equivalent number of judges of the Court at any time to be more than 12*”.

<sup>237</sup> CRA 2005, artículo 23(3) “*Her Majesty may from time to time by Order in Council amend subsection (2) so as to increase or further increase the maximum full-time equivalent number of judges of the Court*”.

<sup>238</sup> CRA 2005, artículo 23(4) “*No recommendation may be made to Her Majesty in Council to make*



Presidente y Vicepresidente del Tribunal<sup>239</sup>. El título oficial de los jueces de la Corte es “*Justices of the Supreme Court*”<sup>240</sup>.

Para ser designado miembro del Tribunal se requiere alguna de estas tres condiciones (a) haber sido juez en un tribunal superior por al menos 2 años; (b) haber tenido la “*judicial-appointment eligibility condition*” por al menos 15 años<sup>241</sup> o (c) haber sido un abogado calificado por espacio de 15 años<sup>242</sup>. La designación es vitalicia. Los jueces de la Corte Suprema se mantienen en sus cargos mientras dure su buena conducta y pueden ser removidos por decisión de ambas cámaras del Parlamento<sup>243</sup>.

El nombramiento de los jueces de la Corte lo hace la Reina por recomendación del Primer Ministro y debe estar precedido de un procedimiento de selección establecido en los artículos 26, 27 y en el anexo (schedule) 8 de la ley. A tal fin se nombra una comisión especial –diferente de la JAC que interviene en los otros nombramientos de jueces– que establece el procedimiento de selección<sup>244</sup>. Esta comisión está integrada, entre otros, por un juez de la Corte Suprema, un miembro de la JAC y un miembro de las comisiones de selección de Escocia e Irlanda del Norte<sup>245</sup>. La designación se hace teniendo en cuenta el mérito del candidato<sup>246</sup>, pero debe asegurarse

---

*an Order under subsection (3) unless a draft of the Order has been laid before and approved by resolution of each House of Parliament”.*

<sup>239</sup>CRA 2005, Artículo 23(5).

<sup>240</sup>CRA 2005, Artículo 23(6).

<sup>241</sup>Ello significa el candidato debe poseer (a) *una relevant qualification* (calificación relevante) y (b) un *qualifying period* (período calificante). Por *relevant qualification* se entiende que el candidato debe ser barrister o solicitador. Por *qualifying period* se entiende un determinado número de años en el cual el candidato (a) ha tenido una calificación relevante, es decir, ha sido *barrister o solicitador*, y (b) ha obtenido experiencia profesional (*gain experience in law*).

<sup>242</sup>CRA 25. “*Qualification for appointment. (1) A person is not qualified to be appointed a judge of the Supreme Court unless he has (at any time) (a) held high judicial office for a period of at least 2 years, (b) satisfied the judicial-appointment eligibility condition on a 15-year basis, or (c) been a qualifying practitioner for a period of at least 15 years [...]*”.

<sup>243</sup>CRA 2005, Artículo 33 “*Tenure. A judge of the Supreme Court holds that office during good behaviour, but may be removed from it on the address of both Houses of Parliament”.*

<sup>244</sup>CRA 2005, Artículo 27. “*Selection process. (1) The commission must (a)determine the selection process to be applied [...]*”.

<sup>245</sup>CRA 2005, Artículo 27 “[...] (1B)The members of the commission must include (a)at least one who is non-legally-qualified, (b) at least one judge of the Court, (c) at least one member of the Judicial Appointments Commission, (d) at least one member of the Judicial Appointments Board for Scotland, and (e) at least one member of the Northern Ireland Judicial Appointments Commission [...]”.

<sup>246</sup>CRA 2005, Artículo 27(5) “*Selection must be on merit*”.

que la Corte esté integrada por, al menos, un miembro que conozca el derecho y la práctica de cada una de las regiones del Reino Unido<sup>247</sup>.

Por último, la Corte sólo puede sesionar con un número impar de jueces, el cual no sea inferior a tres<sup>248</sup>. Como puede verse, el *quorum* es muy reducido pues, sobre un total de doce miembros, tres de ellos— apenas un cuarto del total— son suficientes para decidir un caso.

### 5. Procedimiento

El procedimiento ante la Corte Suprema, se rige por las *Supreme Court Rules*<sup>249</sup>. Antes de describirlo, al menos someramente, debe tenerse en cuenta que, como regla general, la jurisdicción de la Corte Suprema es discrecional. Solamente se aceptan los casos de gran importancia pública y constitucional, que afectan a toda la población<sup>250</sup>. En este aspecto, la Corte Suprema sigue el mismo criterio ya establecido por el *Appellate Committee* del *House of Lords*<sup>251</sup>. Es por ello que el número de casos resueltos es muy limitado. En 2017 fueron formalmente admitidas tan solo 91 apelaciones<sup>252</sup>.

Debe recordarse también, que ni la Corte Suprema, ni ningún otro tribunal del Reino Unido, ejercen control de constitucionalidad sobre las leyes. El *judicial review* que ejercen los tribunales del Reino Unido, se limita al

<sup>247</sup> CRA 2005, Artículo 27(58) “*In making selections for the appointment of judges of the Court the commission must ensure that between them the judges will have knowledge of, and experience of practice in, the law of each part of the United Kingdom*”.

<sup>248</sup> CRA 2005, Artículo 42. “*Composition. (1) The Supreme Court is duly constituted in any proceedings only if all of the following conditions are met (a) the Court consists of an uneven number of judges; (b) the Court consists of at least three judges; (c) more than half of those judges are permanent judges [...]*”.

<sup>249</sup> Rigen actualmente las que fueron dictadas en 2009 y puede vérselas en la página oficial de la Corte Suprema. <https://www.supremecourt.uk/>

<sup>250</sup> Así lo dice el portal de la página de la Corte Suprema donde se lee que ésta “*hears cases of the greatest public or constitutional importance affecting the whole population*”. Ver también SLAPPER, Gary and KELLY, David: *The English Legal System*, 18<sup>th</sup> edition, Routledge, 2017, Oxon and New York, pp. 243 y 440.

<sup>251</sup> Si bien este principio no surge expresamente de las *Rules of the Supreme Court*, en la página de la Corte figuran también una guía para apelar ante la Corte (*A Guide to bringing a case to the Supreme Court*) en donde se dice, reiteradamente, que la Corte sólo acepta caso de importancia pública.

<sup>252</sup> *Elliot and Quinn's English Legal System*, 19<sup>th</sup> edition by Emily Allbon and Sanmeet Kaur Dua, Pearson, 2018, p. 13.

control de legalidad sobre los reglamentos administrativos, tal como ya señalé anteriormente<sup>253</sup>.

Por último, el *right to appeal* (derecho a apelar) está sujeto a diversas restricciones establecidas en varias leyes<sup>254</sup>. De todas ellas, la más importante está contenida en el artículo 54(4) de la AJA 1999, que no permite apelar ante la Corte Suprema las decisiones de la *Court of Appeal* que rechazan las apelaciones planteadas contra las sentencias de los tribunales inferiores<sup>255</sup>. Dicho de otra manera si, por ejemplo, una sentencia de la *High Court* es apelada ante la *Court of Appeal* y ésta rechaza esta apelación, tal rechazo es inapelable ante la Corte Suprema.

Tal es el caso de las decisiones de la *Administrative Court* en materia de impugnación de reglamentos (judicial review)<sup>256</sup>. En estos casos el permiso para apelar se plantea ante dicho tribunal. Si el permiso fuera denegado sin convocar a una audiencia, puede solicitarse una reconsideración en una audiencia. Si fuera denegado con audiencia previa, esta decisión puede apelarse ante la *Court of Appeal* dentro de los 7 días. Si ésta deniega el permiso, tal decisión ya no es apelable ante la Corte Suprema.

Son apelables ante la Corte Suprema solamente las cuestiones de derecho (*points of law*), no las de hecho y puede apelarse cualquier decisión (final o interlocutoria) dictada por la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales y la *Court of Appeal* de Irlanda del Norte. En relación con la *Court of Session* de Escocia, son apelables también las sentencias finales e interlocutorias, pero si dicho tribunal deniega el permiso de apelar una sentencia interlocutoria, esta decisión no puede ser apelada ante la Corte Suprema.

Analizado en grandes líneas, el proceso de la apelación, conforme las *Supreme Court Rules*, se desarrolla en los siguientes pasos:

- i. se “pide permiso para apelar” al tribunal que ha dictado la sentencia;

---

<sup>253</sup> Ver II.D.2.

<sup>254</sup> Tales leyes son: (a) la *Administration of Justice (Appeals) Act 1934*; (b) la *Administration of Justice Act 1960*; (c) la *Administration of Justice Act 1969*; (d) la *Judicature (Northern Ireland) Act 1978*; (e) la *Court of Session Act 1988*; y (e) la *Access to Justice Act 1999*.

<sup>255</sup> De acuerdo con esta norma “No appeal may be made against a decision of a court under this section to give or refuse permission (but this subsection does not affect any right under rules of court to make a further application for permission to the same or another court).

<sup>256</sup> Recordemos que este tribunal forma parte de la *Queen's Bench Division* de la *High Court*. Ver mi artículo citado en nota .

- ii. si este permiso es denegado, se puede pedir permiso directamente ante la Corte Suprema<sup>257</sup>. El plazo general para hacerlo es de 28 días<sup>258</sup> contados desde el rechazo del permiso dispuesto por el tribunal inferior<sup>259</sup>;
- iii. antes de presentar en la Corte este permiso, el apelante debe enviar una copia del mismo a todas las partes (Rule 12) y éstas tienen 14 días para oponerse, si lo desean (Rule 13)<sup>260</sup>;
- iv. los entes públicos y las organizaciones no gubernamentales, pueden expresar su interés en la apelación. También pueden hacerlo aquellas personas que tengan un interés en los casos de impugnación de reglamentos (*judicial review*). En estos casos debe enviarse a todas las partes dicho escrito antes de que se presente el permiso para apelar (Rule 15);
- v. interpuesto el permiso, junto con la oposición de la contraparte y de las presentaciones que eventualmente hayan manifestado su interés en la apelación, se reúne un panel de jueces de la Corte<sup>261</sup> que puede (a) otorgar o rechazar el permiso<sup>262</sup>; (b) pedir a las partes que presenten escritos adicionales o (c) convocar a una audiencia (Rule 16).
- vi. si el permiso es concedido, el apelante debe (a) manifestar su interés en continuar adelante con el proceso de apelación dentro de los 14 días de notificada esta decisión y (b) enviar luego una copia de este escrito a las partes (Rule 18) quienes, a su vez, deben manifestar su interés en participar en el proceso de apelación y, en caso de no hacerlo, no podrán intervenir luego en el proceso (Rule 21);

---

<sup>257</sup>De acuerdo con la Rule 10(2) “*An application for permission to appeal must be made first to the court below, and an application may be made to the Supreme Court only after the court below has refused to grant permission to appeal*”.

<sup>258</sup>Los plazos en el procedimiento no están indicados como *business days* (días hábiles) de modo tal que deben contarse en días corridos.

<sup>259</sup>Rule 11 (1) “*Subject to any enactment which makes special provision with regard to any particular category of appeal, an application for permission to appeal must be filed within 28 days from the date of the order or decision of the court below*”.

<sup>260</sup>La Rule 14 indica cuáles son los documentos que, en copia, deben acompañarse con estas presentaciones.

<sup>261</sup>El panel debe estar integrado, como mínimo, por tres jueces.

<sup>262</sup>La concesión del permiso puede ser parcial, es decir, puede estar limitada solamente a algunos aspectos de la apelación.

- vii. cumplidos estos trámites, el apelante tiene 112 días para hacer una presentación, que –*mutatis mutandi*– constituye lo que para nosotros es la expresión de agravios, la cual debe contener (a) un escrito con la descripción de los hechos del caso y de las cuestiones planteadas y (b) un anexo (*appendix*) con los documentos relevantes del caso. Este anexo debe prepararse en conjunto con la contraparte (Rule 22);
- viii. acordado con la contraparte el escrito y su anexo, éstos se presentan en la Corte;
- ix. dentro de los 7 días de efectuada esta presentación, ambas partes deben (a) manifestar que la apelación está en condiciones de ser incorporada a la lista del Tribunal y (b) estimar las horas que cada abogado empleará en sus intervenciones y alegatos orales (Rule 22)<sup>263</sup>;
- x. cumplida esta tarea, un funcionario denominado “*Registrar*” que integra el *Executive Team* del Tribunal<sup>264</sup>, fija la fecha de la audiencia, conforme Rule 22(3);
- xi. cada parte debe intercambiar con la otra y con todos quienes interviene en la apelación, los documentos del caso que tiene en su poder y el apelante debe formar con ello los llamados “*core volumes*” (carpetas) que deben presentarse en la Corte antes de los 14 días de la fecha de la audiencia (Rule 23);
- xii. como regla general las audiencias son públicas, es decir, se celebran en “tribunal abierto” (*open court*), salvo que existan razones de interés público para que se lleven a cabo en privado. Esta decisión debe ser fundada y debe emitirse antes de comenzar la audiencia (Rule 27);
- xiii. finalmente, la sentencia puede ser emitida en *open court* o bien notificada por el *Registrar*<sup>265</sup>.

<sup>263</sup> Las audiencias son breves, usualmente no duran más de dos días. Conf. Elliot and Quinn’s English Legal System, cit. en nota 252, p. 13.

<sup>264</sup> La CRA 2005 prevé que la Corte Suprema tenga un *staff* administrativo cuyo jefe es el Chief Executive. CRA 2005, artículo 48. “*Chief executive. (1) The Supreme Court is to have a chief executive. (2) It is for the President of the Court to appoint the chief executive. (3) The President of the Court may delegate to the chief executive any of these functions (a) functions of the President under section 49(1) [F2or 51A(1)(a) or (b)]; (b) non-judicial functions of the Court. (4) The chief executive must carry out his functions (under subsection (3) or otherwise) in accordance with any directions given by the President of the Court*”.

<sup>265</sup> El tiempo promedio para dictar sentencia son tres meses y medio y las sentencias tienen una exten-

### 6. *El debate sobre la necesidad de una Corte Suprema*

Se ha debatido intensamente si la Corte suprema era necesaria y, pese a su existencia actual con rango constitucional, el debate no ha concluido. Los “abolicionistas” sostienen que la Corte Suprema es innecesaria porque, entre otros aspectos: (a) una instancia de apelación es suficiente; (b) dos instancias de apelación encarecen los costos del proceso y demoran la solución final; (c) el *Appellate Committee* no hizo grandes contribuciones al desarrollo del derecho penal, una crítica que puede hacerse también a la Corte Suprema; y (d) la Corte Suprema no ofrece nada en especial, excepto ser una instancia final. En la vereda opuesta, los “antiabolicionistas” argumentan, principalmente, que la Corte Suprema (a) dado su reducido tamaño, ofrece un liderazgo que no tiene la *Court of Appeal*; y (b) ejerce un rol importante en la corrección de las decisiones de aquella<sup>266</sup>.

Ciertamente es muy difícil para un observador extranjero tomar partido en este debate. No obstante, comprendo el cuestionamiento que se le hace a la Corte Suprema en el Reino Unido, en tanto lo que más justifica la existencia de cualquier tribunal de ese tipo es el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, un poder que no ejerce la Corte Suprema del Reino Unido<sup>267</sup>.

Aun así, como tribunal de última instancia, dotado de una jurisdicción discrecional que le permite escoger y resolver solamente los asuntos de gran importancia pública, puede arbitrar estos conflictos y establecer líneas directrices –obligatorias para todos los tribunales del país– en numerosos puntos del derecho. Esta posibilidad ciertamente no la tiene, al menos tan amplia y eficazmente, una gran cámara de apelaciones como es la *Court of Appeal* que, según las estadísticas existentes, tiene una alta carga de tarea<sup>268</sup>. Por ello, en la medida en que la Corte Suprema ejerza cabalmente tal función, logrará justificar su existencia. Hasta el momento, salvo por el sonado caso Miller, resuelto con motivo de la extensa *prorogation* del Parlamento dispuesta por Boris Johnson en 2019<sup>269</sup> la Corte Suprema no ha

---

sión –también en promedio– de 30 carillas. Conf. Elliot and Quinn’s English Legal System, cit. en nota 252, p. 13.

<sup>266</sup> Ver: Elliot and Quinn’s, English Legal System, cit. en nota 252, p. 580.

<sup>267</sup> Tampoco existe en el Reino Unido un tribunal constitucional como el *Conseil Constitutionnel* en Francia, el Tribunal Constitucional en España o el *Bundesverfassungsgericht* (BGV) en Alemania.

<sup>268</sup> Ver mi artículo citado en nota 124.

<sup>269</sup> Ver notas 78 y 79.

tenido un rol que la distinga especialmente de su predecesor el *Appellate Committee*<sup>270</sup>.

## V. La “nueva” House of Lords

### A. Algunos intentos insuficientes por reducir el carácter aristocrático del House of Lords

Desde el medioevo hasta la mitad del siglo XX el *House of Lords* fue un cuerpo integrado, casi exclusivamente<sup>271</sup>, por una aristocracia hereditaria<sup>272</sup> que, no obstante estar cambiando de manos<sup>273</sup> era muy cuestionada<sup>274</sup> y por ello, ya desde finales del siglo XIX<sup>275</sup> y a lo largo de buena parte del siglo XX se intentó, en numerosas oportunidades, tanto eliminar,

<sup>270</sup> Ver REYNOLD, Frederic: *High Principle, Low Politics, and the Emergence of the Supreme Court*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2019.

<sup>271</sup> Además de los *peers* (pares del Reino) o “lores temporales”, el *House* estaba integrado por los llamados “lores espirituales”, es decir, por los arzobispos y obispos, un resabio típico del Medioevo.

<sup>272</sup> Los únicos pares no hereditarios era los lores espirituales que integraban la cámara en tanto conservaban su sede eclesiástica y los *Law Lords* que integraban el *Appellate Committee*, es decir, el tribunal superior del país y eran nombrados en forma vitalicia, sin posibilidad de transmitir el título por vía hereditaria. Se ha debatido históricamente si los *Lords Spiritual* son también *peers*. En la actualidad se entiende que no lo son y así lo establecen las *Standing Orders of the House of Lords* (SOHL) que constituyen el reglamento del *House of Lords*, cuyo artículo 6 dice “*Bishops to whom a writ of summons has been issued are not Peers but are Lords of Parliament, and shall be introduced on first receiving a writ and also on translation to another See*”.

<sup>273</sup> En un extenso análisis sobre la caída de la aristocracia británica David Carradine muestra cómo, entre 1880 y 1930, en el *House of Lords* ingresó masivamente la nueva plutocracia industrial, que se sumó a los antiguos terratenientes. CANNADINE, David: *The Decline and Fall of the British Aristocracy*, Vintage Books (Random House), New York, 1999. El capítulo 5-ii está dedicado especialmente al *House of Lords* (pp. 195-206).

<sup>274</sup> Lo que podía haber sido una fuente de fortaleza del *House of Lords* en los siglos XVIII y XIX, donde la aristocracia terrateniente concentraba el poder, se había convertido en causa de su debilidad a comienzos del siglo XX. En 1909, con motivo del debate de la ley de Presupuesto Lloyd George, futuro Primer Ministro, decía: ¿Quién ha dispuesto que unos pocos posean la tierra inglesa como prerrequisito, quien ha hecho de 10.000 los propietarios del suelo y del resto de nosotros unos intrusos en nuestra madre tierra? (*Who ordained that a few should have the land of Britain as a perquisite, who made 10,000 people owners of the soil and the rest of us trespassers in the land of our birth?*), citado por Crosby, Travis L.: *The Unknown Lloyd George: A Statesman in Conflict*, I.B. Tauris, London-New York, 2014, p. 94.

<sup>275</sup> En la obra arriba citada en nota 273 (pp. 458-472), Cannadine analiza las reformas propuestas –sin éxito– por Lord Rosebery desde 1884, las que incluían la incorporación de pares vitalicios, no hereditarios (*life peers*) un cambio que, como veremos, recién se produjo en 1958.

como reducir las facultades de la cámara alta<sup>276</sup>. Obviamente, los más interesados en ello eran los liberales y los laboristas, a quienes les resultaba muy difícil gobernar con una cámara legislativa dominada ancestralmente por el partido conservador.

En un trabajo exhaustivo sobre la cuestión, Ballinger enumera los doce intentos habidos en tal sentido desde 1911 y se muestra insatisfecho con los resultados obtenidos<sup>277</sup>. Así es que, pese a todos los intentos efectuados para limitarla o suprimirla, el *House of Lords* ha logrado sobrevivir hasta el presente, bien que con importantes reformas, supervivencia ésta que irrita a algunos analistas<sup>278</sup>.

A principios de la década de 1950, la cuestión se había tornado crítica porque, el descrédito en el cual había caído el *House of Lords* era muy alto y los propios *lords* en nada ayudaban a restablecerlo con su marcado desinterés por asistir a las sesiones<sup>279</sup>. Fueron entonces los propios líderes del *House of Lords* quienes tomaron la iniciativa de la reforma<sup>280</sup> impulsando la creación de los llamados “pares vitalicios” (*life peers*), es decir, de pares cuyo título no se transmitía a sus herederos.

Con muchas dificultades, luego de más de una década de idas y venidas<sup>281</sup>, fue sancionada la *Life Peereges Act 1958*, una ley que –no obs-

---

<sup>276</sup>De hecho, en la reforma judicial de 1873, producida bajo el primer gobierno de Gladstone, se habían eliminado las funciones judiciales del *House of Lords*, las que fueron restablecidas poco después, en 1876, cuando Disraeli fue Primer Ministro. Ver mi artículo citado en nota

<sup>277</sup>BALLINGER, Chris: *The House of Lords 1911-2011. A Century of Non Reform*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014.

<sup>278</sup>RICHARD, IVOR and WELFARE, Damien: *Unfinished Business. Reforming the House of Lords*, Vintage (Random House), 1999.

<sup>279</sup>En la jerga parlamentaria a quienes no asistían a las sesiones o lo hacían con escasa frecuencia se los llamaba *backwoodsmen*. Según los datos manejados por Ballinger, apenas un cuarto del total de los miembros asistía regularmente a las sesiones. Vid.: *The House of Lords 1911-2011*, cit. en nota 277, p. 83.

<sup>280</sup>El principal impulsor de la reforma fue Robert Gascoyne-Cecil, 5<sup>o</sup> marqués de Salisbury, nieto de quien fuera tres veces Primer Ministro de la reina Victoria, que era por entonces el líder del *House of Lords*. Salisbury es el inspirador de la llamada “Salisbury Convention”, según la cual la cámara alta no rechazará ningún proyecto de ley que hubiera alcanzado la segunda lectura en el *House of Commons*, si tal proyecto formaba parte de plataforma política del partido (*manifesto*). El objetivo era que los *Lords* no se opusieran irracionalmente –amenazando con ello su propia subsistencia– a las reformas económicas emprendidas por el gobierno de Attlee en 1945.

<sup>281</sup>Inicialmente, en 1951, durante el segundo gobierno de Winston Churchill, se intentó llevar a cabo un debate con participación de todos los partidos políticos (*inter-party conference*) sobre la reforma del *House of Lords*, pero los laboristas rehusaron participar de estas reuniones. Obviamente Clement Attlee, líder de los laboristas, no estaba dispuesto a colaborar con una reforma que fortaleciera el



tante su brevedad y sencillez— representó el máximo de consenso al cual podía arribarse en ese momento sobre esta cuestión y que, además, fue aprobada por una escasa mayoría<sup>282</sup>. Su texto<sup>283</sup> previó esencialmente que (a) podrán crearse pares vitalicios, con el título de barón, sin especificar el número de ellos; y (b) las mujeres podrán integrar el *House of Lords*<sup>284</sup>. Inmediatamente después de sancionada la ley, fueron designados 15 *life peers*, cuatro de las cuales eran mujeres<sup>285</sup>. Esta ley no impidió que continuaran designándose *hereditary peers*, pero esa tendencia, que se había incrementado extraordinariamente en los gobiernos conservadores de la primera mitad del siglo XX<sup>286</sup>, decreció luego<sup>287</sup>. La ley, a su vez, revita-

---

*House of Lords*, pues su intención era que ésta desapareciera. Salisbury, entonces, emprendió la reforma con los conservadores solamente. Se manejaron varios proyectos, algunos de ellos bastante ambiciosos, tales como reducir el número de pares hereditarios a 200 y establecer los pares vitalicios en ese mismo número, pero nada se consiguió durante el resto del segundo gobierno de Churchill (1951-1955) ni tampoco bajo el gobierno de Anthony Eden (1955-1957). La ley fue sancionada en 1958, durante el gobierno de Harold Macmillan (1957-1963) quien, con criterio más práctico, le aconsejó a Lord Home, sucesor de Salisbury, que se inclinara por una ley breve y simple, aunque no fuera del todo satisfactoria. Ver Ballinger, cit. en nota 277, pp. 77-96.

<sup>282</sup> El proyecto fue aprobado en su tercera lectura por el *House of Commons* el 2 de abril de 1958 por 292 votos contra 241.

