

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO LXVI - NÚMERO 59
2021



BUENOS AIRES

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO LXVI - NÚMERO 59
2021



THOMSON REUTERS
LA LEY

BUENOS AIRES



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

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

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

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 – 7 de octubre – 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 59.

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 Personalísimos. Obra en homenaje al académico Santos Cifuentes.*
- 19.- *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*
- 20.- *Las nuevas tecnologías y el derecho.*
- 21.- *Estudios sobre Obligaciones y Responsabilidad Civil en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

- 1.- *Estudios de Derecho Civil.*
- 2.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*
- 3.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2020.*

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.*
- *El derecho procesal, hoy y mañana.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*
- *Temas de Derecho individual y colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social.*

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

Vocales

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Académico Dr. José W. Tobías

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

Académico Dr. Marcelo Gebhardt

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 Alegría	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
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
Dr. Alejandro Borda	Lisandro Segovia	9 diciembre 2021
Dra. Frida Armas Pfrirter	Manuel Quintana	9 diciembre 2021

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
Dr. Ricardo Rivero Ortega	España	12 agosto 2021

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante

Presidente Provisorio, Decano
de la Facultad de Derecho

Acta n° 1 del 7-10-1908

Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio 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. Gregorio Badeni
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. Francisco Canale
Dr. Hugo Caminos
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 Larguía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff

Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma
Dr. Julio César Otaegui
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. José D. Ray
Dr. Juan Carlos Rébora

Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto Rodríguez Galán
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Félix A. Trigo Represas
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Urriburu
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

COMUNICACIONES
EN SESIONES PRIVADAS

UNA RESPUESTA SOLIDARIA ANTE LA CRISIS EMPRESARIAL NACIDA DE LA PANDEMIA: UN APORTE DESDE EL ÁMBITO CONCURSAL

POR MARCELO GEBHARDT (*)

I. Introducción (**)

La solidaridad como valor, en el medio de la sociedad sufriente, con innumerables empleos perdidos y miles de empresas cerradas o a punto de hacerlo en el país, es una virtud inspiradora, que aspira a ser considerada una contribución a la morigeración del dolor social.

Para este análisis hay bases insoslayables (que teñirán este trabajo centrado en la debacle generalizada de las empresas), a saber: 1) que nadie se salvará solo de esta catástrofe (1); 2) que es imperioso un esfuerzo colectivo para superar las crisis empresarias y 3) que, por fin, son insuficientes las soluciones clásicas o “de mercado”, previstas en la legislación general concebida para responder a los casos de insolvencia usuales.

Esas bases me llevarán —lo adelanto, pues ayudará a comprender el hilo del discurso que sigue— a proponer una solución que no debe ser general, sino enfocada a cada caso de los numerosísimos en que se ha evidenciado en forma concreta la crisis; y que dicha solución debe tener como sustento —y necesaria impronta— la honestidad individual y el

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 22 de abril de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) Discurso del Papa Francisco del 27 de marzo de 2020, pronunciado en la soledad de una lluviosa tarde en Plaza San Pedro.

compromiso colectivo de la solidaridad, con el consecuente esfuerzo que ello supone.

Es que la solidaridad es, en la emergencia, el valor humano que permite el encuentro de voluntades para enfrentar el padecimiento que trajo la peste; y en lo que aquí interesa, lo que puede contribuir eficazmente al salvataje de empresas afectadas y a la preservación del empleo.

Es bueno también puntualizar que la solidaridad, que será la herramienta de esta reflexión académica, debe ser entendida como una virtud moral y una excelsa actitud social. Ella no apunta a dar la espalda al capitalismo, sino a enarbolar un valor esencial de la convivencia humana que permita escapar de su hijo bastardo: el capitalismo salvaje (2). En definitiva, aspiramos a la configuración —a la salida de la crisis— de una sociedad más sana (justa y equitativa) y más digna.

II. Auxiliar a las empresas afectadas por el cierre de la economía

La crisis actual tiene características peculiares en nuestro país con relación a las precedentes: su heterogeneidad sectorial y regional. No todas las empresas ingresaron al umbral de la insolvencia; y son diversas las situaciones incluso en el mundo y, por cierto, en los tan distintos ámbitos geográficos de nuestro empobrecido país (3).

Es preciso entonces calibrar la propuesta y distinguir apropiadamente los destinatarios de una solución que, como ya voy anticipando, requiere del esfuerzo de los acreedores y de todos los padecientes que hayan surgido de tan extendida debacle. No será razonable una solución generalizada que, por ejemplo, imponga pérdidas o renunciadas a acreedores de empresas conjeturalmente prósperas (por ejemplo, como llevo dicho, de especialidades medicinales o alimentarias, o a sus trabajadores); salvo

(2) A esta altura esa calificación del capitalismo, que a su vez es producto de prácticas de mercado en ocasiones aplicadas brutalmente, es objeto de rechazo universal y no creo que haya grieta que le dé espacio. Desde la Doctrina Social de la Iglesia hasta las propuestas de prácticamente todos los partidos políticos argentinos condenan ese extremo.

(3) La estadística registra que las actividades que nunca sufrieron la parálisis de su tarea (v.gr. los bancos, el transporte de carga, la industria farmacéutica) exhiben economías positivas; mientras que otras que nunca pudieron reabrir (la hotelería, establecimientos educativos privados, el transporte de pasajeros, etc.), están en estado terminal, a la espera de fomentos estatales únicamente, o a la imaginada aparición de una vacuna efectiva contra el virus y, por cierto, aplicada en forma generalizada.

que se pueda conectar claramente su colapso (no descartable) con el cierre de la economía.

La pauta interpretativa a aplicar para discernir si una empresa califica para ser beneficiaria de la solución propiciada debe ser amplia, pero claramente enfocada a aquellas que sufrieron su desbarranque productivo, financiero y comercial con claro origen en la pandemia y el aislamiento decretado por el poder político para atajarla. La conexión causal debe ser indispensable (4).

III. Carácter excepcional de las presentes propuestas y reflexiones

También es necesario circunscribir las soluciones como las que pondré, por fuera del sistema general, a este tiempo de sufrimiento económico y a estas causas específicas. La excepcionalidad puede generar una legislación de emergencia, que incluso secundarice derechos amparados por la Constitución Federal (5), pero a condición de que estén debidamente establecidos sus contornos temporales y limitados sus efectos a la situación de excepción, amén de otros requisitos que la doctrina constitucional ha delineado con precisión (6).

Estos elementos son entonces condiciones insoslayables para el tipo de ideas que aquí quiero propiciar para generar la arquitectura jurídica de una solución a las crisis empresarias nacidas de la catástrofe mundial.

Solo así será posible que la respuesta legislativa imaginada supere el “test de constitucionalidad”, aun asumiendo que carecemos de sistemas predictores certeros que nos den idea más o menos confiable de la dimensión de la crisis, consecuencias y sus resultados; y mucho menos que nos marquen un rumbo previsor que permita afrontar el futuro con algún grado de certidumbre.

(4) Parece preciso, para dar un panorama general y objetivo, que no en todas las latitudes esta idea ha sido el criterio común: en España las medidas societarias y concursales adoptadas por la Ley 3/2020 del 18 de setiembre de ese año, se caracterizaron por su carácter temporal y objetivo, desvinculadas de la causalidad sanitaria como apuntan CAMPUZANO, Ana Belén y SANJUÁN Enrique, “GPS Concursal”, Tirant lo Blanc, Valencia, 2021, 3ª ed.

(5) Así le gusta llamarla a FERREIRA, Raúl Gustavo, “Malestar del Estado”, Ediar, Buenos Aires, 2020.

(6) BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de derecho constitucional argentino”, ps. 166/7; HERNÁNDEZ, Antonio María, “La emergencia en la Constitución Nacional”; y entre muchos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ver colección Fallos 330:3002.

IV. Respuestas locales y del derecho comparado concursal a las crisis empresarias con origen en la pandemia

IV.1. Nuestro país no ha dado aún respuesta legislativa de naturaleza concursal a la crisis que generó la pandemia y el cierre —o restricciones— de las actividades económicas y sociales dispuesto para su contención

Las numerosas disposiciones adoptadas por el Estado argentino en este tiempo fueron *asistenciales*, por darles un nombre genérico. Como tales, dichas respuestas se conectan a una política económico-social y por ello no serán objeto de análisis en el presente, pues conciernen a iniciativas que exceden la consideración de linaje jurídico, referente a cómo auxiliar a la empresas a través de los esfuerzos de la generalidad de los afectados y permitirles que puedan remover su estado de insolvencia y parálisis; pero con miras —diría excluyentes y casi exageradas (perdóneseme la vehemencia, pero la emergencia la amerita)— en la conservación del empleo y la prosecución de las actividades económicas y productivas, que son primordiales para vertebrar el proceso de recuperación que el país deberá encarar más rápido que pronto.

En el ámbito concursal, tiene todavía trámite legislativo (notablemente extendido en el tiempo a pesar de la urgencia que lo motivó) una iniciativa que nació en la Cámara de Diputados de la Nación (7) y que centralmente fue pensada para evitar la quiebra de las empresas y, en su caso, su liquidación, si ya hubieran caído en estado de falencia. En tal sentido el proyecto busca ampliar notablemente los plazos que de ordinario tienen los concursos preventivos y los acuerdos preventivos extrajudiciales para lograr el objetivo deseado de la reestructuración de pasivos y consecuente salvataje de la empresa afectada. Prevé, el referido proyecto, un freno a los pedidos de quiebra formulados por acreedor y genera diversas franquicias a favor de los sujetos endeudados, incluso alcanzando a las personas humanas que carecen de organización empresaria (los no comerciantes), entre las que se cuenta incluso un beneficio notable en los costos judiciales (concretamente en el modo de calcular la tasa de justicia).

El proyecto (que soslayó otros muy valiosos que estaban en la agenda de dicha Cámara legislativa) es merecedor de críticas de diversa índole, las

(7) El 31 de julio de 2020 la casi unanimidad de los legisladores de esa Cámara — obsérvese el dato con atención porque aquí ni oficialismo ni oposición se arrojan ser padres u objetores del proyecto, lo cual deviene de la enormidad de la crisis— dieron media sanción a la denominada “Ley de sostenimiento de la actividad en el marco de la emergencia sanitaria pública coronavirus-COVID-19. Emergencia para procesos de concursos y quiebras”.

cuales mencionaré tan solo someramente, pues no es el objetivo de esta comunicación analizar esa iniciativa; por lo demás, de brumoso destino.

Los redactores del proyecto de la Cámara Baja incurrieron en errores serios, como por ejemplo: (i) no hay en el texto discriminación alguna entre las empresas en crisis; todas reciben igual trato, a despecho del necesariamente diverso origen de la debacle y de la ya mencionada heterogeneidad de la crisis, incluso regional; (ii) declara en emergencia a “...*todos los sujetos comprendidos...*” en un proceso de concurso preventivo, acuerdo preventivo extrajudicial y en las quiebras, perdiendo de vista que la emergencia nos debe llevar a proteger a las empresas y al empleo, mas no a cualquiera pues para eso están las normas ordinarias; (iii) permite que los beneficios otorgados por la ley de emergencia sean utilizados por avalistas, codeudores, garantes y “otros obligados”, de modo que bastaría que uno de ellos recurra a uno de estos procesos para que los otros vinculados en el título de la obligación puedan ampararse en la ley sin siquiera estar en cesación de pagos (8), lo cual es inaceptable.

El 15 de octubre de 2020 (setenta y cinco días después del pronunciamiento de los diputados, que como dijimos fue destacable por el voto de la casi unanimidad de los legisladores), el Senado de la Nación se pronunció. Y lejos de corregir —como se esperaba— los errores técnico-concursales del proyecto, o —como también se conjeturó— generar una respuesta rápida ante lo acuciante de la situación de las empresas; hizo revisiones sesgadas y presididas por ideologías que no debieron enturbiar la solución imperiosa que concitó que los diputados depusieran sus rivalidades, allá cuando promediaba el invierno de 2020 y el país se encolumnaba para resistir la pandemia.

En efecto, el Senado de la Nación, por el voto de la mayoría, se dedicó a limitar fuertemente la aplicación de la ley proyectada. Esencialmente cerró el camino a los beneficios de la ley a las empresas que se hubieran concursado antes del decreto 297/20, es decir, el 20 de marzo de 2020. Y también lo cerró a los sujetos que hayan tenido en los dos últimos años actividades vinculadas al negocio de divisas (contado con liquidación, giros al exterior, etc.), pero no solo a ellos cerró el paso (con un estilo formoseño, por decirlo con una pretendida dosis de humor), sino también proyectaba impedirlo a un conjunto verdaderamente increíble de sujetos: accionistas, empresas vinculadas directa o indirectamente, cuya sola operación en ese mundo de los negocios financieros y/o cambiarios (claramente lícitos) impide obtener el beneficio legal a la empresa en crisis.

(8) Suena a un “...piedra libre para todos los compañeros...” . Los lectores de mi franja etaria recordarán de qué les hablo.

La Cámara de Diputados hasta la fecha no se pronunció. No sabemos cómo ni cuándo logrará hacerlo. Solo queda apostar por la adecuada “nacionalidad de Dios”. Alternativa poco eficiente, como se ve, y relacionada también con ese invocado ingrediente humorístico.

IV.2. Las legislaciones extranjeras, en cambio, sí dieron y muy variada, naturalmente, respuestas de índole concursal a la inusitada crisis desatada a nivel mundial

Va de suyo que la primera reacción en la mayoría de los países del orbe fue también de política económica: subsidios directos a los habitantes, erogaciones extraordinarias a favor del sistema de salud, sostenimiento de actividades esenciales, etc.

Pero los países centrales y los propios que nos circundan en nuestra Latinoamérica también avanzaron en legislaciones de emergencia de linaje concursal para tutelar las empresas como fuente de trabajo, así como protección de esa herramienta —la empresa— insoslayable en el desarrollo económico y social.

En numerosos foros se analizaron esas iniciativas legislativas del derecho comparado (9), como por caso el decreto-ley de Colombia 560 del 15 de abril de 2020 y el decreto peruano 1511 (10); y podemos leer con mucho interés lo que surge de la Ley 3 del 18 de setiembre de 2020 del Reino de España.

Es posible sistematizar las diversas reacciones legislativas del orbe —siempre del ámbito concursal— como un modo de dar idea en esta comunicación acerca de los caminos explorados por la legislación comparada:

1. Las respuestas básicas consisten en las alteraciones a los procesos de insolvencia en curso: centralmente alargar sus plazos para mejorar el espacio de negociación entre los acreedores y el deudor.

(9) La universidad del Sur, con sede en Bahía Blanca, organizó el pasado 2 de octubre de 2020 una Jornada Preparatoria del Congreso Nacional presidida por el Dr. Darío Graziabile, referente a la materia a la disciplina de la insolvencia, a realizarse en octubre de 2021 y allí pudimos oír conferencias esclarecedoras, especialmente la de la catedrática española Ana Belén Campuzano acerca de las soluciones encaradas por su país.

(10) Mastrovincenzo, Mariana en “Abogados.com.ar”, nota del 7/7/2020 denominada “Una reforma legislativa innovadora en Colombia que abre camino a procesos de reestructuración abreviados”

2. También apuntaron a suspender la ejecución de garantías dadas a los acreedores financieros y, en su caso, suspender también toda liquidación de bienes que estén involucrados en un proceso productivo en marcha.

3. Otra novedad en la emergencia fue la idea de facilitar y auspiciar cualquier apoyo crediticio a las empresas en crisis (el *new money*), concediéndole a estos inversionistas de alto riesgo el carácter de acreedores con créditos “prededucibles”, esto es, privilegiándolos por encima de los acreedores del concurso precedente (11). La mencionada Ley 3/2020 española claramente induce a “...potenciar e incentivar la financiación de las empresascalificando como créditos contra la masa los aportes o garantías de terceros ...” (12).

4. También los diversos países apuntaron a generar nuevos formatos procesales para concursos destinados a sujetos específicos, con situaciones críticas de características diversas, discriminando por ejemplo sobre la base de si el deudor es persona humana, con estructura empresarial o no; o si se trata de una micro, o pequeña, o mediana, o gran empresa.

5. Otro elemento innovativo fue generar procedimientos acelerados de refinanciación concursal, o PARC (13). En la Cámara de Diputados argentina, en esa línea, se mantuvo un proyecto hibernado que tenía, perdónese la ironía, el enorme defecto de haber sido generado por la oposición (14), dato que seguramente explica esa frialdad —o ausencia lisa y llana— de su tratamiento.

La ley española consecuente con la pandemia (dictada en setiembre de 2020) incluye una norma de “...agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho...” (15). Es visible allí la necesidad de brindar respuestas rápidas que permitan la recuperación o, si es el caso, la desechen, pero también sin dilaciones.

(11) En este punto es muy valioso el aliento a que, con esa tutela de novedosos privilegios, sean los propios dueños de las empresas quienes las capitalicen, incentivándolos a hacer aportes que ya no estarán preteridos o subordinados al previo pago del pasivo concursal.

(12) Así se lee en su “Preámbulo”.

(13) PARC, en efecto, se dio en llamar a los procesos abreviados en el Perú. Ver también al respecto MASTROVINCENZO, M. en ob. cit., loc. cit.

(14) El prestigioso profesor Juan A. Anich puede dar noticia del excelente anteproyecto en el que trabajó, sin suerte, especialmente sin suerte para nuestras empresas en crisis.

(15) CAMPUZANO, Ana Belén y SANJUÁN, Enrique, en ob. cit., p. 59.

6. También se propició, en la legislación de emergencia, el establecimiento de una pauta que permita establecer propuestas flexibles para el pago de los pasivos en los concursos; es decir, una herramienta que permita, según sea el caso, acomodar las pautas concordatarias a la dinámica de los negocios pues, cabe preguntar: ¿alguien sabe cuándo terminará la pandemia? ¿y en qué medida seguirá afectando la producción y el empleo? O, en línea análoga, se ha buscado la renegociación del acuerdo homologado (con su tradicional ornamento de cosa juzgada), logrado por una mayoría —quizás distinta a la de origen—, cuando el primigenio concurso no puede, o se avizora que no podrá, cumplirse por razón de la pandemia y sus catastróficas consecuencias en la economía.

Así también se han suprimido los períodos de inhibición que, como en nuestro país, impiden presentar un concurso preventivo si no ha pasado un año desde que se ha declarado judicialmente la cancelación de los pagos o prestaciones prometidas en el acuerdo anterior (art. 59, *in fine*, de la LCQ). En España ha ocurrido tal flexibilización a partir de la Ley 3/2020 del 18 de setiembre de ese año.

7. La protección a los administradores (esta es una interesante propuesta de los expertos del Banco Mundial que se lee en sus “paperas” y varias recomendaciones): ella está pensada sobre la base de que no podemos usar en medio de la hecatombe una vara similar para juzgar a los directivos de empresa a la que se utiliza en los casos de normalidad. Aquel que conduce el barco en la tempestad (me refiero al administrador societario que carece de modelos predictivos y certidumbres sobre el futuro cercano) debe tener un mayor margen de acción, para que luego no se vea sometido a un juzgamiento severo si la empresa sucumbe, con invocación de posibles faltas de previsión o de análisis de riesgo, cuando todo eso, hoy, suena por lo menos vaporoso en la incertidumbre que atravesamos.

8. Agilización de liquidaciones ineludibles (es decir, de bienes que ya no tienen aptitud alguna de ser puestos en valor por su propietario fallido y ni siquiera por cooperativas de trabajadores que lo suplanten y exploten tales bienes): la realidad ha indicado que muchas empresas ya fallidas esperan, inactivas —y a veces depredadas— a que sean posibles las ventas judiciales que permitirán volver al mercado a ciertas propiedades. En nuestra Ciudad, mientras esto digo, y por disposición del máximo tribunal se encuentran suspendidos los remates judiciales.

Eso debe revertirse. Así se planteó, por ejemplo, en el caso español que venimos analizando por su importante Ley3/2020 del 18 de setiembre de

2020. Allí se contemplan medidas para agilizar “la enajenación de la masa activa” (16).

En nuestro país no se comprende cómo se ha optado desde las más altas autoridades judiciales por la parálisis, en vez de acudir a sistemas que se estructuran a distancia, como licitaciones o concursos de precios u ofertas que pueden mejorarse, también virtualmente o a distancia. Puede conjeturarse el temor, razonablemente pudo inspirar tal medida, de que se produzcan o se generalicen ventas a precio vil o insuficiente; pero para evitar esos riesgos, hay herramientas, y muy añejas, como, por ejemplo, la fijación de precios mínimos o bases. Pero lo claro es que la procrastinación (visible en nuestros estrados judiciales en estas cuestiones, que extiende absurdamente los tiempos de las liquidaciones de activos) nunca es buena compañera, pues los bienes se deterioran o son objeto de intrusiones y, ciertamente, generan costos impositivos (tasas y contribuciones, impuestos inmobiliarios, etc.); ello sin olvidar que la expectativa del acreedor se va dañando cada día. Ha sido, a la luz de los resultados, una pésima decisión dilatar los procesos liquidatorios (17) con base en el señalado riesgo de ventas ruinosas que pueden evitarse, al menos en lo general, en muchos casos, actuando innovativamente y con profesionalidad, en vez de acudir a las barreras indiscriminadas impeditivas de las ventas.

V. La solución solidaria y su necesaria imposición, aun sin mayorías

Toca ya a esta altura adentrarnos en la explicación y fundamento de lo que constituye nuestro parecer y modesto aporte, con miras a una legislación de emergencia.

Comienzo por repetir que no correspondería modificar, salvo en aspectos muy específicos, y mientras dure la crisis sanitaria, la legislación general en materia de concursos. La reforma debiera ser de transición tan solo.

Ya mencioné al comienzo que toda legislación excepcional es naturalmente para un tiempo determinado y para casos debidamente analizados e identificados en la ley para extraerlos, por su situación extraordinaria, de la solución normal (lo contrario, dijimos, podría atentar contra principios constitucionales vinculados al derecho de propiedad, tal como se verá a continuación por la índole y alcances de los lineamientos propugnados).

(16) Art. 10 de la citada Ley 3/2020.

(17) En la página web de la Corte Suprema, acudiendo a la solapa de subastas judiciales, puede verse que se interrumpieron en marzo de 2020 para reanudarse en setiembre 2021: 18 meses de inactividad.

La propuesta tiene, en efecto, tres bases, a saber: (i) la solidaridad (18); (ii) el análisis de la capacidad de pago del deudor y las perspectivas de su empresa o establecimiento (no ya el “toma y daca” negocial en busca de las conformidades para una propuesta que hace el deudor); y (iii) la utilización de la potestad judicial, debidamente impuesta por la ley, más allá de la configuración de mayorías e incluso a despecho del parecer del deudor, quien no será necesariamente, en la emergencia (y según propongo), quien brinde la fórmula de la restructuración de su pasivo (19), sino un protagonista más.

Además de estas bases tan someramente expuestas, cabrá imponer con todo rigor tanto al deudor como a los acreedores, una insoslayable carga u obligación de colaboración y una imperiosa transparencia informativa, contemplando incentivos y castigos para que ella sea eficiente.

Va de suyo que si el sistema se apoya en el valor de la solidaridad, deben proscribirse y evitarse por todos los medios, incluso sobre la base de sanciones, las especulaciones que frecuentemente se ven en las negociaciones que tienen la denominada “lógica del mercado”, pero que en rigor ponen en peligro la subsistencia del andamiaje económico que naturalmente reposa en la producción y el trabajo.

Veamos sin más el sistema propuesto que, va de suyo, debiera estar contenido en una ley específica que intervenga la ley general o actúe en paralelo, ya que esta última debe seguir rigiendo para casos ajenos a la crisis pandémica.

V.1. La iniciativa del deudor. Características

Resulta imprescindible que sea el deudor el que propugne la apertura de este tipo de procesos. Podrá, seguramente, estar impulsado por los reclamos de los acreedores que lo pondrán al borde de la quiebra, pero la idea es que quien está padeciendo la crisis, nacida o vinculada causalmente por la pandemia, sea quien se presente y exhiba desde el inicio una actitud inequívoca de apertura informativa, no simplemente ceñida a recaudos formales (lo cual sería un requisito mínimo, pero insuficiente), sino que permita iniciar, por su indispensable transparencia, una profunda investigación sobre los alcances, las causas y la posible reversión del trance invocado, para dar lugar a la solución excepcional.

(18) Ya hemos definido este valor como un esfuerzo colectivo, basado en una ética que impone el largo sufrimiento social, y no como un principio jurídico.

(19) El propósito debe vincularse con quitar del sistema cualquier ingrediente especulativo, ajeno al principio solidario propugnado.

El deudor no solo deberá aportar toda la documentación usual para exhibir las razones de su crisis y los alcances de la misma, sino que deberá indefectiblemente abrir sin restricciones su contabilidad y demás elementos necesarios para conocer detalladamente su realidad empresarial y poder analizar las perspectivas de su supervivencia, junto con las particularidades de sus relaciones crediticias.

V.2. La inmediata actuación de un experto. Alcances y facultades

El solo planteo del deudor, al que se le exige en el marco propuesto —y este acepta implícitamente, pero también sin ambages ni condiciones— que debe abrir su información, mostrar su realidad y los entresijos de sus negocios con plenitud, justifica que no se añadan más requisitos y que ante su sola petición (en la que admite semejante apertura) el juez provea que actúe de inmediato un experto en insolvencia que será protagonista central de la solución.

Propongo que se instituya un cuerpo de expertos cuyos integrantes, a la vez, tengan aptitud de mediadores, debidamente adiestrados para dar las respuestas que se requieren en estas instancias extremas; y que tales funciones queden en manos, inicialmente al menos, de todos aquellos contadores públicos que en sus respectivas jurisdicciones se hubieran inscripto como aspirantes a síndicos, cumpliendo para ello los requisitos de la ley 24.522 (20). Esa propuesta se respalda también en que no hay tiempo, en la emergencia que transitamos, para organizar una institución de otra índole; y porque estos profesionales a los que me refiero ya han sido capacitados y seleccionados debidamente para tareas de algún modo análogas (como la sindicatura concursal); siendo además que la figura del contador y a la vez mediador concursal (el experto en el que pensamos para arbitrar en una crisis y fijar pautas para su solución) tiene ya una tradición en la legislación comparada (21). La capacitación en técnicas de mediación puede, por lo demás, lograrse en breve lapso por los citados profesionales que la ley ha habilitado para ejercer la sindicatura.

Estos funcionarios tendrán sobre sí una tarea crucial: estudiar los orígenes de la crisis, sus alcances y esencialmente su prospectiva, incluso asesorándose con economistas, ingenieros y otros profesionales, según el caso, para lo cual deberán —como el núcleo de su cometido— dictaminar

(20) GEBHARDT, Marcelo, “Prevención de la Insolvencia”, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 348.

(21) MACORIG-VENIER, Francine, “Chroniques. Entreprises en difficulté. Prévention et règlement amiable, décret n° 2005/1677...” en *Revue Trimestrelle de Droit Commercial et de Droit Économique*, 1, 2006, p. 189 y ss.

sobre una salida posible (si es que la hay, naturalmente) que pondere los dos centrales valores en juego: la preservación de la actividad de la empresa y la continuidad de los empleos que genera, o su mayoría.

Estamos pensando en un “plan de empresa”, una reedificación como se explica seguidamente, que contenga todos los cambios que merezca la estructura de la empresa (vendiendo activos, cerrando o abriendo unidades de negocios, etc.); de la sociedad dueña, incluido su capital (vgr. incorporando otros socios o convirtiendo a acreedores en tales, etc.), para salir de la debacle. Se busca una planificación estratégica integral que incluso contemple el esfuerzo de la plantilla laboral o conjunto de empleados involucrados que se pretende proteger (ver *infra* punto 8).

Sería, el informe imaginado, la columna vertebral de la reedificación de la empresa; básicamente un informe técnico que plantee las medidas que deberá contener con todo detalle, destinadas a ser debatidas, por cierto, con el empresario. Va de suyo que los intereses del deudor no podrán soslayarse (bien entendido que tiene prácticamente perdida su empresa) y menos generar demérito de su derecho de defensa que deberá ser garantizado, ponderando adecuadamente sus pareceres fundados, así como las alternativas que naturalmente pueda ofrecer o sugerir. De todo lo cual emergerá una solución necesariamente judicial (una sentencia que arbitre en tan delicada cuestión), como veremos poco más adelante.

V.3. La necesaria “tregua” con los acreedores”

No cabrán en este punto mayores consideraciones, pues es de la naturaleza de cualquier intento de solución de la insolvencia, encarado con requisitos preestablecidos en la ley, que se suceda a su postulación un efecto, casi automático, de (i) suspensión de ejecuciones individuales, incluidas las que tienen como base privilegios especiales; (ii) suspensión de medidas cautelares que afecten el giro de la empresa; (iii) suspensión del curso de los intereses; etc.

Está más que claro que los acreedores deberán *ab initio* estar limitados por la ley, y en su propio interés, en el ejercicio de sus derechos, para generar un espacio temporal suficiente destinado a estudiar con profundidad la empresa y conocer cuáles son sus posibilidades de emerger de su debacle.

El tiempo de esta tregua —también es una solución clásica— permite idealmente conocer con precisión el pasivo del sujeto insolvente y, como se verá seguidamente en mi propuesta, un elemento usualmente considerado en las legislaciones: si hay acreedores a los que la insolvencia

que analizamos perjudica gravemente y en mayor (claramente mayor) medida que al conjunto de los acreedores, al punto que desde un enfoque solidario requieran una solución específica y por fuera del sistema libre de votaciones y mayorías.

V.4. Los acreedores y sus necesidades. Un dato ignorado en las legislaciones concursales. El caso de los acreedores “involuntarios”

La primera vez que nuestra legislación accedió nítidamente a flexibilizar la “par conditio creditorum” ocurrió en la ley de 1995 (que nació con el número y el nombre que aún hoy conserva la LCQ: 24.522). Es interesante destacar que la ley italiana (siempre fuente de la legislación nacional en estos temas) recogió este avance diez años después, en 2005 (22).

A partir de allí, afortunadamente, ese principio que parecía inmovible fue cediendo frente a la realidad económica y se fue elastizando para dar lugar a propuestas diferenciadas (23) que tengan la aptitud de atender a realidades diversas que se configuran, por la natural dinámica de los negocios, entre los acreedores de un mismo deudor.

En esta emergencia debe darse todavía un paso más: hay acreedores que, como los que permiten categorías diferenciadas bajo criterios de razonabilidad, justifican que reciban un tratamiento diferencial. Pero hay otros que, más allá de su origen necesitan imperiosamente ser atendidos, según llevamos dicho.

La doctrina acá ha trabajado muy fuertemente sobre la figura del acreedor involuntario (o de origen extracontractual), que está muy bien considerada por el derecho español (24) y se viene abriendo paso en la doctrina nacional con base en precedentes memorables (25), para sustraerla de los efectos concursales.

(22) PANZANI, Luciano, “Il nuovo concordato preventivo”, vol. 5, p. 97 y las referencias a la ley delegada del 14 de mayo de 2005; IPSOA, año 2005.

(23) Maffía decía con magistral lenguaje que “...la par conditio era una exigencia tanto jurídica como ética cuando todos los acreedores eran iguales cuando todos los acreedores eran iguales, cual ocurría en el origen de la regulación falencial, pero esa igualdad se la llevaron los vientos de siete siglos...”. Había sufrido la “periclitación” dijo. Hoy interesan más “...los plurales intereses que se juzgan merecedores de atención...”; ver MAFFÍA, Osvaldo J., “La Ley de Concursos Comentada”, Depalma, Bs. As., 2001, t. I, ps. 152/3.

(24) BELTRÁN, Emilio, “Comentario de la Ley Concursal”, de Angel Rojo y Emilio Beltrán (dir.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, t. I, ps. 1522/3

(25) JCom. N° 20, in re “Institutos Médicos Antártida S.A.”, 24/5/2007, LA LEY, 2007-E, 552. Ver también BOQUIN, Gabriela Fernanda, “Los acreedores involuntarios.

Pues, bien, es tiempo de que en la emergencia desencadenada por la pandemia se avance en esa senda; hay acreedores que deben ser atendidos prioritariamente sobre bases axiológicas y no económicas o de mercado.

Tocará al “experto” o mediador cuya regulación legal propugnamos llevar adelante esa tarea de indagar en la existencia de tales acreedores y considerar su origen y necesidad, a veces imperiosa y humanitaria, para permitir a los tribunales de justicia darle una respuesta acorde con lo que aquí se propicia.

V.5. El método de reedificación de la empresa

Las reestructuraciones clásicas de pasivos (26) deben ceder su lugar a soluciones creativas y específicas de cada empresa en crisis, conforme a los estudios que necesariamente habrá que realizar en cada caso específico.

Por eso en este marco excepcional, en el que la generalidad de los casos críticos exhibe derechamente la destrucción de las empresas, es que postulamos no ya una reestructuración que por definición apunta a las deudas (al pasivo), sino a una reedificación que involucre bienes y activos (que deberán incrementarse frecuentemente con créditos nuevos (27) y/o aportes de los accionistas o terceros interesados).

La ley 3/2020 española de la que hemos venido dando noticias recoge la idea de incorporar a “*personas especialmente relacionadas con el concursado*”, para que con su esfuerzo atiendan las necesidades transitorias de liquidez.

En ese sentido debe atenderse a la Directiva (UE) del 20 de junio de 2019 (como se ve dictada antes de la debacle sanitaria mundial), que ya preveía la necesidad de fomentar, para el auxilio de las empresas en crisis, la ayuda financiera al deudor, incluida la aportación de dinero o garantías de terceros y la entrega de existencias, materias primas y suministros, por ejemplo, mediante la concesión al deudor de un plazo de reembolso más largo. En esa línea, la nueva financiación debe quedar exenta de las accio-

Vulnerabilidad, concursos y COVID” en Deconomi (revista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la UBA), año III, N°3, donde incluso refiere a la jurisprudencia de la Corte Federal.

(26) Así se llaman los acuerdos en el famoso capítulo 11 (chapter eleven) de la Bankruptcy Code del derecho de Estados Unidos.

(27) El denominado “fresh money”.

nes de revocatorias que pretendan declarar dicha financiación nula o no ejecutable, en el marco de un proceso ulterior de quiebra (28)

V.6. La potestad arbitral del juez. Núcleo del sistema

Una solución del tipo de la que se propicia en este trabajo no parece encuadrar en un método en el que la mayoría de los acreedores sean los que deciden sobre la suerte de una propuesta hecha por el deudor, tal como ocurre en los procesos concursales preventivos clásicos o tradicionales, de linaje contractual.

¿Cuál puede ser la alternativa si un mero escrutinio de conformidades es insuficiente?

Pues bien, el primer paso debiera estar dado por el informe del experto; su dictamen de viabilidad empresarial, las propuestas de cambio que requiera ese proyecto de relanzamiento y sustentabilidad, la posible y eventualmente recomendada reestructuración del pasivo en orden a un cuadro realista de pago —debidamente fundado por el técnico— y la mencionada resignificación de activos, con otra no menor fundamentación.

El segundo paso de este proceso lo constituirá la respuesta del deudor a tan ambiciosa propuesta como la que se espera del experto. El empresario, en efecto, debe ser quien no solo defienda su derecho a proteger sus bienes y recuperar su gestión, sino, naturalmente, a dar una opinión fundada y necesariamente ponderada sobre la reedificación imaginada, ya que él como nadie puede opinar sobre la viabilidad de los cambios postulados.

Naturalmente a esto seguirá, previas las necesarias indagaciones o investigaciones, la actuación de un magistrado dotado de poderes extraordinarios para el reordenamiento o reconstrucción; un juez fuertemente dotado por la ley de potestades extraordinarias aplicables solo en la emergencia.

Imaginamos un juez que deberá compulsar la opinión de los acreedores, de los trabajadores de la empresa, organizados o no, de los proveedores eventualmente involucrados, de los terceros que ofrecen esfuerzo o inversiones y, finalmente, un juez que arbitre dictando una resolución con las miras puestas en las dos columnas de la salida solidaria propicia-

(28) Punto 66 de la exposición de motivos de la citada Directiva del Parlamento y del Consejo europeo, plasmada en el art. 17 de su texto; el cual resulta obligatorio asumir, es decir, incluirlo en sus leyes positivas, por las legislaciones de los países miembros, en muy corto plazo.

da: la protección de la empresa (y su continuidad productiva) y la tutela de los puestos de trabajo.

V.7. La flexibilidad de la solución. Los posibles rebrotes de la pandemia y la eventual revisión de lo acordado

Sobre esta cuestión debo decir que las breves reflexiones siguientes tienen como impulso o motivación un temor que no es solo mío: me refiero a que la peste no se pueda controlar pronto (29) —o que renazca— y que la reactivación de la economía aparezca tan alejada en el tiempo que la empresa en crisis finalmente afronte el riesgo de desaparecer.

Para esa respuesta debemos saber que las soluciones legales y de linaje concursal que propugno deben ser provisorias y, muy posiblemente, necesitar ajustes que, con el influjo dinámico de las circunstancias, deban ser reacomodadas a realidades cambiantes.

Sobre esto hay aportes doctrinarios a los que recurrir y que vienen de la crisis de principios de siglo, de algún modo respondida por las leyes de emergencia económica y posterior reforma de la LCQ (30).

V.8. El aporte de los trabajadores

He dejado para el final este tema, porque tengo claro que si hay un destinatario o beneficiario final en las líneas interpretativas de la legislación que propugno para la salida de las empresas en crisis, en la etapa “post-pandemia” son los trabajadores o el empleo en general. Lo central de esta reflexión académica es el cuidado de las fuentes de trabajo y, de su mano, la preservación de la paz social, con la mirada puesta en la vulnerabilidad de la población laboralmente activa especialmente afectada por la crisis (31).

Desde esa posición, a la que arriban con sufrimientos y zozobras los trabajadores, no pueden permanecer solo a la espera del éxito del sistema y

(29) La información periodística de estos días iniciales de diciembre de 2020, en que voy concluyendo este trabajo, y a casi un año de la aparición de la pandemia muestra los rebrotes del “corona virus” impensables en Alemania (con un sistema sanitario al borde del colapso), Italia, Rusia y Estados Unidos.

(30) Leyes 25.563 y 25.589 dictadas en 2002.

(31) En abril de 2020 la Oficina argentina de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) alertaba sobre el riesgo de las mujeres trabajadoras en contexto de pandemia, a la vez que el sufrimiento evidente de los trabajadores informales e incluso los independientes, afectados por el aislamiento primero y por el distanciamiento después.

a que los frutos aparezcan merced al esfuerzo de otros exclusivamente. Deben concretarse acciones coordinadas a gran escala para estimular la economía, preservar las condiciones de trabajo y los ingresos de la población trabajadora.

Pero a mi juicio tales destinatarios deben también aportar algo de lo suyo, por poco que sea.

La ley de 1995 (24.522 o LCQ) sancionada en pleno auge de las políticas de mercado trajo una solución que era razonable en aquel marco político. Me refiero a la suspensión de los convenios colectivos de trabajo para los empleados de las empresas concursadas, por un plazo de tres años (32), y a la invitación a negociar un convenio para atravesar la crisis (la norma preveía un modo imperativo, pero ya se sabe que nadie “ordena” o impone un acuerdo).

Esa disposición fue derogada en tiempos cercanos, cuando la recesión mostraba su saga de estragos sobre el empleo (33), por cuanto, se sostuvo, desprotegía fuertemente al trabajador de la empresa concursada.

Es tiempo sin embargo de que los esfuerzos sean de todos y, por mucho que con justicia concedamos que la fuerza laboral no puede quedar a la intemperie, bien es cierto también que hay una norma general que le da un piso a la protección (me refiero a la Ley de Contrato de Trabajo) y de cuyas garantías y tutelas no propondría nunca un menoscabo.

Pero hay otros modos en mi soñada solución solidaria. A título de ejemplo, puede pensarse que en cada empresa (debiera ser siempre una solución individual para cada sujeto en crisis), se acuerden algunas horas de trabajo más al mes u otros esfuerzos —o renunciadas a condiciones que suelen ser onerosas para las empresas— que deben tener como base una decisión judicial que la homologue, luego de interiorizarse el magistrado de la realidad de la empresa y alcances de la crisis; todo ello por cierto que sin generar demérito del orden público laboral, como ya se apuntó, ni olvidar la representación sindical del trabajador. Desde luego que el tema merecerá la opinión de los especialistas (y confieso que exceden mis saberes), pero no es posible soslayar que hay precedentes preclaros en la

(32) El art. 20 del texto originario de la LCQ, no sin antes mencionar que “la apertura del concurso deja sin efecto los convenios colectivos...”, en rigor, determinaba su suspensión por el tiempo de la crisis o del cumplimiento del concurso preventivo, el que fuera menor.

(33) Ley 26.684

doctrina de nuestra Corte Federal (34) que han acudido a tutelar trabajos solidarios, por fuera de los amparos que tiene la relación laboral común, cuando quienes lo desempeñan así lo aceptan y asumen su carácter generosamente dedicado a superar crisis que afectan circunstancialmente a determinado empleador.

Salvando las distancias y preservando los principios de orden público laboral, cabrá al legislador la estimulante misión de dar una mirada comprensiva de este tipo de tareas en la que el hombre —como conjunto— saca lo mejor de su dignidad para que nos salvemos todos y no solo los individuos, configurándonos como constructores de un nuevo vínculo social (35).

La innovación en esta materia es, por fin, medular: debemos generar modelos superadores. Los bienes y las cosas afectadas al desempeño laboral, la tecnología que hemos incorporado a nuestras vidas, los lugares de trabajo, el transporte, las reglas preexistentes del trabajo presencial, han cambiado de la mano del distanciamiento —obligatorio o inducido, según la época— que siguió a la pandemia; y muchos de esas mutaciones perdurarán, especialmente las tecnológicas y la relativización de la necesidad de trasladarse de la casa al trabajo. Entonces es razonable pensar que ese cambio justifica también experimentar innovaciones —protegidas legalmente, pero a la vez flexibles— en el ámbito laboral, para lograr que subsistan los empleos que resultan sostenibles, obviamente, solo en empresas que funcionan y a la vez tienen un futuro medianamente sólido.

En este punto es bueno traer a colación la exhortación del Secretario General de la ONU, D. Antonio Guterres, quien a propósito de estas cuestiones que ha puesto en vilo al mundo laboral tras la pandemia, reclamó “medidas inteligentes y oportunas a todos los niveles, tomando como guía la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible para lograr mejores empleos y un futuro mejor, más equitativo y más ecológico...” (36).

(34) DE DIEGO, Julián A. Comentando el fallo de la Corte Suprema del 24/4/2018 en el caso “Remar”. Ver diario El Cronista del 8/5/2018.

(35) Carta Encíclica del Papa Francisco “Fratelli Tutti” del 3 de octubre de 2020 sobre la fraternidad y la amistad social, punto 66, en www.vatican.va/francesco/encyclicals

(36) La Agenda de Desarrollo Sostenible fue aprobada por la ONU en 2015 y contiene dentro del título “Objetivo 8” propender al “Trabajo decente y crecimiento económico”, enfatizando la necesidad de un obrar multilateral de las naciones y, especialmente, propiciar iniciativas innovadoras y de estímulo para el empleo.

VI. Conclusión

Para finalizar quiero poner de relieve un dato ausente: no se propicia en esta solución, pretendidamente solidaria, un aporte del estado. Sería una comodidad que desluciría el esfuerzo fraterno de la comunidad. La asistencia del Estado a los niveles más carecientes de la población es y será insoslayable, pero, al propio tiempo, para lograr la conciencia que se pretende serán indispensables otros empeños en los que la política mucho podría aportar, por ejemplo, en pos de fomentar la amistad social, el diálogo, la renuncia al lucro desmedido y a la especulación entre los actores de la economía real y productiva.

¿Lo dicho suena irrealizable ante una sociedad individualista? Es posible que así se perciba; pero hay que intentarlo. Es imprescindible. La sociedad debe comprender los enormes peligros que enfrenta si persiste en los antagonismos y profundiza la decadencia. Si se banalizan o se tornan normales esos peligros y si —peor aún— nos disponemos a convivir con ellos, tememos un efecto disolutivo en el entramado social de muy difícil solución. Para peor tenemos —y como se ve— recursos precarios que impiden hacer predicciones y pronósticos certeros sobre la terminación de la crisis sanitaria y sobre los efectos definitivos que habrá ejercido sobre las empresas y el empleo.

Propicio por ello una actitud cultural esforzada de la sociedad, como la que permitió en los albores de la Patria y en varios pasajes de nuestra historia, con una elevada base moral (en la que los privilegios cedan voluntariamente, con incentivos de baja intensidad), apuntando a una solución colectiva como punto de inicio para la salida de la emergencia extrema. Esa será la base de la subsistencia de un sistema económico (el capitalismo) que seguimos creyendo útil e irremplazable. Al decir de Vargas Llosa, ese sistema, es quizás el mayor —o mejor— legado de Occidente; su sentido democrático, asentado en la base irremplazable de la libertad, supera en calidad cualquier otro intento que el hombre conozca.

No cabe ignorar, empero, que las políticas públicas que aquí se propician deben ceñirse a la realidad y tienen que cimentarse en las personas —y en la clase dirigente—, tal como son, y no como quisiéramos que fueran. En ese sentido tampoco cabe perder de vista que miradas ingenuas —o angelicales— de los segmentos de la población a que nos referimos, ofrecen grandes posibilidades de un fracaso, precisamente por estar desasidas de la realidad que nos circunda.

Pero ello no puede inmovilizarnos. Esas amenazas lucen como temores paralizantes mientras que en la sociedad siguen anidando sentidos de

preocupación por los más necesitados y por la necesidad de salir de sistemas paternalistas, para volver a los que colocan el esfuerzo y el mérito individual en el centro de los sistemas que deben instaurarse para salir de la crisis.

Y, quizás, todo ello sea el sostén de un tiempo que merezca ser vivido y de un país del que podamos enorgullecernos. ♦

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL INTERPRETATIVA

POR RODOLFO LUIS VIGO (*)

I. Introducción y propósito (**)

Los derechos humanos se tornan una realidad operativa en el derecho vigente de los Estados que pertenecen a la cultura occidental a partir de la segunda guerra mundial (1). Precisamente en Nuremberg, cuando se condena a funcionarios nazis por haber cumplido la “ley” y violado el “derecho” en razón de que esa ley había incurrido en una “injusticia extrema”, estamos en el inicio de ese proceso de reconocimiento eficaz de que hay un núcleo de juridicidad indisponible y universal, que —por ende— el constituyente, legislador, administrador, juez o la sociedad toda no pueden negarlo, porque si lo hacen no lograrán crear normas jurídicas válidas y pueden ser acusados ante tribunales. Estas normas jurídicas que incurren en “injusticia extrema” (2) —según la fórmula de Radbruch— son proyectos abortados de derecho atento a que su contenido intrínseca y gravemente injusto, inmoral o disvalioso, impide que nazcan como normas válidas jurídicamente. En definitiva, el análisis de validez de las normas jurídicas incluye ese control ético a los fines de comprobar si ellas superan el umbral de injusticia extrema o satisfacen la racionalidad intrínseca capaz de justificarla, con la prevención que si se constata esa infracción extrema, no llegarán a ser derecho no obstante que hayan

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 13/05/2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) Cfr. TAYLOR, Ch., “Los fundamentos filosóficos de los derechos” en “Los fundamentos de los derechos humanos”, Serbal-Unesco, Barcelona, 1985

(2) Cfr. el libro que coordiné “La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)”, La Ley-Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2004.

superado esas normas los otros requisitos de validez sistémica, tales como el órgano, el procedimiento y la no contradicción con la norma superior, y que por ello aparentan ser plenamente jurídicas aunque en concreto no lleguen a hacerlo.

Más allá que habría diversas formas de explicar el contenido de esa “injusticia extrema”, quizás la más fácil sea hoy recurrir a asimilarla con la violación grave y evidente de los derechos humanos fundamentales, de manera que cuando nos enfrentamos con esas faltas de respeto manifiesto, raigal y extendido de los mismos, no podemos racionalmente reconocer en esas realidades algo que pertenezca al derecho válido y que por ende, esté justificado y racionalmente obligue a los destinatarios (3). Esa asimilación que quedó reconocida como la fórmula de Radbruch, y que también la podemos verla reflejada en la distinción entre “ley y derecho” que introduce por primera vez Europa en la Ley Fundamental de Bonn del 49 (4), supone que podemos encontrar una ley que, sin embargo, no sea derecho en razón —por ejemplo— de violar los derechos humanos de manera inequívoca y profunda (por ejemplo: la ley que ordena matar a los que pertenecen a una raza inferior por medio de cámaras que solo servían para ese fin).

En ese proceso de reconocimiento operativo sobre todo jurisdiccional de los derechos humanos, debemos consignar tanto como causa y también como efecto, la gran diversidad de Tratados y Pactos internacionales que después de la Segunda Guerra Mundial fueron teniendo como objeto la incorporación al derecho vigente de los mismos y la configuración de instituciones y órganos jurisdiccionales que velarían por su efectivo respeto. Otro factor igualmente muy importante en aquel proceso fue el “descubrimiento” en Europa que la Constitución era una “fuente del derecho”, y que consecuentemente, permitía y exigía que se controlara desde ella a las demás normas jurídicas, incluso aquellas que hacía el legislador. Pues recordemos que Europa recién asume efectiva y definitivamente en la segunda mitad del siglo XX que la Constitución no solo hablaba exclusivamente en términos de derechos y deberes al legislador, sino a todos los órganos del Estado y a la sociedad, y que para asegurar esa prevalencia

(3) Acerca de la validez como justificación racional remito a mi artículo “Una teoría de la validez jurídica”, Doxa, Alicante, t. 39.

(4) Art. 1: “La dignidad de la persona es sagrada y constituye un deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”; Art. 3: “Los derechos fundamentales vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derecho directamente aplicable”; Art. 25: “Las normas generales del derecho de gentes (Völkerrecht) constituye parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato”.

de la Constitución resultó necesario la creación de Tribunales a los que se le encomendarán dicho control de constitucionalidad. De ese modo Europa termina asumiendo el “judicial review” y la lógica que el juez Marshall había impuesto en “Marbury vs. Madison”, más allá de la experiencia austríaca kelseniana en la década del 20 que reducía la competencia del tribunal constitucional a un control constitucional de aspectos formales o procedimentales, dado la condición de “legislador negativo” que asumía ese tribunal.

Esa incorporación eficaz de los derechos humanos traerá aparejado un impacto tremendo sobre el derecho en general, y en especial, sobre la actividad jurisdiccional aplicativa del derecho. En efecto, ese solo dato resulta absolutamente decisivo como para poner en crisis a la teoría conforme a la cual los jueces realizaban la tarea “interpretativa” desentrañando el sentido que está contenido en la norma jurídica, y lo deben hacer bajo la amenaza de incurrir en el delito de prevaricato por apartarse del sentido de la ley. Nos referimos a aquella teoría que Europa crea e impone monopólicamente a lo largo del siglo XIX y que podemos reconocerla con los nombres de iuspositivismo legalista, exegético, dogmático, o simplemente decimonónico. Recordemos que dicha teoría será configurada por Savigny, la escuela exegética francesa y el primer Ihering, y contará con el respaldo político decisivo de la Revolución francesa y el proceso de codificación encarado por Napoleón a partir de 1804. Factor decisivo de ese éxito originado en el viejo continente y que luego se expande por el nuestro serán las Facultades de Derecho en donde se forjarán los “nuevos” juristas y se les proveerá el marco teórico y conceptual funcional a dicho modelo. A esa teoría decimonónica interpretativa le resultará muy difícil o imposible comprender acabadamente a los derechos humanos y digerir completamente la operatividad de los mismos, y es precisamente esa dificultad o imposibilidad la que queremos explicar en este trabajo. Avalemos esas conclusiones con expresiones conocidas de notables académicos de la exégesis: Bugnet: “Yo no enseño Derecho Civil, enseño Código de Napoleón”; Laurent: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el derecho; el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos” (5); Aubry: “Los profesores encargados de impartir en nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña” (6); Demolombe: “Interpretar es descubrir, dilucidar el

(5) BONNECASE, J., “La escuela de la exégesis en Derecho Civil”, Cajica, México, 1944, p. 141.

(6) *Ibidem*, p. 146.

sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer” (7); y Mourlon: “Dura lex, sed lex; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay, ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley” (8). Más allá que hoy pueden resultar esas expresiones fuera de nuestro tiempo, lo que hay que destacar que los que las formularon fueron referentes y modelos de doctrinarios y profesores hasta muy avanzado el siglo XX.

En el segundo tercio del XX tenemos la presencia descollante de Kelsen que sigue siendo funcional al Estado de Derecho Legal (EDL) (9), aunque en un marco de un pronunciado escepticismo axiológico y un voluntarismo extremo y extendido. Recordemos que la tesis propuesta en la teoría pura afirma explícitamente que el acto de interpretación jurídica no es un acto de conocimiento sino de voluntad (10), de manera que se asimilaba cualitativamente la tarea judicial creativa respecto a la del legislador, aunque las diferencias se reducían al plano cuantitativo, pues la norma jurídica judicial era individual mientras que la legal era general. Destaquemos que, no obstante la relevancia iusfilosófica genérica que alcanzó Kelsen en el siglo XX, el capítulo de la interpretación jurídica de dicha teoría pura no llegó a sustituir entre los juristas aquellas enseñanzas consagradas por el iuspositivismo legalista decimonónico, que caracterizaron la matriz interpretativa más difundida en las Facultades del derecho de nuestro continente y que siguieron el modelo exegético francés. En conclusión, ratifiquemos que la formación de los juristas —particularmente al nivel del grado o la licenciatura— en la gran mayoría de las Facultades de derecho sigue estando al servicio de aquel Estado y de aquel derecho impuesto en el XIX, aunque ese paradigma con su particular visión del derecho, del Estado y consiguientemente del perfil de jurista y su consolidado aparato conceptual, ya resulta difícil encontrarlo en la realidad del derecho que se hace visible en el trabajo concreto del profesional del derecho. Vemos con facilidad que en el “derecho vivo” sus rasgos distintivos corresponden al modelo del Estado de Derecho Constitucional (EDC) que Europa forja en la segunda mitad del siglo XX.

(7) *Ibíd.*, p. 150.

(8) *Ibíd.*, p. 160.

(9) Respecto al contraste entre el Estado de Derecho Legal (EDL) y el Estado de Derecho Constitucional (EDC) remito a mi libro “El Estado de Derecho Constitucional y Democrático”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2016.

(10) KELSEN H., “La teoría pura del derecho”, Porrúa, México, 2000, p. 353.

Insistamos que el propósito central de este artículo es identificar problemas o exigencias que conlleva la operatividad jurídica de los derechos humanos, especialmente en los ámbitos jurisdiccionales, aunque lo que digamos al respecto vale para los demás espacios de la profesión jurídica y la respectiva cultura académica, cuyo objeto sigue siendo “decir el derecho” al momento de enseñarlo, asesorar, abogar o declararlo autoritativamente, y de ese modo prestar un servicio fundamental a la sociedad despejando las dudas e incertidumbres sobre aquello que le corresponde a cada uno.

II. Advertencia

Este artículo no tiene por objeto específico estudiar los derechos humanos (11), sino identificar el impacto de los mismos en la tarea jurisdiccional y en la cultura jurídica habitualmente promovida académicamente desde nuestras Facultades de Derecho. Partimos de una visión de los mismos que los identifica con una juridicidad necesaria de ser computada por los que hacen derecho positivo, bajo el riesgo de que se aborte su propósito creativo y asuman la amenaza de sufrir algún reproche jurisdiccional. Son sin dudas teorías no positivistas las que defienden aquella juridicidad indisponible por la autoridad, y así suscriben la tesis de una conexión esencial o constitutiva entre derecho y moral; de ese modo quedan descartados no solo los que adhieren a un “iuspositivismo excluyente” sintetizado en la fórmula de Hobbes: “Auctoritas, non veritas, facit legem”; sino que también aquellos autores que admiten meras conexiones contingentes entre la moral (la razón o la justicia) y el derecho, pues estos “iuspositivistas incluyentes” no pueden en coherencia negar —por ejemplo— la juridicidad del derecho nazi. Es obvia la debilidad que suponen los derechos humanos cuando solo se reconoce su vigencia y eficacia en la medida que aparezcan consagrados en alguna norma jurídica positiva, dado que bastará cambiar la misma para que desaparezcan aquellos.

Sin perjuicio de insistir de que este trabajo presupone el rechazo de la tesis que cualquier contenido puede ser derecho, nos gustaría consignar sintéticamente en su respaldo al menos dos referencias doctrinarias que coinciden en denunciar y cuestionar la juridicidad de las normas que pulverizan de manera grave y evidente de los derechos humanos. Nos referimos puntualmente a John Finnis y a Robert Alexy, y si bien se verifican diferencias importantes entre ellos que se explican por inspirar-

(11) Para un panorama iusfilosófico amplio y actual sobre los derechos humanos remitimos al tomo I de MASSINI CORREAS, Carlos I., “Filosofía del Derecho”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

se, respectivamente, uno en el realismo aristotélico-tomista y otro en el constructivismo kantiano-habermasiano, sin embargo, ambos exponen una defensa categórica de los derechos humanos de modo que la juridicidad desaparece o se devalúa significativamente cuando se arremete fuertemente contra los mismos. Esa coincidencia no oculta las diferencias especialmente relevantes en el campo estrictamente de la filosofía moral y la antropología, que llevan por ejemplo al profesor oxoniense a defender “absolutos morales” y a negar categóricamente la legitimidad moral del aborto fundándose en un personalismo ontológico que coincide con un personalismo biológico; mientras que el profesor alemán desde una noción de persona asimilada a su competencia comunicativa o dialógica, admite el aborto para ciertos supuestos y luego de una ponderación de los derechos en conflicto. De todas maneras y a tenor del propósito explicitado, nos parece que ambas teorías pueden avalar las proyecciones analizadas a continuación y que conllevan los derechos humanos en la teoría que explica y regula su operatividad jurisdiccional.

Sin vulnerar esta advertencia que no trataremos las relevantes y decisivas cuestiones implicadas en los derechos humanos, pensamos que puede resultar de interés algún mínimo señalamiento de tesis finnianas y alexyanas como para brindar cierto marco conceptual que contribuya a la comprensión de este artículo, especialmente para aquellos que carecen de toda versación iusfilosófica.

Comencemos recordando desde el iusnaturalismo de raigambre aristotélico-tomista dos textos claves del Aquinate: la ley como ordenación, regla o medida de la razón (12) y que la ley injusta es “*corruptio legis*” (13). Ya en la filosofía jurídica actual inspirada en aquellas fuentes clásicas, apelemos al representante más difundido de la “nueva escuela anglosajona de derecho natural”, nos referimos a John Finnis quien ha insistido con un aparato conceptual cercano a la filosofía analítica, las viejas enseñanzas del pensamiento tomista y la tradición central de occidente. Glosando las enseñanzas del profesor de Oxford afirmemos que el hombre al reflexionar sobre qué hacer, recurre —al margen del acierto o error en sus conclusiones— a “una serie de principios prácticos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar”. Según Finnis, esos principios, son los también llamados principios más generales (*communissima*) de la ley natural, al expresar

(12) TOMÁS de AQUINO, “Suma Teológica”, I-II, c. 90, a. 1.

(13) *Ibidem* c. 95, a. 2.

“las formas básicas del bien humano” (14), y ellos constituyen “el sustrato valorativo de todos los juicios morales” (15). Todo hombre con uso de razón y experiencia suficiente, conoce por evidencia esos bienes básicos comprendiéndolos “como oportunidades o fines deseables y potencialmente realizables y por ende como que-han-de-ser-buscados y realizados en la propia acción, acción a la cual uno ya está comenzando a dirigirse por este mismo acto de comprensión práctica” (16). El derecho, si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica en sentido pleno, debe promover o no perjudicar esos bienes básicos (la nómina en su libro “Ley natural y derechos naturales” es: vida, amistad, juego, conocimiento, saber práctico, experiencia estética y religiosidad), pues en ellos está comprometido el “human flourishing”. Siendo los “basic values” (17) los fines básicos de la existencia humana, ellos operan como principios de cualquier esfuerzo moral, político o jurídico en orden a establecer reglas, instituciones, decisiones o acciones. Pero ellos —insiste Finnis— son premorales y entonces la moral (específicamente también el derecho) aparecerá cuando el hombre con su razón y libertad los vaya encarnando en sus concretas decisiones y acciones; por eso, la mera comprensión de esos bienes no garantiza que sean buscados correcta, adecuada o razonablemente. Para Finnis, hablar de los derechos es un modo moderno o actual de hablar de la justicia, de las exigencias de la razonabilidad práctica y, por ende, del bien común. En efecto, los derechos humanos protegen y promueven bienes básicos que “son bienes para cualquier ser humano” (18) y constituyen “una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica” (19); ellos “clasifican y expresan las exigencias de la justicia” (20), por eso representan “una forma de esbozar los contornos del bien común...una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común” (21). La contundente y fundada conclusión de Fin-

(14) FINNIS, J., “Ley natural y derechos naturales”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 63. A los fines de un panorama de la teoría jurídica finnisiana remito a mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 361-402.

(15) *Ibíd.*, p. 91.

(16) *Ibíd.*, p. 78.

(17) FINNIS, J., “Natural Law and Natural Rights”, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 59.

(18) FINNIS, J., “Tomás de Aquino-teoría moral, política y jurídica”, Instituto de estudios de la ciudad, Santiago de Chile, 2019, p. 179.

(19) FINNIS, J., *ob. cit.*, p. 227.

(20) *Ibíd.*, p. 239.

(21) *Ibíd.*, p. 243.

nis es que “todo miembro de nuestra especie” es titular de los derechos humanos y dicha tesis se funda en “la dignidad de ser una persona” (22).

Avalemos ahora lo adelantado en relación con la teoría no positivista discursivo-dialógica racional de Robert Alexy, quien no ha dudado en subrayar que “el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre derecho y moral”, y no obstante que esa discusión lleva “más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista”. Alexy ha defendido los derechos humanos exigiendo una “metafísica constructiva, racional y universal” que los justifique, y así ellos se definen por cinco notas: i) universales, ii) fundamentales, iii) abstractos, iv) morales, y v) prioritarios. Destaca el profesor de Kiel su relevancia jurídica: “Una Constitución solo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados”, concluyendo que ellos “no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado” (23). Una Constitución incorpora —amplía el profesor alemán— el “derecho racional de la modernidad” o “los principios fundamentales del derecho natural y racional y de la moral moderna del derecho y del Estado” cuando consagra: la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia y el Estado Social”. Alexy menciona una lista de esos derechos humanos que resultan “discursivamente necesarios” supuesto el interés en la corrección y la teoría discursiva, aunque aclara que “el núcleo de los derechos fundamentales se fundamenta con el derecho de libertad y el de igualdad” (24). Sin perjuicio que Alexy excluye del ámbito regulativo del legislador a la “moral personal”, se atreve a indicar a la moral pública como un límite a la misma, caracterizándola como “aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas, consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello” (25). Subrayemos el carácter constructivo de la mirada alexyana en tanto se confía en el diálogo racional como matriz de la corrección del derecho, pero quien asume esa pretensión defiende a los derechos humanos como presupuestos éticos y contrafácticos de aquel diálogo.

(22) FINNIS, J., “Aquino”, ob. cit., p. 225.

(23) ALEXY, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?” en Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, “Ideas y Derecho”, Buenos Aires, 2008, p. 20.

(24) ALEXY, R., “La institucionalización de la razón”, Persona y Derecho, Universidad de Navarra, vol. 43, 2000, p. 217.

(25) ALEXY, R., “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático” en CARBONELL M. (ed.) Neoconstitucionalismo (s), Trotta, Madrid, 2003, p. 40.

Destaquemos esa clara coincidencia entre Finnis y Alexy en reclamar el encuentro del derecho con la moral y la razón, rechazando enfáticamente miradas relativistas o irracionales en ese terreno que habilitan a reconocer como derecho cualquiera sea su contenido. Si bien esta conclusión apoya nuestro propósito que justifica este artículo, insistiríamos en que no querríamos que se asimilen posturas que mantienen distancias especialmente relevantes en el orden de los fundamentos y claves cognoscitivas en función de las filosofías diferentes que las nutre (26). El camino del realismo aristotélico confía en conocer las cosas, incluidas las humanas, y en ese develamiento racional se alcanzarán a descubrir estructuras intrínsecas a lo humano, que orientarán y regularán las conductas en aras del bien personal y comunitario. El camino kantiano parte de la imposibilidad de conocer las cosas como ellas son, y el sucedáneo de esa inaccesibilidad serán construcciones posibilitadas por material sensible caótico y formas *a priori* e imperativos categóricos con los que cuenta el sujeto.

En relación con el aludido cognitivismo y objetivismo en el terreno moral que tiene directa incidencia respecto a los derechos humanos en tanto su contenido es moral, corresponde remitirnos a la discusión sobre la razón práctica, y aquí acertadamente Alexy (27) identifica en la discusión actual a cuatro posiciones centrales: aristotélica, kantiana, hobbesiana y nietzscheana. Por nuestra parte hemos reconocido la proyección jurídica de esas visiones (28), precisamente Finnis y Alexy representan respectivamente a las dos primeras, mientras que Luigi Ferrajoli se apoya en el autor del “Leviatán”, mientras que las teorías críticas remiten a Nietzsche. El profesor italiano (29) no duda en remitir frecuente y explícitamente a la palabra de Hobbes, pues en buena medida coincide en ese pesimismo y voluntarismo antropológico del filósofo inglés que lo identifica al hombre como “lobo para el hombre”, aunque será el derecho y la autoridad los únicos medios en lo que cabe confiar para que se logre la paz y la vida social. En cuando al tema en cuestión, Ferrajoli asumiendo su iuspositivismo “reforzado”, prefiere decididamente hablar no de derechos humanos sino de derechos fundamentales o positivizados en la Constitución. Más precisamente, el autor italiano nos propone una definición de esos dere-

(26) Cfr. mi libro “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, EDUCA, Buenos Aires, 2015.

(27) Cfr. ALEXY, R., “El concepto y validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 133.

(28) Cfr. mi artículo “Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2018.

(29) Cfr. mi libro “El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019.

chos “puramente formal o estructural”, asimilándolos con “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica” (30). Al margen de las resonancias universales de la definición, lo que resulta decisivo es el enclave iuspositivista final, pues en definitiva esa universalidad la establece la norma positiva que la voluntad de la autoridad establece, e incluso el poder constituyente es formal en tanto carece de limitaciones sustanciales, por ende, vale como derecho cualquiera sea su contenido. Desde esa matriz, Ferrajoli no duda en rechazar la tesis que no es derecho el extremadamente injusto, y ello en razón que los valores se asumen, pero no se justifican racionalmente, de manera que la razón no puede pronunciarse sobre la axiología última que sustenta al nazismo, e incluso el profesor italiano refuerza su escepticismo ético con esta prevención: “El cognitivismo ético supone el objetivismo moral y lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral” (31).

Hablemos ahora de los críticos, populistas o posmodernos que apelan filosóficamente a Nietzsche, pero también a Marx y a Freud, y a sus seguidores contemporáneos entre los que destacamos a Foucault, Gramsci y Derrida entre otros. Sin perjuicio de consignar aquel escepticismo gnoseológico que denuncia Nietzsche como una pretensión “mentirosa y arrogante” (32), los críticos no dejan de acudir insistentemente a los derechos humanos en tanto su uso ideológico los convierte en un instrumento de lucha política y jurídica muy eficaz en tanto canal flexible de reivindicaciones y demandas sociales. Más allá de la conocida crítica del propio Marx en “La cuestión jurídica” a los derechos humanos en clave burguesa, hoy hay conciencia en los autores críticos que ese tema puede aportar a la pelea contra los dominadores y explotadores, y se promueve un interés por el derecho como un ámbito en el que se da la lucha de clases. Boaventura de Sousa Santos ha diferenciado en el ámbito de los derechos humanos la alternativa de una “globalización desde arriba” o “desde abajo”, y esta última puede aportar a los procesos emancipadores. Fácil es comprobar el entusiasmo instrumental y retórico de los críticos por la bandera de los derechos humanos, aunque se deje de lado discusiones

(30) FERRAJOLI, L., “Derechos y garantías”, Trotta, Madrid, 2002, p. 37.

(31) FERRAJOLI, L. - RUIZ MANERO, J., “Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación”, Trotta, Madrid, 2012, p. 66.

(32) Cfr. FOUCAULT, M., “La verdad y las formas jurídicas”, Gedisa, Barcelona, 1991, p. 19.

orientadas a precisar su objeto, su fundamento y la titularidad de los mismos. En este punto cabe la recomendación de D. Kennedy de no incurrir en conceptualizaciones fosilizantes, y su irónica confesión que prefiere “correrse a un costado y recurrir al humor cuando se trata de formular una teoría de la naturaleza humana que se suponga pueda orientar la conducta de los hombres” (33). En el ataque al proyecto de la modernidad se destaca la noción de sujeto que al decir de Foucault es un “invento del siglo XVIII” funcional a una razón totalizadora, constructiva, sistemática y universalista, y el derecho se reduce a “grafismos inventados por Occidente para sus producciones de regimentación social” (34) que solo “puede sostenerse hoy en día en su propia positividad” (35). El rótulo de “críticos” se justifica en función de su perspectiva preponderantemente superadora del proyecto de la modernidad, de modo estar abierto a definiciones posteriores diseñadas con pretensiones rupturistas y liberadoras.