<sup>283</sup> El texto original y completo era el siguiente: “1. *Power to create life peerages carrying right to sit in the House of Lords.* (1) *Without prejudice to Her Majesty’s powers as to the appointment of Lords of Appeal in Ordinary, Her Majesty shall have power by letters patent to confer on any person a peerage for life having the incidents specified in subsection (2) of this section.* (2) *A peerage conferred under this section shall, during the life of the person on whom it is conferred, entitle him (a) to rank as a baron under such style as may be appointed by the letters patent; and (b) subject to subsection (4) of this section, to receive writs of summons to attend the House of Lords and sit and vote therein accordingly, and shall expire on his death.* (3) *A life peerage may be conferred under this section on a woman.* (4) *Nothing in this section shall enable any person to receive a writ of summons to attend the House of Lords, or to sit and vote in that House, at any time when disqualified therefor by law.* 2. *Short title. This Act may be cited as the Life Peerages Act, 1958”.*

<sup>284</sup> “1(3) *A life peerage may be conferred under this section on a woman”.*

<sup>285</sup> Katharine Elliot, baronesa Elliot de Harwood; (Mary) Irene Curzon, baronesa Ravensdale de Kedleston; Stella Isaacs, marquesa de Reading y baronesa Swanborough y Barbara Frances Wootton, baronesa Wootton de Abinger.

<sup>286</sup> En 1953 el *House of Lords* tenía unos 800 miembros, de los cuales un cuarto había sido creado a partir del gobierno de Stanley Baldwin en 1920. De éstos, 103 habían sido creados desde 1939. Conf. Ballinger, cit. en nota 277, p. 77.

<sup>287</sup> A partir del primer gobierno de Harold Wilson (1964-1970), la designación de pares hereditarios decreció enormemente. Desde 1965 hasta ahora sólo fueron creados 17 pares hereditarios y la mayoría de ellos pertenecen a la familia real. Solamente Margaret Thatcher (1979-1990) impulsó levemente esta tendencia creando tres pares hereditarios, el Viscount Whitelaw, el Viscount Tonyandy y el Earl of Stockton. Éste último recayó en el ex Primer Ministro Harold Macmillan, el último par hereditario en ser designado sin pertenecer a la familia real.

lizó el *House of Lords* incrementando la asistencia a las sesiones<sup>288</sup>.

Poco después tuvo lugar una nueva reforma por medio de la *Peerage Act 1963*, que permitió a los *peers* renunciar, de por vida, a su condición de tal<sup>289</sup>. La renuncia (*disclaimer*) era irrevocable y operaba desde el día que era presentada<sup>290</sup>. Tenía como efecto privar al renunciante y a su esposa del título y de todos los derechos y privilegios que el mismo acarrearba<sup>291</sup>; le permitía estar calificado para ocupar una banca en el *House of Commons*<sup>292</sup> y no implicaba la transmisión automática del título a sus herederos, pero tampoco los excluía a éstos de la sucesión<sup>293</sup>. A tal fin se fijó un plazo de 12 meses contados (a) desde la sanción de la ley para quienes ya eran pares en ese momento<sup>294</sup> y (b) desde que cumplieran 21 años para los que todavía no eran pares a la fecha de vigencia de la ley<sup>295</sup>. Como requisito se exigió

<sup>288</sup> En 1959 el promedio de los asistentes era 136. En 1966 ese número había crecido a 241, conf. Ballinger, cit. en nota 277, p. 97. Indudablemente, los *life peers* inyectaron un chorro de sangre nueva en el *House of Lords* que hasta ese momento se integraba principalmente con la nobleza terrateniente tradicional, que se hallaba en retirada; con los nuevos plutócratas industriales, mencionados por Carradine en su obra ya citada (ver nota 273) y con personas a quienes se les otorgaba un *peerage* por sus servicios a la Nación (como el caso de ciertos héroes de guerra), que no veían en ella un puesto de trabajo, sino un lugar de retiro prestigioso.

<sup>289</sup> “1(1) Subject to the provisions of this section, any person who, after the commencement of this Act, succeeds to a peerage in the peerage of England, Scotland, Great Britain or the United Kingdom may, by an instrument of disclaimer delivered to the Lord Chancellor within the period prescribed by this Act, disclaim that peerage for his life [...]”

<sup>290</sup> “3(1) The disclaimer of a peerage by any person under this Act shall be irrevocable and shall operate, from the date on which the instrument of disclaimer is delivered [...]”

<sup>291</sup> “3(1) The disclaimer of a peerage by any person under this Act shall [...] (a) [...] divest that person (and, if he is married, his wife) of all right or interest to or in the peerage, and all titles, rights, offices, privileges and precedence attaching thereto [...].”

<sup>292</sup> “3(1) The disclaimer of a peerage by any person under this Act shall [...] (b) [...] relieve him of all obligations and disabilities (including any disqualification in respect of membership of the House of Commons and elections to that House) arising therefrom [...].”

<sup>293</sup> “3(1) The disclaimer of a peerage by any person under this Act [...] shall not accelerate the succession to that peerage nor affect its devolution on his death”.

<sup>294</sup> “[...] 1(2) Any instrument of disclaimer to be delivered under this section in respect of a peerage shall be delivered within the period of twelve months beginning with the day on which the person disclaiming succeeds to that peerage or, if he is under the age of twenty-one when he so succeeds, the period of twelve months beginning with the day [...]”.

<sup>295</sup> “[...] 1(3) The foregoing provisions of this section shall apply to a person who has succeeded to a peerage before the commencement of this Act as they apply to a person who succeeds to a peerage after the commencement of this Act, but subject to the following modifications: (a) the period within which an instrument of disclaimer may be delivered by such a person shall be twelve months beginning with the commencement of this Act or, if he is then under twenty-one years of age, twelve months beginning with the day on which he attains that age [...]”.

no haber consentido la convocatoria a formar parte el *House of Lords*. Para quienes fueran miembros del *House of Commons* a la fecha de heredar el título, el plazo para presentar el *disclaimer* era de un mes<sup>296</sup> y para quienes fueran candidatos en una elección, dicho plazo se contaba a partir del resultado de la elección<sup>297</sup>.

Adicionalmente se dispuso que también podían integrar el *House of Lords* las mujeres que poseyeran la condición de par por su propio derecho (*peeresses in own right*)<sup>298</sup>, un derecho que hasta entonces no se les había reconocido<sup>299</sup>. Se permitió, asimismo, el ingreso de todos los pares escoceses<sup>300</sup> y también se permitió que los pares en Irlanda pudieran ser MPs en el *House of Commons*<sup>301</sup>.

### ***B. La fuerte reducción de los pares hereditarios por medio del House of Lords Act 1999***

Tal como dije antes, al referirme a la *Devolution*, después de 18 años

---

<sup>296</sup>“2(1) Where a person who succeeds to a peerage to which section 1 of this Act applies is a member of the House of Commons when he so succeeds, any instrument of disclaimer to be delivered by him under that section in respect of that peerage shall be delivered within the period of one month beginning with the date of his succession, and not later [...]”.

<sup>297</sup>“2(2) Where a person who succeeds to such a peerage as aforesaid has been or is nominated as a candidate at a parliamentary election held in pursuance of a writ issued before his succession, he shall not [...] be disqualified by virtue of that peerage for election to the House of Commons at that election, and if he is so elected subsection (1) of this section shall apply to him as if he had succeeded to the peerage immediately after the declaration of the result of the election”.

<sup>298</sup>“6. A woman who is the holder of a hereditary peerage in the peerage of England, Scotland, Great Britain or the United Kingdom shall (whatever the terms of the letters patent or other instrument, if any, creating that peerage) have the same right to receive writs of summons to attend the House of Lords, and to sit and vote in that House, and shall be subject to the same disqualifications in respect of membership of the House of Commons and elections to that House, as a man holding that peerage”. Esta disposición zanjó una antigua disputa porque, hasta ese momento, las mujeres que heredaban un título nobiliario no podían integrar el *House of Lords*.

<sup>299</sup>JENNINGS, W. IVOR: *Parliament*, Cambridge University Press, 1948, p. 370.

<sup>300</sup>“4. The holder of a peerage in the peerage of Scotland shall have the same right to receive writs of summons to attend the House of Lords, and to sit and vote in that House, as the holder of a peerage in the peerage of the United Kingdom; and the enactments relating to the election of Scottish representative peers shall cease to have effect”.

<sup>301</sup>“5. The holder of a peerage in the peerage of Ireland shall not by virtue of that peerage be disqualified (a) for being or being elected as a member of the House of Commons for any constituency in the United Kingdom; or (b) for voting at elections for that House whether or not he is a member of that House”.

fuera del poder<sup>302</sup>, el Partido Laborista obtuvo un triunfo aplastante en las elecciones de mayo de 1997<sup>303</sup> y Tony Blair, fue elegido Primer Ministro. Su programa de gobierno llamado “*New Labour*”<sup>304</sup>, incluía entre otras propuestas<sup>305</sup>, la reforma del *House of Lords* y, concretamente, la eliminación de los *lords* hereditarios. Este antiguo anhelo de los liberales y laboristas que, se remonta a la época de Cromwell<sup>306</sup>, se concretó, finalmente, con el *House of Lords Act 1999*, que fue aprobada por una mayoría en el *House of Commons* de 341 a 132 votos.

Esta ley dispuso, como regla general, que nadie sería miembro del *House of Lords* en virtud de un “*hereditary peerage*”<sup>307</sup>. De los pares hereditarios existentes hasta ese momento, sólo quedaron 92<sup>308</sup>, los restantes fueron removidos y tan solo 10 de ellos fueron convertidos en pares vitalicios, cuyas vacantes –una vez producidas– serían cubiertas conforme lo dispusiera el *House* oportunamente<sup>309</sup>. Asimismo, quienes fueron removidos como pares hereditarios quedaron habilitados para ser electos como MPs, salvo quienes permanecieran como pares vitalicios<sup>310</sup>. Como resultado de

<sup>302</sup> El último Primer Ministro laborista había sido James Callaghan (1976-1979).

<sup>303</sup> Sobre un total de 659 bancas en el *House of Commons*, los laboristas obtuvieron 418, los conservadores 165 y los liberales demócratas 46. Las restantes se repartieron entre los partidos minoritarios. Los laboristas nunca habían obtenido tantas bancas desde 1945 y para los conservadores fue la peor elección desde su derrota en 1906. Ver: <https://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/m15.pdf>

<sup>304</sup> El programa, elaborado por Peter Mandelson y Roger Liddle, tenía afirmaciones de este tipo: “*los conservadores parecen oponerse a la idea misma de democracia*”; “*nuestro sistema de gobierno es centralizado, ineficiente y burocrático*”. Ver: NORTON, Philip: *The Constitution*, en Blair’s Britain, edited by Anthony Seldon, Cambridge University Press, 2007, pp.104-122, esp. p. 106.

<sup>305</sup> Entre ellas figuraba la “*Devolución*” y la elección del alcalde de Londres y otras ciudades.

<sup>306</sup> Durante la república de Cromwell, bajo lo dispuesto por el *Instrument of Government*, el *House of Lords* fue abolido.

<sup>307</sup> “*1. Exclusion of hereditary peers. No-one shall be a member of the House of Lords by virtue of a hereditary peerage*”.

<sup>308</sup> La ley dispuso que habría 90 pares hereditarios, más el *Earl Marshal* y el *Lord Great Chamberlain*.

<sup>309</sup> “*2 Exception from section 1. (1) Section 1 shall not apply in relation to anyone excepted from it by or in accordance with Standing Orders of the House. (2) At any one time 90 people shall be excepted from section 1; but anyone excepted as holder of the office of Earl Marshal, or as performing the office of Lord Great Chamberlain, shall not count towards that limit. (3) Once excepted from section 1, a person shall continue to be so throughout his life (until an Act of Parliament provides to the contrary) (4) Standing Orders shall make provision for filling vacancies among the people excepted from section 1 [...]*”.

<sup>310</sup> “*3. Removal of disqualifications in relation to the House of Commons. (1) The holder of a hereditary peerage shall not be disqualified by virtue of that peerage for (a) voting at elections to the House of Commons, or (b) being, or being elected as, a member of that House. (2) Subsection (1) shall not*

esta reducción, el *House of Lords* pasó de tener 1330 miembros en octubre de 1990 a tener 669 en marzo de 2000<sup>311</sup>.

Posteriormente, fueron sancionadas la *House of Lords Reform Act 2014*<sup>312</sup>, que permitió a los miembros del *House* renunciar a su banca o ser removidos de ella cuando son condenados por un delito grave y la *Lords Spiritual (Women) Act 2015*<sup>313</sup>, que permitió a las mujeres ser *spiritual lords*<sup>314</sup>. Esta ley no se aplica a los obispados de Canterbury, York, London, Durham y Winchester.

### ***C. La conformación actual***

En la actualidad, como resultado de la reducción producida por la *House of Lords Act 1999*, el *House of Lords*, tiene 776 miembros, distribuidos de la siguiente forma: (a) 659 pares vitalicios (*life peers*); (b) 91 pares hereditarios (*hereditary peers*) y (c) 26 lores espirituales (arzobispos y obispos). Estas cantidades pueden variar pues no existe –ni jamás ha existido– un número fijo ni límite de pares y éstos pueden ser aumentados o disminuidos discrecionalmente por la Reina, como parte de su *royal prerogative*<sup>315</sup>. Asimismo, los nombramientos de todos ellos son efectuados por la Reina por medio de un *letter patent* con el asesoramiento del Primer Ministro<sup>316</sup>.

En los cuadros que figuran en la página oficial del Parlamento, se muestra la distribución de los miembros del *House of Lords* en función de su afiliación política y del género. También pueden ser consultados allí los nombres y antecedentes de cada uno de ellos<sup>317</sup>.

---

*apply in relation to anyone excepted from section 1 by virtue of section 2*”.

<sup>311</sup> Ver: House of Lords Annual Report 1999-2000. <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ld-brief/10402.htm>

<sup>312</sup> 2104, Chapter 24.

<sup>313</sup> 2015, Chapter 18.

<sup>314</sup> Esta ley fue sancionada como consecuencia de que, en 2015, la Iglesia de Inglaterra autorizó a las mujeres a ser titulares de un obispado. La ley establece que, durante los 10 años siguientes a su sanción, cuando se produzca una vacante entre los lores espirituales y sean igualmente elegibles para cubrirla un hombre o una mujer, ésta última debe ser elegida.

<sup>315</sup> Erskine May, *Parliamentary Practice*, cit en nota 14, pp. 5 y 9.

<sup>316</sup> Ver: <https://www.parliament.uk/mps-lords-and-offices/lords/composition-of-the-lords/>

<sup>317</sup> Ver: <https://www.parliament.uk/mps-lords-and-offices/lords/>

En cuanto a los requisitos para ser miembro del *House of Lords* la edad mínima es de 21 años. Es una antigua regla establecida en 1685 que se mantiene en la actualidad<sup>318</sup>. Asimismo, no pueden integrar el *House* (a) los extranjeros, salvo que sean hijos de ciudadanos ingleses<sup>319</sup>; (b) quienes hayan sido declarados en quiebra<sup>320</sup>, (c) quienes hayan sido condenados por traición<sup>321</sup> o (d) quienes ejercen cargos judiciales<sup>322</sup>. Antes del Brexit tampoco podían serlo quienes fueran miembros del Parlamento Europeo<sup>323</sup>.

## VI. Conclusiones

Analizados estos cambios, es legítimo preguntarse si pueden considerarse revolucionarios o si, en todo caso, existe una nueva Constitución.

Hablar de una revolución en el Reino Unido me resulta exagerado. Nadie que haga buena memoria recordará que algo así haya ocurrido allí desde el siglo XVII<sup>324</sup>, al menos en los términos en que habitualmente imaginamos una revolución, entendida como un cambio profundo en un sistema político producido, en algunos casos, por medios violentos.

La monarquía constitucional subsiste, nadie depuso a la Reina, ni al Primer Ministro, no fue clausurado el Parlamento, los tribunales siguieron funcionando normalmente y laboristas y conservadores siguen alternándose en el gobierno, por medio de un sistema electoral que, salvo modificaciones menores, no ha tenido grandes alteraciones en los últimos 90 años.

---

<sup>318</sup> SOHL 2 “*No Lord under the age of one and twenty years shall be permitted to sit in the House*”.

<sup>319</sup> Así lo establece el *Act of Settlement 1700* para ambas Houses (III “[...] *no Person born out of the Kingdoms of England Scotland or Ireland or the Dominions therunto belonging (except such as born of English Parents) shall be capable to be [...] Member of either House of Parliament [...]*”) Los requisitos para ser ciudadano británico, están regulados en la *British Nationality Act 1981*, 1981 Chapter 61.

<sup>320</sup> *Insolvency Act 1986* (Chapter 45) artículo 426A y 427.

<sup>321</sup> *Forfeiture Act 1870* (Chapter 23).

<sup>322</sup> CRA 2005, artículo 137.

<sup>323</sup> *The European Parliament (House of Lords Disqualifications) Regulations 2008. Statutory Instruments 2008/1647*.

<sup>324</sup> Desde 1688 hasta la fecha no ha habido revoluciones en el Reino Unido y la única que tuvo carácter violento ocurrió durante la Guerra Civil de 1649, que produjo la ejecución del rey Carlos I y la instalación de una república gobernada por Oliver Cromwell, bajo el llamado *Instrument of Government*. Ver: BIANCHI, Alberto: *Historia de la Formación Constitucional del Reino Unido*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, esp. cap. II.

Sin embargo, no es menos cierto que se han producido cambios sustanciales en el sistema constitucional, que han modificado algunas estructuras institucionales seculares. Si estos cambios han dado como resultado una “nueva Constitución”, es una apreciación subjetiva que depende del umbral de sensibilidad de cada observador. Algunos sostendrán que sí y otros que no. Y, lo curioso del caso, es que ambas tesis tienen buenos argumentos en los cuales apoyarse.

Lo cierto y objetivo es que, probablemente, ninguna democracia occidental, en los últimos tiempos, ha experimentado un “*aggiornamento*” de estas proporciones en las instituciones políticas, sin estruendo político, ni alardes revolucionarios.

No deja de ser una buena lección que alguna vez deberían asimilar los oportunistas de las reformas constitucionales –que nunca faltan– para quienes la circunstancia política y sus apetitos personales, siempre prevalecen sobre las instituciones ya establecidas.





### 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 junio, después de comentarse diversas novedades jurisprudenciales y legislativas, expuso el profesor doctor Carlos J. Laplacette sobre el tema “*La CABA y la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”.

El expositor efectuó una pormenorizada explicación del nuevo criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentado a partir del pronunciamiento del 4 de abril de 2019, en la causa “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Córdoba, provincia de s/ ejecución fiscal*” y en la cual modificó su posición respecto de la interpretación contemplada en el art. 117 de la Constitución Nacional, a fin de incluir dentro del elenco de sujetos aforados ante su competencia originaria a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sostuvo el disertante que, a su entender, se trata de una decisión correcta y muy saludable en términos constitucionales porque permite que la Corte asuma una de sus funciones más importantes: ser el tribunal de la federación.

Laplacette efectuó una pormenorizada explicación de la evolución de los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema desde la reforma constitucional de 1994 acerca del estatus jurídico y político de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación a las provincias, en particular respecto de la posibilidad de constituir un sujeto aforado a la competencia prevista en el art. 117, CN.

En la sesión llevada a cabo el 6 de agosto, el académico Juan Carlos Cassagne abordó el tema “*La responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado*”.

El disertante inició la exposición señalando que en la mayoría de los ordenamientos comparados la responsabilidad estatal es fruto de un conjunto de reglas, de creación jurisprudencial, por lo que no puede hablarse de un sistema positivo armónico e integrado, salvo excepciones.

Seguidamente señaló que las reglas aplicables a la responsabilidad del Estado en los diferentes países hunden sus raíces en dos clases de fuentes y que se tropieza con la configuración de un derecho *in fieri*, construido a semejanza o en oposición a la normativa de los textos que integran el derecho de las obligaciones de los Códigos Civiles y, al propio tiempo, se acude, en otros ordenamientos comparados, en forma paralela, complementaria o incluso prevaleciente, a preceptos de origen constitucional, vinculados con la tutela del derecho constitucional de propiedad de los ciudadanos y personas jurídicas.

Luego recordó que, en el derecho público comparado de Europa y de Iberoamérica, suele prevalecer la distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual, aplicando a la última las prescripciones de los Códigos Civiles, como consecuencia de que la segunda siempre fue reconocida en base a los textos del Código Civil de cada país y que ha sido alrededor de la responsabilidad extracontractual el ámbito donde se han desarrollado un conjunto de principios y requisitos para reconocer y basar la responsabilidad del Estado, propios del derecho público, que le brindan carácter orgánico y metódico a esta categoría de la responsabilidad estatal.

También destacó que, en ambos casos, la sistematización de la teoría de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado demanda la concurrencia de cuatro requisitos para su configuración, a saber: a) imputabilidad (objetiva y/o subjetiva) al agente o al servicio u organización causante del daño; b) el factor de atribución; c) la existencia de un daño cierto evaluable en dinero, sin excluir el daño moral y d) la relación de causalidad entre el hecho, actuación u omisión del Estado y el daño.

Tras referirse puntualmente al factor atributivo de responsabilidad extracontractual, el expositor brindó un panorama de la forma en que fueron recepcionados la teoría de la falta de servicio, del riesgo creado y del sacrificio especial en Iberoamérica y en particular en Argentina.

Culminó la exposición afirmando que, si bien la regulación de la materia de la responsabilidad del Estado ha venido evolucionando en la mayoría de los países, en un sentido favorable a los derechos de las personas y a los principios del Estado de Derecho, no ha logrado todavía consolidar un sistema uniforme y garantístico que, al propio tiempo que repare los perjuicios injustamente causados en el patrimonio de los particulares, no derive en un sistema basado en la socialización de los riesgos al infinito que las finanzas de ningún país podría llegar a soportar.

Seguidamente los integrantes del Instituto intercambiaron opiniones acerca de las dificultades que plantea la ley 26.944 y el Código Civil y Comercial, en particular el problema que se plantea ante la falta de regulación del factor de atribución riesgo creado y la forma de abordar los reclamos de daños y perjuicios contra el Estado en las provincias que no han adherido a la ley 26.944 o han legislado en la materia.

Las actividades del Instituto finalizaron con la tradicional comida de fin de año llevada a cabo el martes 10 de diciembre.

En enero de 2020 se publicará, por la editorial Thomson Reuters - La Ley, el libro que recoge los siguientes trabajos preparados de los integrantes del Instituto dedicados 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 y Comercial 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 prevención del daño previsto en el art. 1710 del nuevo Código Civil y Comercial?*”, de Guido S. Tawil; “*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; “*Las 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; “*La buena fe*”, de Luis A. Carello; “*Las astreintes contra el Estado*”, de Javier I. 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 del académico José W. Tobías, el Instituto, por decisión de todos sus miembros, resolvió que la actividad del ejercicio se realizaría en homenaje al académico Jorge Horacio Alterini, quien fue Director del cuerpo desde el 24 de noviembre de 2016 hasta su fallecimiento, ocurrido en junio de 2018.

Las colaboraciones abordaron diversas cuestiones de los contratos en su regulación por el Código Civil y Comercial. Se ha contado además con el aporte de nueve académicos de número y de un miembro del Instituto de Derecho Empresarial, todos los cuales se apresuraron a anticipar su participación en el homenaje apenas conocieron la decisión del Instituto.

Cuenta también con el aporte, en calidad de invitado especial, de Ignacio Ezequiel Alterini, hijo del homenajeado.

El contenido de los Estudios comprende los trabajos que se enuncian a continuación, con la indicación del nombre del autor: 1) *“La protección constitucional del contrato (un régimen bipolar)”*, por Alberto B. Bianchi; 2) *“Razonabilidad y contratación privada”*, por Aída Kemelmajer de Carlucci; 3) *“Contractualización del derecho de familia”*, por Graciela Medina; 4) *“Teoría general de los contratos en el Código Civil y Comercial”*, por Juan Carlos Hariri; 5) *“Incapacidad”*, por Manuel Cobas; 6) *“Contratos entre cónyuges”*, por Eduardo A. Sambrizzi; 7) *“Oferta de contrato”*, por Rubén H. Compagnucci de Caso; 8) *“Forma jurídica: lineamientos de una teoría”*, por José M. Orelle; 9) *“La causa final en los negocios jurídicos”*, por Alberto J. Bueres; 10) *“La interpretación de los contratos en el Código Civil y Comercial argentino”*, por Alejandro Borda; 11) *“La autonomía de la voluntad ante la estructura del derecho real. Tipicidad de fuente contractual”*, por Ignacio E. Alterini; 12) *“La autonomía de la voluntad excede el campo contractual (los contratos en los derechos reales)”*, por Luis F. P. Leiva Fernández; 13) *“Relaciones entre los derechos reales y los contratos”*, por Nelson G. A. Cossari; 14) *“La alteración extraordinaria de las circunstancias en el régimen de la imprevisión con-*

*tractual*”, por Andrés Sánchez Herrero; 15) “*La resolución por autoridad del acreedor*”, por José W. Tobías; 16) “*Sobre las nuevas tendencias del derecho administrativo en materia contractual*”, por Juan Carlos Cassagne; 17) “*Los contratos de participación público privada. ¿Una solución de compromiso o el abandono de las reglas de la contratación pública?*”, por Roberto Enrique Luqui; 18) “*Panorama del contrato de consumo*”, por Mariano Gagliardo; 19) “*El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial*”, por Carlos A. Calvo Costa; 20) “*El concepto de la distribución selectiva. Su incorporación a la normativa argentina*”, por Osvaldo J. Marzorati; 21) “*Particularidades de los contratos de derecho de autor*”, por Delia Lipszyc; 22) “*Partición por donación*”, por Lidia Beatriz Hernández y 23) “*El contrato y la herencia futura*”, por Zulema Wilde.

Los “*Estudios sobre Contratos en Homenaje al Académico Jorge Horacio Alterini*” serán editados por *La Ley* a la brevedad.

### **Sección Familia y Bioderecho del Instituto de Derecho Civil**

Bajo la dirección del académico Eduardo A. Sambrizzi, la Sección realizó sus reuniones habituales entre los meses de marzo y octubre, el segundo miércoles de cada mes.

En el encuentro del 13 de marzo, la Sección abordó el tema de las modificaciones genéticas practicadas con la finalidad de modificar al ser humano.

En la reunión del 10 de abril, se trató el tema de la interpretación del art. 2279 inc. c) del Código Civil y Comercial, la eventual fijación de la fecha de la concepción para comenzar a contar la edad de la persona, distintas cuestiones relacionadas con la procreación asistida, y el alcance de la edición genética practicada por el científico chino He Jiankui, con respecto al agrandamiento de las capacidades cerebrales de las bebés gemelas modificadas genéticamente, en cuanto a la memoria y capacidad intelectual de las mismas.

En la jornada del 8 de mayo, la Sección consideró el Proyecto de Ley de “protección” del embrión, mientras que en el encuentro del 12 de junio se trató el tema de la computación de la edad desde la concepción, junto con el otorgamiento de documento de identidad y nombre de la persona; y su relación con el art. 21 del Código Civil y Comercial.



---

Además, se analizó la sentencia dictada con fecha 22 de abril de 2019 por la doctora Karina Bigliardi, jueza de un Tribunal de la ciudad de La Plata, que autorizó que cese la crioconservación de seis embriones.

En la sesión del 10 de julio se trató el tema de alimentos entre padres e hijos y con respecto a los ascendientes, mientras que en el encuentro del 14 de agosto se abordaron, fundamentalmente, distintas cuestiones que ocurren en Estados Unidos, Francia y Chile, relacionadas con el Derecho de Familia y la Bioética, en comparación con la Argentina.

En la reunión, que contó con la presencia de profesores de universidades de los tres países mencionados, se destacó la falta de libertad existente en los mismos para tratar ciertos temas en los que influye la ideología. Los profesores extranjeros destacaron la discriminación existente –salvo en los ámbitos académicos– para exponer opiniones distintas a las generalmente aceptadas.

En la jornada del 11 de septiembre se trataron distintos temas relacionados con el Derecho de Familia, mientras que en la reunión del 9 de octubre se abordaron las conclusiones a las que se arribó en la Comisión N° 7 (Familia) de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Santa Fe del 26 a 28 de septiembre, en que se habló de uniones convivenciales.



## 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 15 de abril, ocasión en la que se programó el plan de labor anual.

Las reuniones se realizaron los terceros martes de cada mes. 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 que manifestaran su intención de ser expositores y, en ese caso, que también propusieran el tema a abordar.

En el encuentro del 15 de abril, de todos los temas propuestos por los miembros, se seleccionaron los que serían tratados en el año, así como quiénes serían los expositores.

Para el 21 de mayo se decidió no realizar la reunión atento a que la fecha coincidía con el comienzo de II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, al que asistirían los miembros del Instituto.

El 18 de junio el doctor Alberto García Lema expuso el tema “*Balance de la reforma constitucional de 1994 luego de 25 años*”, mientras que en la reunión del 16 de julio el académico doctor Alfonso Santiago desarrolló el tema “*Los cambios en el sistema normativo en la reforma constitucional de 1994*”.

En la sesión del 20 de agosto el doctor Eugenio Palazzo expuso sobre “*El tratamiento del federalismo en los recientes fallos de la Corte Suprema Argentina*”, mientras que en el encuentro del 17 de septiembre el doctor Alejo Toranzo disertó sobre el tema: “*El desarrollo humano del art. 75 inc 19 y la tutela de los derechos colectivos en la reforma constitucional de 1994*”. El disertante también efectuó una síntesis del trabajo presentado por la doctora Cecilia Recalde, quien también debía ser expositora pero que no pudo asistir a la reunión.

El 15 de octubre la doctora Marcela Basterra desarrolló el tema “*La autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a 25 años de su consagración constitucional*”, mientras que el 19 de noviembre el académico doctor Alberto B. Bianchi se refirió a: “*Un fallo ejemplar de la Corte Suprema del Reino Unido*”.

Es importante destacar que en todas las reuniones, después de escuchar atentamente al expositor, que con anterioridad había remitido a los asistentes el texto de su disertación, se produjo un fundado intercambio de opiniones entre los miembros, los que siempre han asistido en número considerable, evidenciando interés a través de una muy activa participación.

Asimismo, debe señalarse que el desarrollo temático se ha realizado tanto por parte de expositor como de los miembros participantes en forma fundada, dando sólidos argumentos enriquecedores.

Es también importante recordar que se han incorporado al Instituto nuevos miembros, los destacados Profesores Dres. Estela Sacristán, Silvina María Barón Knoll, Christian Cao, Sebastián Elías y Pablo Manili.

La reunión inicial del año 2020 se convocó para el tercer martes de abril.

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la dirección del académico doctor Héctor Alegria, las actividades del Instituto se cumplieron con la celebración de sesiones mensuales, que comenzaron en el mes de marzo y se extendieron hasta noviembre. En todas ellas, un expositor disertó sobre un tema previamente elegido, al término de lo cual se produjeron interesantes debates entre los asistentes, que en buen número participaron de todas las reuniones del Instituto.

A continuación se ofrece un detalle de cada una de sesiones que tuvieron lugar en 2019.

En la reunión del mes de marzo, el académico Mariano Gagliardo se refirió al tema “*Clases de prestaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, ocasión en la que recordó la noción legal de “obligación” prevista por el art. 724 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), su esencia, y su noción más amplia como deber jurídico.

Luego se refirió al concepto jurídico de “prestación”, del art. 725 y señaló que, conceptualmente, la prestación es el comportamiento obligatorio del deudor; aquello que, sin la obligación, no tendría el deber de hacer o de abstenerse de hacer; la porción de conducta que, en virtud precisamente del vínculo obligatorio, ha dejado de ser libre e indiferente para el Derecho.

Reparó sin embargo en que no todas las prestaciones son idóneas para ser objeto de una obligación. Las clases o categorías de la prestación, son modalidades de ésta. A veces la manera de la prestación no tiene mayor trascendencia que la inherente a la particularidad que ofrezca; pero otras veces, es el presupuesto de verdaderas categorías de obligaciones con un régimen diferenciado en diversos aspectos (obligaciones indivisibles, genéricas, alternativas, etc.).

Enumeró también las notas que caracterizan a la obligación. Sistematizó luego algunas prestaciones, a partir primero de un enfoque genérico y amplio; y luego de otro específico.

Identificó asimismo situaciones atípicas o innominadas donde acreedor y deudor tienen una particular ubicación. Por ejemplo, un deudor puede deber una pluralidad de prestaciones a su acreedor y tendrá dos exteriorizaciones: una obligación con una prestación de objeto compuesto o bien constituir dos o más obligaciones independientes.

El disertante, en un panorama general del CCyC, seleccionó distintos preceptos, que aludiendo a variedad de prestaciones, tienen la significación jurídica de cancelar un deber jurídico, a saber: a) Onerosidad, en el depósito (art. 1357); en el mutuo (art. 1527); definición de contrato oneroso (art. 967) y en la donación (art. 1544); b) Pago de un precio en el suministro (arts. 1176 y 1181); precio en dinero en el factoraje (art. 1421); pago de un precio en dinero en la compraventa (art. 1123); determinación del precio en la compraventa (arts. 1133 y s.s.); pago de un precio en dinero en la locación de cosas (art. 1187); precio de ejercicio en el *leasing* (art. 1230); precio se determina por la locación de obra (art. 1255); pago de una suma de dinero en la cláusula penal (art. 791); obligación de pagar el precio pactado (art. 1290); pago del flete (art. 1280); c) Pagar el canon convenido en la locación de cosas (art. 1208); canon en el *leasing*, (arts. 1227 y 1229); y d) Retribución para obras y servicios (art. 1251); comitente se obliga a pagar una retribución.

En la sesión del mes de abril, el doctor Miguel C. Araya ofreció una disertación bajo el título “*Debate actual sobre el capital social*”, oportunidad en la que destacó dos temas de relevancia en el ámbito societario, el esquema funcional, que refiere a los órganos, y la técnica de la organización financiera.

Sobre este último identificó la tensión entre la voluntad de los socios de recuperar la inversión efectuada en la sociedad y obtener ganancias de la misma, y la voluntad de los acreedores de que la sociedad se capitalice para colocarla en mejor situación para asegurar de la mejor manera posible la percepción de sus créditos. Lo que conduce al tratamiento del tema del capital social y sus reglas.

Repasó luego el enfoque anglosajón sobre el capital social, y los embates al concepto de capital mínimo. Refirió el impacto del fallo “*Centros*” en Europa, que disparó una carrera en la legislación europea para prevenir el éxodo de empresas al Reino Unido.

Al comentar el régimen argentino en la materia, recordó la superación del concepto de capital mínimo, salvo para las Sociedades Anónimas. El

orador expuso sobre la calidad de los aportes y la valuación de los bienes no dinerarios y la discusión con respecto a si debe o no mantenerse en la esfera de la Inspección General de Justicia la determinación del criterio de valuación, o bien recurrirse a una valuación de expertos.

Señaló también que hay una crisis de la función de capital como garantía a los acreedores, aunque interpretó que todavía es un instrumento idóneo para que los accionistas, sobre todo los minoritarios, puedan proteger los aportes que en su momento realizaron.

En la sesión del mes de mayo, el doctor Guillermo E. Ragazzi habló sobre “*Inscripción registral en las sociedades*”, y mencionó que el tema del control de legalidad en materia societaria cobró vigencia nuevamente porque se eliminó en el CCyC el art. 6 de la ley 19.550, y luego en la ley que incorporó la figura de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) la registración de la sociedad se realiza a través de un trámite casi automático y en el que no existe control de legalidad.

Habló sobre el control de legalidad registral vinculado al Registro Público. Señaló que a la par de ese tema aparece el del control administrativo de la autoridad y de fiscalización. Consideró que el hecho de que ambos controles se unifiquen en un mismo organismo mueve a veces a confusiones.

Reseñó entonces el distinto origen de ambos tipos de control, y la historia de los Registros Públicos, y las fuentes que tomó el Código de Comercio para regular el tema del Registro.

Luego comentó sobre la guía de UNCITRAL del año 2019 que contiene 60 recomendaciones sobre las registraciones de empresas, destacando las más relevantes del listado, y el proyecto de directiva 1132/2017 de la Comunidad Europea sobre la informatización y digitalización de registros, que tuvo ya repercusiones en nuestro país, reflejadas en los decretos 733/2018, sobre creación de nuevos registros, que deberán ser digitales, y la adaptación necesaria de los ya existentes, y en el decreto 891/2017, que sienta el principio de no requerir dos veces la misma información o documentación ya previamente digitalizada, lo cual ahorrará tiempo y costos.

Concluyó su exposición planteando el desafío de pensar el Registro Público y el control de legalidad, que para él debe mantenerse mejorado (con un control de tipo formal, no sustancial), con el auxilio de nuevas herramientas que ayuden a dinamizar los procesos, como las que se implementaron a partir de los decretos mencionados.

En la sesión del mes de junio, el doctor Ricardo Olivera García se refirió a *“La actuación en interés grupal: ideas para una regulación legislativa”*, caracterizando el “grupo de sociedades”, a la vez que destacó el elemento de la dirección empresarial unificada.

Prosiguió recordando diferentes clasificaciones posibles de los grupos societarios: de hecho o de derecho, de base societaria, contractual o personal, de subordinación o de coordinación, y también comentó sobre las diferentes motivaciones que pueden llevar a la constitución de los grupos de sociedades.

Se focalizó luego en el tratamiento del interés grupal en contraposición al interés social de cada sociedad que lo integra. En ese sentido se detuvo en la dificultosa conceptualización del interés social, que el expositor asoció principalmente al objetivo de maximizar los beneficios, el valor, para la unidad económica. Y se planteó el desafío que entraña la compatibilización de ambos intereses.

De seguido analizó el capítulo de la responsabilidad de los administradores y del socio controlante, deteniéndose en la redacción del art. 54 de la ley societaria. Consideró central la determinación de cuándo existe perjuicio, citando el caso Rozenblum, y la solución de la última reforma del código italiano, en los que halló como elemento común la necesidad de evaluar el resultado global para realizar una valoración de la legitimidad de la conducta desplegada.

Luego se refirió al instituto de la extensión de quiebra para la protección de los acreedores, que se encuentra en la ley concursal argentina (art. 161).

En la reunión del mes de julio, la doctora Lorena Schneider abordó *“El nuevo sistema de responsabilidad de quienes han de tomar decisiones sujetas a un deber de protección de intereses ajenos que plantea el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades”*.

De modo introductorio, la expositora se expresó en forma elogiosa al referido proyecto de reformas y destacó el trabajo de la comisión redactora, formada, entre otros distinguidos miembros, por el académico Rafael M. Manóvil y los doctores Guillermo Ragazzi y Alfredo Rovira, integrantes de este Instituto.

Mencionó especialmente la regulación de la impugnación de decisiones del órgano de administración (art. 20) y el tratamiento expreso de la cues-



tión del interés social en el nuevo art. 59, donde se menciona en tres ocasiones, lo que constituye una novedad pues pese a tratarse el del interés social de un tema fundamental del derecho societario, y sobre el que existen diferentes posiciones de destacados autores con respecto a su conceptualización, alcance y la conveniencia o inconveniencia de darle un tratamiento legal expreso, en la ley actual no está mencionado en forma expresa, sino indirecta en la regulación asistemática de los deberes de lealtad y disposiciones sobre conflictos de intereses.

Se detuvo luego en la norma proyectada que regula el interés social y el interés grupal, señalando las condiciones de aplicación para la prevalencia del interés grupal. También apuntó que el proyecto aborda el concepto del interés social como un concepto jurídico indeterminado, asociado al conflicto de intereses, que deberá ser precisado en cada caso particular, a la luz y bajo el prisma del deber de lealtad.

Destacó asimismo el abordaje de la responsabilidad de los administradores como una responsabilidad individual, y de tipo subjetiva, como así la regulación pensada para los casos de solidaridad entre los administradores cuya conducta se juzgara pasible de reclamo por responsabilidad.

En la reunión de agosto, el doctor Dante Cracogna habló sobre “*La causa fin de la sociedad y la utilización de la estructura societaria para finalidades no lucrativas*” y manifestó en primer lugar su reconocimiento hacia los miembros del Instituto que intervinieron en la Comisión que redactó el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades, actualmente a consideración del Congreso.

Recordó el tratamiento dado en el Código Civil a la Sociedad Civil y las referencias a las Asociaciones, y el del Código de Comercio para las Sociedades Comerciales. Luego mencionó el régimen de la ley 19.550 articulado en base al principio de tipicidad, y no por razón de su objeto, como hasta entonces, y su escueta motivación en la Exposición de Motivos de la ley.

También, entre otros temas, el tenor del art. 3 sobre las asociaciones que se organizan bajo forma de sociedad comercial. Recordó que las modificaciones posteriores a la ley no tocaron esta norma.

El expositor diferenció luego la Asociación de la Sociedad Comercial por la distinta causa fin, y expuso sobre la redacción del art. 168 del CCyC. También refirió que una requiere de la previa aprobación estatal mientras

que las sociedades no. Señaló las diferencias en el régimen de los socios y de los asociados.

Luego analizó el art. 148 del CCyC, y trazó las diferencias entre las asociaciones y las mutuales, y también con las cooperativas para, finalmente, dedicarse al tratamiento del Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades, deteniéndose en el concepto de sociedad, destacando el agregado “corriendo un riesgo común” para realzar la comunidad de riesgos como elemento causal de la constitución de la sociedad.

En la reunión del mes de septiembre, el doctor Guillermo Cabanellas trató “*El Análisis Económico del Derecho y su aplicación en el ámbito societario*”, y señaló que el tema tiene una raigambre extensa en Argentina y en el exterior. En ese sentido, mencionó que Juan Bautista Alberdi tiene una obra temprana que aborda el tema, y que Dalmacio Vélez Sarfield, en las notas que escribió sobre el tema del *numerus clausus* en materia de derechos reales, también se refirió a la cuestión.

Sobre el concepto del AED, apuntó que persigue determinar los efectos económicos de las instituciones jurídicas.

El expositor abordó el AED en el ámbito del derecho societario y recordó que está muy arraigado en el derecho norteamericano, donde incluso son jueces sus principales desarrolladores. El enfoque allí concibe a la sociedad como una institución contractual, y el desafío es contestar a la cuestión de por qué en el derecho societario se le impone restricciones a la libertad contractual.

Señaló que a esa pregunta se aportan diferentes respuestas, todas discutibles, siendo el tema más espinoso la determinación concreta de cuál es el límite que se fija en cada caso. Entre dichas explicaciones se encuentra la que considera la situación de los inversores en las sociedades abiertas, que requieren que exista una simetría en el acceso a la información sobre la sociedad, que no existe. La función de esta simetría que se establece es bajar los costos de transacción al evitarle a los inversores de que deban incurrir en costos extras para la obtención de la información.

Finalmente, se refirió a las normas sobre gobierno corporativo, desarrolladas en el ámbito el AED, sobre la base de lo que ocurriera en Estados Unidos, en donde las sociedades que inicialmente fueron cerradas, cuando salen al mercado a buscar inversores y se convierten en abiertas, dejan a los accionistas sin tener control sobre la marcha de la sociedad, que se

traslada preponderantemente a los administradores, lo que impone el establecimiento de estas reglas de gobierno corporativo para salvaguardar mejor a aquellos.

En la sesión del mes de octubre, el doctor Mauricio Boretto disertó sobre “Reconocimiento en el Derecho societario argentino de los principios de la autonomía de la voluntad, de la actuación de buena fe y en interés de la sociedad, de la veda del abuso de derecho de las mayorías y minorías y de la igualdad de trato y de la calidad de derechos de los socios, incluso el Estado”.

El expositor se propuso analizar el impacto y los efectos que produce la aplicación de los principios generales del derecho a la disciplina societaria. Empezó por conceptualizar los principios generales del derecho, y recordar la importancia asignada a los mismos en el CCyC. (arts. 1 y 2), y sus funciones como fuente del Derecho y elemento de interpretación de la ley. Dio luego algunos ejemplos: principio de buena fe, autonomía de la voluntad y efecto vinculante del contrato; el patrimonio es la prenda común de los acreedores; prohibición de ejercicio abusivo de los derechos, etc.

Se detuvo asimismo en el principio del “interés social” del derecho societario, y en el principio de igualdad, y formuló una proyección de los principios generales del derecho en la dinámica societaria, empezando por destacar la recepción de los mismos por parte del art. 1, tercera parte, del Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades, cuyo contenido analizó, dividiéndolo en cuatro partes: (i) El contrato social, el estatuto, sus modificaciones y las resoluciones de los órganos sociales, se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto no contradigan normas imperativas de la ley societaria. Las normas reglamentarias que dicten las autoridades de aplicación no podrán invalidar, restringir, ampliar o condicionar lo dispuesto en la ley, ni las disposiciones válidamente adoptadas por las partes; (ii) Los socios, administradores, y miembros de los órganos de fiscalización deben ejercer sus derechos, funciones y facultades con ajuste a la buena fe y al interés de la sociedad; (iii) No es admisible el ejercicio abusivo de los derechos, sea por mayorías como por minorías; (iv) Rige el principio de igualdad de trato a todos los socios, aunque se trate del Estado y se invoque un interés público.

Por **último** se detuvo en la situación jurídica del Estado como socio. Recordó que la regla es que, siendo el Estado miembro de una persona

jurídica privada, se le aplica la misma ley que rige para los demás socios o asociados “privados”. En el caso de las sociedades, el Estado es pasible de quedar bajo el imperio de la ley 19.550; en pie de igualdad con el resto de los socios. Sin embargo, el CCyC contiene la norma del art. 149 que establece que la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas, aunque la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.

Concluyó su exposición manifestando que los principios generales del derecho –con la fuerza expansiva que les confiere el título preliminar del CCyC– invaden e informan toda la dinámica societaria, permitiendo que los diferentes institutos jurídicos regidos por la ley societaria en particular, tengan la impronta propia de aquellos.

En la sesión del mes de noviembre, la doctora Julia Villanueva habló acerca de “*Algunas de las normas proyectadas para reformar la parte general de la ley 19.550*” y destacó inicialmente la decisión de la comisión de poner el énfasis de la causa fin de la sociedad en la asunción por los socios de un riesgo común como un acierto porque el texto de la ley, cuando es inequívoco, contribuye a generar certezas.

Esa incorporación, dijo, permite en el caso visualizar mejor aspectos que tienen tanta relevancia como multiformes definiciones, como lo es el vinculado a la noción del interés social, que exige comprobar si, en el caso de que se trate, esa causa fin ha sido respetada. Así concebida la causa fin, sobre ella se construyen las normas básicas de nuestra disciplina, de modo que allí habrá que mirar para determinar si se ha producido o no alguno de los vicios de posible configuración en este ámbito (art. 13 L.S.).

Ponderó también, del proyectado art. 1, que conciba la causa fin de modo más omnicompreensivo, que admita la unipersonalidad en todos los tipos, lo cual constituye un gran avance, pues supera la restricción actual, que considera injustificada.

Mencionó que igualmente valiosa es la decisión de la comisión de hacer explícitos la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad con el único límite de las normas imperativas y el deber de actuar de buena fe, de modo adecuado al interés de la sociedad y sin incurrir en abuso del derecho, recordando que ese abuso puede provenir no sólo de la mayoría sino también de las minorías.

---

También destacó el traer de la parte especial a la parte general las normas que regulan el período fundacional de las sociedades y ciertas reglas que se ocupan del funcionamiento orgánico de ciertos tipos societarios, y haber aceptado que la posibilidad de que las decisiones del órgano de administración puedan ser impugnadas, sujetando la acción respectiva a las mismas reglas previstas para la impugnación de las decisiones del órgano de gobierno.

Es importante destacar que en todas las reuniones, luego de escuchar atentamente al expositor, tuvieron lugar interesantes y fundados intercambio de opiniones entre los asistentes.



## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Bajo la dirección del académico Jorge R. Vanossi, el Instituto realizó seis reuniones académicas durante 2019 en las que analizaron las preocupaciones y desafíos actuales de la materia, con especial dedicación a los intereses de la República Argentina.

Entre las actividades realizadas cabe destacar las exposiciones de los integrantes del Instituto doctores Agustín Blanco-Bazán, sobre *“El Mar de Azov y un posible casus belli”* (13 de marzo); Ricardo Arredondo, dedicado a *“Las consecuencias de la decisión del Gobierno estadounidense de reconocer a Israel soberanía sobre Los Altos del Golán”* (14 de mayo); Zlata Drnas de Clément, titulada *“Dimensión normativa del Derecho Internacional Público. Teorías”* (25 de junio); Sandra C. Negro acerca de *“Mutaciones en la Unión Europea post Brexit”* (27 de agosto); Leopoldo M. A. Godio sobre *“Génesis, evolución y perspectivas del Pacto de Bogotá a 70 años de su entrada en vigor”* (29 de octubre); y Facundo D. Rodríguez para analizar la *“Situación del Archipiélago de Chagos y su devolución al Estado de Mauricio”* (22 de noviembre).

El Secretario del Instituto, doctor Leopoldo M. A. Godio, elaboró una síntesis de todas las exposiciones como parte de las actas periódicas del instituto –previa aprobación de los intervinientes– a fin de mantener informados a los miembros que no han podido concurrir a las reuniones, las que se encuentran también a disposición de los interesados.

Se prevé continuar, durante el año 2020, con la modalidad de trabajo dispuesta y realizar una publicación colectiva sobre un tema consensuado entre el Director y los miembros del Instituto.

Finalmente, se cumple en mencionar que el 8 de diciembre de 2019 falleció el académico emérito de la entidad, doctor Hugo Caminos, anterior Director del Instituto, de lo que se informa en el punto V de esta Memoria.