III. El impacto de los derechos humanos

Sin duda que los derechos humanos reconocidos (no creados), universalmente y declarados como inalienables constituye una tesis de enorme trascendencia para el derecho y los profesionales respectivos, además de forzar a las teorías jurídicas a generar un aparato conceptual y explicaciones coherentes. Repasemos a continuación algunas de esas proyecciones que terminan alterando significativamente el derecho y la teoría que nos posibilita su mejor comprensión y operatividad.

III.1. *Los derechos humanos no son normas jurídicas*

El modelo decimonónico afirmará que el derecho es un sistema de normas positivas, y la teoría pura ratificará esa definición desechando de la “pirámide” kelseniana a los perturbadores derechos humanos. Era la estructura lógica de un juicio la típica de las normas, ella era la vía escogida por el derecho para formularse autoritativamente, y, en consecuencia, la norma definía genéricamente un supuesto fáctico al que se le atribuían o imputaban ciertas consecuencias jurídicas. De ese modo el derecho vigente estaba compuesto por una serie de hipótesis fácticas que para el caso que ellas efectivamente se dieran, correspondía que se aplicasen las respectivas consecuencias jurídicas a esos casos individuales. Como re-

(33) KENNEDY, D. - GABEL, P., “Roll over Beethoven”, *Stanford Law Review*, vol.36:1, 1984, p. 3.

(34) KOZIEKI, E., “Discurso jurídico y discurso psicoanalítico” en *El discurso jurídico*, Hachette, Buenos Aires, 1982, p. 30.

(35) EWALD, F., “L'état providence”, Grasset, Paris, 1986, p. 41.

cordamos, desde un punto de vista lógico la estructura normativa constituía un juicio, más allá de las discusiones sobre el tipo de juicio que era: si hipotético (Kelsen), categórico (Austin) o disyuntivo (Cossio). Las normas son respuestas jurídicas explícitas que pretenden un esfuerzo aplicativo mínimo por parte del que las operará, de ahí la procedencia de recurrir a la figura montesquieuana del juez como “bouche de la loi”.

Los derechos humanos en su formulación esencial no responden a aquella estructura lógica, dado que no definen ni supuestos fácticos ni consecuencias, y así pueden ser reconocidos como principios (36). El derecho a la libertad, la igualdad, a la dignidad, etc., dejan indeterminados los supuestos fácticos en donde ellos rigen o se violan, y también dejan sin definición las consecuencias que acarrearán su infracción o falta de respeto. Conocidas son las polémicas que en las últimas décadas se han generado en torno a las visiones normativistas frente a las visiones principialistas del derecho, pues en el mundo anglosajón esa polémica remite a Hart versus Dworkin y en el derecho continental a la confrontación entre Kelsen y Esser. Recordemos que el fundador de la teoría pura del derecho cuando falleció en 1973 estaba escribiendo un libro que en su capítulo 28 rechazaba la posibilidad de los “principios” en el derecho, dado que con ellos se introduciría la moral o los valores en el derecho y se frustraría su propósito de una verdadera ciencia jurídica movilizadora por la exactitud y la objetividad en el conocimiento, como consigna pretenciosamente en el Prólogo de “La teoría pura del derecho”. Precisamente esa polémica tiene que ver con los derechos humanos atento a que un contenido claro de los principios serán los derechos humanos, pues ellos son el origen y el sentido mismo del derecho.

Los grandes teóricos del principialismo jurídico de las últimas décadas, como Dworkin o Alexy, no dudan en reconocer en esos principios a los mismos derechos humanos fundamentales. También recordemos que para muchos autores iusnaturalistas los derechos humanos son la manera actual de hablar del clásico derecho natural (37), y Finnis explícitamente afirma que, si bien Aquino no utiliza la expresión “derechos humanos”, tenía claro el concepto correspondiente (38). Más aún, las teorías iusnaturalistas clásicas nunca adhirieron a una visión normativista del derecho,

(36) Sin perjuicio de otras consideraciones más adelante, remito a mi libro “Los principios jurídicos”, Depalma, Buenos Aires, 2000.

(37) Cfr. GARCÍA LÓPEZ, J., “Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino”, EUNSA, Pamplona, 1979.

(38) FINNIS, J., “Aquinas (Moral, Political, and Legal Theory)”, Oxford University Press, 1998, p. 136.

sin embargo, sus reclamos fueron escasamente escuchados en aquellos tiempos de predominio marcados de las teorías iuspositivistas. Dejando de lado la terminología y operatividad moderna de los derechos humanos, lo cierto es que no resulta problemático ajustar a esa matriz los “suyos” o “derechos” que cada miembro de la especie humana tiene atribuido en razón de esa pertenencia, y que consiguientemente, suscita en los otros el deber de respetarlos o restituirlos. Un derecho orientado al bien del hombre no puede marginar esas “cosas” que naturalmente apreciamos y que aportan a nuestro “florecimiento” y a la sociedad en la que convivimos.

Concluamos este primer punto destacando que estimamos que hay una conciencia jurídica generalizada en estos tiempos que el derecho se formula recurriendo a la estructura lógica de las normas y también a la propia de los principios donde están los derechos humanos, y ambas constituyen especies del género reglas jurídicas en tanto son medida de las conductas al ordenarlas —con mayor o menor precisión y exigencia deóntica— como obligatorias, prohibidas o permitidas (quizás está más extendido otro uso terminológico: el género corresponde a las normas jurídicas, y las especies son las reglas y los principios). Esos principios asimilados a los derechos humanos guardan escasa conexión con los “principios generales del derecho” en tanto se los consideró por buena parte de la doctrina civilista fundados en la voluntad del codificador y puestos implícitamente en su obra.

III.2. Los derechos humanos no permiten una aplicación silogística directa

En la visión decimonónica la estructura interpretativa respondía a un silogismo en donde la norma constituía la premisa mayor y el caso individual la premisa menor, lo que permitía que a través de un mecanismo subsuntivo se aplicaran las consecuencias previstas en la norma. Esa estructura ya no es posible en el caso que invoquemos derechos humanos dado que estos no pueden operar directamente como una premisa mayor donde aparezca el término mayor y el término medio, según las reglas del silogismo que nos vienen desde Aristóteles. La mera apelación a un derecho humano sin la respectiva definición o traducción normativa del mismo, impide invocar un hecho que esté regulado por aquel y que se identifique como una eventual premisa fáctica aplicativa. Los derechos humanos son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia que los juristas derivarán para sus casos. Insistamos que desde un punto de vista lógico podemos llegar a decir que mientras las normas son “juicios”, los “principios” serían “conceptos” que requieren ser definidos, y luego sí derivar desde ellos juicios que pueden funcionar como premisas mayores en un silogismo aplicativo. Así, por ejemplo, del principio de la

dignidad humana como inviolable previsto en el art.1 de la Constitución alemana, la Corte constitucional respectiva derivó muchas respuestas jurídicas a casos variados pertenecientes a las típicas ramas del derecho; y algo parecido ocurrió con la Corte Suprema argentina a partir del mandato constitucional preambular de “afianzar la justicia” como una fuente de respuestas jurídicas variadas.

Los derechos humanos para estar en condiciones de regular situaciones fácticas particulares o concretas requieren ser formulados o proyectados a través de normas donde se definan los tipos abstractos o genéricos en donde luego queda la alternativa de subsumir el caso que pretendemos regular. Así por ejemplo si yo quiero resolver desde el derecho humano a la igualdad la situación fáctica de pagos salariales diferenciados a hombres y mujeres, se torna necesario construir una norma que, fundada en el derecho de la igualdad, impida jurídica y explícitamente pagos diferenciados según se lo realice a un hombre o una mujer, y entonces sí desde esa norma derivada de aquel principio se podrá obligar a la igualdad de salarios sin diferenciaciones fundadas en el sexo del trabajador.

Es habitual que cuando el jurista va a resolver un caso apelando a derechos humanos o principios, se encuentra con más de uno y en una particular situación de tensión o conflicto entre ellos. De ahí la necesidad de armonizarlos o conciliarlos por medio de una cierta regla que fije las condiciones en las que se reconoce para el caso en cuestión cierta prevalencia de uno sobre otro. Definida esa regla como resultado de la “ponderación” en la que aparezca la hipótesis fáctica que determina cierta consecuencia jurídica, ella puede ser usada como premisa mayor de un silogismo subsuntivo. Volviendo al ejemplo de arriba, y supongamos que el empleador pretende pagar menos la hora de trabajo de la mujer a tenor de que la ley vigente lo contempla e invoca el principio de legalidad y seguridad jurídica en su respaldo, sin embargo, seguramente la decisión judicial pondrá apoyándose en el principio de igualdad que no se puede jurídicamente pagarse un salario diferenciado en razón del sexo del trabajador.

No se da demasiada originalidad al concluir que para resolver casos por medio de normas el recurso sigue siendo el silogismo, pero teorías como las de Alexy ha desplegado una enorme y sofisticada propuesta en torno a la ponderación de principios (derechos humanos) apoyándose en jurisprudencia constitucional, dado que en esta habitualmente encontramos alguien que defiende la constitucionalidad de la norma en razón de un principio, mientras que otro la ataca invocando otro diferente principio, y el tribunal tiene que procurar que haya la menor restricción de los derechos en juego, y si llega haberla justificarla por la expansión del otro en conflicto. Conocidas y muy empleadas en los tribunales son las tres reglas

alexynas constitutivas del “principio de proporcionalidad” (39), adecuación o idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, y también la famosa y polémica ecuación matemática propuesta al respecto por el profesor alemán. El mundo de la racionalidad ponderativa o prudencial es el ámbito privilegiado para operar los derechos humanos.

III.3. En los derechos humanos no cabe la utilización de los métodos interpretativos típicos

Savigny consagrará la exitosa fórmula que interpretar una norma era “reconstruir (o desentrañar) el pensamiento del legislador ínsito en la ley” (40) y para ello propuso cuatro métodos: *a)* el gramatical (tenía por objeto las reglas gramaticales a las que recurrió el legislador y que permitirían saber exactamente lo que la ley dice); *b)* el lógico (apela a dilucidar cualquier duda yendo a la voluntad del legislador expuesta en los debates parlamentarios, notas a pie de página, etc.); *e)* el histórico (se compara la ley o el derecho anterior con el nuevo); y *d)* el sistemático (contempla la ley o la norma en cuestión en el marco del sistema adonde se incorpora la misma). Por supuesto que esos métodos no resultan satisfactorios para los derechos humanos en tanto: *a)* el recurso a la fórmula lingüística en que esta expresado el derecho humano no goza de un pacífico significado normativo, y abre decisivas polémicas en orden a establecerlo; *b)* porque la decisión del legislador al limitarse a reconocer y no crear el derecho humano, no es relevante su propósito para dilucidar su contenido y alcance; *c)* no cabe la aplicación del método histórico en tanto los derechos humanos fundamentales no pueden someterse —diría Dworkin— al test de origen o *pedigree* (41), pues ellos son esa juridicidad dada e indisponible para el creador de toda norma; y *d)* los derechos humanos resisten su inclusión en un sistema completo y apriorístico, más bien son compatibles con un sistema dinámico y puesto a prueba en cada problema jurídico que corresponde resolver computando lo axiológico y el caso mismo.

Aludimos ya a la propuesta de Alexy con relación a que el método con el que se operan los principios (donde están los derechos humanos) es el de la “ponderación” (ellos son “mandatos de optimización según las posibilidades fácticas y jurídicas”, mientras que las normas “mandatos definitivos”), de manera que el intérprete debe disponerse a “pesar” o “ponderar” los derechos o principios que aparecen en tensión y que re-

(39) Cfr. BERNAL PULIDO, C., “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

(40) Von SAVIGNY, F.C., “Los fundamentos de la Ciencia Jurídica” en *La ciencia del derecho*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1949, p. 82.

(41) DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1984, p. 95.

claman diferentes soluciones para el caso planteado. Ello es precisamente lo que con normalidad ocurre en casos jurídicamente importantes o trascendentes, y en esa hipótesis el operador judicial debe ponderar todo lo que está en juego en relación con los derechos humanos que invocan en tensión las partes procesales, así cuando se ponen en conflicto la libertad de expresión y la dignidad humana, la seguridad jurídica y la equidad, el derecho de la comunidad y el derecho del individuo, etc. Mientras las normas se aplican disyuntivamente o a todo o nada [*all-or-nothing-fashion* (42)], diríamos —parafraseando a Pound— que el derecho humano nos brinda solo una orientación para el razonamiento jurídico aplicativo, pero sería ingenuo suponer que hay como un “sentido” único, definitivo y canónico que se “desentraña” y posibilita la solución para el caso que convoca al intérprete.

Si vamos a la teoría iusnaturalista clásica, ese trabajo que llamamos “ponderativo” en torno a los derechos humanos o principios, puede comprenderse en el marco del saber prudencial, pues su objeto es definir la mejor conducta para el caso en cuestión teniendo en cuenta las circunstancias y argumentos en juego y esgrimibles dialécticamente. Metafóricamente la prudencia funciona como una especie de puente entre exigencias generales y cómo se proyectan o adaptan las mismas al problema jurídico concreto en el que corresponde definir la conducta razonable. El iuris-prudente no está para limitarse a desentrañar un sentido de la norma, sino para ver posibilidades, bienes en juego y consecuencias de las alternativas, pues incluso tiene en cuenta la enseñanza clásica que “lo mejor puede ser enemigo de lo bueno”; de ahí que —ejemplificando— Tomás de Aquino concluye que en base al principio de equidad no cabe que el depositario devuelva al depositante el arma dejada en depósito, cuando se la pide para matarlo con ella, y por ende, el *pacta sunt servanda* debe ceder a no poner en riesgo la vida del depositario. Los derechos humanos siendo principios del derecho, tienen razón de fin, y ellos cuentan con capacidad jurídica desde los cuales cabe concluir o determinar derecho en general y para los casos particulares.

En los derechos humanos no hay un texto normativo en el que cabe desentrañar un sentido o significativo normativo, más bien puede asimilarse a un lugar desde el cual es posible derivar distintos significados normativos a tenor de las conductas que están bajo estudio, pero la dificultad estará en que no solo hay distintas alternativas derivables del mismo derecho humano, sino que frecuentemente aparecerán en conflicto otro u otros derechos distinto del primero, y el jurista necesitará conciliarlo o

(42) *Ibíd.*, p. 77.

evitar el sacrificio o la disminución injustificada de alguno de ellos. No basta el manejo de la lógica en ese trabajo ponderativo o prudencial el que requerirá un esfuerzo significativo al definir la respuesta jurídica que se ajusta al caso a resolver; glosando a Kaufmann podemos decir que aplicar el derecho a un caso equivale a descubrirlo, y ello será más claro cuando se trata de resolverlo desde los derechos humanos.

III.4. Los derechos humanos apelan al saber práctico ético

El modelo de saber que predominará en el siglo XIX será el físico-matemático; y ello se consolidará cuando al finalizar el primer tercio del siglo XX el Círculo de Viena establecerá que los dos únicos caminos para el saber son: el camino de los juicios verificables o *a posteriori* en los que se puede probar o demostrar lo que se conoce, y el segundo camino es el de los juicios apriorísticos o tautológicos como los de la lógica y las matemáticas. De ese modo quedan sepultadas las posibilidades de un saber en el campo moral o axiológico en donde se trata especialmente de definir o dirigir una conducta a tenor de su valor. Dicho de otra manera, desde aquel paradigma epistemológico es inviable ocuparnos de la praxis humana con el objetivo de ordenarla o valorarla racionalmente, y solo se habilitan visiones escépticas en materia ética o axiológica. Un buen ejemplo de ellas puede ser Alf Ross asimilando los juicios de valor a golpes en la mesa con el propósito de impresionar emocionalmente al interlocutor; o Kelsen afirmando que la justicia es un “ideal irracional”. Sin embargo, a comienzos de los ‘70 se extenderá de manera cada vez más visible la propuesta de “rehabilitar la razón práctica” (43), y consiguientemente, por distintas vías filosóficas (entre ellas las de raigambre aristotélica y las apoyadas en Kant) se intenta superar la condena que se había hecho en torno a los enunciados valorativos como meras expresiones emotivas irracionales o solipsistas. La ética comienza a reclamar y a poblarse en las últimas décadas de propuestas cognitivistas y objetivistas; alimenta esa promoción el temor de que si no podemos “saber” lo que está bien y lo que está mal, solo queda el camino de la lucha en donde las posibilidades de triunfar estarán a favor de los poderosos.

Teniendo los derechos humanos un contenido claramente ético o axiológico, resulta apropiado para su conocimiento y operatividad un tipo de saber que afronte a las conductas humanas con el propósito de establecer racionalmente la más valiosa, mejor o preferible en relación a aquellos derechos, pero para ello debemos resignarnos a no contar habitualmente con juicios necesarios o apodícticos sino con juicios que proveen certezas

(43) Cfr. RIEDEL, M. (ed.), “Rehabilitierung der praktischen Philosophie”, 2 vols. Freiburg i.Br. 197-1974

probables o excepcionales y optar por un camino que asuma el diálogo, la deliberación o la controversia. Podemos una vez más proyectar al campo de los derechos humanos las explicaciones que en torno a los principios brindan tanto Dworkin como Alexy, el primero cuando los define como “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”, y el segundo cuando los identifica con “mandatos de optimización” en razón de que no exigen una cierta y precisa conducta sino la mejor posible para el ciudadano y la sociedad en base a las posibilidades fácticas o jurídicas correspondientes.

Resulta oportuno en ese punto volver al Aquinate cuando enseñaba que a medida que descendemos al campo de lo contingente y variable se potencia el riesgo del error, y por eso es alternativa racional confiar en el juicio de los prudentes o virtuosos en orden a saber la conducta justa a adoptarse. También podemos acudir a Finnis cuando postula como contenido de los derechos humanos a los “bienes humanos básicos”, aunque sin establecer jerarquía entre ellos y habilitando a diversas morales individuales igualmente “florecientes”. Afirma el profesor oxoniense: “Hay muchas razones básicas para la acción... Cada razón lo dirige a uno hacia un bien básico, intrínsecamente bueno para cualquier ser humano. Y cada razón puede concretarse de innumerables maneras en la vida de uno y la de las comunidades a las que uno pertenece”, y en relación con las guías de nuestras elecciones la respuesta de Aquino remite a: i) la felicidad como realización; ii) la virtud, en especial la prudencia; y iii) la regla de oro: “haz a los demás lo que te gustaría que te hicieran a ti” (44). A tenor de esas caracterizaciones, los principios y, por ende, los derechos humanos, resultan inadecuados para ser conocidos y operados desde un saber que rechaza valoraciones, que pretenda certeza absoluta o sin excepciones o que no esté dispuesto a someterse a un procedimiento dialógico que, dentro de ciertos márgenes, configure lo correcto o lo justo.

El contenido de los derechos humanos (libertad, igualdad, dignidad, etc.) nos instala en el campo del saber moral o ético, de ahí que puede resultar absolutamente errado y peligroso que nuestras Facultades de Derecho mantengan la enseñanza típica del EDL que ninguna conexión existe entre el derecho y la moral, y que los únicos deberes sociales son los prescritos por la ley. La vida social incluye deberes jurídicos, pero también deberes morales en los que la intención resulta relevante para confirmar el nivel de su cumplimiento, a lo que agreguemos que la eficacia del derecho mismo depende en significativa medida de la conciencia moral de los ciudadanos (la sabiduría popular enseña: “hecha la ley, he-

(44) FINNIS, J., “Aquino...” ob. cit, ps. 131, 132 y 163.

cha la trampa”). Remitir toda la moral a la conciencia autonómica y libre importa poner en riesgo grave una buena vida social respaldada por una sólida y consolidada experiencia universal.

III.5. La comprensión de los derechos humanos requiere de la antropología

En la cultura jurídica que se auspicia habitualmente en nuestras Facultades de Derecho inspiradas en las Universidades napoleónicas, solo se estudia derecho y se declara —explícita o implícitamente— la irrelevancia de los otros saberes no jurídicos; o, dicho de otra manera, se auspicia un “insularismo jurídico” (Nino) en tanto se propone el derecho como una especie de isla que solo la habitan juristas y en la que solo hay normas jurídicas. Desde esa matriz, persona en términos jurídicos y recurriendo a Kelsen, será un “centro de imputación normativa”, por ende, no corresponde acceder a personas que reclaman un *status* jurídico forzoso o privilegiado, como tradicionalmente se invoca para el ser humano. El derecho tenía esa competencia per-formativa para definir su aparato conceptual con absoluta libertad, y sin mezclarse con exigencias que venían de lugares ajenos al mismo, como la naturaleza o las dimensiones políticas, morales o culturales.

Frente algunas posturas que rechazan las discusiones sobre los fundamentos, resulta muy elocuente traer a colación el artículo de Alexy titulado “¿Derechos humanos sin metafísica?” (45), donde defiende que una defensa y explicación coherente de los mismos requiere establecer la titularidad de los mismos, y para ello se torna imprescindible ir más allá de lo empírico y de lo que diga el derecho. Por supuesto, que resulta obvio que la definición que adoptemos sobre el ser humano condicionará lo que luego digamos sobre los derechos humanos, más aún, su nómina, fundamento y alcance de los mismos. Hay discusiones hoy muy vivas acerca de derechos de animales, plantas, etc., o sobre la posibilidad de que la titularidad se reconozca a un sujeto colectivo, y una respuesta justificada al respecto necesita previamente el correspondiente esclarecimiento antropológico. La mera enunciación de un derecho humano fácilmente es suscribible, pero ello dice muy poco si no se acompaña de una definición de hombre o de la personalidad jurídica.

(45) ALEXY, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?” en Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Ideas y Derecho (2008), Buenos Aires (atribuye a los derechos humanos cinco notas: 1) universales; 2) fundamentales; 3) abstractos; 4) morales; y 5) prioritarios, precisando que “no pueden ser derogados por normas de derecho positivo...son además la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado”).

Quizás corresponda recuperar el célebre consejo de Cicerón dirigido a aquellos que quieren conocer qué es el derecho, indicándoles que a esos fines deben ir a conocer cuál era la naturaleza humana. Con acierto concluye Pedro Serna: “La fundamentación última de la actividad jurídica descansa, pues, sobre una antropología, lo cual supone que la pregunta por qué hay derecho —la pregunta por la ontogénesis del derecho, en la terminología de Cotta— es rigurosamente a la pregunta qué es el derecho” (46). También Lévinas, desde su particular filosofía reconoce que es el concepto del “otro” el que origina y funda los derechos humanos (47). Es obvio que si yo parto de una visión antropológica individualista, materialista, espiritualista, colectivista, voluntarista, etc., dicha opción terminará proyectándose y determinando una cierta concepción del derecho y, consiguientemente, de los derechos humanos. Así por ejemplo si creemos que la razón humana con Hume es esclava de las pasiones, pareciera inadecuado confiar en que la argumentación que respalde racionalmente alguna norma jurídica será suficiente para alcanzar un cumplimiento voluntario de la misma. Sin dilucidar quién es un ser humano, no podemos ser y coherentemente hablar de derechos humanos precisando al titular de los mismos.

Aquí de vuelta cabe el reproche a los estudios humanísticos que no incluyen una atención prioritaria y detallada sobre “que es el hombre”, pues la experiencia académica jurídica propia y seguramente universalizable, confirma la ignorancia —pensamos en nuestras Facultades de Derecho— supina que hay sobre esos temas, no obstante que discusiones muy actuales en la que legítimamente intervienen los juristas —como la ecológica o la bioética— requiere tener más o menos claro las notas distintivas de lo humano y sus diferencias con el mundo animal, vegetal y el de las cosas inertes.

III.6. A los derechos humanos no les basta un saber meramente científico jurídico

El paradigma del saber jurídico según el modelo decimonónico era el científico según el paradigma de la física o las matemáticas en tanto un saber objetivo, exacto, demostrativo descriptivo, sistemático y

(46) SERNA, P., “Sobre las respuestas al positivismo jurídico” en *Las razones del derecho natural*, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 86. En este libro Kaufmann A. en p. 238 afirma: “la idea del derecho es una imagen de la idea de hombre”.

(47) Cfr. LÉVINAS, E., “Les droits de l’homme et les droits d’autrui” en AA.VV., *Indivisibilité des droits de l’homme. Acte du Colloque Interuniversitaire, Univ. Fribourg (Suisse)*, 1985.

aséptico, que procura en todo momento ser fiel a la mera voluntad del legislador o del creador de la norma que para cada caso escoge una respuesta que simplemente canaliza lo que quiere. Reiteremos que en el prólogo de la primera edición de la “Teoría pura del derecho”, Kelsen confía en lograr elevar la ciencia jurídica al sitial de las verdades ciencias capaces de proporcionar conocimientos “exactos” y “objetivos”. El camino escogido por el maestro austríaco será separar a las normas jurídicas vigentes que eran fruto de un crudo voluntarismo, de las proposiciones científicas descriptivas sin compromiso valorativo. Desde aquella perspectiva gnoseológica no solo no cabían —como denunció Carlos Nino contra los modelos epistemológicos (48) de Kelsen, Ross y Bulygin-Alchourrón— las valoraciones, sino tampoco las propuestas *de lege ferenda*, y a tenor del modelo decimonónico el intérprete debía limitarse a ser ese “ser inanimado” que se limitaba a decir las palabras de la ley para el caso —según la repetida descripción y propuesta de juez que consagró Montesquieu y que repitió la escuela exegética francesa—. Además, esa ciencia jurídica dogmática estaba fuertemente atada a la enciclopedia jurídica, de manera que cada una de ellas se configuraba en torno a las diferentes ramas del derecho que, en definitiva, coincidían con los códigos y sus libros que el legislador había sancionado.

Una comprensión exhaustiva y completa del contenido de los derechos humanos nos impone recurrir a un saber que necesariamente será raigal y atento teleológicamente a lo que es el hombre y su sociedad. Ello se revela con evidencia cuando reconocemos que el contenido de los derechos humanos es moral antes que jurídico, de ahí la terminología anglosajona de “moral rights”. En coherencia con dicha tesis cabe sostener que el ámbito de la gnoseología jurídica más idóneo para comprender los derechos humanos y su carga axiológica, será el de filosofía jurídica y, en última instancia a la pregunta primera por el “sentido” del derecho y la posibilidad de obtener una respuesta racional que cubra ese requerimiento de favorecer la mejor vida en común procurando que a cada uno se le respete “lo suyo”. En esa sintonía, recordemos un provocativo artículo de Alexy contra los reductivismos científicistas explicando “La naturaleza de la filosofía del derecho” (49), y también que el juez Hércules propuesto por Dworkin capaz de encontrar la “respuesta correcta” para cada caso, no solo es un semi-dios, sino que es un filósofo

(48) NINO, C.C., “Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica”, Fontamara, México, 1993.

(49) ALEXY, R., “La naturaleza de la filosofía del derecho”, Doxa, Alicante, 2003, ps. 145-160.

de derecho. Seguramente, como recordaba Maritain en oportunidad de acordar la lista de los derechos humanos fundamentales de 1948, resultaba muy fácil establecer esa nómina, pero a la hora de fijar su significado o su “contenido esencial” (como precisan las Constituciones alemana y española) surgen grandes dificultades a tenor de la filosofía jurídica que inspira al jurista. Escasa coincidencia alcanzará en torno al derecho humano a la libertad quien adscribe a una filosofía jurídica de corte individualista, respecto a quien reconoce el “bien común” como fin del derecho; o cual es el contenido de la dignidad humana entendida desde una matriz personalista funcional (remitida a alguna función como la comunicativa o dialógica) u ontológica (identificada con la definición biológica).

En definitiva, si un jurista opta por un reductivismo gnoseológico cientificista, seguramente los derechos humanos le resultarán una realidad poco inteligible o misteriosa, además de peligrosa en tanto sus conexiones con el mundo de los valores y su dimensión no empírica. Por supuesto que el rechazo de los “cientificismos” no implica propiciar “filosofismos”, sino reiterar la integralidad del saber jurídico en donde cada medio gnoseológico enriquece, confirma o corrige a los restantes (50). Necesitamos de la ciencia jurídica, aunque asignándole también una función valorativa, pero también y prioritariamente necesitamos de una filosofía jurídica que nos permita reconocer y auspiciar al mejor derecho, posibilitando que racionalmente se invalide a aquel que solo en apariencia es derecho, atento a que su contenido es absoluta e inequívocamente absurdo, irracional o inmoral, por lo que no puede ser reconocido como parte del mismo.

Se ha consignado de la preocupación que tuvo Napoleón cuando aparecieron los primeros comentarios a su Código, pues ellos implicaban un riesgo a la exigencia de someterse dogmáticamente a la palabra y voluntad del legislador. Ese riesgo será mayor cuando habilitamos preguntas axiológicas con relación a lo dispuesto en la ley, y desde perspectiva una materia peligrosa es sin duda la filosofía jurídica. Nuestras Facultades en la práctica promueven a las ciencias jurídicas y desalientan el interés respecto de preguntas que excedan el conocimiento del derecho vigente. Los profesores de filosofía del derecho sabemos muy bien lo que cuesta despertar el interés de los alumnos respecto de sus temas típicos. De todas maneras, es claro que la doctrina de los derechos humanos se nutre necesaria y medularmente de la filosofía jurídica.

(50) Cfr. MARTÍNEZ DORAL, J.M., “La estructura del conocimiento jurídico”, Universidad de Navarra, 1963.

III.7. Los derechos humanos resisten visiones juricistas

Anticipábamos que el juricismo fue otra característica del modelo teórico que se propuso por el paradigma decimonónico, en el sentido que el derecho podía y debía ser comprendido solo desde el derecho. La realidad del derecho construida legislativamente se ofrecía a los juristas como una realidad autónoma y autosuficiente que no requería de contaminaciones morales, económicas, políticas, etc. Más aún, los científicos se detuvieron en procurar no solo delinear sus respectivas ramas como “verdaderas” ciencias autosuficientes, sino en deslindar el derecho de las tradicionales tentaciones contaminantes o “impuras” que venían desde la moral u otras dimensiones de la realidad. Alguien que sabía derecho no necesitaba recurrir a otros tipos de saberes, dado que su realidad la establecían exclusivamente las normas jurídicas y su tarea se reducía a descubrir y describir su sentido en el marco de un sistema jurídico que contaba con límites perimetrales estrictos y que definía claramente la unidad, la jerarquía, la coherencia y la completitud de esas normas.

Los derechos humanos claramente resisten ese juricismo dado que su comprensión y operatividad requiere apertura a toda la realidad y previsión a las dimensiones casuísticas en donde ellos se proyectarán. Una solución jurídica para un determinado problema inferida desde algún derecho humano, supone inexorablemente pensar en ese hombre y sociedad implicada, donde no solo estará el derecho sino todas las otras dimensiones que le son inherentes y cuyo desconocimiento puede generar una solución imposible o integralmente incorrecta o inhumana. Los derechos humanos cuando obligan, permiten o prohíben lo hacen desde la hominidad comprendida en esas personas humanas interactuando en un determinado lugar y espacio, y para poder hacerlo del mejor modo para el hombre o los hombres implicados, se necesita una mirada abarcadora de todas las dimensiones que ofrece la realidad, más allá de los intereses cognoscitivos específicos que pueden estar presente.

Los derechos humanos imponen una mirada no solo reducida al derecho sino comprensiva de las diferentes dimensiones en las que el mismo se mezcla, y cuya ignorancia puede terminar generando caricaturas, insuficiencias o monstruosidades en el derecho. Recordemos que en la filosofía aristotélica lo justo político incluía lo justo natural y lo justo legal. Contemporáneamente, es común que las propuestas teóricas que invocan razón y saber práctico, como las de Alexy o Finnis, concluyen en la inscindibilidad del derecho con las otras dimensiones sociales como las de la política y la moral. Acudamos a la vieja enseñanza reiterada por Aquino que la ley debe adaptarse a las costumbres de la sociedad que regula, en tanto el bien común político finalmente se define para una determinada

sociedad y su específico tono moral; por eso también la ley no exige todo lo que está bien ni prohíbe todo lo que está mal, siendo su propósito prioritario el de forjar buenos ciudadanos.

Si partimos de una noción de validez jurídica asimilada a justificación racional (51), esta no puede reconocerse completamente si no vamos más allá del derecho. En efecto, será inviable entender como válida o justificada una norma cuando: i) el lenguaje en el que se formula la norma jurídica es desconocido por el destinatario; ii) la conducta prescrita es de imposible realización por parte del destinatario; iii) el medio escogido por la norma jurídica no conduce al fin que se propone la norma; iv) las consecuencias derivadas de la norma son absolutamente absurdas o irracionales; v) la norma resulta claramente ininteligible o ilógica; vi) es contraria a arraigadas costumbres de la sociedad; etc. En síntesis, el juridicismo puede generar violencias en los destinatarios a la hora de exigirles el cumplimiento de la norma sin computar todo lo implicado más allá de la misma y su posibilidad de comprenderla y aceptarla.

III.8. Los derechos humanos imponen visiones constitucionalistas

El modelo decimonónico se basó en la sinonimia entre derecho y ley, pero como ya consignamos arriba, ese modelo entrará en crisis después de la segunda guerra mundial cuando empieza a configurarse el Estado de Derecho Constitucional (EDC) que reemplazará al Estado de Derecho Legal (EDL). Ha sido tan fuerte el impacto que ha producido la operatividad de la Constitución sobre el derecho y la cultura jurídica europea, que ello ha generado nuevas teorías a las que se las reconoce con el nombre genérico de “neoconstitucionalismos”, aunque otros prefieren hablar de “constitucionalismo post-positivista” (Atienza) o “constitucionalismo garantista” (Ferrajoli). Algunos de los nombres que se han generalizados reconociéndolos como adscriptos a aquella corriente de la teoría jurídica son Ferrajoli, Alexy, Atienza y Nino, entre otros. Sin embargo, ha habido mucha resistencia de algunos de ellos por esa adscripción, de todas maneras nosotros hemos reconocido hasta cuatro versiones neoconstitucionales (52) cuyo rasgo común es haberse abocado a explicar, avalar y promover al EDC. Por encima de esas teorías, pareciera consolidarse la idea que la Constitución es el “higher law” y, en consecuencia, rige en términos de derechos y deberes para toda la sociedad, para todos los ór-

(51) Cfr. mi artículo “Una teoría de la validez jurídica”, *Doxa*, nº39 (2916), Alicante, ps. 99-125: donde identifiqué hasta once exigencias de la validez como justificación racional.

(52) Remito a mi separata “Los neoconstitucionalismos: cuatro versiones”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2018.

ganos con competencia jurígena y para todos los juristas. De ese modo corresponde que el juez recurra en todos sus casos a buscar o a verificar si la respuesta jurídica que impondrá es compatible con la misma Constitución, pues esta siempre hablará respecto de un caso jurídico, sea de manera positiva o simplemente indicando los márgenes con los que se cuenta para determinar la respuesta jurídica para el mismo.

Precisamente la Constitución es el lugar privilegiado dentro del derecho positivo para los derechos humanos, dado que estos pretenden regular a la totalidad de la sociedad, incluida de manera privilegiada —pero no exclusiva— la relación de los ciudadanos con el poder y los órganos del Estado. Zagrevelsky un tanto exageradamente afirma que mientras la ley formula su derecho por medio de normas, la Constitución prefiere la vía de principios o los derechos humanos. Esa operatividad directa de la Constitución exige del juez y de todo juez una sólida formación y conciencia constitucional, al margen de aquella con la que debe contar a tenor de la competencia material que tiene jurisdiccionalmente asignada. El juez actual requiere además de una sólida formación constitucional, también una matriz apropiada para poder operar con ella dado la —como arriba se subrayó— teoría interpretativa decimonónica construida con base en la ley. Más aún, no solo conciencia constitucional para posibilitar la eficacia prevalente de los derechos humanos, sino también advertir que estos son el principio y fin del derecho y del bien común político, en tanto el sentido de su existencia y justificación es beneficiar al hombre y a la sociedad. Esa comprensión de la Constitución trae aparejado casi automáticamente una preocupación por la vigencia de los derechos humanos superando las meras exigencias que le impone al juez la rama del derecho sobre la que tiene competencia. No es posible seguir pensando el derecho constitucional como una rama más junto a las otras típicas de las currículas vigentes en las Facultades de Derecho, más bien lo que corresponde advertir es que en estos tiempos la Constitución se proyecta sobre el resto del derecho vigente y válido y termina constitucionalizándolo. En algún sentido cuando un jurista quiere comprender y operar el derecho necesariamente debe contar con formación constitucional específica, pues ella será la que provee el aparato conceptual indispensable para cumplir adecuadamente su servicio profesional.

El derecho constitucional funcional al EDL era fundamentalmente derecho político o derecho del poder estatal y de su distribución, por eso se interesaba prevalentemente de la parte orgánica de la Constitución y no le prestaba atención destacada a la parte dogmática de la misma, pues en definitiva esta era meramente programática y su proyección jurídica estaba a cargo exclusivo del legislador. Estimamos que aún no se verifica entre

los constitucionalistas en general un interés claro y contundente por los derechos humanos, y esta materia sigue en buena medida asumida por los iusfilósofos, y esto se revela en que la gran mayoría de los neoconstitucionalistas ejercen académicamente en las cátedras de teoría del derecho o filosofía jurídica. Por supuesto, que no se trata de sustituir disciplinas de una con otra, sino advertir la necesidad de encuentros para provecho mutuo.

Un buen ejemplo en la Argentina de ese reconocido proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos es el último Código Civil y Comercial. Mucho se ha escrito sobre las particularidades de la interpretación de la ley y sus diferencias con la interpretación constitucional (53), pero nos gustaría destacar que será muy difícil ignorar la jurisprudencia constitucional si se tiene interés de conocer la nómina, contenido, fundamento y operatividad de los derechos humanos de un determinado país. En última instancia es en ese ámbito donde se discierne el derecho vigente y válido, y se establecen directivas para su operatividad.

III.9. Los derechos humanos desbordan y alteran la nómina y noción de fuente del derecho

El modelo decimonónico encomendó fundamentalmente a los Libros Primeros de los Códigos Civiles establecer la nómina de las fuentes del derecho y lo que le correspondía hacer al jurista con ellas a los fines de encontrar la solución jurídica para sus casos. Esa nómina era: i) exhaustiva; ii) circunscripta a muy pocas; iii) necesitaban contar con la aprobación del Estado soberano; iv) se escribían; y v) se publicaban en un órgano oficial ad hoc. Por otro lado, había una jerarquía muy clara que ponía a la ley en el lugar central y más elevado, de ese modo la costumbre que se aceptaba como fuente eran solo la interpretativa —de la ley— y la supletoria —de la ley—, y así frente a la remota posibilidad de un silencio legal aparecía la alternativa de recurrir a los medios de integración de la ley. Esa visión legalista, repitamos que llegaba incluso al extremo de negar los mecanismos de integración jurídica, como en el *Code* francés de 1804; y algunos representantes de la exégesis francesa sostuvieron que si se presentaba un caso no previsto en la ley, el mismo no era jurídico, dado que el derecho coincidía con la ley. Aun en los códigos civiles que reconocieron la posibilidad de lagunas en la ley y el recurso a los principios generales del derecho —el art.16 del Código Civil argentino originario—, la doctrina civilista más extendida nos parece que nunca le prestó demasiada atención

(53) Cfr. FERRER MacGREGOR, E. (coord.) “Interpretación constitucional”, ts. I y II, Porrúa-UNAM, México, 2005 y mi libro “Interpretación constitucional”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

a estos últimos. Es que, frente a la confianza en la infalibilidad del legislador, la hipótesis de ausencia de ley se suponía remota, y en definitiva la respuesta jurídica que eventualmente se derivara de los principios nunca podía ser *contra legem*, atento a que ellos lo habían puesto el mismo legislador de manera implícita en el código, y su validez jurídica descansaba en esa voluntad del codificador.

El reconocimiento operativo de los derechos humanos pone en crisis esa noción e incluso la noción misma de fuente del derecho (54). Es que, si los derechos humanos coinciden con aquella juridicidad indisponible para la autoridad que pretende hacer derecho, su violación grave y evidente frustra toda capacidad jurídica, incluso la del poder constituyente. Los derechos humanos son derecho concentrado o respuestas jurídicas concentradas que orientan y limitan a las respuestas que terminarán de positivizarse en el derecho. Ellos guían la creación de las normas jurídicas y también su aplicación, así a la hora de superar las indeterminaciones de las mismas (sean en los supuestos fácticos como en sus consecuencias), también cuando hay que escoger entre normas contradictorias o cuando hay que suplir una ausencia de respuesta jurídica para un caso, o incluso cuando corresponde invalidar una norma por una irracionalidad o disvaliosidad evidente y muy grave. En tiempos del EDC los derechos humanos se convierten en una especie de principios en sentido estricto [en tanto aquello de donde algo es, se conoce o se hace como derecho (55)] o de fuente del derecho por antonomasia que controla toda otra fuente (el principio tiene razón de fin), a los fines de asegurar que —como mínimo— soluciones claramente contrarias a los mismos no prevalezcan, y también que se escojan siempre las mejores respuestas jurídicas que aporten a su triunfo, que es lo mismo —según Finnis— que el triunfo de la justicia y el bien común.

Ofreciendo los derechos humanos respuestas diferenciadas para los casos jurídicamente importantes, la racionalidad del derecho pretende que esa opción se justifique con argumentos (recordemos que según una definición clásica argumento es “lo que arguye la mente en caso de dudas”), o sea que frente a cuestiones que pueden ser respondidas de distinta manera se torna racionalmente necesario que se respalde la opción escogida con razones o argumentos. Los resultados interpretativos inferidos de de-

(54) Cfr. AGUILÓ REGLA, J. - VIGO, R., “Fuentes del derecho. Dos visiones”, Astrea, Buenos Aires, 2018.

(55) ARISTÓTELES: “Es común a todos los principios el ser punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se conoce” (Metafísica VI, 1013 a 18s. También Aquino: “Principium est id a quo aliquid procedit quocumque modo” (principio es aquello de lo que algo procede de cualquier manera) (Suma Teológica, I, q.33, a.1).

rechos humanos requieren una tarea racional argumentativa o justificadora, y esos argumentos terminan de proyectarse como eventuales pautas directivas de la comprensión y operatividad de todo el derecho. En efecto, y a modo de ejemplo, traigamos a colación criterios jurisprudenciales de raigambre constitucional como “libertades preferidas” o “distinciones sospechosas” que funcionan en todos los casos jurídicos. Recordemos que autores como Aarnio llega a asimilar la noción de fuente del derecho con “toda razón ...que puede ser usada como base justificatoria de la interpretación jurídica” (56), y también Peczenik “Todas las razones jurídicas son fuente del derecho en un sentido amplio” (57).

Advirtamos una vez más las características de los derechos humanos: reconocidos, universales e inalienables, y que hay expresos e implícitos, originarios y subsiguientes (58), y que el jurista antes de definir la respuesta jurídica debe controlar el nivel de compatibilidad o incompatibilidad de la misma con aquellos. Ellos integran el derecho vigente y válido y no necesitan de un reconocimiento explícito para que operen, no pudiendo invocarse su ignorancia frente a la acusación de su violación. Sin perjuicio del alcance meta-sistemático o universal de los derechos humanos, el jurista no puede prescindir de su enclave o modalización que ellos asumen en cada Constitución.

III.10. Los derechos humanos internacionalizan al derecho

El modelo legalista derivó armónicamente de la noción de soberanía con la que se fueron forjando los Estados nacionales. Una de las características de esos Estados soberanos —Jean Bodin de por medio— fue imponer, sin rendir cuentas a nadie, el derecho que se aplicaría en sus respectivos territorios. El derecho que regía para la sociedad era aquel que había creado raigalmente el Estado y nadie contaba con un poder jurídico suficiente como para impugnarlo o invalidarlo.

Los derechos humanos, como es bien sabido, internacionalizan al derecho en tanto terminan regulando a los mismos Estados imponiéndoles deberes y exigencias cuyo incumplimiento puede generar reclamos y res-

(56) AARNIO, A., “Lo racional como razonable”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 123.

(57) PECZENIK, A, “On Law and Reason”, Springer, p. 318.

(58) HERVADA, J., “Introducción crítica al derecho natural”, EUNSA, Pamplona, 1981, ps. 92 y ss.: distingue “derechos naturales originario” (proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma, y por lo tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana) y los “derechos naturales subsiguientes” (dimanan de la naturaleza humana en relación con situaciones creadas por el hombre).

ponsabilidades jurisdiccionales, y por esa vía se termina consolidando la posibilidad de reconocer a las personas físicas legitimación para ante los tribunales internacionales o regionales. Sin duda que nuestro continente también avanzó generosamente por ese camino del derecho comunitario, y logró establecer un espacio interamericano efectivo para los derechos humanos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica a través de sus fallos y opiniones consultivas, como así también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Washington, fueron poniendo en interrogantes el clásico apotegma de la supremacía indiscutida de la Constitución y debilitando las visiones chauvinistas imperantes. Los derechos humanos han demostrado la utilidad para fortalecer la conciencia de un espacio cultural, territorial y personal en común, y es tarea de los jueces posibilitar que los Pactos respectivos no sean meros propósitos a lograr sino vías operativas concretas de distinta índole. Precisamente la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que es también responsabilidad de los Poderes Judiciales el velar por el cumplimiento de los derechos humanos, y la vía de las llamadas “omisiones constitucionales” puede ser empleada en el campo de los derechos humanos para no dejar librada a la voluntad de los otros Poderes la efectiva vigencia de los mismos. Un buen ejemplo de ello es receptado por la Corte suprema argentina en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich” cuando reconoce el derecho de réplica, aunque no estaba la ley exigida por el Pacto de San José, sosteniendo (en base a una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana) que por jurisprudencia se puede suplir a la ley.

Desde una noción clásica de la soberanía resulta incomprensible el “soft law” o “global law”, o la apelación que hace la Corte Suprema en la causa “Priebke” al “ius cogens” o “ius gentium” para modificar al Código Penal argentino. También resultará sorprendente que la Corte Interamericana obligue a cambiar la Constitución a Chile; que invalide la reserva hecha por México en materia de tribunales militares cuando se sometió a su jurisdicción; o que al margen de lo que dispone la Constitución mexicana amplíe la competencia de los jueces hasta incluir un control de convencionalidad. La doctrina ha pergeñado la fórmula de “diálogo jurisprudencial” para poner de relieve el recurso a jurisprudencia extranjera en orden a escoger ciertos criterios jurisprudenciales. Es que en la jurisprudencia referida a derechos humanos hay un escaso condicionamiento impuesto por los derechos nacionales, por eso los argumentos utilizados en una sentencia cuyo objeto es un caso referido a rechazo de transfusión de sangre por parte de un Testigo de Jehová, seguramente trascienden los ámbitos jurisdiccionales en donde fue dictada y puede ser utilizada por otros tribunales extranjeros en casos análogos.

Consignemos que la referida descripción no implica coincidir con todos los criterios jurisprudenciales interamericanos establecidos, ni tampoco juzga acerca de la competencia de la Corte regional en orden a no computar “los márgenes de decisión nacional”, pues nos estamos limitando a mostrar la realidad sin valorarla e identificando consecuencias teóricas y prácticas. Aunque a ese respecto cabe señalar la reacción de algunos Estados de nuestro continente y también ciertas resistencias o cambios en la jurisprudencia que importan alterar el sometimiento tradicional irrestricto a los criterios de la Corte interamericana (59). De todas maneras, quizás pueda concluirse que un jurista que se limite a conocer solo su derecho nacional cada vez sabrá menos derecho, y aquí es oportuno reclamar que la formación de los juristas incluya derecho comparado, especialmente el derecho de aquellos países con los que nos unen variados e históricos vínculos.

III.11. Los derechos humanos tensionan a la seguridad jurídica en aras de la equidad

Fácilmente se concluye que el valor jurídico que alentará prioritaria y excluyentemente la revolución francesa será el de la seguridad jurídica. Más aún, uno de los cuatro derechos que se consagrará en la famosa Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 será ese derecho a la seguridad (los otros tres previstos en el art. 2 son: libertad, propiedad y resistencia a la opresión), que bajo las tesis de: la voluntad infalible del legislador, que las leyes se presumen conocidas después de publicadas, el paradigma del *dura lex sed lex* y la amenaza a los jueces de imputarlos del delito de prevaricato si se apartaban del sentido de la ley, procura brindar absoluta previsibilidad jurídica a los comportamientos humanos. No faltaron autores que avalaron con sus teorías esta prevalencia de la seguridad como el único valor o aquel decisivo para el cual existía el derecho.

Aquella obsesión y ficción de una seguridad jurídica absoluta ha entrado definitivamente en crisis, y ha sido la preocupación por los derechos humanos uno de esos factores que la ha debilitado. Es que no puede aducirse seguridad frente a un derecho extremadamente injusto, a lo sumo solo desde algún nivel de justicia puede pretenderse adjetivar el derecho con la seguridad. La difusión de los derechos humanos ha fortalecido la conciencia en la sociedad que por encima de valores formales debe prevalecer sustantivamente el respeto al hombre, y que la injusticia grosera e incuestionable no puede obtener el respaldo o la protección del derecho

(59) Cfr. “Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978-2018)”, ALFONSO, S. - BELLOCCHIO, L., (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2018.

y los juristas. Incluso un importante respaldo a ese nuevo paradigma axiológico del derecho lo constituye el Estatuto del Juez Iberoamericano que las 22 cortes supremas de Iberoamérica aprobaron en Canarias del 2001, cuando en su art. 43 invocan para la tarea judicial el principio de equidad y que se aprecien al fallar las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables. Si la equidad es la justicia para el caso, no caben dudas que ella nos habla de derechos humanos, dado que frente a la violación de estos, ya no queda espacio para la justicia en cualquiera de sus formas.

Por supuesto, que no resultaría razonable descartar o despremiar a la seguridad jurídica (60), pues ella remite a una aspiración intrínseca del ser humano que procura previsibilidad en sus comportamientos. De todas maneras, la seguridad que alienta la modernidad jurídica decimonónica remite a una visión de una razón ficticia o teórica en cuanto pretende que cada ciudadano por medio de la ley hecha por la voluntad infalible esté en condiciones de saber con certeza absoluta las consecuencias que les traería sus acciones y sus omisiones. La ley se escribía y publicaba en un órgano especial *ad hoc*, y comenzaba a regir para todos, más allá la lengua que hablaran o que fueran analfabetos, sin que pudieran invocar su ignorancia. Esa seguridad es imposible, pero sí corresponde alentar una previsibilidad posible, y a esos fines no se puede ignorar el trabajo judicial en orden a corregir, clarificar, completar o invalidar a la ley. En este resultado judicial aparece el derecho contenido en los derechos humanos que, si bien pueden afectar la seguridad jurídica, lo será en la medida que lo exijan las exigencias evidentes de la razón práctica o la justicia. Sería grotesco reconocerse que brinda seguridad jurídica un derecho “extremadamente injusto” (por ejemplo, el derecho nazi) dado que en este supuesto no hay estrictamente derecho sino una mera apariencia o proyecto abortado del mismo.

La preocupación por la justicia del caso necesariamente reclamará contar con el recurso de ese derecho concentrado y en potencia de los derechos humanos, ellos pueden ser un medio idóneo para llevar a cabo prudencialmente los ajustes que necesiten las respuestas jurídicas ya previstas. Esa preocupación coincidirá con no dejar que triunfe un derecho que no sirva real y completamente al hombre y a la sociedad. Apelemos a la palabra de Hervada: “lo justo natural —los derechos naturales— no solo no son ajenos a la historicidad, sino que esta es una dimensión suya. Y lo es de dos maneras: a) por ser derechos realmente existentes, son derechos que se tienen en el tiempo, en la historia; no son derechos supratempo-

(60) Cfr. mi artículo “Aproximaciones a la seguridad jurídica” en *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de España, año III, n°6 (incluido en mi libro “Interpretación Jurídica”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

rales o intemporales, sino temporales e históricos, como inmersa está en la historia la persona humana; b) en cuanto, al suponer un ajustamiento entre cosas o entre personas y cosas, el cambio les afecta, al cambiar las personas y cosas” (61).

III.12. Los derechos humanos potencian la judicialización de la vida social

Para el modelo decimonónico el campo de lo jurídico coincidía con los casos que se habían previsto en las normas legales, en consecuencia no puede sorprender el ya referido juridicismo y la confianza dogmática que el derecho carecía de lagunas, atento a que si aparecía un caso que no estaba receptado en alguna ley, ese caso no era jurídico y por consiguiente no debía ingresar a los tribunales. El supuesto forjado al hilo del EDL y el iuspositivismo decimonónico era que los casos jurídicos eran fáciles en tanto instancias individuales de los genéricos ya contemplados y resueltos en la ley.

Sin embargo, la presencia operativa de los derechos humanos rompe aquella solución ingenua y dogmática de la plenitud hermética del derecho. Ya hemos hablado de la indeterminación de los derechos humanos y de su fuerza expansiva en orden a la solución de casos jurídicos. Esa característica ha generado forzosamente la juridización de la vida social (62), y con ella, la respectiva judicialización. Es bastante evidente cómo ingresan a los tribunales pedidos que tradicionalmente hubiesen resultado inconcebibles que se pretendiera que los jueces los resuelvan, pero bajo el paragua generoso y expansivo de los derechos humanos ello se ha posibilitado. Esta juridización y judicialización desbordada de la vida social ha potenciado la actuación y el poder de los jueces, pero al mismo tiempo ello ha generado preocupación en orden a evitar un desborde en el Poder Judicial que afecte el funcionamiento de los otros Poderes del Estado, incluso que el EDC degenera en un Estado de Derecho Judicial. No solo aparece aquí toda la necesidad de una apropiada argumentación judicial a la hora de inferir desde los derechos humanos alguna solución jurídica, sino también aparece la necesidad de que los jueces actúen con “self restraint” y el resto de las exigencias éticas.

Es que si los derechos humanos son contenido moral y forma jurídica resultará inexorable que para poder comprender y satisfacer algún bien humano —individual o colectivo— hay que ir más allá del derecho y ex-

(61) HERVADA, J., “Introducción crítica al derecho natural”, ob. cit., p. 99.

(62) Cfr. mi libro “Constitucionalización y judicialización del derecho”, Univ. Javeriana-Ibáñez, Bogotá, 2012.

tender la mirada a la realidad completa con sus implicancias antropológicas, sociales, económicas, políticas, etc. Toda norma jurídica tiene algún fin que justifica su dictado, y ese propósito necesariamente hay que considerarlo a la hora de juzgar la racionalidad y validez de la misma. Una decisión ponderativa o prudencial requiere computar —siguiendo a Alexy— las “posibilidades fácticas y jurídicas” para lograr dilucidar y escoger la mejor solución jurídica para el caso. Finnis al delinear el “método” para definir el derecho natural o la moral con la que nos conduciremos en la vida, establece que debemos considerar cuestiones concretas, así señala nueve *basic requirements of practical reasonableness* que se mueven en un terreno fuertemente formal o procedimental.

Compartimos las palabras de A. Ollero: “el legislador no puede poner de una vez por todas al derecho, sino que se limita a poner en marcha el proceso interpretativo que cerrará el juez, al decir cuál sea el contenido del derecho legalmente puesto” (63), de ahí también que los casos que merezcan ser atendidos por un juez son los dudosos o difíciles, atento a que su trabajo consistirá en procurar resolverlos prudencialmente cuando “diga” el derecho respectivo derivándolo del derecho vigente y válido. Recordemos que Aquino invocando a Aristóteles habla de la preferencia de buenas leyes frente al arbitrio del juez (64), en base a: i) encontrar buenos legisladores será más fácil frente al número muy superior que se necesitan de jueces; ii) los legisladores pueden examinar muchos casos, mientras que los jueces atienden casos particulares y en tiempos exigentes; y iii) las leyes son universales y para el futuro, y, en cambio, los jueces son susceptibles de las pasiones que generan los casos que atienden.

III.13. Los derechos humanos aportan al mejor funcionamiento del derecho

Si consideramos a los derechos humanos como una juridicidad insoslayable para el que va a crear derecho o como la protección jurídica de “bienes humanos básicos”, y pretendemos que ellos limiten y orienten la creación jurídica, no caben dudas que son un instrumento útil para que finalmente la sociedad tenga un derecho válido y funcional al “buen vivir”, y, sobre todo, aquella medida puede ser usada para descalificar los intentos de un derecho clara y gravemente inhumano.

Más aún, si adoptamos —en clave kelseniana— una definición del derecho como mera técnica coercitiva para dirigir conductas, no cabe al jurista

(63) OLLERO, A., “¿Tiene razón el derecho?”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 485.

(64) TOMÁS de AQUINO, “Suma Teológica”, I-II, c. 95, a. 1.

interrogarse por los fines que tiene el derecho y debe limitarse a operarlo sin juicios de valor pretendidamente racionales. Ello no solo es peligroso en tanto puede perjudicar a los destinatarios del derecho, sino que puede también generar un potencial peligro para aquellos que crean o aplican un derecho extremadamente injusto, irracional o disvalioso. Frente a la crítica que se le ha formulado a la fórmula de Radbruch por su aparente ineficacia en tanto no tiene fuerza para impedir un derecho manifiestamente inválido, Alexy ha replicado que aquella tesis conlleva para los que no la respetan, un “efecto riesgo”, en tanto pueden ser imputados en un proceso de responsabilidad penal por hacer o por ejecutar ese derecho que solo es aparente, dado que su contenido es extremadamente injusto o inmoral.

Al margen de ese límite moral que imponen los derechos humanos ellos pueden aportar al mejor derecho al menos por cuatro caminos: (i) como un control de la validez jurídica en razón del límite que supone la injusticia extrema; (ii) ellos también pueden contribuir también al mejor derecho en las hipótesis donde las normas jurídicas pueden fallar por indeterminación; (iii) contradicción o (iv) ausencia. Respecto de la indeterminación normativa (ii), sea en relación al supuesto fáctico o a las consecuencias jurídicas, ya algo dijimos en tanto los derechos humanos pueden orientar el trabajo del jurista determinativo para un caso. Un tercer problema del reductivismo normativista (iii) puede generarse cuando existen dos normas que aportan respuestas jurídicas contradictorias, y en tal supuesto el jurista puede encontrar en los derechos humanos una guía para que elija la mejor de aquellas. Finalmente, un cuarto problema (iv) es que a veces no hay una respuesta jurídica normativa, pero el jurista debe proveer una, dado la naturaleza jurídica del caso en cuestión, y ella puede ser derivada desde los derechos humanos dado que ahí hay derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia.

La presencia de los derechos humanos aporta a una amplitud y flexibilización útil, conveniente y realista del derecho vigente y válido. Por supuesto que no se trata de un principialismo absoluto, pues también necesitamos de las normas con sus respuestas explícitas y ya previstas, aunque habilitando a la operatividad sucedánea de los principios frente a los problemas que ineludiblemente conlleva aquel esfuerzo previsor e imperfecto de las normas. No se trata de confiar ingenua o dogmáticamente en los derechos humanos como un recurso desprovisto de riesgos y capaz de proveer soluciones indiscutidas, sino de reconocer que ellos abren una posibilidad de dotar al derecho de un mayor realismo y un mejor servicio para el buen vivir en común.

III.14. *Los derechos humanos exigen una atención prioritaria a la premisa fáctica*

El razonamiento de un juez o de un abogado orientado a brindar o postular una respuesta jurídica circunstanciada a un caso determinado respeta habitualmente la estructura propia de un silogismo compuesto, en donde además de premisas jurídicas generales se requerirá de premisas individuales, dado que la conclusión responde a un caso, y según las reglas del silogismo, solo de premisas generales nada se puede concluir y la conclusión sigue la premisa más débil (particular respecto a general y negativo respecto a positivo). Temporalmente lo primero que se requiere en ese razonamiento es contar con el conocimiento de los hechos, de modo que una vez obtenido el mismo cabe ir al derecho vigente y válido a fines de relevar las respuestas que están disponibles para ese caso. Por eso con acierto Taruffo (65) ha insistido de mil maneras que “la verdad es condición de la justicia”, y ello resulta obvio, porque si estamos errados en la premisa fáctica el camino hacia la justicia se tornará difícil o imposible. También el profesor italiano, recurriendo a una noción de verdad como “correspondencia”, ha investido contra la difundida teoría de las dos verdades (formal o procesal, por un lado, y real o sustancial, por el otro) (66).

Ya adelantamos que la perspectiva en el EDL fue que los casos jurídicos eran “fáciles” en tanto contaban con una respuesta prevista en una norma legal y que era esa la que el juez debía repetir en su sentencia por medio de un silogismo no creativo sino aplicativo. En ese marco había plena confianza en la claridad de esa definición fáctica concretada por el legislador y, consiguientemente en la estricta separación entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, que habilitaba al recurso de casación orientado a fijar “una” doctrina “legal”. Esa tradicional mirada sobre los hechos hoy ha sido cuestionada con variados argumentos: i) “ninguna proposición descriptiva es apta a priori para captar y agotar el hecho” (67); ii) hay supuestos fácticos que conllevan valoraciones en su descripción y conocimiento (daño grave, convivencia intolerable, etc.); iii) las descripciones fácticas normativas padecen los problemas ínsitos en el lenguaje (vaguedad, ambigüedad, etc.); iv) “el juicio sobre la *quaestio iuris* está necesariamente ligado al he-

(65) Cfr., “Verdad, justicia y derecho” VV. AA., Astrea, Buenos Aires, 2020.

(66) Cfr. ATIENZA, M. - VIGO, R. - TARUFFO, M., “Verdad y proceso judicial”, FCJS-UNL-CEJIP, La Paz, 2019.

(67) TARUFFO, M., “La prueba de los hechos”, Trotta, Madrid, 2002, p. 93.

cho" (68), de ahí la crisis del recurso de casación (Corte Suprema Argentina en "Casals" de 2005); v) las dificultades del recurso a la analogía que justifica el tratamiento jurídico equivalente de casos "suficientemente" iguales; vi) el recurso a otras ciencias no jurídicas para conocer los hechos, y su discusión en torno a la certeza de ese conocimiento (ciencias duras, blandas, pseudo ciencias, etc.); etc.

A esa enumeración sucinta de los problemas incluidos en la premisa fáctica hay que sumarle los problemas directamente generados en el derecho mismo. Ya dijimos que los derechos humanos son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia, por lo que una vez conocidos los hechos el jurista normalmente se enfrenta con respuestas jurídicas disponibles en el derecho vigente y válido, algunas explícitamente contenidas en normas, otras derivadas por extensión de normas, pero también contará con las inferidas desde aquellos derechos, y a los fines de la sentencia deberá recurrir a la elección de una en función de criterios axiológicos, institucionales, consecuencialistas, etc. Es obvio que contar con los derechos humanos le posibilita al jurista contar con más respuestas de las que tendría si asume una visión meramente normativista, respuestas que spondrán su ajuste a las características de los casos en cuestión.

Si vamos a la filosofía jurídica aristotélica tomista, recordemos que la prudencia tiene por objeto "lo agible humano concretísimo y personal con todos sus detalles" (69), pero como el conocimiento de los singulares se obtiene por los sentidos y la experiencia, observa Aristóteles que los jóvenes pueden ser buenos matemáticos, pero difícilmente prudentes. La relevancia del conocimiento de lo circunstanciado en orden a la prudencia lo destaca el Aquinate: "Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular; y de tener solo uno, debe tener más bien este, es decir el conocimiento de lo particular que es el más próximo a la acción" (70). La importancia de los hechos en la teoría alexyana queda de manifiesto por ejemplo al momento de la ponderación para resolver conflicto de derechos, dado que habrá que tener en cuenta las "posibilidades fácticas y jurídicas" comprometidas en el caso. En definitiva, las dificultades e importancia de conocer los hechos condicionan el relevamiento de las respuestas jurídicas y su correspondiente elección racional.

(68) UBERTIS, G., "Fatto e valore nel sistema probatorio penale", Giuffrè, Milano, 1979, p. 75.

(69) RAMÍREZ, S., "La prudencia", Palabra, Madrid, 1978, p. 45.

(70) TOMÁS de AQUINO, "In Ethicorum", lect., 6, n. 1194.

III.15. La operatividad de los derechos humanos requiere de una sólida idoneidad ética

Se escuchan crecientemente voces que alertan acerca de los riesgos que conllevan los derechos humanos en tanto ellos pueden terminar transformando el EDC en un Estado de Derecho Judicial en donde el derecho sea lo que los jueces dicen que es. Ese riesgo no solo es jurídico en tanto la jurisprudencia queda convertida en la única fuente del derecho, sino que se proyecta al campo político dado que la misma democracia queda convertida en los hechos en una especie de aristocracia judicial. Más aún, los temores se acrecientan cuando se advierte que la posibilidad de desembocar en aquel judicialismo queda en manos de los mismos jueces que son el poder constituido que tienen la última palabra acerca de cuál es el derecho vigente y válido.

En una lógica auténticamente democrática todos los que gobiernan deben contar con una cierta idoneidad ética, dado el poder del que disponen y la consiguiente responsabilidad que pesa sobre ellos. De ese modo, la conclusión es que a mayor poder más responsabilidad, y a tenor de la centralidad que han asumido los jueces cabe exigirles una sólida idoneidad ética no solo al momento de su designación sino también como causal de destitución. En el marco del EDL seguramente bastaba la idoneidad científica como para designar a alguien como juez, sin embargo es claro que no hay incompatibilidad entre ser un gran académico y al mismo tiempo ser un corrupto. Por supuesto que en el *common law* los criterios para designar un juez son muy diferentes, dado que lo decisivo terminan siendo pautas orientadas a esclarecer su personalidad ética, y un ejemplo de ello se comprobó en la designación del juez de la Corte Suprema de EE.UU. Brett Kavanaugh cuando la impugnación que se le hizo en el Senado remitía a cómo se había comportado en una fiesta estudiantil cuando tenía 18 años.

Para reclamar idoneidad ética ello solo es posible si partimos de una teoría ética cognitivista y objetivista, y dejamos de lado propuestas subjetivistas, intersubjetivistas, consecuencialistas, jurdificistas o teologistas voluntaristas. Esa idoneidad se visibiliza normalmente en los comportamientos y hábitos que cada uno exhibe frente a todos aquellos con los que trata frecuentemente. El decreto del Poder Ejecutivo nacional 222/2003 apunta a esa dimensión de los candidatos a la más alta magistratura, en tanto se les brinda a los que los conocen la oportunidad de poner de manifiesto comportamientos y hábitos que revelan la calidad ética exigida de los mismos. Un listado de trece principios éticos judiciales los encontramos en el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica que aprobó en el 2006 la Cumbre Judicial Iberoamericana, y ahí vemos que los jue-

ces deben comprometerse en el ser y en el aparecer con esas exigencias que apuntan al mejor juez posible. Es obvio que si designamos un juez cobarde que no resiste presiones de los factores de poder, el criterio con el que finalmente decidirá el caso guardará relación con esa actitud vital de no correr riesgos y vivir con tranquilidad. Y en ese terreno de falta de ética, podemos imaginarnos un juez con un explícito compromiso con un cierto partido u orientación política, o que no se aparta en aquel asunto en el que conoce que están interesados amigos o parientes, o que no resiste la posibilidad de estar en los medios de comunicación, etc.

En definitiva, los derechos humanos y más allá de su valor intrínseco indiscutido, pueden llegar a ser una herramienta política poderosa en la lucha política y en el discurso público por su indeterminación y enorme carga retórica, por eso importa tanto saber en las manos de quien se los pone. Los derechos humanos metafóricamente podemos asimilarlos a un arma que puede garantizarnos el conservar nuestra mejor vida social, pero también con ella podemos ocasionar mucho daño totalmente injustificado, de ahí la relevancia que tiene atribuir esa arma a quien la usará apropiada y correctamente.

Si los derechos humanos habilitan a encontrar más de una respuesta jurídica para un caso determinado, ellos remiten a la libertad y conciencia ética del juez, por eso si pretendemos tomarnos en serio a los mismos, debemos tomarnos en serio la ética de los juristas. Advirtamos que el derecho es de mínimos y la ética de mayores exigencias que requieren la voluntariedad del destinatario y la asunción de esas exigencias que conllevan un compromiso con la excelencia en el ser y el parecer (71).

III.16. Los derechos humanos requieren argumentación jurídica

Hemos propuesto la tesis que mientras la operatividad del derecho en tiempos del EDL se hacía a través de la interpretación jurídica, hoy en tiempos del EDC esa operatividad requiere del jurista que la asuma por medio de la argumentación (72). Dicha tarea remite a que la sociedad necesita del jurista para que le diga el derecho (*iuris dictio*) cuando alguien duda sobre su existencia y alcance, y esa respuesta jurídica resulta de un razonamiento en donde se van conectando lógicamente juicios, afirmaciones o premisas que permiten aquella conclusión en torno al *status* deóntico jurídico de una cierta conducta. Esas conexiones ajustadas a la

(71) Cfr. mi libro “Ética y responsabilidad judicial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

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

lógica aportan una justificación llamada interna (Alexy), pero ella no basta para dar por justificada racional y totalmente lo concluido, atento a que se requiere que cada uno de los juicios o premisas incluidos en el razonamiento cuenten con argumentos o razones que las motiven o funden, y este trabajo de respaldar con argumentos o razones suficientes y válidas lo que el jurista va razonando, constituye la justificación externa.