Su partida ha constituido una gran pérdida para los integrantes del Instituto, toda vez que el doctor Caminos fue profesor de la mayoría de sus miembros y ha contribuido, con verdadero altruismo y filantropía, a la trayectoria de todos ellos.



## INSTITUTO DE DERECHO PENAL

Bajo la dirección del académico Guillermo J. Yacobucci, el Instituto de Derecho Penal llevó a cabo regularmente las reuniones previstas para el año 2019 según el cronograma acordado a fines del año anterior.

Los encuentros se concretaron los primeros martes de mes, en el período abarcado entre marzo y noviembre, en la sede de la Academia.

De conformidad con lo decidido en su oportunidad, la metodología adoptó la forma de seminarios, cuyo tema central fue el análisis y discusión sobre la culpabilidad en materia penal.

En la reunión del tres de marzo, el académico Guillermo J. Yacobucci se refirió al tema “*Culpabilidad y exigibilidad*”.

En la sesión del 9 de abril, el doctor Alejandro Freeland abordó el tema “*Entre Justificación y Perdón*”, mientras que en el encuentro del 7 de mayo, el doctor Marco Antonio Terragni disertó sobre “*Determinación de la Pena*”.

El martes 4 de junio, el doctor Juan María Rodríguez Estévez trató la cuestión de la “*Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica*”, mientras que en la reunión del 2 de julio, el doctor Eduardo J. Riggi se refirió a “*Responsabilidad Penal y Exclusión Social*”.

En el encuentro del 6 de agosto, el doctor Santiago Ottaviano expuso sobre “*La cláusula de exculpación en el delito de trata de personas*”, mientras que en la sesión del 3 de septiembre, el doctor Fernando Goldaracena habló sobre el tema “*Derecho Penal del Enemigo*”.

Finalmente, en la sesión del 1 de octubre, los doctores Felix A. Lamas y Mario H. Laporta disertaron sobre “*Culpabilidad y Neurociencias*”, mientras que el 5 de noviembre, el doctor Ignacio Rodríguez Varela expuso acerca de “*Derecho Civil y Fundamento de la Culpabilidad Penal*”.

En todos los casos, el ponente entregó un *paper* anticipadamente, para ser leído por los colegas, y se acompañó además material específico para ser consultado críticamente.

Cada expositor contó con un máximo de treinta y cinco minutos para presentar la cuestión y luego se pasó a la discusión.

Sin perjuicio de propiciar el análisis de los temas, el objetivo fue concretar la publicación de las cuestiones en un volumen común que se encuentra en preparación por la necesaria readaptación de los aportes al formato de artículos.

En la última reunión del Instituto se decidió para el ciclo 2020 tratar, bajo una metodología análoga, los principales temas de debate en la ciencia penal actual a través del estudio crítico de distintos pensadores.

## 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, el amparo, y el hábeas corpus, abordó la cuestión de la “*Oralidad*” y eventualmente publicará un libro sobre la temática. Además, hay otra publicación, en etapa preparatoria, sobre “*Lingüística y el Derecho*”.

El doctor Eduardo Oteiza, integrante del Instituto, fue designado presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, por el Consejo de la Asociación reunido durante el XVI Congreso Mundial celebrado en noviembre en Kobe, Japón.

Por otra parte, del 12 al 14 de septiembre se realizó en la provincia de San Juan el XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, que organiza cada dos años la Asociación Argentina de Derecho Procesal. El encuentro abordó los “*Nuevos sistemas de litigación*”.

Estuvieron presentes los integrantes del Instituto que son a su vez miembros de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Jorge A. Rojas, José María Salgado, Carlos Ponce y Leonardo Lubel, que son, respectivamente, presidente, vicepresidente, tesorero y secretario general de la entidad.

Las ponencias seleccionadas en el encuentro fueron publicadas en el “*Libro de Ponencias*”.



## 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 académicas, las que se llevaron a cabo el segundo martes de cada mes.

En dichas reuniones los miembros del Instituto expusieron y debatieron temas vinculados a cuestiones de derecho individual y colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como resultado de la labor desarrollada durante el año 2019, se envió a prensa un libro con diversos trabajos entre los que se encuentran los siguientes: *“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; *“Problemas centrales en la solución de los conflictos y las controversias laborales”*, por Carlos A. Etala; *“Licencias por examen contenidas en los convenios colectivos”*, por Carlos M. Aldao Zapiola; *“Hacia un debate científico en torno al sujeto del Derecho de Huelga”*, por Eduardo Alvarez; *“La interpretación constitucional judicial en el presente y futuro del Derecho del Trabajo”*, por Leonardo J. Ambesi; *“La inoponibilidad de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial y la imputación de responsabilidad en materia laboral”*, por Osvaldo A. Maddaloni; *“La sentencia definitiva –con mandato preventivo– como garantía de la tutela judicial oportuna”*, por Diego J. Tula; *“Derecho a la desconexión digital: examen crítico de un derecho de generación 4.0 y su inserción en el contrato de trabajo y el convenio colectivo”*, por Héctor Omar García; *“El futuro del trabajo. Jornada de trabajo”*, por Marcelo Aquino; *“El orden público laboral frente a la realidad económica”*, por Carlos Pose; *“Relaciones entre el régimen de contrato de trabajo y el derecho de la seguridad social”*, por Graciela Cipolletta; *“Las contingencias vinculadas a la salud del trabajador dependiente en el derecho argentino. ¿Responsabilidad del empleador o de la Seguridad Social?”*, por Miguel Ángel Maza y *“¿De qué hablamos cuando hablamos de género?”*, por Graciela González.

En el mes de agosto se incorporó como integrante del Instituto la doctora Liliana Litterio, profesora universitaria y publicista de nota.

En la sesión del 8 de octubre el Instituto contó con la presencia del señor Secretario de Estado de Trabajo doctor Lucas Fernández Aparicio, quien disertó sobre temas de encuadramiento sindical.

En la misma fecha, y sobre la misma temática, fue invitado a disertar el doctor Alberto Tomassone, abogado sindical. A continuación, se planteó un interesante debate entre los miembros del Instituto.

Por otra parte, comenzaron una serie de encuentros sobre los Consejos Económicos y Sociales con la visita de las autoridades españolas de un Consejo Regional para que explicaran su integración, facultades y resultados de gestión.

Se prevé continuar con dichas reuniones durante el año 2020.

El día 24 de noviembre falleció la doctora Noemí Rial, integrante de nuestro Instituto y ex Secretaria de Trabajo de la Nación, lo que ha significado una gran pérdida para nosotros y para el Derecho del Trabajo todo, dados sus valores académicos y humanos.

Durante el año 2020 están previstas exposiciones de invitados de diversos ámbitos sobre temas vinculados a nuestra disciplina, entre los meses de marzo y noviembre.

## INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

Durante el año al que se refiere esta Memoria el Instituto presentó la obra "*Lecciones de Derecho Tributario*", realizada en homenaje al académico Horacio A. García Belsunce. La actividad se realizó el 26 de junio, acto público en el que disertaron el académico Jorge R. Vanossi, autor del prólogo de la obra, y los integrantes del Instituto doctores Enrique Bulit Goñi y Rubén Asorey.

El 31 de octubre, el Instituto realizó un acto público en homenaje al académico José O. Casás, quien integró ese cuerpo. En la oportunidad hicieron uso de la palabra los doctores Rubén Asorey, Enrique Bulit Goñi, Alberto Tarsitano y Pablo Revilla.





## IV

### OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS



# PALABRAS DEL DR. HÉCTOR ALEGRIA COMO REPRESENTANTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES EN EL ACTO DE INSTALACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO DE URUGUAY

No puedo ocultar el alto honor que se me ha conferido por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, al encomendarme su representación en este acto de enorme trascendencia. La fundación e instalación de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay significa un hito en la evolución del pensamiento jurídico latinoamericano. Su integración con los mejores exponentes de las ciencias jurídicas uruguayas, permite avizorar un inmediato y brillante desempeño en cuanto cabe esperar de una entidad de esta calidad.

La afirmación surge claramente cuando se considera el prestigio de la ciencia del derecho en este país. Recordamos solamente como ejemplos a Eduardo Couture, José Irureta Goyena, Rodolfo Mezzera Álvarez, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Américo Plá Rodríguez, José Sánchez Fontans, Jorge Peirano Facio y Jorge Gamarra, que aún vive, entre muchos otros.

Por ambas razones la Academia uruguaya nace robusta y madura, pues el nivel de sus integrantes asegura un inmediato resultado desde el inicio.

Es esta una oportunidad para resaltar los estrechos vínculos entre nuestros países, que han calado hondo en nuestros pueblos, de una manera de reafirmar una hermandad muy particular que se aproxima en muchas facetas a una identidad.

Este sentido de una pertenencia común nació con la resistencia a la colonización española y con las guerras que le siguieron, incluso las mantenidas después de declararse la independencia de Argentina (1816) y de Uruguay (1825 y posterior Constitución Nacional adoptada el 18/7/1830).

En particular, en cuanto al derecho son demostrativos de esa vinculación, la actuación del uruguayo Eduardo Acevedo en la redacción del Código de Comercio Argentino de 1859/62, en colaboración con Dalmacio Vélez Sarsfield (Código que además rigió en Uruguay y Paraguay). También el desempeño de Tristán Narvaja, nacido en Córdoba, Argentina, el 17 de marzo de 1819, redactor del Código Civil de Uruguay.

Juristas uruguayos integraron como académicos correspondientes la Academia que represento, como el mismo Jorge Peirano Facio, Eduardo Jiménez de Aréchaga y el Presidente de la Academia que nace, Dr. Ricardo Olivera García. En el Instituto de Derecho Empresarial de la Academia de Buenos Aires se desempeña el Profesor Uruguayo Israel Creimer. El Profesor Oriental Arturo Caumont es académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Este breve resumen debe ser completado con referencia a los múltiples Congresos rioplatenses organizados por la Academia de Buenos Aires y juristas uruguayos y Congresos realizados por instituciones prestigiosas de ambas orillas del Río de la Plata.

Cabe ahora referirnos a la Academia en cuanto a su dedicación nuclear a la ciencia del derecho. Lo primero es sostener una vez más, que el derecho es una verdadera ciencia y no meramente una técnica. Oportunamente tratamos este tema y referimos opiniones en este sentido. Allí reprodujimos la del ex Presidente de nuestra Academia, Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, diciendo que si bien el Derecho entraría bajo la definición de ciencia humana o ciencia blanda, tanto las llamadas ciencias duras –aplicadas para el entendimiento de la naturaleza–, como las blandas –el estudio de la civilización, en Derecho, la historia o las ciencias sociales– conservan detrás una misma raíz: la epistemología. Esta última protagonista, madre de todas las clasificaciones anteriores, ha de ser entendida como una disciplina que permite el estudio del conocimiento de la ciencia, analizando los distintos contextos históricos, sociológicos y del comportamiento humano. Nuestra conclusión fue entonces que las leyes jurídicas no están sujetas a la rigidez de las ciencias duras, sino que su propia adopción ha de generar procesos evolutivos que vuelven más dinámica a la relación entre el científico y su objeto de estudio.

Lo que estamos afirmando nos lleva directamente a recordar que las Academias tienen por fin el estudio de la ciencia es su más alto estadío. No quiere decir que la Academia ignore la realidad sino que debe hacerse car-

go de las mutaciones de ésta para comprender el sistema jurídico. Algunos han expresado que la Academia de Derecho debe dedicarse a descubrir la filosofía del siglo XXI, no limitada a la fuente concreta del derecho sino dentro del universo de la cultura jurídica. También se ha sostenido que hay que ubicar a los materiales del pensamiento de la Academia en lo que han dado en llamar “la sociedad del conocimiento”.

La Academia no debe atarse a un monopolio de fuentes en el derecho escrito o codificado, sino a ahondar sus sentidos y los límites de su aplicación en la sociedad actual. En las áreas en que corresponde, debe avocarse como extensión a la figura del *softlaw* y de la *lex mercatoria* como sectores de conductas específicas ante lo que se ha llamado “la fuga del código civil”.

Para todo ello es fundamental el diagnóstico y definición de estrategias temáticas en las cuestiones centrales. Es prioritaria la consideración del impacto de la técnica y desarrollar una creatividad acorde con la velocidad de los fenómenos que ocurren vertiginosamente en el cuerpo social.

Las Academias deben mantener autonomía suficiente no sólo en su conducción institucional sino, sobre todo, en las opiniones que se generen en su seno.

Ahora dos palabras sobre los académicos. Sabido es que su elección viene necesariamente precedida de un sistema que permite valorar sus capacidades científicas, pero como se ha dicho, es esencial la evaluación de su dignidad intelectual y de vida. No se agota su calidad de académico con su designación, sino que la comunidad espera de él el fruto que tales antecedentes justifican en su desempeño. El académico francés Gabriel de Broglie destaca que el honor compone un desafío, pero no significa considerar a la Academia como un “lugar de estacionamiento”.

La libertad con la que puede desempeñar su misión permite un parangón con la Academia en sí misma: así como ésta mantiene autonomía dentro del medio en el que actúa, el académico mantiene independencia dentro de la misma academia, sin interés pecuniario o ideologías partidarias. Es momento que manifieste toda su creatividad y capacidad de liderazgo.

Finalizando, me permito felicitar a los nuevos académicos, por su designación que reconoce sus méritos y valores y fundamentalmente por la aceptación de una misión de profundo significado para su comunidad.

No me cabe duda que la creación de la Academia y su instalación ingresan a la historia grande de este país.

Montevideo, 02 de Diciembre de 2019.

V

HOMENAJES





Buenos Aires, 11 de febrero de 2019

VISTO que el día 9 de febrero ha fallecido el académico titular doctor José O. Casás,

CONSIDERANDO que el doctor José O. Casás ha sido académico titular desde el año 2017, y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del domingo 10 de febrero, por el que se participa el fallecimiento del doctor José O. Casás.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor José O. Casás en la próxima reunión del año de la Academia, a realizarse el día 28 de marzo de 2019.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 1/2019



# APERTURA

POR RUBÉN O. ASOREY<sup>1</sup>

Señor Presidente de la Academia Dr. Roberto Luqui, señores Académicos, señoras y señores.

Me honra coordinar este acto público en homenaje al Académico Dr. José Osvaldo Casás, en el cual, nos referiremos a las diversas facetas de su personalidad, eligiendo para cada una de ellas a quienes tuvieron el privilegio de compartir con más intensidad sus actividades en las respectivas áreas a que se hará referencia.

El Dr. Enrique Bulit Goñi abordará su personalidad, nadie mejor que él para referirse a tales aspectos pues la vida los encontró siempre juntos en una verdadera hermandad intelectual y tributaria.

El Dr. Alberto Tarsitano efectuará una síntesis oral de un trabajo más extenso que será distribuido entre los presentes, referido a la intensa correspondencia entre la doctrina y los fallos del Dr. Casás.

Por su parte, el Dr. Pablo Revilla reseñará el intenso desempeño como catedrático en las diversas universidades del país del homenajeado.

Quien les habla no tuvo algunos de estos privilegios de nuestros oradores pero le cupo otros, como haber conocido desde el inicio la trayectoria del Académico Casás en el ámbito de nuestra disciplina.

En efecto, a fines de la década del ochenta del siglo transcurrido como Presidente de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, por sugerencia precisamente del Dr. Enrique Bulit Goñi, invité al Dr. Casás a participar en las actividades de dicha Asociación.

A partir de ese momento, y en particular a través de las innumerables Jornadas Científicas compartidas fuera del país, tomé conciencia que la

---

<sup>1</sup> Palabras de apertura del acto público en homenaje al Académico José O. Casás realizado por el Instituto de Derecho Tributario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 31 de octubre de 2019.

actuación del Dr. Casás en nuestra disciplina lo convertiría con el paso del tiempo en un representante de una especie en extinción, que lo ubicaría en nuestra disciplina con la estirpe de los clásicos contemporáneos.

Por ello tengo para mí que hoy nos convoca no sólo las emociones ante la inmediatez de su ausencia sino la pérdida de un maestro del derecho tributario y a él nos referiremos, recordándolo, como una forma más de tenerlo presente.

# DESPEDIDA

## POR ENRIQUE BULIT GOÑI<sup>1</sup>

Autoridades de la Academia  
Señores Académicos  
Colegas, amigos.  
Betty, Mercedes, José jr. a la distancia

Desde el 9 de febrero pasado hasta hoy, pienso que la congoja provocada por su partida ha ido disminuyendo, o mejor se ha ido transformando para dar paso a la posibilidad objetiva y serena de comprender la verdadera significación de José.

En mi caso, debo confesarles que constituye un motivo de orgullo para mí el hecho de que en los eventos que se realizan en su homenaje, en su recuerdo, se me convoca no por mi carácter de colega suyo en alguna o en tantas cosas, sino por mi condición de amigo de José. Y eso para mí, que tengo a la amistad como uno de los principales valores en la vida, constituye una verdadera distinción.

El hecho de que nuestra amistad haya sido tan verdadera, tan profunda, tan genuina, como para que haya podido ser advertida con tanta claridad desde afuera de ella misma, constituye un halago. Un privilegio que ha podido ir transformando mi tristeza en serena alegría. Tristeza, desde luego, por su ausencia, tan notable; y al mismo tiempo reconocimiento a la vida por tantas alegrías compartidas

Al menos desde el perfil de mi vinculación con él, la personalidad de José era básicamente, esencialmente, una personalidad ganada por lo jurídico. El Derecho en general, el Derecho Público, el Derecho Financiero, el

---

<sup>1</sup> Palabras pronunciadas en el acto público en homenaje al Académico José O. Casás realizado por el Instituto de Derecho Tributario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 31 de octubre de 2019.

Derecho Tributario, la doctrina, la jurisprudencia, ocupaban el eje de esa personalidad. Desde luego, tenía un marcado componente espiritual dado por su profunda fe cristiana y su práctica estricta, rigurosa, convencida, de esa fe. Le interesaban también otras manifestaciones de la cultura. De vez en cuando preguntaba cómo había salido San Lorenzo. Pero su GPS personal lo conducía, en cuanto podía, a lo jurídico.

Lo único que lo desviaba circunstancialmente de ese campo, era su familia. Aun siendo el faro inevitable de ese grupo, aunque éste no lo sepa, a mí me parece que en cierta medida José espiaba la vida cotidiana, a través de los ojos de Betty, de Mercedes, y de José, que eran, pienso, quienes le traducían la cotidianidad, a un José que transitaba la vida bajo el influjo de su biblioteca. A un José a quien la extrema seriedad con que tomaba sus obligaciones, no le permitía disfrutar en plenitud de los espacios desde los cuales lo reclamaban sus derechos.

El lunes, cualquier lunes, él podía estar enfrascado en la cuestión jurídica de mayor complejidad, pero en un momento, de sorpresa, su otro yo se las ingeniaba para volver al Domingo y lo llevaba a comentar un *try* de José, o una jugada destacada de Mechi, o algo referido a alguno de sus nietos, o alguna reflexión de Betty, o algún tema con alguno de sus hermanos, o alguna referencia a su infaltable tía Mcquintash.

Difícilmente fuera él el promotor, pero José disfrutaba con espíritu de niño de las bromas de los demás. Y las repetía, o pedía que fueran repetidas.

Aunque estoy aquí en el rol de amigo, no podría omitir en este ámbito que a mi juicio José Osvaldo Casás ha sido uno de los tributaristas más destacados de nuestra generación, y que estaría entre los juristas más completos de nuestro país en nuestro tiempo. Ha sido un genuino investigador del Derecho. Solía agotar los temas que abordaba. Su tesis doctoral sobre *El Principio de Legalidad o Reserva de Ley* es un ejemplo de lo que afirmo. Uno de los jurados, a su vez uno de sus reconocidos maestros en la especialidad, aquí presente, ha dicho que esa tesis era un verdadero tratado de derecho tributario, pasado por el ojo de la cerradura del principio constitucional mencionado.

Porque tal vez viene al caso, me permito recordar que esa noche, con unos pocos amigos fuimos a cenar a un restaurante de Pacheco de Melo que a él le gustaba, y allí le entregué un poema cuya primera estrofa decía:

“García Belsunce, Cassagne y Mairal/ Formaban el jurado, nada menos/ Se presentaba el mejor entre los buenos/ A defender su tesis doctoral”. Y seguía “Había trabajado como un buey/ Todo en su tesis estaba registrado/ y el doctorando lo había titulado/Legalidad o reserva de ley”.)

Pepe era en verdad, a mi modesto juicio, “el mejor entre los buenos”. Seguro estoy de que entregó su tesis, de más de mil páginas, de mala gana, y con disgusto porque para él algo le faltaba. Borges decía que “*los autores publican al solo efecto de dejar de corregir*”. De José podría decirse que “*publicaba al solo efecto de dejar de agregar*”.

Se ha dicho de él que era exhaustivo, y es verdad. No se permitía dejar de lado algún detalle. Dentro del perfil que se me ha asignado para la reunión de esta tarde, debo dejar sentado que fue altamente exhaustivo en la amistad.

Puedo decir también que “la especialidad dentro de la especialidad”, jugó como una suerte de refuerzo de nuestra amistad. El Derecho Constitucional Tributario, el Programa Constitucional, las Garantías Constitucionales, el Federalismo Fiscal, la Distribución de Potestades Tributarias a distintos Niveles de Gobierno, fueron los perfiles de nuestra materia que más nos interesaron a los dos, los que más trabajamos, circunstancia de la que yo, —no hace falta aclararlo porque todos lo saben—, saqué el mejor provecho.

Y era enormemente generoso. No solo divulgaba sus conocimientos sin restricciones ni retaceos, en publicaciones de libros o revistas, o en la cátedra y las conferencias, o en el diálogo. Sino que los compartía y aun los ampliaba frente a una consulta amistosa. Pero iba más allá de lo pretendido por el amigo consultante, porque si no tenía a mano esa respuesta se ponía a buscarla con intensidad, como si se tratara de una inquietud propia.

Es más: en ocasiones he estado yo reflexionando sobre un tema —en el orden profesional, o por una clase, o por una publicación— y lo llamaba para preguntarle “decime José ¿yo alguna vez escribí sobre este tema?; y él me recordaba sí, fue en tal revista; y yo seguía ¿y te acordás qué dije? (por temor a contradecirme).

Además, José tenía una estricta rectitud, en todos los órdenes de su vida. En él, en los hechos, el *deber ser* constituía un verdadero *imperativo categórico*. Dicho en términos infantiles, con lenguaje colegial, José se portaba bien aun cuando no lo estuvieran mirando. En las cosas simples: era incapaz de adelantarse indebidamente en una cola, o de ofrecerle un

sobrepeso al boletero para conseguir una mejor ubicación. José vivía el Derecho que predicaba.

Y a esa modalidad de vida, porque era en verdad una modalidad de vida, a esa mezcla equilibrada de talento, rectitud y consagración al estudio y al trabajo, lo vimos a José ajustarse en todas las funciones que asumió: en el ejercicio de la profesión, en la docencia, como asesor de la Comisión Federal de Impuestos, como Procurador Fiscal de la Procuración General de la Nación, como subsecretario de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, o como Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Y también como amigo se condujo con esa rectitud y esa consagración. Por eso la legión de amigos que ha dejado, en todas las circunstancias por las que pasó en su intensa vida.

Dos frases no sé ni importa de quién pero que vienen oportunas: “La amistad es virtud que no impone sacrificios, porque es manantial de halagos”. Y la otra: “A una cierta altura de la vida, comprobamos que los afectos ya no crecen en extensión, sino en profundidad”.

Por eso lo extrañamos y lo hemos de extrañar siempre a José. Y por allí va centralmente, me parece, el recuerdo que esta tarde quiero dejar de nuestro amigo, el Dr. José Osvaldo Casás, en esta distinguidísima Academia, que supo incorporarlo como culminación de una vida de merecimientos, y que le dio así una de sus últimas alegrías, como la designación por la Ciudad de Buenos Aires como Ciudadano Ilustre, en ninguno de cuyos dos actos pude estar, y aquí públicamente me disculpo.

He dicho antes, en un homenaje en vida a José, como Atahualpa Yupanqui: “*La moneda del bolsillo, uno la puede guardar. La que se lleva en el alma, se pierde si no se da*”. Agradezco a la Academia, al Instituto, la oportunidad de compartir una vez más estas monedas que he tenido el privilegio de atesorar en medio siglo de genuina amistad con él.

Y termino con Eladía Blázquez, que explica en su canción la diferencia entre vivir, y honrar la vida. A mi juicio José, en todos los planos, honró la vida.

Muchas gracias.



# LA OBRA Y LA JURISPRUDENCIA DE JOSÉ OSVALDO CASÁS

POR ALBERTO TARSITANO<sup>1</sup>

## 1. Preliminar

La invitación con la que fui honrado para hablar en este homenaje sobre la doctrina y la jurisprudencia del Académico José Osvaldo Casás, hizo que, necesariamente, debiera alejar mi natural afecto para con quien me unió no sólo el lazo de la amistad sino el recuerdo de mi propio inicio en la docencia en la Universidad de Buenos Aires. Y si digo tomar distancia del sentimiento, me refiero a procurar una perspectiva lo más neutral posible de los rasgos fundamentales de su vasta producción intelectual. Entonces, advertí que de esa deconstrucción emergía la talla del jurista que vivirá en las inquietudes e inspiraciones de las generaciones venideras. Por otra parte, tal desmontaje de su lectura no hizo otra cosa que reafirmar la valía que siempre había observado en sus textos.