El trabajo argumentativo resulta enormemente más complicado, trabajoso y creativo que el trabajo interpretativo. Mientras que este se reducía a un silogismo en el que la premisa mayor estaba en las entrañas de una norma y la premisa menor era un caso individual del genérico contemplado en aquella; en la argumentación jurídica nos enfrentamos en primer lugar al esfuerzo por conocer la verdad de los enunciados fácticos en juego de los que hablamos arriba. Pero luego, el jurista seguramente identifica para el caso que atiende, varias respuestas jurídicas disponibles en el derecho vigente y válido, algunas son explícitas (contenidas en normas) y otras están en potencia (en principios), algunas ya han sido dadas o propuestas mientras que otras son inéditas. Reiteremos que aquí aparece cierta libertad del jurista y su conciencia ética y jurídica, en tanto debe escoger una de esas respuestas, y la puede elegir buscando la mejor o prefiriendo aquella más funcional a su propio interés. Finalmente, hecha la elección debe construir el razonamiento que contará con premisas que necesitan estar respaldadas por argumentos o razones, pues de lo contrario serán afirmaciones dogmáticas que no podrán ser comprendidas y aceptadas racionalmente. El éxito de ese razonamiento depende del respeto de la lógica, pero la calidad argumentativa del profesional depende más de la variedad y peso de los argumentos o razones que el mismo esgrima en su sentencia o discurso.

Ese paso de la interpretación a la argumentación que coincide con la transformación del EDL al EDC, se refleja en que los viejos métodos interpretativos se han convertidos en argumentos. En la doctrina se han elaborado distintas nóminas de argumentos, nosotros mismos tenemos una de veintisiete argumentos (73), pero por supuesto que lo importante es reconocer esa variedad de razones que esgrimen los jueces en su sentencia, y además advertir: i) que el peso de los argumentos depende del caso (por ejemplo un argumento científico no jurídico puede ser decisivo en una demanda de filiación); ii) hay argumentos que son jurídicos en sí mismos, pero otros se convierten en jurídicos porque los usa el jurista para definir derechos y deberes (por ejemplo el argumento sociológico); iii) los argumentos sirven y se requieren para justificar premisas jurídicas

(73) Cfr. *Ibidem*, capítulo XI.

y fácticas; iv) dado que el derecho no solo está en la ley ni lo hace solo el Estado, puede ser que el argumento lingüístico no remita a la ley sino al texto de un testamento en el que se discute la cláusula en la que el testador deja ese inmueble a “su hijo más querido”; v) los argumentos se usan en positivo o sea para avalar una propuesta, o en negativa para descalificar (el argumento lógico, por ejemplo para descalificar una sentencia por incurrir en autocontradicción); etc.

Quien auspicia argumentación jurídica confía en una razón que está en condiciones de elegir y dirigir la mejor o más justa conducta, por eso no tendrá inconvenientes de reclamar la presencia operativa de los derechos humanos con su contenido moral y accesible al conocimiento humano. El problema lo tienen aquellos como Ferrajoli que admitiendo solamente los “derechos fundamentales” declarados como tales por la voluntad del poder constituyente, terminan dándole la espalda a la argumentación e insistiendo en explicaciones logicistas de la vieja interpretación, que le permiten denunciar a Guastini que el juez ferrajoliano se parece demasiado al juez de Montesquieu. En síntesis, tomarnos los derechos humanos en serio requiere de una apropiada argumentación jurídica.

III.17. Los derechos humanos conllevan exigencias nuevas y específicas en la formación de los juristas

En la gran mayoría de las Facultades de Derecho se ha mantenido aquella currícula que se impuso en Europa continental en el siglo XIX. Ella en definitiva se circunscribía a lograr que se conociera el derecho puesto en las leyes, o más específicamente en los Códigos; pues subyacía en ese marco que el único que “creaba” derecho era el Poder Legislativo, mientras que al Ejecutivo le correspondía “ejecutar” la ley y al Judicial aplicarla repitiéndola para un caso. De ese modo no solo se promovía una escasa atención a las otras fuentes del derecho creadas por organismos internacionales, la sociedad civil, las personas jurídicas, los órganos administrativos, las personas individuales, los tribunales, etc. En particular destacaría la grave desatención a la jurisprudencia, atento a que son los jueces quienes tienen el poder último de definir el derecho vigente y válido. Es cierto que hay Facultades que han reaccionado a aquella inercia legalista, y se han inclinado por estudiar la ley desde la jurisprudencia, pero esos casos más bien resultan una excepción en el panorama académico.

No caben dudas que esas currículas centradas en los Códigos y mantenidas imperturbables por décadas, terminan dando la espalda a temas y problemáticas, que más allá si cuentan o no con una ciencia que las estudie, son cuestiones importantes y complejas que ya tienen una atención doctrinaria y jurisprudencial amplia y destacada. Ejemplifiquemos algu-

nas de esas realidades poco atendidas en los planes de estudio vigentes: derecho informático, derechos humanos, retórica, ética profesional, derecho penitenciario, derecho convencional, argumentación jurídica, prueba científica, diálogo racional, etc. Es probable que algunos de esos temas aparezcan en los programas de las tradicionales asignaturas del grado, pero lo que nos interesa subrayar es que ellos gozan de una amplitud e importancia que justifica tratamientos o estudios específicos de mayor amplitud y pretensión. Es cierto que las Facultades han arbitrado los cursos de posgrados para profundizar o suplir esos silencios formativos, sin embargo, nos parece que ello es manifiestamente insuficiente.

Por otro lado, la pedagogía más consolidada en nuestras Facultades pretende una formación dogmática, memorista, solipsista, universalista y acrítica. Estos vicios y también los referidos al contenido de la enseñanza, se visibilizan cuando traemos a colación todas las exigencias que hemos reseñado en este artículo. Repitémoslo que el conocimiento y capacitación para operar los derechos humanos requiere de filosofía moral, antropología, derecho comparado, ética judicial, ponderación y argumentación, precedente judicial y su cambio, verdad y premisa fáctica, diálogo racional, retórica y dialéctica, etc. Pero, además, la enseñanza del derecho en general, y de los derechos humanos en particular, debe incluir necesariamente capacidad de mantener y eventualmente acordar en diálogos racionales, prestando atención a problemas concretos e identificando las mejores soluciones de manera creativa (“inventando” en términos ciceronianos) y persuasiva. El recurso a la jurisprudencia nacional y comparada, se constituye en un material imprescindible para conocer y capacitarse en la operatividad del derecho.

No ignoramos que la problemática de los derechos humanos es un tema relativamente nuevo y en permanente expansión, pero ya a esta altura no está justificado el interés marginal que vemos en muchas de las Facultades de Derecho. A ese reclamo sumemos la necesidad de una enseñanza mucho más dialógica, crítica-valorativa, práctica, aporética, flexible, comparada y ajustada a los diferentes modos de ser profesional del derecho.

III.18. Los derechos humanos dificultan la pretensión sistémica del derecho

El modelo epistemológico imperante en el siglo XIX exigía que solo ingresaban al privilegiado altar de las ciencias aquellas que lograban demostrar que habían podido configurar verdaderos sistemas con la materia que estudiaban. Precisamente se reconoce que Savigny con su obra “Sistema de derecho romano actual” logra fundar la ciencia jurídica moderna, pero ese esfuerzo alcanzará su culminación con Kelsen y su teo-

ría pura. De mil maneras insiste el maestro austríaco en que “el derecho es un sistema dinámico de normas... Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase...es una norma válida si pertenece a un determinado ordenamiento jurídico” (74). El sistema jurídico “fuerte” finalmente cubrirá todos los requerimientos enseñados por la lógica: i) unidad: obtenida en función de que todas las normas válidas encuentran su origen en la misma y única Constitución; ii) jerarquía: la cadena de validez garantiza a la misma y la precisa desde las normas generales hasta las individuales; iii) completitud: la norma de clausura que establece que lo no prohibido está permitido, permite que todos los casos tengan una respuesta jurídica; y iv) coherencia (no es avalada por Kelsen pero hace al sistema fuerte pretendido): las antinomias se resuelven con tres criterios: jerarquía, temporalidad y especialidad.

Esa visión del derecho contenido solo en normas revela un orden claro y completo que facilita enormemente la tarea del jurista posibilitando sin demasiados problemas, la identificación de la norma donde está genéricamente el caso a resolver. Pero en la década del '50 T. Viehweg con su pequeña, pero exitosa, obra “Tópica y Jurisprudencia” (75) sustentada en las enseñanzas de Aristóteles y Cicerón arremete contra el pensamiento sistemático (*Systemdenken*) y su método axiomático-deductivo, y propone para el derecho un conocimiento basado en los problemas (*Problem-denken*) orientado a la aporía fundamental que es procurar conocer “que es lo justo aquí y ahora”. La crítica al sistematicismo normativista puede sintetizarse: en primer lugar, porque distorsiona o condiciona la lectura del caso a lo previsto en el sistema, alterándolo o modificándolo para que se ajuste al mismo; y en segundo lugar, la realidad del derecho en el EDC pone de relieve que el sistema jurídico “fuerte” no solo es irreal por incompleto (no incluye derechos humanos, principios o valores), sino absolutamente ficticio dado que sus rasgos no se constatan en el derecho actual (hay juridicidad previa a la Constitución; la jerarquía no está fijada a priori y depende del caso; hay permisiones y prohibiciones implícitas o analógicas; los principios entran en conflictos entre sí y con las normas).

Es cierto que la presencia de los derechos humanos dentro del derecho vigente y válido perturba o impide el logro de un sistema perfecto, y de ahí que la rigurosa pirámide jurídica exigía su sacrificio. De todas maneras,

(74) KELSEN, H., “Teoría general del Derecho y del Estado”, UNAM, México, 1979, p. 133.

(75) VIEHWEG, T., “Tópica y Jurisprudencia”, Taurus, Madrid, 1964.

cabe la alternativa de ordenamientos jurídicos débiles (76), abiertos, porosos, dinámicos y casuísticos que computen a los derechos humanos y posibiliten un ajuste ponderativo o prudencial de las respuestas jurídicas a tenor de los casos, exigencias axiológicas y precedentes. Resulta oportuna acudir a la propuesta de Alexy cuando identifica la dimensión estática o fotográfica del sistema jurídico (compuesta por normas y principios) junto a la dimensión dinámica o la película (la teoría establecida para operar las normas y los principios). Estimamos que la realidad confirma que cada sistema jurídico incluye definiciones dinámicas —básicamente jurisprudenciales— sobre el modo conforme al cual debe operarse el material jurídico en orden a derivar del mismo respuestas jurídicas circunstanciadas y válidas.

Kaufmann (77) categóricamente concluye que la historicidad requiere de un “sistema abierto” y este requiere de argumentación racional. Ollero en esa misma sintonía señala: “Valores, principios y normas acabarán con frecuencia combinados... Esta aparente heterogeneidad expresa un peculiar sistema... un sistema bien distinto en el que unos valores —que operarán siempre como principios como motores del ordenamiento, lleguen o no a conformarse como normas— animarán ese proceso de positivización de una concepción de la justicia en el que —mediante un continuo esfuerzo de fundamentación— toda actividad jurídica consiste” (78).

III.19. Los derechos humanos se tornan decisivos e importantes desde teorías “no positivistas”

Recordemos que la tesis mínima y central del iuspositivismo es que no hay más derecho que el establecido y reconocido como tal, de manera que cualquier contenido puede ser derecho como concluyó explícitamente Kelsen. A partir de esa tesis, Speamann coherentemente ha explicitado que desde planteos iuspositivistas los derechos humanos resultan ser edictos de tolerancia revocables. Eugenio Bulygin (79) en coherencia con sus planteos iuspositivistas estrictos, ha manifestado su desazón cognoscitiva sobre los derechos humanos atento a que ninguna realidad empírica puede conocerse que a ellos corresponda. Incluso un defen-

(76) Cfr. CANARIS, C.W., “El sistema en la jurisprudencia”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

(77) KAUFMANN, A., “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él” en *Las razones del derecho natural*, ob. cit., p. 246.

(78) OLLERO, A., “La eterna polémica del derecho natural” en *Las razones del derecho natural* ob. cit., p. 292.

(79) Cfr. BULYGIN, E., “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, Alicante, nº4, 1987.

sor y promotor de los derechos fundamentales como Ferrajoli, deriva en función de sus convicciones iuspositivistas que la nómina y alcance de ellos dependerán totalmente de lo que al respecto establezca una norma jurídica positiva. Más aún, será a la teoría del derecho (dentro del modelo integrado de ciencia jurídica que propone integrado por: (i) teoría del derecho, (ii) sociología jurídica, (iii) dogmática jurídica y (iv) filosofía del derecho o de la justicia) a la que le corresponde construir con absoluta libertad el concepto de derechos humanos, los que en última instancia existen a tenor de una norma jurídica positiva. Desde esa lógica el profesor italiano rechaza la tesis alexyana de que la injusticia extrema no es derecho, y considera que es incurrir en una falacia ética buscar afuera del derecho positivo criterios para establecer su validez o invalidez, tomando distancia de los neoconstitucionalistas como Alexy, Nino o Atienza (los llama iusnaturalistas) por auspiciar principios, argumentación jurídica y por su objetivismo y cognitivismo ético.

Es obvio que, si pretendemos sostener derechos humanos desde posiciones iuspositivistas, terminamos postulando una realidad que se apoya en alguna decisión que la ha constituido como tal, y, en consecuencia, la misma fuerza o voluntad que la hizo nacer puede hacerla desaparecer o modificarla. Por el contrario, si con el nombre de derechos humanos apuntamos a una realidad indisponible que solo cabe reconocer y proyectar a nuestro tiempo y lugar, el límite o exigencias que ellos traducen resultan imposibles de ser cambiados sustancialmente y solo puede adaptárselos respetando su contenido esencial. La posibilidad de por ejemplo contar con el “derecho a la objeción de conciencia” solo tiene sentido desde planteos no iuspositivistas, dado que de lo contrario bastaría la norma positiva que lo suprima para que deje de existir. Esta comprensión “no iuspositivista” de los derechos humanos también se refleja en el lenguaje de los respectivos Tratados Internacionales, dado que —como lo ha explicado Javier Hervada (80)— aquellos apelan a una terminología propia o armónica con planteos estrictamente iusnaturalistas. Así por ejemplo constituyen manifestación evidente de ese enclave no positivista cuando se habla no de “creación” de los derechos humanos sino de su “reconocimiento”, cuando se invocan derechos humanos inherentes o universales, y, sobre todo, cuando se los declara inalienables, lo que significa que no pueden ser abolidos por ninguna voluntad, sea colectiva o individual.

Lejos estamos de suscribir posiciones que terminan sin asignarle demasiado valor a la positivización de los derechos humanos o que consideran

(80) Cfr. HERVADA J., “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, *Persona y Derecho*, IX, Pamplona, 1982.

irrelevante seguir discutiendo sobre los fundamentos de los mismos. Nos parece importante ese doble trabajo. Es que la positivización refuerza la juridicidad indisponible, y ello nunca deja de ser importante porque hay gente que los rechaza o no los ve como obvios; pero además por ese camino se visibilizan y se clarifican realidades jurídicas forzando a su estudio y análisis en términos universales y también concretos o históricos. En cuanto a la discusión sobre los fundamentos está implícita en cualquier esfuerzo por reconocer la nómima y contenidos de los derechos humanos, evitando que sean *flatus vocis* que cualquiera puede rellenar a su antojo y poner al servicio de sus intereses.

IV. Conclusión

Sin perjuicio de que algunos de los puntos aludidos resulten en algunos casos redundantes y sea posible distinguir tesis más decisivas que otras, lo cierto es que por razones pedagógicas, y aun asumiendo aquel riesgo, hemos querido reseñar diferentes consecuencias que conlleva el reconocimiento operativo de los derechos humanos directamente sobre la actividad jurisdiccional interpretativa o argumentativa según básicamente la matriz decimonónica o legalista, e indirectamente sobre la cultura y la teoría jurídica general y funcional al modelo de Estado de Derecho vigente. La conclusión es que ese paradigma configurado en Europa a partir de la Revolución Francesa y aún presente en la cultura jurídica académica actual, es evidentemente incompatible con la presencia operativa plena o fuerte de los derechos humanos en el derecho vigente. Más aún, con los derechos humanos no solo se altera profundamente el quehacer interpretativo o aplicativo del derecho, sino que también se pone en crisis la teoría del derecho que sustentaba aquella exitosa teoría decimonónica iuspositivista.

Pero más allá de ese impacto superador que producen los derechos humanos en la teoría operativa del derecho más difundida, corresponde reconocer y asumir que ellos generan nuevos desafíos y exigencias sobre el jurista y el aparato conceptual y teórico que permite el mejor cumplimiento de su servicio profesional. La desatención a los requerimientos incluidos en lo precedentemente señalado, lejos de mejorar al derecho y al trabajo del jurista seguramente provocarán desconcierto, confusión, incoherencia, inseguridad y excesos afectando la función primaria y constitutiva del derecho que es servir al buen vivir en sociedad proveyendo justicia. Lamentablemente el panorama general no luce muy alentador, especialmente porque se mantiene una inercia académica instalada en gran parte de nuestras Facultades de Derecho que es la forjadora principal de los juristas, y por ese camino se favorece una especie de esquizofre-

nia en tanto que se repiten matrices superadas y en la realidad se recurren con ligereza y pragmatismo a instrumentos valiosos a los que se pone al servicio de proyectos ajenos al mejor derecho. Se requiere urgentemente una decisiva, adecuada, completa y urgente respuesta institucional, teórica y práctica que implique tomarse en serio los derechos humanos, para de ese modo posibilitar que ellos aporten a un mejor derecho, y también se dificulte un uso desbordado, meramente político y peligroso de los mismos. ♦

LOS VOTOS EN DISIDENCIA EN LOS TRIBUNALES COLEGIADOS

POR ALBERTO R. DALLA VIA (*) (**)

Suele atribuirse a Montesquieu que los jueces solo debían hablar por boca de la ley, evitando caer en cualquier tipo de interpretaciones que excedieran del texto escrito. Para Montesquieu, por lo tanto, lo que hoy conocemos como “constructivismo”, “interpretación dinámica” o “activismo judicial”, merecería el más rotundo y —seguramente— visceral rechazo.

Si la ley era la expresión de la “voluntad general”, mal podía admitirse en tal concepción que algunos señores a quienes se sospechaba de haber pertenecido al *ancien régime*, por el mero hecho de detentar la condición de jueces o magistrados, pudieran torcer con su opinión o su parecer lo decidido por los representantes del pueblo al redactar leyes que por entonces se consideraban tan generales y abstractas como las leyes de la naturaleza, de manera que el propio Rousseau llegaría a expresar: “dentro de la ley todo, fuera de la ley nada”.

Se ha dicho muchas veces que las batallas ganadas por Napoleón no fueron más importantes que la sanción del Código Civil como tarea unificadora del derecho existente y vigente. La creación de la Corte de Casación acompañó a ese esfuerzo por la interpretación recta y única del Derecho. No es difícil deducir de allí que si la interpretación debía seguir un recto y único sentido, mal podrían considerarse válidos o admisibles los votos disidentes, separados o contradictorios en los tribunales.

De ahí también resulta que la introducción de cortes o tribunales constitucionales en los Estados de Derecho de tradición continental europea,

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 27 de mayo de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

a partir de la segunda posguerra, haya comportado siempre roces entre los poderes políticos y la jurisdicción. Para Carl Schmitt, el problema de introducir un tribunal constitucional consistía en trasladar la política a la justicia o, lo que es lo mismo, comportaba una politización de la justicia. Esa traslación de funciones se produce, según Schmitt, porque los conflictos constitucionales son dudosos o inciertos, debido fundamentalmente a la necesaria imperfección o vaguedad de toda Constitución escrita (1).

El debate entre Kelsen (2) y Schmitt (3) fue uno de los más importantes en la primera mitad del siglo XX, representando no solamente una polémica aparecida a propósito de la creación de los tribunales constitucionales en el período de decadencia de la República de Weimar, sino que también constituye un profundo debate acerca del rol que tiene el intérprete de la constitución.

Este problema también ha merecido reparos y fuertes críticas del otro lado del océano, ya que en la concepción anglosajona y, especialmente, en los Estados Unidos persiste un viejo y largo debate acerca de la crítica contramayoritaria sobre el Poder Judicial por tratarse de un Poder del Estado no representativo, por no surgir del sufragio popular, cuando en definitiva tiene la última palabra en la interpretación judicial y en la aplicación de la norma a casos que versan sobre la vida, la libertad, la propiedad y el honor de las personas.

En tal sentido puede afirmarse que el clásico debate norteamericano entre “originalistas” y “con textualistas” está orientado al mismo problema, cual es el de reducir los márgenes de discrecionalidad con que los jueces resuelven los casos o controversias sometidos a su jurisdicción y competencia. Para los originalistas la certeza se apoya en las palabras del texto constitucional conforme eran interpretadas por los “padres fundadores”, en tanto que los contextualistas encuentran fundamento en interpretar las normas conforme al sentido actual en el debate crítico de una sociedad democrática (4).

No se trata de un debate puramente teórico, ya que el mismo se ha visto plasmado en distintas líneas jurisprudenciales de la Suprema Corte de los Estados Unidos que ha variado, según los tiempos y conforme a las dife-

(1) SCHMITT, Carl, “La defensa de la Constitución”, Tecnos, Madrid, 1983, p. 57.

(2) KELSEN, Hans, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, Tecnos, Madrid, 2000.

(3) *Ibidem*.

(4) “La decisión Judicial. El debate entre Hart y Dworkin”, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

rentes composiciones de jueces que tuvo el alto tribunal desde posiciones de autorrestricción (*self restraint*) tendientes a preservar la supremacía de la constitución hasta períodos de marcado activismo, como el de la Corte presidida por Earl Warren, que emitió importantes pronunciamientos de avanzada en material de igualdad y de derechos civiles.

Se destacan los aportes de importantes teóricos como Ronald Dworkin, Bruce Ackerman y John Hart Ely, quienes se han esforzado en poner de relevancia el importante papel de los jueces en la formación de la decisión y la aplicación del Derecho en sociedades democráticas; de manera que los mismos no solamente son guardianes de la norma, sino que también son custodios de la democracia y del sistema representativo que conforman y completan.

La importancia de las decisiones judiciales como argumento sostenible en una democracia deliberativa ha sido puesto de relevancia por Carlos Nino para poner de manifiesto su valor epistémico, fundamentando así al mismo tiempo la legitimidad democrática del Poder Judicial como árbitro de los procesos políticos. De manera que Nino encuentra un triple papel del juez constitucional que posibilita su legitimidad democrática: controlador del proceso democrático, protección de la autonomía individual y continuidad de la practica constitucional.

En los sistemas de *civil law* se impondrá históricamente la concepción burocrática del juez, de manera que ello vendrá a significar la generalización del secreto y la unidad de la motivación, a efectos de imputar la sentencia al colegio. No hay dudas de que el principio procesal de unidad y de completitud de la sentencia contribuirá a esa construcción en términos de seguridad jurídica, pero también es cierto que esas modalidades encubren en el anonimato la formación de la decisión del tribunal, ya que la impersonalidad de la sentencia impedirá que trascienda al exterior toda manifestación de disenso producida en el interior del órgano colegial.

En sentido contrario, la tradición de la magistratura inglesa del *Kings Bench* conducía a las llamadas *seriatim opinions* u *opinions singulares* o particulares, tradición que sería trasladada dentro del sistema anglosajón, desde Inglaterra a los Estados Unidos. Pero la preferencia de los sistemas de *common law* por las *dissenting opinions* se debe también a la particular estructura de sus normas jurídicas y al rol que en relación a ellas juega la jurisprudencia y, de modo especial, la fundamentación de las sentencias.

Señala Francisco Fernández Segado que un instituto de notabilísimo interés con el que nos encontramos en ciertos países al abordar las decisiones constitucionales es el de la *dissenting opinion*, voto particular, *opi-*

nione dissenziente, Sondervotum, opinion disidente o voto de vencido, con que todas estas denominaciones se reconoce. La trascendencia de su acogida o rechazo es grande, pues no cabe ignorar que se trata de un instituto bivalente que, aun cuando presenta una naturaleza jurídico-procesal, ofrece unos perfiles políticos indiscutibles (5).

De manera que la adecuada comprensión del vigor que tiene el instituto del *dissent* no puede prescindir de la consideración relativa a la naturaleza del sistema jurídico norteamericano. Nos hallamos ante un sistema de *common law* caracterizado por el carácter personalizado de las decisiones judiciales, de las que constituye buena muestra la práctica inicial de formulación de las sentencias a través de las *seriatim opinions*.

De tal modo, los *dissents* encontrarían perfecto encaje en un sistema judicial personalizado, bien diferente del modelo burocrático, unitario e impersonal de los sistemas del *civil law*, en los que la salvaguarda de la unidad colegial, protegida por el principio del secreto de las deliberaciones, oscurece todo atisbo personalista.

Frente a las prácticas restrictivas de otros sistemas legales, las tradiciones norteamericanas nunca han insistido en que los miembros de su más alto tribunal oculten la existencia de divisiones entre ellos tras una fachada de pretendida unanimidad. Los jueces que disienten de una decisión de sus colegas pueden expresar sus fundamentos y dar sus razones, siendo que tal práctica ha tenido un incommensurable efecto en el crecimiento del derecho y en la promoción de un principio de personalización en la responsabilidad del juez (6).

Hecha esta introducción necesaria a nuestro tema, nos proponemos demostrar que los votos en disidencia o los votos separados, sean concurrentes o contradictorios, en los tribunales superiores o tribunales constitucionales contribuyen al debate crítico en una democracia deliberativa favoreciendo su valor epistémico.

La transparencia y sostenimiento de argumentos diversos no solamente contribuye a abrir nuevos debates, sino que, en la medida en que tales votos sean serios y razonados (condiciones que aquí se presumen), también se vinculan con las teorías del razonamiento y de la argumentación

(5) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado", Dykinson, Madrid, 2009, t. I, p. 227 y ss.

(6) PRITCHETT, C. Hermann, "La Constitución Americana", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965.

jurídica que manda a los jueces a construir sus fallos de manera fundada y a sostenerlos en el debate público.

Tales premisas no solamente encuentran los fundamentos ya expuestos, sino que favorecen a la solución de los casos difíciles o complejos, entendiendo al debate honesto de ideas por parte de los jueces como elementos determinantes en la teoría del profesor Robert Alexy, acerca de la existencia de un principio de corrección en la decisión judicial como en la tesis del profesor Gustavo Zagrebelsky (7), sobre el “derecho dúctil” como objeto de interpretación.

Uno de los primeros problemas se encuentra en que, *prima facie*, esta clase de votos o de decisiones podrían afectar la seguridad jurídica que la tradición continental europea valora primordialmente. Las decisiones unánimes o uniformes de los tribunales colegiados fortalecen al tribunal hacia afuera y preserva a sus miembros al desconocerse la opinión individual, argumento que parece fortalecerse especialmente cuando los tribunales deben pronunciarse en temas conflictivos con otros poderes del Estado.

El ejemplo a citar fue la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “Brown v. Board of Education” en el que declaró la inconstitucionalidad de la discriminación racial en las escuelas. El cimbronazo que esa decisión entrañaba justificaba la posición unánime del tribunal.

Otro argumento crítico se encuentra en que la pluralidad de votos o de argumentos en una decisión puede generar confusión o hasta interpretaciones contradictorias. Es un riesgo de este tipo de modalidades, que se regula con la responsabilidad y el recto sentido con que la función se ejercite.

Claro está, que los tribunales no pueden convertirse en asambleas o foros abiertos de opinión. No es su esencia, pero, frente a eso, insistimos en que la fundamentación y argumentación razonada puede no solamente generar y promover el debate crítico, sino también “abrir cauces” hacia futuros cambios en la jurisprudencia o en la legislación.

Nuestro sistema constitucional de origen estadounidense se nutrió de tal tradición y desde temprano admitió los votos en disidencia; algunos de ellos fueron notables y dejaron un testimonio que ha sido material de estudio frecuente en las Facultades de Derecho, como ha sido el caso de la disidencia del juez Antonio Bermejo, Presidente de la Corte Suprema de

(7) ZAGREBELSKY, Gustavo, “La giustizia Costituzionale”, Il Mulino, Bologna, 1977.

Justicia en 1922, cuando la Corte emitiera su pronunciamiento en el caso “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”.

En esa oportunidad Bermejo se apartaría de la mayoría para defender la interpretación demoliberal de la Constitución histórica ante el advenimiento del Estado social de derecho, previniendo en su razonamiento los serios peligros que a su juicio produciría apartarse de una interpretación estática y estricta sobre las limitaciones al derecho de propiedad y de los contratos.

No menos importantes han sido para el debate constitucional las disidencias de los Dres. Luis M. Varela y José María Boffi Boggero, este último defendiendo la plena judiabilidad de los casos que traten sobre puntos de la Constitución frente a la llamada doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”. En el caso de Boffi Boggero es probable que su notoriedad como juez constitucional se deba precisamente a sus disidencias, emulando la de algunos muy famosos jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos como Oliver Wendell Holmes (8).

Muchos ubican al juez Oliver Wendell Holmes como “el paradigma de los disidentes”, aunque sus votos no fueron cuantitativamente los que le hayan merecido ese lugar; sí lo fue el contenido de una línea doctrinaria el “Realismo Jurídico”, en que cuestionaba el derecho etiquetado o las fórmulas anticipadas para llegar al fondo la verdad en los asuntos a resolver. Las *dissenting opinions* de Holmes son mucho más que la notabilísima obra interpretativa de un gran juez; son, como bien se ha dicho, una auténtica obra de filosofía jurídica.

En el derecho comparado suele recaer una crítica hacia la posición del juez disidente, señalándose que se trata de una postura “meramente doctrinaria” o “cómoda”, en tanto no carga con la responsabilidad de una decisión que sí tiene la mayoría.

Esa crítica solamente es válida si el juez del que se trate mantiene una actitud meramente especulativa, similar a la del “free rider” o jugador imparcial. Pero si en cambio el criterio sostenido reposa no solamente en las libres convicciones del juez, sino también en la fuerza de la argumentación que la sustenta; bien puede suceder, como muchas veces ocurrió, que esa posición minoritaria sea, sin embargo, la que mejor defiende o interpreta los principios constitucionales.

(8) ARJONA, César, “Estudio preliminar” a la obra “Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes”, Iustel, Madrid, 2006.

En el caso “Urteaga”, resuelto después de la reforma constitucional de 1994, en el que la Corte dio reconocimiento a la institución del “habeas data” prevista en el nuevo artículo 43, los magistrados arribaron a esa solución por distintos votos y distintos fundamentos. El resultado fue un largo fallo de difícil lectura, importante para el debate constitucional, pero complejo desde el punto de vista de su interpretación.

Otro tanto puede decirse de muchas decisiones más actuales de nuestra Corte Suprema de Justicia en su actual composición, en los cuales, los ministros integrantes del tribunal suelen expresar opinión. Solo a título de ejemplo, y por la importancia de los mismos desde el punto de vista sustancial y procesal, traigo aquí los casos “Bustos” y “Halabi” en los que la decisión se conforma después de expresar distintos puntos de vista sobre el tema.

Sabido es que nuestro Derecho Constitucional tuvo como su fuente o modelo a la Constitución de los Estados Unidos y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, especialmente en los primeros tiempos, siguió las líneas jurisprudenciales de la Corte de aquel de país. Sin embargo, si bien eran frecuentes las citas de la *Supreme Court* y de los *US Reports*, no fueron al principio entre nosotros tan frecuentes las disidencias, sino que fueron apareciendo más tarde y con cierta notoriedad.

Tal vez la diferencia pueda encontrarse en la diversidad del sistema de fuentes, ya que en el *common law*, por tradición proveniente del derecho inglés, la práctica de los votos particulares era corriente y tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos los altos tribunales, sea la Suprema Corte como la Cámara de los Lores, se identifican en sus distintos períodos por el recuerdo de los nombres de sus miembros que alcanzaron por esa costumbre destacada actuación.

Nuestra característica en cuanto a la influencia de distintas vertientes jurídicas, del constitucionalismo norteamericano por una parte y del derecho codificado por la otra, nos acercaron sin embargo mucho a la dogmática en la interpretación de los textos jurídicos, por eso creemos conveniente repasar el estado de la cuestión no solamente en los Estados Unidos, donde ya sabemos que las opiniones disidentes son una práctica habitual, aceptada y valorada, sino también a la luz de la evolución que la misma ha tenido en el derecho continental europeo desde la creación de los tribunales constitucionales.

Tal vez esto también explique la pertinaz resistencia de Francia al tema, no solamente porque el Consejo Constitucional no se identifica plenamente con los otros tribunales constitucionales, sino porque la tradición

cerrada en la Corte de Casación y en el movimiento codificador hacia la unificación del derecho constituyen realidades de hondo arraigo.

En el Derecho comparado las llamadas *dissenting opinions* pueden incluirse dentro de la categoría más general de las *separate opinions*, que no solo engloban el supuesto de las disidencias, sino también el de concurrencia, pues en ocasiones la opinión disidente técnicamente se trata de una *concurring opinión* o, lo que es igual, de un desacuerdo con el razonamiento de la mayoría (*reasoning*), pero no con la parte dispositiva de la decisión; dicho de otro modo, la *concurring opinion* llega a iguales conclusiones que la decisión mayoritaria, pero fundándose en un razonamiento diferente.

Si el *judicial review* es uno de los rasgos que identifican al sistema jurídico estadounidense, el *dissent* es el sello de calidad de sus opiniones o sentencias, muy especialmente de la Suprema Corte de Justicia, al punto que para el ex *justice* Antonin Scalia el sistema de las *separate opinions* ha convertido al Tribunal Supremo en el foro central del debate legal.

En definitiva, la escritura de *dissenting o minority opinions* se ha convertido así en una fase normal del modelo de acción judicial norteamericano, utilizando los *justices in dissent* numerosas vías para la formulación de su desacuerdo, tal y como lo recuerda la doctrina: *separate opinion, concurring opinion, concurring in the result, dissent in part, dupitent, dissent from a per curiam...*

Mientras en los Estados Unidos muchos jueces han pasado a la historia por su disidencias, ello no sucede en los países de Europa continental. Es cierto que los tribunales constitucionales europeos han incorporado el instituto a sus decisiones en fechas no muy remotas; y, por la misma razón, el voto particular está muy lejos también de tener la impronta norteamericana.

Las decisiones judiciales características de los países de la Europa continental, de Derecho codificado, siguen respondiendo al carácter sustancialmente burocrático de la función jurisdiccional por ellos acogida, fruto de la encomienda de la administración de justicia a un cuerpo de funcionarios públicos (9), lo que se traduce en que la sentencia aparezca como un acto oficial, atribuido al órgano, impersonal, si proviene de un órgano colegial: unitario y deliberado en secreto en el seno del propio órgano,

(9) FORSTHOFF, Ernst, "El Estado de la sociedad industrial", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

rasgos que se reiteran en buen número de órganos de la justicia constitucional europea (10).

Señala Ernst Forsthoff que la historia del sistema judicial alemán surgió en el transcurso del siglo XVIII como una parte de los funcionarios caracterizada por su no sometimiento a ningún tipo de indicaciones y por su inamovilidad.

La realidad nos muestra, en la actualidad, un amplio fenómeno de recepción del instituto procesal del voto particular en numerosos países del *civil law*. Alemania, España, Portugal, Polonia, Hungría, Eslovenia, Croacia y Bulgaria son, entre otros, ejemplos de ello; y tal recepción en modo alguno ha provocado reacciones de rechazo en la cultura jurídica continental, aunque no pueden olvidarse los significativos rechazos en Francia, Austria y Bélgica, como también los de las primeras generaciones de jueces constitucionales alemanes e italianos, siendo Costantino Mortati, en la Corte Constitucional Italiana, un ejemplar punto de ruptura de lo que aquí estamos tratando.

Frente a quienes sostenían que el disenso debilitaba la autoridad de una sentencia, Mortati observó que si tal autoridad era visualizada desde el punto de vista formal, ninguna disminución puede surgir de la exteriorización del disenso (11); mientras que si aquella autoridad se consideraba desde la óptica sustancial, era claro que la misma no podía depender del hecho puramente numérico de los votos que la sustentan (12). La doctrina italiana ha manifestado así de manera genérica que las opiniones disidentes refuerzan el prestigio de los tribunales constitucionales (13).

Desde una posición más prudente, Lorenzo Luatti señala que el *dissent* no es más que una de las *fuentes* de las que pueden dimanar futuros cambios jurisprudenciales, si bien de inmediato agrega que un examen profundo de la evolución jurisprudencial de los órganos de la justicia constitucional consentiría afirmar que, en realidad, frecuentemente los *revirements* no encuentran su origen en una opinión minoritaria contenida en un precedente voto particular, sino que son debidos, a una diversa composición del órgano de justicia constitucional, a convincentes posiciones

(10) POUND, Roscoe, "A comparison of systems of law", University of Pittsburg Law Review, vol. X, number 3, March 1948.

(11) MORTATI, Costantino, "Le opinioni dissenzienti dei giudichi costituzionali ed internazionali", Raccolta di scritti III, Giuffrè Editore, Milano, 1972.

(12) *Ibídem*, "...bensì sul rigore dell'argomentazione che sostiene la sentenza".

(13) ROLLA, Giancarlo, "Indirizzo politico e tribunale", Casa Editrice Eugenio Jovene, Napoli, 1986.

doctrinales, a la maduración de procesos sociales, a la evolución de las costumbres y a los cambios en la opinión pública y en el conocimiento científico tecnológico (14).

De manera que en Europa, con la clara salvedad de la doctrina francesa, no puede sostenerse que la doctrina haya manifestado rechazo, aunque sí ciertas prevenciones, especialmente cuando los votos disidentes o las opiniones divergentes en los altos tribunales empatan o tienen dificultad para expresar un clara opinión. Este debate se presentó en Alemania en la década de los '70 cuando el Tribunal Federal empezó a emitir este tipo de decisiones, generándose un importante debate en derredor de la llamada "sentencia de los crucifijos".

Los reparos siguen latentes y aún puede observarse no solamente que en algunos países no se admiten, sino que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene la tradición de votar anónimamente, siendo firmada la sentencia por todos los miembros del tribunal.

Bien se destaca que es muy significativa al respecto la norma que, en garantía formal de la autoridad del colegio, dispone la obligación de todos los jueces que han participado en la discusión y deliberación de la cuestión debatida de firmar la decisión colegial, incluso cuando disientan de ella, supuesto que, por ejemplo, encontramos en Alemania y en España, en donde la totalidad de los jueces que han participado en la discusión de una causa vienen obligados a suscribir la decisión adoptada, aunque puedan asimismo firmar votos particulares (15).

El *dissent* parece estar definitivamente arraigado en el Tribunal Constitucional Federal alemán. Albrecht Weber (16) destaca que aun faltando en los votos particulares una cierta homogeneidad en su estilo y propósito, sin embargo, apenas se puede negar que, a los efectos de una interpretación constitucional plural, exteriorizan de forma clara los argumentos esenciales. Existen numerosos ejemplos de *sondervoten* modélicos (17).

(14) LUATTI, Lorenzo, "Profili costituzionali del voto particolare", Giuffrè, Milano, 1995.

(15) *Ibidem*.

(16) WEBER, Albrecht "La Jurisdicción Constitucional de la República Federal de Alemania", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N°7, Madrid, 2003,

(17) MAHRENHOLZ, Ernst-Gottfried, "Das richterliche Sondervotum", Hoppedel Rechtproequinplan, 1988; von KINGA, Sugar, "Bundesverfassungsgericht, Supreme Court un Sperrevision", Muller Jur, Verlag. Heidelberg, 1991. RITTERSPACH, Theodor, "Gedanken zum sondervotum", Ftschripp vol. II, 1987.

No se aprecia que un instituto procesal característico de sistemas de *common law* haya generado disfunciones en un país como Alemania, con un sistema jurídico de corte europeo-continental; su encaje jurídico no ha planteado especiales problemas técnicos y su virtualidad ha sido notablemente positiva.

En España el voto particular ha recibido consagración constitucional expresa en el texto del artículo 164.1 de la Constitución de 1978, que prescribe en su primer inciso: “Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere”.

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (2/1979) establece en su artículo 90.2: *El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en un voto particular su opinión discrepante defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución; y cuando se trate de sentencias o de declaraciones, se publicarán con estas en el “Boletín Oficial del Estado”.*

Valorando la aplicación de este instituto, ha dicho quien fuera recordado profesor y presidente del Tribunal Constitucional: *El voto particular discrepante se publica, junto con la sentencia, y constituye, por tanto, una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas, aunque su fallo no pierda por ello rigor ni disminuya obviamente su eficacia. La autocrítica interna exteriorizada es así un poderoso instrumento de control además de ser, desde la subjetividad de los firmantes de cada voto, una vía de descargo* (18).

En el Tomo I de su obra “La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado” el catedrático de la Universidad Complutense, Francisco Fernández Segado, da un muy amplio tratamiento a este tema de las opiniones disidentes, analizando exhaustivamente su evolución, especialmente en los Estados Unidos, para concluir también con un amplio tratamiento sobre los argumentos favorables u desfavorables a la institución que tratamos. Realizamos a continuación una prieta síntesis de ese desarrollo, reconociendo expresamente el gran trabajo del citado autor en esa sistematización.

(18) TOMÁS y VALIENTE, Francisco, “El Tribunal Constitucional Español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias”, Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Entre los *argumentos institucionales favorables* se destaca la conexión de las disidencias con los estándares democráticos, la publicidad y transparencia que el instituto introduce en la vida judicial y el fortalecimiento del prestigio del tribunal.

Entre los *argumentos desfavorables* se ha señalado que debilitan la autoridad del colegio y, con ello, de sus decisiones; que encierran un peligro de instrumentalización partidista de los jueces y también se critica que divulgarían la formación de mayorías.

Por nuestra parte, consideramos que si bien muchas de estas críticas son fundadas, tales argumentos también son relativos, de acuerdo con el contexto en que se desarrollen. Si bien no caben dudas de que en un tribunal colegiado la unanimidad es importante y fortalece al órgano, no es menos cierto que si las disidencias permiten que los jueces sean coherentes con sus propias convicciones, las disidencias pueden fortalecer al tribunal.

Por otra parte, no es necesariamente cierto que las diferencias de posturas ideológicas puedan identificarse con posiciones partidistas. Esto puede observarse en situaciones muy extremas, como fue el caso “Bush v. Gore” en Estados Unidos, en el año 2000, cuando el tribunal se dividió entre republicanos y demócratas, pero no sucedió en muchos años de continuas disidencias que más bien tuvieron su origen en discrepancias sobre los argumentos jurídicos.

En cuanto a los argumentos atinentes a la *situación subjetiva del juez*, también cabe dividirlos en favorables y desfavorables. Son *favorables* que la opinión disidente es garantía de su independencia y libertad, en tanto que fortalece su responsabilidad por la decisión individual que funda.

Autores como Vittorio Denti, C. Herman Pritchett, Richard Saphens, Giancarlo Rolla y William O. Douglas, entre muchos otros, han defendido las opiniones particulares no solamente en la defensa de la libertad de pensamiento que ella presupone, y en el carácter liberal y democrático del instituto, sino más bien en la concepción de la función judicial que tal defensa comporta.

Las palabras del justice Douglas son claras y contundentes: “Debemos esperar del juez la fuerza y el coraje que se pide a todos los demás servidores públicos. Si ellos son fieles a sus responsabilidades y tradiciones, no dudarán en hablar franca y sencillamente en los grandes asuntos que ante

ellos se presente. Haciéndolo así probarán su valor, mostrando su fuerza e independencia” (19).

Entre los *argumentos contrarios* están los referidos a la constricción de su independencia judicial debido a la exposición en que quedarían al hacer públicas sus posiciones contrarias al poder político; en segundo lugar, a la mayor carga de trabajo que supone emitir sus propios votos; en tercer lugar, al peligro de enfrentamiento entre los jueces; y finalmente, al peligro de abuso y de frivolidad en el planteamiento de disidencias.

Con respecto a la mayor carga de trabajo tal vez quepa acotar que la decisión o no de emitir un voto particular en un tribunal colegiado parte del propio magistrado de donde, en cualquier caso, se trataría de una sobrecarga de tareas autoimpuesta por su propia decisión o convicción.

Los últimos dos argumentos son, tal vez, los que han recibido las críticas más serias; así Fernández Segado da cuenta de la opinión de Vedel, para quien el voto disidente puede ser la causal de verdaderos conflictos entre los miembros del tribunal, alterando la convivencia y el buen funcionamiento de la institución (20).

Por su parte Giancarlo Rolla ha señalado como un inconveniente la difusión de la práctica de las *dissenting opinions* que pueda incentivar el protagonismo de algunos jueces, que movidos por una suerte de egoísmo podrían recurrir con sistemática frecuencia a la práctica del voto particular, más por deseo de notoriedad que por efectivas exigencias de naturaleza técnica-jurídica (21).

Entiendo que, sin perjuicio de la seriedad de tales argumentos y el riesgo efectivo de que pueden efectivamente ocurrir en la dinámica de la práctica jurídica, no es menos cierto que tales argumentaciones se fundan en aspectos propios de la personalidad de los jueces que integren el tribunal, internándonos en cuestiones psicológicas que bien pueden no existir, si el valor de la prudencia y la ética en el ejercicio de la magistratura son los que predominan, como también muchas veces ocurre.

(19) DOUGLAS, William, “In Defense of dissent” en *The Supreme Court: views from inside*, V.W Norton & Company, New York, 1961.

(20) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit., p. 513.

(21) ROLLA, Giancarlo, “Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale”, C. E. E. Jovene, Napoli, 1986.

En cuanto a los argumentos referidos a la *aplicación judicial del derecho*, también en este caso pueden dividirse en argumentos favorables y desfavorables, siguiendo la sistematización efectuada por Fernández Segado.

Así, entre los argumentos *favorables* encontraremos la contribución que las opiniones disidentes realizan al dinamismo de la jurisprudencia y del Derecho; la viabilización de una lectura plural de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico; y en tercer lugar se destaca la mejora de la calidad de la argumentación y de la propia jurisprudencia.

Este último aspecto resulta de la mayor importancia, ya que es la fuerza y la seriedad de las argumentaciones las que dan mayor prestigio a un tribunal, más allá de su origen o de su composición. Esto es lo que ocurre en los Estados Unidos, donde los jueces suelen tener origen en nombramientos, ya sea por parte de presidentes demócratas o bien republicanos, según la oportunidad en que se haya producido una vacante.

Sin embargo tal circunstancia no ha generado sospechas generalizadas de partidismo político en el tribunal; y su alto prestigio se funda en la fuerza de sus argumentaciones y cada cambio de jurisprudencia en un tema de fundamental importancia para la sociedad se sostiene con un debate razonado y argumentado, por lo general fundado en una sólida mayoría, pero sin excluir los argumentos disidentes. Vale tener en cuenta que no pocas veces los argumentos disidentes fuerzan a la mayoría a fortalecer sus propias posiciones en un juego de argumentación y refutación.

Entre los *argumentos contrarios o desfavorables* desde la aplicación judicial del derecho se ha señalado como argumento, que podríamos denominar ‘clásico’ o fundamental, que el instituto crea inseguridad jurídica y confusión; y en segundo lugar, que incidiría negativamente sobre los precedentes al relativizarlos.

Ya está suficientemente dicho que la primera objeción responde a una visión dogmática y cerrada en la aplicación del derecho, que no se condice con las posiciones predominantes en la actualidad acerca del rol de los jueces y del debate crítico en una democracia deliberativa.

En cuanto al debilitamiento del precedente, no solo su impacto será mayor o menor dependiendo del sistema, vg. si hay o no “*stare decisis*”, sino que es posible que tal argumento cobre validez cuando hay votos plurales sobre una misma cuestión, siendo que efectivamente allí el precedente puede ser confuso o ambiguo, pero tal extremo no se presenta cuando, a pesar de haber disidencias o votos particulares, la cuestión se encuentra

debidamente zanjada entre mayoría y minoría, siendo esa la primera y la única que alcanza pleno efecto jurídico.

Finalmente, cabe referirse a los argumentos relativos a la *cultura jurídica*, valorándose como un hecho favorable por muchos autores el enriquecimiento del debate científico; y negativamente, que las disidencias puedan aumentar la litigiosidad y que puedan generar falta de respeto por parte del pueblo hacia el derecho, argumentos todos ellos que aparecen en nuestra opinión con menor solidez y fundamento que los de los grupos anteriores.

A lo largo de esta comunicación hemos intentado fundamentar nuestra posición favorable a las opiniones disidentes, así como a los votos concurrentes o votos separados en las sentencias de los tribunales colegiados y, tanto más, de los tribunales constitucionales, entendiendo que contribuyen al debate democrático y a mejorar el funcionamiento del Poder Judicial como custodio de los procesos democráticos que completan el sistema representativo a través del respeto de los procedimientos.

Para ello hemos realizado una introducción necesaria sobre los modelos constitucionales y el estado actual del debate; y posteriormente hemos pasado revista al estado de la cuestión tanto en los Estados Unidos como en algunos países del Derecho continental, para después encuadrar las posiciones favorables y las posiciones críticas conforme al esquema desarrollado por el profesor Fernández Segado en un trabajo que hemos citado.

Nuestra posición favorable al instituto estaba anunciada de antemano, toda vez que en nuestras funciones judiciales también hemos recurrido a ella, no para hacer de la misma práctica habitual, sino, en nuestro caso, tratando de fortalecer la mayoría o en su caso la unanimidad en el tribunal que integramos (22) y fundando nuestra opinión por separado cuando la convicción razonada del caso a resolver así lo requería.

Por eso es que después de este recorrido creemos que al final del camino se encuentra el juez, por el que tanta preocupación y desvelo en su formación y en sus condiciones bregaba el maestro Morello. No solo la solución justa dependerá del “músculo jurisdiccional”, sino también de la prudencia con que sepa ejercer su tarea, acudiendo al *self-restraint* o al activismo, en su caso de acuerdo con lo que la justicia del caso así le

(22) Nos referimos a la Cámara Nacional Electoral que integramos desde el año 2001.

requiera; de ahí la necesidad de la “mirada amplia” puesta sobre el horizonte y no en los límites estrechos del dogma.

Finalizo con una cita de Héctor Fix Zamudio: “...más que en ningún otro sector del ordenamiento jurídico, la interpretación constitucional se encuentra vinculada con la axiología, ya que los intérpretes constitucionales, tal como se afirma en doctrina indiscutida, pueden ser varios, pero con mayor razón los jueces y tribunales, en particular los especializados, deben realizar una actividad muy compleja en la cual se aplican no únicamente los principios de la lógica jurídica, tanto formal como material (la lógica de lo razonable) [...] sino también los principios básicos de la argumentación, que se conoce actualmente como “nueva retórica”, puesto que los intérpretes constitucionales están obligados a justificar los resultados de su interpretación, que además se encuentra relacionada con la toma de decisiones, como intérpretes finales de la normatividad constitucional (23). ♦

(23) FIX ZAMUDIO, Héctor, “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en Eduardo FERRER MCGREGOR (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2002, t. III, p. 2775.

LA CIUDAD DE BUENOS AIRES COMO SUJETO AFORADO DE LA COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA. (PREGUNTAS Y REFLEXIONES CRÍTICAS)

POR ALBERTO B. BIANCHI (*)

I. Planteo (**)

El conflicto institucional planteado entre el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) y el Poder Ejecutivo Nacional con motivo del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 241/2021 (1), que modificó el artículo 10 del Decreto 235/2021 (2), disponiendo, en su párrafo quinto, la suspensión del dictado de clases presenciales en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) (3), ha dado a la Corte Suprema la oportunidad de ratificar que la ciudad de Buenos Aires es un sujeto aforado de su competencia originaria. Este criterio ampliatorio del artículo 117 de la Constitución Nacional (CN), ya insinuado en un fallo anterior (4), se ha consolidado ahora en el caso *GCBA c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo)*, resuelto el 04/05/2021 (5).

Ya he analizado este fallo en un trabajo anterior (6), haciendo una reflexión crítica sobre la elección de los argumentos empleados por la

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) Comunicación para la sesión privada de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del día 10 de junio de 2021.

(1) BO. del 16/04/2021.

(2) BO. del 08/04/2021.

(3) Aglomerado urbano geográficamente delimitado en el artículo 3 del DNU 125/2012; BO. del 28/02/2021.

(4) Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Provincia de Córdoba, Fallos 342-533 (2019). En este fallo, de menor voltaje político, la cuestión había sido mencionada en un obiter dicta.

(5) CGBA c/ Estado Nacional (CSJ 567/2021), 04/05/2021.

(6) BIANCHI, Alberto B., "El conflicto entre la Ciudad de Buenos Aires y el Poder ejecutivo. ¿Cuál es el límite de los jueces para elegir los fundamentos de un fallo?" Re-

Corte Suprema, pues, si bien fue declarada inconstitucional la norma impugnada por el GCBA, se omitió, por completo, el análisis constitucional de fondo sobre los alcances de la prerrogativa que el artículo 99, inc. 3 CN acuerda al Poder Ejecutivo para emitir DNU, en particular, dentro del contexto de la pandemia generada por el COVID-19, que es, sin dudas, una de las cuestiones que hoy en día más interesan a la sociedad argentina, habida cuenta del empleo serial de tal competencia, que nos afecta diariamente en forma directa. Esta omisión es sumamente llamativa, por cierto.

Sin perjuicio de dicho análisis, me interesa abordar aquí, con más detenimiento, la cuestión de la ciudad de Buenos Aires como sujeto de la competencia originaria, de la Corte Suprema, pues el otorgamiento de este aforo supone interpretar el artículo 117 CN en dirección opuesta al carácter taxativo que siempre se le otorgado a esta norma, desde *Eduardo Sojo* (7) en adelante.

Esta tendencia, sin dudas, está encarnada en otra, de igual envergadura, que ya está en escena con toda claridad. Me refiero al conflicto entre los poderes autonómicos de los municipios y los de las provincias, que la Corte hace suyo, invocando la raíz constitucional de la autonomía municipal, erigiéndose en árbitro final de disputas típicamente locales. En su más reciente versión, esta tendencia se advierte en el caso *Shi c/ Municipalidad de Arroyito*, decidido el 20/05/2021 (8) en el cual solo se debatía un conflicto de poder de policía laboral.

Analizaré, entonces, el aforo de la ciudad de Buenos Aires en el art. 117 CN, pero lo haré teniendo en cuenta, como marco, el principio de la autonomía municipal, cuyo “crescendo” impulsa decididamente la Corte Suprema, a expensas de la autonomía provincial.

II. Las restricciones de la competencia de la Corte Suprema

II.1. Restricciones a la competencia originaria

Aunque pueda parecer innecesario, quiero recordar que la Corte Suprema ha dicho, y repetido constantemente, que su competencia originaria

vista de Derecho Administrativo, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), Abeledo Perrot.

(7) Fallos 32-120 (1887).

(8) *Shi c/ Municipalidad de Arroyito* (CSJ 1751/2018/RH1); 20-05-2021.

es excepcional y de carácter restrictivo (9), tanto en razón de la materia, como en razón de las personas. Fue precisamente este carácter restrictivo, lo que permitió a la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazar el *writ of mandamus* planteado por William Marbury y sus colegas en *Marbury v. Madison* (10), *leading case* en materia de control de constitucionalidad, que nuestra Corte hizo suyo años después en “Eduardo Sojo”, ya citado.

II.1.a. En razón de la materia

La limitación de la competencia originaria en razón de la materia se puso de manifiesto, en primer lugar, cuando la Corte en *Provincia de Buenos Aires c/ Aubert Arnaud* (11), luego de varias idas y venidas (12), excluyó del artículo 117 (el entonces art. 101), los casos de expropiación en los que es parte una provincia, por entender que la materia expropiatoria es enteramente de derecho público local.

En segundo lugar, esta limitación se hizo más intensa cuando fueron excluidas las acciones de responsabilidad civil, una cuestión que, hasta 1987, no había suscitado en la Corte un análisis detenido (13). La línea

(9) De esta larga serie, menciono tan solo dos casos que tienen entre sí medio siglo de separación: Ullate c/ Provincia de Córdoba, Fallos 344-409 (2021) y Taylor c/ Provincia de Entre Ríos, Fallos 286-237 (1973).

(10) 5 U.S. 137 (1803).

(11) Fallos 308-2564 (1986).

(12) Inicialmente, la Corte sostuvo que la expropiación era un instituto de carácter mixto, de modo tal que, si solo se cuestionaba el monto de la indemnización, la causa era de competencia originaria; Provincia de San Luis c/ Compañía de Electricidad de los Andes, Fallos 212:325 (1948). Este criterio fue modificado en el caso Provincia de La Rioja c/ Azzalini, Fallos 291:232 (1975), donde se estableció que la expropiación se rige enteramente por el derecho público y, por ende, es ajena a la competencia originaria. Poco después, en Provincia de Misiones c/ Ceva S.A., Fallos 297:213 (1977) el tribunal retomó su criterio anterior y, finalmente, en el caso “Aubert Arnaud”, volvió al criterio establecido en “La Rioja c/ Azzalini”.

(13) Hasta 1987, como regla, la Corte rechazaba su intervención en instancia originaria cuando el caso tenía elementos de derecho local, pero entendía que las causas de responsabilidad civil extracontractual (daños y perjuicios) se regían por normas de derecho común y constituían, por ende, un “asunto civil” en los términos del artículo 24, inc. 1) del Decreto Ley 1285/58. Menciono, por ejemplo, el caso Juan Carlos Patricio, Fallos 307-2090 (1985), donde se demandaban daños y perjuicios derivados de la actuación presuntamente irregular del registro inmobiliario de una provincia y la Corte admitió la demanda en instancia originaria. Dos años después, en 1987, fue resuelto Sedero de Carmona c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 310-1074, otro caso de daños y perjuicios originado también en errores del registro inmobiliario, donde la cuestión fue analizada con más profundidad en razón del interesante debate que se produjo entre el Procurador General y la

divisoria de aguas se produjo en 2006, cuando la Corte dispuso cambiar drásticamente de criterio, al resolver el caso *Barreto c/ Provincia de Buenos Aires* (14), junto con otras causas de responsabilidad civil de las provincias (15), donde -sin mencionarlo expresamente- adhirió al criterio sostenido por el Procurador General en “Sedero de Carmona” (16), casi dos décadas antes (17). En su dictamen, la Procuración General se opuso a la habilitación de la competencia de la Corte por no estar debidamente probada la distinta vecindad de las partes, y el Tribunal —una vez superada esta cuestión con una información sumaria— analizó la materia del pleito y anunció formalmente que en los sucesivos se apartaría del criterio establecido en “De Gandía” (18). Luego de algunos

Corte. Podría decirse que este es el primer caso en el cual el punto fue analizado con detenimiento y la solución fue favorable a la habilitación de la instancia originaria por medio de un fallo unánime. La cuestión de competencia se suscitó con motivo de la excepción planteada por la demandada la cual, en opinión del Procurador, era viable. Con apoyo en *Vadell c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 306-2030 (1984), el Procurador General entendió que la responsabilidad del Estado, en casos como estos, procede de la llamada “falta de servicio” regida por el derecho público. La Corte, empero, no siguió este criterio y sostuvo que las acciones de responsabilidad contra las provincias no conllevan de por sí la aplicación del derecho público local. “Distinto sería —agrega el Tribunal— si se pretendiera en esta instancia la invalidez de actos administrativos”. Una cuestión similar, aunque originada en la omisión de un tribunal judicial, se suscitó en *De Gandía c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 315:2309 (1992). El caso se originó como consecuencia de que la actora fue detenida, al querer cruzar un paso internacional conduciendo un vehículo sobre el cual pesaba una orden de secuestro, cuyo levantamiento el tribunal interviniente no había comunicado a las autoridades de Migraciones. La Procuración General, muy brevemente, sostuvo que el caso era de competencia originaria y la Corte, por mayoría, adhirió a este criterio.

(14) Fallos 329:759 (2006).

(15) *Álvarez Cañedo c/ Provincia de Buenos Aires*, A.285.XLII; *Gatica c/ Provincia de Buenos Aires*, G.3024.XXXVIII; *Möhlinger c/ Provincia de Corrientes*, M.3361.XLI; *Olivo c/ Provincia de San Luis*, O.24.XLI; *Perret c/ Provincia de Buenos Aires*, P.520.XXXVII; *Pezza c/ Provincia de Córdoba*, P.834.XXXIX; *Platt c/ Provincia de Córdoba*, P.1256.XLI; *Ramos c/ Provincia de Córdoba*, R.421.XXXIII; *Rodríguez Rey c/ Provincia de Tucumán*, R.1256.XLI; *Sociedad Anónima Agrícola Ganadera Nehuén c/ Provincia de Buenos Aires*, S.210.XL; *Vallejos c/ Provincia de Santa Fe*, V.255.XLI.

(16) Citado en nota 13.

(17) Los hechos del caso *Barreto* son simples: un suboficial de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, en el curso de un procedimiento y empleando el arma reglamentaria, hirió de muerte, accidentalmente, a Gisela Barreto. Los padres de la fallecida promovieron, entonces, una acción de daños y perjuicios contra la Provincia y contra el agente policial.

(18) Si bien alude al caso “De Gandía”, ya citado en nota, debería haberse citado “Sedero de Carmona”, donde la cuestión había sido analizada con más detalle.

fundamentos de tono institucional (19), la sentencia entra en la materia específica y dice que las acciones de responsabilidad civil contra las provincias, involucran cuestiones de derecho administrativo local y, por ende, no constituyen una “causa civil” a los fines de la competencia originaria (20).

(19) “... adquiere un valor decisivo la evidencia empírica que demuestra que el criterio empleado a partir de 1992 para discernir la presencia de una “causa civil” ha tenido, como consecuencia de su amplia formulación semántica, una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local, con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitución Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema” (Ver considerando 5º).

(20) “... quedan excluidos de tal concepto [el de causa civil] los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que estas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y ss. de la Constitución Nacional... La pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por la presunta “falta de servicio” en que habría incurrido un órgano de la Provincia de Buenos Aires derivada del cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias (Fallos: 306:2030 y sus citas; 320:1999, dictamen de la señora Procuradora Fiscal a la que adhiere este Tribunal) ... se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del “poder de policía de seguridad” entendido como una “potestad pública” propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado... lo expuesto conduce necesariamente a fin de resolver el caso al estudio del régimen jurídico administrativo local que sienta las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determina las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integra (leyes 12.154 y 12.155, entre otras), interpretándolo en su espíritu y en los efectos que la soberanía provincial ha querido darle, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema ... no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados aunque

A partir de “Barreto”, la Corte empezó a aplicar la doctrina de este caso a todos los de responsabilidad civil de las provincias en los cuales entendió que existía “falta de servicio” y era necesario analizar normas locales. Así lo hizo en acciones de responsabilidad extracontractual motivadas por: (a) un presunto error judicial que privó de la libertad a un individuo que luego resultó absuelto (21); (b) la inundación de un campo (22); (c) un accidente de tránsito ocurrido en una ruta provincial por falta de debida iluminación y señalización (23); (d) la negligencia de la policía provincial que, con ocasión de un accidente motivado por la presencia de un caballo en una ruta, no tomó los recaudos necesarios para identificar al propietario del animal (24); (e) la mala praxis de los médicos de un hospital provincial (25); (f) la inundación de un inmueble urbano como consecuencia de la inundación general de una ciudad (26); (g) la muerte por asfixia de un detenido en una comisaría (27); (h) la caída al río de una estructura colgante por donde transitaban los actores (28); (i) irregularidades cometidas por un oficial de justicia con motivo de diligenciamiento de un mandamiento (29); (j) la muerte de una persona ocasionada por el

contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate... Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso”. Ver considerandos 8º, 9º, 10º, 11º y 12º. La similitud de estos argumentos con los del Procurador General en “Sedero de Carmona”, es evidente. Es más, la Corte menciona aquí el caso de Fallos 306-2030, que ya citaba el Procurador en dicha causa.

(21) Contreras c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329-1311 (2006); Valenzuela c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329-5289 (2006); Castañares c/ Provincia de Buenos Aires, C.1367.XLII, 29/05/2007.

(22) Galfetti de Chalbaud c/ Provincia de Santa Fe, Fallos 329:1603 (2006); Ayerza c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:1839 (2006); Polerio c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:5178 (2006).

(23) Aguilar c/ Rey, Fallos 329:2069 (2006).

(24) Pierini de Pochat c/ Provincia de La Rioja, Fallos 329:2115 (2006).

(25) Ledesma c/ Provincia de Santiago del Estero, Fallos 329:2737 (2006); Márquez Bello c/ Provincia de Santa Cruz, Fallos 330:2059 (2007).

(26) Valle Gonzalo c/ Provincia de Santa Fe, Fallos 329:2764 (2006).

(27) Blackie c/ Provincia de Córdoba, Fallos 329:2065 (2006).

(28) Gómez c/ Provincia de Chubut, Fallos 329:3165 (2006).

(29) Vernengo Prack c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:2492 (2006).

disparo de un policía en una manifestación (30); y (k) el contagio de sida en penales de la provincia (31); entre otros casos.

Incluso, ya con anterioridad a “Barreto”, la Corte rechazaba de la competencia originaria los casos de responsabilidad contractual si los daños y perjuicios reclamados tenían como antecedente un vínculo de naturaleza administrativa con la provincia demandada (32). Se invoca para ello la llamada “secuela de vínculo administrativo”. Un ejemplo de ello es *Platt c/ Provincia de Córdoba* (33), donde el actor reclamaba el pago de los daños y perjuicios que le habría ocasionado la rescisión de un contrato de mantenimiento de la instalación del aire acondicionado del Banco de la Provincia de Córdoba. La Corte sostuvo que “... La necesidad ... de examinar el origen de la relación jurídica, lleva a concluir que aquella no reviste carácter civil si a tal efecto se tiene en cuenta la naturaleza administrativa del vínculo que ligó a las partes” (34).

Excepcionalmente, esta doctrina no se ha aplicado cuando ha sido la propia provincia demandada quien pide la intervención originaria de la Corte. Así fue decidido en *Serradilla c/ Provincia de Mendoza* (35), un caso de daños y perjuicios por actuación irregular del Registro Nacional de las Personas con sede en Mendoza (36).

En tercer, lugar se advierte también una limitación en razón de la materia en la eliminación de la competencia originaria de aquellas causas en las cuales esta se suscitaba como consecuencia de una acumulación subjetiva de pretensiones. Ocurre frecuentemente que dos acciones individualmente consideradas no habilitarían la competencia originaria, sin

(30) Santillán c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:4470 (2006).

(31) Godoy c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:5336 (2006).

(32) El origen de esta doctrina nace en *DYCASA - Dragados y Construcciones Argentinas S.A. c/ Provincia de Santa Cruz*, El Derecho 122-533 (1987). De todos modos, recordemos que en este caso el contrato con Santa Cruz no estaba regido por el derecho público local, sino por normas de derecho administrativo nacional (leyes 13.064 y 21.392). No obstante, la Corte entendió que la causa era ajena a la competencia originaria.

(33) Fallos 329:833 (2006).

(34) Consid. 4º, primer párr.

(35) Fallos 330:2798 (2007).

(36) El actor, que también demandaba al Estado Nacional, radicó la demanda ante un juzgado federal civil y comercial de la Capital Federal, pero al contestar la demanda, la Provincia solicitó la intervención de la Corte en forma originaria y se le hizo lugar.

embargo, desde 1977, se admitió que la suma de ellas, por ejemplo, cuando se demanda a una provincia junto con una persona que suscita el fuero federal, produjera tal resultado (37).

Esto fue posible hasta *Mendoza c/ Nación Argentina* (38) donde la Corte resolvió que la competencia originaria no puede surgir como fruto de una acumulación subjetiva de pretensiones. En esta célebre causa ambiental, fueron demandadas, además del Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires y una serie de empresas ubicadas en las márgenes del Riachuelo y del río Matanza, y se acumularon dos pretensiones: (a) el resarcimiento de los daños y perjuicios y (b) la recomposición del medio ambiente (39). Partiendo de esta división, la Corte señala que la primera de ellas, por aplicación de “Barreto”, es ajena a la competencia originaria, en tanto que la segunda no lo es, pues la recomposición ambiental es una materia federal en tanto tiene proyecciones interjurisdiccionales (40).

En relación con la reducción de su competencia, la Corte dijo: “... no debe olvidarse que un examen como el que se viene llevando a cabo, además de hacer pie en el rigor de los razonamientos lógicos, tiene por objeto mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe examinar y sentenciar este Tribunal así como de no entorpecer el responsable ejercicio de las atribuciones constitucionales que la Ley Suprema ha encomendado a este Cuerpo en los asuntos que corresponden a su jurisdicción más

(37) Los casos emblemáticos de esta corriente fueron *Mayoraz de Arroyo c/ Nación Argentina*, Fallos 299:132 (1977) y *Centurión de Vedoya c/ Provincia de Misiones*, Fallos 305:441 (1983).

(38) Fallos 329:2316 (2006).

(39) Según las describe el fallo en su considerando 6º, las pretensiones son las siguientes: “... La primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de bienes individuales, cuyos legitimados activos son las personas que se detallan en el considerando primero, y que reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente (punto 6. fs. 56 vta./75). La segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente (fs. 75/76)”. Fallos 329, en p. 2327.

(40) “... el art.7º de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el sub lite en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia la degradación o contaminación de recursos ambientales al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial”. Fallos 329, en p. 2327-2329.

eminente, como intérprete final de aquella, como guardián último de las garantías superiores de las personas y como partícipe en el proceso republicano de gobierno” (41). La doctrina establecida en “Mendoza” ha sido aplicada en numerosas causas posteriores (42).

II.1.b. En razón de las personas

En cuanto a la competencia en razón de las personas, el artículo 117 CN establece que solo acceden a ella (a) las provincias cuando son “parte”

(41) Fallos 329, en p. 2332.

(42) Entre ellas: Rico c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:3190 (2006); Tabossi c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:4396 (2006); Godoy c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:5336 (2006); Cannavo c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:5670 (2006); Valenzuela c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:5829 (2006); Odano c/ Estado Nacional, Fallos 329:6009 (2006); Becce c/ Provincia de Buenos Aires, B.1872. XLII, 12/06/2007; Silberman c/ Provincia de Entre Ríos, S.805.XL, 26/06/2007. Ha sido aplicada también en casos donde la acumulación subjetiva no se da respecto de una provincia y el Estado Nacional, sino respecto de dos provincias. Así fue decidido en Agrar S.A. c/ Provincia de Santa Fe (A.216.XXXVIII, 05/06/2007) un caso de daños y perjuicios por inundación de un campo en el cual se demandaba a Santa Fe y a Buenos Aires. La Corte —por aplicación conjunta de las doctrinas Barreto y Mendoza— sostuvo que las provincias debían ser cada una de ellas, en forma separada, demandadas ante sus propios tribunales. Esta doctrina aparece también en Ávila c/ Provincia de Santiago del Estero, Fallos 332:2088 (2009) donde varios particulares demandan el pago de daños y perjuicios a Santiago del Estero, al Estado Nacional y a la empresa concesionaria, como consecuencia de un accidente sufrido en una ruta nacional en el tramo que cruza el territorio provincial. Señala la Corte que, por aplicación de la doctrina de “Barreto”, la acción contra la provincia debe tramitar ante la justicia local y, por su lado, la acción contra el Estado Nacional y la concesionaria, corresponde a los tribunales federales inferiores. Véase también el caso Tapia c/ Estado Nacional y Provincia de Mendoza, Fallos 331:194 (2008). El mismo criterio fue aplicado en Pla c/ Provincia del Chubut, Fallos 331:1243 (2008), una acción cuyo objeto era, por un lado, obtener el cese del daño ambiental en la cuenca internacional del río Puelo, la elaboración de un plan de gestión con la participación de todos los sectores involucrados, la realización de las obras necesarias para prevenir y remediar los efectos de las inundaciones, y, en defecto de la recomposición del daño ambiental, el pago de las indemnizaciones previstas para el Fondo de Compensación Ambiental. Por otro, se reclamaba la reparación de los daños y perjuicios alegados como consecuencia del daño ambiental producido. En este caso la Corte admitió su competencia originaria en la cuestión ambiental y la rechazó en la de daños y perjuicios. La doctrina del caso Mendoza se ha aplicado también en acciones declarativas de certeza. Un ejemplo de ello puede verse en Lavado c/ Provincia de Mendoza, Fallos 330:1135 (2007), donde los actores, un grupo de abogados con matrícula federal, promovieron contra Mendoza y el Estado Nacional una acción declarativa de certeza en los términos del artículo 322 del Código Procesal, con el objeto de que se establecieran ciertos hechos y se formularan declaraciones en relación con la situación carcelaria en esa Provincia.

y los diplomáticos extranjeros cuando la causa les “concierna” (43). Me ocuparé solamente de lo primero, pues lo segundo es ajeno a este trabajo.

También en este aspecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido restrictiva. Esta restricción se observa en la exigencia de que la provincia sea parte “sustancial” en el proceso. Esto implica, que la competencia originaria surge, solamente, si la provincia tiene un “interés directo” en el litigio. Así lo ha establecido la Corte por medio de una jurisprudencia que corre ininterrumpidamente desde casos antiguos (44), hasta el presente (45). Como resultado de ello, no acceden a la competencia originaria, ni las entidades descentralizadas de la provincia, ni sus municipios, los que no tienen aforo bajo el artículo 117 de la Constitución. En función de este criterio fue resuelto, por ejemplo, que no es parte sustancial en el pleito la provincia de Salta en una demanda entablada contra esta y el Estado Nacional por cumplimiento de una recomendación de la OIT, “... toda vez que es el Estado Nacional en su condición de miembro de la Organización Internacional del Trabajo el que, en todo caso, debe valorar los alcances de la recomendación que se intenta hacer valer, y determinar... si asume su cumplimiento” (46).

Un caso de especial aplicación de este principio, se suscita con las direcciones provinciales de rentas —que usualmente son entidades descentralizadas— cuando se discuten aspectos relacionados con la percepción de impuestos provinciales. En estos casos se argumenta que, si el órgano recaudador es una entidad autárquica, la provincia demandada no es parte sustancial en el pleito, pues quien percibe el tributo es una persona distinta de ella. En cambio, cuando el objeto de la pretensión es la declaración de inconstitucionalidad de la obligación tributaria, aspecto este que excede la recaudación material del impuesto, la provincia demandada tiene

(43) Como puede verse, la diferencia entre ambas categorías de casos es importante, pues no es lo mismo ser “parte” en una causa, que esta nos “concierna”. Mientras el primero es un concepto jurídico bastante preciso, el segundo, en cambio, no es ni jurídico, ni preciso. En relación con este último, la Constitución ha querido que todas aquellas causas que puedan afectar o ser de interés para la función del diplomático como tal, sean de competencia originaria. Obviamente, establecer cuando se da esta circunstancia, es materia discrecional de la Corte.

(44) Ferrari Oyhanarte c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 176:164 (1936).

(45) Sisti c/ Estado Nacional y otros, Fallos 344:603 (2021); Gahan c/ Provincia de Córdoba, Fallos 343:319 (2020); Publicar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 342:1549 (2019); Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/Estado Nacional, Fallos 334:715 (2011).

(46) Asociación de Trabajadores del Estado c/ Estado Nacional y otra, A. 386. XXX-VII, 25/11/2008. Ver considerando 4º.

interés directo en el pleito y por ello es parte sustancial en él. Así, en *Asociación de Bancos de la Argentina y otros c/ Provincia de Misiones* (47), la Corte sostuvo que Misiones debía ser considerada parte sustancial pues, “... ostenta, a través de su Cámara de Representantes, la potestad tributaria en virtud de la cual se sancionó la ley impugnada N° 4275 (arts. 101, inc. 2° de la Constitución provincial y 1° del Código Fiscal), y es la acreedora y destinataria de la obligación impositiva cuya repetición se persigue, porque provee los gastos de su gestión con los fondos del tesoro provincial que se integra —entre otros recursos— con el producido de las contribuciones permanentes y transitorias que la Legislatura establece (artículos 67 y 116, inciso 5° de la referida Constitución y 2° del citado Código)” (48). Diferente es la cuestión si solo se ha impugnado la determinación tributaria y está demandada también la Dirección de Rentas, pues, tal como señala la Corte en *Argencard c/ Provincia de Misiones* (49), aquí es parte sustancial el órgano recaudador que, en Misiones, es una persona descentralizada.

II.2. Restricciones a la competencia apelada

No es menos relevante también, la restricción que la Corte ha impuesto en algunos segmentos de su competencia apelada. Dejo de lado, por cierto, las que tiene el recurso extraordinario, el cual, tal como repite la Corte en forma constante, especialmente en casos de arbitrariedad, no la convierte en una “tercera instancia” (50), pues tales restricciones son conaturales a la instancia extraordinaria misma. Es un lugar común que la Corte haga referencia a la “vía excepcional del artículo 14 de la ley 48” (51).

Quiero recordar, en cambio, la que tuvo lugar en el caso *Anadón c/ Comisión Nacional de Comunicaciones* (52), respecto del recurso ordinario de apelación, donde fue declarado inconstitucional el artículo 24, inciso

(47) Fallos 332:1422 (2009). Este caso modificó el criterio sostenido en *IBM Argentina S. A. c/ Provincia de Misiones*, Fallos 330:173 (2007).

(48) Ver consid. 7°. En igual sentido *Compañía Microómnibus La Colorada S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 332:1624 (2009) y *Bolsa de Cereales de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 333:1446 (2010).

(49) Fallos 330:103 (2007).

(50) Para mencionar solamente los casos más recientes, ver: *Tuero Caso c/ Latoyar S.A.*, Fallos 343:913 (2020); *Nidera S.A. c/ DGI*, Fallos 339:1066 (2016); *Glibota c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía)*, Fallos 339:499 (2016); *Varela c/ Transportes Automotores Plaza*, Fallos 338:623 (2015), etc.

(51) Entre los casos más recientes: *Aban de Ituarte c/ Estado Provincial (CSJ 001486/2018/RH001)* 27/05/2021.

(52) Fallos 338:724 (2015).

6º, apartado a), del dec. 1285/1958 que lo regula (53). El fallo sostiene que la Corte Suprema solo debe atender los casos que poseen “trascendencia institucional” y, por ende, el recurso ordinario cuando la Nación es parte y se discute un determinado monto económico, ha devenido inconstitucional en tanto expande su jurisdicción fuera de ese exclusivo ámbito. En palabras textuales de la sentencia: “la vigencia de esta vía de apelación en la actualidad se contrapone a la misión específica del Tribunal, por lo que cabe declarar la inconstitucionalidad del artículo 24, inciso 6º, apartado a, del decreto-ley 1285/58” (54).

III. El cambio de rumbo en relación con la Ciudad de Buenos Aires

Bajo estas premisas, la ciudad de Buenos Aires, ya como ciudad autónoma, fue considerada un sujeto no aforado de la competencia originaria. Así lo estableció inicialmente la Corte en el caso *Cincunegui c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (55), un fallo muy breve, en el cual la Corte se remitió íntegramente al dictamen de la Procuración General “a fin de evitar repeticiones innecesarias”. La Procuración, por su lado, había sostenido que “[...] la facultad de los particulares para acudir ante los jueces en tutela de los derechos que les asisten, no autoriza a prescindir de las vías que determinan los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias para el ejercicio de la competencia que aquella otorga a la Corte [citas omitidas] En tales condiciones, el Tribunal no puede asumir jurisdicción originaria y exclusiva sobre una causa, si el asunto no concierne a Embajadores. Ministros y Cónsules extranjeros o

(53) Un antecedente de esta limitación fue el caso *Itzcovich c/ ANSeS*, Fallos 328:566 (2005), donde se declaró inconstitucional el art. 19 de la ley 24.463 que establecía el recurso ordinario contra las sentencias dictadas por la Cámara Federal de la Seguridad Social.

(54) Consid. 19. Alude también al “criterio de trascendencia para delimitar su tarea [el que] gobierna de manera general la jurisdicción del Tribunal” (considerando 14º.) y dice que “el recurso ordinario ... constituye un ámbito de expansión de la competencia de esta Corte ... que prescinde del criterio de trascendencia señalado” y conspira contra la tarea institucional del Tribunal en la medida en que “[l]a admisibilidad basada en el valor económico del pleito, en tanto permite someter casos al Tribunal sin acreditar una cuestión de derecho federal, se encuentra en abierta contraposición con las señaladas funciones de esta Corte [que] debe fallar todos los asuntos en que pueda estar comprometido algún principio constitucional, sin que estas cuestiones se midan por la cantidad de dinero que puedan importar, porque un caso en el que esté en juego una suma muy elevada puede depender de una norma de derecho común, mientras que una cuestión de unos pocos centavos, puede afectar todo el sistema de la propiedad y quizás todo el sistema constitucional” (consid. 17º).

(55) Fallos 322:2856 (1999).

no es parte una provincia [...] la demanda ha sido dirigida contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual por no ser una provincia argentina, no le corresponde, conforme los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, la instancia originaria de la Corte [...] Sobre el particular, tiene dicho desde antiguo el Tribunal que en el artículo 117 de la Constitución Nacional se establecen de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá una competencia originaria y exclusiva, la cual, por su raigambre, es insusceptible de ampliarse, restringirse o modificarse mediante normas legales” (56).

La doctrina establecida en “Cincunegui” fue reiterada luego en varios casos, tales como: *Fisco Nacional (A.E.I.P. - D.G.I.) s/ pedido de avocación* (57), *Aguas Argentinas S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* (58), y *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Dirección General Impositiva)* (59).

Incluso, la Corte sostenía, en ese momento, que los litigios entre una provincia y la ciudad de Buenos Aires no eran de competencia originaria cuando la materia del pleito no era civil o federal, pues “los procesos en que sean parte una provincia y dicha ciudad no corresponden por la única condición de las personas al conocimiento del Tribunal”. Así fue establecido en *GCBA c/ Provincia de Tierra el Fuego* (60) donde, modificando lo decidido en *GCBA c/ Provincia de Chubut* (61), la Corte dijo que “[...] en todas las oportunidades en que, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, fue necesario calificar el *status* institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de esclarecer si es aforada, o no, a la competencia originaria de esta Corte Suprema que reglan los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, este Tribunal ha decidido desde el primer precedente en que tuvo ocasión de pronunciarse (Fallos: 322:2856) hasta en las decisiones más recientes [citas omitidas] que aquella entidad no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos estados locales de litigar en los supuestos contemplados por las disposiciones citadas en la instancia originaria de esta sede, que por ser de exclusiva raigambre constitucional no es susceptible de ampliarse, restringirse o

(56) Dictamen de fecha 23/03/1999, punto II.

(57) Fallos 323:1199 (2000).

(58) Fallos 327:4768 (2004).

(59) Fallos 327:2357 (2004).

(60) Fallos 330:5279 (2007).

(61) Fallos 326:2479 (2003).

modificarse por persona o poder alguno (62) [...] esta Corte en su actual composición comparte la interpretación de los textos constitucionales llevada a cabo en los reiterados precedentes citados en los considerandos 2º, 3º y 4º, que han negado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la condición de aforada a la competencia originaria reglada por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, por lo que los procesos en que sean parte una provincia y dicha ciudad *no corresponden por la única condición de las personas al conocimiento del Tribunal en esta instancia*” (63) (Agrego el destacado). Agregó finalmente la Corte que “[...] las causas que se suscitaren entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y una provincia deberán tramitar ante los jueces del Estado provincial que es parte. Naturalmente, por tratarse aquella ciudad de una persona jurídica de derecho público en los términos previstos por el art. 24, inc. 1º, ap. b, del decreto-ley 1285/58 con domicilio en su territorio, a aquella regla le son aplicables las excepciones en favor de la competencia originaria de esta Corte contempladas de modo genérico por la Constitución Nacional, para los procesos entre aquellas personas en que se ventilare una causa civil o de manifiesto contenido federal” (64).

Si bien esta jurisprudencia parecía estar bastante consolidada, tres casos resueltos entre 2015 y 2019, que no tienen relación alguna con el aforo de la ciudad de Buenos Aires en la competencia originaria, le han dado pie a la Corte para modificarla. Se trata de *Guillermo Corrales* (65), *Alberto Nisman* (66) y *Fernando Bazán* (67), en los cuales el Tribunal comenzó a levantar el perfil de la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, a propósito de la demora en trasladar los tribunales nacionales con asiento en la ciudad de Buenos Aires a la justicia local de esta. Esta demora le permitió a la Corte sostener que dichos tribunales nacionales, luego de la reforma constitucional de 1994, son meramente transitorios, exhorta, entonces, a que su traslado a la justicia local se lleve a cabo (68) y, como consecuen-

(62) Consid. 2º.

(63) Consid. 6º.

(64) Consid. 8º.

(65) Fallos 338:1517 (2015).

(66) N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros, Fallos 339:1342 (2016).

(67) Fallos 342:509 (2019).

(68) “[...] en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos [...] si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital

cia de todo ello, abandona su jurisprudencia anterior que equiparaba a los tribunales nacionales con los federales a los fines de los conflictos de competencia (69). En “Bazán” se resolvió además que los conflictos de competencia entre un tribunal nacional y un tribunal de la ciudad de Buenos Aires deben ser resueltos por el Superior (70). Esta jurisprudencia fue aprovechada por el Superior Tribunal de Justicia de la ciudad de Buenos Aires que, en *Ferrari c/ Levinas* (71), dando un paso más adelante y, sin norma específica que lo avalara, se constituyó en el tribunal de alzada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil para resolver un recurso de inconstitucionalidad (72).

Tal como señaló, nada de lo decidido en la serie “Corrales-Nisman-Bazán”, tenía relación alguna con la competencia originaria del artículo 117, ni con el aforo de la ciudad de Buenos Aires en ella. Se trataba de tres

Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local [...] transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias”. Considerandos 8º y 9º del caso “Corrales”. Un reproche similar se lee en “Bazán” donde la Corte dice “A cuatro años de la exhortación realizada en el precedente “Corrales” (Fallos: 338:1517), a veintitrés de la sanción de la constitución porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, el panorama actual muestra que el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad han avanzado mínimamente en las gestiones tendientes a concretar de manera íntegra y definitiva la transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde y la Ciudad permanece por esa razón con sus instituciones inconclusas, detenta un poder ejecutivo y una legislatura propios en pleno funcionamiento, pero no tiene aún en marcha un poder judicial completo.” Considerando 8º.

(69) “[...] la presente decisión conlleva el abandono del tradicional criterio del Tribunal conforme al cual, a los efectos de analizar si media denegatoria del fuero federal, todos los magistrados que integran la judicatura de la Capital de la República revisten el mismo carácter nacional (Fallos: 233:30; 36:8; 321:2659, entre muchos otros). Por tanto, de aquí en más, a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales.” Consid. 10º del caso “Corrales”.

(70) “[...] se establece que, de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten -como en el caso- entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad”. Consid. 17º.

(71) QTS 16374/2019-0; sentencia de fecha 30/09/2020.

(72) En disidencia votó la Dra. Alicia Ruiz.

casos de conflicto de competencia entre la justicia nacional y la justicia federal, al cual la ciudad de Buenos Aires era procesalmente ajena. Su conexión con ellos estaba dada, en todo caso, porque los tribunales nacionales tienen asiento en la Capital Federal.

Estos tres casos, sin embargo, son el punto de apoyo para que en *Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Provincia de Córdoba* (73), la Corte modificara el criterio de *GCBA c/ Provincia de Tierra del Fuego* (74) y retomara lo decidido anteriormente en *GCBA c/ Provincia de Chubut* (75), estableciendo que los litigios entre una provincia y la Ciudad de Buenos Aires pertenecen a su competencia originaria, sin perjuicio de la materia del pleito (76). Nuevamente el Tribunal hace sentir aquí su molestia por el retraso en el traslado de los jueces nacionales a la justicia local, y trata de repararlo abriéndole a la ciudad autónoma las puertas del artículo 117, sin parar mientes en que ella misma se las había cerrado (77). Así, remontándose hasta los tiempos de Rivadavia, y recordando los “cruentos enfrentamientos armados que culminan con la derrota de las tropas porteñas del gobernador Tejedor a manos del ejército nacional”, la sentencia dice que ha llegado el momento de dar por finalizada “la cuestión capital” (78) y para ello “[...] la ciudad debe generar un autogobierno entendido como el derecho de sancionar y aplicar sus leyes sin someterse a ninguna otra autoridad, pero también debe contar con

(73) Fallos 342:533 (2019). Ver el comentario de LAPLACETTE, Carlos J., “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante el tribunal de la federación”, *LA LEY*, 2019-B, 299; TR LALEY AR/DOC/898/2019.

(74) Citado en nota 60.

(75) Citado en nota 61.

(76) Se trataba de un juicio ejecutivo, promovido por el GCBA contra la provincia de Córdoba, ante los tribunales contencioso-tributarios de la ciudad de Buenos Aires, por el cobro de una deuda originada en la prestación de servicios médicos en sanatorios del Gobierno de la Ciudad a beneficiarios derivados por la Provincia de Córdoba. Al plantear las excepciones al juicio ejecutivo, la provincia demandada opone, entre otras, la excepción de incompetencia, y señala que “el caso corresponde o bien a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o bien a los jueces locales de la Provincia de Córdoba, pero en ningún caso a la jurisdicción de los tribunales de la Ciudad Autónoma”. (Ver considerando 1º, tercer párrafo).

(77) “[...] se impone que esta Corte se desligue de 25 años de instituciones porteñas inconclusas y, en el ámbito de la competencia originaria, le reconozca a la ciudad el derecho a no ser sometida ante tribunales ajenos a la plena jurisdicción que le garantiza la Constitución Nacional. La Ciudad Autónoma, tal como sucede con las provincias, se ve afectada en su autonomía cuando es forzada a litigar ante tribunales de extraña jurisdicción” (Consid. 13º).

(78) Consid. 11º.

la misma posibilidad que tienen las provincias de contar con un tribunal imparcial para dirimir las controversias que pudiera tener con ellas” (79).

Ciertamente no era necesario remontarse tan lejos en nuestra historia, ni remover los conflictos que nos han dividido, para resolver que, cuando dos personas jurídicas públicas y autónomas no tienen un tribunal común para resolver sus conflictos, deben acudir a la competencia originaria de la Corte en salvaguarda de su derecho de defensa, caso contrario, es irremediable que alguna de ellas termine litigando ante los tribunales de la otra. Esta solución, que había sido propuesta por la propia demandada, no requería más que reiterar lo sostenido en *GCBA c/ Provincia de Chubut* (80), que había sido modificado en *GCBA c/ Tierra del Fuego* (81), sin tener que invocar tantas veces el caso “Nisman”, cuya cita la Corte repite en numerosas ocasiones, pese a que ninguna relación tiene con la competencia originaria.

Sin embargo, resolver el caso bajo este correcto y sencillo sendero procesal, hubiera privado a la Corte del carácter épico y fundacional que pretendía darle a su pronunciamiento (82). La Corte no solo quería asegurar el derecho de defensa de las partes en litigio, sino que estaba decidida a dar un paso más largo aún, convirtiendo a la ciudad de Buenos Aires en un aforado pleno de la competencia originaria, como una provincia más, no solamente cuando litiga con una provincia, sino en cualquier otro caso. Así lo expresa claramente en un *obiter dicta* al decir que “[...] *la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional y art. 1º, inc. 1º de la ley 48 y art. 24, inciso 10 del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467)” (83). También lo expresa, con igual énfasis, el voto separado del Dr. Rosenkrantz al decir que “[...] es constitucionalmente inadmisibles equiparar la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a un vecino de provincia y, por consiguiente, no queda otra posibilidad que la de recono-

(79) Consid. 13º.

(80) Citado en nota 61

(81) Citado en nota 60.

(82) Si bien la Corte equipara “sentencia” con “pronunciamiento” y ello es correcto según lo establecido por el Diccionario de la Real Academia Española (<https://dle.rae.es/pronunciamiento?m=form>) hay sentencias que constituyen un auténtico “pronunciamiento” de principios, en los cuales el Tribunal pone especial énfasis. Este es uno de esos casos.

(83) Consid. 17º

cerle el mismo lugar que los artículos 116 y 117 de la Constitución prevén para las provincias” (84).

En síntesis, dentro de sus límites procesales estrictos, el caso “GCBA c/ Provincia de Córdoba” fue resuelto correctamente, pues la competencia originaria allí se imponía por la falta de un tribunal común a ambas partes, que no fuera la Corte Suprema en instancia originaria. Pero su *dictum* del considerando 17º es incorrecto en tanto pretende extender el aforo de la ciudad de Buenos Aires fuera de tales límites, es decir, cuando esta no litiga con una provincia, sino con un sujeto no aforado. Esto fue ratificado en el caso “GCBA c/ Estado Nacional”, al cual me referiré seguidamente, donde este *dictum* se convierte en *holding* haciendo de la ciudad de Buenos Aires un sujeto aforado del artículo 117 CN por derecho propio, es decir, sin que en el caso concurra una provincia o un diplomático extranjero.

IV. El caso “GCBA c/ Estado Nacional”

Habiendo establecido la Corte los principios antes mencionados, se planteó el caso “GCBA c/ Estado Nacional”, ya citado (85). Tratándose de un caso de puro derecho, sus hechos, además de sencillos, no fueron controvertidos. La discusión estuvo centrada en la constitucionalidad del artículo 10 del decreto 235/2021, modificado por el DNU 241/2021, que dispone “Establécese, en el aglomerado del Área Metropolitana De Buenos Aires (AMBA), según está definido en el artículo 3º del decreto 125/21, la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive”.

Esta norma fue cuestionada constitucionalmente por la ciudad de Buenos Aires desde varios ángulos, cuya síntesis figura en el considerando I, párrafo tercero del voto del Dr. Rosenkrantz, en estos términos “[e]n lo sustancial, [el GCBA] afirma que el art. 2º del decreto 241/2021 es inconstitucional por las siguientes razones: a) lesiona el régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires; b) resulta irrazonable; y, c) fue dictado en violación artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional”.

Al resolver el caso, la Corte Suprema, en primer lugar, se declaró competente siguiendo la línea ya trazada en el considerando 17º del caso “GCBA

(84) Consid. 10º.

(85) Ver nota 5.

c/ Provincia de Córdoba” (86), y luego, al tratar el fondo de la cuestión, ratificó la autonomía de la ciudad de Buenos Aires a la que califica de “ciudad constitucional federada” (87). Más aún, conforme señala el voto del Dr. Lorenzetti “[...] los precedentes de esta Corte Suprema establecen la existencia de reglas estables para la solución del presente conflicto que corresponde recordar” (88).

En esa línea, el hilo argumental del voto de la mayoría, que se repite con bastante similitud en los votos de los Dres. Rosenkrantz y Lorenzetti, comienza destacando las características del sistema federal argentino fundado “en el principio de ‘lealtad federal’ o ‘buena fe federal’, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros” (89) y señala que “todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta” (90).

Una vez expuestos estos principios, el fallo analiza el enclave institucional de la Ciudad de Buenos Aires calificándola como un “actor pleno del sistema federal” (91), recordando que la propia Corte Suprema, en sus últimos fallos, ha ido asegurando esa plenitud, habiéndole otorgado a la Ciudad “un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de esta Corte establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional” (92), en tanto “integra de modo directo la federación argentina, surgiendo sus competencias no por la intermediación de los poderes nacionales [...] sino del propio texto de la Constitución Nacional” (93).

(86) Sentencia del 19/04/2021, que se remite al dictamen de la Procuración General, fechado el 16/04/2021, el cual, a su vez, se remitió a lo decidido en la Corte en el caso CGBA c/ Provincia de Córdoba, ya citado.

(87) Consid. 9º, párrafos primero y segundo.

(88) Consid.1º.

(89) Consid. 4º, primer párrafo.

(90) Consid. 16º, cuarto párrafo.

(91) Consid. 7º, segundo párrafo.

(92) Consid. 8º, cuarto párrafo.

(93) Consid. 10º, tercer párrafo. En coincidencia con esta afirmación, el voto del Dr. Rosenkrantz señala “[e]l federalismo argentino, desde 1994, tiene un nuevo estado participante bajo la forma de una ciudad constitucional federada que ejerce su autonomía política de manera coordinada con el resto de las unidades que integran la

Luego de ello, sin dar muchos rodeos, el fallo adelanta su criterio sobre la cuestión de fondo diciendo “En el particular marco de análisis que marca la Constitución para definir la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe señalar que de los límites que impone la capitalidad no surge ningún obstáculo para que esta decida sobre la modalidad presencial o virtual en que corresponda llevar a cabo la educación en su territorio” (94).

Todo lo que sigue es la justificación de este principio. A tal fin, se analizan las competencias de la ciudad de Buenos Aires y del Estado nacional en materia de educación y de salud (95). En relación con la primera, el fallo entiende “[q]ue corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —al igual que a las provincias— la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes porque en consonancia con lo ya afirmado respecto de la autonomía porteña y del poder reservado en el art. 5º, la Convención Constituyente de 1994 introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, y expresamente incorporó como sujeto activo —y en igualdad de condiciones que las provincias— a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (96). Respecto de la segunda, señala que “esta Corte reconoció desde antaño la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias” (97), de modo tal que “los actos de las legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos explícitos, un poder exclusivo, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o bien cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas” (98).

federación y la Nación [...] la Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas (con la exclusiva salvedad de las atribuciones que la ley 24.588 reconoce al gobierno nacional para garantizar los intereses del estado nacional en la Ciudad). En particular, conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas” (Considerando 6º).

(94) Consid. 10º, quinto párrafo.

(95) El voto el Dr. Lorenzetti, recuerda que ambos son derechos humanos (consids. 3º y 4º) y, por lo tanto, “[...] debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho”. Consid. 6º, primer párrafo.

(96) Consid. 13º, primer párr.

(97) Consid. 15º, primer párr.

(98) Consid. 16º, tercer párrafo.

Con ello, la sentencia deja trazado el acotado sendero de su análisis, el cual discurre, exclusivamente, por la distribución de competencias entre la Nación y la ciudad de Buenos Aires. Sostiene así, que “en este marco de análisis propio del federalismo [...] corresponde examinar en este caso la invocación de la competencia sanitaria por parte del Estado Nacional al dictar el DNU 241/2021 para regular sobre los modos de garantizar la educación, en lo que aquí importa, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tal ejercicio exige evaluar su validez a la luz de la distribución de competencias federales y locales que efectúa la Constitución Nacional” (99).

Su conclusión es que el Estado Nacional es incompetente para regular las modalidades de la educación en la ciudad de Buenos Aires en tanto “[e]l debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado Nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación a la concreta orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora [...] en el examen de legalidad del art. 10 *in fine* del DNU 235/2021, a partir de su modificación por el art. 2º del DNU 241/2021, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena” (100). Esta conclusión “no se encuentra desvirtuada por la conformación territorial de Área Metropolitana de Buenos Aires [...] [en tanto] la previsión del ‘AMBA’ como un área susceptible de adopción de políticas específicas en materia epidemiológica por el Estado Nacional a través del art. 3º del DNU 125/2021 no puede ser entendido como la constitución de una ‘región’ en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, ni puede implicar una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (101).

(99) Consids. 18º y 19º, primer párrafo.

(100) Consid. 19º, párrs. quinto y sexto. El voto del Dr. Lorenzetti confirma estos principios, en tanto recuerda que las competencias en materia de educación y salud entre el Estado nacional y las provincias son concurrentes (considerandos 11º y 12º) de modo tal que “[...] conforme con la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de educación, cuando no hay acuerdo, es competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias adoptar este tipo de decisiones específicas” (Consid. 15º primer párr.).

(101) Consids. 20 y 23. Al respecto, el voto del Rosenkrantz afirma “[...] resulta claro que la decisión de si la escolaridad debe realizarse bajo la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o regulados por ella corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación. En ese contexto normativo, la decisión de suspender las clases presenciales

Por último, el fallo entiende que, si bien el plazo de las medidas dispuestas por la norma impugnada, ya estaba superado —brevemente— a la fecha de la sentencia, corresponde emitir una decisión pues “no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino” (102).

Como resultado de todo ello, podría decirse que, hoy día, ante los ojos de la Corte Suprema, entre la autonomía de las provincias y la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, no existe diferencia alguna y, de existir, es casi imperceptible. El voto del Dr. Lorenzetti, en particular sus considerandos 8º, 9º y 10º, son significativos en este aspecto, pues en ellos puede advertirse una equiparación total, entre las provincias y la ciudad de Buenos Aires.

V. Algunas preguntas y reflexiones

V.1. ¿Ha dejado de ser taxativo el artículo 117 CN?

Mi primer interrogante es si, a raíz de estos fallos, la enumeración de casos formulada en el artículo 117 ha dejado de ser taxativa.

Recordemos que, desde el *leading case* “Eduardo Sojo” (103), la Corte Suprema ha dicho y repetido que el artículo 117 es taxativo en relación con los casos allí previstos. Este criterio interpretativo corre, ininterrumpidamente, desde antiguos casos hasta los más recientes (104). Ello se debe a que

en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado Nacional —aun a la luz de la declaración de emergencia— solamente podría validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18 de la Constitución)” (Consid. 9º).

(102) Consid. 28, tercer párrafo. Una consideración similar formula el voto del Dr. Rosenkrantz en el consid. 19º.

(103) Citado en nota 7.

(104) Ver, entre muchos otros: *Siddi c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 270:78 (1968); *Los Teros S.A. Agrícola, Ganadera, Financiera y Comercial c/ Provincia de La Pampa*, Fallos 285:209 (1973); *Pedro Daniel Weinberg*, Fallos 302:63 (1980); *Romero c/ Estado Nacional*, Fallos 318:1738 (1995); *Constantino c/ Provincia de Misiones*, Fallos 318:1361 (1995); *Zaimakis Goitia S.A. c/ Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 322:1514 (1999); *Provincia de Santa Fe c/ Instruequipos S.A.*, Fallos 323:1854 (2000); *Cid c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 323:2944 (2000); *Almozni de Cosentino c/ Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires*, Fallos 325:246 (2002); *Orona c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A.*, Fallos 325:2960 (2002); *Estado Nacional*

la competencia originaria, es “de raigambre constitucional” y, por lo tanto: no puede extenderse a casos no previstos (105), no puede ser ampliada, restringida, ni modificada por persona o poder alguno (106), no puede ser extendida ni restringida por las leyes que la reglamentan (107); no se puede ampliar su rígido contenido con fundamento en reglas funcionales de orden procedimental (108); y su inhibición debe declararse de oficio en cualquier estado de la causa, pese a la tramitación dada al asunto (109).

c/ Ente Provincial Regulador de la Electricidad (Provincia de San Juan), Fallos 325:2236 (2002); Provincia de Corrientes c/ Banco Nación Argentina, Fallos 326:3642 (2003); Queijo Delgado c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, Fallos 327:6008 (2004); López c/ Provincia de Corrientes, Fallos 327:5997 (2004); Montenegro c/ Provincia del Neuquén, Fallos 328:2479 (2005); Azucarera Argentina C.E.I. S.A. c/ Provincia de Tucumán, Fallos 328:3797 (2005); Droguería Oncofarma S.R.L c/ Provincia de Tucumán, Fallos 329:5675 (2006); Intercargo S.A.C. c/ Líneas Aéreas de Entre Ríos S.E., Fallos 329:4390 (2006); Colegio de Abogados de Tucumán c/ Provincia de Tucumán, Fallos 329-937 (2006); Unionburg S.A. c/ Banco Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:851 (2006); Ríos c/ Consulado de la República de Italia (R. 323. XLIII) 30/10/2007; Arias c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 330:4055 (2007); Soria c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 330:610 (2007); Claudio A. Paz, Fallos 334:59 (2011); Mennitto c/ Agro Industrial Madero S.A. (CIV 033511/2013/CS001) 20/10/2015; Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio c/ Provincia de Catamarca, Fallos 341:480 (2018); Publicar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 342:1549 (2019); Romero c/ Provincia de Misiones, Fallos 344:169 (2021).

(105) Pepsico de Argentina S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 328:3691 (2005); González c/ Felice, Fallos 328:1257 (2005); Henter Industrial y Comercial S.A. c/ Provincia de Misiones, Fallos 329:6033 (2006); García c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:4811 (2006); Día Argentina S.A. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:2105 (2006); Arrúa c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 328:2767 (2005); Núñez c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 328:2650 (2005); Badaro c/ Provincia de Santiago del Estero, Fallos 328:1421 (2005); Unión Docentes Argentinos c/ Provincia de Misiones, Fallos 327:3994 (2004); Steifel c/ Provincia de Santa Fe, Fallos 326:4575 (2003); Santillán c/ Ferrovías S.A.C., Fallos 325:3023 (2002).

(106) Nordi c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 342:1417 (2019).

(107) Gustavo Fabián Cardano, Fallos 327:3971 (2004); Banco Río de la Plata S.A. c/ Provincia de Río Negro, Fallos 327:3056 (2004); Asociación de Trabajadores del Estado c/ Provincia de San Juan, Fallos 326:3517 (2003); Provincia de Corrientes c/ Banco Nación Argentina, Fallos 326:3642 (2003); Aranda c/ Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Fallos 326:1591 (2003); S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia c/ Provincia de Río Negro, Fallos 325:2236 (2002); Argenbingo S.A. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 325:893 (2002); Acevedo c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 325:887 (2002); Rodríguez c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 323:3991 (2000); Cardozo c/ Estado Nacional, Fallos 322:813 (1999).

(108) Machuca c/ Provincia de Santa Cruz, Fallos 343:711 (2020); Mendoza c/ Estado Nacional y otros, Fallos 329:2316 (2006)

(109) Aragnelli c/ Estado Nacional, Fallos 329:5543 (2006); Blackie c/ Provincia de Córdoba, Fallos 329:3065 (2006); Padilla c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 327:446 (2004).

Toda esta extensa serie de fallos, cuya mención, aun incompleta, pone de manifiesto cuán consolidada está la jurisprudencia que emana de ellos, era difícil de modificar. Es por ello que la Corte se resiste a admitir que ha flexibilizado el artículo 117 con el aforo de la ciudad de Buenos Aires, diciendo que “[...] vale apuntar que en otros supuestos este Tribunal ya ha abierto su competencia originaria a determinados supuestos no incluidos literalmente en el texto de la Constitución Nacional, en el entendimiento de que al hacerlo mejoraba el funcionamiento del federalismo pues abría un mecanismo de solución de conflictos de las provincias con el estado federal. En efecto, entre los asuntos que tienen como parte a una provincia, el art. 116 no incluye a las causas que se plantean entre una provincia y el Estado nacional. Si predominase el derecho del Estado nacional al fuero federal, el caso debería corresponder a los jueces federales de primera instancia. Pero, si se decidiera de esta manera, las provincias verían comprometido su derecho a no verse sometidas a los tribunales federales (salvo a la jurisdicción de esta Corte Suprema de Justicia de la Nación). El problema ha sido resuelto admitiendo que esta Corte tiene competencia originaria para resolver casos como el mencionado en la convicción de que ello es la única forma de conciliar ambas prerrogativas constitucionales, esto es, el derecho del estado nacional al fuero federal y el de las provincias a no verse sometidas a tribunales federales diferentes a esta Corte” (110). Un razonamiento similar puede verse en el voto el Dr. Rosenkrantz (111).

Esta afirmación es manifiestamente incorrecta, pues en los casos en donde litiga una provincia con el Estado nacional la competencia originaria, lejos de surgir como una ampliación de los casos previstos artículo 117, es la aplicación lisa y llana de uno de ellos, en tanto, por un lado, litiga un sujeto aforado (la provincia) y, por el otro, el Estado nacional, que

(110) GCBA c/ Provincia de Córdoba, considerando 16º.

(111) En su opinión “[...] si bien normalmente el Tribunal rechaza la posibilidad de incluir en su competencia originaria supuestos distintos de los taxativamente mencionados en el artículo 116 de la Constitución, ello no constituye una regla férrea, pues ha procurado asimismo que ese rigor no llegase al extremo de afectar la vigencia de otras normas constitucionales. Un ejemplo de esto último ha sido la admisión en la competencia originaria por razón de las personas de los pleitos entre una provincia y el Estado nacional. Entre los asuntos que tienen como parte a una provincia, el artículo 116 de la Constitución no incluye este tipo de causas. Por lo tanto, si predominase el derecho del Estado Nacional al fuero federal, el caso debería corresponder a los jueces federales de primera instancia. Pero, si se decidiera de esta manera, las provincias verían comprometido su derecho a no verse sometidas a los tribunales federales con la única excepción de la Corte Suprema de Justicia. El problema ha sido resuelto por esta Corte admitiendo el caso en la competencia originaria como única forma de conciliar ambas prerrogativas constitucionales”, GCBA c/ Provincia de Córdoba, considerando 10º.

solo puede ligar ante los tribunales federales. Como consecuencia de esta combinación, la Corte accede a abrir su jurisdicción originaria como una porción más de la jurisdicción federal.

Me parece muy difícil, entonces, sostener que, aforando en la competencia originaria a la ciudad de Buenos Aires, como si esta fuera una provincia más, se mantiene el carácter taxativo del artículo 117. Aunque la Corte se resista a reconocerlo, y probablemente no lo haga, la flexibilización de esta cláusula constitucional es evidente y la mejor prueba de ello es el propio texto de la Constitución.

Tengamos en cuenta que el artículo 117, si bien mantiene su redacción original, ha pasado por el filtro de la reforma constitucional de 1994, que podría haberlo modificado. Sin embargo, no lo hizo. La reforma de 1994, pese a reconocer el carácter autónomo a la ciudad de Buenos Aires, no la incluyó en el artículo 117, como sí lo hizo en otros artículos constitucionales, a la par de las provincias. Tal es el caso del artículo 75, inc. 1º, en relación con la coparticipación federal; los artículos 75 inc. 31 y 99, inc. 20, respecto de la intervención federal; el artículo 124 para integrarse en regiones y el artículo 125 para “conservar organismos de seguridad social”.

No ocurrió lo mismo con el artículo 117, en el cual la reforma de 1994 no incluyó a la ciudad de Buenos Aires. ¿Fue un mero olvido del constituyente? No lo creo así. No es convincente que, habiendo sido cuidadosamente tratado el régimen de la ciudad de Buenos Aires en tanto artículos reformados, la omisión de reformar el artículo 117 pueda computarse como un mero olvido. Por el contrario, en mi opinión, esta no inclusión debe interpretarse como una exclusión pues, quien pudiendo incluir no lo hace, no tiene el propósito de incluir, sino de excluir.

V.2. La ciudad de Buenos Aires no es, ni puede ser, una provincia

Además de ser muy poco convincente, la teoría del “olvido del constituyente” no tiene en cuenta una diferencia sustancial entre las provincias y la ciudad de Buenos Aires, que es vital al momento de considerar sus respectivas autonomías y evaluar los alcances de sus competencias.

Las provincias —todas ellas— son originarias, incluso las que no eran tales en 1853. Fueron las provincias quienes dieron luz a la Constitución y crearon el Estado nacional delegando en él muchas de sus competencias. Por el contrario, la ciudad de Buenos Aires, como ente autónomo, es un sujeto derivado de la Constitución, que no ha delegado competencia propia alguna para la formación del Estado nacional.

Esta diferencia no es menor, las provincias crearon la Constitución y el Estado nacional, mientras que la Constitución por medio de uno de sus órganos, la convención nacional constituyente, crearon la ciudad de Buenos Aires como ente autónomo, pero derivado, no originario. Así, mientras las provincias conservan, es decir, “retienen” todos los poderes no delegados en el gobierno federal, conforme lo establece el artículo 121, la ciudad de Buenos Aires no puede arrogarse tal prerrogativa, pues sus poderes no son originarios, sino derivados. Su acto de creación, en realidad, es una delegación constitucional inversa a la de las provincias (112).

Se sigue de ello, tal como he dicho en otras oportunidades (113), que en el federalismo argentino existen tres niveles de autonomía distintos (114): (a) el de las provincias, (b) el de la ciudad de Buenos Aires y (c) el de los municipios existentes dentro del territorio de cada provincia, cuya intensidad gradúa, cada una de estas, según lo establecen las respectivas constituciones provinciales.

V.3. *¿Puede la Corte Suprema crear una provincia?*

Esta pregunta, y su respuesta por la negativa, son elementales, sin duda, pero cuando la Corte Suprema decide “crear” una provincia, es necesario hacerla. Debemos ser conscientes que, al elevar a la ciudad de Buenos Aires al *status* provincial, la Corte está ejerciendo, indirectamente, la competencia que le otorga al Congreso el artículo 75 inc. 15 de la CN. Esta facultad es exclusiva del Poder Legislativo, no podría ser ejercida jamás por el Poder Ejecutivo y, menos aún, por la Corte Suprema.

Cierto es que la Corte, en modo alguno, dice que la ciudad de Buenos Aires es una provincia. Pero esa “ciudad constitucional federada” a la que alude, reiteradamente, en *GCBA c/ Córdoba* (115) y en *GCBA c/ Estado Nacional* (116), una condición que ya tenía, por cierto, desde 1880 (117),

(112) Acerca de la delegación constituyente me remito a lo dicho en BIANCHI, Alberto B., “La Delegación Legislativa”, Ábaco, Buenos Aires, 1989, p. 200 y ss.

(113) BIANCHI, Alberto B., “La autonomía universitaria. (A propósito de la revisión judicial de los concursos)”, *La Ley*, 2005-C, 342.

(114) Dejo de lado, por supuesto, la autonomía de las universidades, que nada tiene que ver con el régimen federal. Sobre la autonomía universitaria puede verse con provecho: VANOSSI, Jorge R., “Universidad y Constitución en América Latina”, en *Universidad y Facultad de Derecho: sus Problemas*, EUDEBA, 1989, ps. 15-32, esp. ps. 26-27.

(115) Consid. 12º.

(116) Consids 9º y 15. Ver también el consid. 6º del voto del Dr. Rosenkrantz.

(117) Tengo para mí que la ciudad de Buenos Aires era una “ciudad constitucional federada” mucho antes de ser autónoma. Tal condición no se la otorgó la autonomía.

no parecería tener ya diferencia alguna con una provincia, pese a que las tiene y son sustanciales. En palabras textuales de la Corte, la ciudad de Buenos Aires tiene “*un puesto equiparable al de las provincias* en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de esta Corte establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional” (énfasis agregado) (118). Asimismo, los considerandos 8º, 9º y 10º del voto del Dr. Lorenzetti en *GCBA c/ Estado Nacional*, a los que ya hice referencia —y vale la pena transcribir ahora— no permiten establecer diferencia alguna entre una provincia y la ciudad de Buenos Aires (119).

V.4. *¿Fortalecimiento o debilitamiento del sistema federal?*

Al otorgarle aforo en el artículo 117 CN a la ciudad de Buenos Aires, la Corte Suprema cree haber fortalecido el sistema federal. Entiende —probablemente con las mejores intenciones— haber beneficiado a lo que

Siempre ha sido una “ciudad”; en 1880 fue “federada”, al ser declarada “capital de la república” por la Ley 1029 y, en ese mismo momento, adquirió rango de “ciudad constitucional”, pues fue la ciudad a la cual se refiere el artículo 3 CN (“ciudad que se declare Capital de la República por una ley especial del Congreso”).

(118) Consid. 8º.

(119) Este voto recuerda, en primer lugar, que el GCBA c/ la Corte reconoció a la ciudad de Buenos Aires como aforada del artículo 117 “[...] en fecha relativamente reciente este Tribunal reconoció que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, (considerando 8º). Seguidamente, en el considerando 9º, alude a los poderes de las provincias —que no estaban en juego en el caso— como si se tratara de los poderes de la ciudad de Buenos Aires, cuya competencia sí estaba en discusión “[...] los precedentes de esta Corte Suprema establecen que el poder de las Provincias es originario, lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones. De acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) [citas omitidas] Ello implica que las provincias pueden dictar las leyes y estatutos que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de la Carta Magna, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo”. Finalmente, en el considerando 10º, agrega “[...] los precedentes de esta Corte también establecieron que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país. El sistema federal también reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que deben ser ejercidos de manera coordinada. De allí la utilidad del diálogo constructivo —entre Nación y provincias— al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva”.

califica como un “sistema cultural de convivencia” (120), fundado en “el principio de ‘lealtad federal’ o ‘buena fe federal,’ conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros” (121).

Lamentablemente, no es así. Debemos ser conscientes de que la sumisión de las provincias a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema, lejos de ampliar su autonomía, la restringe, en tanto las obliga a litigar ante un tribunal federal (la Corte Suprema), en lugar de hacerlo antes sus propios tribunales. No puede sostenerse, entonces, que la jurisdicción originaria sea un remedio que fortalezca la descentralización en la cual se funda el sistema federal. En todo caso, asegura la “pax federal” que provee, desde la cima del sistema judicial, la Corte Suprema.

De allí nace la clásica resistencia que han tenido las provincias al aforo del artículo 117 CN, puesto de manifiesto en casos tan antiguos como *Avegno c/ Provincia de Buenos Aires* (122), donde la Corte Suprema rechazó la declinatoria planteada por el Fiscal de Estado en una acción reivindicatoria de un bien, ubicado en San Nicolás de los Arroyos, planteada por un ciudadano del Uruguay, sosteniendo —en un muy extenso y fundado pronunciamiento— que no se aplica en la Argentina la Enmienda XI de la Constitución de los Estados Unidos, mediante la cual se estableció que los Estados no está sometidos a la jurisdicción federal.

Antes de analizar esta Enmienda y el caso *Chisholm v. Georgia* (123) que le dio origen, lo cual pone de manifiesto que la fricción entre los estados (o las provincias) y el gobierno federal producida por la jurisdicción originaria, es muy antigua, vale la pena recordar que nuestra Corte Suprema también la ha tenido claramente presente en casos como “Sedero de Carmona” (124), donde la Corte señaló que “el objeto de la jurisdicción originaria de la Corte conferida por el art. 101 de la Constitución Nacional [actualmente el 117] no es otro que dar garantías a los particulares proporcionándoles, para sus reclamaciones, jueces al abrigo de toda influencia y parcialidad, pero ello debe encontrar límite en el respeto al principio constitucional que consagra la autonomía de los estados provinciales y de manera de no perturbar su administración interna, porque si todos los actos de sus poderes pudieran ser objeto de una demanda ante la Corte ven-

(120) GCBA c/ Estado Nacional, consid. 3º.

(121) GCBA c/ Estado Nacional, consid. 4º.

(122) Fallos 14:425 (1874).

(123) 2 U.S. 419 (1793).

(124) Citado en nota 13.

dría ser ella quien gobernase a las provincias desapareciendo los gobiernos locales” (125). Este principio, que ya estaba esbozado en “Avegno”, citado por la Corte, ha sido repetido en numerosos casos posteriores (126).

Está fuera de discusión, por ende, que la jurisdicción originaria no amplía, sino restringe la autonomía de las provincias, pues, en definitiva, las obliga a litigar ante la jurisdicción federal. Este sometimiento a la jurisdicción federal de los estados fue el que dio lugar, en 1795, a la sanción de la Enmienda XI de la Constitución de los Estados Unidos, que eliminó tal sometimiento (127). Esta enmienda, como dije, se produjo a raíz del caso “Chisholm v. Georgia”, en el cual fue admitida una demanda planteada contra dicho estado, ante un tribunal federal, por las deudas contraídas por aquel, durante la Guerra de la Independencia, con un ciudadano de otro estado (128). Conocida la sentencia, se produjo tal conmoción que, inmediatamente, fue promovida una enmienda constitucional que prohibiera a los ciudadanos de un estado accionar judicialmente contra otro estado ante los tribunales federales (129).

(125) Consid. 1º.

(126) Industrias Alimenticias Mendocina S.A. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 329:4385 (2006); Valle c/ Provincia de Santa Fe, Fallos 329:2764 (2006); Balestra c/ Provincia de Corrientes, Fallos 329:4449 (2006); Matadero y Frigorífico Merlo S.A. c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 327:1789 (2004); Frida A. Gómez Orue de Gaete y otra c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 316:1462 (1993); Zezza c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 304:259 (1982).

(127) “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.” (No se interpretará que el Poder Judicial de los Estados Unidos, se extiende a los juicios, de derecho o equidad, iniciados o proseguidos en contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otros estados o por ciudadanos o sujetos de un Estado extranjero).

(128) Durante la Guerra de la Independencia Robert Farquhar, un ciudadano de South Carolina, había provisto al estado de Georgia de materiales para la guerra. El monto de la compra había quedado impago a la muerte de Farquhar de modo tal que Alexander Chisholm, su ejecutor testamentario, decidió promover una acción en contra del Estado deudor. En lugar de contestar la demanda, los representantes de Georgia decidieron hacer una defensa política y principista basada en la falta de jurisdicción de la Corte Suprema para resolver la controversia y no se presentaron en el juicio. Luego de otorgarles tiempo para hacerlo, la Corte resolvió la cuestión jurisdiccional admitiendo que un estado podía ser demandado por un ciudadano. Para un estudio más pormenorizado del caso y de la Enmienda, véase: ORTH, John V., “The Judicial Power of the United States. - The Eleventh Amendment in American History”, Oxford University Press, 1987.

(129) La Corte había afirmado su competencia en la Constitución y no en la Judiciary Act de 1789, de modo que, para apartarse del precedente, la Constitución debía ser reformada.

A raíz de ello, actualmente en los Estados Unidos la competencia originaria de la Corte, legislada en 28 USC § 1251, es (a) exclusiva en todas las controversias que se susciten entre estados (130) y (b) no exclusiva: (i) cuando sea parte un embajador, un cónsul, un ministro extranjero o un estado extranjero; (ii) en todas las controversias entre el gobierno federal (los Estados Unidos) y un estado y (iii) siempre que un estado demande a un ciudadano de otro estado (131) o a un ciudadano extranjero (132). Es preciso señalar que esta jurisdicción originaria no exclusiva implica, en la práctica, que todos estos casos se disputan en los tribunales federales inferiores, o bien en tribunales estatales, según corresponda (133). Si la misma se ha mantenido en la legislación actual, es porque una ley no podría derogar lo que la Constitución establece expresamente (134). Pero, de hecho, los casos de jurisdicción originaria ante la Corte son muy escasos, pues solo se refieren a controversias suscitadas entre estados y, en promedio, no superan los dos o tres casos por año (135).

V.5. Autonomía provincial versus autonomía municipal

Como parte de este mismo análisis, es necesario tener en cuenta, tal como mencioné al comienzo, lo decidido en “Shi c/ Municipalidad de

(130) 28 USC § 1251. “(a) The Supreme Court shall have original and exclusive jurisdiction of all controversies between two or more States.

(131) Recordemos que en los Estados Unidos la ciudadanía es doble: nacional y estatal.

(132) 28 USC § 1251. “(b) The Supreme Court shall have original but not exclusive jurisdiction of: All actions or proceedings to which ambassadors, other public ministers, consuls, or vice consuls of foreign states are parties; All controversies between the United States and a State; All actions or proceedings by a State against the citizens of another State or against aliens”.

(133) En relación con los embajadores, cónsules y ministros extranjeros el 28 USC § 1351, dispone que son competentes los tribunales de distrito. Esta norma dice: “The district courts shall have original jurisdiction, exclusive of the courts of the States, of all civil actions and proceedings against consuls or vice consuls of foreign states; or members of a mission or members of their families (as such terms are defined in section 2 of the Diplomatic Relations Act)”.

(134) Ver SHAPIRO, Stephen M. - GELLER, Kenneth S. - BISHOP, Timothy S. - HARTNETT, Edward A. - HIMMELFARB, Dan: *Supreme Court Practice*, 10th edition, Bloomberg BNA, Arlington, Va, 2017, p. 628.

(135) Ver: McKUSICK, Vincent L., “Discretionary Gatekeeping: The US Supreme Court’s Management of Its Original Jurisdiction Docket Since 1961”, *Maine Law Review*, vol. 45, N° 2, año 1993, ps. 185-242. Para una estadística anterior a 1961 ver: Note: “The Original Jurisdiction of the United States Supreme Court”, *Stanford Law Review*, vol. 11, No. 4 (Jul. 1959), ps. 665-719.

Arroyito” (136), pues si bien no se trata de un caso de competencia originaria, integra una serie de casos sobre el desarrollo del sistema federal que viene efectuado la Corte en varios fallos recientes. En el caso citado, parecería que se fortalece el sistema federal acordando una autonomía cada vez más pronunciada a los municipios (137), sin parar mientes en que, tal fortalecimiento, no se produce a expensas de los poderes del gobierno federal, dentro de la clásica tensión entre las fuerzas centrípetas de las autoridades nacionales y las fuerzas centrífugas de las locales (138), sino de los poderes de las provincias, en medio de una típica controversia entre autoridades locales, que tiene como árbitro a la Corte Suprema, que es un poder federal. Me pregunto, entonces, si en este contexto, podemos decir que el régimen federal se beneficia. Creo que no.

El caso “Shi” se produjo como consecuencia de un conflicto suscitado entre los propietarios de supermercados del municipio de Arroyito, en la provincia de Córdoba. Mientras algunos de ellos querían abrir sus locales los días domingo, otros se oponían. La cuestión fue zanjada por medio de la Ordenanza 1660/2014 de “Descanso Dominical del Trabajador”, que prohibió en Arroyito la apertura de los supermercados los domingos, sancionado con multas progresivas y clausuras en días hábiles a quienes la violaran. Esta ordenanza contrariaba lo dispuesto por la ley provincial 8350, que había desregulado esta actividad permitiendo a los propietarios de dichos establecimientos determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre. A raíz de ello el Sr. “Shi” planteó una acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 165, inc. 1º, ap. a, de la Constitución de la Provincia de Córdoba), contra la Municipalidad de Arroyito, a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de los arts. 1º y 2º, inc. a, de la ordenanza 1660.

En las instancias judiciales de Córdoba, la acción declarativa concluyó en forma exitosa para el actor con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia la cual, entre otras consideraciones, estimó que, conforme al régimen vigente, tanto el poder de policía en materia laboral como el control del cumplimiento de las normas laborales —manifestación de la facultad

(136) Citado en nota 8.

(137) Esta tendencia comenzó en Rivademar c/ Municipalidad de Rosario, Fallos 312-326 (1989), cuando la Corte Suprema, en un fallo de gran trascendencia en su momento, declaró la autonomía de los municipios, abandonado el principio de la autarquía municipal establecido en Ferrocarril Sud c/ Municipalidad de La Plata, Fallos 114-282 (1911). Ver mi comentario a este caso en BIANCHI, Alberto B., “La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades”, LA LEY, 1989-C, 47.

(138) Ver: LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, 2ª ed., t. VII, p. 318.

administrativa denominada “policía del trabajo” o “inspección del trabajo”— corresponden al estado provincial y no han sido delegadas a los municipios. Así lo determina el art. 54 de la Constitución de la Provincia de Córdoba que establece: “El Estado Provincial ejerce la policía del trabajo en el ámbito personal y territorial, sin perjuicio de las facultades del Gobierno Federal en la materia”. Por su parte, el art. 144, al enumerar las atribuciones del Gobernador prescribe, en el inciso 17 “Tiene a su cargo, conforme a las leyes, la policía del trabajo”. Agregó que si bien el municipio puede establecer restricciones al horario comercial, en ejercicio del poder de policía, ello está supeditado a que dichas limitaciones estén vinculadas con las atribuciones municipales y dicho ejercicio debe ser “razonable”; en este caso —a juicio del Superior Tribunal— la razón que fundamenta la restricción resultaba inconstitucional porque el municipio no tiene competencia para regular la materia abordada y, al hacerlo, invadió la esfera de atribuciones de otros órdenes de gobierno (139).

Hasta aquí, como puede verse, se trataba de un conflicto trabado entre dos normas locales: la Ordenanza 1660 de la Municipalidad de Arroyito y la ley 8350 de la Provincia de Córdoba; el conflicto, además, había sido resuelto por la máxima autoridad judicial del estado provincial. Todo ello permitía suponer, que no era procedente el recurso extraordinario federal planteado por el municipio pues, tal como señaló, a mi juicio correctamente, el dictamen de la Procuración General (140), (a) no mediaba resolución contraria al derecho federal en los términos exigidos por el art. 14, inc. 2º, de la ley 48 y (b) lo atinente a la declaración de inconstitucionalidad de normas locales no constituye cuestión federal apta para sustentar el recurso extraordinario, ya que no existe resolución favorable a la validez de la norma local cuestionada (141).

Sin embargo, dispuesta a henchir las velas de la autonomía municipal, la Corte Suprema declaró procedente el recurso extraordinario (142) y revocó la sentencia del Superior Tribunal de Córdoba.

A tal fin, si bien reconoce que “En cuanto a los ‘alcances’ de cada contenido autonómico, ellos deben reflejar la heterogeneidad ínsita en todo

(139) Ver apart. d) y j) del consid. 3º de la sentencia de la Corte Suprema.

(140) Dictamen de fecha 12/04/2019.

(141) El dictamen cita varios precedentes de la Corte Suprema en ese sentido.

(142) En opinión de la Corte “[...] el examen de la controversia exige la interpretación de normas de [naturaleza federal] (arts. 5º, 123 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional) y la decisión apelada ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14 de la ley 48)”, consid. 6º.

régimen federal y por tanto ser fijados por cada provincia” (143), ello no le impide —como tribunal federal— calar hondo en la interpretación del régimen municipal establecido por la Constitución de Córdoba (144), concluyendo en que “los constituyentes provinciales atribuyeron además la posibilidad a los municipios del ejercicio de cualquier función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado (art. 186, inc. 14)” (145). Sostiene entonces, en una declarada profesión de fe por la democracia directa, contraria al principio representativo de gobierno, que “[...] en las ciudades demográficamente grandes, la creciente despersonalización de las relaciones humanas las aleja del tipo asociativo “comunitario” y las acerca al tipo asociativo “societario”. Pero en los municipios demográficamente pequeños, con más razón si tienen una tradición históricamente consolidada —como es el caso de Arroyito en la Provincia de Córdoba—, las relaciones de vecindad son intensas, constituyendo ejemplos de una convivencia social en la que prevalece el tipo asociativo ‘comunitario’” (146). De tal modo, “[l]as peculiares características del municipio de Arroyito y la gimnasia participativa de sus vecinos permitieron elaborar los antecedentes que culminaron en la sanción de la Ordenanza en estudio, que dan cabal testimonio de la existencia de acuerdos sociales horizontales de idéntico contenido al de la norma adoptada, promovidos y facilitados por las autoridades locales [...] El hecho de que se hayan producido no una sino dos asambleas públicas, separadas por diez años en el tiempo pero concordantes en el resultado, supone la permanencia de los valores socialmente compartidos por la comunidad vecinal en la materia debatida” (147). Por todo ello, “sostener que la regulación adoptada por la Ordenanza en estudio, en cuanto tiene como objeto proteger un estilo de vida comunitario asumido por los vecinos y decidido por un amplio consenso, resulta ajena a las facultades del municipio por afectar el comercio, es irrazonable” (148). Munida de estos argumentos, la Corte Suprema, como tribunal federal, corrige al Superior Tribunal provincial, en lo que este había interpretado de su propio derecho local, y dice: “[...] al resolver como lo hizo, la Corte provincial ha perdido de vista que, más allá de la normativa laboral precedentemente reseñada, que consagra como regla general la prohibición de que los trabajadores presten servicios los días

(143) Consid. 7º, párr. tercero.

(144) Ver todo el consid. 9º.

(145) Consid. 9º, párr. séptimo.

(146) Consid. 10, párr. tercero.

(147) Consid. 11, segundo y tercer párr.

(148) Consid. 12, segundo párr.

domingo pero permite establecer excepciones a esa regla, la imposición de un descanso dominical también puede provenir de las disposiciones locales dictadas en ejercicio del poder de policía que regulan los días y horarios de apertura y cierre de los comercios” (149).

No es mi propósito analizar aquí, si la ordenanza de la Municipalidad de Arroyito era constitucional o inconstitucional bajo lo dispuesto en el derecho público de Córdoba. Quiero destacar, en cambio, tal como lo reconoce la propia Corte Suprema, que se trataba de un caso donde debía resolverse una cuestión de estricto poder de policía municipal, conforme su regulación en la Constitución provincial (150). Me pregunto entonces si la Corte Suprema, como máximo tribunal federal, es competente para corregir al Superior Tribunal local, en una materia tan local como esta, especialmente si, para ello, se apoya en el valor democrático de las “asambleas públicas”, pues no olvidemos que “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes” (art. 22 CN) (151).

Es indudable, que decisiones de la Corte Suprema como esta, no favorecen al régimen federal. En primer lugar, porque con ellas, desde lo alto del estrado nacional, la Corte se erige en árbitro de cuestiones típicamente locales, que solo corresponde decidir a los tribunales provinciales. Hace muchos años —casi un siglo— en un artículo periodístico, González Calderón dijo que, al declarar la inconstitucionalidad de una ley local, la Corte ejercía una suerte de “intervención judicial” (152). Esta expresión, que parece exagerada, ya que nada tiene que ver el recurso extraordinario con la intervención política del artículo 6, generó una airada crítica de Bielsa (153). Sin embargo, “intervenciones” de la Corte Suprema como la del caso “Shi”, hacen repensar si González Calderón tenía algo de razón.

(149) Consid. 15º, primer párr.

(150) “La Ordenanza 1660, al regular la apertura y cierre de negocios dentro del ámbito de la Municipalidad de Arroyito ha sido dictada por el municipio en ejercicio del poder de policía que le reconoce la Constitución de la Provincia de Córdoba”, considerando 15º, segundo párrafo.

(151) Muy diferente era el caso *Municipalidad de San Luis c/ Provincia de San Luis*, Fallos 330:3126 (2007), donde el Intendente de la Ciudad de San Luis demandó a la Provincia con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de una serie de leyes provinciales —y de todos los actos dictados en su consecuencia— que, a su juicio, perturbaban el proceso electoral municipal. En este caso, además de corresponder la competencia originaria, la materia tenía una típica raíz federal.

(152) GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., “La intervención judicial de la Corte Suprema en las provincias”, *La Prensa*, 04/10/1927.

(153) BIELSA, Rafael, “La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema”, *Depalma*, Buenos Aires, 1958, 2ª ed., p. 133.

En segundo lugar, es evidente que la autonomía de los municipios compite ahora, en un pie de igualdad, cada vez mayor, con la de las provincias. A la antigua contienda de las provincias con el gobierno federal, por lograr el respeto de su autonomía, se le suma ahora, en el otro extremo, la que aquellas empiezan a tener con sus propios municipios. Se sigue de ello que, cada porción que se le agrega a la autonomía municipal, es uno que pierde, proporcionalmente, la de las provincias. Esta es una ecuación inevitable. Debemos preguntarnos, entonces, si este fraccionamiento cada vez mayor del sistema federal, lo beneficia o lo perjudica. Esta es una pregunta que no tiene respuestas todavía. Es claro, sin embargo, que esta distribución de la autonomía “hacia adentro” de las provincias, es una cuestión que cada una de ellas debe llevar a cabo con la menor intervención posible del gobierno federal, pues se trata de un asunto donde prima, y debe primar, el derecho local.

En síntesis, creo que debemos distinguir el régimen municipal del régimen federal, pues uno es el todo y el otro es una de sus partes. No me parece, entonces, que el fortalecimiento del régimen municipal, fortalezca directa y necesariamente al sistema federal como tal, si dicho incremento se obtiene restando poderes o competencias a las provincias.

V.6. La Corte Suprema, cada tanto, tiene que matar a sus propias criaturas

Siempre digo que la Corte Suprema tiene dos condiciones propias de la Divinidad. Por un lado, es infalible, pues nadie la corrige (154), por el otro, es un ser casi atemporal. Su actividad está libre de la cárcel del tiempo, no está sujeta a ningún plazo procesal, puede fallar cuando quiere y, de hecho, así ocurre en la mayoría de los casos. A estas dos condiciones, se le puede agregar una tercera, que la asemeja al dios *Cronos* de la mitología griega (*Saturno*, para los romanos). Hijo de *Urano*, *Cronos* había destronado a su padre y, para evitar que sus propios hijos hicieran lo mismo con él, los devoraba. A la Corte Suprema, cada tanto, le sucede algo similar; fabrica una criatura a la que luego debe limitar, pues esta cobra tanta vitalidad e independencia, que atenta contra su propia creadora, abrumándola de trabajo.

(154) Robert H. Jackson, exjefe de la Corte de los Estados Unidos, decía “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final” (No somos [los jueces] finales porque seamos infalibles, somos infalibles porque somos los finales), *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

Así sucedió con la acción de amparo, dada a luz en *Ángel Siri* (155). Esta joven criatura, que había sido abortada en varios casos anteriores (156), comenzó a crecer vigorosa, amenazando con apoderarse de un escenario procesal que reclamaba su presencia desde hacía mucho tiempo. Las limitaciones para el amparo no tardaron en llegar y están ya insinuadas en *Samuel Kot S.R.L.* (157), donde si bien la Corte volvió a dar muestras de su interés por la protección efectiva de las libertades constitucionales, a las que ya menciona como “derechos humanos” (158), hizo dos advertencias, abriendo con ellas dos pequeños surcos que, concienzudamente profundizados en fallos posteriores, produjeron —a largo plazo— la escasa eficacia del amparo. En primer lugar, señaló que la ilegitimidad de la restricción generadora del amparo debe aparecer clara y manifiesta y que la remisión del caso a los procedimientos ordinarios debe producir un daño irreparable (159). Luego agregó que “... en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia ... a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios” (160).