Su obra estuvo signada por una intensa correspondencia entre su doctrina y sus fallos, una dialéctica en la que ambos se influyeron, recíprocamente. Muchas veces, una página de la vida judicial inspiró los libros más potentes, y estos se trasladaron, una y otra vez, a las causas bajo su juzgamiento. Así, se hizo sentencia su pensamiento sobre las potestades tributarias dentro del estado de derecho, y los derechos y garantías del contribuyente.

La amplia producción fue fruto del talento, pero también, obra del trabajador infatigable que libera su energía y la renueva, constantemente, en el desarrollo de valores éticos y jurídicos.

---

<sup>1</sup> Ensayo preparado por el autor para el Homenaje al Académico José O. Casás, rendido por el Instituto de Derecho Tributario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Esta modesta presentación enfrenta la improbable tarea de rendir un justo homenaje a una producción extensa y profunda que, circunscripta solamente a los temas de Derecho Constitucional, Financiero y Tributario a los que me he de referir, está contenida en siete libros de autoría personal; cuarenta, de ediciones colectivas; tres obras en las que tuvo a su cargo la coordinación; quince prólogos, tres Informes Nacionales a las Jornadas del ILADT (Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario), y más de ciento veinte ensayos, artículos y notas de doctrina.

A ello se le agrega centenares de votos emitidos como miembro del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre el 17 de marzo de 1999 y el 19 de diciembre de 2018, a los que cabe agregar sus dictámenes como Procurador Fiscal de la Corte Suprema entre 1985 y 1987. Cualesquiera de esos antecedentes, por sí solos, bastarían para agotar una jornada, como por ejemplo, por citar únicamente algunos de ellos, su memorable opinión sobre el efecto liberatorio del pago e irretroactividad de la ley tributaria en la causa “Juan Pedro Insúa”<sup>2</sup>; su voto en el caso “Valot”<sup>3</sup>, un verdadero manual de las garantías del contribuyente, en el que citó o transcribió más de sesenta fallos de la Corte Suprema; o aquel otro, en la causa “Aranovich”<sup>4</sup>, sobre la igualación del fisco y el contribuyente, en el cual apeló a diecisiete citas de doctrina.

Entre tan variada y extensa producción, sobresale la que, para mí, es su obra cumbre: la tesis doctoral *El principio de reserva de ley en materia tributaria*. Sobre ella, el Académico Horacio A. García Belsunce, en su dictamen como jurado de dicha tesis, ha señalado:

*En cincuenta años que vengo estudiando o cuando menos informándome sobre la literatura acerca del tema objeto de tesis, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, no he encontrado una investigación sobre un punto tan específico del derecho tributario constitucional que la supere.*

La tesis, calificada de sobresaliente, vio la luz como libro bajo el muy apropiado título de *Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente (A partir del principio de reserva de ley tributaria)*<sup>5</sup> (2002). Configura

<sup>2</sup> Dictamen del 3 de noviembre de 1986; Fallos de la CSJN 312:912.

<sup>3</sup> Valot S.A c/GCBA s/acción declarativa, 2 de agosto de 2011.

<sup>4</sup> “Aranovich, Fernando Carlos c/ GCBA s/ repetición (art. 457 CCAYT) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, 19 de septiembre de 2017.

<sup>5</sup> Casás, José Osvaldo: “*Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente*”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.

un tratado sobre la reserva de ley en materia tributaria, en su carácter de norma sobre normación y carga autoimpuesta por el pueblo, principio profusamente articulado con las restantes garantías y los derechos. Allí, Casás desarrolla su sentido positivo al asignar la competencia al órgano depositario directo de la voluntad popular y, el sentido negativo, al privar de ella al Poder Ejecutivo.

La tesis y su publicación obtuvieron las siguientes distinciones:

- Premio “Facultad” 2001 –que distingue a la mejor tesis del año– otorgado por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Premio “Accésit” del Primer Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, bienio 2001-2003.
- Premio “Manuel Augusto Montes de Oca” año 2001 –que se entrega a la mejor tesis de Derecho Constitucional–, otorgado por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Premio “Dino Jarach” a la personalidad tributaria internacional del año 2002, otorgado por la Academia Brasileña de Derecho Tributario.
- Premio “Asociación Argentina de Estudios Fiscales 2003”.

## **2. Características generales de la obra doctrinaria y jurisprudencial del Académico José Osvaldo Casás**

Casás abordó los temas con la amplitud del erudito y la paciencia del investigador, y sus opiniones fueron documentadas en el exhaustivo relevamiento de las fuentes doctrinales y jurisprudenciales.

Sus sentencias tenían el rigor analítico de su literatura; empleaba un lenguaje claro, elegante, y su decisión se arrojaba en innumerables y variadas disquisiciones, *obiter dictum*, y acotaciones que su versación extendía, entre comas, paréntesis y guiones, con el minucioso detalle de los hechos de la causa. La extensión de sus resoluciones podía generar cierto reparo en algunos, pero, para mí, fueron una manifestación más de su personalidad abierta y generosa, que se expresó, unívocamente, en todos los campos de su actuación.

Con la voluntad de rendir culto a sus maestros, solía recitar<sup>6</sup> un bello soneto de Francisco Luis Bernárdez, que entre sus versos dice:

*Porque después de todo he comprendido  
que lo que el árbol tiene de florido,  
vive de lo que tiene sepultado.*

Aquellos fueron quienes fundaron el Instituto Latinoamericano (organismo que él tanto contribuyó a forjar) y nutrieron las Jornadas, y quienes lo formaron con sus lecturas y clases, principalmente, Dino Jarach, Ramón Valdés Costa, Carlos María Giuliani Fonrouge, Horacio A. García Belsunce, Héctor Belisario Villegas, Juan Carlos Luqui, y no quiero omitir a su hermano en el afecto Enrique Bulit Goñi. Esta doctrina sustentaba sus raíces y estaba en los cimientos de todos sus trabajos. Pero también citaba a todo aquel en quien reconocía algo valioso, en cualquier tópico. Y lo hacía con humildad. Con un trato respetuoso, no exento de cierta solemnidad, como si fuera un par, indicando, cuando correspondía, su condición de profesor universitario.

Su labor doctrinaria y jurisprudencial estuvo signada por el Derecho Constitucional Tributario, en el que, metodológicamente, lo sustantivo fue lo constitucional y lo adjetivo lo tributario, pues, como señaló muchas veces, siguiendo a Valdés Costa<sup>7</sup>, *la constitución se convierte en el atalaya que, como norma, programa y valor, domina e impera sobre los más diversos sectores del orden jurídico (...) y adquiere particular significado en el derecho tributario, pues solo allí el Estado actúa en una triple dimensión: primero, al crear la obligación tributaria por ley; segundo, al exhibirse como acreedor de la obligación así creada; tercero, al actuar como juez en los conflictos que se susciten con el contribuyente*<sup>8</sup>.

Las garantías del derecho del contribuyente, las potestades tributarias de cada nivel de gobierno y el federalismo fiscal de concertación fueron, sin dudas, los ejes centrales de su producción escrita, temas que enriqueció a partir de la doctrina del Alto Tribunal para construir lo que bien podría llamarse una Teoría Constitucional Tributaria.

---

<sup>6</sup> Por ejemplo, en su Discurso en representación de las delegaciones extranjeras en las XXV Jornadas del ILADT, Cartagena de Indias, 2010.

<sup>7</sup> Valdés Costa, Ramón "Instituciones de Derecho Tributario", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992.

<sup>8</sup> La responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario", Ed. Ad Hoc, 2010, p. 117.

Para decirlo con sus palabras:

*Los valores constitucionales como sistema, cuanto las metas que se ha propuesto, no necesariamente se agotan en los explicitados en su texto, sino que están implícitos en la filosofía que la impregna, desde (...) el Preámbulo que condensa y sintetiza las aspiraciones y designios permanentes de los convencionales constituyentes hasta el “programa constitucional” que define los altos objetivos tenidos en vista por los padres fundadores para organizar la República y se convierte en una útil herramienta para la hermenéutica constitucional*<sup>9</sup>.

El perfil constitucional no disminuye los estudios de Casás sobre los más diversos temas del Derecho Tributario y Financiero, en particular, los referidos a los impuestos de sellos, sobre los ingresos brutos o las muchas materias procesales que abordó en sus votos como alto magistrado.

Deseo destacar, de entre los múltiples aportes, su defensa al “principio de instrumentalidad” en el impuesto de sellos (principio tan vapuleado por las jurisdicciones locales), al sostener<sup>10</sup>: *No se trata de atrapar principios de prueba por escrito o documentación indiciaria de la existencia de una concertación contractual o de operación económica. Es necesario el cumplimiento de las formas instrumentales típicas reclamadas por la ley de coordinación financiera y elevadas a la condición de hecho generador de la obligación tributaria por los Fiscos Locales contratantes, como consecuencia de las obligaciones asumidas al momento de su adhesión al régimen”*.

En lo que hace a la investigación histórica, se destaca su historia de las cátedras de Finanzas Públicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y una biografía sobre su primer profesor, José. A. Terry.

Los nobles ideales sostuvieron el pulso de su mano y dirigieron la pluma a la defensa de las causas justas, aun extramuros del Derecho Financiero y Tributario, como lo demuestran las páginas notables del libro *Razones para la plena inserción de la mujer en el Club Universitario de Buenos Aires (1996)*, las que también fueron motivadas por el amor a su familia, que sintió y expresó como ninguno<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> “Derechos y garantías...”, *op. cit.* p. 49.

<sup>10</sup> Dictamen 8/97 como asesor jurídico de la Comisión Federal de Impuestos.

<sup>11</sup> En el Discurso de su incorporación como Académico de Número, a la Academia Nacional de Dere-

### 3. El enfoque filosófico y político de las Finanzas Públicas

Casás fue un humanista y, en cada oportunidad propicia, se pronunció por una sociedad abierta, pluralista, respetuosa de la autonomía personal y contraria a toda forma de autoritarismo. Estos rasgos lo enrolan en el plano iusfilosófico, en el liberalismo político sostenido por Rawls, Dworkin, Alexy, aunque, siendo un hombre de marcada fe católica, la Doctrina Social de la Iglesia lo influyó para abrazar lo que Nino llama *liberalismo igualitario*<sup>12</sup>, doctrina que avala la posibilidad de redistribuciones de bienes y recursos e, incluso, de interferencias en las transacciones individuales.

Cito del Académico homenajeado, su último ensayo de 2018, titulado “*Reflexiones sobre la garantía o el principio constitucional de no confiscatoriedad tributaria en la obra del Dr. Horacio García Belsunce*”<sup>13</sup>, que integra la obra del Instituto de Derecho Tributario de esta Academia Nacional. En él se lee: ... *he cuestionado (...) las posturas de algunos sectores neoliberales que han propiciado el repliegue del Gobierno a fin de lograr un “Estado mínimo” –que en mi concepto resultaría equiparable a un “Estado desertor de sus responsabilidades de todo orden, incluidas las sociales”– (...), aunque en paralelo también admitía la imprescindible necesidad de efectuar un control riguroso de la administración de los recursos públicos por el Estado, en tanto no se comprende como en la República Argentina con un gasto público consolidado superior al 40 % del Producto Bruto Interno se mantienen elevados índices de indigencia y pobreza.*

Como lo destacó el Académico Juan Carlos Cassagne al prologar su libro *La Responsabilidad del Estado por Actos de Contenido Tributario* (2010), en su doble condición de eximio jurista y magistrado: “*Casás exhi-*

---

cho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de septiembre de 2017, Casás agradeció:

“*A la vida.*

*A María Ascensión, mi madre, que me dio la vida.*

*A Sarah Makintach mi tía, que me enseñó cómo y por qué vivir la vida.*

*A Betty, mi esposa, por su amor, impulso y sostén de los ideales por los que lucho en la vida.*

*A José y Mercedes, nuestros hijos, frutos de ese amor, alegría y promesa concretada con que la generosidad de Dios bendijo nuestras vidas”.*

*A mis nietos “Fátima, Joaquina, Marcos, Felipe y Manuel, el mejor regalo que he recibido en el crepúsculo de la vida”.*

<sup>12</sup> Nino, Carlos S.; *Liberalismo Conservador: ¿liberal o conservador?* En “Los escritos de Carlos S. Nino, Tomo II, Ed- Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 74.

<sup>13</sup> “Lecciones de Derecho Tributario”, Obra en Homenaje al Académico Dr. Horacio García Belsunce, Buenos Aires 2019, Ps. 89-2010.

*be un alto grado de compromiso con la relación de la justicia, particularmente en sus aspectos sociales, así como una clara orientación a favor del bien común que prodiga en las distintas manifestaciones de su quehacer jurídico y defiende como pocos”.*

En tal dirección, consignó:

*La Constitución de la República Argentina adscribe (...) a un modelo de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho (...) en esa tónica de Estado Social (...), el Gobierno se ubica como deudor obligado a brindar un mínimo de prestaciones económicas, sociales y culturales en favor de todos los habitantes, especialmente, de los indigentes, los pobres y/o los menos favorecidos, que adquieren la condición de acreedores titulares de tales derechos constitucionales<sup>14</sup>.*

Finalmente, se reconoció partidario de la concepción trialista –expuesta hace más de medio siglo por el profesor Werner Goldschmidt– conforme a la cual, el Derecho se compone de tres ámbitos, dimensiones u órdenes: el de las conductas, el de las normas y el de los valores; y adhiere reconociendo que su postura poseía un anclaje dikelógico asociado al programa constitucional argentino, en tanto coloca al hombre como núcleo central y fin último de la organización social.

#### **4. El estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia**

El estudio y la sistematización de los fallos de la Corte Suprema, cuyos orígenes y etapa fundacional también investigó<sup>15</sup>, fue el punto de partida de cada ensayo y cada sentencia, pues se nutrió de ellos para abstraer principios ordenadores que se difuminan en las más variadas consecuencias jurídicas.

En cada materia que abordó, buceó en las aguas profundas, más cercanas o remotas<sup>16</sup>, de los fallos de la Corte Suprema, en su carácter de “intér-

---

<sup>14</sup> Casás, José Osvaldo. “*Lecciones de Derecho Tributario*”, Obra en Homenaje al Académico Dr. Horacio García Belsunce, Buenos Aires 2019. P. 107.

<sup>15</sup> V. Prólogo al libro *La Jurisprudencia Tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* A 150 años de su primera sentencia. Ed. Asociación Argentina de Estudios Fiscales-Errepar, Buenos Aires, 2013.

<sup>16</sup> Como sucede, entre otras citas, con la *sentencia del 4 de diciembre de 1863 sobre división de los poderes recaída en la Causa: Criminal. Contra Ramón Ríos (Alias Corro), Francisco Gómez y Saturnino Ríos, por salteamiento, robo y homicidio, perpetrado a bordo del pailebot nacional “Unión” en el río Paraná* –Fallos: 1:32–, un fallo importante pues allí quedó establecido “que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes Departamentos”.

prete final de la Constitución”<sup>17</sup>, y cátedra de “doctrina constitucional”<sup>18</sup>, los que clasificó, ordenó y sistematizó hasta concebir, sin proponérselo, una historia de la jurisprudencia tributaria de la Corte Suprema.

Era habitual el rescate de sus fallos más antiguos o memorables (y añado: como los recitaba de memoria en sus clases); intuía que lo hacía con la seguridad de que en ellos se anida el espíritu fundacional de la República. Los identificó por la Colección Oficial de Fallos, como se les impone a los magistrados judiciales, pero él les añadía la carátula completa y la fecha, y supo rescatar del olvido hasta los fallos que, por omisiones injustificadas, no habían sido publicados en dicha colección<sup>19</sup>.

---

*mentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno”. Otras veces la cita se impuso simplemente como expresión docente, como por ejemplo el sentido de la creación pretoriana de la protesta previa a la devolución de lo pagado –luego abandonado– en la causa “Don Domingo Mendoza y hermano c. La Provincia de San Luis, s. derechos de exportación” (Fallos: 3:131), sentencia del 5 de diciembre de 1865, donde el Alto Tribunal lo fundó en “la penuria en que han quedado las provincias con la privación de los derechos de importación y exportación de las aduanas...”.*

<sup>17</sup> In re “El Ministerio Fiscal c. Don Benjamín Calvete, por atentados contra la inmunidad de un senador”, Fallos 1:340, donde dijo: *Este tribunal es el intérprete final de la Constitución; por cuya razón, siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas, y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte”.*

<sup>18</sup> Para señalar la importancia que el Derecho Tributario han adquirido las sentencias de la máxima instancia interpretando los textos constitucionales, Casás recordó que quien fuera en vida profesor Emérito de la Universidad de Génova y Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires, Víctor Uckmar, en 1959, con la primera edición de su obra “Pincipi Comuni di Diritto Costituzionale Tributario”, señaló que dentro de la literatura jurídica comparada de ese tiempo los estudios sobre el Derecho Constitucional Tributario sólo habían alcanzado maduro desarrollo en América, atribuyendo tal producción al interés despertado por las sentencias judiciales que abordaron controversias sobre la materia, en especial aquellas emanadas de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de Argentina, cosa que, en su concepto, no se verificaba aún en Europa ni en Italia, ya que en lo que respecta a aquel país, era muy reciente la instalación de la Corte Constitucional –habilitada a ejercer un sistema de control concentrado– prevista por la Ley Fundamental sancionada en el año 1947.

<sup>19</sup> En una causa excluida de “Fallos”, la Corte Suprema afirma que el incumplimiento de un deber formal no puede acarrear como consecuencia necesaria una modificación de la situación tributaria sustantiva del contribuyente sin sustento legal, independientemente de que pueda configurarse en tal caso un supuesto infraccional (v. CSJN en la causa: “Herrera de Noble, Ernestina Laura c/ Fisco Nacional –DGI–”, sentencia del 14 de febrero de 1989, decisorio no publicado en la Colección Oficial de Fallos y que puede consultarse en Derecho Fiscal, tomo XLVI, p. 355). También señalo como una omisión injustificada la omisión del dictamen del Procurador General Nicolás Eduardo Becerra, suscripto el 30 de noviembre de 1998, en el que realiza una completa sistematización de los fallos de la Corte Suprema respecto de la garantía o principio de no confiscatoriedad (*Reflexiones sobre la garantía o el principio constitucional de no confiscatoriedad tributaria ...* Ob. Cit. P. 175).



## 5. Concepción ética y moral del Estado

La ética del Estado, en el concepto aristotélico de ordenar su vida práctica hacia la consecución de sus objetivos, así como la moral de sus acciones, fueron una constante preocupación de Casás. Su reclamo de ejemplaridad hizo pie en un precedente de la Corte Suprema de 1871, “Don Manuel Ocampo”<sup>20</sup>, en el que quedó asentado que “la Aduana (...) no puede, ni debe prevalecerse del retardo causado por ella misma, en perjuicio de otras personas a quienes su inacción y su reserva ha podido inducir a error”, porque *no es moral, ni justo, que la Administración que debe ser leal, franca y pública en sus actos, guarde en reserva sus créditos vencidos (...) para caer por sorpresa al deudor, (...) en la creencia de que su silencio ha autorizado, de que aquél está solvente...*

Tempranamente, como procurador fiscal, en “La Biznaga”<sup>21</sup>, frente a ciertos desbordes financieros del Fisco y el mantenimiento en términos nominales de las acreencias de los contribuyentes, sostuvo: *Si la recaudación de los tributos pierde su fundamento esencialmente impositivo para convertirse en un fenómeno exclusivamente financiero generador de intereses y actualización sobre deudas inexistentes, ello importa una distorsión de las bases éticas del derecho de recaudar.*

También me parece destacable que haya opuesto al Estado ciertos principios generales del derecho. En ocasión de sentenciar la causa Edenor S.A.<sup>22</sup>, al tratar la procedencia del denominado “Gravamen sobre la Ocupación y/o Uso de Espacios Públicos”, afirmó que el GCBA no puede, por un lado, aprovechar el cobro de la “Contribución que Incide sobre las Compañías de Electricidad” con sustento en el marco regulatorio del Régimen Federal de generación, transporte y distribución de energía eléctrica; y, por otro, repudiar las correlativas dispensas o liberaciones fiscales que también conforman el aludido sistema, porque tal conducta importaría, tanto como desconocer las consecuencias que se derivan del voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas que impiden su impugnación ulterior (conf. Fallos: 312:245, entre muchos otros); a lo que se suma que está vedado venir contra los actos propios –*venire contra factum proprium non valet*–.

<sup>20</sup> “Don Manuel Ocampo con la Administración de Rentas del Rosario, sobre mercaderías embargadas” (Fallos: 10:203), sentencia del 27 de junio de 1871.

<sup>21</sup> “La Biznaga S.A.A.C.I.F. y M. v. Dirección General Impositiva” –Fallos: 310:714–, sentencia del 31 de marzo de 1987.

<sup>22</sup> “Edenor S.A. c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos”, sentencia del 7 de mayo de 2015.

Tampoco fue indiferente a las retenciones en exceso, sin posibilidad de descarga por el contribuyente, una corruptela extendida y recurrente en las legislaciones de algunas provincias. Así, en la causa “Minera S.R.L Patagonia S.A.”<sup>23</sup>, luego de señalar que el régimen de retención conlleva la creación de un hecho imponible autónomo sin ley, levantó el tono admonitorio:

*La pretensión deliberada del Fisco de generar pagos a cuenta por hechos imponibles que están lejos de consumarse, con cabal conciencia de ello por parte de los funcionarios –configurando el elemento subjetivo de su conducta antijurídica– bien podría encuadrar en el delito de “exacciones ilegales” tipificado por el art. 266 del Código Penal<sup>24</sup>.*

En otro voto<sup>25</sup> sostuvo: *El Estado, al cumplir sus obligaciones, debe comportarse como gerente del bien común y no como un moderno Leviatán. En un Estado de Derecho, el norte debe estar puesto en la Justicia. Ésta es la máxima exigencia que debe plantearse ese Ente Político y no puede ser desplazada por la conveniencia de “hacer caja” (...). Es que, el interés puramente recaudatorio de contar con la mayor cantidad de recursos disponibles, retaceando las repeticiones, no se compadece con el “interés general” ni con el “interés público”, ya que este último estriba en la estricta aplicación de la ley, sin alterar los principios fundamentales de justicia que la inspiran.*

Y advirtió, citando a Klaus Tipke<sup>26</sup>:

---

<sup>23</sup> Minera IRL Patagonia S.A c/GCBA s/amparo (Art. 14 CCABA s/recurso de inconstitucionalidad concedido, sentencia del 12 de noviembre de 2014.

<sup>24</sup> Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que lo que corresponden”.

<sup>25</sup> V. la citada causa “Aranovich” en nota 3.

<sup>26</sup> En la causa “SA Importadora y Exportadora de la Patagonia s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘SA Importadora y Exportadora de la Patagonia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, 12 de noviembre de 2008 apuntó: En tanto en la ampliación de la esfera de sujeción pasiva de las obligaciones tributarias a través de la creación de agentes de percepción, retención y recaudación, cuanto en el establecimiento de pagos a cuenta (anticipos, retenciones o percepciones), la apreciación del ejercicio legítimo de tal facultad debe ser ponderada con sentido estricto y admitida sólo en aquellos casos en que el obrar del Departamento Ejecutivo y de sus agentes jerárquicos supere satisfactoriamente el test de razonabilidad. Es que, de no ser así, el establecimiento de cualquier “ante pago” desproporcionado y abusivo importaría la creación ex novo, en la existencia de una prestación pública coactiva distinta del impuesto mismo, regularmente instituido, con afectación al principio multiseccular de reserva de ley tributaria, desatendiendo el imperativo de que

*Que una moral tributaria deficiente es el reflejo de la deficiente moral fiscal del Estado pues un fenómeno es consecuencia del otro, y así el Estado debe comprender (...) que ciertos comportamientos –como restituir los pagos sin causa en moneda totalmente devaluada a lo largo de un extenso período de tiempo y con un interés que ni siquiera compensa la pérdida del poder adquisitivo de aquella– mutan la obligación de restituir, decretada judicialmente, en un verdadero despojo.*

También cuestionó el hecho de delegar en la Administración la facultad de designar agentes de retención y percepción, en tanto se la pretende fundar en una “habilitación genérica”, lo que, a su juicio, afectaba el principio de reserva legal<sup>27</sup>.