Nadie podía anticipar en ese momento, dentro del júbilo republicano producido por la sentencia (161), que, en 1966, la ley 16.986 aprovecharía adecuadamente estas advertencias, luego recopiladas por decisiones posteriores, para limitar profundamente los alcances del amparo, pero lo cierto es que desde un primer momento se hizo aplicación de ellas abundantemente. Diez meses después, en julio de 1959, la Corte ya estaba profundizando las advertencias asentadas en *Kot*. Fue en *Cooperativa del Personal de Y.P.F.* (162) donde, en un brevísimo fallo, se aludió al “[...] remedio excepcional del amparo, reservado para casos de actuación ilegal

(155) Fallos 239:459 (1957).

(156) Manuel González Maseda, Fallos 155:356 (1929); Bertotto c/ Jefe de Correos y Telégrafos de la Ciudad de Rosario, Fallos 168:15 (1932); Alfredo Malvar, Fallos 169:103 (1933); Ricardo A. Hinze, Fallos 183:44 (1939); José San Miguel, Fallos 216:606 (1950) y Amadeo Allocatti, Fallos 216:622 (1950), entre otros.

(157) Fallos 241:291 (1958).

(158) Fallos 241 en p. 299.

(159) Fallos 241, en p. 302.

(160) *Ibidem*.

(161) En palabras de Carlos M. Bidegain, luego de los casos Siri y Kot, “... la Constitución ha empezado a vivir en la mente y en el corazón de muchos hombres que no la conocían o no creían en ella ...” *La Prensa*, 7 de junio de 1959, citado por ORGAZ, Alfredo, “El Recurso de Amparo”, Depalma, Buenos Aires, 1961, ps. 11-12.

(162) Fallos 244:179 (1959).

manifiesta y, en principio, sin remedio previsto por el legislador” (163). La suerte del amparo ya estaba echada. Tal como tempranamente lo advirtió Carrió, “La llave maestra consiste en decidir si existe o no remedio legal adecuado. Porque basta que lo haya, o que el juez considere que existe, para que la nueva vía de carácter excepcional, quede automáticamente cerrada” (164). Una nueva limitación a la acción de amparo tuvo lugar cuando la Corte le negó aptitud procesal para cobijar un planteo de inconstitucionalidad. Este criterio tuvo origen en *Aserradero Clipper S.R.L.* (165) y fue reiterado luego en casos posteriores (166). La Ley 16.986 luego recopilaría todas estas limitaciones.

Una experiencia similar ha tenido la acción declarativa de inconstitucionalidad. Nacida sin otro apoyo normativo que el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (167), la Corte comenzó a darle alas en un momento que no resulta muy preciso, pero tiene como claro antecedente el caso *Gomer S.A. c/ Provincia de Córdoba* (168), donde se admitió, por primera vez, el ejercicio del control de constitucionalidad dentro de la acción declarativa de certeza. El primer caso en el cual la acción declarativa de inconstitucionalidad se advierte nítidamente, como acción independiente, es *Estado Nacional c/ Provincia de Santiago del Estero* (169), donde se requirió y se obtuvo, la declaración de inconstitucionalidad de la ley 5379 de Santiago del Estero por ser contraria a la ley nacional 23.056. El caso siguiente es *Colegio San Lucas S.R.L. c/ Gobierno Nacional* (170), donde se declaró formalmente admisible una acción de inconstitucionalidad dirigida en contra de la ley 18.037. La doctrina de “Gomer” fue luego repetida en *Cugliari c/ Provincia de Salta* (171), donde se admitió el cambio de *nomen iuris* en un amparo en el cual se planteaba una inconstitucionalidad, para transformarlo en un proceso sumario, conforme la doctrina del ya citado caso de Santiago del Estero.

(163) Fallos 244 en p. 180.

(164) CARRIÓ, Genaro, “Algunos Aspectos del Recurso de Amparo”, Abeledo Perrot (colección Monografías Jurídicas), Buenos Aires, 1960, ps. 19-20.

(165) Fallos 249:221 (1961).

(166) Conrado T. Traverso, Fallos 249:449 (1961); Sindicato Obrero de la Industria del Vestido y Afines, Fallos 249:569 (1961); Enrique Juan Oyuela, Fallos 252:167 (1962); Antonio M. Ruiz, Fallos 256:386 (1963); Spinofer S.A., Fallos 258:227 (1964); Carlos Trincherro, Fallos 262:181 (1965); Luis E. Leguiza, Fallos 264:37 (1966), etc.

(167) Este artículo, en realidad, contempla a la acción declarativa de certeza.

(168) Fallos 310:142 (1987).

(169) Fallos 310:2812 (1987).

(170) Fallos 311:421 (1988).

(171) Fallos 311:810 (1988).

En *La Plata Remolques S.A. c/ Provincia de Buenos Aires* (172), se reconoció la viabilidad formal de una acción declarativa en la cual se requería la inconstitucionalidad del artículo 118 del Código Fiscal de Buenos Aires; y en *Conarpesa S.A. c/ Provincia del Chubut* (173), fue nuevamente repetida la doctrina de “Gomer”. Asimismo, fue admitido un planteamiento de inconstitucionalidad por vía de incidente formado en el curso de una querrela penal. La idea era novedosa pues normalmente el planteo de constitucionalidad tramita con los autos principales. La Corte admitió procesalmente la incidencia a título de acción meramente declarativa con invocación de la jurisprudencia citada más arriba (174). A partir de estos antecedentes la acción declarativa de inconstitucionalidad cobró una importancia inusitada en el mundo del derecho procesal constitucional, es hoy día una de las principales fuentes de la competencia originaria de la Corte cuando se cuestiona la constitucionalidad de una ley provincial y existen obras de doctrina que se ocupan de ella específicamente (175).

Este creciente desarrollo de la acción declarativa de inconstitucionalidad alertó a la Corte y nació, entonces, como limitación, el requisito del llamado “acto en ciernes”, según el cual la acción declarativa no puede plantearse hasta tanto la demandada no tenga, “en ciernes”, la emisión de un acto que ponga en evidencia la aplicación de la ley. Así, antes de que exista un “acto en ciernes”, que evidencia la inminencia de la aplicación de la ley, la acción declarativa de inconstitucionalidad no es procedente. No es suficiente, entonces, el mero dictado de la ley, pese a que esta sea claramente aplicable al actor. Se exige, como requisito necesario, que la

(172) Fallos 311:1835 (1988).

(173) Fallos 312:1003 (1989).

(174) Roberto Colombo Murúa, Fallos 310:2342, 2372 (1987). Se trataba de una denuncia penal efectuada por dos vecinos ribereños de los ríos Tigre y Reconquista efectuada en contra de los presuntos contaminantes de tales cursos de agua. Paralelamente, los denunciantes plantearon la inconstitucionalidad del Decreto 2125/78, que estableció el régimen de cuotas de resarcimiento por contaminación, en el entendimiento que el mismo violaba disposiciones de la ley 13.775, que obliga a OSN a controlar la actividad de quienes arrojan efluentes tóxicos en los ríos imponiendo sanciones a los establecimientos. Los denunciantes entendían que el decreto era inconstitucional en la medida que permitía a dichos establecimientos pagar una simple suma de dinero y evitar la aplicación de sanciones que podían llegar hasta la clausura. Véase el comentario de Germán J. Bidart Campos en *El Derecho* 127-109.

(175) Entre otras, menciono LAPLACETTE, Carlos José, “Acciones Declarativas de Inconstitucionalidad. En el Poder Judicial de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, La Ley, Buenos Aires, 2020.

demandada haya insinuado, bajo alguna forma indubitable y concreta, que se dispone a aplicar la ley (176).

Por cierto, este requisito se justifica por la necesidad de que la pretensión declarativa constituya un verdadero “caso judicial” y no una mera consulta a los jueces. Debe existir, por lo tanto, una cierta actividad por parte de la demandada que ofrezca evidencia concreta de que, en un futuro cierto y próximo, se planteará una controversia, que todavía está “en ciernes”. Sin embargo, según la discrecionalidad y rigidez con que se lo emplee, este requisito puede ocasionar la inutilidad completa de la acción declarativa de inconstitucionalidad, pues si la ventana de tiempo que media entre el dictado del “acto en ciernes” y el acto que hace efectiva la aplicación de la ley es muy limitada, la acción declarativa tendrá un margen muy estrecho para ser planteada. Dicho de otro modo, si la acción declarativa no procede antes del acto en ciernes, pero tampoco procede luego de emitido el acto de aplicación de la ley y producidos sus efectos, el espacio que queda entre ambos es el único momento en que la acción declarativa puede ser viable. Antes del acto en ciernes no hay caso judicial y después de producidos los efectos del acto, la acción declarativa no es procedente, pues el artículo 322, Cód. Proc. Civ. y Com, exige que no haya “otro medio legal para ponerle término inmediatamente” y, dictado el acto, ese medio ya no es un proceso meramente declarativo.

En síntesis, la acción declarativa de inconstitucionalidad está sometida al cumplimiento de un requisito que, si bien en la teoría jurídica es razonable, se ha convertido en la llave que abre o cierra la admisibilidad de la acción, pero uso rígido o antifuncional, puede inutilizarla por completo.

Con el aforo de la ciudad de Buenos Aires en la competencia originaria de la Corte y la intervención de esta en los conflictos de competencia entre las provincias y sus municipios, podría suceder lo mismo. Ya hemos visto, en relación con lo primero, que este aforo parece haber sido acordado en forma plena. No se trata simplemente de generar una jurisdicción imparcial e independiente en los conflictos entre las provincias y la ciudad de Buenos Aires. La “*ciudad constitucional federada*”, luego del *dictum* en “GCBA c/ Provincia de Córdoba”, hecho *holding* en “GCBA c/ Estado Nacional”, se ha convertido en un sujeto pleno del artículo 117. En relación

(176) Transportes Unidos del Sud S.R.L. c/ Provincia de Córdoba, Fallos 343:2039 (2020); Echegaray c/ Carrió, Fallos 343:560 (2020); Cristina Fernández de Kirchner, Fallos 343:195 (2020); Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Provincia de Tucumán, Fallos 342-971 (2019); Barrick Exploraciones Argentinas S.A. c/ Estado Nacional, Fallos 342:917 (2019); y Festival de Doma y Folklore c/ Estado Nacional, Fallos 341:101 (2018), son algunos de los casos más recientes.

con lo segundo, aunque no exista, estrictamente, una decisión contraria al derecho federal, la Corte abre igualmente el recurso extraordinario en el marco de una contienda regida por el derecho local.

Todo esto tiene, naturalmente, consecuencias inevitables. Una de ellas, es que las leyes y normas reglamentarias que dicte el GCBA, podrán ser impugnadas directamente ante la Corte Suprema, como tribunal de única y exclusiva instancia, como ocurre con las provincias. Si tenemos en cuenta la dimensión poblacional de la ciudad de Buenos Aires y el hecho de que no se exige distinta vecindad en los casos de competencia originaria donde se discute exclusivamente una cuestión federal, el impacto que esto puede llegar a producir en la carga de tarea de la Corte es importante (177). Es imaginable también que, si la Corte decide abrir el recurso extraordinario cada vez que un municipio, en un litigio con su provincia, alega la violación de su régimen municipal, la cantidad de casos en los cuales la Corte intervendrá es muy elevada (178).

Dado este escenario, ¿se convertirá la Corte Suprema en el dios *Cronos* de estas criaturas? No lo sabemos todavía, pero la historia del Tribunal permite suponer que lo hará, si no quiere ser desbordada por sus propias creaciones.

V.7. *El fin y sus medios*

Quiero retomar, por último, una cuestión que ya mencioné anteriormente. En los casos “Corrales-Nisman-Bazán”, la Corte hizo sentir su fuerte crítica por la falta de conclusión del proceso de traspaso de los jueces nacionales al Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires. Luego, en “GCBA c/ Provincia de Córdoba”, quejándose nuevamente de esta demora, pretendió reparar o compensar esta omisión, otorgándole a la ciudad de Buenos Aires aforo en la competencia originaria. En otros términos, para compensar el perjuicio institucional que sufre la ciudad de Buenos Aires por no habersele permitido completar aún su Poder Judicial, se emplea,

(177) Conforme sostiene la Corte en forma reiterada, para que proceda la competencia originaria establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/1958, en un juicio en que una provincia es parte, resulta necesario examinar la materia sobre la que este versa, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en cuyo último caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria. Asociación Mutual Sancor, Fallos 344:373 (2021); Álvarez c/ Provincia de La Rioja, Fallos 343:1319 (2020); Rodríguez c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos 343:283 (2020).

(178) Como dato, vale tener en cuenta que, en Córdoba, provincia donde tuvo lugar el conflicto con la municipalidad de Arroyito, existen actualmente 260 municipios. Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/cordoba/municipios>

como medio de reparo, el otorgamiento del aforo en el artículo 117, enviando a toda la sociedad el mensaje de que, ante los ojos de la Corte, las provincias y la “ciudad constitucional federada”, son equivalentes.

La solución es extraña, e incorrecta, por dos motivos. En primer lugar, porque, siguiendo la doctrina tradicional de la propia Corte sobre el principio de razonabilidad, una decisión es razonable cuando existe una proporción adecuada entre el fin perseguido y los medios empleados para ello. De acuerdo con una línea jurisprudencial extensa y consolidada, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (179). No se comprende, entonces, cómo el aforo en la competencia originaria va a producir o acelerar el traslado de los jueces nacionales a la ciudad de Buenos Aires. En todo caso, la Corte ha querido “compensar”, de algún modo, el déficit judicial de la Ciudad, dándole ese especial aforo. En segundo lugar, porque, al otorgarle un lugar en su jurisdicción originaria, no mejora su autonomía, sino que, por el contrario, la limita, tal como ocurre con las provincias.

VI. Conclusiones

Aforar a la ciudad de Buenos Aires en la competencia originaria de la Corte suprema es, en mi opinión, un error pues (a) lejos de favorecer su autonomía, la limita; (b) no es un medio adecuado para lograr el fin perseguido, es decir, el traslado de los jueces nacionales al Poder Judicial de la Ciudad; y (c) es el fruto de una interpretación forzada del artículo 117 CN que (i) está orientado en la dirección opuesta a la limitación de la competencia originaria que la Corte ha tenido tradicionalmente y (ii) generará en la Corte Suprema una sobrecarga de trabajo, que algún día se verá obligada a limitar. ♦

(179) Menciono el caso Lee c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 Provincia de Formosa, Fallos 343:1704 (2020), uno de los casos más recientes de una larga jurisprudencia que nace allá en Avico c/ De la Pesa Fallos 172:21 (1934) y fue luego más desarrollada en Pedro Inchauspe Hnos. c/ Junta Nacional de Carnes, Fallos 199:483 (1944).

LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SU ACTUALIDAD. NUEVAS TENDENCIAS Y DESAFÍOS

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

I. Preliminares. Propósito de esta comunicación (**)

Sergio García Ramírez, en mi opinión, uno de los jueces que más ha contribuido al afianzamiento del sistema interamericano de Derechos Humanos afirma:

“La conducta ilícita genera una lesión jurídica que es preciso reparar con justicia, oportunidad y suficiencia. Esta es la prueba de fuego para un sistema tutelar de bienes. Si no provee reparaciones adecuadas, declinará la solución jurídica, demolida por la impunidad o suplantada por la violencia” (1).

Este magnífico párrafo sintetiza, por un lado, los caracteres exigidos al sistema jurídico para responder al daño antijurídico ya acaecido: Reparar, restituir, indemnizar, de modo sustancialmente justo, temporalmente oportuno y materialmente suficiente.

En efecto, la indemnización no debe generar enriquecimientos injustos, la persona damnificada no debe ser sometida a dilaciones indebidas que normalmente implican aumentar el daño, y la reparación debe ser sufi-

(*) Académica titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 24 de junio de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos”, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/9.pdf>

cientemente plena para volver a la situación anterior, en tanto esa vuelta sea posible.

Si estas tres características (justa, oportuna, suficiente) se verifican, entonces, el sistema jurídico pasa su gran prueba de fuego.

Si no pasa esa prueba, la consecuencia es grave, pues la confianza en el sistema jurídico declina y el damnificado es empujado a recurrir a vías violentas.

Declina todo el sistema jurídico, pues la reparación justa, oportuna y suficiente es un principio de “todas las ramas del derecho” (2) y, obviamente, también de los Derechos Humanos. El art. 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: “toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño implica el deber de repararlo adecuadamente”. Se recoge, así, una norma consuetudinaria y un principio fundamental del derecho internacional contemporáneo, “una concepción general del Derecho que completa la obligación primaria del Estado de hacer respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, prevista en el art. 1 de la CADH” (3).

Ahora bien, para salvar el sistema jurídico, ¿es necesario que todo daño sea reparado con justicia, oportunidad y suficiencia?

Así pareció entenderlo el jurista Tarride cuando se realizaban los trabajos preparatorios del Código Civil francés, obra que tanta influencia tuvo en la historia del derecho civil occidental; en esa ocasión dijo: “La ley cuida a los ciudadanos: quien sufre un daño *siempre* encontrará uno que repare”. Sin embargo, como es sabido, el artículo 1382 (4) de ese Código no consagró una solución tan amplia y generosa para las víctimas; no mandó indemnizar cualquier daño sufrido sino solo los culposamente causados, siguiendo las enseñanzas de Pothier (5).

(2) SPIGNO, Irene, “La vocación transformadora de la reparación del daño con perspectiva de género. Breves reflexiones sobre la jurisprudencia interamericana en los casos contra México”, en AA.VV., Proteger y reparar. Aportes de la jurisdicción interamericana. Libro homenaje a Sergio García Ramírez, ed. Universidad Autónoma de Baja California, 2021, p. 71.

(3) Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 21/07/1989.

(4) El art. 1382 del CC francés disponía: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Después de sucesivas reformas, el artículo lleva actualmente el núm. 1240.

(5) Un importante sector de la doctrina pone en duda que este haya sido el sistema del Código Civil argentino en su redacción originaria (Ver BUERES, Alberto, “La culpa

Más cerca en el tiempo, una autora afirma: “En un mundo en el que el accidente se encuentra en cada esquina, en cada lugar de trabajo, en cada casa, en el que las libertades individuales, aunque solemnemente proclamadas son cotidianamente lesionadas, es necesario reparar, reglamentar y sancionar” (6). La función de reparar siempre ha sido trascendente para la responsabilidad civil; la de sancionar continúa siendo objeto de discusión; la de reglamentar está vinculada al proceso de “descodificación”, desde que el legislador ha encontrado ámbitos que cree necesario regular con normas específicas, como el derecho ambiental, el societario, etc.

De cualquier modo, la evolución de la responsabilidad civil ha sido fruto, especialmente, de la labor de los jueces y no del legislador: “El derecho de la responsabilidad civil está construido a partir de escasos preceptos legales; en gran medida, es un derecho judicial; son los jueces quienes, al desarrollar una labor permanente de interpretación recreadora, de mirada atenta a una realidad social cambiante, con su correlativa alteración de las mentalidades, han completado la ordenación legal con un complejo de reglas, fruto de la necesidad de resolver los conflictos multiformes con criterios que no fluyen con sencillez de previsiones legales extremadamente sincopadas” (7). “El derecho de daños es fundamentalmente jurisprudencial, *case-law*. Y lo es, porque las disposiciones más importantes sobre la materia del derecho legislado son principios o estándares, no reglas. Su concreción y desarrollo se dejan a la jurisprudencia y esta ha venido decidiendo constelaciones de casos que, muy aproximadamente, van delimitando poco a poco grupos de supuestos análogos de responsabilidad civil. Pero, a diferencia de las auténticas *constelaciones* que están fijadas en el firmamento, los grupos de supuestos van cambiando con el paso del tiempo y las circunstancias” (8).

Reflexiones semejantes surgen de las páginas de Francesco Galgano (9), uno de los maestros más respetados del derecho italiano: así como

como norma de clausura, ¿es un postulado verdadero?”, LA LEY, 2010-E, 1220).

(6) CARVAL, Suzanne, “La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée”, LGDJ, Paris, 1995, nº 20 p. 21.

(7) MEDINA ALCOZ, Ana María, “La función de la responsabilidad civil extracontractual”, en Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación 2002/2004, p. 490.

(8) SALVADOR CODERCH, Pablo y otros, “El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños Análisis, aplicación”, InDret, 2013.

(9) GALGANO, Francesco, “I fatti illeciti”, Cedam, Padova, 2008, Prólogo, p. IX.

antes se decía que basta la reforma de la ley para convertir en inútil una biblioteca (10), hoy puede afirmarse que tal inutilidad puede provenir del cambio de jurisprudencia; pese a que los diecisiete artículos que el código civil de 1948 dedica a la responsabilidad extracontractual permanecen inalterados, los cambios en la materia son enormes.

En definitiva, como lo expresaba Gény hace más de un siglo, “por obra de los jueces, la teoría de la responsabilidad es la que mayores cambios ha producido en el campo del derecho civil” (11).

De cualquier modo, la creación jurisprudencial permanente no siempre resulta pacíficamente aceptada. En España, Diez Picazo puntualiza: “El derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños se encuentra en un punto muy sensible de indefinición, pues convergen las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas de su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción; el deseo de favorecer al máximo la viabilidad de las indemnizaciones ha puesto en cierta crisis el sistema legislativo” (12).

Ahora bien, de algún modo, el Código Civil y Comercial (de ahora en adelante CCyC), vigente desde el 1 de agosto de 2015, intentó ordenar las tendencias jurisprudenciales vigentes a la época de su sanción y, a tal fin, produjo algunos cambios importantes; en algo más de setenta artículos (arts. 1708/1780) reguló un régimen armonizado de la responsabilidad contractual y extracontractual; incorporó en forma expresa la función preventiva del daño (art. 1710/1713) (13); puso al día el requisi-

(10) La frase se inspira en la corrosiva expresión de Von Kirchmann, Julius H., en su obra *La jurisprudencia no es ciencia*, escrita en 1847 traducida por Antonio Truyol y Serra, editada en Madrid por el Instituto de Estudios Políticos en 1949.

(11) GÉNY, François, “Risques et responsabilité”, en *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1902-1-812.

(12) DIEZ PICAZO, José Luis, “Derecho de Daños”, Civitas, Madrid, 1999, p. 19.

(13) Me remito a los trabajos de mi autoría, *La función preventiva de la responsabilidad en el código civil y comercial de la nación*, en PEYRANO, Jorge (director), “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 357; “El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código civil y comercial argentino: prevención, precaución y represión. La obligación de minimizar el daño”, en RCyS, Núm. especial, III Jornadas Franco-Argentinas de Derecho, *El nuevo derecho de los contratos y de la responsabilidad civil en la Argentina y en Francia*, La Ley, Buenos Aires, 2019, ps. 164/183.

to de la antijuridicidad, pasando de la antijuridicidad formal a la sustancial (14) y, especialmente, dejó en claro que el derecho de daños debe ser aplicado e interpretado conforme el bloque de constitucionalidad (art. 1 y 2 CCyC).

El objetivo de esta comunicación se reduce a verificar las tendencias del llamado “derecho vivo de los tribunales”, desde la vigencia del nuevo ordenamiento, relativas al derecho de daños en su relación con el proceso de constitucionalización del derecho privado. Con ese propósito, reseño algunas sentencias recientes, especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre algunos temas relevantes del derecho de daños vinculados a la visión constitucional. En algunos supuestos, encuentro apoyo en decisiones de los tribunales regionales de Derechos Humanos. Se refieren, concretamente, al derecho a la libre expresión; a un juicio sin dilaciones indebidas y a las inmunidades parlamentarias. Seguramente, mis opciones sobre la relevancia de los temas y las decisiones elegidas no serán compartidas por todos, pero creo que todas presentan especial interés.

II. El derecho a la libre expresión

He elegido sentencias que versan sobre tres cuestiones muy específicas: (a) daños causados por la expresión satírica; (b) daños causados por el discurso de odio; y (c) daños sufridos con ocasión de una actividad realizada como manifestación del derecho a la libre expresión.

Los dos primeros temas parecen tener algunos vasos comunicantes (15). Así, quienes pretenden censurar formas de expresión satírica ofensivas para creyentes, las equiparan al discurso del odio. El planteo, como regla, es equivocado. Cabe distinguir entre la fe y el símbolo mediante el cual se expresa. La primera debe tener un carácter amplio; el segundo es limitado y condicionado. La primera se manifiesta en la libertad de poseer ideales religiosos y seguir una determinada moral, siempre que no se atente contra deberes legales y libertades de otras personas. El segundo es la caracterización de esa fe (16).

(14) De mi autoría, “La antijuridicidad. Un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires*, Año LXII, Segunda época, Nº 55, 2017.

(15) Compulsar FUCCILLO, Antonio, “Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell’esperienza giuridica”, Giappichelli, Torino, 2019, 3ª ed., p. 269/273.

(16) CAMPOS ZAMORA, Francisco J., ¿”Existe un derecho a blasfemar? Sobre libertad de expresión y discurso del odio”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*,

La distinción permitiría evitar la intolerancia violenta. Así, en agosto de 2021, el mundo recibió conmocionado la noticia de que las fuerzas talibanas detuvieron al principal referente del humor político afgano; lo fusilaron, le cortaron la cabeza y la pasearon por la ciudad. El hombre se llamaba Khasha Zwan (17). ¿Quién puede justificar tamaña barbarie invocando la defensa de la fe religiosa?

Otras situaciones no llegan a esos extremos, pero prenden una luz amarilla sobre el derecho a la libertad de expresión. En junio de 2019, el *New York Times* eligió dejar de publicar caricaturas políticas en su edición internacional luego de una acusación de antisemitismo. El problema se desató por una viñeta en la que aparecía el primer ministro israelí como un perro lazarillo que conduce a un Donald Trump ciego y con *kipá*, lo que generó un aluvión de críticas (18).

II.1. La sátira y el derecho a la libre expresión

La doctrina ha escrito estupendas páginas sobre este antiguo género que implica romper con las leyes de la lógica o generar una colisión entre ellas de modo de suscitar hilaridad en el público (19). Insisto que entro en ese terreno solo para comentar sentencias recientes.

a) Un caso de características singulares fue resuelto por la Corte Suprema (20).

41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 281-295.

(17) <https://www.identidadcorrentina.com.ar/index.php/opinion/43721-humor-politico-el-gobierno-mas-hermoso-del-mundo>.

(18) DEL CAMPO, Agustina - ROKO, Paula, "Del cómic a los memes: viejas y nuevas problemáticas en torno al humor y la libertad de expresión", en DEL CAMPO, Agustina (Compiladora) Internet y derechos humanos III. Aportes para la discusión en América Latina, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2019, p. 31.

(19) Entre muchos, BALESTRA Luigi, "La satira come forma di manifestazione del pensiero. Fondamento e limiti", Giuffrè, Milano, 1998.

(20) CS, "P. de M., M. C. c. Gente Grossa SRL s/ daños y perjuicios", 22/12/2020, TR LALEY AR/JUR/67432/2020, con nota de FLORES, Oscar, "Tutela constitucional del humor, la parodia y el fotomontaje satírico", TR LALEY AR/DOC/380/2021. La sentencia también fue comentada por CALANDRINO, Guillermo A, La libertad de expresión frente al derecho a la intimidad. Postura fijada por el Alto Tribunal en la causa "Pando", publicado el 15/03/2021; DIAZ SOLIMINE, Ignacio - FERNÁNDEZ MENDÍA, Valentín, "Una línea muy difícil de trazar. Breves comentarios al caso "P. de M. c/ Gente Grossa S.R.L.", ED t. 293,; LOSADA, Luis Gustavo, "La sátira y la libertad de expresión. El fallo 'P. de M., M. C. c. Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios'", TR LALEY AR/JUR/67432/2020.

Una persona conocida por el gran público por su activa participación política a favor de los gobiernos militares promovió demanda de amparo contra la revista *Barcelona* o Editorial Gente Grossa SRL. Se quejaba del montaje periodístico que ocupó la contratapa de la edición de 13-8-2010, que simulaba ser la tapa de una inexistente revista denominada “S/M Soy Milico”. Consistía en una fotografía del rostro de la actora pegada a la de un cuerpo femenino desnudo envuelto en una red, acompañada de este texto: “¡Para matarla! soltá el genocida que llevás dentro”, “Apropiate de esta bebotá”, “Las chicas quieren guerra antisubversiva”, “Las defensoras de presos políticos más *hot* de Plaza San Martín te piden por favor que los sueltes”, “Cadenas, humillación y golpes (de Estado)”, “Ceci Pando se encadena para vos”.

El juez de primera instancia rechazó la demanda. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala D revocó la decisión, ordenó retirar los ejemplares cuestionados en forma inmediata y prohibió su distribución futura. Finalmente, ante el allanamiento de la demandada al cumplimiento de la medida dispuesta y el cese de la comercialización de la revista, se declaró inoficioso un pronunciamiento sobre la acción de amparo, resolución que quedó firme.

Debido a que una gran cantidad de ejemplares habían sido vendidos antes y después de la medida cautelar, la persona vencedora en el amparo promovió demanda con el objeto de que se le indemnizaran los daños sufridos.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a la Editorial que publica la revista *Barcelona* a indemnizar los perjuicios causados por la difusión de la esa publicación, que consideró lesiva de los derechos a la imagen y al honor de la actora. El tribunal afirmó que, aun cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Cancela, Omar Jesús” (Fallos: 321:2637) había destacado el rol de la prensa satírica y humorística en las sociedades democráticas y que su tutela constitucional “no se pierde por su animosidad, acritud o injusticia, sino tan solo por la presencia de un criterio (*sic*) sin justificativo (ver especialmente votos en minoría de los Dres. Petracchi, Belluscio y Bossert)”, hizo lugar a la demanda; el hecho antijurídico consistió en haber parodiado la figura de la actora mediante una imagen modificada junto con títulos que excedían los límites propios de la prensa, afectando sus derechos a la dignidad, al honor y a la imagen. El factor de atribución se verificó en la negligencia puesta de manifiesto por la demandada. La vencida recurrió. Argumentó que la contratapa del ejemplar cuestionado fue utilizada para efectuar una crítica en forma de sátira acerca de la actividad política de la actora, expresión que se encuentra

amparada por el ejercicio constitucional del derecho a la libertad de expresión.

La Corte Suprema revocó la condena. Razonó del siguiente modo:

- La actora tiene *activa intervención en el debate público* sobre los procesos judiciales y las políticas públicas respecto de los crímenes de lesa humanidad; es presidenta de la Asociación de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Argentina y, en ese carácter, es una figura representativa de esa postura política y de los intereses que defiende.

- La publicación que motivó el reclamo se encuentra vinculada a un *asunto de interés público*. Así como existe un especial interés respecto del desarrollo de los procesos judiciales y de las políticas públicas de justicia, verdad y memoria, idéntico efecto produce el debate, la discusión y el cuestionamiento que puedan suscitarse.

- La revista *Barcelona* constituye un medio gráfico de características satíricas en el que, al decir de sus fundadores y según puede colegirse de la simple observación de sus diferentes ejemplares, se cuestiona el tratamiento que los medios gráficos dan a la difusión de noticias y, en esas condiciones, intenta mostrar un mensaje crítico del poder. El estilo de la revista no se caracteriza por la difusión de noticias o publicaciones enmarcadas en un clima de neutralidad, sino que exhibe un periodismo de opinión crítico realizado con humor caricaturesco y satírico que no intenta reflejar la realidad tal cual se presenta —o se ha presentado—, sino falseando, modificando o desfigurando el escenario que analiza, de modo que las noticias e imágenes que se insertan en ese ámbito son habitual y notoriamente alteradas. La sátira como forma de discurso crítico se caracteriza por exagerar y deformar agudamente la realidad de modo burlesco. Indefectiblemente genera en quien lee la percepción de “algo” que no es verídico o exacto. El tono o forma socarrona, punzante, virulenta o agresiva que se utiliza para transmitirlo provoca en el receptor risa, sorpresa, estupor, rabia, agitación, bronca, pudiendo abordar bajo esa metodología temas de los más variados, religiosos, sociales, políticos, económicos, culturales.

- La jurisprudencia de la Corte norteamericana y del Tribunal Supremo de España protegen el discurso satírico dentro del derecho a la libre expresión.

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “[e]n la arena del debate sobre temas de alto interés público, no solo se prote-

ge la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población” (conf. CIDH, causa “Kimel, Eduardo G. c. República Argentina, sentencia del 2-5-2008, párrafo 88). El cariz desagradable, indignante o desmesurado de ciertas expresiones del debate público no podría despojarlas de protección constitucional sin incurrir en criterios que, en última instancia, dependerían de los subjetivos gustos o sensibilidades del tribunal de justicia llamado a ponderarlas. El solo motivo de que esas expresiones puedan resultar ingratas u ofensivas para las personas involucradas, tampoco podría sustraerlas, sin más, de esa protección constitucional. El criterio estará dado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriantes que carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan.

- “No se advierte que las expresiones configuren claros insultos discriminatorios que, de manera desvinculada de la crítica política que suponen, utilicen el perfil femenino como un modo de reafirmar estereotipos y/o roles de género que subordinan a las mujeres”.

- Teniendo en cuenta los parámetros reseñados (características que presenta la publicación, objeto que persigue, su finalidad y el contexto en el que se efectuó) cabe concluir que la contratapa del ejemplar de la revista *Barcelona* no resulta lesiva del derecho al honor de la actora, “dado que constituye una crítica política que no excede los límites de la protección que la Constitución Nacional otorga a la libertad de expresión pues no configura un insulto gratuito ni una vejación injustificada”.

Coincido con la solución y con la fundamentación de la sentencia, que, por otro lado, responde a los precedentes del tribunal; no obstante, no se me escapa el piso ideológico que también sustenta la solución. ¿Qué habría resuelto la Corte Federal si la persona representada en el collage fotográfico fuese una conocida defensora de Derechos Humanos?

b) Independientemente del acierto o error del interrogante, ciertamente, la sentencia reseñada coincide con las pautas aceptadas por el Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso *Dickinson c. Turquie* (*Requête* N° 25200/11), 2/2/2021. Véase.

El caso europeo está referido a un *collage* hecho por un universitario inglés que enseñaba en Turquía; mostraba dos fotografías pegadas sobre un cartón que representaba un personaje medio animal medio hom-

bre cuya cabeza era la del Primer ministro turco, Recep Tayyip Erdogan, y el cuerpo el de un perro sostenido por una correa que representaba la bandera norteamericana. El personaje estaba en el suelo, cubierto con dólares estadounidenses, tenía un billete de 20 dólares en la boca, paquetes de billetes de lira turca frente a él, un misil en lugar de la cola y un globo terráqueo detrás de él. Llevaba una manta con la siguiente frase escrita: "No seremos el perro de Bush". A diferencia de lo ocurrido en la Argentina (aquí no hubo intervención de la justicia penal), en Turquía se inició un proceso criminal por insultar al Primer Ministro. Antes de la audiencia fijada en ese procedimiento, el autor del collage informó a la prensa que presentaría su trabajo en esa audiencia. Como consecuencia de esta información, agentes de policía del juzgado lo detuvieron; tres días después fue puesto en libertad y el proceso siguió adelante. El acusado alegó que el collage representa los sentimientos generados por la ocupación de Iraq y que debía ser protegido, incluso, por el derecho de la propiedad intelectual.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos humanos, el Gobierno turco adujo que: no hubo interferencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en tanto la sentencia fue finalmente anulada con todas sus consecuencias al final del período de suspensión de la pena; la expresión artística tuvo lugar tres años después de la invasión de Iraq, la exposición de la obra del autor no era de actualidad y no contribuía a un debate de interés general.

Finalmente, el TEDH condenó a Turquía con estos argumentos:

- El denunciante se queja de que lo condenaron penalmente al pago de una multa por haber insultado al primer ministro en razón de la exposición pública de un *collage*, multa de la que finalmente fue sobreseído.

- El proceso penal duró aproximadamente tres años y diez meses; tratándose de un período tan extenso, la injerencia en el ejercicio al derecho a la libertad de expresión es manifiesto.

- En otros precedentes *Lingens c. Austria* (8-7-1986, § 46,) y *Oberschlick c. Austria* (23-5-1991, § 63), estableció la distinción entre *declaraciones de hecho* y *juicios de valor*. La materialidad de las declaraciones de hecho se puede probar. Por el contrario, los juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud; la carga de la prueba, entonces, es imposible de cumplir y significa un ataque a la libertad de opinión, elemento fundamental garantizado por el art. 10 de la Convención Europea; de cualquier modo, la proporcionalidad de la injerencia depende de la existencia de

una base fáctica suficiente sobre la cual reposa el propósito litigioso; si carece de esa base fáctica, el juicio de valor puede manifestarse como excesivo.

- El Tribunal tiene por función primordial verificar si las instancias nacionales ponderaron con justicia entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al respeto de la vida privada de la persona.

En el caso, el denunciante es un universitario de origen británico que vivía en Turquía y enseñaba en una universidad de ese país. En el contexto de su exposición, el collage era una crítica política destinada, entre otros, al Primer ministro turco por sus opciones políticas relativas especialmente a las actividades militares americanas en Irak.

Quienes crean, interpretan, difunden o exhiben una obra de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones que es esencial para una sociedad democrática; de ahí, la obligación del Estado de no infringir indebidamente su libertad de expresión. En consecuencia, en el presente caso se ha producido una violación del artículo 10 de la Convención.

II.2. Derecho a la libre expresión y discurso de odio (hate speech)

Filosofar sobre el odio es tarea que solo muy pocos pueden realizar con éxito (21). De cualquier modo, no resisto transcribir el brevísimo y paradigmático diálogo que Hannah Arendt (22) reproduce en una de sus crónicas sobre el caso Eichmann:

- *“Esta noche asesinaremos a los judíos y los peluqueros.*

- *¿Por qué a los peluqueros?”*

Jurídicamente, el odio ha merecido diversos análisis (23). En lo que aquí interesa, el discurso de odio constituye un límite al derecho a la libre expresión y, al mismo tiempo, es una variedad particularmente dañina

(21) BAUMAN, Zygmunt, “Las raíces del odio: ¿antropológicas o temporales?, en Extraños llamando a la puerta, Paidós, Barcelona, 2016, p. 89.

(22) La banalidad del mal, citado por PUGIOTTO, Andrea, “Le parole sono pietre? I discorsi di odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale”, en <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2419-le-parole-sono-pietre>.

(23) Ver, entre muchos CIANBITTO, Cristiana, “L’incitamento all’odio religioso: Stati Uniti, India, Gran Bretagna, Italia. Spunti comparativi”, Giappichelli, Torino, 2012; BROWN, Alexander, “Hate Speech Law. A Philosophical Examination”, Routledge, New York, 2015.

de discriminación contraria al principio de igualdad (24). La expresión de odio puede silenciar a sus destinatarios al intimidarlos o aterrorizarlos y, por eso, puede socavar la libertad de expresión; además, como es un instrumento de subordinación puede destruir la igualdad. Pero, por otro lado, la prohibición de la expresión de odio, en nombre de proteger la igualdad y el derecho a la libre expresión, puede provocar la exclusión de miembros de ciertos grupos, especialmente de aquellos con menos poder o recursos, de la participación en la vida pública y, por lo tanto, puede debilitar la igualdad y eliminar el derecho a la libre expresión (25).

El art. 13 de la Convención Interamericana lo regula como límite a la libre expresión al prohibir toda “publicidad o propaganda en favor *la guerra y toda apología de odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional*”. Términos análogos contiene el art. 20 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos.

La Carta de Derechos Digitales de España aprobada en 2021, en el título X regula la protección de las personas menores en el entorno digital y dice expresamente: “Se impulsará el estudio del impacto en el desarrollo de la personalidad de personas menores derivado del acceso a entornos digitales, así como a contenidos nocivos o peligrosos. Dicho estudio prestará particular atención a sus efectos en la educación afectivo-sexual, las conductas dependientes, la igualdad, la orientación sexual e identidad de género, así como a los comportamientos antidemocráticos, racistas, xenófobos, capacitistas, machistas, discriminatorios o *proprios del discurso del odio*”.

El tema, difícil y actual (26), no es nuevo en la Argentina (27).

(24) REY MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho antidiscriminatorio”, Aranzadi, Madrid, 2019, p. 63; TRIA, Lucia, “Discriminazione e incitamento all’odio (hate speech)” en PICCONE, Valeria, e POLLICINO, Oreste, *La carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Scientifica, Napoli, 2018, p. 351.

(25) CUMMINS, Justin, “La mediación del conflicto constitucional entre la libertad y la igualdad: lo que tenemos que hacer acerca de la expresión de odio”, en *Rev. Jurídica de la Universidad de Palermo*, abril 1998, año 3, n° 1, p. 149.

(26) ARIS CASTAÑO, Abel, “El discurso del odio en el espacio público: una visión desde la doctrina norteamericana del clear and present danger”, en ALAEZ CORRAL, Benito, *Conflicto de derechos fundamentales en el espacio público*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 149.

(27) Compulsar especialmente RIVERA, Julio C. (h), “La libertad de expresión y las expresiones de odio”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; ver, además, entre otros MO-

No lo abordo desde lo teórico sino desde dos decisiones recientes del Tribunal Europeo de Derechos humanos (28). De cualquier modo, la mejor comprensión hace conveniente recordar que los discursos que incitan al odio se definen como “cualquier tipo de comunicación verbal, escrita, conductas o imágenes que atacan o usan lenguaje ofensivo y discriminatorio en contra de una persona o un grupo por su nacionalidad, etnia, género, orientación sexual, lugar de origen, creencias o cualquier otra característica que constituye su identidad”. “Socavan la cohesión social, erosionan los valores compartidos y *pueden sentar las bases de la violencia, haciendo retroceder la paz, la estabilidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento universal de los derechos humanos*” (29).

El mayor problema jurídico se presenta cuando el discurso de odio se sanciona penalmente; las críticas comienzan con el argumento más simple: “Las palabras no son equivalente a palos y piedras” (30).

La pregunta sobre si el discurso del odio debe ser criminalizado o no recibe muy distintos tratamientos. El derecho estadounidense se ha mostrado reacio a restringir la libertad de expresión, reflejado en el enfoque liberal de su Corte Suprema de Justicia, al aplicar el denominado *estándar*

LINA QUIROGA, Eduardo, “Cautelar contra una red social. Cuando la libertad de expresión pierde su protección ante el discurso de odio o discriminación”, LA LEY, 2018-B, 153, TR LALEY AR/DOC/570/2018; CÁRDENAS, Emilio J., “La libertad de prensa y la siembra del odio. Jurisprudencia internacional”, LA LEY, 2013-E, 1255, TR LALEY AR/DOC/3168/2013; del mismo autor; Más sobre el “discurso del odio”, LA LEY, 2015-F, 1226, Cita: TR LALEY AR/DOC/3874/2015; CARNOTA, Walter, “¿Hay libertad para diseminar el odio racial o religioso? Crítica a una doctrina judicial establecida por la Corte Suprema de los EEUU”, en ED 153-949; RICHTER, Anna, El discurso del odio en Argentina, en GARGARELLA, Roberto y otro, Acciones privadas y Constitución, Rubinzal, Buenos Aires, p. 697.

(28) Con posterioridad a la presentación de esta comunicación, el 2-9-2021, la Sección 5ª del TEDH se pronunció nuevamente sobre el discurso de odio en dos casos, Sanchez c. Francia, (Requête N° 45581/15), y Z.B. c. France, (Requête N° 46883/15).

(29) CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, “El discurso del odio y su prohibición”, en Rev. Doxa n° 35, 2012, p. 438; Conf. URRUTIA, Liliana, “¿Discursos del odio, misoginia o libertad de expresión?”, En Letra año IV, número 8 (2017). Dossier de Debates Actuales sobre Género (s)), ps. 34-54; Ver también POST, Robert, “El Estado frente a la libertad de expresión”, trad. por Eduardo Bertoni y Julio C. Rivera (h), Bs. As, Ed. Universidad de Palermo, 2011, p. 315.

(30) Entre muchos, GULLCO, Hernán, “La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso”, en BERTONI, E. y otros, Libertad de prensa y derecho penal, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 37; BELLAGAMBA, Filippo, “Dalla criminalizzazione dei discorsi d’odio alla aggravante del negazionismo: nient’altro che un prodotto della legislazione penale simbolica?” en MANETTI, M. e BORRELLO, R. (a cura di) Il diritto dell’informazione. Temi e problemi, Modena, Mucchi ed., 2019, p. 133.

Brandenburg (31). En la Argentina, el art. 3 de la ley 23.592 de 1988 castiga penalmente a los que participen en organizaciones o grupos destinados a promover el odio o la persecución racial, religiosa o por nacionalidad o cuando el fin sea realizar propagandas para difundir tales discriminaciones. La misma pena corresponde a quienes alienten o inciten a la persecución o al odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

El Tribunal Europeo de Derechos humanos tiende a justificar la penalización. Este prestigioso tribunal regional ha tenido oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre esta temática en dos decisiones recientes que paso a reseñar.

a) En el caso *Carl Johann Lilliendahl c. Islandia* de 12/5/2020, la segunda sección del tribunal, en expediente no. 29297/18, analizó los siguientes hechos:

En abril de 2015, el consejo municipal de Hafnarfjörður, Islandia, aprobó una propuesta para fortalecer la educación y el asesoramiento en las escuelas primarias y secundarias sobre cuestiones relativas a las personas que se identifican como lesbianas, gays, bisexuales o transgénero.

La decisión fue informada en las noticias y dio lugar a una discusión pública por distintos medios radiales a los que los oyentes podían llamar por teléfono y expresar su opinión sobre la decisión del consejo municipal. Una persona que participó en la esa discusión pública dijo: “Nosotros, los oyentes no tenemos ningún interés en ninguna explicación de esta *kynvilla* [palabra despectiva para homosexualidad, literalmente ‘desviación sexual’]. Esto es repugnante. Adoctrinar a los niños sobre cómo *kynvillingar* [literalmente ‘desviados sexuales’] *eðla sig* [‘copulado’, utilizado principalmente para animales] en la cama. Por lo tanto, puede quedarse en casa, en lugar de entrometerse. Qué asqueroso”.

Estos comentarios fueron denunciados a la justicia como una burla, difamación y denigración contra un grupo de personas por su orientación sexual e identidad de género, violatorios del artículo 233 a) del Código Penal de Islandia. En abril de 2017, el Tribunal de Distrito de Reikiavik absolvió a la declarante, pero en diciembre del mismo año, el Tribunal Supremo revocó la sentencia y lo condenó. El condenado agotó las vías internas y recurrió al TEDH.

(31) Ver CAMPOS ZAMORA, Francisco J., “Existe un derecho a blasfemar? Sobre libertad de expresión y discurso del odio”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676, ps. 281-295.

El tribunal regional entendió que Islandia no había violado el derecho a la libre expresión del denunciante; razonó de la siguiente manera:

- El derecho a la libre expresión previsto en la Constitución de Islandia y en la Convención Europea de derechos humanos no es absoluto; está sujeto a limitaciones.

- Según los trabajos preparatorios, el Código Penal incorporó este tipo penal porque Islandia ratificó la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

- Conforme la resolución nº 1728 adoptada por el Parlamento Europeo el 29/4/2010, el discurso de odio por parte de ciertos líderes políticos, religiosos y otros de la sociedad civil, en los medios de comunicación y en Internet son motivo de especial preocupación. La Asamblea subraya que es deber primordial de todas las autoridades públicas no solo proteger los derechos consagrados en los instrumentos de derechos humanos de manera práctica y eficaz, sino también abstenerse de hacer uso de la palabra que pueda legitimar y alimentar la discriminación o el odio basados en la intolerancia. La frontera entre la incitación al delito y la libertad de expresión de la incitación al odio se determina de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Pues bien, el tribunal afirma reiteradamente que la libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para el progreso de cada persona. Sujeto al segundo párrafo del art. 10, este derecho se aplica no solo a la información o ideas, que sean recibidos favorablemente o considerados como inofensivos o como una cuestión de indiferencia, sino también de aquellos que ofenden, conmocionan o perturban. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras sin las cuales no hay "sociedad democrática".

La libertad de expresión está sujeta a excepciones que deben interpretarse estrictamente, y la necesidad de cualquier restricción debe establecerse de manera convincente.

- El concepto de "incitación al odio", tal como se ha construido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se divide en dos categorías. Si bien el término no se utilizaba en el apartado a) del artículo 233 del Código Penal General de Islandia, de los trabajos preparatorios de la disposición y de los instrumentos jurídicos internacionales en los que se inspiró surge claramente que la penalización implica un umbral de la gravedad.

La segunda categoría se compone de formas “menos graves” de “incitación al odio” que el Tribunal de Justicia no ha considerado que queden totalmente fuera de la protección del artículo 10, pero autoriza a los Estados contratantes a restringir. En esta segunda categoría, el Tribunal no solo ha incluido un discurso que llama explícitamente a la violencia u otros actos delictivos, sino que ha sostenido que un ataque a las personas insultando, ridiculizando o calumniando a grupos específicos de la población puede ser suficiente para permitir que las autoridades favorezcan la lucha contra la expresión perjudicial en el contexto de las restricciones permitidas a la libertad de expresión (véase *Beizaras y Levickas c. Lituania*).

- El Tribunal no ve ninguna razón para discrepar de la apreciación del Tribunal Supremo de Islandia en el sentido que los comentarios del demandante fueron “gravemente hirientes y perjudiciales”. Según lo razonado por el Tribunal Supremo, el uso de los términos *kynvilla* (desviación sexual) y *kynvillingar* (desviados sexuales) para describir a las personas homosexuales, especialmente cuando se combina con la clara expresión de disgusto, hace que los comentarios del solicitante promuevan la intolerancia hacia las personas homosexuales, encuadrando así en la segunda categoría del discurso de odio.

- Es cierto que las observaciones que se hicieron públicas fueron expresadas por el demandante como miembro del público desde una plataforma que no llegó a gran cantidad de personas. Además, tal como fue correctamente evaluado por el Tribunal Supremo, los comentarios no estaban dirigidos, en particular, a grupos o personas vulnerables. No obstante, esos comentarios eran severamente hirientes por lo que proteger a ciertos grupos de estos ataques es compatible con una sociedad democrática.

- En definitiva, Tribunal Supremo de Islandia sopesó ampliamente los intereses contrapuestos en juego en el caso: por una parte, el derecho del demandante a la libertad de expresión y, por otra parte, el derecho de las personas homosexuales a la vida privada garantizado por el artículo 71 de la Constitución islandesa, que refleja el artículo 8 de la Convención.

b) Caso de la “Association Accept and others v. Romania, (*Application no. 19237/16*), 1st June 2021.

Los denunciante ante el sistema europeo de Derechos humanos fueron la Asociación ACCEPT, una asociación sin fines de lucro, creada en Bucarest en el año 2000 y cinco ciudadanos rumanos que residen en la misma ciudad. ACCEPT se dedica a defender los intereses de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT) y organizó una reunión para proyectar una película sobre una familia homosexual. Cuando

la película se estaba proyectando, unos cincuenta manifestantes entraron en el auditorio e interrumpieron la proyección. Gritaban insultos como “muerte a los homosexuales”, y “eres basura”. Algunos llevaban banderas de extrema derecha y estaban vinculados a un movimiento político que se opone abiertamente, entre otras cosas, al matrimonio entre personas del mismo sexo y a las adopciones por personas homosexuales. Los organizadores alertaron a la policía; algunos agentes entraron en la sala, confiscaron algunas banderas y, aunque se les pidió que se quedaran, se retiraron. Posteriormente, los manifestantes bloquearon el proyector y los organizadores se vieron obligados a cancelar la reunión. La asociación presentó una denuncia sobre los hechos acaecidos; alegó que había existido incitación a la discriminación, abuso de poder, restricción de derechos y exhibición pública de símbolos fascistas, racistas o xenófobos. El mismo día, la policía abrió y cerró la investigación (el incidente se describió como un “intercambio de opiniones”), decisión que fue confirmada por las autoridades. Otra investigación sobre el uso de símbolos fascistas también fue desestimada. Los demandantes recurrieron a los tribunales, pero sus pretensiones fueron rechazadas. Ante el TEDH denunciaron violación de los artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) 14 (prohibición de la discriminación); 11 (libertad de reunión y asociación) 13 (derecho a la tutela judicial efectiva), de la Convención y del artículo 1 del Protocolo N° 12 de la Convención (prohibición general de discriminación). Se quejaron de la falta de protección por parte de las autoridades y de los daños causados por su orientación sexual. El TEDH condenó a Rumania, con la siguiente línea argumental:

- Un grupo de personas fueron abusadas verbalmente por otro integrado por 45 personas, interrumpiendo la actividad programada. La asistencia de la policía fue mínima, ya que ni siquiera se quedaron en el auditorio. La intervención no fue efectiva ni evitó los abusos sufridos. Los informes elaborados por la policía y los gendarmes no contienen ninguna referencia a los insultos homófobos sufridos por los demandantes y describen el incidente sin hacer referencia a la homofobia. Las autoridades no evaluaron adecuadamente el riesgo ni reaccionaron adecuadamente para proteger la dignidad de los denunciantes. La policía, al estar presente, tenía claros los insultos de los manifestantes referidos a la orientación sexual. Por lo tanto, las autoridades tenían la obligación de investigar este caso como un posible delito de odio. Sin embargo, durante un año no tomaron medidas de investigación significativas; el procedimiento duró cuatro años y ocho meses y finalmente no llegó a ningún resultado, siendo que la investigación no hubiese sido difícil si se hubiese actuado eficazmente desde el inicio.

- Sistemáticamente, las autoridades describieron el abuso verbal como meras “discusiones” o “intercambio de opiniones”; los perpetradores fueron calificados como “simpatizantes” de organizaciones de extrema derecha y las víctimas como “seguidores” de las relaciones homosexuales. Claramente, esta redacción carecía de neutralidad y podía poner en peligro la eficacia del procedimiento interno.

- En 2016, la Sociedad Académica Rumana publicó un informe sobre la legislación nacional y la jurisprudencia nacional con respecto al discurso de odio y el discurso discriminatorio. Las partes pertinentes relativas a la parcialidad en el sistema de justicia contra los homosexuales relata que el número de casos es muy bajo. Más aún, desde la entrada en vigor de la nueva definición jurídica prevista en el artículo 369 del nuevo Código Penal (Incitación al odio o a la discriminación), no se ha dictado ninguna decisión judicial que permita examinar la aplicabilidad de esta disposición.

- El derecho a la libertad de reunión pacífica abarca tanto las reuniones privadas como las reuniones en lugares públicos, ya sean estáticas o en forma de procesión; además, este derecho puede ser ejercido por participantes individuales y por personas que organicen una reunión. La perturbación de la proyección constituyó una injerencia en el derecho de reunión pacífica de los denunciantes.

- En definitiva, también en este caso, las autoridades rumanas discriminaron a los denunciantes por su orientación sexual, en clara violación de los arts. 8 y 14 de la Convención.

c) Aunque los dos casos se vinculan al discurso de odio, presentan diferencias significativas.

Seguramente, el primero no habría merecido ninguna sanción en los EE.UU.; al contrario, cualquier acción contra la persona que expresó su opinión discriminatoria por la radio habría sido rechazada (32); el se-

(32) Para la Argentina, quizás es conveniente recordar un caso diferente, pero con algunos puntos de contacto en tanto son claramente expresiones de odio. Me refiero a la sentencia del Superior Tribunal de Chubut, 15/06/2021, publicada el 15/07/2021. Un médico que trabajaba en el Poder Judicial publicó en sus redes sociales el siguiente texto: “Bue, desde radio insania se informa cómo puede haber gente que esté feliz porque esta chica C. encontró a su nieto. ¿No hubiese sido mejor que eduque a su hija, en su momento, de la manera correcta para que no pase lo que le pasó? Personalmente no me causa ningún tipo de emoción que esta chica haya encontrado a su nieto. Creo que esta mujer junto con otras más como la B. tendrían que haber sido torturadas y luego ejecutadas con un tiro en la nuca. No son buenos seres humanos, son seres

gundo, en cambio, es una clara violación del derecho de reunión, que las autoridades no protegieron eficazmente, y que merece reproche en cualquier sistema democrático.

II.3. Daños sufridos con ocasión de una actividad en la que se ejercita el derecho a la libre expresión

Una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que liberó a la asociación organizadora de una actividad cultural fue recibida de diferentes maneras por la doctrina (33).

Estaba en disputa la responsabilidad de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) por los daños sufridos por una persona en ocasión de una actividad cultural desarrollada por esa asociación en un predio público concedido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para desarrollar la campaña "Stop Sida". El damnificado fue agredido por un tercero afuera del espacio donde se desarrollaba la campaña y cuando esa actividad ya había concluido. Se probó que la asociación no había contratado personal de seguridad. Los jueces de grado liberaron al Estado (esta parte de la sentencia quedó firme por falta de recurso) y condenaron a la asociación. La Corte Suprema de Justicia revocó la condena y liberó también a la asociación, con una serie de argumentos.

malignos, poseen mucha maldad y resentimiento. Besos a la gente linda. E. G." El médico fue cesanteado; se argumentó, correctamente en mi criterio, que el comentario implicaba un discurso de odio, impropio en un funcionario del Poder Judicial. Se interpuso acción procesal administrativa más reparación de daños. La demanda fue rechazada con esta línea argumental: (i) Los dichos afectaron la dignidad del Poder Judicial, puesto que tuvieron trascendencia en todos los niveles de la sociedad, en tanto fueron repudiados por sus colegas de trabajo, por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de Chubut y por los Concejales de Esquel; (ii) Aunque el actor no cumplía funciones jurisdiccionales, era funcionario del Poder Judicial y, en cuanto tal, no podía publicar comentarios que pudieran poner un manto de sospecha o desconfianza en la población respecto del accionar judicial; (iii) Aunque posteriormente expresó sus disculpas en un mail del correo interno del Poder Judicial, más tarde volvió a escribir sobre el mismo tópico y refirió "... lástima que tuvo el c. de poder abrazarlo antes de que se muera, bue por lo menos sufrió treinta y pico de años y seguirá sufriendo hasta su muerte..."

(33) CS, "Recurso de hecho deducido por la Comunidad Homosexual Argentina en la causa "Arregui, Diego Maximiliano c Estado Nacional - PFA - y otros s/ daños y perjuicios", 26/12/2017, TR LA LEY AR/JUR/89981/2017; LA LEY, 2018-A, 124, con nota de PIZARRO, Daniel, "Un retroceso en materia de responsabilidad civil", RCyS 2018-III, 57; LA LEY, 2018-B, 1, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, "La obligación de seguridad de una ONG cuando realiza actos gratuitos de interés general", LA LEY, 2018-B, 453, con nota de COMPAGNUCCI, Rubén, "Los alcances de la obligación de seguridad", Rubinzal Online.

En lo que a estas reflexiones interesa, transcribo algunos párrafos del dictamen de la Procuración:

“En la campaña *Stop Sida* está involucrado el ejercicio de la libertad de expresión —que comprende el derecho a dar y recibir información—, y el derecho de reunión y asociación (arts. 14, 32 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; arts. 13, 15 y 16, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 19, 21 y 22, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. IV, XXI y XXII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y arts. 19y 20, Declaración Universal de Derechos Humanos). En el caso, la protección de la libertad de expresión y del derecho de reunión y asociación demandaba que el Estado proveyera ciertas condiciones para su ejercicio, como brindar el servicio de seguridad, máxime considerando que se trataba de una expresión colectiva de aquellos. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no podía delegar a la recurrente obligaciones en materia de seguridad, que son propias del Estado y que por su magnitud económica podían, en el caso, tornar ilusorio el ejercicio de derechos esenciales por parte de la asociación civil aquí recurrente”.

El Dr. Ricardo Lorenzetti, después de explicar las diferencias de este caso con otros precedentes y la inaplicabilidad de la ley de protección de los consumidores, argumentó:

“Debe ponderarse que en el caso está en juego el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que tiene influencia para determinar el grado de extensión de la obligación de seguridad. Una regla que impusiera obligaciones gravosas en los actos organizados en espacios abiertos, para la libre expresión de las ideas, podría tener consecuencias que limiten ese derecho. En ese sentido, corresponde recordar que la libertad de expresión es indispensable para garantizar el funcionamiento del sistema democrático y republicano de gobierno, en tanto permite a los ciudadanos —además de manifestar libremente sus puntos de vista— dar y recibir información, participar e influir en el proceso de toma de decisiones colectivas, instalar temas en la sociedad, controlar la acción de sus gobernantes y ejercer la crítica de modo amplio (fallos 306:1892; 310:508 y 336:1774, considerando 21 y 22).

Más aún, para determinar las intensidades de las medidas exigibles, también hay que tener en cuenta la existencia del derecho de reunión. La Constitución Nacional garantiza el derecho al encuentro en lugares públicos, donde puedan entrecruzarse opiniones diferentes.

Al respecto, se ha señalado que existe una marcada vinculación entre el derecho de reunión, la libertad de expresión y el funcionamiento del sis-

tema democrático y republicano de gobierno, pues “no se concibe cómo podrían ejercerse estos derechos, cómo podrán asegurarse los beneficios de la libertad ‘para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino’, según los términos consagradorios del Preámbulo, sin la libertad de reunirse o de asociarse, para enseñar o aprender, para propagar sus ideas, peticionar a las autoridades, orientar la opinión pública y tratar otros fines lícitos” (fallos 191:139 y 329:5266).

Además, la mencionada protección agravada adquiere particular relevancia cuando los que pretenden expresar este tipo de discursos pertenecen a grupos excluidos, vulnerables y discriminados, en tanto esos son los sectores que tienen mayores dificultades para comunicar su mensaje.

Que, en lo que a este caso respecta, es fundamental advertir que la actividad organizada por la recurrente involucraba la manifestación de ideas y la diseminación de información con relación a una enfermedad que, desde sus orígenes, ha afectado especialmente a muchos miembros del colectivo representado por la CHA.

En ese contexto, resulta evidente que la realización de una reunión pacífica en un espacio público abierto apuntaba, entre otros objetivos, a dar visibilidad y poner en la agenda pública la cuestión relativa a la discriminación y vulnerabilidad de una minoría excluida y estigmatizada”.

En mi opinión, este voto guarda algún paralelismo con la jurisprudencia de la Corte Federal relativa a la tensión entre el derecho a la libre expresión y el derecho al honor de los funcionarios públicos, que tanta agua ha hecho correr. Así como en ese conflicto, por aplicación (correcta o incorrecta) del principio de proporcionalidad, la Corte prioriza el derecho a la libre expresión, en este caso, en la tensión entre el derecho a la libre expresión (al que suma el derecho de reunión en espacios públicos) y el daño a la persona, *a los efectos de valorar si las medidas de seguridad fueron o no suficientes*, hace primar el primero.

El planteo de la tensión, como ha sido descripta, puede ser discutible. Quizás, no había necesidad de pronunciarse sobre un aspecto tan espinoso y llegar a la eximente por otro camino, sin anticipar opinión. Me explico: en el caso, estaba probado que el daño fue causado por la conducta dolosa de un tercero, fuera del espacio donde se desarrollaba la campaña y cuando la actividad ya había concluido. Probablemente, la liberación de la asociación pudo fundarse en la carencia de relación de causalidad adecuada, en tanto no se trató de una falla en la organización, desde que el daño no se produjo ni en el lugar ni en el tiempo de la actividad.

III. El derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. Las medidas urgentes

Con anterioridad, me he referido al daño generado por la violación del derecho humano a un juicio sin dilaciones indebidas (34). En esta ocasión, haré referencia a una sentencia de la Corte Suprema que ensaya un remedio para que el damnificado encuentre pronta respuesta. En efecto, pese a declarar su incompetencia para entender en la instancia originaria en la acción de daños interpuesta contra la Provincia de Buenos Aires a raíz de la mala praxis sufrida por una niña durante una intervención quirúrgica que la dejó parapléjica, hizo lugar a la medida cautelar innovativa solicitada y ordenó se le entregase la silla de ruedas motorizada solicitada, “pues aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por ella sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz podría generar mayores daños, que deben ser evitados” (35). El voto del Dr. Horacio Rosatti, con gran humanismo, afirma: “No cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su propio estado le ocasiona, compeliéndola a acudir a procedimientos jurisdiccionales distintos ante diversos tribunales sobre el mismo hecho, máxime cuando tal desdoblamiento en el tratamiento de una causa representa un dispendio de fondos y de recursos humanos, a la par de la potencial existencia de pronunciamientos contradictorios”.

III.1. Las inmunidades parlamentarias

III.1.a. Preliminares

La Constitución Nacional tiene normas que expresamente imponen la obligación de reparar; por ej., el art. 15, en texto inalterado desde su sanción en 1853 dice:

“Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen del que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice”.

(34) Ver, de mi autoría, “Dilación de procesos concursales y violación de derechos humanos”, en *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 389; “Responsabilidad del Estado por la violación al derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su proyección en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Nuevas Herramientas Procesales-III-*, AA.VV. (Peyrano, Jorge, Dir.), Rubinzal Culzoni, 2015, p. 499/533; *Academia de Derecho de Buenos Aires*, año LIX, N° 52, 201, p. 155.

(35) CS, 11/12/2018, ED 282-131, LA LEY, 2019-A, p.119 y p.141 - RCyS2019-II, 197, TR LALEY AR/JUR/67630/2018.

Al mismo tiempo, contiene otras que eximen de la obligación de reparar. Así, por ej., el art. 68 dispone:

“Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.

III.1.b. ¿Un daño para el que no se abre ninguna puerta?

El 8/7/2020 (36) la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un caso con un planteo jurídico diferente al de sus precedentes (37).

La plataforma fáctica era la siguiente: Una diputada nacional, en un programa televisivo, pronunció estas frases: “Echegaray es un ladrón por todos sus antecedentes”, “Echegaray fue enviado a la aduana de Comodoro Rivadavia para garantizar la impunidad de Conarpesa”; “este hombre (...) se enriqueció con los *feed lots*” y “no puede explicar sus bienes”.

Echegaray, un funcionario público dedujo “acción meramente declarativa con el objeto de que se determine que las expresiones formuladas por la demandada —en su carácter de diputada nacional— no responden a la realidad”. Dijo no desconocer que, por su carácter de legisladora, las expresiones de la demandada se encontraban amparadas por la inmunidad parlamentaria prevista en el art. 68 de la Constitución Nacional; por eso, aclaró que no perseguía un resarcimiento pecuniario ni sancionatorio, sino la sola declaración de que dichas expresiones no se ajustaban a la realidad. Sostuvo que la acción declarativa constituía “el único medio judicial idóneo para devolverle su honor mancillado”, acción que no infringía la garantía referida desde que no importaba acusar, interrogar judicialmente ni molestar a la contraria por sus opiniones y discursos, dentro o fuera del ámbito del recinto parlamentario”.

La demanda fue rechazada en todas las instancias, entre otras razones, porque: no se había acreditado el recaudo exigido por el art. 322 del Código Procesal Civil (estado de incertidumbre); la acción, aun en los términos deducidos, ingresaba en los amplios términos del art. 68 que impiden que el legislador sea “perseguido” o “molestado”; la invocada vulneración

(36) CS, “Echegaray c/ Carrió”, 8/7/2020, publicado el 20/07/2020; TR LALEY AR/JUR/22802/2020 y Suplemento JA 05/08/2020, p. 23.

(37) Para esos precedentes ver SANTIAGO, Alfonso (h), “La libertad de expresión como libertad preferida. La libertad de expresión de los legisladores, periodistas, ciudadanos, entidades educativas y docentes”, Ábaco, Buenos Aires, 2021.

del derecho a una tutela judicial efectiva no habilita, por sí sola, la instancia de excepción.

La lectura de la sentencia genera esta pregunta: ¿No hay ningún remedio frente a la inmunidad parlamentaria?

Al parecer, frente al legislador, por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato, el dañado no tiene acción alguna. Así surge del art. 68 que utiliza, incluso, una palabra inusual en el lenguaje de la responsabilidad civil, de muy amplio significado (“molestado”). Frente al medio de prensa, en cambio, quizás podría intentar con éxito el derecho de rectificación o respuesta previsto en el art. 14 de la Convención interamericana que dice:

“1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

Adviértase que el párrafo 3 de la norma convencional tiene en miras esas inmunidades y obliga a la empresa periodística a tener una persona responsable que no pueda invocarlas

IV. Breves conclusiones provisorias

Este rápido muestreo de jurisprudencia reciente ha pretendido verificar hasta qué punto el bloque de constitucionalidad incide en la resolución de casos encuadrados en el llamado Derecho de daños.

Creo que esa tarea ha confirmado que, como bien se ha dicho, “la responsabilidad civil, figura esencialmente dinámica, tiene que estar dotada de flexibilidad suficiente para ofrecer, en cualquier época, el medio o procedimiento por el cual, frente a nueva técnica, nuevas conquistas, nuevos géneros de actividad, asegure la finalidad de restablecer el equilibrio roto

por el daño, considerado, en cada tiempo, en función de las condiciones sociales entonces vigentes” (38).

Por eso mismo, el jurista debe estar siempre atento, desde que “la responsabilidad es una realidad en observación” (39). ♦

(38) DE AGUIAR DÍAS, José, “Tratado de la responsabilidad civil”, Editorial José M. Cajica, JR, S.A, México, 1996, t. I, p. 32.