Para rematar el razonamiento, con fina ironía agrega:

*Si se pensara que a los monarcas absolutos, a lo largo de más de ocho siglos, les hubiera bastado obtener el consentimiento del impuesto por el parlamento (en el Reino de Inglaterra), de las Cortes (en los Reinos de España) o en la Reunión de los Estados Generales (en el Reino de Francia) para luego modificarlos o incrementarlos a su antojo, invocando sus atribuciones recaudatorias, muy probablemente el surgimiento de las repúblicas, y de las monarquías constitucionales, hubiera sido un fenómeno histórico más temprano y, en particular, el pleno reconocimiento de la asignación de los más significativos poderes financieros al órgano más cercano y omnicompreensivo de la voluntad general.*

---

sólo cabe aprehender la capacidad contributiva ponderada en el presupuesto de hecho definido por el legislador al caracterizar la hipótesis de incidencia tributaria (en términos de tipicidad y taxatividad) y fijar la cuantía de la obligación resultante en este caso de la aplicación de la tarifa a la base imponible, elementos todos que actúan en el campo del derecho tributario sustantivo donde queda excluido todo margen de discrecionalidad de parte del Organismo Recaudador.

<sup>27</sup> “Asociación Argentina de Compañía de Seguros (AACS) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” expediente N° 10.830/14, sentencia del 27 de agosto del 2014, donde también trató el tema de las retenciones en exceso y habilitó la siguiente vía: *Si el comportamiento del Fisco condujera a resultados distorsionados con relación a la comunidad de contribuyentes generando abultados y sistemáticos saldos a su favor como consecuencia de los regímenes de retención y percepción, los sujetos pasivos se encontrarían habilitados, en un todo de acuerdo por lo dispuesto por el art. 14 de la C.N. y el Derecho Internacional de Derechos Humanos, a requerir de la Legislatura –en ejercicio del derecho del peticionario a las autoridades– que incluya dentro del Plan Anual de la Auditoría general de la Ciudad, el indagar, en términos de resultados, la suma total por ingreso de retenciones, percepciones y anticipos del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, confrontándola con las obligaciones tributarias efectivamente devengadas por los contribuyentes, todo ello con sustento en los cometidos asignados a dicho ente por la ley 70 de Control del Sector Público de la Ciudad –económico, financiero, patrimonial, de gestión y de legalidad– que se extiende, incluso a los organismos descentralizados o, lo que podría verse reforzado mediante un examen especial a pedido de la Legislatura (art. 136, inc. g) del respectivo plexo legal).*

Con idéntica inspiración, en la causa “Nación AFJP”<sup>28</sup>, declaró que *el exceso de normas conduce a una inflación jurídica que, como la de la moneda, produce su desvalorización, lo que denuncia una tendencia verificable en numerosos países, que más que Estados de Derecho, se exhiben hoy como junglas normativas.*

## 6. Las garantías y los derechos del contribuyente

Una ponderación de las decenas de trabajos y los libros dedicados a exaltar la importancia y el alcance de las garantías y los derechos del sujeto pasivo de la obligación tributaria, conforma un monumental tratado sobre lo que el propio Casás denomina el “Derecho Constitucional de la libertad”, que actúa, en palabras de su autor, *como un claro límite al ejercicio del poder fiscal, en tanto los principios, derechos y garantías que consagra el Estatuto Supremo fijan los cauces y el límite para el ejercicio de la potestad tributaria normativa de la Nación, las provincias y los municipios, superando, de tal modo, la visión autoritaria que exaltó los derechos del Estado y no el Estado de Derecho.*

Concibió los derechos y las garantías en clave de unidad para su estudio y sistematización, engarzando, una a una, las diversas disposiciones constitucionales que, de manera inmediata o mediata, se refieren al contribuyente ciudadano en un “Estado de Derecho”.

Desde la visión metodológica, Casás afirmaba que los derechos y las garantías deben ser abordados luego de las potestades tributarias del Estado como el correlativo deber de contribuir, pues, solo a partir de este presupuesto, nacen su cauce y sus límites constitucionales<sup>29</sup>.

Su último libro publicado, la *Carta de Derecho del Contribuyente Latinoamericano* (2014)<sup>30</sup>, bien podría valer como una síntesis de su pensa-

<sup>28</sup> “Nación AFJP S.A s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en “Nación AFJP S.A s/ recurso de apelación judicial c/ decisión DGR (art. 114 CFCBA)”, expediente N° 2096/03, sentencia del 4/6/03).

<sup>29</sup> “El Deber de Contribuir como presupuesto para la existencia misma del Estado (notas preliminares en torno de la justicia tributaria” en *El tributo y su aplicación perspectivas para el siglo XXI*, obra coordinada por César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez, T I, ps 227 y ss., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

<sup>30</sup> En las XXVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario – llevadas a cabo en Santiago de Compostela, España) en septiembre de 2012 – se decidió elaborar un documento que contuviera un anteproyecto de “*Declaración de los Derechos del Contribuyente*”. La Comisión Redactora elegida

miento, en cuanto condensa y estructura sus ideas en seis ejes que vertebran cuarenta y cinco principios y conceptos fundamentales.

Tales ejes son: 1. Legitimidad del tributo; 2. Afianzamiento de la seguridad jurídica; 3. Igualdad, equidad y capacidad contributiva; 4. Ejercicio de la potestad tributaria aplicativa; 5. Tutela jurisdiccional efectiva; 6. Inmunidades fiscales.

## 7. El federalismo fiscal

En estas páginas palpita el amor a la Argentina, cuyos problemas de su historia profunda –como decía un expresidente de la Nación– “hay que estudiar en los libros pero también tomarlos con las manos”<sup>31</sup>. Honró ese mandato, con la comprensión de los conflictos del período preconstitucional, asociados a la puja por la distribución de la renta nacional, que se manifestaron en las luchas entre la “hermana mayor” con los “trece ranchos pobres del interior”, en palabras de Felipe Varela<sup>32</sup>, y que explican el reparto del poder tributario en la Carta Magna de 1853.

La reflexión nace de la comprobación que su pensamiento teórico no se derramaba hacia la abstracción académica sino hacia la realidad de su país, y en cada uno de sus escritos, se advierte esa preocupación en mejorar las prácticas del Estado y orientarlas hacia estándares compatibles con las potestades y garantías constitucionales.

En materia de federalismo, constató la existencia constante e ininterrumpida de dos fuerzas opuestas que procuran superarse y vencerse recíprocamente, y sobre cuyo equilibrio, nunca logrado en los hechos, se funda el esquema ideal del federalismo: una fuerza centrípeta ejercida por

---

en el seno del Directorio del ILADT quedó conformada por César García Novoa y Fernando Serrano Antón de España; Humberto Medrano, del Perú; Helen Taveira Torres del Brasil; y José Osvaldo Casás, de la Argentina. En ese ámbito, Casás presentó a la Comisión su propuesta, la que fue publicada como libro autónomo. El texto definitivo fue aprobado en las XXX Jornadas (Montevideo, 2018), con el título de *Carta de Derecho del Contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT)*. También contribuyeron a ella, otros importantes doctrinarios, entre ellos los profesores Pascuale Pistone (Italia) y Addy Mazz de (Uruguay).

<sup>31</sup> Arturo Frondizi, en el discurso de aceptación de su candidatura presidencial, 1956. En “Mensajes Presidenciales 1958–1962”; Tomo I. Fundación Centro de Estudios Presidente Arturo Frondizi, Buenos Aires, 2012, p. 1.

<sup>32</sup> “Manifiesto” de Felipe Varela.

el Gobierno Nacional, y una fuerza centrífuga impulsada por los gobiernos locales<sup>33</sup>.

Las ideas y los aportes de Casás se construyeron a partir del rezo laico de la sentencia, sentado por el Tribunal Supremo en “*Bressani*”<sup>34</sup>, donde sostuvo que *la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo; no habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente, pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible, pero de estados indestructibles.*

Con tal propósito, siguiendo a Pedro J. Frías, postula: *La forma federal de Estado, (...) se concibe hoy como un federalismo de concertación (...)*<sup>35</sup> *que deja de lado el antagonismo, la confrontación, la lucha y la oposición, y que se orienta al acuerdo, la conciliación, la concertación y al equilibrio armónico en la utilización razonada y razonable de las prerrogativas de que pueden valerse las provincias y la Nación”.*

De igual modo, puntualizó, en la causa “*Autogon*”<sup>36</sup>, que el principio de “solidaridad fiscal” asume que *las facultades provinciales no pueden am-*

<sup>33</sup> Casás, José Osvaldo, “*Presión Fiscal e inconstitucionalidad*”, Ed. Depalma Buenos Aires, 1992, P.15.

<sup>34</sup> “*Bressani*” Carlos H. y otros contra la Provincia de Mendoza, *Inconstitucionalidad de leyes y devolución de dinero*” (Fallos: 178:9), sentencia del 2 de junio de 1937.

<sup>35</sup> En “*Inconstitucionalidad de las barreras jurisdiccionales mediante el tratamiento tributario discriminatorio de los instrumentos otorgados fuera de la jurisdicción local (El caso de la Provincia Mendoza)*”, Revista del Notariado –octubre-noviembre-diciembre, 1994, N° 839, Ed. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, P.629. Ver su voto en “*Valot*”, citado en nota 3, causa en la que declaró la inconstitucionalidad del trato diferencial dispensado por el impuesto sobre los ingresos brutos en base a la existencia de establecimiento industrial en la propia jurisdicción. En sentido análogo se había expedido como Procurador Fiscal al dictaminar en autos: “*Cerro Castillo S.A. v. Provincia del Chubut*”, Fallos 310:2443, sentencia del 26 de noviembre de 1987, en la que expresó: “... *La garantía contenida en los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Constitución Nacional establece una protección contra los tributos que discriminen en razón del origen o razón de origen o destino del tránsito comercial, estableciendo una carga impositiva distinta de aquella que recae sobre bienes o servicios que no transponen las fronteras provinciales, pues en el caso que el gravamen se estableciera en forma exclusiva en atención a esa procedencia o lugar de remisión, o fuera diferente del aplicado al comercio o circulación interna, nos encontraríamos ante un tributo que incide en el transporte o comercio interprovincial por el mero hecho de revestir ese carácter*”. Sobre la naturaleza de sujeto pasivo del contribuyente del impuesto sobre los ingresos brutos, con prescindencia de su traslación al consumidor, ver su voto en la causa “*Cámara Argentina de Supermercados c/ GCBA s/ amparo*” sentencia del 27 de mayo de 2003.

<sup>36</sup> V. “*Autogon*” S.A. c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos”, sentencia del 15 de diciembre de 2010.

*parar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional, ni justificar la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación toda. El sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica subordinación de los estados provinciales al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos deben colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin”.*

En materia de política fiscal, no compartió los reclamos de modificar el IVA, de suprimir el Impuesto sobre los Débitos y Créditos Bancarios y, en el orden local, la de derogar el Impuesto sobre los Ingresos Brutos<sup>37</sup> y el Impuesto de Sellos, advierte a este respecto que la supresión de estos dos últimos tributos podría afectar gravemente la suficiencia financiera y consiguientemente la autonomía de los estados locales.

También entendió conveniente restaurar el Impuesto Sucesorio, a la transmisión gratuita de bienes como un complemento a la imposición a la renta y al patrimonio, con un mínimo no imponible razonablemente alto, eximiendo a la trasmisión sucesoria de la vivienda que sea asiento familiar respecto de quienes habitan en ella y con escalas de progresividad moderada<sup>38</sup>.

Propició que las provincias se desprendan en beneficio de los municipios del Impuesto inmobiliario correspondiente a las áreas pobladas de su jurisdicción, para que ellos lo cobren usualmente con las tradicionales tasas de Alumbrado, Barrido y Limpieza<sup>39</sup>.

En el libro *Coparticipación y Tributos Municipales* (2007), que lleva como subtítulo *Las tasas apócrifas y la prohibición de analogía*, propuso herramientas para la distribución de la renta en un Estado federal, con el

---

<sup>37</sup> V. Discurso de incorporación como Académico de Número. Allí explicó: *Estoy convencido de que las propuestas de sustitución del Impuesto sobre los Ingresos Brutos por un Impuesto Provincial a las Ventas Minoristas, un Impuesto Bifásico, un Impuesto al Valor Agregado Provincial o un Impuesto Adicional o “mochila” al Impuesto al Valor Agregado Nacional, son totalmente inviables por resultar su aplicación extremadamente compleja y porque no se han hecho los estudios adecuados de cuáles son las tasas de sustitución, computando el mayor costo administrativo y las mayores posibilidades de evasión. De todos modos, soy consciente que el Impuesto sobre los Ingresos Brutos debe ser objeto de adecuaciones profundas y, fundamentalmente, definir sus perfiles y características generales en una nueva Ley de Coparticipación, brindando debida respuesta a algunos temas controvertidos.*

<sup>38</sup> “Reflexiones sobre la garantía... Ob. cit. ps. 198 y 199.

<sup>39</sup> Coparticipación y Tributos Municipales... P. 173.

propósito de bregar por la armonización tributaria como fruto de un nuevo federalismo cooperativo y de concertación en sintonía con un municipalismo práctico y moderno.

### **8. La presión fiscal global y su control de constitucionalidad**

Fue el tema de su primer libro, publicado en 1992. El ejemplar que tuve en mis manos integra la biblioteca donada por Dino Jarach a la AAEF y está dedicado por Casás, con su letra redonda y aplicada, al jurista nombrado, expresándole su admiración, escrita con pluma y tinta negra, como deben de haber sido estampadas los centenares de dedicatorias de los libros que regaló. Además del abordaje específico, en él se anticipa la mayoría de los temas que luego habría de investigar con mayor especificidad.

El aporte fundamental del libro es abonar la tesis de la justiciabilidad de la doble o múltiple imposición en los tributos directos sobre un mismo contribuyente, tesis que, hasta el presente, la Corte Suprema de Justicia no reconoció, pero como él lo vaticinó, llegará el día en que así lo haga, sobre la base de la interpretación funcional del plexo de garantías.

Es que, como lo sostiene el Académico Héctor Belisario Villegas en el prólogo al libro: (...) *el autor menciona algunas circunstancias que dan basamento a la aspiración de consagración judicial de la buena doctrina en la materia, es decir, aquella que considere que es descalificable un conjunto de tributos que cree una presión fiscal excesiva.*

Con la proa puesta siempre en dirección hacia el interés común, para Casás, el sustento constitucional de la justiciabilidad de la presión global computa que los desbordes del fiscalismo afectan el progreso de la Nación, el federalismo racional, la forma republicana y democrática de gobierno, la razonabilidad en el ejercicio del poder tributario, la capacidad contributiva, la garantía de usar y disponer de la propiedad y la garantía del derecho de trabajar, comerciar y ejercer industrias lícitas. La Corte Suprema de Justicia debe fijar con gran prudencia y de manera uniforme, cualquiera sea el sujeto pasivo, el nivel de presión fiscal global compatible con la Constitución Nacional<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> "Presión fiscal e inconstitucionalidad" ...” Ob. cit. p.185.



## 9. El principio de capacidad contributiva

Compartió la postura que afirma que el principio de capacidad contributiva puede inferirse, como contenido implícito, a partir de diversas previsiones obrantes en la parte dogmática del Estatuto Supremo (artículos 4°, 14, 16, 17, 28 y 33) y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos elevados a igual jerarquía, mediante institutos afines o aptos para tal integración interpretativa, como la proporcionalidad referida a la riqueza, la generalidad, la igualdad, la no confiscatoriedad y la razonabilidad<sup>41</sup>.

## 10. Poder tributario municipal

Casás sostuvo la naturaleza delegada del poder tributario municipal, abarcadora de las distintas categorías de tributos y no limitada a la sanción exclusiva de tasas, en tanto se confronte tal poder con las potestades que, en igual materia, ejercen la Nación y las provincias<sup>42</sup>.

Advirtió, en tal sentido, que en el ejercicio del poder tributario de la comuna, se deberá tener en cuenta que los hechos imponibles que se pretendan captar mediante las ordenanzas estarán acotados al ámbito geográfico donde ejercen su jurisdicción<sup>43</sup>.

Sentada la premisa de que el poder tributario municipal se encuentra menguado y hasta esterilizado por la prohibición de crear impuestos análogos a los coparticipados, se propició que la Ley de Coparticipación los habilitara para sancionar impuestos prefijados, sustrayéndolos de la prohibición de analogía y, asimismo, para que las provincias declinaran en su favor la recaudación del impuesto inmobiliario de las zonas urbanizadas.

En consonancia, coadyuvó a la necesidad de replantear la habilitación municipal a fin de crear un Impuesto de Ocupación por el Uso Diferencial del Suelo, Subsuelo y Espacio Aéreo del Dominio Público, con una definición de todos sus elementos estructurales en la propia Ley de Copar-

<sup>41</sup> Premio “Asociación Argentina de Estudios Fiscales” año 1988; en el “Área Derecho Financiero” por el ensayo titulado: Un importante hito en el proceso de refederalización de la República Argentina. La Ley 23.548, publicado en tres números de la colección Derecho Fiscal, Tomo XLV, ps. 1 a 15; 95 a 115; 193 a 210.

<sup>42</sup> “Reflexiones sobre la garantía o el ...”. Ob. cit. ps. 198 y 199.

<sup>43</sup> Casás José Osvaldo. “*Presión Fiscal e Inconstitucionalidad*”, Las Garantías Constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

tipificación. En adición, abogó por la redacción de un Modelo de Código Tributario Municipal Uniforme, originado en la Cámara de Senadores, que es la que tiene la iniciativa en materia de leyes-convenio referida a la distribución de impuestos<sup>44</sup>. Sus ideas adquirieron concreción en la propuesta que realizó en torno a la modificación de la Ley de Coparticipación Federal (ley 23.548), en sus aspectos concernientes a los tributos municipales.

## 11. El poder de policía y las tasas

Los derechos reconocidos en el artículo 14 de la Constitución Nacional se gozan “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”, regla que funda el Poder de Policía para conciliarlos con el bien común. En la causa “Asociación de Músicos Argentinos”<sup>45</sup>, Casás se encargó de señalar las siguientes premisas básicas: a) el carácter no absoluto de los derechos de propiedad, a trabajar y a ejercer una industria lícita; b) la atribución que poseen las jurisdicciones locales para dictar en el ámbito de su competencia, en ejercicio del llamado poder de policía, leyes de carácter reglamentario de los derechos constitucionalmente reconocidos y aplicarlas dentro de su territorio; y c) la necesidad de no alterar con el dictado de esas normas reglamentarias locales la sustancia de los derechos constitucionales, con apoyo en la regla de la razonabilidad (juego armónico de los arts. 14 y 28, CN).

En la doctrina de la Corte Suprema, desde antiguo se sostuvo que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado: el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos (CSJN, 13/04/1869, *La Empresa ‘Plaza de Toros’, quejándose de un decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires*, sentencia del 13/04/1869, *Fallos*: 7:150)<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Ob. cit.171 y ss.

<sup>45</sup> “Unión de Músicos Independientes Asociación Civil c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 27 de diciembre de 2007.

<sup>46</sup> Votos *in re*: “Unión Transitoria SA y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1268/01, resolución del 17 de septiembre de 2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, t. IV, 2002, p. 387 y ss., y su voto en la causa “Macbar SRL” ya citada). En esta última causa sostuvo que: (...) *El establecimiento de un horario para que cese la actividad de los locales bailables aparece como una forma razonable de conciliar los intereses de los propietarios de esos locales, de sus concurrentes y de los vecinos que deben soportar las molestias que pueda llegar generarles la actividad propia de esos locales.* Y allí recordó con referencia a la Ciudad de Buenos Aires, que: *En 1853, a pocos días de haber dictado la Constitución de la Nación, el Congreso Constituyente sancionó la ley del 6/5/1853 para organizar la Municipalidad de Buenos Aires. En el art.*

Sobre la base de dicho Poder de Policía, Casás justificó el derecho de los municipios al cobro de tasas retributivas de servicios y, siguiendo aquí la tesis del Académico Horacio A. García Belsunce, impuso, como condición, que correspondan a un servicio concreto, efectivamente prestado, y que su cuantía no exceda de una razonable equivalencia entre el producto de la recaudación y el costo global del servicio vinculado, debiendo prevenirse que su utilización no convalide la aplicación de verdaderos impuestos encubiertos<sup>47</sup>.

## 12. Responsabilidad del Estado por actos de contenido tributario

En 2010 se celebraron en Cartagena de Indias (República de Colombia) las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario y Casás fue designado por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales para elaborar el Informe Nacional sobre “La Responsabilidad del Estado por Actos de Contenido Tributario”. Ese relato dio origen a un libro en el cual Casás sostuvo y fundó la responsabilidad del Estado en su tres poderes, bien que reconoció la excepcionalidad de esa responsabilidad por los actos emanados del Poder Judicial, tanto por la actividad ilícita fundada en razones objetivas de su mal funcionamiento, como por la actividad lícita generadora de daño al contribuyente, y consignando, incluso, la responsabilidad del Estado por las omisiones presupuestarias que impidieran la satisfacción de los derechos constitucionales fundamentales con algún contenido mínimo. Así lo declaró en las causas “Alba Quintana, Pablo” y otros c/GCBA s/amparo” y en “Ministerio Público –Asesoría Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– C/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”<sup>48</sup>.

De esta manera, Casás superó la concepción, muy arraigada en nuestra disciplina, de limitar la responsabilidad patrimonial del Estado a la devo-

---

*18, la ley recomendaba a la Municipalidad “la adopción de todas aquellas medidas relativas a la policía, seguridad, salud, limpieza y ornato de la ciudad...”. Una vez que Buenos Aires se estableció como Capital de la República, el Congreso de la Nación, por medio de la ley 1260 del 1º/11/1882, en su art. 50, inc. 6º, estableció entre las “atribuciones y deberes del Concejo Deliberante”, la de “acordar los permisos necesarios para el establecimiento de casas de bailes, juegos permitidos y en general de todos los que puedan dar ocasión a escándalos y desórdenes; debiendo determinar las condiciones y reglas a que deban sujetarse, y pudiendo cerrarlas en caso de inobservancia de sus reglamentos o cuando las considere manifiestamente inmorales”. La ley 19.901 mantuvo esa competencia en cabeza de las autoridades locales.*

<sup>47</sup> Coparticipación y tributos municipales; ob. cit. P. 167.

<sup>48</sup> Ambos votos son de fecha 12 de mayo de 2010.

lución de los tributos; no obstante, en este plano, cuestionó la falta de un pleno resarcimiento derivado de una tasa de interés que ni siquiera mínimamente alcanzaba a compensar la depreciación del capital.

### 13. La interpretación de la ley

En materia de Interpretación de la ley, con particular referencia al método denominado de *principio de la realidad económica*, coordinó un libro bajo el patrocinio de la Universidad Austral titulado *Interpretación económica de las normas tributarias* (con un ensayo preliminar de su autoría) y en la causa “Volkswagen Argentina S.A”, del 10 de agosto de 2011, señaló un límite a la discrecionalidad del intérprete, en particular, de la Administración tributaria, al indicar:

*(...) que el método de la significación o realidad económica no puede dar lugar nunca a interpretación opuesta a la jurídica, por consistir tan sólo en un criterio para interpretar las leyes o una modalidad especial, inherente a su naturaleza, en tanto el Derecho Tributario eleva a la categoría de presupuestos de hecho de sus obligaciones –por constituir índices o indicios de capacidad contributiva.*

*En síntesis, el método de la significación económica no habilita, por vía de integración analógica, y so pretexto de hacerlo mediante la interpretación extensiva de la ley, a abarcar en los presupuestos de hecho de la norma –generadores de la obligación tributaria y/o determinantes de una exención, y/o que hagan procedentes una minoración– otros distintos a los previstos por el legislador.*

### 14. La seguridad jurídica y el principio de tutela jurisdiccional efectiva

En su artículo “Seguridad Jurídica y Tributación”, publicado en la Revista Jurídica de la Universidad de Buenos Aires de 2001, número dedicado a Derechos Humanos y Tributación, desarrolló el alcance del principio como *principio, valor y derecho público subjetivo*.

En un homenaje al maestro uruguayo Ramón Valdés Costa<sup>49</sup>, sintetizó

<sup>49</sup> V. “El principio de igualdad en el Estatuto del Contribuyente (Paralelo entre el pensamiento del maestro uruguayo Ramón Valdés Costa y la doctrina y jurisprudencia de la República Argentina)”,

los estándares para dar contenido al principio con el de la '*igualdad de las partes en la relación jurídico-tributaria*', puntualizando:

- a) *Todo privilegio en favor del Fisco deberá estar respaldado por un fundamento constitucional o legal.*
- b) *La ley que conceda privilegios al Fisco, a su vez, deberá ajustarse a la Constitución, ajustándose a la garantía de razonabilidad.*
- c) *En la interpretación de las normas tributarias deberán abandonarse los criterios apriorísticos de abordar tal cometido con una disposición en favor o en contra del Fisco, como así también el dogma de la interpretación restrictiva de las exenciones o beneficios tributarios.*
- d) *Respetando 'el principio de reserva de ley' quedará descalificada la habilitación discrecional a la Administración para fijar las bases de cálculo de los tributos.*
- e) *La actividad determinativa de la Administración deberá estar sometida a la ley y minuciosamente reglada, ya que los funcionarios, tanto en este caso como al decidir los recursos administrativos que se interpongan, deben actuar valiéndose de la misma técnica de los jueces, más allá que sus resoluciones no constituyan sentencias que zanjen definitivamente las controversias.*
- f) *Las prerrogativas discrecionales para la verificación y fiscalización deberán estar acompañadas de las correlativas garantías en favor de los contribuyentes.*
- g) *La tutela jurisdiccional efectiva debe conducir a la derogación o atemperamiento de la regla 'solve et repete', en franco retroceso en la doctrina y el derecho comparado y en colisión con el art. 8, numeral 1, de la 'Convención Americana sobre Derechos Humanos'. Ello sin perjuicio de la ejecutoriedad del acto administrativo de determinación con posibilidad de recabar la suspensión de sus efectos en dicha sede o por orden judicial en tanto se acredite 'fumus boni iuris' y 'periculum in mora', brindando caución satisfactoria por los importes controvertidos...*

---

en *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, año 1997, número 3, ps. 57 y ss., en particular, ps. 93 a 96, Marcial Pons Ediciones, Madrid, 1997).