(39) KIRAT, Thierry, “Les mondes du droit de la responsabilité: regards sur le droit en action”, LGDJ, Paris, 2003, p. 9.

¿CRISIS DEL DERECHO?

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

Nuestra exposición (**) lleva un título de justificada preocupación. Forzoso es reconocer que el orden jurídico y, en particular el Derecho Civil, tiene un privilegio de sustantividad que se traduce en su permanencia. Corolario de ello es que lo eleva sobre las proyecciones circunstanciales de las etapas políticas que deben realizarse en función del Derecho.

No obstante lo cual, recibe el embate de múltiples acontecimientos mundanos.

En esencia, lo que puede presentarse como inédito en él son, en principio, solo técnicas para perfeccionar lo que ya es su contenido.

Sin embargo, los clásicos moldes jurídicos y el “deber ser” señalado son superados por recientes episodios.

Estamos inmersos y atravesando tiempos difíciles —alguien diría todas las épocas son arduas—, donde las transformaciones técnico-científicas así como las vicisitudes en la dinámica económica son un dato tan generalizado que puede afirmarse que se irradian a todos los países del planeta.

La vida toda se encuentra en constante evolución. Las estructuras sociales requieren de una continua modificación en sus mecanismos de supervivencia.

Las concepciones jurídicas y las construcciones dogmáticas receptan el impacto de noticias y realidades.

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 8 de julio de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

La humanidad, por su parte, ha sido golpeada por un virus que generó una horrible pandemia que a todos nos conmueve y tras sus huellas ha generado un contagioso temor, así como las reacciones dispares de los países del mundo. A todos nos comprende la incertidumbre, llena de interrogantes y de angustia.

Los comportamientos de los ciudadanos de las diversas naciones en algunos casos suscitan ejemplaridad y, en otros, nos llenan de sorpresas, o bien por los impropios procederles o ante las reacciones dispares.

La dimensión y mirada de la realidad en que el hombre se mueve y vive es el descubrir que la “crisis” es la situación fundamental en que ese hombre se encuentra y el proyectar esta situación suya no solo a la época en que vive, sino a todas sus particulares creaciones o elucubraciones en el pensamiento o en el de las formas de convivencia.

Consecuencias estas de significativo valor, pues al descubrir que estamos en “crisis” y en que por estarlo lo está también todo aquello que hacemos y en lo que estamos inmersos, hemos logrado superar el inmovilismo de las existencias no auténticas y enfrentar la vida con sus destinos diversos.

Nos recuerda Legaz y Lacambra (1) a Séneca y Unamuno, toda vez que al descubrir nuestra “crisis” y realidad, rememorando a estos pensadores, sugiere que hagamos milicia de la vida. Y ello es también comprender que este *militare*, que es la lucha en el interior del hombre no es en sí misma un fin: porque no es la crisis sino la unidad el más hondo destino del hombre. Y así, el pensamiento que se ocupa con la “crisis” no puede conformarse con tal deleite o disgusto en este elemento trágico de la existencia, sino que ha de ahondar en esta para descubrir las razones ontológicas de la “crisis” como sus soluciones.

De tal manera llegamos al distingo entre lo correcto y lo verdadero: lo correcto abarca las explicaciones que están a la vista, mientras la determinación de lo verdadero es la esencia; y al descubrir esta o vislumbrarla, allí está o acontece lo verdadero.

Hay una “crisis” de la existencia, y esto significa que se ha prescindido de la vinculación ontológica entre los elementos que la configuran, la vida y los conceptos que le dan forma; pues la existencia es vida en forma al abandonar los conceptos que vivía.

(1) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Horizontes del pensamiento jurídico”, Bosch, Barcelona, 1946, p. 148.

Hay una “crisis” de la humanidad, porque son ya inútiles los conceptos que le han dado forma en los últimos tiempos; y pues, ante este hecho, que la humanidad siente como irremediable, “no sabe que pensar” y razona incluso que puede transitar la vida sin conceptos: y llega así a despreciar la inteligencia, con lo que no hace más que profundizar su “crisis”, pues la inteligencia es precisamente una de las raíces ontológicas de la vida.

Hay una crisis de la inteligencia y de la conciencia contemporánea, imponiéndose superar los cambios y procurar estos dos bienes que necesitan los hombres: claridad en los espíritus y la paz de las conciencias.

En otra perspectiva, el hombre y la cultura parecen dominados por debates confusos, en donde se controvierten las nociones más comunes y de mayor tradición. Abundan disensos innecesarios sobre equívocos o cuestiones verbales, los que nada contribuyen a la pacificación de los espíritus. Y son innecesarios. Se analizan y ponderan aspectos particulares de la ciencia y de la técnica, sin clarificación de los conceptos fundamentales.

El escenario de la tan mentada “crisis” es el ámbito del Derecho, forma de la vida social y un esquema de la realidad. Y, al

decir de Legaz y Lacambra (2), es un modo de patentizar dicha existencia —la cual influye sobre el Derecho y lo condiciona— mientras que, por otro lado, el orden jurídico es una fuerza configurada, según principios propios de la realidad social. Se da una íntima compenetración entre lo social y lo jurídico: *ubi societas, ibi ius*.

En un sentido general puede afirmarse —como se viene sosteniendo— que el Derecho, su ciencia y la propia vida humana, al estar inmersos en una “crisis”, esto es, atentas a un continuo esfuerzo, se ubican en una incesante labor de adaptación y transformación.

Traemos a colación un comentario del profesor de la Universidad de Roma, el ilustre Giorgio Del Vecchio (3), acotación que es simplista y llama la atención que provenga de su autoridad, lo que no parece apropiado contradecir, mas argumentos no faltan para ello. Para dicho autor, uno de los factores primordiales de la citada “crisis” es que se atribuye a los juristas el complicar artificialmente, por vicio profesional, las cuestiones a

(2) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Filosofía del Derecho”, Bosch, Barcelona, 1461, 2ª ed., p. 456.

(3) DEL VECCHIO, Giorgio, “Crisis del Derecho y crisis del Estado”, Madrid, 1935, trad. Mariano Gastaño, p. 42 y ss.

ellos confiadas, como si solo por su culpa tales cuestiones fueran difíciles e inciertas.

La vulgar afirmación que antecede solo genera beneficios inciertos y confusiones ciertas. Y no es que los juristas compliquen artificialmente las relaciones humanas, sino que estas son por su naturaleza infinitamente varias y complejas. El jurista debe abarcarlas, tomando sus elementos esenciales, no siempre los más evidentes, reducirlos a una regla y, si no existe, elaborarla.

Frente a esto, el jurista debe sobrevolar la ambigüedad u oscuridad de los textos legales, motivo de erróneas interpretaciones y por ello de inadecuadas soluciones.

Superando lo dicho, sobresale la crisis del mundo contemporáneo, ante lo cual se ubica la llamada “Crisis del Derecho” que, acaso, no es más que la proyección en el ámbito jurídico de aquella crisis general, con ciertos matices en nuestro medio, que no cabe desatender.

Tal como sostuviera Adolfo Ravá (4): “todo estudio de la crisis del Derecho es inevitablemente infecundo, si se vincula la crisis de este fenómeno particular, tan sensible a todos los movimientos de carácter social, al complejo de aquel trastorno de nuestra civilización y de nuestra vida colectiva, en medio del cual vivimos”.

Una síntesis del tema central resulta que se trata de exteriorizaciones de un número destacado de causas, comprobándose que, más que el Derecho, es la sociedad la que está en crisis y, con mayor rigor, la crisis jurídica no puede desatender los difíciles problemas de su sintomatología, su etiología y sus soluciones, de la crisis actual en toda su complejidad.

“Crisis” a la que puede atribuirse un inadecuado —lento y a veces impropio— funcionamiento del Derecho, mientras que no faltan autores —por caso, locales (5)— que consideran que no existe crisis, sino evolución del Derecho.

Citamos las opiniones de destacados juristas uruguayos en importantes trabajos (6).

(4) RAVÁ, Adolfo, “La crisis del diritto”, Università degli Studi di Padova 1953, p. 49 y s.s.

(5) SATANOWSKY, M., “Tratado de Derecho Comercial”, Tea, Buenos Aires, 1957, I. p. 98 y ss.

(6) GROMPONE, “¿Crisis del Derecho?”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, enero-junio, 1955, p. 419 y s.s. y COUTURE E., “Ciencia y

El primer autor considera “¿Hay crisis del Derecho”? “La respuesta en este caso revela solo tendencias espirituales que se manifiestan en todo juicio sobre situaciones sociales. Las dos actitudes de viejos y jóvenes, o de hombres que se apoyan en lo existente o que ponen su esperanza en un cambio de lo actual; presentes en el pensar, en arte, en moral, en política, en Derecho. Una de las formas de plantearse el problema de la crisis en el Derecho obedece a modos que se relacionan con tales actitudes. La generación que organizó sus ideas alrededor de principios estimados incommovibles siente la inseguridad de su posición con la transformación que se produce sin esos principios o con principios nuevos que son la negación de aquellos. Se tiene en tal caso la impresión de que el mundo actual entra en crisis, que lo caótico sustituye a lo reglado, que se produce el derrumbamiento de las instituciones, de los fundamentos del orden antiguo. Es, desde luego, actitud mental de viejos en el doble sentido: de quienes han nacido en otro período y se conforman con otra mentalidad.

Y también de quienes han estado siempre fuera de su tiempo y de su medio, estructurando su pensamiento con formas mentales que no pueden ajustarlas al momento contemporáneo.

Couture entiende que no existe una crisis del Derecho y este se encuentra en fase de nacimiento y formación, no en fase de decadencia. Dice, que “hay motivo para pensar que el Derecho se encuentra en su aurora, acaso en los comienzos de su trayectoria, justamente en el punto inicial en que la experiencia de los siglos nos ha permitido abolir la esclavitud, luchar contra sus formas residuales y colocar al hombre en su dignidad de tal, como efectiva razón de ser del Derecho”.

En una mirada retrospectiva, no es posible, aun con afán investigativo, precisar el origen histórico de la “Crisis del Derecho” con prescindencia de la investigación análoga dedicada a la crisis general, de la que la “Crisis del Derecho” es la manifestación más precisa y evidente.

La doctrina autoral —Ripert, entre otros— considera al siglo XIX como el siglo del Derecho, fue un gran siglo jurídico, el más grande que Francia y Europa han conocido. Se afirmó la soberanía de la ley para gobernar a los hombres y, en todos los países, fueron promulgados los códigos con las pautas legales a seguir en la convivencia.

Conciencia del Derecho”, y prólogo al libro de Rodríguez-Arias Bustamante, *Concepto y fuentes del Derecho civil español*, Bosch, Barcelona, 1956, p. VIII y ss.

El Derecho se impuso por la razón y por provenir de la naturaleza del hombre; e hizo surgir la esperanza de que el respeto de las leyes aseguraría por doquier el orden y la paz.

A pesar de ello, en dicha centuria operan las grandes transformaciones económicas que suscitarían delicadas cuestiones sociales.

En ese tiempo se quiebra la unidad de la cultura, produciéndose discusiones apasionadas sobre el sustento del poder, acerca de la organización social, fundamento del Derecho y demás instituciones jurídicas.

Luego, el siglo XX trae acontecimientos de máxima gravedad, especialmente la que se dio en llamar la Gran Guerra y su secuela no menor de la Segunda Guerra con estragos y muertes millonarias. Así se produjo el dominio y preponderancia de lo económico sobre lo político y lo jurídico; en segundo lugar, una exaltación de la fuerza y la virulenta inclinación a los métodos de violencia, superadores, por cierto del orden jurídico.

Mientras tanto en el mundo existencial los episodios de la vida continuaban sucediéndose, al generarse marchas y contramarchas con buenos y otros resultados en la evolución de las naciones.

Las dogmatizaciones acerca de la “Crisis del Derecho” continuaron abundando en la literatura jurídica. Para algunos la crisis del Derecho es crisis de libertad, tanto en la esfera pública como en la esfera privada; en este último aspecto se alude a los embates para con la autonomía de la voluntad.

Para otros, la “Crisis del Derecho”, considerada en su punto central, es una crisis de certeza o seguridad jurídica. Este último valor y valioso concepto jurídico que impera en todo el ordenamiento jurídico nos vincula con el *principio de confianza legítima* muy bien explicitado por nuestro académico Cassagne (7), quien en su señera obra citada nos dice que aquella pauta, en un marco de oposición entre la legalidad y el principio de buena fe, terminó resultando una exigencia y no su fundamento que, en rigor, se encuentra en el *principio de la seguridad jurídica*.

Existen, asimismo, autores que enlazan la “Crisis del Derecho” juntamente con la libertad y la seguridad. Se habla de la “Crisis del Derecho” en palabras de Sebastián Soler (8) “sobre todo, pues se ha venido formando la

(7) CASSAGNE, Juan Carlos, “Los Grandes Principios del Derecho Público”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 53.

(8) SOLER, Sebastián, “Fe en el Derecho y otros ensayos”, Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 18.

convicción social de que aquel no garante efectivamente nuestra libertad y no nos procura la seguridad deseada para vivir tranquilos. La seguridad, que es, en definitiva, una forma de paz interior, lleva al hombre al sacrificio y hasta la abdicación de su libertad. No nos sorprendamos —dice— de verlo —al hombre— alarmado cuando verifica que ha sacrificado su libertad inútilmente”. El célebre jurista Francesco Carnelutti (9) bueno es saber que, entre tantos cometidos en su vida, fue uno de los fundadores de la Unión de Juristas Católicos italianos y, con absoluto pesimismo, nos habla de la muerte del derecho con motivo de su crisis que es el resultado acumulado de las disfunciones, de la certeza y la justicia.

Fue, seguramente, tan elocuente el juicio de Carnelutti, que Soler en el Prólogo de su obra citada dice que Carnelutti “profetizó su muerte” (10).

Para el ilustre Carnelutti, la contradicción entre los dos valores referenciados ha sido siempre el drama del Derecho, ínsito en su naturaleza. Se pensaba y perseguía una síntesis entre los valores aludidos, cuando menos un compromiso. Parecería que una pequeña ventaja en orden a la justicia se paga en moneda de certeza o viceversa.

Más ahora se ve que al riesgo de certeza no corresponde una garantía de justicia; o al riesgo de justicia no se compadece con una garantía de certeza. Son todos estos puntos de vista tan brillantes como equívocos.

La libertad —lo mismo que la igualdad— y la certeza son ingredientes jurídicos demasiado relativos para que puedan ser estimados como criterios definitivos de valoración y como síntomas inexorables de una crisis del Derecho. La seguridad jurídica, además, admite diversas significaciones.

La certeza puede tomarse en un concepto elevado, como objetividad, como pauta que responde, y en torno al cual se organiza todo el mundo del Derecho, o como certidumbre y seguridad concreta del individuo en las situaciones singulares.

Y la crisis de la certeza es más que “Crisis del Derecho”, crisis de la legalidad, teniéndose en cuenta que el sacrificio de la seguridad jurídica y de la legalidad puede conllevar un merecido reconocimiento a la justicia.

(9) CARNELUTTI, Francesco, “La crisi del diritto”, Università degli Studi di Padova, 1953, en *La morte del diritto*, varios autores, p. 177.

(10) *Ibidem*, p. 13.

En suma: la relación entre los diversos fines o valores jurídicos es una cabal demostración del eterno drama del Derecho, mas no implica necesariamente una crisis grave o enfermedad incurable del Derecho. Habría que demostrar, por el contrario, que en la jerarquía y enfrentamiento de finalidades y valores está en vías de sucumbir el fin primario, el supremo valor social y jurídico, que es el de la justicia.

Los últimos setenta años de nuestro país demuestran un acentuado inventario que traduce un marcado menosprecio por la Ley o, en letras de molde, por el Derecho, por ausencia de lo que debiera ser una marcada civilidad. Se activan tendencias ocultas de pasados turbulentos y errados. Se acentúa el populismo, estatismo y el Estado ha reducido prácticamente a la nada al sector privado. Se burla a la ley por capricho o conveniencia. Y, en especial, en el último año, por señalar algunos ejemplos, la garantía de la propiedad privada ha sido atormentada; agregamos el atropello a la propiedad pública, permitido por las autoridades, donde las reservas de peces se prestan a la actividad clandestina, lo que permite usurpaciones, violándose el derecho de propiedad del Estado y poniendo en riesgo la sustentabilidad de un valioso recurso alimenticio como es la explotación pesquera: una nueva ley de locaciones; un burdo y arbitrario proyecto de Ley de Defensa de la Competencia; la prepotencia en el renombrado caso *Etchevehere*; el frustrado avallasamiento a la cerealera Vicentin; la usurpación en tierras de Guernica donde se consumó la liberación del predio, a cambio de cantidades dinerarias que desembolsa el Estado con fondos del erario que son de todos los argentinos contribuyentes; usurpación de viviendas en la costa Atlántica, reciente toma de tierras en Reconquista, Santa Fe; idéntico estropicio en la zona de Mascardi cometida por organizaciones terroristas disfrazadas de aborígenes. La cuestión adquiere enormes connotaciones dada la situación que atraviesan los propietarios que han sufrido desalojos violentos, daños en sus propiedades e incluido agresiones físicas y amenazas por parte de delincuentes encapuchados que pretenden acceder a la propiedad de las tierras de manera ilícita autoadjudicándose el derecho a una propiedad comunitaria sin antecedentes, sin posesión previa y actual. Insólita e ilegalmente, algunas autoridades avalan estas acciones, que configuran un delito de usurpación, cuando deberían ordenar un desalojo inmediato. Se privilegian simples ideologismos por sobre el derecho vigente. Un botón de muestra, refrán popular, se encuentra en una reciente resolución de la Administración de Parques Nacionales que retiró la querrela y desistió de impulsar la elevación de Juicio en la causa que investiga la usurpación de tierras en Villa Mascardi. Tan errada e inconstitucional resolución incorpora una recomendación de la Procuración del Tesoro de la Nación, "que según doctrina de larga data la decisión de iniciar o no iniciar, así como de proseguir o

no proseguir acciones judiciales... supone una evaluación de oportunidad y prudencia política, que constituye una función ajena a este organismo, toda vez que las funciones de promover o contestar acciones están a cargo de las respectivas autoridades superiores del organismo pertinente” (*sic*). Resolución e invocación que prescinden de antigua doctrina de la Corte Suprema —caso municipalidad c/ Elortondo, año 1888—, según la cual de ningún modo se autoriza a “disponer arbitrariamente de la propiedad de una persona para darla a otra”; y el caso dictado por dicho Tribunal en la causa: comunidad indígena del Pueblo Wichi, del año 2002, según la cual la “ilegalidad y arbitrariedad manifiesta autorizan la intervención del Poder Judicial para declarar la nulidad de los actos contrarios al derecho”. Un nuevo avance estatal es el proyecto de ley que acentuaría la intervención en el ya intervenido mercado de biocombustible que es el biodiesel, subproducto del aceite de soja, y el etanol, obtenido del maíz o de la caña de azúcar. El primero se mezcla con gasoil y el segundo con las naftas, en ambos casos con efectos benéficos en el plano ambiental y una valoración política positiva por lograrse la utilización de productos locales renovables que sustituyen importación de energía. Es que la intensificación de las regulaciones es una etapa previa a las denostadas estatizaciones. Desde las alturas se pretendió desconocer la propiedad apelando a pautas que carecen de rigor, desatendiendo que la verdadera función social de la propiedad consiste ante todo en darles a las personas un ámbito de libertad y responsabilidad para su propio proyecto de vida, crear los incentivos para la actividad productiva, garantizar el orden en el cuidado y la administración de los bienes, fomentar la paz social aportando claridad sobre los derechos de cada uno, todo lo cual redundaría en beneficio de la sociedad en su conjunto. No es ajeno a lo antes expuesto los dichos del presidente de la Nación en el sentido que justificaría la utilización de tierras improductivas de un particular para construir viviendas. Agregó el funcionario que un “Estado presente” debía ser el instrumento para disponer de esas tierras, ello a raíz de una ordenanza dictada en el municipio de Avellaneda que establece que un inmueble puede ser expropiado por ausencia de construcción, aun cuando haya pagado impuestos fuertemente crecientes, precisamente por su improductividad. Las palabras presidenciales, como era de esperar, provocaron entusiasmo en grupos propensos a ocupar tierras ajenas.

Nos sentimos desazonados en un clima de inestabilidad donde —sin incurrir en pesimismo— el horizonte es turbulento.

Otros y destacados argumentos pueden ubicarse en el esclarecido libro de Legaz y Lacambra, sobre “Horizontes del pensamiento jurídico” o bien en la brillante disertación del 23/VI/72 en esta Academia, formulada

por el académico Manuel Río, titulada “El derecho de propiedad privada componente necesario de la civilización humanista”.

A lo dicho, cabe sumar acontecimientos que opacan a la sana y ordenada convivencia que van desde la suelta de presos peligrosos por las más diversas causas, incluidos delitos contra la integridad física y sexual y de las personas, que salieran a estremecer a la ciudadanía, causando estragos; pseudo impunidad a hechos de corrupción sin medir las consecuencias y repasar notas de la historia de Roma, que cedió a su majestuosidad, precisamente ante el “esplendor” de la corrupción; un alarmante contexto de desarmonía normativa y cuando no, disposiciones legales confusas, contradictorias, con ausencia de claridad y coherencia debida; eliminación fáctica de la separación de poderes, subdesarrollo, informalidad, incertidumbre y permanente vulnerabilidad fiscal y monetaria. Horrendas cargas tributarias con insoportable sesgo confiscatorio a la endeble economía. La terrible pandemia que pudo haberse controlado por medios menos extremos; y mientras el sistema de salud respondiera, la restricción de derechos fundamentales resultó desproporcionada. La cuarentena conculcó el ejercicio de las libertades de movimiento, circulación y entrada al propio país. Indirectamente, afectó también la libertad religiosa, la privacidad y el goce de derechos socioeconómicos esenciales, como la salud, la educación y el trabajo. Nefastos personalismos provinciales, donde dirigentes soslayan la ley y desconocen la distinción entre fondos públicos y privados, asumiendo una noción patrimonialista del poder. Peligrosa alteración de las leyes de la economía y del mercado, con un gasto público nunca visto, incrementándose, financiado por una emisión sin límites. Y para cerrar, sin que ello agote el escenario, una oscura reforma judicial y permanentes embates al Poder Judicial y a sus integrantes, con propósitos encubiertos pero evidentes a cualquier mediano observador. Un decisorio de la Corte Suprema en el renombrado caso *Bruglia y Bertuzzi*, en el que penetró la infaltable política y dejó a la Justicia envuelta en interrogantes.

Cito recientes casos que nos llenan de asombro. Uno es un aire cálido en el frío invierno: un juez federal de la ciudad de Mar del Plata admitió una medida cautelar planteada por un contribuyente alcanzando a suspender el reclamo tributario del llamado “impuesto a la riqueza”. Coraje, sabiduría de un juez y vigencia del orden constitucional.

El otro precedente es “revival”: me refiero a la estatización de la metalúrgica Impsa, práctica estatal que entendíamos olvidada o mejor dicho superada.

En tal desagradable cauce está la estatización de la hidrovía Paraná-Paraguay, vía navegable de 3.500 kms por la que pasa el 80% del comercio exterior argentino, hoy de titularidad de una empresa belga y un socio local (Emepa), estando en preparación la creación de un ente estatal de control de todas las vías navegables del país.

Se desconoce que la democracia es una estructura inmaterial de valores y normas asumidas, que está acechada por un populismo extravagante e insuficiente, donde el disvalor preside los actos trascendentes del país.

Es que la transformación operada en el esquema jurídico, a pesar de sus inconvenientes —que pueden hacer peligrar los principios generales y la unidad del Derecho— tiene sus finalidades y puede obedecer a requerimientos impuestos por los cambios sociales.

Todo parece indicar que el Derecho no está en crisis: es la ley o la técnica o la ciencia del Derecho o, bien, el Derecho positivo los que tienen un cauce anormal. Para que se produjera tal crisis, tendría que producirse un enfrentamiento entre Derecho y Justicia.

Ello, no obsta a pensar que existan en el mundo actual preocupación por el ideal de justicia y su realización.

No cabe hablar de trance de desaparición del Derecho, que significa una necesidad lógica en cualquier sociedad medianamente organizada.

Se agrega a lo dicho un nuevo motivo de preocupación, trascendido por un destacado medio de prensa: “El estado de Derecho, en jaque”: se dice una necrofilia ideológica que contamina cualquier plan y sacrifica a la eficacia en un extraño altar de promesas varias.

Lo que sucede es que la mentada “Crisis del Derecho”, aquí y en todas partes, no significa que el Derecho esté en trance de ruina, desmoronamiento o desaparición, ni que la crisis afecte al Derecho como principio. Se trata simplemente de la ciencia o de la técnica, de las reglas y de las instituciones en que el Derecho viene encarnando y, por otra parte, dicha crisis no es más que un reflejo de la crisis general que afecta a la sociedad contemporánea.

Por estos lares, cuando nos encaminemos a superar el cinismo burlador de la ley, seamos fieles al legado de nuestra Constitución y den cuenta de la educación los educadores del pueblo, estaremos muy próximos al buen cauce de futuro. ♦

REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIALISMO Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

I. El principialismo (**)

El campo de la dogmática del derecho público, así como el de la filosofía del derecho, exhibe cuestiones en las que los juristas y filósofos no terminamos de ponernos de acuerdo. Muchas de esas cuestiones subyacen también, en forma implícita, en las capas más recónditas del pensamiento jurídico.

En esta ocasión, vamos a referirnos a dos tendencias. La primera es la que se refiere a la cuestión del principialismo, una orientación moderna que congrega un arco bastante amplio de concepciones que van desde el positivismo incluyente o iusmoralista hasta las diversas facetas que representa el iusnaturalismo.

Los puntos de unión de las concepciones principialistas pasan por tres ejes fundamentales, a saber: a) el reconocimiento de que el derecho constituye una práctica que se dirige a lo que “es bueno (hacer, tener, obtener y ser)” (1); b) la consideración de la moral como ingrediente del derecho; y, e) la prevalencia de los principios generales sobre las normas.

Existe la creencia que considera que el movimiento principialista tiene origen en las cartas constitucionales que se sancionaron en Europa tras la finalización de la segunda guerra mundial.

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 22 de julio de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) Finnis, John, *Aquinas: Moral, Political and Legue Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 41, cit. por Massini Correas, Carlos Ignacio en *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico jurídico de John Finnis*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 31; vid, asimismo, Legarre, Santiago, *Ensayos de Derecho Natural*, ed. Abaco, Buenos Aires, 2014, p. 509 y ss.

Sin embargo, aunque el hecho no se encuentra suficientemente reconocido por otras disciplinas, lo cierto es que el derecho administrativo muestra otro origen. En efecto, este derecho se construyó sobre la base de la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas desde sus mismos orígenes (Laferrière) y es sabido que, finalmente, el Consejo de Estado Francés reconoció su primacía (2), provocando uno de los cambios más grandes en la comprensión y operatividad de los principios generales del derecho público.

Su significación fue advertida en Francia por Jean Rivero, en uno de los trabajos pioneros sobre la materia (3), donde puso de relieve una jurisprudencia que terminó proyectándose al derecho administrativo público europeo. Se produjo de ese modo un cambio radical en las fuentes del derecho en base a las teorías fundamentales formuladas en el derecho francés (4) y la jurisprudencia de su Consejo de Estado y buena parte de sus sostenedores se habían enrolados en el iusnaturalismo, al igual que algunos autores alemanes del siglo anterior (Otto Mayer), en los que se advierte la adhesión a las verdades del derecho natural (5).

Una resuelta postura acerca de la trascendencia que revisten los principios generales del Derecho, en la configuración del Derecho Administrativo moderno, se advierte en toda la obra del maestro García de Enterría, quien, al culminar sus primeras investigaciones sobre el tema, no pudo reprimir su asombro de que en Francia, patria del legalismo, se hubiera construido un derecho administrativo en el que los principios prevalecían sobre las leyes escritas (6).

A la inversa de lo que piensan los llamados positivistas excluyentes el principialismo no ha venido a suplantar la legalidad positiva sino a reforzar su validez a través de una dimensión racional-moral de justicia que

(2) Véase: Coviello, Pedro J. J., *Raíces históricas del derecho administrativo y su actualidad. Apuntes para su estudio*, El Derecho, Revista de Derecho Administrativo, N° 8, Buenos Aires, 2020, Cita Digital ED-CMXXV-521, p. 7 y ss.

(3) Rivero, Jean, *Los principios generales del derecho administrativo en el derecho francés contemporáneo*, RAP N° 6, p. 289 y ss., Madrid, 1951 y, Jeanneau Benoit, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954.

(4) Hauriou, Maurice, *Derecho Público Constitucional*, trad. del francés de Carlos Ruiz del Castillo, supervisada por el propio autor que lo prologa, ed, Reuss, Madrid, 1927, p. 290 y ss.

(5) Vid, en tal sentido: García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, ps. 43-44.

(6) *Ibidem*, ps. 44-45, apunta que en el derecho francés “la idea de los principios no ha hecho más que dañar terreno”.

convive con la dimensión formal, proveniente de la autoridad de las fuentes sociales del derecho (7).

En esta dimensión de validez racional-normativa es donde, precisamente, se alojan los principios generales del derecho que resultan “descubiertos y funcionalizados por los juristas” y “recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o en la legislación” (8).

En tal contexto veamos, a grandes rasgos, lo que ha ocurrido en el campo de algunos sectores del positivismo (el llamado incluyente) y en el de la jurisprudencia analítica.

Al respecto, mientras la cantidad de concepciones filosóficas aumentó de un modo exponencial, dificultando la comprensión de la ciencia jurídica y sus métodos interpretativos y aplicativos, se produjo el abandono de algunas de las premisas centrales del positivismo legalista por parte de destacados filósofos del derecho que fueron calificados como positivistas incluyentes o iusmoralistas (Dworkin, Alexy y Nino).

El hecho de ser bendecidos con la calificación de iusnaturalistas (una paradoja retórica desarrollada por una brillante pluma filosófica (9)), supone que todos aquellos que sustenten una visión moral del derecho y no admitan una tajante separación conceptual entre ambos conceptos son iusnaturalistas. Más aun, para desdicha de los positivistas puros, ha irrumpido en la escena filosófica un profesor de la Universidad de Oxford (John Finnis), formado en la escuela analítica de Hart, quien se adhirió al iusnaturalismo de raíz aristotélica-tomista, dentro del modelo analítico (10), logrando que esta concepción fuera más comprensible por los

(7) Aspecto muy bien explicado en Massini Correas, Carlos Ignacio, *Jurisprudencia analítica...*, cit. p. 40.

(8) García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones...*, cit., p. 43.

(9) García Amado, Juan Antonio, *El iusmoralismo de Carlos Santiago Nino. Una crítica*, en el libro *Iusmoralismo (s) Oworkin/Alexy/Nino, Cevallos Editora jurídica, Quito, 2015*.

(10) También se ha calificado a la concepción de Finnis como un iusnaturalismo positivista (Cfr. Legarre, Santiago, *Ensayos...*, cit., p. 529), con lo que estamos en desacuerdo dado que, si bien existe una revalorización del derecho positivo, hay aspectos de la teoría que se oponen a la concepción positivista, incluso la del llamado positivismo incluyente (vgr. El sentido y la fuerza de la razonabilidad práctica y especialmente la armonía con Dios como bien humano básico; véase: Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. del inglés de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 427 y ss.)

pensadores anglosajones (11). Es la llamada Nueva Escuela del Derecho Natural (NEDN).

El enfoque iusnaturalista de Finnis rompe la separación conceptual entre moral y derecho pero no deja de atribuirle al derecho positivo, emanado de las fuentes fácticas y sociales, una jerarquía relevante en la medida en que no se produzcan situaciones susceptibles de afectar en forma grave y extrema la justicia, conformada por los principios generales del derecho o bienes básicos, concebidos conforme a una visión que atribuye un papel básico al derecho producido por la autoridad de las fuentes formales.

Cabe advertirse que estas fuentes no se limitan a la ley, sino que comprenden también la jurisprudencia y los principios generales, lo que hace posible que los jueces cumplan una función creativa en caso de lagunas jurídicas o de tener que interpretar los conceptos ambiguos que caracterizan el lenguaje natural (que carece de la precisión característica de la lengua de las ciencias exactas).

En resumidas cuentas, el principialismo constituye la tendencia especulativa que asigna predominio a los principios sobre las normas, considerando que ambas categorías constituyen reglas jurídicas vinculantes y fuentes del derecho. Se discute si el carácter autoritativo constituye, uno de los rasgos característicos del Estado de Derecho Constitucional (12), pero, en cualquier caso, debe ser siempre un Estado de poderes tasados y limitados, en el que sus órganos (llamados también poderes) actúan con independencia recíproca y armonía, sometidos al principio de legalidad, cuya máxima expresión es el bloque de constitucionalidad, a los principios de la justicia (la locución constitucional alemana y francesa se refiere a la ley y al derecho) y, por último, al control judicial de constitucionalidad.

En cambio, la tesis básica del positivismo legalista considera que la norma positiva constituye el centro del derecho y del sistema jurídico, considerando que toda norma emanada conforme al procedimiento estatal

(11) Véase: Massini Correas, Carlos Ignacio, *Jurisprudencia analítica...*, cit., p. 21 y ss.

(12) Ferreyra, Raúl Gustavo, *Fundamentos Constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 344, sostiene que el Estado Constitucional, a más de los elementos naturales que congrega (territorio y población) alberga dos elementos constituyentes no naturales (poder y constitución), poniendo énfasis en que la Constitución configura el artificio fundamental, la suma regla del orden estatal y añadiendo que “en el Estado Constitucional todo derecho del Estado debe ser genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo”.

predeterminado es válida con independencia de que sea justa e injusta, moral o inmoral. Dicha concepción sostiene que los valores de la justicia son subjetivos e irracionales y hasta metafísicos, que una teoría del derecho debe ser pura y limitarse al material positivizado y, consecuentemente, que la moral debe separarse del derecho. Como lo ha expresado con sinceridad Bobbio el positivismo jurídico es una doctrina “que reduce la justicia a la validez” (13), lo que cabe adicionar, además, una separación estricta entre moral y derecho.

Así, mientras, las concepciones del iusnaturalismo giran en torno de lo que es justo y moralmente bueno para las personas y el bien común, concibiendo al derecho como el objeto de la justicia, el positivismo legalista o puro sostuvo exactamente lo inverso: que la justicia consiste en la validez del derecho o, en otros términos, que el objeto de la justicia no es el derecho real (lo justo) sino su validez formal, acusando al iusnaturalismo clásico de introducir elementos metafísicos en la teoría del derecho, cuya pureza pretendía fuera un dogma irrefutable. En ese contexto, apoyados en la falacia naturalista de Hume, los positivistas llegaron a decir que, si la naturaleza era el orden del ser, resultaba falso sostener que de la naturaleza humana pudieran derivarse prescripciones normativas (el orden moral o el deber ser).

Lo cierto es que, como lo ha demostrado Finnis, la falacia naturalista no existió en el pensamiento aristotélico-tomista que nunca llegó a sostener que las prescripciones normativas derivaran directamente del ser (la naturaleza humana) sino que el conocimiento normativo de la ley natural, lejos de derivar del conocimiento previo de la naturaleza humana, “parte de unos principios primeros conocidos por evidencia y que se desenvuelven racionalmente -con razón práctica- ya sea a través de inferencias conclusivas, ya sea a través de la determinación circunstanciada de lo que en los principios se encuentra indeterminado” (14).

En ese escenario, en el que disputan su supremacía las más variadas corrientes del positivismo (tanto el incluyente como el excluyente) y del iusnaturalismo clásico, sin analizar otras concepciones inaplicables en los sistemas continentales europeos o de Iberoamérica, como el realismo norteamericano o algunas que han perdido actualidad doctrinaria

(13) Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2ª ed., trad. del título original italiano *Teoria della norma giuridica y Teoria dell'ordenamento giuridico*, ed. Temis, Torino, 1958 y 1960, respectivamente, p.30 y ss.

(14) Cfr. Massini Correas, Carlos Ignacio, *Jurisprudencia analítica...* cit., p. 74 y ss, especialmente p. 79.

(vgr. el estructuralismo) (15) se ha desarrollado la tendencia principialista, sin llegar a configurar una concepción integral de la filosofía jurídica.

Quedan desde luego otras cuestiones en las que se advierten significativas discrepancias entre ciertos sectores del positivismo incluyente y del iusnaturalismo tales como: 1) el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo y que el derecho positivo regula su propia creación; 2) el significado conceptual de derecho, justicia y la función de la analogía; 3) la distinción entre normas y principios y su condición, en ambos casos, de reglas vinculantes; 4) si la fuente de un principio puede ser extralegal o constitucional y no hallarse, en consecuencia, positivizado el principio; 5) la cuestión del *ser deber ser* en el sistema jurídico; 6) el carácter vinculante o meramente óptimo de un principio; y, 7) los métodos de interpretación y la teoría de la argumentación y justificación racional de las decisiones judiciales y administrativas (16).

De algunas de esas cuestiones nos hemos ocupado en ensayos anteriores (17), pero su análisis requiere una obra de mayor alcance que nos resulta imposible abordar en esta ocasión en la que, no obstante, nos ha parecido necesario reseñar las líneas generales que exhibe el escenario especulativo.

En definitiva, tal como ha apuntado Aragón Reyes, aun en el sistema europeo resulta difícil negar, en la actualidad, que “el Derecho de la Constitución es un derecho por principios” (según la terminología que emplea Zagrebelsky), así como desconocer, en el caso de España, la clara configuración de una Constitución Principialista (18).

(15) Vid: Suñé Linas, Emilio, *Teoría Estructuralista del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 2006, p. 23 y ss., con prólogo de José Luis Villar Palasí.

(16) Véase Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 245 y ss.

(17) *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, La Ley, Buenos Aires, 2015, especialmente p. 18 y ss.

(18) Cfr. Aragón Reyes, Manuel, *El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM), Madrid, 1997, p. 189, con cita de Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, New York, 1993, p. 119 y ss.

II. El Estado de Derecho Constitucional y los distintos neoconstitucionalismos

La segunda de las grandes tendencias está conformada por el fenómeno del neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo donde las cosas se complican por una serie de razones que pasamos a exponer.

Se habla de la inercia que supone la admisión a los cambios, máxime cuando ellos se gestan tras el extraordinario desarrollo dogmático efectuado por los grandes constitucionalistas que construyeron el edificio del Estado de Derecho, sobre todo cuando los cambios están en proceso de realización (19). Los criterios focales que se utilizan varían en función de la orientación que les marca la filosofía del derecho (20), por un lado, y la dogmática constitucional, por el otro, y dentro de cada postura se han desarrollado distintas concepciones.

A su vez, resulta evidente que el paso de la concepción histórica del Estado de Derecho Legal hacia el Estado de Derecho Constitucional ha sido un proceso evolutivo en el que se fueron superponiendo, como lo ha advertido la doctrina alemana, una serie de capas geológicas que no llegan a suplantar los principios clásicos del Estado de Derecho. En realidad, hay un contenido básico y común que se adapta a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales, pero manteniendo siempre como objetivos la defensa de las libertades (21), la seguridad (22) individual y colectiva y la protección de la propiedad, entre otros, como fines fundamentales del ordenamiento constitucional.

Optamos por seguir el camino abierto por la dogmática constitucional, en el que aparecen dos modalidades principales que se nutren de fundamentaciones diferentes.

(19) Aspecto destacado por Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Público General*, T° I, Iustel, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 322 y ss., señalando como fuente de esa opinión a Zagrebelsky.

(20) Ampliar en Vigo, Rodolfo Luis, *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2015, p. 13 y ss.

(21) Aragón Reyes, Manuel, *Dos problemas falsos y uno verdadero: "Neoconstitucionalismo", "Garantismo" y Aplicación Judicial de la Constitución*, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 29, julio-diciembre, 2013, p. 5 y ss.

(22) Isensee, Josef, *Justicia, Libertad y Seguridad*, trad. de Juan Carlos Gemignani de la edición alemana, Marcial Pons, Buenos Aires, 2020, p. 21 y ss.

El primero, configura el llamado Estado de Derecho Constitucional y no es otra cosa que la regulación de la democracia por la Constitución, cuyas “... líneas maestras se mantienen inmovibles: la Constitución como forma de limitación del poder en beneficio de la libertad de los ciudadanos, de la igualdad de todos en esa libertad”, la separación de poderes, la supremacía constitucional, el reconocimiento de los derechos fundamentales, la periodicidad en el ejercicio de los poderes ejecutivo y legislativo, la independencia del poder judicial y el control de constitucionalidad por parte de los jueces.

Aun cuando esta clase de nuevo constitucionalismo potencia el poder de los jueces en el control de constitucionalidad, esa circunstancia no los autoriza a salirse de la Constitución ni a convertirse en legisladores o administradores de la cosa pública, pues el principio de separación de poderes, rectamente interpretado, no admite tales excesos o desviaciones de poder (23).

El segundo de los neoconstitucionalismos implica la deformación del Estado de Derecho y de la Constitución, en un sentido tanto formal como material, en cuanto “...hace prevalecer el poder sobre el control, la unidad de acción estatal sobre la división de poderes, el entendimiento “político” de la democracia sobre su entendimiento “jurídico”, la democracia directa “plebiscitaria”, sobre la indirecta representativa, la voluntad política sobre las leyes, y en fin, el Estado decisionista sobre el Estado de Derecho” (24). Es, por tanto, un falso constitucionalismo (25) o “anticonstitucionalismo”, que poco tiene que ver con el verdadero y auténtico constitucionalismo (26), cuyos riesgos para la democracia han sido destacados por autorizada doctrina (27).

(23) Vid y ampliar en el excelente ensayo de Bianchi, Alberto B., *La separación de poderes. Un estudio desde el Derecho Comparado*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 23 y ss. Para este autor, más que de una teoría, se trata de una doctrina que, en sus distintos modelos, presenta la nota común de articular u sistema de gobierno de poderes limitados (op. cit, p, 399).

(24) Aragón Reyes, Manuel, *Dos problemas falsos y uno verdadero...*, cit., p. 6.

(25) Ibidem, p. 6.

(26) Con distinta fundamentación, puede verse la crítica al falso neoconstitucionalismo desde la óptica de un administrativista: Rodríguez R., Libardo, *Reflexiones sobre el neoconstitucionalismo, en particular frente al derecho administrativo*, RDA-2017-111.

(27) Ver Vigo, Rodolfo Luis, *Constitucionalizaciones y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones*, Infojus, 2015, punto 5, p. 503 y ss.

Por cierto, que, con abstracción del origen europeo o americano, en el campo de los partidarios de la distinción, que adhieren a la verdadera concepción del Estado de Derecho Constitucional, se ubican tanto los llamados positivistas incluyentes (que admiten la moral como ingrediente del derecho) como los iusnaturalistas (ya sean los clásicos o los modernos de la Nueva Escuela del Derecho Natural) (28).

Desde esta visión, el aspecto relevante que corresponde remarcar, como condición central del Estado de Derecho Constitucional, es el principio de supremacía proveniente del modelo de Estado de Derecho adoptado por la Constitución de los Estados Unidos de América. Este principio, adoptado en todo el continente americano (29) y trasladado más tarde al derecho continental europeo, contribuyó de un modo decisivo al abandono del legiscentrismo, es decir, de la concepción histórica de la ley fundada, entre otras cosas, en la omnipotencia y supremacía del legislador. Por ese motivo, cuando se habla del paso del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional hay que tener presente que, en los comienzos del derecho comparado, coexistían dos concepciones distintas y que, en el continente americano nunca dejó de regir la supremacía constitucional, no obstante la tendencia que consideraba que ciertos preceptos constitucionales y los derechos y principios declarados en los Preámbulos constitucionales poseían naturaleza programática y no operativa.

Como consecuencia de ese proceso histórico-político las Constituciones sancionadas en Europa a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, así como su doctrina y jurisprudencia, reconocieron, en forma expresa o implícita, el carácter de norma suprema que revestía la Constitución y, consecuentemente, el carácter operativo (en ocasiones con operatividad derivada y limitada a las posibilidades financieras de los Estados) de sus prescripciones, lo que terminó unificando los sistemas comparados de los países de América y Europa, pasando la Constitución a ser la “suma regla” (30) en forma generalizada.

(28) Denominación que ha recibido el movimiento iusfilosófico del iusnaturalismo moderno, encabezado por John Finnis.

(29) Art. 31 Constitución Argentina; Art. 4° Constitución de Colombia; art. 133 Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; art. 51 Constitución Peruana; todas las cuales abrevan en la Constitución de los EE.UU. (art. VI).

(30) Expresión empleada en la doctrina argentina, cfr. Ferreyra, Raúl Gustavo, *Fundamentos...*, cit., p. 396; vid especialmente García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 55 y ss.

III. La llamada constitucionalización del ordenamiento

Con la expresión constitucionalización del ordenamiento no parece aludirse a nada realmente nuevo. En tal sentido, siempre se sostuvo, en el plano de la dogmática constitucional, la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento público o privado. Pero, nada se opone tampoco a su moderna utilización. En realidad, al menos en el derecho administrativo argentino clásico (31), la mayoría de la doctrina siempre enseñó que el encabezamiento de los capítulos del derecho administrativo se encontraba en la Constitución, de conformidad con el pensamiento expuesto por Alberdi, al difundir la conocida frase de Pellegrino Rossi.

De ese modo, la consagración del Estado de Derecho Constitucional ha generado una serie de efectos que se proyectan al control judicial de constitucionalidad, entre los que se destacan:

- La efectividad que asume la supremacía de la Constitución como técnica jurídica ideada para asegurar que las autoridades cumplan la Ley Fundamental y no excedan sus límites (32), cuyas normas, principios y derechos dejan de considerarse programáticas para ser operativas o con operatividad derivada en algunos casos.

- El surgimiento de los principios generales que, según buena parte de la doctrina, tienen prevalencia sobre las leyes, informando, al menos, al ordenamiento jurídico.

- La potenciación del papel del juez en la aplicación de esos principios generales, a raíz de que deben aplicar mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas. En este plano, si bien, los jueces no se hallan habilitados a sustituir la ley ni tampoco a transformarse en legisladores, se encuentran obligados a fallar en los supuestos de carencias o lagunas normativas. A tal fin se impone la técnica de la analogía.

(31) Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, 4ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 162.

(32) Cfr. Laplacette, Carlos José *Tutela Judicial de la Supremacía Constitucional. Anatomía del control de constitucionalidad difuso*, ed. BdeF, Buenos Aires, 2016, p. 15 y ss., considera que las formas de supremacía o jerarquía pueden reducirse a dos: a) la lógica o formal, en cuanto a toda norma que regula la creación de otras ha de considerarse superior y, b) material, en cuanto prevalece por su contenido sobre otra en caso de conflicto, ya sea por la propia materialidad del precepto o por el valor axiológico que le asigne el intérprete (op. cit. ps. 16-17).

Esto no implica una objeción hacia el legislador civil cuando, por ejemplo, acrecienta la inserción en el CCCN del principio general de la buena fe (33), en la medida que la tarea interpretativa de los jueces se lleve a cabo con arreglo al meta principio constitucional de razonabilidad -comprensivo de la proporcionalidad- que, excluye toda arbitrariedad o abuso interpretativo. En muchos casos, los jueces, al aplicar los principios generales para resolver las carencias normativas, acuden a la técnica de la ponderación, en lugar de la subsunción que, ante la ausencia o ambigüedad de la norma, se convierte en un callejón sin salida.

Eso es precisamente lo que ocurre en el escenario jurisdiccional, producto de la pandemia de la Covid-19 que padecemos, en el que se torna imperioso armonizar las restricciones justificadas en el Estado de Necesidad con el principio de proporcionalidad que exige ponderar la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (34) que recoge la teoría de Alexy, aplicable tanto en los tribunales europeos como argentinos (35), a través del control judicial de constitucionalidad.

IV. Hacia el Estado Subsidiario

En el plano de la teoría política, con sus avances y retrocesos, el contenido del Estado de Derecho se ha ensanchado con los aportes provenientes de sucesivas variantes: Estado Social y Democrático, Estado de Bienestar y, actualmente, Estado Regulador y Garante (36) que representa la recepción del principio de subsidiariedad (37) de este modelo de Estado.

Hace tiempo que venimos sustentando ésta última la concepción bajo el nombre de Estado Subsidiario, cuyas raíces se encuentran en la Doctri-

(33) Véase la crítica de Rivera, Julio César, *Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia*, La Ley, diario del 11/11/2020, p. 4, que, por las razones que damos en el texto, no compartimos.

(34) Cfr. Nuestro trabajo *El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad*, La Ley 25/09/2020, 1 AR/DOC/2959/2020.

(35) Acordada 19/2019 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(36) Ampliar en nuestro *Derecho Administrativo y Derecho Público General*, ed. BdeF, Buenos Aires, 2020, p. 121 y ss.

(37) Coviello, Pedro J. J., *Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo*, en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 22-24.

na Social de la Iglesia (38), sin perjuicio de la interpretación que se apoya en textos de nuestra Carta Magna, como los artículos 14, 19 y 28 de la CN (39).

En esta concepción, el principio de subsidiariedad se erige como regla central de la actuación del Estado, en cuanto permite la plena concreción de los esfuerzos y capacidades de las personas y grupos intermedios de la sociedad, cuyas iniciativas resultan ser las más adecuadas y eficientes para la satisfacción de las necesidades humanas, tanto individuales como colectivas.

Este principio ha sido recogido recientemente en el Protocolo 15 del Convenio Europeo, si bien con una regulación que circunscribe la subsidiariedad a las relaciones con los Estados integrantes de la Unión Europea, es decir, a la llamada subsidiariedad territorial y no horizontal (40).

Como es sabido, la subsidiariedad tiene dos perfiles. Uno fundamental (la faz pasiva) que veda la inherencia del Estado en todas aquellas actividades que puedan llevar a cabo las personas privadas o las comunidades menores (privadas o públicas) y otro, que hace a la función de suplencia que debe cumplir el Estado de cara a la insuficiencia de la actividad privada o de las comunidades públicas menores al Estado, especialmente en el ámbito territorial, porque como indica la razón de ser de la descentralización se administra mejor cerca de los ciudadanos y empresas.

La vigencia y aplicación de la regla de la subsidiariedad reviste una condición fundamental y necesaria en el combate contra la pandemia (tal como ha ocurrido y está ocurriendo en los Estados Unidos de Norteamérica). De lo contrario, si todas las acciones de protección de la salud se dejan en manos exclusivas del Estado crecerá seguramente la ineficiencia, generándose un ambiente propicio a la politización y, en algunos casos, a corruptelas entre gobernantes y empresarios.

En prieta síntesis, el axioma que representa el principio de subsidiariedad puede expresarse de este modo: tanta libertad como sea posible

(38) Principio especialmente desarrollado a partir de la Encíclica *Quadragesimo Anno*.

(39) Así lo sostenemos en el *Curso de Derecho Administrativo*, T° I, 12ª ed. actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 48, nota 147 y sus citas. Ver también, Barra Rodolfo Carlos, *Principios de Derechos Administrativo*, ed. Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 35 y ss.

(40) Ver, al respecto: Vignolo Cueva, Orlando, *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*, ed. Palestra, Lima, p. 43 y ss.

y tanto Estado como sea necesario (41). Hay pues, una equivalencia de fines entre el Estado Regulador y Garante y Estado Subsidiario.

V. Conclusiones

El derecho no constituye una realidad estática sino dinámica y adaptable a las circunstancias históricas, sociales y económicas, pero ello no justifica alterar la esencia ni los fines, normas y principios de la Constitución. En ese escenario, el Estado de Derecho Constitucional constituye un freno legítimo y opuesto al denominado falso neoconstitucionalismo, que sustituye la voluntad del constituyente por las convicciones ideológicas de los jueces y el decisionismo de los legisladores.

El fenómeno jurídico no es como lo quisiéramos ver sino como realmente es y no se puede ignorar que la evolución ha terminado por reconocer que los principios generales del derecho y, sobre todo, los principios incorporados positivamente en la Constitución prevalecen en los ordenamientos público y privado (42).

La supremacía constitucional (43), la separación e independencia de los poderes y los principios que integran el bloque de legitimidad del Estado de Derecho y, especialmente, el principio de subsidiariedad, constituyen principios que son algo así como la clave de bóveda del edificio de la democracia representativa arts. 1º y 22 C.N. (44), que resulta impres-

(41) Messner, Johannes, *La cuestión social*, 2ª ed., trad. del alemán, ed. RIALP, Madrid, 1976, p. 543 y ss.

(42) Véase: Dalla Vía, Alberto R., *La Constitución y el Código Civil: reflexiones sobre el derecho público y el derecho privado*. SJA 17-06-2015, AR/DOC/4878/2015, punto III, expresa sus reservas en punto al término y la necesidad de evitar mal entendidos, teniendo en cuenta que la expresión nace en el llamado neoconstitucionalismo y aunque sin hacer la disección entre el verdadero y el falso su posición resulta similar a la de Aragón Reyes.

(43) El retraso del derecho europeo en reconocer la supremacía constitucional obedeció, entre otras causas, a la influencia doctrinaria de la obra de Lasalle, a través de la difusión de la conocida conferencia que pronunció en Berlín en 1862 “*Sobre la esencia de la Constitución*”, en la que definía a la Constitución como una “*mera hoja de papel*”, sosteniendo que en realidad impone reconocer el sustrato efectivo de poder que subyace en las declaraciones formales. Como se ha señalado, se trata de un reduccionismo “... *que la izquierda va a mantener a través de las formulaciones marxistas...*” (Cfr. García de Entrerría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., p. 130).

(44) Sin embargo, la jurisprudencia de la Core ha reconocido su compatibilidad con la llamada democracia deliberativa, al menos en materia de participación de los usuarios en los organismos de control de los servicios públicos; al respecto puede verse Sagües, Néstor Pedro, *Alternativas de encuentro en el escenario de la democracia*

cindible preservar para mantener la dignidad de todos los integrantes de la comunidad, cualquiera fuera su condición política, económica o social.

Ese Estado Subsidiario tiene por finalidad perseguir el bien común, mediante los mecanismos que ponen en funcionamiento la asignación de las competencias establecidas en la Constitución y debe orientarse a procurar la realización de sus fines, preservando incólume la libertad, la igualdad y la propiedad de las personas, verdaderos objetivos centrales del derecho, básicamente de los derechos Constitucional y Administrativo, pero también aplicables al derecho privado, junto a la realización armónica de los nuevos derechos sociales y colectivos. ♦

PRINCIPIO DE ECONOMÍA EN EL DERECHO PROCESAL

POR ENRIQUE M. FALCÓN (*)

I. Introducción (**)

Los principios procesales son los que determinan la forma y el alcance del Debido Proceso. Se coincide que el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados: a) El del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) la creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal, y c) el desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución (1). El *numen* del debido proceso en nuestro derecho está consagrado en el art. 18 CN y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) en su art. 8º sobre *garantías judiciales*.

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 12 de agosto de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) GOZAÍN, Osvaldo Alfredo, “Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 21; ARAZI, Roland; BARBOSA MOREIRA, José Carlos; COLERIO, Juan Pedro; DE LÁZZARI, Eduardo Néstor; DI IORIO, Alfredo; ENDERLE, Guillermo Jorge; GRILLO CIOCCHINI, Pablo A.; HERRERO, Luis René; KAMINKER, Mario E.; KIELMANOVICH, Jorge L.; OTEIZA, Eduardo; PEYRANO, Jorge W.; RIVAS, Adolfo A. y SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús María, “Debido Proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; SAGÜÉS, Néstor P., “El debido proceso y el repliegue del principio dispositivo”, JA 20-2-2013, Rev. 2013-I, fasc. 8, p. 31.

Los principios a veces son estrictos, a veces difusos, a veces se contradicen entre sí, debiendo seleccionarse el que en el caso concreto tenga más valor. De todos ellos el Principio de Economía es relevante en el *debido proceso*, aunque para comprenderlo hay que examinar qué es lo que queremos decir con *economía* y qué representa en el campo del proceso.

II. La economía y sus distintas facetas

En un primer paso podemos decir que la palabra *economía* proviene del latín medieval, que la tomó del griego donde se refería a la administración y distribución del hogar o del patrimonio, como administración eficaz y razonable de los bienes (*oikonomos*, es decir “oiko”, casa, patrimonio y “nomos”, administración). De allí saltó al conjunto de bienes y actividades que integran una colectividad o individuo, para finalizar como la disciplina que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de bienes escasos.

En este sentido Samuelson hace notar dos cosas respecto de esta visión de la economía relacionada con los bienes y servicios en la actualidad. Por un lado, las distintas cuestiones que trata la economía; por otro, el logro de una definición sencilla y única. Respecto de las cuestiones que comprende la economía pueden referirse al trabajo, a cuestiones familiares o personales, a decisiones políticas, los negocios, cuestiones vitales que enfrenta la sociedad (aumento de población, riqueza y pobreza de las naciones, situaciones del futuro), las que son todas preguntas que contesta la economía (2). Sin embargo, el contenido de la economía no se cierra, como veremos, solo en estos aspectos. En cuanto a la definición, el autor citado muestra muchas de las distintas variantes que se han querido utilizar para lograr una definición sencilla y concluye que se puede dar una definición tal como la siguiente: la *economía* es el estudio de la manera en que los hombres y sociedad utilizan —haciendo uso o no del dinero— unos recursos productivos “escasos” para obtener distintos bienes para

(2) SAMUELSON, Paul A., “Curso de economía moderna”, Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid, 1969, trad. José Luis San Pedro, ps. 3 y 4. En este ámbito, por Economía se entiende entonces “la ciencia de la riqueza. Esta consiste en bienes y servicios lo bastante escasos para tener un valor en dinero. El estudio de la economía es valioso como ejercicio de lógica y como reflector que ilumina los acontecimientos de la vida diaria (SCOTT, H.M., “Curso elemental de Economía”, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1960, trad. Javier Márquez, p. 13). Es decir que en este aspecto por economía se entiende como el estudio de las relaciones sociales que tienen que ver con los procesos de producción, intercambio, distribución de bienes y servicios, entendidos estos como medios de satisfacción de necesidades humanas y resultado individual o colectivo de esa sociedad.

su consumo presente o futuro entre las diversas personas y grupos que componen una sociedad (3).

Al mostrar las distintas facetas de la economía no debe olvidarse la visión filosófica de la economía. Ferrater Mora explica la cuestión del siguiente modo: “En dos sentidos puede examinarse el concepto de economía desde el punto de vista filosófico: desde el ángulo de la fundamentación filosófica de la economía (o reflexión filosófica sobre la economía) y desde el ángulo de la cuestión de la llamada “economía del pensamiento”; ...en lo que toca al primer punto, el concepto de economía puede ser objeto de una fundamentación filosófica, de una epistemología de las ciencias naturales y de una epistemología de las ciencias del espíritu. Reseñaremos brevemente en qué consisten cada uno de estos análisis... En tanto que objeto de una fundamentación filosófica, la economía es considerada como una actividad humana destinada a la producción de ciertos valores de utilidad... En tanto que objeto de una epistemología de las ciencias naturales, la economía es considerada como una actividad humana sometida a ciertas leyes de acuerdo con las cuales tiene lugar la producción de bienes, su distribución y su consumo... En tanto que objeto de una epistemología de las ciencias del espíritu, la economía es considerada como una de estas ciencias... La economía en sentido científico-espiritual se preocupa, pues, por ello grandemente de las condiciones psicológicas de la producción económica y en particular de las condiciones históricas, llegando —en las direcciones más historicistas— a hacer depender la forma de la economía de la historia, y no viceversa... En lo que toca al segundo punto la “economía del pensamiento» o “economía del pensar”, el concepto de economía es primordialmente un concepto metodológico o, si se quiere, gnoseológico-metodológico. El principio de economía establece que dados dos métodos (o, en general, dos modos o formas de pensamiento) con vistas a llevar a cabo descripciones, análisis, demostraciones, etc., debe preferirse el método que alcance iguales resultados con menor número de medios (conceptuales) (si se quiere, con menor número de supuestos, reglas, conceptos, etc.)” (4).

(3) SAMUELSON, Paul A., ob. cit., p. 5 y 6.

(4) FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, nueva edición aumentada y actualizada por el profesor Josep-María TERRICABRAS, supervisión de la profesora Priscila COHN FERRATER MORA, ARIEL S.A., Barcelona, España 1994 y 2001, t. II (E-J), ps. 967 y 968 (síntesis). A lo expuesto podemos agregar que la economía del pensamiento es un principio metodológico, diversamente formulado según las épocas, que aconseja elegir la más simple de entre las hipótesis o las explicaciones que puedan darse de un fenómeno. Guillermo de Occam, uno de los primeros en formularlo, lo enuncia afirmando que “No hay que multiplicar las entidades sin necesidad” (*entia non sunt multiplicanda sine necessitate*), refrán metodológico, de inspiración esco-

¿Qué nos queda para un concepto general de Economía? Solo decir como síntesis de una opinión personal que, en general, la economía es el sistema que permite lograr los mejores resultados posibles, con los elementos disponibles ya sea desde el punto de vista material, ya desde el punto de vista ideal, optimizando los recursos para la utilización de la menor cantidad de elementos, de forma que una cantidad dada produzca el máximo rendimiento.

III. La economía en el derecho procesal

Por supuesto que las cuestiones económicas mencionadas precedentemente se manifiestan en el proceso en el campo patrimonial, pero ellas son las consecuencia de las pretensiones sustanciales que se suscitan con motivo de causas económicas, ya sea desde el punto de vista del derecho constitucional (5), desde el punto de vista del derecho privado, aspecto

lástica, que sugiere reducir al mínimo el uso de conceptos y entidades, o realidades, para dar una explicación de algo, formulación, atribuida a Occam en el s. XVI que se la conoce como navaja de Occam con desarrollos posteriores en las distintas doctrinas y teorías.

(5) El tema la economía y la Constitución se presenta como un sistema complejo. La idea es reciente dentro del constitucionalismo y apareció en 1982 en la propuesta del economista americano (USA) Richard McKenzie, pero fue James M. Buchanan quien trató de ligar la economía con la política a través del Estado. Sus esfuerzos dieron frutos y en 1986, obtuvo el Premio Nobel de Economía por su desarrollo de las bases contractuales y constitucionales de la teoría económica y del proceso de toma de decisiones. Considerado el máximo representante de la teoría de la elección pública (public choice), que trata de ligar la economía con la política a través del Estado, entendido como la suma de voluntades individuales (BUCHANAN, J.M., "The Constitution of Economic Policy" (1986), from Nobel Lectures, Economics 1981-1990, Editor Karl-Göran Mäler, World Scientific Publishing Co., Singapore, 1992). El estudio sobre la economía y la Constitución ha crecido en los últimos tiempos, en los que también se ha considerado como el Análisis Económico en el campo constitucional (DÍAZ, Rodolfo, "El análisis económico del derecho constitucional, ¿conservador o progresista?", Comunicación del académico de número Rodolfo Díaz, en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 28 de octubre de 2015 - Edición de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2016, p. 5 y ss.). En síntesis se puede decir que la economía política constitucional es un campo de investigación y de discusión entre los científicos que optan por percibir la interacción social como un conjunto de relaciones complejas, reales y potenciales, entre personas autónomas, cada una de las cuales es capaz de tomar decisiones racionales. En este contexto DALLA VIA no considera que la Constitución se muestre neutral y ajena con relación a la economía, todo lo contrario, pues la misma está presente en el principio del "Estado de Derecho", del que derivan otros para dar "certeza" y "posibilidad" a las relaciones económicas; en el principio "democrático", afirmado por la reforma de 1994, que enfatizó una mayor participación ciudadana, que comprende también el interés

conocido como derecho económico (6), del derecho penal, donde aparecen los delitos económicos (7) y prácticamente en todas las facetas jurídicas.

Pero esto es solo un punto de vista, pero la expresión economía, como muchas otras, es una palabra ambigua, es decir que es un significante con muchos significados y distinto alcance cada uno de ellos (8). Por un lado, no todas las cuestiones del proceso, ya sea civil o penal, tienen contenido patrimonial. Por otro, cuando se habla de *principio de economía* en

de consumidores y usuarios; en el principio “federal”, que regula las competencias entre el Estado nacional y las provincias, y en donde sobresale la unidad económica del territorio, asegurada por varias normas de la Constitución; en el principio del “Estado social” (receptado en el constitucionalismo social), que armoniza con el del Estado liberal; en el principio de “integración regional”, que responde a la declinación del Estado-nación y a la configuración de “bloques” integrados para mejorar la competencia en el comercio internacional; en el principio o tendencia actual de “protección del medio ambiente, aspectos que trascienden la poca importancia que se ha dado a esta cuestión entre los constitucionalista (DALLA VIA, Alberto R., “Derecho constitucional económico”, La Ley, Buenos Aires, 2015). Desde el punto de vista constitucional se puede ver que la Constitución Nacional establece en el art. 75 inc. 19: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”. Para la realización de la actividad económica del Estado es necesario contar con un presupuesto anual y una ley de presupuesto permanente, con planes a corto, mediano y largo alcance. Es necesario también disponer de las normas jurídicas adecuadas para estos logros y en lo particular regular las sociedades, los contratos, las reglas básicas del trabajo, los impuestos, etc. También confluyen en esta materia el Derecho Penal Económico y las cuestiones relacionadas con los Concursos y Quiebras.

(6) Ver por ejemplo; LOVECE, Graciela y GHERSI, Carlos E (con la colaboración de varios autores), “Derecho Económico”, Errepar, Buenos Aires 2013. OLIVERA, Julio H. G., “Derecho económico y análisis económico del derecho”, disertación del Dr. Olivera, en la sesión privada del 26 de noviembre del 2009 ante esta Corporación.

(7) Ver por ejemplo: BACIGALUPO, Enrique (dir.), “Derecho Penal Económico”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

(8) De Saussure ve el signo lingüístico como una entidad de dos caras, constituidas por el concepto y la imagen acústica. Así, dice: Llamamos signo a la combinación del concepto y de la imagen acústica pero en el uso corriente este término designa, generalmente, a la imagen acústica sola... [esto crea una ambigüedad que]... desaparecería si se designara a las tres nociones aquí presentes mediante nombre que se impliquen recíprocamente al tiempo que se oponen. Nosotros proponemos conservar la palabra signo para la totalidad, y reemplazar concepto e imagen acústica respectivamente por significado, y significante” (de SAUSSURE, Ferdinand, “Curso de lingüística general”, en “Saussure y los fundamentos de la lingüística” Estudio preliminar y selección de textos por José Szabón, Buenos Aires, 1976, ps. 103 y 104.).

el proceso, se está haciendo referencia a que el sistema del mismo, en su aplicación, evite el despilfarro de tiempo y de recursos. Ello, porque la significación de cualquier expresión económica está relacionada con la escasez. Y esta escasez es la del tiempo. Ciertamente, desde el punto de vista objetivo el tiempo no es escaso. El *Big Bang* sucedió hace millones de años y el Universo se extinguirá en otros tantos millones de años. La escasez de la que hablamos parte del tiempo de la vida de las personas y la calidad de vida que se espera.

Un proceso surge de un conflicto jurídico o de intereses. Carnelutti ha señalado que “El conflicto de intereses consiste en su incompatibilidad, en el sentido de que la satisfacción de la necesidad que corresponde a uno de los intereses excluye o, por lo menos, limita la satisfacción del otro. Cuando los intereses pertenecen a personas distintas (conflicto intersubjetivo), su incompatibilidad constituye un peligro, pero no todavía un daño para la paz, ya que puede ocurrir o que uno de los interesados tolera la insatisfacción o entre ellos medie un acuerdo. El peligro se transforma en daño cuando, no verificándose ninguna de las hipótesis recién imaginadas, los interesados pasen a ser contendientes, en cuanto cada uno de ellos exige que se satisfaga su interés. Se entiende que esta segunda es la hipótesis que con mayor urgencia reclama la reglamentación jurídica y que, por tanto, la especie de proceso que a ella se refiere, tenga sobre las demás la precedencia histórica y la prevalencia práctica” (9). Por supuesto que las distintas fases de la negociación y la mediación pueden ayudar a la solución del conflicto y así rendir económicamente, pues la solución del conflicto requiere un esfuerzo, un costo y un tiempo, aspecto este último que jamás se recupera, sin contar con la incertidumbre y el efecto psicológico perjudicial que puede sufrir cualquiera de las partes. Estos tres factores, esfuerzo, costo y tiempo, son los componentes sobre los que actúa el Principio de Economía Procesal. No cabe duda, además, que la eternización de los procesos perjudica también a los abogados y a los magistrados que muchas veces se ven atados a la “eternidad” de los mismos, constituyendo una distracción en la atención de otras cuestiones que también merecen ser tratadas en tiempo y forma.

IV. La doctrina sobre el principio de economía

¿Qué nos dice la doctrina procesal al respecto? Tres líneas de pensamiento se muestran en este sentido, ninguna de las cuales es excluyente, sino que dependen de la evolución que se fue dando en esta materia. La

(9) CARNELUTTI, Francesco, “Instituciones del Proceso Civil”, trad. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires 1973, Vol. I, p. 25.

primera está relacionada con los proyectos de Código Procesal. En este sentido David Lascano en el “Proyecto de Código de Procedimiento Civil y Comercial”, incluye la economía como una obligación (*sic*: por deber) del juez, en el inciso 4º al decir que dentro de dichos deberes comprenden entre otros “Dirigir el procedimiento debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos disponer cuanto sea necesario para ...que la tramitación de la causa sea lo más rápida y económica posible” (10). Esta idea se mantuvo en los Proyectos Reimundín y Podetti y recaló en el Código Procesal Civil y Comercial Nacional en art. 34 inc. 5º, que se ha mantenido en las reformas de las leyes 25.488 y 26.589 (11), además de su adopción por los Códigos provinciales. Pero estos conceptos daban por sentado una idea de la economía en el sentido exclusivo de rapidez, a diferencia del proyecto Lascano que hablaba de rapidez y economía. A la vez el ordenamiento actual, en el inciso 5º citado menciona una serie de deberes del juez que hacen a la economía del proceso concentración, saneamiento y moralidad (moralidad que se expresa a través de la lealtad, la probidad y la buena fe).

Una segunda línea fue inaugurada por Couture, quien en los *Fundamentos* explica la cuestión desde el punto de vista principista diciendo: El proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso (este concepto lo había ya volcado en la *Exposición de Motivos* de su Proyecto de Código de Procedimiento Civil, p. 116). Por aplicación de este principio, los procesos modestos en su cuantía económica, son objeto de trámites más simples, aumentándose las garantías a medida que aumenta la importancia económica del conflicto. Son aplicaciones ‘de este principio las siguientes: a) Simplificación en las formas de debate... b) Limitación de las pruebas. c) Reducción de los recursos. d) Economía pecuniaria. Las costas y gastos de justicia son normalmente menores en los asuntos modestos; e) Tribunales especiales...” (12). En esta misma línea, pero con un carácter utilitarista, Clemente Díaz expone que, “El principio de economía procesal se define como la aplicación de un criterio utilitario en la realización empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad juris-

(10) LASCANO, David, “Proyecto de Código de Procedimiento Civil y Comercial”, edición de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 1935, art. 18 inc. 4, ps. 182 y 183.

(11) Cód. Proc. Civ. y Com., art. 34, inc. 5 -V. “Vigilar que en la tramitación de la causa se produce la mayor economía posible”.

(12) COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Depalma, Buenos Aires 1951, ps. 84 y 85.

diccional. Por su trascendencia jurídica y social, el principio de economía procesal pertenece a la temática de la política procesal y, por consiguiente, constituye un *prius* que el legislador debe tener en cuenta como inspirador de las formulaciones legales, sea implantándolo como un principio encaminado a configurar un ordenamiento procesal de acuerdo al criterio utilitario en la realización del proceso, sea configurándolo como un poder-deber del juez en la realización del proceso. Los puntos de ataque del criterio utilitario se refieren a la duración del proceso y al costo de la actividad jurisdiccional que el principio de economía no ignora ni repudia, sino que, aceptando que el proceso tiene una dimensión temporal y que el proceso significa un gasto, trata únicamente de regularlos en forma tal que no conspiren seriamente contra el justiciable” (13). Y en este campo agrega, en contra de las formulaciones puramente programáticas, poco normativas, diciendo que “el principio de economía procesal adquiere categoría de principio general de carácter político-procesal por sus aplicaciones concretas a saber: a) Economía financiera del proceso, b) Simplificación y facilitación de la actividad procesal” (14), para luego desarrollar esa *economía financiera* del proceso y la *simplificación* y *facilitación* de la actividad procesal que se traduce en dos corolarios: la eventualidad de la afirmación y la concentración de actos procesales. En sentido similar Palacio dice que “Este principio es comprensivo de todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación torne inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en él. Constituyen variantes de este principio los de *concentración*, *eventualidad*, *celeridad* y *saneamiento* (15), que se deben desarrollar en los Códigos Procesales. Una observación que cabe en este aspecto es que los cuatro ítem mencionados como principios no son tales, sino que son sistemas de aplicación en el campo del principio de economía procesal.

No cabe duda de que, como ya lo hemos señalado, la escasez, los costos y el tiempo son elementos considerados como fundamentales en el cam-

(13) DIAZ, Clemente, “Instituciones de Derecho Procesal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, t. I, ps. 243 y 244.

(14) *Ibíd.*, p. 245

(15) PALACIO, Lino. E., “Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 3ª ed. actualizada por Carlos Enrique Camps, t. I, p. 209. Por su parte DEVIS ECHANDÍA, Hernando, (Teoría General del Proceso, Universidad, Buenos Aires, 1984, t.I, p. 36) habla del Principio de Economía como el menor trabajo y justicia más barata y rápida, señalando que tal principio es la consecuencia del concepto de que “debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo de empleo de la actividad procesal”, pero luego trata aparte el principio de concentración y el principio de eventualidad (p. 37).

po del *principio de economía* en el proceso (16). Sin embargo, estos elementos, si bien suman al concepto de economía procesal, no son suficientes. Una tercera línea que será el objeto de este trabajo ahora marca una visión sistémica más amplia del problema. Acercándose a este problema Gozaíni estudia del tema desde el Derecho Procesal Constitucional, como un elemento del *debido proceso* que estructura así una visión más amplia desde el punto de vista convencional y constitucional que iremos examinando en los distintos puntos de acercamiento con nuestras ideas (17).

V. El carácter entrópico del sistema judicial

Uno de los problemas fundamentales que traban el desarrollo de un debido proceso es el carácter *entrópico* del derecho procesal; es un campo donde se provoca y reina el desorden (18). La manera de solucionar la entropía es realizar el trabajo de ordenar sistemáticamente los objetos materia de nuestro interés. En el derecho procesal se van realizando reformas en que se superponen unas normas sobre otras sin seguir las reglas del sistema que indican que cuando se cambia una parte del mismo dicho cambio debe responder a idénticas características de interrelación que tenía el objeto cambiado. A ello se agrega que no se articula un sistema procesal integral, porque no hay una política adecuada y en algunos casos no hay ninguna política procesal. Veremos, en consecuencia, la dificultad de avanzar en esa materia que explica, en gran parte, la situación actual del proceso.

Como muestra de lo expresado, veamos algunos ejemplos. En el sistema nacional y federal del *proceso penal* se establecieron tribunales ordinarios

(16) Ya Podetti, al igual que los autores citados reconocía parte de ello al dividir el principio en dos facetas, al decir “En dos sentidos debe entenderse el principio de economía en el proceso: como economía de gastos y como economía de esfuerzos” (PODETTI, J. Ramiro, “Teoría y técnica del proceso civil”, EDIAR, Buenos Aires, 1963, p. 139). Por su parte MORELLO interrelaciona el principio de economía con otros principios del proceso para la obtención de un proceso justo, pero asienta el concepto en el costo de la litigación, señalando que: “Centramos el tema de la economía procesal en la órbita del uso racional del proceso” (MORELLO, Augusto M., “El principio de economía procesal” en Acceso al Derecho Procesal Civil, LEP, La Plata, 2007, t. I, p. 545).

(17) GOZAINI, Osvaldo Alfredo, “Derecho Procesal Constitucional. El Debido Proceso”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 303 y ss.

(18) La entropía enseña que la probabilidad de que un sistema tienda al desorden es mucho mayor que al orden. Por ej., si se mezcla un mazo de barajas de modo aleatorio y no como lo haría un mago profesional, es muchísimo más probable que, cualquiera sea el número de mezclas que se hagan, las barajas no se ordenarán por número y palo.

pluripersonales de primera instancia y cámaras de casación, cuando claramente se sabe que dicha organización es contraria a las convenciones internacionales, por lo cual debe modificarse el alcance de las *cámaras de casación* que ya no están para el objetivo originario, sino que son tribunales ordinarios de revisión. Pero, a su vez, el sistema penal mantiene sin ningún objeto jueces pluripersonales en esa primera instancia (19). De acuerdo con la presión política del momento se deja sin efecto el “doble conforme” para pretender que todas las condenas no tengan eficacia hasta que no llegue el fallo de la Corte Suprema, agregando una delirante concepción del derecho penal como el “lawfare”, expresión usada para referirse a la utilización abusiva o ilegal de las instancias judiciales nacionales e internacionales, manteniendo una apariencia de legalidad, para inhabilitar o provocar el repudio popular contra un oponente y en donde se quiere justificar el actuar delincuenciales de un individuo (como muchos otros en situaciones similares) que ha sido condenado en todas las instancias, incluida la Corte Suprema, la mayoría de cuyos miembros o fueron nombrados por el mismo partido a que pertenece el reo (al igual que varios jueces de las instancias anteriores), lo que, para admitir el “lawfare” (institución —si puede llamarse así— inexistente en nuestro derecho), es de suponer una conspiración general de la justicia que resultaría imposible lograr (20).

(19) En materia penal, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), en el artículo 8, 2 h) establece el “Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, y se constituya un proceso. Esto es lo que se conoce como “doble conforme”, criterio según el cual el condenado tiene derecho a reclamar contra una sentencia adversa de una instancia ante un tribunal superior, derecho discutido respecto del acusador (CPPN: 458 y CS, “Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas- Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento”, 31/08/2010), TR LALEY AR/JUR/45962/2010. De manera que luego de diversas interpretaciones, primero en el fallo Girolodi (CS, “Girolodi, Horacio David y otro, recurso de casación /causa n° 32/93”, 7/4/1995; Fallos 318:514) y más tarde la Corte Interamericana hubo de resolver el caso “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, 02/07/2004 y el Recurso de Casación, TR LALEY AR/JUR/4183/2004), llevaron a que finalmente la Corte Suprema dictara el fallo Casal (CS, “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa - causa N° 1681”, 20/9/2005; TR LALEY AR/JUR/2667/2005), 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 (Cód. Proc. Penal, art. 23) y la Cámara Federal de Casación Penal (Cód. Proc. Penal, art. 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.

(20) El Código Procesal Penal Federal dispone: Artículo 364.- Doble conforme. Si la impugnación de la sentencia fuere promovida por el representante del Ministerio

En el proceso civil se incorporó la *mediación* obligatoria intempestivamente, sin aviso y sin formación alguna, se agregó la *audiencia preliminar* en el *proceso* escrito, cuando en realidad dicha audiencia corresponde al proceso oral y ni los jueces ni los abogados estaban preparados para ello y sin que el resto del proceso se acomode a ese sistema. Se sabe y se han hecho innumerables trabajos, estudios e investigaciones sobre la interrogación, por lo que se supone que las partes y los testigos deben ser interrogados de una determinada forma, pues, bien, en materia de las partes en muchos códigos procesales se sigue aplicando el sistema de “posiciones”, mientras que los testigos son examinados prácticamente con el modelo decimonónico bien parecido a la inquisición. Tan fuera de lugar están las posiciones que el nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza (ley 9001) las ha eliminado como medio de prueba.

En cuanto a la organización. En la provincia de Buenos Aires se dictó una ley de familia: la misma estaba organizada en el aspecto judicial con tribunales colegiados de primera instancia única, esta idea fracasó, sin embargo una nueva norma los volvió a poner en práctica, lo que creó un nuevo fracaso, por lo que con el tiempo hubo de modificarse ese sistema y establecer jueces unipersonales de primera instancia con cámara de apelación (ley 13.634). En el sistema nacional y federal se hicieron numerosas reformas; la peor de ellas es la actualmente vigente, con algunas pequeñas modificaciones, ley 25.488, que contiene errores notables, entre ellos transcribir disposiciones de otros proyectos que no se incorporaron a esa reforma (entre otros muchos art. 459 referido a la pericia). Para completar el cuadro solo con algún ejemplo notable, tenemos la derogación y sustitución del *recurso de inaplicabilidad* de la ley por otros recursos con tribunales especiales, mal diseñados, que nunca entraron en práctica hasta que la ley 27.500 retrotrajo la situación derogando esa reforma y reimplantando el Recurso de Inaplicabilidad de la ley (sobre este particular ver párrafo 8, a).

VI. Los distintos requisitos del principio de economía procesal

El derecho procesal tiene sus propios medios y puntos de vista para el logro económico de su tarea, que denominamos *principio de economía procesal* y que se manifiestan a través de los distintos niveles de la estructura de su sistema, produciendo distintos efectos en cuanto a la efecti-

Público Fiscal o el querellante y fuera adversa para el imputado, este podrá solicitar su revisión. Art. 365.- Prohibición de reenvío. Los jueces deberán resolver sin reenvío. Si por efecto de la decisión adoptada debiera cesar la prisión u otra medida de coerción sobre el imputado, se ordenará su cese inmediato o la medida que corresponda.

vidad y el debido proceso. Un sistema persigue un objetivo (en nuestro caso, la economía), pero ello no se logra con parches, sino que hay que organizar el sistema integral acorde con el objetivo planteado. Ciertamente que se han dado pasos importantes para lograr ese objetivo, pero siguen siendo parciales. Esos pasos se logran con la adquisición de los recursos enfocados en el objetivo. Luego, contando con los recursos debe plantearse la estructura y el procedimiento. Finalmente, al tener el resultado debe observarse y controlar el mismo en todos sus aspectos (con modelos experimentales y simulaciones) para advertir donde están los errores y producir su corrección. El control debe ser permanente y tener un equipo que se ocupe de ello, con los profesionales adecuados para la tarea, no políticos. Muchos de estos conceptos han sido receptados por los sistemas procesales nacionales e internacionales, especialmente en la línea de las últimas reformas, aspectos que se muestran también de manera clara en el “common law”.

VII. El objetivo y los recursos

Sin perjuicio de lo expresado, y para determinar los requisitos que son necesarios para cumplir con el principio de economía procesal, lo primero que hay que trazar es un objetivo que pueda expresarse de modo comprensible. El objetivo es esencial, porque si no se sabe a dónde ir, es muy difícil poder llegar. Los objetivos pueden ser generales (por ejemplo, afianzar la justicia), especiales (lograr el debido proceso) y operativos o particulares (aplicar sistemas de economía procesal en nuestro caso). El objetivo de economía procesal se hace teniendo en cuenta lo limitado de los recursos (escasez), la necesidad de organizar adecuadamente los recursos y simplificación del sistema tanto desde el punto de vista estructural como del procedimental (economía de esfuerzo y máximo rendimiento), evitar pasos innecesarios y compromiso de los distintos operadores jurídicos (tiempo adecuado). Y ese objetivo se describe como la realización de un proceso que conlleve la menor cantidad de costos (21) y la menor cantidad de esfuerzos. Para desarrollar los pasos que nos lleven al cumplimiento del objetivo debemos, por un lado lograr la formación adecuada de los operadores jurídicos, contar con los recursos económico-financieros y desarrollar con eficacia los aspectos relacionados con el campo científico y tecnológico. Finalmente todo ello desembocará en la

(21) Los costos comprenden los gastos que tanto del Estado como de las partes se deben realizar para lograr el objetivo. Pero el costo hacia las partes y los intervinientes no necesariamente es patrimonial, pues existe también un costo psicológico, que se produce por el desgaste innecesario de esfuerzos y que en lo social se aprecia por el desprestigio de la justicia.

redacción de un Código, que es lo último que hay que hacer y no lo primero, porque si lo primero que hacemos es el Código, estamos pensando al revés y las cosas hechas al revés salen mal. Veamos esos recursos.

VII.1. La formación jurídico-intelectual y práctica de los distintos operadores jurídicos

Cualquier tarea que se pretenda realizar no puede ser llevada a cabo, si los recursos humanos no están disponibles o no son los adecuados. La formación jurídica ha descendido en la Argentina en los últimos tiempos de modo notable. Ignoro sus reales causas, pero puede tratarse de un problema social donde se nota una anomia en muchas de sus actividades. La menor capacitación se debe en gran parte a las Facultades que, en muchos casos, han implementado planes que no responden a la realidad, en otros se ha partido el conocimiento sin establecer una base previa genérica esencial en la formación del pensamiento jurídico. Por otro lado, se trae desde hace ya mucho tiempo el arrastre de un sistema de derecho cerrado, sin que los estudiantes de derecho sean formados en ciencia, sistemas, psicología, oralidad, informática, economía y toda una serie de conocimientos que hoy en día resultan indispensables, no para ser especialistas en cada una de las disciplinas, sino para comprender la realidad en la que se va a aplicar el derecho. Parece que enseñar a razonar y pensar es algo olvidado. Otro aspecto al que no se le presta la debida atención es la práctica, la que no se considera importante y de hecho su ubicación en los planes de estudio es poco menos que insignificante.

La ideologización de temas, sin experimentaciones adecuadas, o sin ninguna (aspecto que no sufre solo el derecho, sino en general las llamadas *ciencias sociales*), perturban la formación profesional en un nivel aceptable. Esta incapacidad o error aparece luego en las legislaciones sin sentido, en los reclamos judiciales impropios con perjuicio de los clientes, en las decisiones confusas, arbitrarias y desconocedoras de los más elementales principios del Derecho y la realidad. Todo esto constituye una pérdida económica que no se puede medir, pero que contribuye en gran medida al descreimiento de la población sobre la Justicia y al atraso y estancamiento del país. Por otro lado, el modelo que resulta de lo explicado está en contra de la *economía del pensamiento*, a la que hemos hecho referencia en párrafo II. última parte.

Recibirse de abogado, aun con la mejor formación, es el primer paso. Para constituir un elemento humano adecuado hay que ejercer la abogacía, ya sea desde el punto de vista particular, ya desde el punto de vista público (abogados, jueces, legisladores, docentes, etc.), o quienes pretenden llegar a realizar esas tareas necesitan toda una formación permanente

(que se logra a través de la Escuela Judicial y de los distintos cursos, *masters* especializados y otros tipos de estudios sobre la especialidad y sobre el proceso). En un mundo cambiante como en el que nos encontramos, donde los avances tecnológicos y los cambios son moneda corriente y que pueden colocarnos en un mundo donde no comprendamos la realidad, no basta ser profesor, abogado litigante en un estudio importante o en un estudio propio menos importante, juez o legislador. El llegar a esas situaciones es una foto de un momento determinado, mientras la película sigue y nos deja en el pasado. Estudiar permanentemente es necesario. El primer mandamiento del abogado de Eduardo J. Couture aplicable a todas las actividades abogadiles nos dice: “Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigue sus pasos, serás cada día un poco menos abogado” (22). A ello agreguemos que los avances de las ciencias y disciplinas en la actualidad es un campo que ni el abogado ni el juez pueden ignorar según la especialización que tengan, así como las bases científicas, filosóficas y la realidad social circundante.

VII.2. Los recursos económico-financieros y el presupuesto

El segundo grupo de recursos lo constituyen los económico-financieros. En cualquier sistema, pero mucho más claramente en los sistemas democráticos, especialmente en aquellos en que lo Judicial es un Poder, como lo es en nuestra Nación, la organización y estructura del mismo requiere toda una serie de recursos como edificios con instalaciones, muebles y útiles para la realización del trabajo, así como los recursos para su mantenimiento y sustitución cuando los cambios lo aconsejen. Para todo ello se

(22) COUTURE, Eduardo J., “Los mandamientos del abogado”, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 11, y agrega “¿Qué abogado puede abrigar la seguridad de conocer todas las disposiciones? ¿Quién puede estar cierto de que, al emitir una opinión, ha tenido en cuenta, en su sentido plenario y total, ese imponente aparato de normas? Además, por si su cantidad fuera poca, ocurre que esas normas nacen, cambian y mueren constantemente. En ciertos momentos históricos, las opiniones jurídicas no solo debían emitirse con su fecha, sino también con la hora de su expedición. El abogado, como un cazador de leyes, debe vivir con el arma al brazo sin poder abandonar un instante el estado de acecho. En su caso más difícil y delicado, en aquel en que ha abrumado a su adversario bajo el peso de su aplastante erudición, de doctrina y de jurisprudencia, su contrincante se limitará a citarle un artículo de una ley olvidada o escondida. Y entonces, una vez más, como en el apóstrofe de Kirchmann, una palabra del legislador reducirá a polvo una biblioteca. Es tal el riesgo de situar un caso en su exacta posición en el “sistema del derecho, y tantas son las posibilidades de error, que uno de nuestros más agudos magistrados decía que los abogados, como los héroes de la independencia, frecuentemente perecen en la demanda. Como todas las artes, la abogacía solo se aprende con sacrificio; y como ellas, también se vive en perpetuo aprendizaje. El artista, mínimo corpúsculo encerrado en la inmensa cárcel de aire, vive escudriñando sin cesar sus propias rejas y su estudio solo concluye con su misma vida” (cit. ps. 24 y 25).

requiere un *presupuesto*, el que conforme con la definición más tradicional, es el documento financiero que estima la recaudación a obtener por vía de impuestos y/u otras recaudaciones y equilibra ingresos a obtener y el gasto (en este caso el público) en el año fiscal. Ese aspecto corresponde a cada una de las instituciones autónomas del Estado. A su vez el *presupuesto* puede ser general o particular. Este último corresponde a otras instituciones de la Administración con economía autárquica, participación a las provincias, u otros estamentos del Estado como son el Poder Judicial y el Poder Legislativo, que reciben un porcentaje del *presupuesto general* para ello, a lo que pueden sumar recursos propios de recaudación. Mucho se ha hablado de la *tasa judicial* y otros cobros menores que puede ser el aporte para la formación de ese presupuesto judicial, pero ya hace bastante tiempo que se ha demostrado que dicha tasa no alcanza de modo alguno para sostener por sí sola los requerimientos del Poder Judicial, el que necesita aportes complementarios del Estado y otros recursos que pueda adquirir, para integrar el rol general de gastos anuales.

El Poder Judicial de la Nación goza de autarquía económico-financiera. Así el art. 1º de la ley 23.853 dispone que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación preparará el Presupuesto de Gastos y Recursos del Poder Judicial, el que será remitido al Poder Ejecutivo Nacional para su incorporación al proyecto de Presupuesto General de la Administración Nacional que se presenta anualmente ante el Honorable Congreso”. A su vez el presupuesto es ejecutado e informado por la Corte Suprema mensualmente, respecto de la aplicación de las distintas partidas a gastos corrientes (como sueldos, gastos generales y planes de actualización como puede ser el sistema electrónico y el expediente digital) y especiales o particulares (por ejemplo, lo que demanda la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado (DAJUDECO)). Por su parte el art. 3º de la ley citada nos dice que “el presupuesto se compone de la siguiente manera: “Constituyen recursos específicos, propios del Poder Judicial de la Nación, afectados al Presupuesto de Gastos e Inversiones, los siguientes: a) Tasas de actuación judicial, comunes, especiales, fijas o variables; b) El producto de la venta o locación de bienes muebles o inmuebles afectados al Poder Judicial de la Nación; efectos secuestrados en causas penales que no hayan podido entregarse a sus dueños; objetos comisados; material de rezago; publicaciones; cosas perdidas; el producido de la multa establecida en el artículo 15 de la ley 13.512, cuyo valor al 31 de julio de 1990 se fija en ciento cincuenta mil australes (A 150.000) reajustado semestralmente por la Corte Suprema, y todo otro ingreso que no teniendo un destino determinado se origine en causas judiciales; c) Los importes liquidados por las instituciones financieras originados en razón de las inversiones dispuestas por los señores jueces nacionales o federales en los juicios

que tramitan, de acuerdo con el siguiente detalle: c. 1) Operaciones en moneda de curso legal: 1. El cincuenta por ciento (50 %) de la diferencia entre la tasa activa de la institución financiera y las tasas pasivas devengadas por operaciones de plazo fijo, ajustables o no y de caja de ahorro. Se considerará como tasa activa la tasa promedio diaria correspondiente a operaciones comerciales de la institución financiera y como tasa pasiva la correspondiente a cada una de las inversiones realizadas, corregida por la exigencia de efectivo mínimo. 2. El cincuenta por ciento (50 %) de la tasa activa de la institución financiera sobre la capacidad prestable del depósito, calculada en la forma indicada anteriormente, cuando se trate de depósito a la vista. c. 2) Operaciones en moneda extranjera (en este caso hay que ver las limitaciones actuales a las operaciones en moneda extranjera) 1. Para las inversiones a plazo fijo y caja de ahorro se aplicará el mismo porcentaje y criterio indicado en el subtítulo 1 del apartado c.1), considerando al efecto las operaciones en la moneda de que se trate. 2. Por depósito a la vista el cincuenta por ciento (50 %) de la tasa pasiva promedio correspondiente a depósitos de plazo fijo en esa moneda. c. 3) Compraventa de títulos. El cincuenta por ciento (50 %) de la comisión percibida por la institución financiera, sea por la venta o compra de títulos. Las inversiones y demás operaciones se efectuarán en entidades oficiales que designe la Corte Suprema de Justicia de la Nación y gozarán de la garantía de la Nación Argentina. Los importes devengados por inversiones en caja de ahorro se liquidarán semanalmente, tomando los promedios diarios de tasas y en relación con los saldos diarios. Los importes correspondientes a operaciones por compra o venta de títulos se liquidarán en el momento en que se produzcan. Con respecto a los importes devengados por las restantes inversiones, se liquidarán provisoriamente a fin de cada mes sobre la base de la información remitida al Banco Central de la República Argentina correspondiente al mes anterior y serán liquidados definitivamente sobre la base de la información del mes, el día 15 del mes siguiente: d) Donaciones; multas; fianzas cumplidas o prescriptas; aranceles y cualquier otra recaudación originada en el funcionamiento de tribunales y organismos judiciales nacionales y demás ingresos que se establezcan para financiar el Presupuesto de Gastos e Inversiones del Poder Judicial de la Nación; e) Toda renta que se obtenga por operaciones financieras que puedan efectuarse con los fondos obtenidos con los recursos enumerados precedentemente. Los recursos enumerados estarán exentos de toda contribución o impuesto nacional. Los recursos específicos enumerados en el presente artículo financiarán el crédito presupuestario que se asigne anualmente al *Programa 21 - Justicia en Máxima Instancia de la Jurisdicción 05 - Poder Judicial de la Nación* y sus actividades de dependencia directa. Para el supuesto que dichos recursos superen el crédito asignado por la Ley Anual de Presupuesto o el que se destine conforme

la facultad indicada en el primer párrafo del artículo 5º de la presente, podrán ser utilizados para financiar los restantes programas y actividades del presupuesto de la jurisdicción (último párrafo sustituido por art. 50 de la Ley N° 25.064)”. La Corte Suprema estimó como necesario para su funcionamiento en 2022 la suma de \$ 31.624.160.151 Acordada 13/2021). Esto es, aproximadamente haciendo números redondos, para tener una idea constante, unos 316.000.000 dólares al valor oficial de agosto de 2021, o unos 243.000.000 dólares al valor del mercado. ¿Qué pasará cuando la inflación que ronda entre el 40% y 50% haga sus efectos?

No cabe duda alguna de que el Presupuesto tiene una relación inmediata con la Economía, porque en su planteo no solo de lo que se va a recaudar y lo que se tiene que gastar y su formación y cálculo es complejo, por lo que a veces es necesario ampliarlo ante cálculos no acertados o eventos imprevistos como por ejemplo una pandemia. atiende a la recaudación, sino la composición del gasto por finalidad, función y carácter económico. El presupuesto es, como surge de su propia enunciación un supuesto, suposición o anticipación. Pero el presupuesto debe ser permanente, tanto para lograr obtener los avances y requerimientos tecnológicos cuanto para la formación permanente de los operadores jurídicos.

VIII. El campo científico y tecnológico

Como corolario de lo anterior, el siglo XXI y la pandemia nos ha despertado a una nueva realidad. La posibilidad de actuación por vía electrónica, tal como se ha venido implementando con motivo de la pandemia COVID-19 ha llevado no solo al expediente digital, sino a las audiencias por comunicación vía Internet a través de las distintas modalidades de teleaudiencia, aspecto que ya está en aplicación y camino hacia desarrollos más importantes y sobre el que no habrá vuelta atrás. No cabe duda de que la tecnología en lo que hace a la notificación electrónica que se traduce en una economía en varios aspectos, no solamente en la economía monetaria por el hecho del ahorro de papel, la eliminación de espacios para archivos cada vez más extensos que ocupan tanto lugar que en algunos casos se ha tenido que guardar los expedientes en contenedores; sino por la eliminación del envío de la mayoría de las cédulas y copias diarias que insumen el trabajo de innumerables personas, sus traslados, las devoluciones con sus informes sobre el actuar, el registro de las mismas, la incorporación nuevamente al expediente. Igual celeridad se logra con las notificaciones a través de la consulta electrónica de causa, a lo que se agrega el trámite de las apelaciones, donde el traslado del expediente a las cámaras, que muchas veces quedan a distancia, importa un tiempo que el expediente electrónico elimina totalmente. A ello se suma la posibilidad

del pedido de informes a distintas dependencias, empresas y otras entidades que sin agotar los beneficios del sistema permiten acercarnos con mayor facilidad al cumplimiento del proceso. Pero esa tecnología necesita el apoyo de una estructura de tránsito confiable, debidamente aceptada y científicamente desarrollada. Sin un proceso acorde con los avances tecnológicos solo se logra un avance parcial, incompleto, que requiere además una debida organización del Poder Judicial.

Y aquí surge un problema que no es solo del Poder Judicial ni de la Argentina. El avance tecnológico actual hace necesario contar con personal especializado y menor cantidad de elemento humano: ¿qué se hará con la superpoblación del Poder Judicial? Superpoblación que viene de una organización del siglo XIX. La reconversión de distintos actores para que cumplan nuevas funciones solo permitirá utilizar una parte de los recursos humanos hoy existentes. ¿Y los restantes? Téngase en cuenta que recién hemos abierto la puerta de la inteligencia artificial, con una inteligencia artificial “débil” pero igualmente superadora de muchos de los esfuerzos humanos y de la necesidad de ellos. Pero dejemos solamente esbozado este problema, pues estamos ante el *principio de economía*. Veamos a tal fin cómo se debe organizar el Poder Judicial.

VIII.1. La organización del Poder Judicial

La organización del Poder Judicial en sus diversos niveles y estructuras requiere un estudio acabado de los antecedentes y formulación de planes para establecer los distintos tribunales. Por ello es necesario dictar las normas organicen la justicia con tribunales que sirvan al propósito, tribunales complejos para las causas complejas, tribunales simples para las causas más sencillas y modelos especiales urgentes para las cuestiones que no admiten dilación. La organización de tribunales a través de muchas normas que se han ido dictando, con parches y agregados en oportunidades distintas, sin una ordenación sistémica y con modificaciones permanentes, muestra un Poder Legislativo ausente; y cuando dicta leyes, las mismas están muchas veces a contramano de la organización sistémica y el avance y aplicación de la ciencia y la tecnología. Por ejemplo, en el *procedimiento laboral* nacional que siempre fue un ejemplo de simplicidad y planteó la oralidad por vía de audiencias (aunque la presencia del juez era muy esporádica), se dictó una ley transformando el sistema en un proceso predominantemente escrito (ley 24.635), llevándolo hacia atrás en el tiempo. Otro caso es el de la creación y eliminación tribunales sin orden ni concierto (derogación del recurso de inaplicabilidad de la ley a través de las leyes 26.853, creación de tribunales de casación intermedia y su derogación y restitución del recurso de inaplicabilidad de la ley por ley

27.500) (23). Se ha presionado y se sigue presionando por la cobertura de importantes cargos judiciales con intereses particulares o ideologías que no tienen ningún sustento (salvo intereses personales), creando innumerables conflictos (desde el 31 de diciembre de 2017 el Procurador General de la Nación es Eduardo Casal (interino), sin haberse podido lograr la designación de un Procurador definitivo, etc.).

Por ello, en algunos casos, la Corte ha debido intervenir para organizar parte del sistema, como por ejemplo en el caso *Anadón*, donde declaró la inconstitucionalidad del recurso ordinario de apelación ante ella previsto, para las causas en que el Estado Nacional es parte, en causas patrimoniales (24), recurso que hacía más de un siglo que debió dejarse sin efecto una vez constituidas las cámaras de apelaciones. En otra oportunidad la Corte debió realizar el cambio de la competencia previsional disponiendo la competencia de las cámaras federales de todo el país (originalmente solo era competente la Cámara Nacional ubicada en la Capital Federal) (25). Es necesario recordar que por diversas necesidades y en especial el caso *Halabi* (26) se reglamentó el proceso colectivo y se creó el Registro de los mismos (27). Pero ha sido mucho más graves el incumplimiento de los traslados de los tribunales ordinarios a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establecido en la reforma constitucional de 1994; de ellos solo tenemos una transferencia parcial en materia penal ordinaria, después de 27 años (28).

(23) Este tema fue objeto de mi anterior comunicación “Volver al futuro. La ley 27.500 y el recurso de inaplicabilidad de la ley”, LA LEY, 2021-A - 273.

(24) El 20 de agosto de 2015, con la firma de los ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del recurso ordinario de apelación previsto en el art. 24, ‘ 6º, apartado a) del decreto ley 1285/58 (Causa A.494.XLIX “Anadón, Tomás Salvador c/ CNC”).

(25) En el acuerdo del día 6 de marzo de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Pedraza Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo” declaró, con el voto de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni y el voto concurrente del doctor Petracchi, la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.463 del año 1995.

(26) CS, “Halabi, Ernesto c /PEN-ley 25.783- Decreto 1563/04 s/ Amparo ley 16.986”, 24/02/2009, TR LALEY AR/JUR/182/2009.

(27) Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, mediante la acordada 12 /2016 (111/2016), que rige para las causas que se iniciaron a partir del primer día hábil del mes de octubre de 2016. en los supuestos comprendidos en la acordada 32 /2014 que creó el Registro de Procesos Colectivos.

(28) En 1994 la Convención Constituyente modificó la Constitución Nacional disponiendo en el art. 129: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno

VIII.2. La competencia

La organización del Poder Judicial en sus diversos niveles y estructuras requiere un estudio acabado de los antecedentes y formulación de planes para establecer los distintos tribunales. Es decir que es claramente necesario determinar la distribución del trabajo, que debe estar de acorde con las distintas tareas, su cantidad y su complejidad, aspecto que no puede ser estático, sino que debe comprenderse en un campo dinámico, porque existen variabilidades en el desarrollo de los procesos que modifican los tiempos calculados en la distribución inicial de esas tareas.

Uno es la adecuada distribución de la *competencia* en la asignación del trabajo, que surge de la organización antes mencionada, resulta esencial para el adecuado funcionamiento del sistema judicial. Regular la competencia con la cantidad de tribunales que sean necesarios para que puedan realizar la tarea en tiempo y forma, es esencial. Es por ello que la competencia debe ser regulada totalmente aparte de los códigos procesales, en una ley al efecto que contemple los distintos supuestos, ya sea la competencia territorial, por materia, grado, turno, etc. Ello sin perjuicio de las reglas de competencia que los códigos sustantivos entiendan que deben ordenarse para toda la Nación, como establece por ejemplo el Código Civil y Comercial en los arts. 716 a 720 para los procesos de familia.

Los planteos de competencia entorpecen y retrasan innecesariamente el proceso y son uno de los factores que más lo perjudican. Quizás el mayor número de decisiones en proporción a los temas sea el de esta materia (29). En este fin deben darse reglas suficientemente claras y elásticas,

autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones. Sin embargo, todavía en 2021, solo se ha transferido "a cuentagotas" el trámite de algunos delitos ordinarios.

(29) En el comentario al final a mi exposición sobre este tema en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, entre las opiniones que se vertieron, resulta interesante destacar la del Académico Alberto Bianchi hizo notar que el tema de la competencia debía ser una materia interna del poder judicial y no una externa derivada a los justiciables que debían rondar muchas veces durante largos períodos para buscar el juez competente. El mismo Poder Judicial debería ser el que ante cuestiones de incompetencia resolviera de modo rápido y eficaz sobre la misma, como elemento coadyuvante al principio de economía de tiempo.

en una relación íntima con los tribunales, sus horarios y la posible actuación de jueces itinerantes, como surge del ejemplo de Canadá (30).

VIII.3. Utilización de los recursos útiles existentes. El horario judicial

El segundo aspecto que es necesario remarcar es el del horario en que funcionan los tribunales nacionales y federales (art. 152 Cód. Proc. Civ. y Com.), Su horario básico es de 7:30 a 13:30. (Reglamento para la Justicia Nacional, art. 6º), aunque ha tenido otros horarios (11:30 a 18). Este horario no solo es totalmente insuficiente, sino que mantiene edificios vacíos durante la mayor parte del día (paliado en gran parte por la actuación electrónica prevista actualmente, lo que muestra la importancia de la tecnología) (31). A ello se suman además las ferias tradiciona-

(30) El 27 de octubre tuvo lugar en el aula 217 de la Facultad de Derecho la charla “Acceso a la justicia - La experiencia de los jueces itinerantes en Canadá”, organizada por Lecciones y Ensayos —revista jurídica dirigida por estudiantes y dependiente del Departamento de Publicaciones—, CIPPEC —Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento— y la Embajada de Canadá en Argentina. El evento contó con la participación de Pierre Bachand, juez de la Corte Itinerante y coordinador de la región de l’Estrie en Québec, Abog. Diego Freedman, integrante del área de justicia de CIPPEC y Lucas Barreiros, Secretario de Redacción de Lecciones y Ensayos. El juez Bachand explicó el funcionamiento del sistema judicial en el norte de la provincia de Québec —habitada por pueblos aborígenes— donde la justicia es impartida por la Corte Itinerante, integrada por diez jueces de la Corte de Québec, cada uno de los cuales realiza entre 4 y 6 semanas de audiencias en la región boreal. Se dice que la Corte es itinerante, porque sus jueces se desplazan y realizan audiencias durante aproximadamente 230 días al año en las distintas comunidades del norte sin residir en esos territorios. Esta Corte tiene competencia en materia penal y juvenil en el ámbito de los pueblos autóctonos de la región septentrional de la mencionada provincia. En cambio, la Secretaría de la Corte está situada al sur de la provincia en una región urbana, encargándose de los legajos, de la preparación de procedimientos, listas y audiencias. Seguidamente, expresó que dado que las distancias en la región son muy grandes, cuando se han de realizar las audiencias en los territorios nórdicos, el juez viaja junto con uno o dos sustitutos del procurador general, un máximo de tres abogados defensores, el organizador de los viajes, los intérpretes, el agente de probation y los trabajadores sociales. Durante la semana de duración de cada viaje, se realizan audiencias en distintos pueblos, utilizándose a menudo un lugar determinado como centro de operaciones del cual se parte todos los días hacia pueblos próximos. Estas audiencias se extienden largas horas y están marcadas por frecuentes interrupciones, ya que los abogados no tienen oportunidad de reunirse con sus clientes y testigos con anterioridad, explicó... El juez Bachand concluyó diciendo que “el ejercicio de la soberanía de un país sobre un territorio comprende ciertas obligaciones, entre otras la de proporcionar a los ciudadanos que ocupan mencionado territorio el mismo acceso a los servicios que el estado proporciona a los demás” y, por otra parte, que “los servicios de justicia constituyen un componente esencial de toda democracia”.

(31) Con mayor intensidad de crítica y repulsa es considerada la tradición horaria de los tribunales federales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (no generaliza-

les de julio y enero y los plazos. No se puede decir que no hay suficientes edificios cuando se desperdician todos ellos durante más de la totalidad del día. La utilización de recursos existentes ociosos es una cuestión muy a tomar en cuenta en el campo del principio de economía, que en este caso en particular tiene íntima relación con la Oficina Judicial.

VIII.4. La oralidad, la tecnología y la celeridad

Todo lo anterior se ve potenciado cuando el proceso pasa de ser escrito a ser oral, especialmente cuando a ello se suma la tecnología. El registro de los elementos electrónicos y el proceso por audiencias verdaderamente oral, grabado, registrado e incluido en el expediente electrónico, sumado al hecho de la posibilidad de las audiencias virtuales o mixtas, determina un cambio copernicano en el proceso que transitamos en el siglo pasado y principios del presente (32). Tal vez el problema todavía se encuentre en dos sectores. Uno es el de la formación de los distintos operadores jurídicos, el otro es el defecto que puede tener la tecnología en algunos casos (33). En cualquier caso, siempre debe utilizarse la tecnología más ventajosa.

mos al resto del país porque, si bien la diferencia no es evidente, también es verdad que existe mejor aprovechamiento de las franjas horarias) (GOZAÍNI, O., "El Debido Proceso", ob. cit. p. 516). En tren de formular propuestas -continúa este autor-, la celeridad interna del litigio podría conseguirse aprovechando la totalidad de las horas del día (que fue el criterio rector para considerarla habilidad del tiempo en el proceso), organizando la tarea judicial sin recargar tareas a funcionarios y empleados, y, por supuesto, eliminando los extensos períodos de vacaciones, que bien pueden aplicarse por semanas sin paralizar en ningún momento la actividad judicial (p. 519).

(32) El problema se plantea específicamente en el proceso privado y en el orden nacional, federal y de algunas provincias, pues otras ya han avanzado en el proceso oral. En el proceso penal, en una ordenación que todavía requiere un tiempo se tuvo que pasar primero por un proceso de sistema mixto con base oral. El Código Procesal Penal Federal, aun no vigente en su totalidad, dispone el proceso con el sistema acusatorio adversarial.

(33) Resulta procedente hacer lugar parcialmente al recurso de casación promovido por la defensa y anular el debate efectuado, la sentencia y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones a origen a fin de realizar un nuevo debate, toda vez que la imposibilidad de acceder, por razones de orden técnico, a los registros audiovisuales de los fundamentos de sentencia cuestionada por haber utilizado una plataforma o sala virtual que no resguarda en soluciones como cloud computing o nube, o negligentemente no haber preservado el registro audiovisual referido, afectó el debido proceso digital, entendido este como una de las manifestaciones del debido proceso legal aplicado al ecosistema judicial digital y como garantía constitucional que establece los límites, principios y condiciones al ejercicio de la potestad de la administración de justicia para la protección y respeto de los derechos constitucionales y convencionales de cada usuario/usuario digital. El hombre había sido condenado por el

En muchos casos la *mediación* y el *saneamiento* del proceso son elementos a tener en cuenta para que el proceso sea innecesario por llegar a un acuerdo, que puede ser parcial, mientras que el saneamiento del sistema “alisando” el camino del proceso permite avanzar sin nulidades ni retrasos, todos aspectos que hacen a la celeridad y en consecuencia a la economía del tiempo (34), lo mismo sucede con la concentración de los actos procesales y las soluciones de cuestiones en las mismas audiencias, sin necesidad de dar traslados innecesarios que solo sirven para entorpecer el tránsito hacia la solución del conflicto.

VIII.5. *El tiempo razonable*

Economía y derecho son dos temas que inevitablemente corren juntos en la solución de numerosas cuestiones, especialmente al destacar que la economía no solo comprende el dinero y los bienes y servicios, sino también el tiempo, que a diferencia de los anteriores es irrecuperable. Así, para entender el *principio de economía* en el proceso debemos considerar que el mismo debe realizarse también en un *tiempo razonable*, tal cual establecen las normas internacionales citadas. Nuestra vida no es eterna, ni siquiera es muy extensa, cada minuto perdido en un proceso que no se justifique perjudica tanto a las partes, como a los abogados y a los jueces. Un conflicto es muchas veces un juego de pasiones que perjudican el espíritu. Una rápida y adecuada solución de un modo justo y equitativo, hará una sociedad mejor. Pero el tiempo razonable no es una aceleración a cualquier costo, sino que deben respetarse los principios fundamentales del debido proceso (35).

delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la guarda y por ser cometido contra un menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “F. c. S. G., A. A. p/ abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por la guarda contra un menor (755191) p/ recurso ext. de casación”.

(34) En materia de saneamiento del proceso, conviene recordar la obra de AYARRGARAY, Carlos Alberto, “El principio de la inmaculación en el proceso”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.

(35) La expresión plazo razonable o tiempo razonable, considerado también como un principio del debido proceso, supone una duración acorde con la cuestión llevada a la justicia, la simplicidad o complejidad de la misma, la actuación de las partes y del tribunal, todos aspectos que desarrollándose normalmente tienen que consumir el menor espacio de tiempo posible y en ningún caso extenderse de manera tal que signifiquen una denegación de justicia. Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) dispone en su art. 8°. Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. “El derecho a ser juzgado en un plazo razonable surge de los arts. 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° Convención Americana sobre Dere-

IX. Los códigos procesales

Con todas estas herramientas previas, estamos en condiciones recién de confeccionar los códigos procesales. Sin embargo es necesario una advertencia, los códigos no pueden ser reproducciones de otros ordenamientos, tal vez mejorándolos, pero ajenos al momento científico actual. No se puede tomar como base el Código Procesal Civil y Comercial actual y mediante parches pretender que comporte como un sistema deseado. Es un error clásico supone que se puede transformar sin más un código escrito a un código oral. Desde hace mucho ya se sabe lo de “vino nuevo en odres viejos” (36). Se requiere que los códigos procesales se realicen desde su inicio con miras a responder al desarrollo del trámite del procedimiento de modo sistemático, estableciendo pasos coherentes y sencillos en su desarrollo, que impidan artimañas de mala fe, (conocidas en nuestro país generalmente como *chicanas*) que conspiran no solo contra el *principio del tiempo razonable*, sino que además violan el *principio de moralidad* que se está expresamente previsto en el Código Procesal Civil y Comercial Nacional en el art. 34 inciso 5º, apartado IV (texto actual ley 25.488 que repite el anterior) que impone al juez el deber de dirigir el procedimiento y de *prevenir* y *sancionar* todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, que son las aplicaciones prácticas de la moral.

Más que lo que debe contener un Código, es bueno saber qué es lo que no debe contener, como fue el caso de querer incluir en el proyecto 2020 la acción de extinción de dominio, cuya ubicación y alcance está fuera del sistema corriente del sistema procesal. De manera que un Código Procesal debe:

IX.1. Realizarse con un modelo decodificado

El Código Procesal Civil y Comercial (muchos de cuyos criterios pueden extenderse a otros ordenamientos procesales en lo laboral, contencioso administrativo, penal, etc.) debe contener el sistema de procedimiento y la articulación de los diversos procesos, de características elásticas y suficientes para atender los requerimientos de los justiciables. Procesos amplios y complejos, procesos sencillos y de pequeñas causas, procesos

chos Humanos y 2º Código Penal)” (CS, “Demaría, Jorge Luis y otros s/ causa 14.358”, 08/04/2014; TR LALEY AR/JUR/4926/2014).

(36) “La Biblia. Nuevo testamento”. Mateo 9... 16 Nadie pone parche de tela nueva en vestido viejo, porque el parche tira del vestido y la rotura se hace peor. 17 Tampoco echan vino nuevo en odres viejos, porque los odres se rompen, el vino se derrama, y los odres se echan a perder. Más bien, echan vino nuevo en odres nuevos, y ambos se conservan.

urgentes y de justicia inmediata; procesos monitorios (de conocimiento y de ejecución) y procesos ejecutivos y procesos especiales, limitados a cuestiones específicas, pero apoyados en alguno de los procesos anteriores. Pero no debe integrar cuestiones que deben ser tratadas aparte en ordenamientos sistemáticos sobre *competencia*, sobre *magistrados y funcionarios* (incluyendo la excusación y la recusación), ni los relativos a ordenamientos que tienen sus propias reglas y autonomía (así la regulación independiente del derecho procesal del trabajo, el derecho procesal de familia, el derecho procesal administrativo (en la faz judicial) y en especial el derecho procesal constitucional, los procesos colectivos, los procesos ambientales y el arbitraje. El Código Procesal Civil (o Civil y Comercial si se prefiere), puede ser una regla de referencia, pero no es la solución a todos los problemas, porque, como ya dijimos, la decodificación se hace también porque se le impone al sistema procesal distintas reglas para distintas materias y cada una de ellas son como satélites del Código Procesal, del que se nutren, pero pueden cambiar, corregirse o modificarse sin afectar el núcleo central del código básico.

IX.2. Una mediación previa integrada al sistema

La mediación es una herramienta valiosa si se la utiliza como se debe. Ese sistema de mediación a caballo entre la Administración y la Justicia es totalmente inconveniente. Los mediadores deben estar integrados en el sistema del Poder Judicial. Por supuesto que los mediadores deberán estar altamente capacitados, especializados y tener autonomía respecto de los jueces, y no debe usarse la mediación para sacarse asuntos de encima, cuando ya se ha cumplido su etapa, o la actividad conciliadora ya está en manos del juez.

IX.3. Determinar las reglas generales básicas a aplicar al sistema

En los nuevos ordenamientos procesales se ha seguido y es conveniente integrar al Código un capítulo preliminar con una serie de Reglas aplicables a todo el sistema. En ella no se deben repetir los principios ya consagrados en las convenciones internacionales, la Constitución Nacional y las leyes de fondo, porque representa una reiteración inútil que muchas veces produce confusiones (como por ejemplo decir que el código se regirá por las reglas de la bilateralidad de la audiencia, o que nadie puede ser condenado sin juicio previo). Tampoco se debe denominar a estas Reglas "Principios", porque se estará utilizando la palabra en un sentido incorrecto. Dentro de dichas reglas, deben ser especialmente tenidas en

cuenta las de concentración, eventualidad y saneamiento. Algunos autores agregan la preclusión y la adquisición (37).

IX.4. Oralidad

En todos los actos del proceso, evitando los traslados inútiles, los trámites superfluos o redundantes, aspecto que ya hemos desarrollado con anterioridad. No solo las *audiencias principales* son las vías de la oralidad, lo es todo el proceso y para ello el juez debe estar disponible a los fines de atender las cuestiones que se van sucediendo durante el curso del proceso, no de un modo desordenado, sino con una agenda adecuada a las circunstancias. Ello nos lleva al sistema de intermediación.

IX.5. La presencia judicial efectiva

Es un requisito esencial a los fines de la *inmediación* y constituye uno de los pilares de la oralidad. La delegación, que el sistema escrito (incluso habiendo *audiencia preliminar*) permite, conspira contra la actividad judicial efectiva. No debe ello confundirse con la competencia que tiene el *fiscal penal* por ser el titular de la acción penal, porque aquí no hay una delegación, sino una distinta competencia. La presencia del juez como *director del proceso* evitando la conducta improcedente, evitando la paralización innecesaria, advirtiendo a las partes y a los abogados sobre los actos procesales y sus conductas permite que se llegue a una solución de la causa con conocimiento y presencialidad en las cuestiones que está resolviendo. Esta es una cuestión que no puede soslayarse y que está íntimamente relacionada con la Oficina Judicial.

IX.6. La Oficina Judicial

Es otro pilar que hace a la economía procesal. La descentralización de las tareas judiciales, quitando a los jueces el peso de la actividad administrativa del juzgado, para permitirles concentrarse en la actividad jurisdiccional que les corresponde, se logra a través de la Oficina Judicial. La Oficina Judicial es un modelo moderno de la justicia que organiza un Servicio Común Procesal para los órganos judiciales, encargándose de la gestión de las actuaciones bajo la Dirección de una autoridad (llamada Director, Secretario General) especializada en el área de gestión y administración de recursos judiciales. El diseño de la estructura podrá organizarse de acuerdo con las necesidades, de cada centro judicial. En general las oficinas judiciales han sido definidas como los órganos encargados de llevar adelante las tareas administrativas de la justicia penal, para que los

(37) Así GOZAÍNI, "El debido proceso", ob. cit., p. 506 a 509.

jueces ejerzan la función jurisdiccional de manera exclusiva, transparente y eficiente (art. 39 ley 26.146). Por ejemplo, en el sistema provincial el Código Procesal Penal de Chubut estableció originariamente la oficina judicial con gran éxito, en el art. 75. *Oficina judicial. Delegación de funciones jurisdiccionales: invalidez*. “El juez o tribunal será asistido por una Oficina Judicial. Al director o jefe de la misma le corresponderá como función propia, sin perjuicio de las facultades e intervención de los jueces previstas por este Código, organizar las audiencias y el debate, dictar las resoluciones de mero trámite, ordenar las comunicaciones, disponer la custodia de objetos secuestrados, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que el juez o el tribunal le indique. La delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos tornará inválidas las actuaciones realizadas y hará responsable directamente al juez por las consecuencias; se considerará causal de mal desempeño y se pasarán las actuaciones al Consejo de la Magistratura”. Pero la Oficina Judicial no es una herramienta exclusiva del Proceso Penal, sino que es útil en todos los sistemas procesales.

IX.7. La tasa de justicia y otros impuestos es también materia de la economía

Y en este campo deben también considerarse los costos y costas. Enseña Carnelutti (38) que “el fundamento de la teoría de las cargas financieras es el costo del proceso”. Pero la imposición de costas no importa una pena, sino que constituye una indemnización acordada al vencedor para la reintegración de los perjuicios sufridos por él durante el juicio o incidente que se trate (39). El concepto ha sido reiterado posteriormente, ya que la condena en costas tiene por objeto resarcir los gastos del juicio que el vencedor realizó por haberse visto obligado a promover la acción para el reconocimiento de su derecho (40). Fairén Guillén dice: “En un sentido muy amplio —metaprocesal— dice que son la totalidad de los gastos económicos que se produzcan en la sustanciación del proceso, sea quien sea que las sufrague” (41), agrega que “según Schultze, pobre, procesalmente

(38) CARNELUTTI, “Instituciones”, ob. cit., t. I, p. 349.

(39) CNCiv., en pleno, “Barlaro de Criedlo, María c/Barlaro, José”, 31/8/1925, TR LALEY AR/JUR/5/1925.

(40) CNCiv., sala C, 02/06/1984, D.J., 1985-1-26; Sala E, 17/10/1986. D.J., 1987-2-147; CNCom., Sala A, 1/9/1987, D.J., 1989-2-495, SJ) y corresponden por el hecho objetivo de la derrota (CNCiv., Sala A, 5/8/1968, D.J., 1889-2-160; Sala B, 31/3/1987. D.J., 1987-2-637.

(41) FAIREN GUILLÉN, Víctor, “Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal general”, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 543.

hablando, es la persona que no puede satisfacer los gastos judiciales y a la que, sin embargo se habilita para que haga valer sus derechos ante los tribunales. Entre el pobre y el rico en sentido procesal (saber quién no puede sufragar ningún gasto judicial y quien puede sufragarlos todos), se extiende una escala que Behrend llamó ‘de pobreza’, pero que más bien era y es de ‘insuficiencia de riqueza’ (Alcalá-Zamora Castillo, Behrend, Schultze)” (42). En este campo se encuentra como costo del proceso que se debe sufragar, la tasa de justicia.

La solución a este problema tiene diversas variantes. Una es el *beneficio de litigar sin gastos*, que tiene por objeto eximir de la Tasa Judicial o de otros costos y costas del proceso (artículos 78 a 86 Cód. Proc. Civ. y Com.), en el sistema penal nacional, el art. 529 establece que “En todo proceso el Estado anticipará los gastos con relación al imputado y a las demás partes que gocen del beneficio de pobreza”. En el procedimiento laboral nacional de la ley 18.345 el art. 41 dispone que: “En el procedimiento judicial los trabajadores y sus derechohabientes estarán exentos de gravámenes fiscales, sin perjuicio del beneficio de litigar sin gastos, en los casos en que se lo reconociera”. En la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (art. 53 último párrafo conforme ley 23.261) se dispone que: “Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio”.

El juez se enfrenta reiteradamente con la economía al dictar sentencia y aun en resoluciones iniciales del proceso, como el caso en que se resuelve el pago de la *tasa de justicia* (beneficio de litigar sin gastos). En la sentencia claramente son los costos y costas del proceso un asunto de fundamental importancia, donde se encuentran los honorarios de los abogados y demás intervinientes en la causa. Pero el juez debe resolver otros problemas principales o secundarios que hacen a la economía. Veamos varios de esos aspectos, algunos regulados por la ley, otros difusos.

IX.8. La observancia de las reglas de la prueba en los códigos procesales es fundamental

En el campo de la oralidad cabe el interrogatorio libre hacia las partes (sin perjuicio de que el imputado puede negarse a declarar sin consecuencia ninguna), a los testigos y a los peritos, por medio de preguntas con la facultad de repreguntar por la contraria. Los exámenes de la pericia y de la prueba científica deben estar fijados con una ubicación y alcances pre-

(42) *Ibíd.*, p. 577.

cisos, marcando los límites sobre lo que se puede hacer, pero no creando formas complejas retardatorias del proceso. La prueba que se desarrolla tanto en el campo de las audiencias como fuera de ellas, requiere que los abogados y los jueces tengan una debida formación y preparación para poder actuar con agilidad y conocimiento a los fines del debido proceso. La interrelación hechos derechos es la esencia del proceso, no puede haber una sin la otra. Aun en los procesos en los que no es necesario producir prueba, la normativa se apoya siempre en hechos reales y existentes para el campo judicial, porque el juez no es un legislador y no resuelve cuestiones abstractas.

IX.9. El plazo y el contenido en las resoluciones judiciales

Representan otro aspecto que podemos considerar como final y que hace a la celeridad del proceso y de allí resulta un capítulo de la *economía procesal* es el de la sentencia. Por un lado, el plazo para dictarlas, cuya violación, salvo para el supuesto de la Corte Suprema que no tiene plazos, es de diverso tipo según los ordenamientos: pérdida de la competencia, multas, etc. Pero otro aspecto que puede retrasar el proceso es el contenido de la sentencia. Hay magistrados que para fundar debidamente la sentencia creen que tienen que exponer mucho y agregan cuestiones “obiter dictum”, comentarios innecesarios, citas extensas, etc. Una buena sentencia puede estar razonablemente fundada (regla del art. 3º del Código Civil y Comercial), si se desarrollan y fijan los hechos esenciales de la contienda y se aplica la norma que corresponda al caso, del modo más simple y resumido posible. Las citas se pueden hacer, pero siempre las oportunas, esenciales y debidamente críticas y concordantes. Abundar más de la cuenta puede llevar a contradicciones, confusiones y conspira con el *principio de economía y el tiempo razonable*. El razonamiento consiste en observar el *principio de congruencia* y resolver el conflicto traído a su conocimiento llegando a conclusiones estableciendo conexiones causales y lógicas necesarias entre ellos, con relación a los hechos controvertidos en la causa. A tal fin la *argumentación*, por vía de la derivación de unos conceptos sobre otros debidamente enlazados, e incluso el hipotético deductivo pueden ser los caminos a tomar para esta tarea.

Además, las decisiones del conflicto son para las partes. Ellas tienen que comprender qué es lo que se dice y por qué se dice en la sentencia. Por ello el lenguaje debe ser sencillo, pero también claro y coherente. La sentencia no es un ámbito para que el juez demuestre su erudición considerando que la misma otorga la capacidad de resolver la cuestión a través de citas extensas, frases en latín o en otro idioma, sino que la sentencia es para resolver el conflicto demostrando la capacidad del juez su solución del modo más rápido, sintético, persuasivo y justo posible.

X. El cambio

Todo lo expuesto supone un cambio de actuación y de mentalidad. Como todo cambio conlleva ínsita una resistencia en una gran parte de la población a la que dicho cambio se quiere aplicar. Reiterando en parte lo que ya he expresado en un artículo anterior para la *Revista de Derecho Procesal* N° 2 de 2021, en lo que hace a la organización judicial, es obvio que requiere un gran cambio, pero hay que tener en cuenta que ese cambio debe hacerse al mismo tiempo que se resuelven los conflictos jurídicos, es decir, juicios, lo que supone que debe establecerse un sistema tal que permita que las personas no se vean perjudicadas por la nueva organización. Es como modificar la estructura de toda la casa, al tiempo que se vive en la misma, con los arquitectos y los distintos oficios rompiendo y poniendo cosas nuevas. Para ello es necesario un plan. Ese plan requiere 1. La concepción sistémica útil. 2. Tener una política de Estado. 3. La motivación para el cambio 4. El trabajo en equipos interdisciplinarios. 5. El lugar donde el cambio se realiza. Pero esa, si bien importante, es otra historia. ♦

CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI (*)

I. Introducción (**)

Se suele creer que las únicas causas de extinción de la comunidad conyugal (antes denominada *sociedad conyugal*), son el divorcio y la muerte de uno de los esposos. Sin embargo, ello no es así, debiendo por de pronto señalar que, además del divorcio y de la muerte comprobada de la persona, la comunidad conyugal también se extingue, entre otros supuestos, por la muerte presunta.

Otra de las causas de extinción de la comunidad consiste en la anulación del matrimonio putativo, que es lo que ocurre cuando el matrimonio es nulo, pero al menos uno de los esposos es de buena fe.

La comunidad conyugal también puede extinguirse a solicitud de uno de los cónyuges, no obstante continuar vigente el matrimonio. Ello puede ocurrir en determinados casos, como cuando la mala administración de uno de los esposos le acarrea al otro el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales. También, si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge; cuando los esposos están separados de hecho sin voluntad de unirse; y cuando por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero. Pero debe quedar en claro que en estos últimos casos la comunidad no se extingue de pleno derecho, sino que debe ser judicialmente requerida por uno de los esposos.

Por último, la comunidad conyugal también puede extinguirse cuando luego de transcurrido al menos un año, los cónyuges convienen en modificar el régimen de comunidad, pasando a uno de separación de bienes.

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 26 de agosto de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

Lo hasta aquí dicho resulta de los artículos 475 y siguientes del Código Civil y Comercial; y a esas causas me voy a referir seguidamente.

II. La muerte de uno de los esposos

II.1. La muerte comprobada de uno de los esposos

II.1.a. La muerte comprobada produce de pleno derecho la disolución de la comunidad en el mismo momento del hecho

Junto con la muerte presunta, la muerte comprobada es la primera de las causas de extinción de la comunidad, que enumera el art. 475.

La extinción se produce de pleno derecho en el mismo momento en que se produce la muerte; y no, en cambio, el día del fallecimiento (1), lo que, obviamente, no es lo mismo, coincidiendo esa solución con lo normado en la primera parte de los arts. 2277 y 2280 del Código (2). En lugar de lo cual, en el Proyecto enviado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, el art. 476 establecía que “en caso de muerte de uno de los cónyuges, la comunidad se extingue el día del fallecimiento, sin que se pueda convenir la continuación de la comunidad”.

(1) Conf., MAZZINGHI, Jorge A., “Tratado de Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2008, 4ª ed., t. II, p. 371, parágr. 392; GUAGLIANONE, Aquiles H., “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal”, Buenos Aires, 1965, ps. 162 y sig., y nota 3; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, “Código Civil Comentado”, Derecho de familia patrimonial, Santa Fe, 2004, p. 235; PERRINO, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2006, 1ª ed., t. I, p. 874; BASSET, Úrsula C., “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”, AA.VV., Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. III, p. 342; BELLUSCIO, Augusto César, “Derecho de Familia”, 8ª ed., Buenos Aires, 2008, 8ª ed., p. 372, parágr. 272. Zannoni, en cambio, afirma que la disolución de la sociedad “opera de pleno derecho al día del fallecimiento de uno de los cónyuges” (“Derecho Civil. Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2006, 5ª ed., t. 1, p. 706, parágr. 558). Lo mismo entiende Arianna, en la nota “Disolución de la sociedad conyugal”, en Enciclopedia de Derecho de Familia, AA.VV., Buenos Aires, 1991, t. I, p. 881, d). Conf., ARIANNA, Carlos A. y BERTINI, Adriana S., “Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Indivisión poscomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial”, en Suplemento Especial de Código Civil y Comercial de la Nación. Familia, dirigido por Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, Buenos Aires, 2014, p. 32.

(2) Dichas disposiciones mejoran la redacción del art. 3410 del derogado Código Civil, en cuanto según este último, el heredero forzoso entra en la posesión de la herencia desde el día de la muerte, así como la del art. 3415, que disponía que la sucesión tiene efecto retroactivo al día de la muerte de su autor, normas que, según se ha afirmado, no debían ser entendidas en sentido literal. Véase al respecto, entre otros, PERRINO, Jorge O., “Derecho de Familia”, ob. cit., t. I, ps. 874 y ss.

El momento de la muerte puede determinar la calidad propia o ganancial de ciertos bienes, como, por ejemplo, del dinero que se percibiera en concepto de la indemnización por despido, según que este se produjera antes o después de la muerte de su cónyuge, puesto que, según la doctrina mayoritaria, si el despido fuera anterior a la muerte, la indemnización será ganancial, y de carácter propio si fuera posterior.

Naturalmente que podrá existir el problema derivado de no poder determinarse con una cierta exactitud el momento de la muerte, pero dicha circunstancia constituye una situación que dependerá de la prueba que se produzca al respecto; y si ello no pudiera ser determinado, deberá estarse a lo dispuesto por el art. 6 del Código, por aplicación del cual deberá concluirse que la muerte se produjo a la medianoche del día en que la misma ocurrió.

II.1.b. Supuesto de la disolución de la comunidad por muerte estando en trámite un juicio de divorcio

En caso de que la muerte de uno de los esposos se produjera estando en trámite un juicio de divorcio, caduca la acción de divorcio, ya que la misma disuelve el vínculo matrimonial, dejando, en principio, de tener razón de ser el objeto del juicio, por lo que el otro esposo no puede continuar la acción (3). Por dicha circunstancia —además de por un aspecto ético, que indica la conveniencia de dar por concluido el juicio (4)— es que tampoco podrían los herederos del cónyuge fallecido continuarlo. Por tanto, al no poder como consecuencia del fallecimiento dictarse la sentencia de divorcio, no se producirá el efecto retroactivo que en su primera parte dis-

(3) Conf. BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", Buenos Aires, 2008, 10ª ed., act. por Guillermo Borda (h), t. I, p. 513, n° 584; D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Derecho de Familia", en colaboración con María Josefa Méndez Costa, Santa Fe, 1990, t. II, p. 342, b); FANZOLATO, Eduardo I., en "Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", AAVV., bajo la dirección de BUE-RES, Alberto J. y Highton de Nolasco, Elena, Buenos Aires, 1995, coment. al art. 202, p. 917; IÑIGO, Delia B., en la publicación recién cit., t. I, coment. al art. 235, p. 1052, parág. 3; ZANNONI, Eduardo A., "Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., cit., t. I, p. 707, parág. 558; KIELMANOVICH, Jorge L., "Procesos de Familia", Buenos Aires, 1998, p. 150, 6; ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Compendio de Derecho Civil", México, 1995, 26ª ed., t. I, ps. 418 y sigs., 6; PONS GONZÁLEZ, Manuel - DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, "Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial: Régimen jurídico", Granada, 1995, p. 135.

(4) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Familia", ob. cit., 10ª ed., t. I, p. 513, n° 583; CNCiv., sala A, LA LEY 74-613; CNCiv., sala B, LA LEY, 68-1; SCBA, LA LEY 53-725. Conf., art. 290 del Código Civil de México.

pone el art. 480 del Código con respecto a la disolución de la comunidad conyugal por divorcio, la que quedará disuelta con la muerte (5).

También la declaración de fallecimiento presunto extingue la acción de divorcio, ya que de acuerdo con los arts. 435 y 476 del Código, esa declaración disuelve el vínculo matrimonial. Distinta era la solución en el derogado Código Civil, según el cual, la declaración de fallecimiento presunto no disolvía el vínculo matrimonial (conf., art. 213, inc. 2º), por lo que la acción de divorcio podía ser continuada con el defensor oficial, en representación del cónyuge presuntamente fallecido.

III. Muerte presunta de uno de los cónyuges

III.1. La comunidad conyugal queda disuelta con la declaración del fallecimiento presunto

Existen una serie de supuestos, contemplados en los arts. 85 y ss. del Código, que determinan la posibilidad de la declaración por parte del juez, del fallecimiento de una persona de la que no se tiene noticia. Pero no es la simple ausencia de su domicilio por parte de quien, por ejemplo, ha emprendido un largo viaje, la que puede dar lugar a la declaración de fallecimiento presunto, sino su desaparición durante un determinado tiempo sin que se tengan noticias ciertas sobre su existencia y, por tanto, sobre si la persona continúa o no con vida, pudiendo la duda creada ser —como fácilmente se advierte— de distinta magnitud, según las circunstancias en que la misma haya desaparecido (6).

Luego de la realización de los trámites que legalmente corresponden y del transcurso de los plazos de ley —que varían, según las circunstancias de la desaparición de la persona—, se llega finalmente a la declaración del fallecimiento presunto.

La comunidad, como tal, queda *disuelta* con la declaración de fallecimiento presunto —que, además y como ya recordé, disuelve al matrimonio—, retro trayéndose los efectos de la extinción al día presuntivo del fallecimiento, como se dispone en la última parte del art. 476. Como se advierte, contrariamente al caso de la muerte comprobada, en que la comunidad queda disuelta en el *momento* del fallecimiento, en el supuesto

(5) Véase FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo, “Régimen de Bienes del Matrimonio”, Buenos Aires, 2004, p. 147.

(6) En las Novelas, de Justiniano, se establecía que en caso de ausencia de uno de los esposos durante el término de cinco años sin que existieran noticias sobre si estaba o no vivo, el otro cónyuge podía contraer un nuevo matrimonio.

de la muerte presunta se considera que la extinción de la comunidad se produce a las 24 horas del *día presuntivo* en que se considera que la persona falleció (conf., art. 6, Cód. Civil y Com.).

III.2. La reaparición del declarado fallecido hace renacer la comunidad ya disuelta

En efecto, ello es así con fundamento en lo normado por el art. 91 del Código, que en su última parte establece que *si se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento*.