## 15. La acción de amparo

Casás dotó de contenido sustantivo y adjetivo a la acción de amparo prevista en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reglamentada por la ley 2145. El artículo 4, que fijaba un plazo para la interposición de la acción fue declarado inconstitucional por el Superior Tribunal de Justicia, por sentencia del 27 de diciembre de 2007 (“Gil Domínguez, Andrés”)<sup>50</sup>.

En su voto de la citada causa, considera, en lo sustancial, que la acción de amparo es el vehículo procesal constitucional para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales mismos, en tanto los demás medios adjetivos que ofrece la legislación se muestren inidóneos para prevenir o reparar eficazmente la afectación al derecho o interés comprometido (del art. 14 de la CCABA y 43 de la CN). Destaca que la acción de amparo en la Constitución porteña se convirtió *...en el alfa y omega en materia de garantías procesales para hacer efectivo, por igual, el principio de supremacía constitucional, como el derecho a la tutela judicial efectiva en tanto medio de salvaguarda de las libertades; derechos personales, fundamentales o preferidos, frente al fenómeno de concentración del poder.*

En un ensayo anterior, había advertido: *El trámite o proceso judicial mediante el cual debe canalizarse la pretensión en el amparo no debe tener exclusivamente un puro fin ordenador, sino que debe servir de instrumento para la realización efectiva de los derechos fundamentales*<sup>51</sup>.

La acción de amparo en la Constitución porteña se convirtió en el alfa y omega en materia de garantías procesales para hacer efectivo, por igual, el principio de supremacía constitucional, como el derecho a la tutela judicial efectiva en tanto medio de salvaguarda de las libertades; derechos personales, fundamentales o preferidos, frente al fenómeno de concentración del poder, no solo en los poderes públicos, sino en las organizaciones sociales y en las grandes corporaciones económicas...

---

<sup>50</sup> “Gil Domínguez, Andrés C/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”.

<sup>51</sup> “Tutela Jurisdiccional en Materia Tributaria”, en: III Jornadas Tributarias del Mercosur, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires, 1999, P. 486.

## 16. El solve et repete

En innumerables escritos cuestionó la vigencia del principio *solve et repete* como un privilegio establecido a favor del Fisco que obliga a pagar, previamente, el tributo como condición para discutir judicialmente su validez. Apartándose de la opinión de Jarach, sostuvo que la acción de repetición tributaria obedece, como en cualquier otra rama del derecho, a evitar, simplemente, que un pago indebido genere un enriquecimiento sin causa de parte de su perceptor.

Con referencia al *solve et repete*, en su voto en la causa: “Club Mediterranea”<sup>52</sup>, aclaró que, en el ordenamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no tiene cabida la apuntada regla, y que el sistema de acciones regulado en el Código Contencioso Administrativo y Tributario garantiza acabadamente el acceso a la jurisdicción, el derecho de defensa, el debido proceso y la protección judicial efectiva.

## 17. El efecto liberatorio del pago

En la causa Hotel Alvear<sup>53</sup>, retomó las reflexiones vertidas antes en su dictamen de la causa “Juan Pedro Insúa”, para señalar que lo concerniente a los efectos liberatorios del pago ha tenido un amplio campo de aplicación en materia tributaria fundamentalmente en dos supuestos. El primero, cuando se pretende aplicar un gravamen o un incremento tributario con efecto retroactivo y el contribuyente ya ha oblado éste u otro que abarcaba el mismo campo oposicional sobre la base de la legislación vigente al tiempo de la efectiva cancelación; el segundo, cuando la diferencia que se reclama proviene de un error determinativo de la propia Administración fiscal o de la rectificación de criterios interpretativos de las normas aplica-

<sup>52</sup> “GCBA c/Club Mediterranea s/ ejecución fiscal s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 27 de mayo de 2003.

<sup>53</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, causa “Alvear Palace Hotel S.A. s/ recurso de inconstitucionalidad concedido y su acumulado”, Sentencia del 16 de abril del 2008: Así, considero oportuno señalar que lo concerniente a los efectos liberatorios del pago han tenido un amplio campo de aplicación en materia tributaria fundamentalmente en dos supuestos. El primero, cuando se pretende aplicar un gravamen o un incremento tributario con efecto retroactivo y el contribuyente ya ha oblado éste u otro que abarcaba el mismo campo imposición al sobre la base de la legislación vigente al tiempo de la efectiva cancelación; el segundo, cuando la diferencia que se reclama proviene de un error determinativo de la propia Administración fiscal o de la rectificación de criterios interpretativos de las normas aplicables, lo que hace jugar concurrentemente con la anterior doctrina el principio de la estabilidad del acto administrativo de determinación.

bles, lo que hace jugar concurrentemente con la anterior doctrina el principio de la estabilidad del acto administrativo de determinación.

### 18. Requisitos para la acción de repetición

En “Bank Boston NA”<sup>54</sup>, causa en la cual se discutía si el acceso a la justicia por la vía impugnativa derivado de un reclamo de repetición imponía un plazo de caducidad de la acción, votó que el objeto de la acción de repetición es reparar el daño derivado de un pago sin causa, esto es, de un pago efectuado sin que mediara exigencia legal de hacerlo, y que, cuando se trata de pagos a requerimiento, los requisitos básicos de la acción de repetición son el pago del tributo y que el ingreso haya sido indebido y sin causa, por lo cual no corresponde incorporar pretorianamente ninguna otra exigencia adicional para el andamio de la acción, en tanto la repetición solo se dirige a la restitución de sumas indebidamente abonadas, precedidas por un requerimiento tributario. En la misma línea, en “Central Puerto S.A.”<sup>55</sup>, sentenció que la falta de Protesto no es recaudo necesario para repetir.

### 19. La prohibición de la analogía

En la causa “Hipódromo Argentino de Palermo S.A.”<sup>56</sup> se discutía la constitucionalidad de una Resolución del GCBA que había identificado por analogía los “ingresos provenientes de la venta de apuestas en hipódromo, canódromos y similares” los provenientes de la “comercialización de billetes de lotería y juegos de azar autorizados, cuando los valores de compra y de venta son fijados por el Estado”.

Señaló Casás que la resolución había avanzado aún más, ejercitando en plenitud una potestad tributaria normativa exclusiva de la Legislatura al fijar una base imponible especial y una alícuota diferenciada. Y declaró

<sup>54</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Cuidad Autónoma de Buenos Aires. “*Bank Boston NA c/ GCBA s/ repetición (art 457 CCAyT) s/ recurso de apelación ordinario concedido*”, sentencia 23 de diciembre del 2015.

<sup>55</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Cuidad Autónoma de Buenos Aires “*Central Puerto S.A. c/ GCBA s/ repetición (art. 457 CCAyT) s/ recurso de apelación ordinario concedido*” sentencia de 20 de febrero del 2008.

<sup>56</sup> “Hipódromo Argentino de Palermo SA c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, sentencia del 29 de junio de 2001.



su inconstitucionalidad afirmando: “Las posibles omisiones de una norma jurídica tributaria, en el sensible plano de la gravación o de la exoneración, deben ser salvadas por los órganos depositarios de la voluntad popular a los cuales la constitución ha deferido la titularidad exclusiva del poder tributario (“Solo el Congreso” – art. 17) y no a quienes se proclamen lúcidos o providenciales intérpretes del Espíritu de tales leyes, ya que, en este caso se afectaría no solo el principio esencial de la autoimposición ... sino también a la “seguridad”, en su doble manifestación de certidumbre de derecho y eliminación de la arbitrariedad ya que esta última y la seguridad son valores que se fundamentan mutuamente y que a su vez necesitan de la legalidad para articularse de modo eficaz”<sup>57</sup>.

## 20. La carga de la prueba

Como juez, no permaneció indiferente respecto de la búsqueda de la verdad objetiva que subyace en la controversia, recordando que la ley (la procesal que aplicaba: art. 29 inc. 2 del CCAyT), dentro de las facultades ordenatorias e instructorias propias de los jueces prescribe que *aun sin requerimiento de parte, los tribunales pueden (...) ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes*.

De allí extrajo, como principio, que la carga de probar se adjudica a la parte que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, aunque ello importe invertir el tradicional principio que preside tal aspecto procesal. Así, deberán computarse la aptitud y la comodidad de cada parte para prestar su ayuda a fin de esclarecer los hechos, teniendo en cuenta la posición dominante o privilegiada en que pueda encontrarse respecto de tales hechos o en relación fáctica con el *sustractum* litigioso<sup>58</sup>.

## 21. Frases selectas

En sus votos como en sus obras y, por supuesto, en su condición de orador, fue habitual rescatar de la historia frases emblemáticas:

---

<sup>57</sup> Ver antes su voto en “Asociación de Receptoría de Publicidad A.R.P c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 6 de septiembre de 2000.

<sup>58</sup> “Central Puerto S.A. c/ GCBA”, *op. cit.*

- “Nuestra Constitución está en vigencia, todo parece indicar que durará, pero lo único cierto es la muerte y los impuestos” (Benjamín Franklin).
- “Entre el hombre y su libertad se interponen diez mil leyes” (Rubén Darío).
- “Hace 2000 años, entre los hebreos, solo se contaban trescientos sesenta y cinco leyes condensadas en muy pocas hojas, pese a lo cual, el apóstol San Pedro ya las tuvo por intolerables” (José Luis Palma Fernández).
- “Cuando nos enteramos una década después del derecho judicialmente aplicable a nuestro caso, no hemos tenido acceso a la justicia sino a la historia” (Agustín Gordillo).
- “La majestuosa igualdad de la ley en Francia que se consagraba “prohibiendo tanto al rico cuanto al pobre dormir debajo de los puentes de París” (Anatole France).
- “Desde el año 1930 nos venimos acostumbrando a ver normal lo que es anormal. Como esas enfermedades que avanzan lentamente hasta que el delirio hace crisis y sobreviene la tragedia, aquí también las leyes, los decretos, reglamentos, resoluciones y hasta más de una sentencia nos han venido acostumbrando a aceptar como constitucional lo que no lo es” (Juan Carlos Luqui).
- “Vinieron también los publicanos (los recaudadores de impuestos) a bautizarse, y le dijeron: ‘Maestro, ¿qué debemos hacer?’. Él les dijo: ‘No exijáis más de lo que os está fijado’” (Evangelio según san Lucas, capítulo 3, versículos 12 y 13).
- “Me dijeron que en el Reino del Revés/ el contribuyente paga una y otra vez/ ya que el Fisco no comprende/ y cree que dos y dos son tres” (Casás)<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Así reescribió el conocido verso de María Elena Walsh en la causa “SA Importadora y Exportadora de la Patagonia SA Importadora y Exportadora de la Patagonia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA, 12 de noviembre de 2008, con la siguiente aclaración: la estrofa del verso de la escritora señalada en el texto transita en su origen con otra letra que deliberadamente he descartado hacer mía y donde puede leerse: “*Me dijeron que en el Reino del Revés/ nadie baila con los pies,/ que un ladrón es vigilante y otro es juez/ y que dos y dos son tres*”.

## **22. Epílogo**

Entregado a la tarea de preparar esta exposición, me pregunté, más de una vez, qué lo llevó a Casás a escribir con tanta enjundia. Probablemente no exista una única respuesta o, tal vez, la pregunta no tenga sentido pues, en definitiva, todo se resume en la afirmación de que las grandes obras son producto de los grandes hombres, y él lo era. Yo aventuro que en cada ensayo, libro o sentencia, se planteaba el desafío de alcanzar la perfección, pero también, me atrevo a señalar que sobrevuela en ellos una aspiración de trascendencia, no de su persona, pues la vanidad intelectual le resultaba ajena, sino la de los altos principios y valores que desarrolló al servicio del bien público.

La obra del Académico José Osvaldo Casás fue como su vida: límpida, intensa, profunda y principista.



# LA ACTIVIDAD DOCENTE DE JOSÉ OSVALDO CASÁS

POR PABLO REVILLA<sup>1</sup>

En primer lugar, quiero manifestar mi agradecimiento al Instituto de Derecho Tributario de esta Academia por la invitación que me ha cursado para hablar sobre la actividad docente desarrollada por el Académico Profesor Dr. José Osvaldo Casás.

De inicio, pienso que corresponde destacar una cualidad que, seguramente, compartimos todos lo que lo conocimos a José Casás. **La docencia lo apasionaba** y su práctica no la limitaba a las aulas, a las conferencias, a los libros o los artículos de doctrina. Practicó la docencia en sus votos como miembro del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sus dictámenes como Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su opiniones como asesor de la Comisión Federal de Impuestos, en los prólogos de los libros, en los informes como jurado de tesis o como tutor. No le alcanzaba fundar la decisión o la postura que adoptaba, necesitaba **hacer docencia** sobre el tema, exponerlo y desplegarlo de manera completa y exhaustiva, para que el lector contara con todas la información relevante de la materia bajo estudio.

Los trabajos de Casás, y cuando me refiero a “*trabajos*” lo uso para abarcar sus votos, dictámenes, informes, etc., son un compendio de la doctrina y la jurisprudencia existente al momento en que fueron escritos. Cuando recurrimos a ellos, tenemos la certeza que el tema de esa investigación fue agotado. Este es el grado de confianza que despierta su obra, la cual, como consecuencia, es de cita obligatoria en las materias que ha abordado.

---

<sup>1</sup> Disertación del autor en el Homenaje al Académico José O. Casás, rendido por el Instituto de Derecho Tributario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Desarrolló su actividad docente con intensidad y amplitud de criterio, pues lo hizo tanto en universidades públicas como privadas, confesionales o laicas, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del interior del país y del extranjero, manteniendo en todas ellas la excelencia académica y la coherencia intelectual.

Otorgaba especial relevancia al desempeño docente de una persona, a punto tal que en sus artículos de doctrina es común encontrar, junto a la cita de un determinado trabajo, la referencia del cargo universitario que detentaba su autor.

Alentó a muchos de nosotros a desarrollar la tarea docente, nos aconsejó de manera generosa e integró en los claustros de las distintas Universidades en las cuales dictaba clases. Bajo su empuje, recorrimos el país y pertenecer a la cátedra del Dr. Casás se transformó en nuestra mejor carta de presentación.

Se interesaba por nuestra formación y de manera constante seguía nuestros avances académicos. Era sumamente respetuoso de nuestros criterios y opiniones y valoraba el debate de ideas como un sano ejercicio intelectual.

A continuación, efectuaré una breve reseña de sus cargos docentes, para luego poner el foco en alguna de sus enseñanzas como profesor.

### **I. La actividad docente del Académico Dr. José Osvaldo Casás en universidades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

Su *alma mater* fue, sin duda, la Universidad de Buenos Aires. Culminó su carrera como Profesor Emérito de la Facultad de Derecho, cargo para el que fue designado por resolución del Consejo Superior 3.743, del 26 de marzo de 2008.

Previamente, se había desempeñado diez años como Profesor Titular Regular de la asignatura Finanzas Públicas y Derecho Tributario. El Jurado para acceder a la cátedra estuvo integrado por tres renombrados tributarios: el catedrático de la Universidad de Salamanca –Reino de España– y doctor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires, doctor Eusebio González García, el Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Rosario Doctor Mario Augusto Saccone y por el Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, José Carlos Bocchiardo.

Fue Director de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de esta Universidad desde 2016, por tres años, hasta su fallecimiento, y Subdirector durante 18 años, desde el 1° de febrero de 1998.

En esa Carrera tuvo a su cargo la materia “*Derecho Constitucional Tributario*” desde 1989, en la que a través de más de ciento cincuenta fallos de lectura obligatoria, los alumnos accedían a una visión completa de la postura de nuestros tribunales, en especial, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre los derechos y las garantías del contribuyente así como la distribución de potestades tributarias entre los distintos niveles de gobierno.

Se desempeñó también como Director del Centro de Estudios de Derecho Financiero y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, creado bajo su impulso por Resolución del Consejo Directivo de la Facultad 4.409, del 27 de septiembre de 2007. Este Centro emitió conocidas declaraciones sobre temas de actualidad tributaria<sup>2</sup>, entre ellas sobre:

- a) El procedimiento adoptado para la designación de los titulares de las vocalías vacantes del Tribunal Fiscal de la Nación.
- b) Los efectos nocivos de la ley 26.854 de medidas cautelares sobre la materia tributaria.
- c) La inconstitucionalidad de la ley impositiva para el año 2012 de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto estableció un tratamiento discriminatorio en el impuesto de sellos a los escribanos de extraña jurisdicción.
- d) Las facultades conferidas por la ley 11.683 a los cobradores fiscales para trabar embargos sobre cuentas bancarias sin contar con previa autorización judicial.

Fue miembro de la Comisión de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desde el 12 de julio de 2010; miembro de la Comisión de Profesores Eméritos de la Universidad de Buenos Aires desde el 5 de julio de 2010 en representación de la Facultad de Derecho, y miembro del Consejo de Redacción de la Revista Lecciones y Ensayos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires desde el año 2008.

---

<sup>2</sup> Estas declaraciones se encuentran publicadas en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-estudios-der-tributario/declaraciones.php>

Luego de un largo proceso administrativo y judicial, alcanzó el grado Docente Investigador Categoría I por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la Categorización de Régimen de Incentivos Docentes de Universidades Nacionales promovida por el Ministerio de Educación de la Nación. Para ello, debió recurrir a la justicia, con el objeto de impugnar las resoluciones recaídas en sede administrativa, y obtuvo sentencia favorable de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el 1º de abril de 2015<sup>3</sup>. Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso extraordinario federal interpuesto por el Ministerio de Educación<sup>4</sup> y luego el recurso de revocatoria incoado por la misma parte<sup>5</sup>.

También desarrolló una actividad prolífica en la Universidad del Salvador y en Universidad Austral.

En la Facultad de Ciencias Jurídicas de la primera también alcanzó el grado de Profesor Emérito, siendo designado por Resolución Rectoral N° 469 del 11 de septiembre de 2014. Había comenzado su carrera como Adjunto a Cargo de Cátedra en 1974, luego como Profesor Titular Ordinario de “*Finanzas y Derecho Financiero*” desde 1976 al 1998 y Titular Ordinario de la Cátedra Extracurricular de “*Finanzas Públicas*” del Centro de Institutos de Investigación de Ciencias Jurídicas de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas a partir del año 1999.

En la Universidad Austral se desempeñó como profesor de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, en el Programa de Actualización Tributaria y en la carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Tributario, en la que, además de la tradicional “*Bases Constitucionales de la Potestad Tributaria*”, dictaba una materia referida a un tema por el cual tenía singular aprecio, que era “*Ética y Tributación*”.

A la par del derecho tributario, otra rama que lo apasionaba era el derecho notarial y tuvo oportunidad de conjugar ambas cuando estuvo a cargo de la asignatura “*Derecho Tributario Notarial*”, en la Carrera de Especialización y Doctorado en Derecho Notarial de la Universidad Notarial Argentina, cargo que desempeño a partir del año 1981.

---

<sup>3</sup> Expediente N° 25.269/11.

<sup>4</sup> Sentencia del 14 de julio de 2015.

<sup>5</sup> Sentencia del 27 de octubre de 2015.



## **II. La actividad docente del Académico Dr. José Osvaldo Casás en universidades del interior del país**

Coherente con su idea de federalismo, José Casás se ocupó de fomentar la difusión y el estudio del derecho tributario en el interior del país, para lo cual colaboró en varios postgrados a lo largo de la República.

Integró el cuerpo docente de las Carreras de Especialización en Derecho Tributario o Finanzas Públicas de las siguientes universidades:

- 1) Nacional de Tucumán.
- 2) Católica de Salta.
- 3) Nacional de Rosario.
- 4) Pontificia Universidad Católica de Rosario.
- 5) Nacional del Litoral.
- 6) Nacional de la Matanza
- 7) Nacional de Córdoba.
- 8) Blas Pascal.
- 9) Nacional del Sur.

En alguna de estas Carreras de Posgrado integró el Comité Académico, como es el caso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, de la Católica de Salta, de la Universidad Austral, de la Católica del Rosario y de la Universidad del Salvador.

Finalmente, fue codirector del Doctorado en “*Derecho Público y Economía de Gobierno*”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, compartiendo el cometido con la Profesora María Graciela Reiriz, a partir de su creación en el año 1999.

Con idéntico pensamiento federal, presidió el IV Encuentro Nacional de Profesores de Finanzas Públicas, Derecho Financiero y Derecho Tributario, organizado por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, en julio de 2012; e integró el Comité Científico de la quinta edición de ese Encuentro.

### **III. La participación del Académico Dr. José Osvaldo Casás en Consejos de Redacción o Comités Científicos de Publicaciones**

A su actividad docente no estuvo ajena la tarea de formar parte de los consejos de redacción de publicaciones destinadas a la difusión del conocimiento del derecho tributario, entre ellas:

- 1) La Revista Tributaria de las Américas, órgano de la Academia Tributaria de las Américas, a partir de 2010;
- 2) La Revista del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario;
- 3) El Boletín de Información Tributaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración de la Universidad San Pablo Ceu, Madrid;
- 4) La Revista Argentina de Derecho Tributario de la Universidad Austral;
- 5) La Revista Euroamericana de Derecho Tributario, Madrid;
- 6) La Revista de Actualidad en el Derecho Público, Buenos Aires;
- 7) La Revista Iberoamericana de Derecho Tributario, Madrid.

### **IV. La actuación del Académico Dr. José Osvaldo Casás como jurado docente**

Intervino como jurado en la designación de profesores, por concursos de antecedentes y oposición, en varias Universidades de gestión pública, entre ellas: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán; Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa; y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (en todos estos casos en el año 2005); Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (2003); Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (2002 y 2009); Universidad Nacional de Catamarca y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (en ambos casos en el año 2001).

También fue convocado para integrar tribunales de tesis doctorales en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; Facultad de Derecho de

la Universidad Nacional de Rosario; Facultad de Derecho de la Universidad Kennedy; Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador; Facultad de Derecho de la Universidad de Tarragona, Reino de España; y Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, Reino de España.

### **V. La actuación del Académico Dr. José Osvaldo Casás como padrino de Tesis Doctorales**

Actuó como padrino en las siguientes tesis doctorales:

1. Del Dr. Santiago Alejandro Núñez, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, titulada “*La doble o múltiple imposición tributaria. El contribuyente frente a los avances de los fiscos locales*”. Defendida el día 28 de octubre de 2011 frente al Tribunal conformado por los doctores Rodolfo R. Spisso, Marcos F. García Etchegoyen y Gustavo J. Naveira de Casanova. Aprobado.
2. Del Dr. Leonardo Szachniuk, por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, titulada “*Los recursos tributarios del Estado en la Reforma Constitucional de 1994. La coparticipación federal de impuestos*”. Codirector junto a Pedro M. Rougés. Defendida el día 28 de octubre de 2010 frente al Tribunal conformado por los doctores Aníbal O. Berteau, Horacio G. Corti y Gustavo J. Naveira de Casanova. Aprobado con 10 *Suma Cum Laude*.

### **VI. La actuación del Académico Dr. José Osvaldo Casás como conferenciante y/o panelista sobre temas tributarios**

Dictó conferencias o integró paneles en más de 36 instituciones, entre otras:

- 1) Senado de la Nación;
- 2) Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación;
- 3) Tribunal Fiscal de la Nación;
- 4) Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;
- 5) Senado de la Provincia de Buenos Aires;

- 6) Ministerio de Economía y Finanzas de la Provincia de Córdoba;
- 7) Ministerio de Economía y Finanzas de la Provincia de Mendoza;
- 8) Tribunal Fiscal de Apelación de la Provincia de Buenos Aires;
- 9) Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;
- 10) Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;
- 11) Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;
- 12) Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;
- 13) Foro Federal Permanente de Fiscales de Estado de la República Argentina;
- 14) Consejo Federal de Inversiones;
- 15) Asociación de Derecho Comparado;
- 16) Unión Industrial Argentina;
- 17) Bolsa de Comercio de Rosario;
- 18) Instituto para el Desarrollo Empresarial Argentino (IDEA);
- 19) Instituto de las Finanzas Públicas Argentinas;
- 20) Instituto Argentino de Cultura Notarial;
- 21) Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires;
- 22) Instituto de Derecho Tributario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires;
- 23) Academia Nacional del Notariado;
- 24) Centro Argentino de Ingenieros;
- 25) Asociación de Derecho Público del Mercosur;
- 26) Asociación Argentina de Derecho Administrativo; Asociación Argentina de Estudios Fiscales;
- 27) Asociación Bonaerense de Estudios Fiscales;
- 28) Centro de Estudios en lo Penal Tributario;

- 29) Asociación Argentina contra la Contaminación Ambiental;
- 30) Centro de Estudios Tributarios para América Latina (CETAL);
- 31) Asociación Latinoamericana de Administración Pública;
- 32) Asociación Mutual Federal de Empleados de la Dirección General Impositiva;
- 33) Rotary Club;
- 34) Fundación de Estudios Comparados,
- 35) Seminarios de Actualización La Ley;
- 36) Instituto de Estudios Tributarios, Aduaneros y de los Recursos de la Seguridad Social de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

#### **VII. La actuación del Académico Dr. José Osvaldo Casás como conferenciante y/o panelista sobre temas tributarios en Universidades Nacionales y Extranjeras**

Expuso en las siguientes universidades del exterior:

- 1) Universidad de Salamanca;
- 2) Universidad Complutense;
- 3) Universidad Central de Barcelona;
- 4) Universidad de Vigo –España–;
- 5) Universidad de la República –Uruguay–;
- 6) Universidad Federal de Bahía –Brasil–;
- 7) Seconda Università degli Studi Di Napoli, –Italia–;
- 8) Universidad Panamericana;
- 9) Universidad Nacional Autónoma de México;
- 10) Universidad Autónoma de Durango –México–;
- 11) Universidad de los Andes –Colombia–;
- 12) Universidad Católica de Guayaquil –Ecuador–.

Y también lo hizo en otras tantas universidades nacionales, entre ellas: Universidad de Buenos Aires; Universidad del Salvador; Universidad Católica Argentina; Universidad Católica del Rosario; Universidad Católica de Salta; Universidad Católica de Córdoba; Universidad Austral; Universidad Nacional de Córdoba; Universidad Nacional del Litoral; Universidad Nacional de Tucumán; Universidad Nacional de Rosario; Universidad Nacional de Mar del Plata; Universidad Nacional de la Matanza; Universidad Notarial; Universidad de Belgrano; Universidad de Palermo; Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales; Universidad Torcuato Di Tella; Universidad Nacional de Lomas de Zamora; Universidad Nacional del Sur; entre otras.

### **VIII. La actuación del Académico Dr. José Osvaldo Casás como disertante en Colegios y Consejos Profesionales del país**

El Dr. Casás entendía la necesidad de complementación en el trabajo de contadores y abogados en el abordaje de los conflictos tributarios y por ello disertó para ambas disciplinas en diversos Colegios y Consejos Profesionales.

Respecto de los Colegios de Abogados, podemos citar los siguientes:

1. Federación Argentina de Colegios de Abogados;
2. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal;
3. Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires;
4. Asociación de Abogados de Buenos Aires;
5. Colegio de Abogados de La Plata;
6. Colegio de Abogados de San Isidro;
7. Colegio de Abogados de Morón;
8. Colegio de Abogados de Mar del Plata;
9. Colegio de Abogados de Rosario;
10. Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba;
11. Colegio de Abogados de la Provincia de San Juan.

En lo atinente a los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, contaron con su presencia los siguientes:

1. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

2. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Bs. Aires;
3. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Córdoba;
4. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Tucumán;
5. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de San Juan;
6. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Santa Fe;
7. Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Capital Federal.

También participó activamente en distintas ediciones de las Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, y fue encargado del Informe Nacional por la Argentina en la vigésimo quinta jornada (Cartagena de Indias, Colombia, en 2010); en la vigésimo segunda jornada (Quito, Ecuador, en 2004) y en la décimo novena jornada (Buenos Aires, en 1989).

### **IX. Breve referencia a la doctrina del Académico Dr. José Osvaldo Casás**

El Dr. Casás escribió más de 120 ensayos y artículos de doctrina, cuya enumeración excede el objeto de este trabajo, publicados en revistas nacionales y extranjeras, mientras que fue autor o coautor de más de cuarenta libros.

Escribió más de quince prólogos de libros publicados por autores nacionales y extranjeros, entre ellos, la octava edición del *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, de Héctor B. Villegas, publicado por Editorial Astrea en el año 2002 y a la primera edición de *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, de Mauricio A. Plazas Vega publicado por Editorial Temis, Bogotá, año 2017.

### **X. Las enseñanzas docentes del Académico Dr. José Osvaldo Casás**

Con este marco de referencia quisiera poner el foco en tres temas frecuentes de las clases del Dr. José Casás para destacar, como ya señalé, su

coherencia intelectual. En efecto, no existían discordancias entre lo que enseñaba en las aulas y aquello que sostenía en sus sentencias, dictámenes o informes.

### *X.a. Respetto del principio de reserva de ley*

El principio de reserva de ley era uno de los tópicos sobre los cuales más frecuentemente exponía en sus clases y se dedicó exhaustivamente a su investigación, a punto tal que le valió, al menos, el reconocimiento en cuatro premios:

1. El “Accesit” del Primer Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, bienio 2001-2003, por el libro: *“Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente (A partir del principio de reserva de ley tributaria)”*, Editorial Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 2002.
2. Premio “Facultad” del año 2001, que distingue a la mejor tesis del año y que reúna un mérito excepcional, otorgado por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, según Resolución N° 1178/03 del 19 de agosto del 2003. La misma versó sobre: *“El principio de reserva de ley en materia tributaria”*.
3. Premio “Dino Jarach” a la personalidad tributaria internacional del año 2002, por la publicación de su obra: *“Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente (A partir del principio de reserva de ley tributaria)”*, otorgado por la Academia Brasileña de Derecho Tributario, entregado en San Pablo el 6 de junio de 2003.
4. Premio “Asociación Argentina de Estudios Fiscales 2003” en la categoría libro por su obra *“Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente (A partir del principio de reserva de ley tributaria)”*.

Casás resaltaba la importancia de este principio como pilar del estado de derecho en materia tributaria y su obligatorio cumplimiento en cada uno de los elementos constitutivos del tributo, en doctrina que nuestro máximo Tribunal ratificó expresamente el año 2006 en *“Nación AFJP c/Tucumán, Provincia de”*<sup>6</sup> y en el año 2014, respecto de los tributos aduaneros, en *“Camaronera Patagónica”*<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Fallos: 329:1554.

<sup>7</sup> Fallos: 337:388.



Recurrió a este principio en el octavo acápite de su dictamen del año 1986 en la causa “*Juan Pedro Insúa*”<sup>8</sup>, para fundar la posición de la doctrina contemporánea contraria a las normas tributarias retroactivas y tuvo oportunidad de volver sobre la vigencia de este principio en uno de sus últimos votos, el 26 de octubre de 2018, en la causa “*Banco de Valores SA c/ GCBA s/ impugnación actos administrativos s/ recurso de apelación ordinario concedido*”<sup>9</sup>, al sostener que las diferencias de cambio por tenencia de moneda extranjera no están alcanzadas por el impuesto sobre los ingresos brutos, pues no derivan del ejercicio de ninguna actividad ni constituyen una contraprestación, conforme lo establecido en los artículos 119 y 143 del Código Fiscal de la Ciudad Autónoma.

### ***X.b. Respetto de los principios de generalidad e igualdad***

Otras garantías constitucionales de frecuente desarrollo en sus clases eran la generalidad y la igualdad en materia tributaria, para lo cual se basaba en dos clásicos ensayos suyos, publicados sucesivamente en los años 1996 y 1997.

El primero, del año 1996, que lleva como título “*El principio constitucional de generalidad en materia tributaria*”<sup>10</sup>, en el que se dedica a exponer los conflictos que presenta esta garantía frente a la interpretación de las exenciones y a los beneficios promocionales. Respecto de este último tópico, esto es, los beneficios promocionales, había tenido oportunidad de dictaminar el 9 de abril de 1985 como Procurador Fiscal en la causa “*Maderas Martini*”<sup>11</sup>, cuyos términos la Corte compartió e hizo suyos, sosteniendo una interpretación estricta de éstos, cuyo alcance debe surgir expresamente de la ley, pues constituyen “*privilegios*” en los términos del art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional.

El segundo trabajo, nombrado “*El principio de igualdad en el Estatuto del contribuyente*”<sup>12</sup> recibió la “*Mención Especial Premio Asociación Ar-*

---

<sup>8</sup> Fallos: 310:1961, dictamen del 3 de noviembre de 1986.

<sup>9</sup> Expte. n° 12679/15.

<sup>10</sup> Publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Tributario, EDERSA, Madrid, 1996, ps. 165/185.

<sup>11</sup> Publicado en Fallos: 307:1083.

<sup>12</sup> Publicado en la colección Derecho Tributario, Tomo XV, ps. 156 a 168, julio—diciembre 1997.

*gentina de Estudios Fiscales*” del año 1998. Con acierto pedagógico, destacaba Casás la división de la igualdad ante la ley, en la ley, por la ley, de las partes de la relación jurídica tributaria, y en la interpretación y aplicación de la ley, garantía que tuvo ocasión de examinar en su voto de la causa “*Cámara Argentina de Supermercados*”<sup>13</sup>, sentencia del 27 de mayo de 2003. Defendió allí la constitucionalidad del art. 52, punto 15, de la ley (CABA) 746 (Ley Tarifaria para el año 2002), en cuanto establecía una alícuota del impuesto sobre los ingresos brutos para los supermercados e hipermercados superior a la fijada para actividades desarrolladas por otros vendedores minoristas en el mismo ramo de actividad.

Sostuvo allí que “...*la consideración de los hipermercados y supermercados con cierta superficie habilitada, y en forma diferencial de los demás comerciantes minoristas que venden idénticos productos, no parece irracional ni lesiva a las pautas de proporcionalidad o igualdad en la ley, al conformarse grupos o categorías de contribuyentes en función de la envergadura económica de los sujetos obligados, sometiéndolos a una imposición diferencial que puede intentar igualar horizontalmente a operadores económicos de un mismo mercado*” (cfr. punto 9 de su voto, subrayado agregado.).

### ***X.c. Coparticipación federal***

Por último, el reparto de potestades tributarias entre la Nación y las provincias, junto a la coordinación vertical en su ejercicio por medio de la ley de coparticipación representaba otro tema de frecuente dictado en sus clases.

Para eso, recurría a su memoria prodigiosa respecto de las distintas leyes de unificación y coparticipación, con los tributos incluidos en cada una de ellas, los porcentajes de distribución, y sus posteriores reformas.

Pero en estos casos la explicación no se limitaba al texto de la ley sino que incluía el relato minucioso de la historia que había precedido a su dictado, la cual, en algunos casos, lo tuvo como testigo, y por ese medio podía entenderse la lógica que había motivado al legislador a adoptar tal o cual decisión, el acuerdo político que subyacía o la reparación histórica que se buscaba.

---

<sup>13</sup> Expte. n° 1869/02 “Cámara Argentina de Supermercados s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Cámara Argentina de Supermercados c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”

Tenía una postura crítica respecto del incumplimiento del plazo fijado para el dictado de una nueva ley de coparticipación en la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional, y denunciaba que el federalismo de los papeles había sido reemplazado por el unitarismo de la caja, lo cual provocaba un “*alineamiento*” de las autoridades locales al gobierno central.

Su crítica se extendía también a la coparticipación provincial y a la distribución de los recursos provinciales entre los municipios. Señalaba que las provincias, ante la imposibilidad de aportar mayores fondos a sus municipios, les daban una especie de “*patente de corso*” para que se las arreglen como puedan en materia tributaria. Frente a estos desbordes, propiciaba un mayor control por parte de la Comisión Federal de Impuestos y sostenía que este organismo debía estar integrado también por contribuyentes de los distintos sectores, para cumplir acabadamente con su función de contralor y coordinación.

Cuestionó, en esta línea, el establecimiento de pagos a cuenta (anticipos, retenciones o percepciones) desproporcionados y abusivos, que excedían el importe del tributo efectivamente adeudado y generaban constantes saldos a favor de los contribuyentes.

Así lo hizo respecto del impuesto sobre los ingresos brutos, en su voto de la causa en “*SA Importadora y Exportadora de la Patagonia s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘SA Importadora y Exportadora de la Patagonia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’*”<sup>14</sup>, que cuenta con citas variopintas, desde el Evangelio según San Lucas hasta párrafos de la canción “*El reino del revés*”, de María Elena Walsh.

En ese voto, del año 2008, reitera lo que había afirmado como Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación doce años antes, el 30 de diciembre de 1986, cuando sostuvo: “*Toda prestación pública que se exija sistemáticamente por la Administración Fiscal, por encima del monto del tributo definido por el legislador que, en definitiva, se adeude, perdiendo su fundamento esencialmente impositivo para convertirse en un fenómeno exclusivamente financiero a partir de deudas inexistentes, importa alterar las bases éticas y jurídicas del derecho de recaudar, transfigurando, por medio de artilugios técnicos propios de alquimistas, la contribución común exigida por la ley a todos los ciudadanos para el levantamiento de las cargas públicas, en un verdadero despojo*”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Sentencia del 12 de noviembre de 2008.

<sup>15</sup> Dictamen publicado en Fallos: 310:714.

## **XI. Consideraciones finales**

José Casás tenía una peculiar habilidad para utilizar expresiones que dejaban grabado en los oyentes o en los lectores el concepto fundamental que perseguía en su exposición.

En tal sentido, la expresión “*El avance de la Nación no dejó terrenos baldíos en materia tributaria*” graficó, con elocuencia, el fenómeno de la expansión de los tributos del Estado Central a partir del año 1891 y la imposibilidad de los estados locales de crear nuevos gravámenes sin caer en un cotejo de analogía prohibido por los regímenes de unificación y luego de coparticipación.

El “*travestismo tributario*” fue otro giro empleado para alertar sobre el peligro de las tasas en las que el legislador omite definir el servicio concreto e individualizado que habrá de ser prestado sobre un acto o bien no menos concreto e individualizado, para desdibujarse así en prestaciones genéricas, en las que no resulta posible identificar con certeza cuál es la actividad estatal que se está remunerando. De esta forma, se pierde toda certeza sobre la naturaleza del tributo exigido y el contribuyente no puede controlar si el servicio es prestado o puesto a disposición.

El “*laberinto de la coparticipación*” lo usó para ilustrar sobre el desmadre de nuestro régimen de coordinación vertical, en el cual, a lo largo de los años, las detracciones a la masa coparticipable, las asignaciones específicas y los pagos a cuenta fueron parches que quitaron toda lógica al régimen de reparto y dificultaron el avance hacia una distribución en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada uno de estados federados, como se establece en nuestra Constitución a partir del año 1994.

En síntesis, José Casás ha marcado, para todos aquellos que lo acompañamos en su labor docente, un sendero de entrega, compromiso y abnegación. Esperemos contar con la fuerza y la sabiduría para continuarlo.

Muchas gracias.

Buenos Aires, 9 de diciembre de 2019

VISTO que el día 8 de diciembre ha fallecido el académico titular doctor Hugo Caminos,

CONSIDERANDO que el doctor Hugo Caminos ha sido académico titular desde el año 1995, y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del martes 10 de diciembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Hugo Caminos.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Rendir honores al doctor Hugo Caminos en la próxima reunión de la Academia, a realizarse el día 26 de marzo de 2020.

ARTÍCULO 4°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Roberto E. Luqui  
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 3/2019



# DESPEDIDA

POR ROBERTO E. LUQUI

En representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tengo la triste misión de despedir los restos mortales del profesor Hugo Caminos.

Voy a ser breve, aun cuando deba reconocer que estas pocas y mal hilvanadas palabras no se corresponden con la larga vida y extensa producción científica de nuestro querido amigo y miembro emérito de la corporación.

El profesor Caminos nos deja varios legados. El primero, su obra sobre los derechos del mar, tan vasta y profunda como importante, en estos momentos en que la globalización vincula cada vez más a las naciones, y se suscitan conflicto por la navegación en los mares. La República Argentina tiene un extenso litoral marítimo, tal vez uno de los mayores del mundo. No sería por ello extraño que haya suscitado el interés del profesor Caminos. Pero su obra va mucho más allá de los problemas locales, pues abarca los más variados temas del derecho internacional.

El segundo legado es su actuación en los foros internacionales más importantes del mundo. Ha sido un gran honor que un miembro de nuestra academia haya integrado el Tribunal Internacional de los Derechos del Mar, en Hamburgo, la Academia Derecho Internacional de la Haya, el Institut de Droit International, el Curatorium del Instituto de Derecho Internacional Público de la Universidad de Thesalónica y otros organismos de la mayor jerarquía científica e institucional.

Además, no podemos dejar de señalar su labor docente como profesor de derecho internacional público en la Universidad de Buenos Aires desde 1955, y como director del Instituto de Derecho Internacional de nuestra Academia.

El profesor Caminos también tuvo una importante actividad diplomática. Fue embajador de nuestro país en la República hermana de Brasil y Subsecretario de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos

Señores: las obras científicas quedan como testimonio de su talento y de su esfuerzo. El desempeño de los cargos que ocupó estoy seguro que ha sido valorado por quienes tuvieron la fortuna de haber pertenecido a las instituciones donde él aportó su sabiduría, su experiencia y su vasta cultura.

Pero, como miembro de la Academia Nacional de Derecho y amigo del profesor Caminos, también quiero poner en relieve su señorío, su personalidad, su prudencia, su buen criterio. Es una pérdida invaluable para nuestra corporación. Quiera Dios recibirlo con los beneficios de quienes han aportado en su paso de la vida tantos bienes espirituales.



VI  
DECLARACIÓN



## DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES ANTE LA SITUACIÓN EN VENEZUELA

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera necesario expresar su preocupación ante el deterioro institucional que atraviesa la nación hermana de Venezuela, en el marco de un proceso político por el cual la administración de ese país ha mutado en un verdadero régimen de facto, sin Estado de Derecho.

Esta Academia advierte que el gobierno del presidente Nicolás Maduro es inconstitucional, minoritario y fraudulento, y se ha convertido en un sistema autoritario que busca la perpetuación en el poder no obstante la ilegitimidad de su ejercicio.

Países del concierto internacional, entre ellos Estados Unidos, Canadá, Alemania, España, Francia, Gran Bretaña y Australia, así como la Argentina y demás integrantes del Grupo de Lima, han reconocido al dirigente Juan Guaidó como “presidente encargado” de Venezuela.

Ante esa situación, se torna necesario una acción colectiva decidida por el sistema interamericano, conformada por naciones del continente, a fin de que se restablezcan la paz y la calidad de vida de los venezolanos, un pueblo que requiere de una acción humanitaria urgente ante las privaciones y suplicios diarios que enfrenta.

El sistema interamericano cuenta con la Organización de Estados Americanos (OEA) y con la Carta de Lima para actuar con realis-

ta apreciación de este colapso institucional, haciéndolo con energía y sobre todo con efectividad en los resultados de un accionar que no debe postergarse por más tiempo. Estamos, pues, ante una grave cuestión de Derecho Internacional Público Universal y Humanitario.

En caso contrario, y de no adoptarse iniciativas con la energía jurisdiccional que compete en el caso, se corre el riesgo de pasar a una instancia de mayores daños que podrían propagarse a otros países, tras el oculto estímulo que alienten los cómplices de regímenes que se complacen en renegar de la esforzada conquista del Estado democrático, republicano y de justicia que es propio de la era constitucional, en pro del Derecho político y representativo, con plena libertad y amplias garantías y seguridades: la seguridad personal, la seguridad social, la seguridad jurídica y la seguridad cultural, entre otras protecciones del bienestar.

Buenos Aires, 8 de febrero de 2019

Jorge R. Vanossi

Académico Presidente

# ÍNDICE

## ANALES 2019

### I. INCORPORACIONES

#### **Incorporación del Académico Titular doctor Carlos A. Etala**

- Discurso de recepción por el Académico doctor Jorge R. Vanossi . . . . . 17
- Problemas centrales en la solución de los conflictos y las controversias laborales.* Disertación pronunciada por el doctor Carlos A. Etala en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 25 de abril de 2019 . . . . . 21

#### **Incorporación del Académico Titular doctor Marcelo Gebhardt**

- Discurso de recepción por el Académico doctor Héctor Alegria . . . . . 33
- Los nuevos signos del derecho societario argentino.* Disertación pronunciada por el doctor Marcelo Gebhardt, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 27 de junio de 2019 . . . . . 37

#### **Incorporación del Académico Titular doctor Eduardo M. Quintana**

- Discurso de recepción por el Académico doctor Juan Carlos Cassagne. 63
- Legislación e interpretación: ¿una relación controvertida?* Disertación pronunciada por el doctor Eduardo M. Quintana en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 22 de agosto de 2019 . . . . . 73

#### **Incorporación del Académico Titular doctor Rubén H. Compagnucci de Caso**

- Discurso de recepción por el Académico doctor Alberto J. Bueres . . . . . 91

*Enriquecimiento sin causa.* Disertación pronunciada por el doctor Rubén H. Compagnucci de Caso en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 12 de septiembre de 2019 ..... 99

**Incorporación del Académico Correspondiente en Colombia doctor Libardo Rodríguez Rodríguez**

Discurso de recepción por el Académico doctor Juan Carlos Cassagne .. 121

*El principio del equilibrio económico en los contratos públicos: una visión del derecho comparado.* Disertación pronunciada por el doctor Libardo Rodríguez Rodríguez en oportunidad de su incorporación como Académico Correspondiente en Colombia, en la sesión pública del 24 de septiembre de 2019 ..... 127

**II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS**

*Formas en el derecho.* Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 11 de abril de 2019 ..... 183

*Manipulaciones para perfeccionar la raza humana.* Comunicación del Académico doctor Eduardo A. Sambrizzi, en la sesión privada del 9 de mayo de 2019 ..... 197

*La realidad como fundamento del derecho.* Comunicación del Académico doctor Siro De Martini, en la sesión privada del 23 de mayo de 2019 ..... 209

*El lenguaje en el Código Civil y Comercial Argentino.* Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 13 de junio de 2019 ..... 227

*La extinción del dominio por enriquecimiento sin causa.* Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 11 de julio de 2019 ..... 283

<i>Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1959-2019).</i> Comunicación del Académico doctor Alfonso Santiago, en la sesión privada del 8 de agosto de 2019 . . .	299
<i>Los Derechos Humanos y el Régimen Constitucional de los Tratados.</i> Comunicación del Académico doctor Alberto R. Dalla Via, en la sesión privada del 26 de septiembre de 2019 . . . . .	357
<i>Volver al futuro. La ley 27.500 y el recurso de inaplicabilidad de la ley.</i> Comunicación del Académico doctor Enrique M. Falcón, en la sesión privada del 10 de octubre de 2019 . . . . .	371
<i>El consentimiento informado y sus límites.</i> Comunicación del Académico doctor José W. Tobías, en la sesión privada del 24 de octubre de 2019 . . . . .	385
<i>Enfoques procesalista y contractualista del arbitraje comercial.</i> Comunicación del Académico doctor Julio César Rivera, en la sesión privada del 14 de noviembre de 2019 . . . . .	407
<i>El daño reparable y el fenómeno de atipicidad.</i> Comunicación del Académico doctor Alberto J. Bueres, en la sesión privada del 28 de noviembre de 2019 . . . . .	437
<i>Actualidad constitucional del Reino Unido. ¿Una nueva Constitución?</i> Comunicación del Académico doctor Alberto B. Bianchi en la sesión privada del 5 de diciembre de 2019 . . . . .	453

### III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo . . . . .	515
Instituto de Derecho Civil . . . . .	519
Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”. . .	523
Instituto de Derecho Empresarial . . . . .	525

Instituto de Derecho Internacional Público . . . . .	535
Instituto de Derecho Penal . . . . .	537
Instituto de Derecho Procesal . . . . .	539
Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social . . . . .	541
Instituto de Derecho Tributario . . . . .	543

#### IV. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

Palabras del académico doctor Héctor Alegria en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el acto de fundación de la Academia Nacional de Derecho de Uruguay, realizado el día 2 de diciembre en la República Oriental del Uruguay . . . . .	547
---	-----

#### V. HOMENAJES

<i>Doctor José O. Casás</i> . Resolución del 11 de febrero de 2019 . . . . .	553
Homenaje al Académico doctor José O. Casás, realizado por el Instituto de Derecho Tributario en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el día 31 de octubre de 2019.	
<i>Apertura</i> . Por Rubén O. Asorey . . . . .	555
<i>Despedida</i> . Por Enrique Bulit Goñi . . . . .	557
<i>La obra y la jurisprudencia de José Osvaldo Casás</i> . Por Alberto Tarsitano . . . . .	571
<i>La actividad docente de José Osvaldo Casás</i> . Por Pablo Revilla . . .	589
<i>Doctor Hugo Caminos</i> . Resolución del 9 de diciembre de 2019 . . . . .	605
Palabras pronunciadas por el Académico doctor Roberto E. Luqui en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico doctor Hugo Caminos . . . . .	607



---

VI. DECLARACIÓN

Declaración sobre Venezuela ..... 611