Parece claro que al quedar sin efecto dicha declaración, además del matrimonio, también renace la comunidad, sin perjuicio de la validez de los actos realizados hasta la reaparición del presuntamente fallecido, tanto con respecto a la celebración de un nuevo matrimonio por parte del cónyuge superviviente, como en relación a los bienes conyugales.

IV. La anulación del matrimonio putativo

IV.1. La anulación priva a los esposos del estado de casados

Dicha anulación constituye otra de las causas de extinción de la comunidad conyugal. El principal efecto que se produce con motivo de la sentencia que anula el matrimonio es el de desplazar a los contrayentes del estado de familia de casados, privándolos, de tal manera, de los efectos naturales que derivan de ese estado. Ese desplazamiento se produce, para el o los cónyuges de mala fe, con efecto retroactivo al tiempo de la celebración del matrimonio, por ser la sentencia de carácter declarativo, lo que es así a diferencia del supuesto de disolución del matrimonio, en que la sentencia, que tiene efecto constitutivo, produce efectos para el futuro (aunque en el divorcio, los efectos se producen desde una fecha anterior).

Pero esa retroactividad de la sentencia al tiempo de la celebración del matrimonio en el caso de nulidad no es absoluta, pues ello sucede siempre que ninguno de los esposos sea de buena fe. Esa buena fe por parte de al menos uno de los cónyuges hace que se califique al matrimonio nulo como *putativo*, derivando de ese supuesto una serie de efectos que benefician tanto a los hijos de esa unión, como al cónyuge que celebró el matrimonio desconociendo (7) la causa que fue motivo de la nulidad; pero no al esposo de mala fe. Pero para que un matrimonio pueda ser considerado

(7) Desconocimiento que no puede resultar de un error de derecho, ni tampoco de un error de hecho no excusable, salvo que el error hubiera sido provocado por dolo.

putativo, debe ser *nulo*, lo que hace que no pueda ser considerado como tal el matrimonio *inexistente* (8).

Pues bien, el matrimonio anulado tiene efectos para el o los cónyuges de buena fe hasta el día de la sentencia, conforme resulta de los arts. 428 y 429 del Código. Zannoni afirma al respecto que la doctrina del matrimonio *putativo* constituye una excepción al principio general en cuanto a los efectos de la nulidad, lo que hace que, con respecto al esposo de buena fe, la sentencia no se proyecta hacia el pasado, sino solo hacia el futuro —*ex nunc*— sin perjuicio del efecto declarativo general de la misma (9).

Debo al respecto señalar que dado lo establecido en los precitados arts. 428 y 429 sobre el tiempo hasta el cual produce efectos el matrimonio nulo contraído de buena fe, llama la atención lo dispuesto en los dos primeros párrafos del art. 480, donde se afirma —sin hacerse distinción con relación al matrimonio putativo— que su anulación produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda; o de la separación de hecho, sin voluntad de unirse si precedió a la anulación del matrimonio.

Es importante además poner de relieve que en el supuesto de que ambos esposos hubieran sido de mala fe, la retroactividad de la sentencia de nulidad al día de la celebración del matrimonio hace que la comunidad de bienes nunca haya existido, por lo que, en tal caso, no se puede dar la posibilidad de su extinción ni, obviamente, de su liquidación (10). De allí que, entre los casos de extinción de la comunidad, el art. 475 enuncie el de la anulación del matrimonio putativo y no, en cambio, la anulación que se produce siendo ambos esposos de mala fe.

V. Extinción en caso de divorcio

V.1. *El divorcio produce ipso iure la extinción de la comunidad*

V.1.a. Supuestos generales

De acuerdo con lo dispuesto en los tres primeros párrafos del artículo 480 del Código, el divorcio produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición

(8) Conf., BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”, ob. cit., 8ª ed., t. I, p. 366, parágr. 163.

(9) “Derecho Civil. Derecho de Familia”, 5ª ed., cit., t. I, p. 398, parágr. 302.

(10) Véase, ARIANNA, Carlos A., “La extinción de los regímenes patrimoniales en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, RDF 64, 54.

conjunta de divorcio por parte de los cónyuges (11). Lo que es así, salvo que antes de cualquiera de esos hechos los esposos hayan estado separados de hecho sin voluntad de unirse, en cuyo caso el efecto retroactivo es al día de esa separación. No obstante, el juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

El legislador ha considerado —con razón— que el dictado de una sentencia de divorcio extingue la comunidad, lo que resulta una circunstancia suficiente como para que ninguno de los cónyuges continúe participando de los bienes que adquiriera el otro. Como señala Belluscio, la cesación legal de la convivencia priva de fundamento a la ganancialidad de las adquisiciones posteriores, en las cuales no puede suponerse que medie colaboración alguna, material ni moral, entre los esposos (12); de allí la retroactividad de la sentencia de divorcio al momento de la separación de hecho de los mismos.

La extinción de la comunidad se produce con independencia de la culpa en que hubieran incurrido los cónyuges —que en el actual Código ni siquiera se juzga—, como también del hecho de que ellos la hubieran o no solicitado, puesto que la misma se produce *ipso iure* con el dictado de la sentencia de divorcio (13), no resultando necesaria la iniciación de una acción posterior a ese efecto.

V.1.b. Supuestos especiales

No obstante lo dicho, en el caso de divorcio existen supuestos especiales que seguidamente referiré y que llevan a la aplicación de soluciones particulares.

V.1.b.i. Caso en que previamente a la demanda se practica una mediación con fundamento legal

Si bien por aplicación de la ley 24.573 de mediación previa obligatoria, en determinados juicios, como los de divorcio, entre otros, no resulta necesario practicar necesariamente una mediación antes de la iniciación del juicio; el demandante puede optar por realizarla, supuesto en el cual se plantea el interrogante relativo a si la disolución de la comunidad se

(11) Con respecto a la petición conjunta, recuerdo que el art. 437 establece que el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

(12) “Manual de Derecho de Familia”, ob. cit., 8ª ed., t. II, p. 161, parágr. 396, a). Conf., ARIANNA, Carlos Alberto, “Disolución de la sociedad conyugal”, ob. cit., p. 875.

(13) SC Buenos Aires, LA LEY, 1987-C, 344.

producirá con la notificación de la audiencia de mediación o, como resulta del artículo 480 del Código, con la de la demanda o con la petición conjunta de los cónyuges solicitando se declare el divorcio.

De una interpretación exegética de la norma recién citada se podría llegar a la conclusión de que la disolución debería producirse con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda —o de la petición conjunta—, lo que no parecería razonable si cuando el art. 480 se refiere a la *demandada*, se interpretara dicho término como notificación al otro cónyuge mediante un procedimiento legal de la intención de llevar adelante un proceso de divorcio. De ser así, y con ello coincido, la disolución deberá producirse a la fecha de la notificación de la audiencia de mediación (14).

V.I.b.ii. Divorcio decretado en el extranjero, por una sentencia que nada resuelve sobre la disolución de la comunidad

Otro supuesto especial, y que entiendo que merece ser destacado, es la situación que se produce cuando la separación o el divorcio se decreta en el extranjero mediante una resolución judicial en la cual nada se expresa con relación a la disolución de la comunidad, caso en el cual se ha discutido si la misma se encuentra o no disuelta en nuestro país.

Durante la vigencia del anterior Código se ha resuelto al respecto, con fundamento en lo dispuesto en la primera parte del art. 1306 (similar es lo dispuesto en el art. 475 inc. c) de la nueva normativa), que establecía que “la sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal”, que “frente a este principio legal y teniendo en cuenta que la sentencia de divorcio es constitutiva de estado, el hecho de que la sentencia decretada en Alemania que pasó en autoridad de cosa juzgada no contenga pronunciamiento sobre la disolución de la sociedad conyugal en nada incide para que se efectúe la partición de los

(14) Esa es, por otra parte, la solución actualmente admitida por los jueces en lo relacionado con el momento desde el cual debe comenzar a devengarse la cuota de alimentos fijada en la sentencia con efecto retroactivo (art. 644 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). La misma solución debería a nuestro juicio aplicarse en la provincia de Buenos Aires, en que la ley 11.453 establece la obligatoriedad en los divorcios contenciosos, de una etapa conciliatoria previa ante un funcionario judicial —el llamado Consejero de Familia—, conforme resulta de los artículos 828 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de esa provincia, reformado por la citada ley (conf., FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., “Régimen de Bienes del Matrimonio”, ob. cit., p. 147; MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, “Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2017, ps. 393 y ss., XII).

bienes existentes en la República Argentina, que se rigen por las leyes del país (art. 10, Código Civil)” (15).

VI. Separación judicial de bienes solicitada por uno solo de los esposos

El art. 477 del Código Civil y Comercial permite que, en los casos que enumera, uno de los esposos pueda por su sola voluntad requerir la separación judicial de los bienes que forman la comunidad, no obstante continuar vigente el matrimonio. A esos casos me referiré a continuación.

VI.1. Mala administración

Como resulta del inc. a) del art. 477, para poder uno de los esposos solicitar judicialmente la separación de los bienes que forman la comunidad, debe ocurrir que la mala administración del otro cónyuge le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales.

Aunque cabe aclarar que en cualquier momento los cónyuges pueden, de común acuerdo, en cumplimiento del plazo establecido en el art. 449 y mediante el otorgamiento de la escritura requerida en dicha norma, volver al régimen de comunidad. Lo que es así, sin perjuicio de respetarse los actos practicados y los derechos adquiridos por los terceros.

VI.2. Cuándo se puede considerar que ha habido mala administración

No es enteramente sencillo determinar con precisión cuándo puede afirmarse que uno de los cónyuges ha incurrido en la causal de *mala administración*. Sin embargo, se pueden señalar ciertas pautas, tales como la existencia de importantes resultados negativos en la administración de los bienes, o un endeudamiento elevado y sin un motivo razonable que lo pudiera justificar, o gastos excesivos, o causas similares que puedan llevar en forma vertiginosa o paulatina a la pérdida por parte del esposo al que se le imputa una conducta de esa naturaleza —que no necesariamente tiene por qué ser dolosa, pero sí, imputable al mismo (16)—, de los bienes gananciales administrados por él.

(15) CNCiv., sala B, LA LEY, 1981-D, 44, con nota aprobatoria de GOLDSCHMIDT, Werner, “Una sentencia de divorcio alemana como causal del cese de una comunidad de bienes argentina”.

(16) Conf., ARIANNA, Carlos A. y BERTINI, Adriana S., “Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Indivisión poscomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial”, ob. cit., p. 36.

Entre otros autores, Méndez Costa afirma que “la mala administración consiste en la gestión ineficiente de los bienes, causada por la falta de aptitudes o de diligencia del administrador por su actitud dispendiosa o por su ánimo de perjudicar al cónyuge, exteriorizados en actos determinados que, aun sin causar la ruina del patrimonio, comporten un peligro serio y efectivo para el derecho del otro cónyuge a compartir los gananciales del mal administrador al extinguirse la sociedad conyugal” (17).

En las *XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* se sostuvo que la mala administración se integra con un elemento objetivo, constituido por una gestión inepta, gastos excesivos, disipación, insolvencia, y uno subjetivo, consistente en la falta de aptitud, negligencia o dolo; y que la administración debía valorarse en su conjunto, y no de acuerdo con un acto aislado, salvo que este, por su magnitud o entidad, aparejare el peligro que la ley tiende a evitar.

Según ha sido resuelto con relación al tema, “hay mala administración de la sociedad conyugal cuando el marido administra su masa de gananciales en forma desordenada, inepta, dispendiosa, de tal manera que haya perjudicado a la mujer respecto de sus bienes propios, o entrañe peligro de que la perjudique en esos bienes o en los gananciales de su administración”, y que “la mala administración que autoriza a pedir la separación de bienes no se configura por una pérdida o quebranto accidental, por el mayor o menor acierto en los negocios, sino que esa causal requiere una conducta de contornos definidos, que se exteriorice en una serie de actos y que en el contexto de una administración, evidencien un obrar desaprensivo, temerario o de franca ineptitud” (18). Como también que “la mala administración del marido existe cuando el proceder de este acarrea, o bien su insolvencia o bien un desacierto o desorden en los negocios que

(17) “Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial”, ob. cit., p. 239. Véase, asimismo, ARIANNA, Carlos A., “Disolución de la sociedad conyugal”, ob. cit., p. 897, y “La extinción de los regímenes patrimoniales en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, ob. cit., RDF 64, 55, b.1); AZPIRI, Jorge, “Régimen de bienes en el matrimonio”, ob. cit., p. 202; PERRINO, Jorge O., “Derecho de Familia”, ob. cit., t. I, p. 901; CAPPARELLI, Julio César, “La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el artículo 1294 del Código civil”, LA LEY, 1988-B, 913; BELLUSCIO, Augusto C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos”, RDF 4, 77; HERRERA, Marisa, “Manual de Derecho de las Familias”, Buenos Aires, 2016, p. 225, 4.2.2., a).

(18) CNCiv., sala B, LA LEY, 1988-D, 493. con nota aprobatoria de UGARTE, Luis Alejandro, “La separación de bienes por mala administración y las garantías legales otorgadas al cónyuge no administrador”. Conf., BELLUSCIO, Augusto César, “Derecho de Familia”, ob. cit., p. 367, parágr. 270, a).

se traduzca en pérdidas o quebrantos aptos para provocar el peligro que el artículo 1294 del Código Civil ha tenido en vista” (19).

VI.3. Sobre qué bienes debe recaer la mala administración

Si bien en principio la mala administración que da lugar a la posibilidad de requerir la separación de bienes debe recaer sobre los bienes gananciales —como dispone el inciso a) del art. 477—, ello también puede ocurrir con respecto a los bienes propios cuando esa mala administración impidiera o limitare la percepción de rentas —que, como es sabido, son de carácter ganancial (20)— o, en el supuesto de que los bienes propios fueran necesarios para cubrir los derechos del otro esposo al tiempo de la disolución de la comunidad, o cuando pudiera redundar en la contracción de deudas que absorbieran tanto una como otra categoría de bienes (21). En tal sentido, Méndez Costa coincide en que la mala administración también puede recaer sobre los bienes propios, dado que, agrega, “serán necesarios para saldar las recompensas destinadas a recomponer los gananciales y porque la mala gestión de estos bienes puede repercutir en el endeudamiento apto para absorberlos” (22).

Mazzinghi, en cambio, sostiene que la mala administración debe practicarse únicamente sobre los bienes gananciales (23), en tanto que Fleitas

(19) CNCiv., sala C, LA LEY 127-259, con nota cit. de ZANNONI, Eduardo A., “Reflexiones en torno a la separación judicial de bienes de la sociedad conyugal por mala administración o concurso del marido”.

(20) Conf., ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de Familia”, ob. cit., 5ª ed., t. I, p. 699, parágr. 549; BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., “Manual de derecho de familia”, Buenos Aires, 2016, 7ª ed., p. 223, parágr. 276, a); BELLUSCIO, Augusto C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos”, ob. cit., RDF 4, 78 y sig., e); SOLARI, Néstor E., “Derecho de las Familias”, Buenos Aires, 2015, p. 172, ii); Conf., ARIANNA, Carlos A. y BERTINI, Adriana S., “Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Indivisión poscomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial”, ob. cit., p. 36.

(21) BELLUSCIO, Augusto C., “Derecho de Familia”, ob. cit., p. 367, parágr. 270, a).

(22) “Código Civil Comentado. Derecho de familia patrimonial”, ob. cit., p. 238. Conf., ARIANNA, Carlos Alberto, “Disolución de la sociedad conyugal”, ob. cit., p. 898.

(23) MAZZINGHI, Jorge A., “Tratado de Derecho de Familia”, ob. cit., 4ª ed., t. II, p. 390, parágr. 405. Cabe recordar que estando vigente la anterior redacción del art. 1294 (antes de su reforma por la ley 23.515), en que la mala administración del marido debía traerle a la mujer peligro de perder sus bienes propios, la Cámara Civil 2ª de la Capital, en un fallo citado por Mazzinghi, resolvió hacer lugar a la separación de bienes por la causal apuntada, no obstante que el marido no había administrado bienes dotales (o sea, propios de la mujer), habiéndose sostenido al respecto que cabía presumir que no habría de tener mejor éxito ante la administración de dichos bienes, dado su mala disposición para los negocios.

Ortiz de Rozas y Roveda afirman que para que se configure el presupuesto que contemplaba el anterior art. 1294 del Código Civil, “se deberá comprobar un manejo de su masa ganancial desordenado, inepto o dispendioso, perjudicando al consorte en su derecho a participar en los bienes gananciales existentes al momento de la disolución”, así como también, que la gestión torpe y ruinosa de uno de los cónyuges, debe “poner en un peligro cierto y efectivo el patrimonio del otro cónyuge, frustrando así el derecho a compartir los gananciales” (24).

Recuerdo, asimismo, que en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *de lege lata* se aprobó por mayoría que la mala administración a que se refiere el artículo 1294, debía producirse sobre bienes ya sea propios o gananciales.

VI.4. La mala administración deberá ser acreditada

Distintamente al supuesto del concurso o quiebra, en que debe existir una declaración judicial de la que resulte haberse producido una de esas situaciones, en el caso de la mala administración, esta debe ser debidamente acreditada, lo que, por tratarse de una situación de hecho, en principio puede serlo en forma amplia, inclusive por testigos y presunciones.

No obstante, dicha prueba no puede producirse por la sola confesión o reconocimiento del esposo al que se le imputa una conducta de esa naturaleza, por cuanto, si así pudiera ser, los cónyuges podrían llegar a ponerse de acuerdo en obtener una separación de los bienes gananciales por su sola voluntad, violando de tal manera el régimen imperativo de bienes que la ley ha establecido con relación al régimen de comunidad, que solo permite que se practique la separación de los bienes en los casos en que taxativamente es admitida (25).

VII. Concurso o quiebra del otro cónyuge

VII.1. Nociones generales

De acuerdo con lo normado en el art. 477 inc. b) del Código, uno de los esposos puede pedir la separación judicial de bienes, *si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge*.

(24) “Régimen de Bienes del Matrimonio”, ob. cit., p. 144.

(25) Conf., FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo, “Régimen de Bienes del Matrimonio”, ob. cit., p. 146; AZPIRI, Jorge O., “Régimen de bienes en el matrimonio”, ob. cit., p. 205; BELLUSCIO, Augusto C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos”, ob. cit., Véase, asimismo, MAZZINGHI, Jorge A., “Tratado de Derecho de Familia”, ob. cit., 4ª ed., t. II, p. 391, parágr. 405, c).

Como para que se produzca la causal de concurso o quiebra de uno de los esposos resulta necesaria una declaración judicial, producida la misma, no se requiere ninguna otra prueba o requisito adicional a fin de acreditar el hecho de haber ocurrido la causa que puede dar lugar a la petición de separación judicial de los bienes gananciales de los esposos. Es innecesaria, por tanto, la prueba del peligro de perder el derecho sobre los gananciales.

VII.2. En la práctica, la disposición carece en buena medida de relevancia

En efecto, la posibilidad de poder el esposo *in bonis* en caso de concurso o quiebra del otro cónyuge requerir la separación judicial de los bienes de la comunidad carece en parte de relevancia práctica, desde que, por aplicación de la segunda parte del art. 461 y de la primera del art. 467 del Código Civil y Comercial —y sin perjuicio de las excepciones establecidas en el resto de dichas normas—, cada uno de los esposos responde ante los terceros acreedores únicamente con sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos.

Lo que hace que, aparte de sus bienes propios, son únicamente los gananciales que administra el esposo concursado los que forman parte del activo del concurso; o, en el caso de quiebra, de los bienes que deben liquidarse y repartirse entre los acreedores.

Pero no los gananciales del otro esposo, los que, por lo tanto, no corren riesgo en el supuesto de darse cualquiera de esas situaciones (26). Aunque esto es así solo en principio, debido a que los acreedores del concursado o fallido podrían cuestionar, con fundamento en la existencia de un eventual fraude, el hecho de que determinados bienes adquiridos en realidad por este último se hubieran puesto a nombre del esposo no concursado, con la finalidad de evitar la afectación de los mismos al pago de las deudas de aquel.

(26) Conf., CAPPARELLI, Julio César, “La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el artículo 1294 del Código Civil”, LA LEY, 1988-B, 913; ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de Familia”, ob. cit., 5ª ed., t. I, p. 701, parágr. 552; PERRINO, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, cit., t. I, p. 902, 2); ARIANNA, Carlos Alberto e ILUNDAIN, Mirta, “Los bienes gananciales ante la insolvencia del cónyuge”, RDF 13, 172; ROVEDA, Eduardo Guillermo, “El concurso o la quiebra como causal de separación judicial de bienes (art. 1294, Código Civil)”, TR LALEY AR/DOC/7054/2012; VIDAL TAQUINI, Carlos H., Régimen de bienes en el matrimonio, 3ª ed., 6ª reimpr., Bs.As., 2005, p. 393, parágr. 321; SOLARI, Néstor E., “Derecho de las Familias”, ob. cit., p. 173; BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., “Manual de derecho de familia”, ob. cit., p. 224, parágr. 276.

VII.3. El esposo no concursado no puede retirar del activo del concurso o quiebra la mitad de los gananciales de titularidad de su consorte

En efecto, el hecho de que el esposo no concursado tenga un derecho eventual sobre el 50% de los gananciales adquiridos por su cónyuge no significa que en virtud de la separación de bienes lograda con fundamento en el art. 477 inc. b), pueda requerir el retiro del concurso de la mitad de esos bienes (27). Lo que es así, ya que, como recién recordé, cada uno de los esposos responde frente a sus acreedores con la totalidad de sus bienes propios y de los gananciales que hubiera adquirido.

Quiero recordar una sentencia de la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza, en la que se resolvió que “el derecho de los cónyuges del concurso a la partición del acervo respecto de los bienes gananciales del causante está supeditado a que sea desinteresada la masa del concurso, ya que se trata de gananciales administrados por el marido y que responden por las deudas contraídas por este; pues los gananciales del marido al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal continúan haciendo frente a las obligaciones por él contraídas” (28).

Con fundamento en las análogas disposiciones contenidas en el Código Civil y en la ley 11.357, se ha decidido que “el carácter ganancial de los bienes solo tiene virtualidad en las relaciones entre cónyuges, pero resulta irrelevante para los terceros acreedores, cuya prenda común se halla conformada por el patrimonio del deudor, sin distinguir entre bienes propios y gananciales; por ende, esta calificación solamente dará lugar a la aplicación de recompensas entre los cónyuges en oportunidad de la liquidación de la sociedad conyugal. Consecuentemente, en caso de solicitarse la separación de bienes por aplicación del artículo 1294 del Código Civil durante el trámite de concurso preventivo de uno de los esposos, la respectiva liquidación no podrá tener lugar hasta tanto no queden satisfechos los acreedores; sobrevinida la quiebra, el cónyuge podrá hacer efectivo su crédito si hubiese remanente, pues no puede pretender preferencia al pago de los acreedores por recompensas a su favor” (29).

(27) Conf., entre muchos otros, JUNYENT BAS, Francisco A., JUNYENT, Patricia y PERETTI, M. Victoria, “El régimen patrimonial del matrimonio en el CCCN, con especial referencia al concurso o quiebra de alguno de los cónyuges”, DFyP 2018 (mayo), 14.

(28) ED, 160-70, con nota de GUASTAVINO, Elías P., “Los gananciales del fallido y el enigma del artículo 1294 del Código Civil”.

(29) CNCom., sala E, ED 153-468, con nota de GOWLAND, Alberto Jorge, “El concurso: desafortunada reaparición en la ley 23.515 de una desaparecida causal de separación de bienes (dos sentencias coincidentes)”;

VII.4. Aunque no siempre, la separación de bienes en caso de concurso o quiebra podría resultar inconveniente para el esposo in bonis

Lo que afirmo en razón de que además de no poder sustraer ganancias de la masa del concurso con preferencia a los acreedores del concursado, sino únicamente después de ser pagados estos, de exigir la separación el esposo *in bonis* debería a su vez entregar la mitad de los bienes gananciales que hasta ese momento administraba, que de ahí en más pasarán a formar parte de los bienes que administra el concursado y, en consecuencia, de la masa del concurso (30).

Gowland afirma al respecto que “invocar la protección del artículo 1294 Código Civil para quedar a la expectativa de dividir un hipotético remanente del concurso o quiebra, y tener a cambio que dividir los gananciales de la propia administración, parece, ciertamente, mal negocio” (31). Capparelli a su vez pone de relieve que la división de los bienes solo será beneficiosa para el esposo que requiere la disolución, en el caso de que el no concursado no tuviera en su patrimonio bienes gananciales que partir con su consorte, y que lo que busca es hacer cesar la ganancialidad para el futuro (32).

361; CNCom., sala B, ED., 166-576, con nota de GUASTAVINO, Elías P., “La quiebra y el cónyuge del fallido”; CNCiv., sala C, LA LEY, 1976-D, 376; ídem id., LA LEY, 1993-C, 241, con nota de HIGHTON, Federico R., “Bienes gananciales ante la quiebra del cónyuge”; SC Bueno Aires, ED 138-485; CNCom., sala E, ED 131-236, con nota de MAZZINGHI, Jorge A., “El concurso como causa de separación de bienes”; ídem, sala A, LA LEY, 2007-F, 733, con nota aprobatoria de SOLARI, Néstor E., “Subasta de un bien ganancial del fallido”; C2aCiv. y Com. Córdoba, RDF, 2003-II-169.

(30) Conf., MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo, “Derecho de Familia”, ob. cit., p. 390, VII; BELLUSCIO, Augusto César, “Derecho de Familia”, ob. cit., ps. 367 y ss., parágr. 270, c); SOLARI, Néstor E., “Derecho de las Familias”, ob. cit., p. 173; BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., “Manual de derecho de familia”, ob. cit., p. 224, parágr. 276; JUNYENT BAS, Francisco A.; JUNYENT, Patricia y PERETTI, M. Victoria, “El régimen patrimonial del matrimonio en el CCCN, con especial referencia al concurso o quiebra de alguno de los cónyuges”, ob. cit.

(31) “El concurso: desafortunada reaparición en la ley 23.515 de una desaparecida causal de separación de bienes (dos sentencias coincidentes)”, ED 153-468. Conf., MAZZINGHI, Jorge A., “El concurso como causa de la separación de bienes”, ob. cit.; ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de Familia”, ob. cit., p. 702, parágr. 552; MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil Comentado, “Derecho de familia patrimonial”, ob. cit., p. 241; PERRINO, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, ob. cit., t. I, p. 902, 2); BELLUSCIO, Augusto C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos. Segunda Parte. Separación judicial de bienes por concurso”, RDF 19, 12, IV, b); VIDAL TAQUINI, Carlos H., “El régimen de bienes en el matrimonio”, ob. cit., p. 393, parágr. 321.

(32) CAPPARELLI, Julio César, “La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el artículo 1294 del Código Civil”, LA LEY, 1988-B, 914. Conf., ARIANNA, Carlos A. y

En efecto, no obstante lo dicho al comienzo de este inciso, lo cierto es que si el cónyuge *in bonis* careciera de bienes de carácter ganancial y tuviera ingresos, ya sea por su trabajo o por rentas de bienes propios (u otros ingresos que, de no estar casado bajo el régimen de comunidad, serían propios), podría convenirle la extinción de la comunidad conyugal, por cuanto en ese supuesto esos ingresos pasarían, a partir de la extinción, a ser de carácter propio de ese esposo.

VII.5. Modificación del régimen

Al igual que en el supuesto de la separación judicial de los bienes por mala administración, también en el caso de la separación por concurso o quiebra ambos esposos pueden, de común acuerdo, en cumplimiento del plazo establecida en el art. 449 y mediante el otorgamiento de la escritura requerida en dicha norma, volver al régimen de comunidad. Lo que es así, sin perjuicio de respetarse los actos practicados y los derechos adquiridos por los terceros.

VIII. Extinción de la comunidad por la separación de hecho sin voluntad de unirse

Tal como más arriba he señalado, el art. 477 del Código establece que *la separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:... c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse.*

Cualquiera de los esposos puede iniciar la acción, no importando cuál de ellos tuvo la iniciativa de la separación. La reanudación de la convivencia luego de decretada la separación judicial de bienes por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse no hace reanudar la comunidad ya disuelta, no obstante lo cual los esposos pueden modificar el régimen de separación por el de comunidad, lo que deben hacer por escritura pública, luego del transcurso del plazo de un año expresado en el art. 449 del Código.

IX. Designación de curador de otra persona distinta al cónyuge

De acuerdo con el inc. d) del art. 477, *la separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges... si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero.*

BERTINI, Adriana S., "Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Indivisión poscomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial", ob. cit., p. 38.

Queda en claro que del art. 477 no resulta que la declaración de incapacidad de uno de los esposos tenga como una consecuencia inmediata y necesaria la extinción de la comunidad y, por tanto, la separación de los bienes gananciales, ya que, de decretarse la incapacidad, la separación *podrá* —o sea, que es facultativo— ser pedida por el esposo sano, pero ello, únicamente si se designare curador a un tercero.

El interés del esposo sano en la separación de los bienes resulta de la circunstancia de no querer que un tercero —la persona designada curador de su cónyuge— administre en ese carácter los bienes gananciales existentes a nombre del declarado incapaz, sobre los cuales aquel tiene una legítima expectativa sobre el cincuenta por ciento. Por lo que, en la situación descrita, es entendible que se le haya conferido al esposo sano el derecho de pedir la separación de los bienes del matrimonio, siendo tanto mayor su interés cuanto mayor sea la cantidad e importancia económica de los bienes gananciales que administraba el cónyuge con incapacidad.

En el supuesto de que con motivo de la revisión de la sentencia declarativa de incapacidad, a que alude el art. 40 del Código, el juez dejara sin efecto la declaración de incapacidad, la comunidad conyugal que hubiera sido disuelta podrá reanudarse siempre que hubiera transcurrido el término de un año establecido en el art. 449 y la comunidad se reanudara por escritura pública, debiendo siempre respetarse los derechos adquiridos por los terceros.

X. Extinción de la comunidad por la modificación del régimen vigente de comunidad

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 449 del Código, *después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.*

Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron. ♦

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LEGISLATIVA. (EN BÚSQUEDA DE UNA SÍNTESIS)

POR ALBERTO B. BIANCHI (*)

I. Objetivo (**)

La temática de la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa es una cuestión que ha concitado mi atención desde hace tiempo (1). Intentaré señalar aquí cuáles son sus desarrollos actuales, en la búsqueda de una síntesis sobre este tema.

II. Algunas notas previas

II.1. La responsabilidad del Estado en el marco general de la responsabilidad civil

Una primera cuestión que me parece indispensable aclarar es que la responsabilidad del Estado no es una materia aislada o insular del Derecho. Por el contrario, si bien su estudio detallado corresponde, como es natural, al Derecho Administrativo, no debemos olvidar por ello que se trata de un capítulo de la responsabilidad civil en general, aunque posee algunas características específicas que la distinguen nítidamente de la responsabilidad de los particulares y le otorgan un perfil ius-publicístico propio, tal como bien ha señalado Cassagne (2).

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 9 de septiembre de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) Ver: BIANCHI, Alberto B., "La Responsabilidad del Estado por su Actividad legislativa", con Prólogo de Juan Carlos Cassagne, Ábaco, Buenos Aires, 1999.

(2) CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. I, p. 436. Del mismo autor ver también: "Acerca de algunas cues-

Por ello considero que ha sido un error del Código Civil y Comercial —en sus artículos 1764 y 1765— haber excluido de su ámbito todo lo referente a la responsabilidad del Estado, cambiando así, de manera radical, el enclave jurídico que esta tuvo durante la vigencia del antiguo Código Civil, en particular, bajo lo dispuesto en el artículo 1112. En el mismo error incurre el art. 1º de la Ley de Responsabilidad del Estado (LRE) (3), al intentar regular esta materia en forma completamente autónoma y sin conexión alguna con la legislación civil (4). Coincido también con Cassagne en que hay algunas instituciones troncales del derecho, como es el régimen de la responsabilidad civil, ya sea de los particulares o del Estado, que conviene y es necesario que sean reguladas por el Código Civil, con el objeto de mantener la coherencia y unidad del sistema jurídico (5).

Sin perjuicio de todo ello, hay dos notas que tipifican a la responsabilidad del Estado diferenciándola de la responsabilidad de los particulares. La primera es que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Mientras la responsabilidad de los particulares depende de los llamados “factores de atribución”, tales como el dolo o la culpa, que son de carácter subjetivo; la responsabilidad del Estado no exige probar que el funcionario obró con dolo o culpa. Lo que se requiere es que exista la llamada “falta de servicio”, es decir, que el funcionario o agente haya obrado fuera del ámbito de sus obligaciones legales (6). Si se demuestra que ha existido una falta de servicio objetiva, independientemente de que el funcionario la haya cometido con dolo o culpa, la responsabilidad se atribuye en forma directa al Estado. La segunda es que el Estado puede ser responsable por su obrar lícito. Esto significa que, aun obrando lícitamente, el Estado puede ser responsable de los daños y perjuicios que su actividad ocasione. El ejemplo más típico es la obligación de indemnizar en la expropiación por causas de utilidad pública, responsabilidad que está reconocida en el más alto rango legal por el artículo 17 de la Constitución.

tiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, 214, ps. 11-42 (2021).

(3) Ley 26.944; BO 08-08-2014.

(4) Según este artículo “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

(5) CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. cit.*, p. 454.

(6) En este punto, la jurisprudencia y la doctrina en la Argentina han seguido al derecho francés, cuna del “faute de service”, cuya distinción con el “faute personnelle” nace en los casos y “Blanco” y “Pelletier”, resueltos por el Tribunal de Conflictos en febrero y julio de 1873, respectivamente.

Estas dos notas, como puede verse, son peculiares, porque la segunda de ellas, incluso, permite prescindir de la primera. En efecto, la responsabilidad por actividad lícita del Estado no requiere, obviamente, una falta de servicio. Por el contrario, es el cumplimiento de una obligación legal, presumiblemente orientada a la satisfacción de un interés general, lo que genera el daño y la consecuente obligación de indemnizar.

II.2. El fundamento de la responsabilidad del Estado

Mucho se ha escrito y se escribirá, probablemente, sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado, (7) cuestión esta que, en mi opinión, está en la esencia misma del gobierno republicano, tal como señaló hace más de un siglo Aristóbulo del Valle (8). Creo, en consecuencia, que no es necesario recurrir a teorías sofisticadas sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado, pues esta nace del artículo 1º de la Constitución y se refleja en varias de sus normas, en particular, como ya dije, en el artículo 17, que regula la responsabilidad emergente de la expropiación (9).

II.3. ¿Qué es el “Estado” en el ámbito de la Ley de Responsabilidad del Estado?

Reconozco que, a primera vista, esta pregunta puede parecer infantil. Si existe algún tema que tanto la Ciencia Política como el Derecho Público han estudiado exhaustivamente es este, pues constituye el centro de sus preocupaciones. Por lo demás, entre los padres fundadores del Derecho

(7) En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado como legislador, puede verse GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”, Civitas, Madrid, 1996, ps. 48-51.

(8) En opinión de del Valle “la república es la comunidad política organizada sobre la base de la igualdad de todos los hombres, cuyo gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo de tiempo en tiempo y responsable ante el pueblo de su administración”, Nociones de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1895, citado por GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., “Derecho Constitucional Argentino”, J. Lajouane & Cía, Buenos Aires, 1930, 3ª ed., t. I, p. 428.

(9) A juicio de Cassagne este fundamento nace también del principio de igualdad ante las cargas públicas, establecido en el artículo 16 de la Constitución. CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo y Derecho Público en General. Estudios y Semblanzas”, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2020, p. 599.

Administrativo en la Argentina, Bielsa (10), Villegas Basavilbaso (11) y Marienhoff (12), se han ocupado de esta temática, como encabezamiento de sus obras monumentales.

Por tal motivo, hasta que fue sancionada la LRE, la noción de “Estado” en lo relativo a su responsabilidad civil no ofrecía mayores dificultades. Al referirnos al “Estado” sabíamos que aludíamos no solo a la persona jurídica Estado nacional, sino también a todos los entes que componen la llamada Administración descentralizada, comprendidos en el llamado al “Sector Público”, según la enumeración efectuada por el artículo 8º de la Ley de Administración Financiera (13), tanto en su versión original, como en su ampliación dispuesta por la ley 25.827 (14). Más aún, dado que la responsabilidad del Estado estaba regulada por el Código Civil, los principios generales de aquella se extendían también a las provincias y a los municipios, bajo lo establecido en el art. 75, inc. 12 de la Constitución.

En síntesis, hasta la sanción de la LRE, el sistema de la responsabilidad del Estado por actos ilícitos, tanto contractuales como extracontractuales, era homogéneo y se guiaba, como norma rectora, por el art. 1112 del Código Civil, sin perjuicio de que en *Tomás Devoto & Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional* (15), uno de sus fallos iniciales, la Corte Suprema fundó la responsabilidad estatal en los arts. 1109 y 1113, dándole un sostén netamente civilista que motivó la célebre crítica de Bielsa (16), lo que fue corregido, poco después, en *Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires* (17), criterio que fue consagrado en *Vadell c/ Provincia de Buenos Aires*, donde quedó en claro el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado (18).

Con la sanción de la LRE, este sistema perdió su homogeneidad, al punto que ya no es claro a qué se refiere la ley cuando alude al “Estado”. Por

(10) BIELSA, Rafael, “Derecho Administrativo”, La ley, Buenos Aires, 2017, 7ª ed. actualizada por Roberto Luqui, libro segundo, cap. I, p. 147 y ss.

(11) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “Derecho Administrativo”, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, t. II, caps. IV y V.

(12) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1990, 4ª ed., t. I, cap. II.

(13) Ley 24.156; BO 29-10-1992.

(14) BO. del 22/12/2003.

(15) Fallos 169-111 (1933).

(16) BIELSA, Rafael, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, JA 43-416.

(17) Fallos 182-5 (1938).

(18) Fallos 306-2030 (1984).

lo pronto, la LRE no se aplica a las provincias ni a la Ciudad de Buenos Aires, a quienes el art. 11 invita a adherir, pero no obliga (19). La pregunta siguiente es si, al referirse al Estado “a secas” (20), la LRE solo comprende al Estado, como persona jurídica, o abarca también a todas las personas jurídicas integrantes del “sector público”, en los términos de la Ley de Administración Financiera. Esto ha dado lugar a desacuerdos doctrinarios, pues mientras Perrino (21) opina que la LRE solo regula la responsabilidad del Estado y de sus órganos, pero no se extiende a las personas públicas no estatales, Uslenghi, en cambio, entiende que estas últimas están alcanzadas por aquella (22). Rosatti, por su lado, sostiene que la LRE se aplica únicamente al “Estado-órgano”, pero no a las personas que desempeñan cometidos estatales, dando como ejemplo a los concesionarios de servicios públicos, cuya actividad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 LRE, no da lugar a la responsabilidad del Estado como concedente del servicio (23). Como puede verse, en este aspecto, como en otros muchos, la LRE, lejos de constituir un avance, ha sido un retroceso, pues ha generado una discusión interpretativa que antes no existía.

Por mi parte, entiendo que, si la LRE alude solamente al Estado, debemos entender que se refiere solamente al Estado nacional, como persona jurídica, sin comprender a las otras personas jurídicas estatales que componen la Administración Pública descentralizada, pues si la LRE hubiera querido abarcarlas, lo habría dicho expresamente. Lo contrario significaría que la LRE ha confundido la noción de Estado con la de Administración Pública descentralizada y creo que, a esta altura del desarrollo del Derecho Administrativo, esta confusión resulta inadmisibles.

En síntesis, según mi opinión, la LRE regula tan solo la responsabilidad del Estado como tal, pero no la de las otras personas jurídicas estatales. Esta interpretación restrictiva, por lo demás, es coherente con el propio ámbito restrictivo que tiene la LRE, que regula tan solo la responsabilidad

(19) LRE, Art. 11 “Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

(20) LRE, Art. 1º “Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”.

(21) PERRINO, Pablo Esteban, “La Responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos”, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 42.

(22) USLENGHI, Alejandro, “La responsabilidad del Estado por omisión”, RAP Nº 437 p. 169 y ss.

(23) ROSATTI, Horacio, “Análisis exegético de la Ley 26.944 (en colaboración con Gisela Zingareti)”, en la obra colectiva Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis Crítico y Exegético, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2014, p. 501.

extracontractual del Estado, pero no su responsabilidad contractual, que se rige por las leyes específicas, siendo la LRE de aplicación meramente supletoria (24). También en este aspecto, la LRE ha quebrado la homogeneidad del sistema de responsabilidad del Estado.

II.4. La amplitud teórica de la responsabilidad del Estado y sus fuertes limitaciones en la práctica

Desde un punto puramente teórico o doctrinal, la responsabilidad del Estado y de las personas jurídicas estatales es muy amplia. No solo comprende la responsabilidad de los tres órganos superiores del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y de todos los órganos y entes que los componen, sino que abarca también la responsabilidad por actividad lícita e ilícita, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. Se admite, incluso, la responsabilidad del Estado por omisión, una cuestión que ha merecido estudios particulares (25) y la responsabilidad internacional del Estado, aunque, como señala Cassagne, la regulación de esta es inorgánica y depende, en gran medida, de lo que establecen los tratados internacionales (26).

Esta saludable bocanada de oxígeno cívico que respiramos al recorrer las obras de doctrina se torna en asfixia al comprobar la realidad práctica en la cual se desenvuelven no solo la obtención de una sentencia de condena, sino también las dificultades que presenta su ejecución. En relación con esto último, el art. 170 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto (LCP) (27) establece un mecanismo de pago que, en la práctica, impide ejecutar las sentencias de condena contra el Estado y sus entes descentralizados y deja enteramente librado su cumplimiento a la discrecionalidad de la autoridad estatal, al disponer que si el crédito para atender el pago de lo adeudado en virtud de la sentencia no está previsto en el presupuesto del órgano o ente deudor de ese año fiscal (lo que es altamente frecuente), no podrá ser ejecutado y dicho monto, para que pueda ser abonado, deberá ser incluido en el Presupuesto del año siguiente. Para agravar aún más esta situación, la ley no prevé un remedio para el acreedor, en caso de

(24) Así lo establece el art. 10 “La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria”.

(25) Cito, entre otros: RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, “Responsabilidad del Estado por Omisión”, Astrea, Buenos Aires, 2019.

(26) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., p. 489.

(27) Ley 11.672 (t.o. 2014).

que dicho monto no llegara a ser incluido en el Presupuesto del año siguiente al de la sentencia de condena (28).

La Corte Suprema ha moderado esta norma, excluyendo su aplicación en situaciones extremas, tales como las de una persona de avanzada edad que requiere un tratamiento médico indispensable. Ha sostenido al respecto el tribunal que “[u]n criterio ponderado de la ejecución de sentencias judiciales debe incorporar la posibilidad de analizar en concreto la incidencia de la decisión y su ejecución en el desarrollo regular de las prestaciones estatales, evitando —en el extremo— convalidar la impunidad gubernamental como *modus operandi* en su relación con la comunidad. Se ha de procurar entonces un marco equidistante, que evite caer en los extremos de la irresponsabilidad estatal, por un lado, y la falta de una visión solidaria, por el otro” (29).

Asimismo, en *Martínez c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior* (30), la Corte estableció dos cuestiones relevantes en orden a limitar la discrecionalidad estatal en el pago de las sentencias de condena. Ellas son: (a) que el Estado —o sus entes descentralizados— solo puede acudir al

(28) LCPP, Art. 170. Los pronunciamientos judiciales que condenen al Estado Nacional o a alguno de los Entes y Organismos que integran la Administración Nacional al pago de una suma de dinero o, cuando sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, serán satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en las distintas Jurisdicciones y Entidades del Presupuesto General de la Administración Nacional, sin perjuicio del mantenimiento del Régimen establecido por las Leyes Nros. 23.982 y 25.344. En el caso que el Presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el Poder Ejecutivo Nacional deberá efectuar las provisiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente, a cuyo fin las Jurisdicciones y Entidades demandadas deberán tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del día 31 de julio del año correspondiente al envío del proyecto, debiendo incorporar en sus respectivos anteproyectos de presupuesto el requerimiento financiero total correspondiente a las sentencias firmes a incluir en el citado proyecto, de acuerdo con los lineamientos que anualmente la Secretaría de Hacienda establece para la elaboración del Proyecto de Presupuesto de la Administración Nacional. Los recursos asignados anualmente por el Honorable Congreso de la Nación se afectarán al cumplimiento de las condenas por cada Servicio Administrativo Financiero, siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme la fecha de notificación judicial y hasta su agotamiento, atendándose el remanente con los recursos que se asignen en el ejercicio fiscal siguiente.

(29) C., J. C. c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa, Fallos 343-264 (2020).

(30) Fallos 343-1894 (2020).

mecanismo establecido en el art. 170 LCPP una sola vez (31) y (b) que la previsión presupuestaria debe incluir los intereses devengados (32).

III. Régimen de la responsabilidad del Estado por actividad legislativa

En lo que se refiere al régimen específico de la responsabilidad por actividad legislativa es preciso tener en cuenta cinco cuestiones.

La primera de ellas —sobre la cual no existen dificultades interpretativas— es que se trata de una especie comprendida dentro del género de la responsabilidad por actividad lícita. Dicho de otro modo, la actividad lícita del Estado puede desarrollarse en varios campos, uno de ellos, naturalmente, es el dictado de normas de alcance general, ya sean de rango legal o reglamentario; y todas ellas pueden ocasionar daños que generan responsabilidad estatal.

Sin embargo, no existe diferencia alguna en el régimen de la responsabilidad estatal que puede surgir: (a) de los actos administrativos de alcance individual, regulada en el artículo 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) (33); (b) de las normas reglamentarias (actos administrativos de alcance general), prevista en el artículo 83 del dec. 1759/1972,

(31) “El precepto citado confiere al Estado Nacional la prerrogativa de diferir por única vez el pago de la condena en el supuesto de que se agote la partida presupuestaria correspondiente al ejercicio en el que se encontraba prevista su cancelación; mientras esto suceda, cobra pleno efecto la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución presupuestaria prevista en el art. 165 de la ley 11.672, en las condiciones que este Tribunal señaló tempranamente en Fallos: 322:2132 [...] el plazo especial de pago establecido por el art. 170 de la ley 11.672, obsta a la ejecución forzosa de las condenas dinerarias dictadas contra el Estado Nacional, mientras esté vigente y a condición de que se cumplan los recaudos previstos en él (Fallos: 339:1812)”. Considerandos 4º y 5º. Énfasis agregado.

(32) “[...] para la cancelación de los reconocimientos judiciales firmes sujetos al procedimiento del art. 170 de la ley 11.672, el Estado Nacional deberá adoptar las medidas necesarias para que la previsión presupuestaria sea comprensiva del capital de condena y de los intereses devengados hasta su efectivo pago. De otro modo, además de los perjuicios señalados, la sujeción de los accesorios a sucesivas previsiones presupuestarias frustraría los fines propios del régimen establecido por dicha norma pues atentaría contra la racional administración de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares”. Considerando 8º.

(33) LPA, Art. 18. El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados [...] podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.

reglamentario de la LPA (34) o (c) de las leyes sancionadas por el Congreso.

Por lo demás, los arts. 4 y 5 LRE se refieren, en forma genérica, a la responsabilidad del Estado por actividad lícita, sin hacer distinciones sobre la naturaleza de los actos que la producen.

En segundo lugar, no debe confundirse la responsabilidad del Estado por actividad legislativa con la llamada “inexistencia de derecho al mantenimiento del ordenamiento jurídico”. Aunque ello es obvio, lo menciono, pues es muy habitual que al contestar una demanda en la cual se le imputa esta clase de responsabilidad, el órgano o ente estatal invoque este argumento como defensa, citando la jurisprudencia de la Corte Suprema que sostiene tal principio (35). Por cierto, se trata de cuestiones muy diferentes, pues que el Estado tenga la prerrogativa de modificar en forma discrecional el ordenamiento jurídico no implica, en modo alguno, que no deba responder por los daños que esos cambios puedan producir.

Una tercera cuestión, establecida en su momento por la jurisprudencia (36) y legislada ahora en el artículo 4(d) de la LRE, es que no existe responsabilidad estatal por acto lícito cuando el afectado tiene la obligación jurídica de soportar el daño. La LRE en realidad lo expresa a la inversa, refiriéndose a que la responsabilidad procede cuando existe una “ausencia de deber jurídico de soportar el daño”.

Esto es así, pues cuando alguien tiene la obligación de soportar un daño, es porque (a) ha incurrido en una actividad ilícita o (b) se trata de una carga pública impuesta en forma general, proporcionada y uniforme. En el primer caso en realidad no hay daño, en el sentido jurídico del término, sino una sanción legítimamente aplicada; y, en el segundo caso, no hay daño resarcible, pues se trata de una restricción razonable a los derechos que nace del art. 28 de la Constitución Nacional.

(34) Dec. 1759/1972, Art. 83. Derogación de actos de alcance general. Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que este fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados.

(35) Entre otros muchos casos: Schiffrin c/ Poder Ejecutivo Nacional, Fallos 340-257 (2017).

(36) Entre otros casos: Columbia SA. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina, Fallos 315-1026 (1992), considerando 7º.

Más complejas y controvertidas, en cambio, son las cuestiones relativas al requisito del llamado “sacrificio especial” y al alcance de la indemnización, que trataré por separado en los puntos siguientes.

III.1. El requisito del “sacrificio especial”

Siguiendo una jurisprudencia ya consolidada, el art. 4 LRE establece: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.”

De estos cinco requisitos, los cuatro primeros son comunes a toda la responsabilidad estatal por actividad lícita. Por el contrario, el quinto, que exige a la persona dañada la probanza de haber sufrido un “sacrificio especial diferenciado del que sufre el resto de la comunidad”, es propio de la responsabilidad por actividad legislativa, ya sea que provenga de normas legales o reglamentarias.

Originado en la obra de Mayer (37), este requisito fue aplicado embrionariamente por la Corte en los casos *Fisco Nacional c/ Arrupé* (38) y *Establecimientos Americanos Gratry* (39), y ha sido repetido en numerosos casos posteriores tales como: *Carlos Reisz y Cía. S.R.L. c/ Gobierno Nacio-*

(37) Otto Mayer, en la edición de 1895 de su *Derecho Administrativo* —conocida en la Argentina por medio de la edición francesa de 1903— decía: “En la relación entre el Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias recíprocas sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material corresponde al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llame sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la “generalización” del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad”. MAYER, Otto, “Derecho Administrativo Alemán”, versión española de la edición francesa de 1903, Depalma, Buenos Aires, 1982, t. IV, § 53, p. 217.

(38) Fallos 176-111 (1934).

(39) Fallos 180-107 (1938).

nal (40), *Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (41), *Columbia S.A. c. Banco Central de la República Argentina* (42), *Buenos Aires Eximport c/ Estado Nacional* (43), *Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina* (44), y *Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional* (45). De todos modos, como veremos enseguida, se trata de una formulación teórica de difícil aplicación en la práctica.

La exigencia del sacrificio especial o singular parte de un presupuesto razonable y lógico, explicado claramente por el autor alemán antes citado. Anida en él la idea de que si bien la ley está dictada —en teoría— para beneficio de toda la comunidad a la cual se aplica, puede ocasionar, sin embargo, un perjuicio a alguna persona o grupo identificado de personas, cuyos derechos se ven afectados en aras del bien común. Parece razonable, entonces, que la comunidad beneficiada con la ley indemnice a quienes resultan singularmente perjudicados por esta. Si bien los ejemplos abundan, no caben dudas de que la expropiación por causa de utilidad pública es uno de los más elocuentes.

Ahora bien, sencillo y fácil de explicar en forma teórica, este requisito presenta serias dificultades en su aplicación práctica, pues la delimitación concreta del “sacrificio especial” no es fácil de establecer *a priori*. El umbral de la singularidad del sacrificio, es decir, el “hasta dónde” hay sacrificio especial, depende enteramente de la casuística judicial. Naturalmente, la tarea es simple cuando se trata del sacrificio de una sola persona o de un grupo muy reducido, pero el análisis se dificultará, irremediablemente, a medida que el grupo de afectados aumente de tamaño, pues el sacrificio irá perdiendo, paulatinamente, su condición de “especial” y se tornará general. Imaginemos una comunidad ideal de 1000 personas. Si se dictara una ley que afectara a una sola, la solución sería sencilla. También lo sería si las afectadas fueran 10 o 50. Pero a medida que ese número crezca, las dificultades en determinar la singularidad del sacrificio irán aumentando: ¿Cuál es entonces, entonces, el umbral que determina la desaparición del sacrificio especial?; asimismo, ¿se trata de una cuestión meramente cuantitativa o puede ser también cualitativa?

(40) Fallos 248-79 (1960).

(41) Fallos 293- 617 (1975).

(42) Fallos 315-1026 (1992).

(43) Fallos 316-397 (1993).

(44) Fallos 318-1531 (1995).

(45) Fallos 337-548 (2014).

Hasta el momento la Corte Suprema ha dado algunas respuestas, pero ninguna es enteramente satisfactoria. La primera emana de “Buenos Aires Eximport” (46), donde la Corte sostuvo que “... cuando sobrevienen modificaciones de las paridades cambiarias del tipo de las que enuncia, ellas son —casi inevitablemente— origen de beneficios para algunos deudores y de perjuicios para otros, según fuere la moneda en la que se han obligado y, justamente, por la diversidad de efectos que ello produce. Desde esta perspectiva, la pretensión de que todos sean igualmente beneficiados, los que se quedaron en moneda nacional —por esa circunstancia— y los que pasaron su deuda a dólares —por la reparación que cabría al Estado—, encubre un objetivo claramente utópico, incoherente desde el punto de vista lógico e impracticable del económico. En suma, un mundo idílico en el cual todo son ventajas y nadie se perjudica. El *neminem laedere* salido de cauce serviría para suprimir —en su nombre— el riesgo connatural a la libertad de elegir” (47).

Poco después, en “Revestek” (48), la Corte dijo que: “... El presupuesto de todo análisis sobre aplicación al *sub lite* de la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actuar legítimo consiste en que dicho actuar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida. Dicho en otros términos, la dilucidación del presente litigio pasa por resolver si puede admitirse un derecho adquirido del administrado al mantenimiento de una pauta cambiaria” (49).

Estos casos no dejan en claro si estas dos pautas se aplican conjunta o separadamente, pues en “Revestek” parecería que la clave consiste en no estar obligado a soportar el daño, sin importar la cantidad de perjudicados; mientras que en “Buenos Aires Eximport”, al sostener que la pretensión de que todos sean igualmente beneficiados es un objetivo utópico, la Corte estaría inclinándose por un criterio cuantitativo.

Posteriormente, en “Malma Trading” (50), la Corte estableció que “[...] la pretensión de ser indemnizada con fundamento en la mencionada doctrina requiere que la apelante demuestre que los daños que alega haber sufrido constituyen un sacrificio desigual, que excede las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita desarrolla-

(46) Fallos 316-397 (1993).

(47) Fallos 316, en p. 406.

(48) Fallos 318-1531 (1995).

(49) Fallos 318, en p. 1541.

(50) Fallos 337-548 (2014).

da (51). Se trata, como puede verse, de una definición muy vaga e imprecisa, que tampoco colabora en el esclarecimiento del concepto.

En algunos fallos más recientes los tribunales en lo contencioso administrativo federal han analizado el requisito del sacrificio especial en una serie de casos promovidos por Administradoras de Fondos de Jubilación y Pensión (AFJP), afectadas por la ley 26.425, que dispuso la creación de un único régimen previsional público (el Sistema Integrado Previsional Argentino), basado en el sistema de reparto, y eliminó el sistema de capitalización, creado por la ley 24.241, imponiendo, de tal manera, el cese de las actividades de las AFJP. Como consecuencia de ello, algunas de estas compañías reclamaron los daños y perjuicios que la ley 26.245 les ha ocasionado, pero los resultados obtenidos, hasta el momento, han sido negativos. Todas estas demandas fueron rechazadas en primera instancia con fundamento en dos argumentos: (a) la falta de nexo causal entre el daño alegado y la ley 26.425; y (b) que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones (52).

Al referirse al sacrificio especial, en los casos “Orígenes” “Arauca BIT”, citados en nota anterior, los tribunales de primera instancia han repetido, monótonamente y sin utilidad alguna para la decisión, un insípido cliché elaborado por la Sala III del fuero según el cual: “El ‘sacrificio especial’ —conforme lo señalara la Sala III de la Cámara del Fuero en su oportunidad— debe ser analizado no solo desde la óptica de la estructura o configuración de la medida estatal que produce la afectación, sino también y especialmente desde las circunstancias particulares de quien se ve alcanzado por ella. En otras palabras, en orden a determinar si un sujeto está padeciendo un sacrificio mayor o anormal al resto de los sujetos alcanzados por un acto estatal y se ven afectados, debemos indagar en las circunstancias especiales de dicha persona, pues puede ser esta la causa de la desigualdad y no la norma estatal en sí misma que, leída en abstracto, tal vez no dé cuenta de sacrificar más a unos que a otros (ver C.N.C.A.F.; Sala III; causa nro. 27950/13; sent. del 22/05/18 —consid X—)”.

Sin embargo, en el caso *Proyección Seguros de Retiro SA c/ Estado Nacional*, la Sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Federal (53), al referirse al sacrificio especial, sostuvo algo mucho más grave “[...] no

(51) Considerando 12°.

(52) Ver, por ejemplo: JFed. Cont. Adm. N°8, “Proyección Seguros de Retiro S.A. c/ Estado Nacional (43.936/2010)”, 06/12/2017; JFed. Cont. Adm. N°11, “Orígenes AFJP S.A. c/ Estado Nacional (39.948/2010)”, 03/09/2019; JFed. Cont. Adm. N°8, “Arauca Bit AFJP S.A. c/ Estado Nacional (43.115/2010)”, 17/12/2020.

(53) CFed. Cont. Adm., sala IV (43.936/2010/CA1), 21/09/2018.

se logra diferenciar un perjuicio individualizado del que hubiesen estado eximidas las restantes empresas aseguradoras que operaban bajo el mismo régimen. Es decir, de *un sacrificio especial que distorsione la igualdad de condiciones respecto de las otras empresas del mercado que se dedicaban a la misma actividad*. De esta manera, si bien es cierto que la derogación del régimen de capitalización instaurado por la ley 24.241 afectó el negocio de la actora por cuanto la privó de efectuar operaciones que habían pasado a constituir parte de su actividad, no se le puede endilgar la producción exclusiva de los menoscabos invocados en las presentes actuaciones, ni que haya importado un sacrificio especial diferenciado” (bastardilla agregada).

Esta interpretación contradice, en primer lugar, lo dispuesto por el artículo 4(e) LRE, que dice: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: [...] e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre *el resto de la comunidad*, configurado por la afectación de un derecho adquirido” (bastardilla agregada).

Tal como he señalado, la doctrina del “sacrificio especial” descansa sobre la premisa de que la ley, como medio de producir un bienestar en toda la comunidad, tiene que generar —inevitablemente— un sacrificio en alguna persona o en un grupo determinado de personas. Se sigue de ello que es toda la comunidad que se beneficia con la ley, la que —en conjunto— debe indemnizar a quienes fueron alcanzados por la ley, sin perjuicio de las diferencias que pueda haber entre ellos.

¿Cuál es, entonces, la “comunidad” respecto de la cual se mide el sacrificio especial, la comunidad que, en su conjunto, se beneficia con la ley o el reducido grupo de personas alcanzado por las restricciones y prohibiciones impuestas por la ley, sin perjuicio de las diferencias existentes entre los integrantes de ese grupo? La respuesta es simple y evidente: quien debe indemnizar a los que se perjudican por la sanción de la ley es toda la comunidad beneficiada por ella. Así lo establece, claramente, el artículo 4(e) de la LRE, siguiendo el principio filosófico-jurídico en el cual se apoya la doctrina del *sacrificio especial*, que tiene raíz constitucional en el principio de igualdad ante la ley. Dicho de otro modo, una ley que, para beneficiar a una gran porción de una comunidad, debe perjudicar a una pequeña porción de aquella, genera una desigualdad entre ambas. Por ello, el modo de restablecer el equilibrio entre los beneficiarios de la ley y los que se perjudican con ella es que los primeros indemnicen a los segundos.

Este principio elemental queda desbaratado con la interpretación formulada por la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo

Federal en “Proyección Seguros de Retiro S.A.,” pues el fallo confunde el sacrificio especial o singular que pueda haber sufrido un cierto grupo de personas con motivo de una ley, con la diferente intensidad del daño que cada integrante de ese grupo pueda haber sufrido en forma individual. En síntesis, no debe confundirse el “sacrificio especial”, como requisito de la responsabilidad del Estado por actividad legislativa, con la intensidad del perjuicio individual que cada uno de los perjudicados pueda haber sufrido, pues se trata de dos cuestiones completamente diferentes.

III.2. Los alcances de la indemnización

Generan controversias, también, los alcances de la indemnización. El punto en discusión en este caso es si corresponde indemnizar el lucro cesante, una cuestión en la cual la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido vacilante, sin que pueda establecerse un criterio de distinción claro entre las dos líneas jurisprudenciales existentes. La doctrina, a su vez, está dividida y la LRE no es totalmente clara al respecto, como veremos enseguida. En síntesis, la procedencia del lucro cesante es una cuestión poco clara, que está librada a la discreción judicial.

Antes de analizar este problema conviene tener en cuenta que las reglas para la indemnización en casos de responsabilidad por acto legislativo son las mismas que rigen para toda la responsabilidad por acto lícito en general. Se aplica aquí el principio —ya mencionado— de que la *responsabilidad por acto legislativo* es una especie del género *responsabilidad por acto lícito*. Por ello, si bien en los párrafos que siguen citaré casos en los cuales no se juzgaba, específicamente, la responsabilidad derivada del dictado de una ley o de un reglamento, sino de actos administrativos o meras decisiones individuales, las reglas aplicables a estos se aplican, también, a aquella.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema existe una primera línea representada por los casos *Laplacette c/ Provincia de Buenos Aires* (54), *Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (55), *Cantón c/ Gobierno Nacional* (56), *Winkler c/ Nación Argentina* (57) y *Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (58), en los cuales la Corte Suprema acusa la influencia

(54) Fallos 195-66 (1943).

(55) Fallos 293- 617(1975).

(56) Fallos 301-403 (1979).

(57) Fallos 305-1045 (1983).

(58) Fallos 312-659 (1989).

ejercida por las leyes de expropiación, que limitan la indemnización al daño emergente, excluyendo el lucro cesante. De todos estos casos en “Motor Once” es donde se advierte el mayor desarrollo doctrinario para justificar la exclusión del pago del lucro cesante, tarea que tomó a su cargo, con particular énfasis, la entonces Procuradora Fiscal, Dra. María Graciela Reiriz (59), a cuyo dictamen la Corte se remitió íntegramente.

Al lado de esta línea jurisprudencial restrictiva existe —en paralelo— otra serie de casos en los cuales la Corte Suprema ha admitido el pago del lucro cesante, al menos por vía de principio. Ellos son: *Livio Dante Porta S.R.L. y Cía. S.I.C. c/ Ferrocarriles Argentinos* (60), *Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad* (61); *Gómez Álzaga c/ Provincia de Buenos Aires* (62), *Torres c/ Provincia de Buenos Aires* (63), *Crotto Posse de Daireaux c/ Provincia de Buenos Aires* (64), *Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. c/ Provincia de Buenos Aires* (65) *Cachau c/ Provincia de Buenos Aires*; *Discam S.A. c/ Provincia de Buenos Aires y Don Santiago SCA c/ Provincia de Buenos Aires* (tres casos resueltos en forma conjunta) (66), *Estancias Marré c/ Provincia de Córdoba* (67), *Pronar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires* (68), *Serenar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires* (69), *El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional* (70); *Zonas Francas Santa Cruz c/ Estado Nacional* (71), *IMSA MICSA c/ Estado Nacional* (72) y *Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional* (73).

Estas dos líneas jurisprudenciales, lejos de ser sucesivas o alternativas, lo que hubiera significado un cambio de criterio según las épocas y

(59) Fallos 312-665.

(60) Fallos 286-333 (1973).

(61) Fallos 306-1409 (1984).

(62) Fallos 307-1515 (1985).

(63) Fallos 307-2399 (1985).

(64) Fallos 311-233 (1988).

(65) Fallos 312-2269 (1989).

(66) Fallos 316-1335 (1993).

(67) Fallos 316-1428 (1993).

(68) Fallos 320-2551 (1997). Ver también, en este mismo caso, la sentencia de fecha 24/11/2015; P. 569. XLIX.

(69) Fallos 327-247 (2004).

(70) Fallos 328-2654 (2005).

(71) Fallos 332-1367 (2009).

(72) Fallos 332-2801 (2009).

(73) Fallos 337-548 (2014).

la composición del tribunal, han convivido cronológicamente, pese a sus evidentes diferencias. Tampoco puede extraerse de estos fallos un criterio muy claro que permita establecer por qué en algunos casos corresponde el pago del lucro cesante y en otros, no (74). Se trata, como dije más arriba, de una jurisprudencia vacilante, que no termina de encontrar un rumbo preciso.

Como suele ocurrir en estos casos, la doctrina está dividida. Quienes postulan la improcedencia del reconocimiento del lucro cesante adhieren, en general, a la tesis de la llamada “fuerza expansiva de la expropiación”, sostenida en su momento por Miguel S. Marienhoff (75), seguida luego por Hutchinson (76) y Comadira y Escola (77), entre otros. Por el contrario, postulan la procedencia del lucro cesante Cassagne (78), Barra (79), Perrino (80), Tawil (81), Galli Basualdo (82) y Mertehikian (83), entre otros.

En lo personal siempre me he inclinado por esta segunda postura, en la medida en que una indemnización que no contemple el lucro cesante, no

(74) Ciertamente hay casos en los cuales el lucro cesante será la parte esencial de la indemnización, tal como ocurre con la responsabilidad emergente de las decisiones de inundar un campo para desviar las aguas que amenazan una ciudad.

(75) MARINEHOFF, Miguel S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, *El Derecho* 114-953; y “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, *LA LEY*, 1991-C, 1080. Cabe mencionar, sin embargo, que este autor distinguía los casos en los que el derecho reclamado fuera de naturaleza administrativa o civil. En el primer caso, entendía que el lucro cesante no correspondía; en el segundo caso, en cambio, lo encontraba procedente.

(76) HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público”, en la obra colectiva: *Contratos Administrativos*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, 2ª ed., ps. 641-665.

(77) COMADIRA, Julio R., ESCOLA Héctor J. y COMADIRA, Julio P., “Curso de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 1527.

(78) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., t. I, p. 479.

(79) BARRA, Rodolfo C., “Responsabilidad del Estado por la revocación unilateral de sus actos y contratos”, *El Derecho* 122-861.

(80) PERRINO, Pablo Esteban, ob. cit., ps. 165- 168.

(81) TAWIL, Guido S., “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del estado por su actividad lícita”, en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado* (Jornada en homenaje a la Profesora María Graciela Reiriz), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 239-254.

(82) GALLI BASUALDO, Martín, “El lucro cesante en la responsabilidad del Estado por actividad legítima”, *LA LEY*, 2014-B, 672.

(83) MERTEHIKIAN, Eduardo, “La Responsabilidad Pública”, *Ábaco*, Buenos Aires, 2001, ps. 293- 294.

será integral y podrá afectar, según los casos, el derecho de propiedad (84). No corresponde, entonces, adoptar una posición dogmáticamente prohibitiva, sino permitir que sea el juez quien decida si corresponde o no pagar el lucro cesante. Sostengo, por ello, que el art. 10 de la ley 21.499 de Expropiaciones (LE) (85), al limitar la reparación al valor objetivo del bien, prohibiendo que se compute el lucro cesante, no satisface cabalmente la exigencia del art. 17 de la Constitución, en tanto ni siquiera permite que sea el juez, en el caso concreto, quien decida la cuestión (86). Véase, por ejemplo, el desarrollo de los fundamentos filosóficos de esta cuestión que realiza Cassagne, aplicando la doctrina de la justicia distributiva, con apoyo positivo en la Convención Americana de Derechos Humanos (87).

Finalmente, la LRE ha venido a enrarecer aún más este ambiente, pues, además de limitativa, su texto puede prestarse a confusión. La cuestión de los alcances de la indemnización está prevista en el art. 5 que, en su primer párrafo, establece: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”.

A primera vista podría computarse esta norma como el triunfo de la tesis de la fuerza expansiva de la expropiación en todo el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad lícita, sin embargo, el segundo párrafo, al intentar aclarar el primer párrafo, ensombrece el festejo de este triunfo. Dice el segundo párrafo: “La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotética”.

Si bien este segundo párrafo parecería reproducir el art. 10 de la LE, la técnica legislativa empleada no es la misma. En la LE es claro que quedan excluidos de la indemnización, tanto del lucro cesante, como

(84) BIANCHI, Alberto B., ob. cit., ps. 168-173.

(85) LE, Art. 10. La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses.

(86) Se trata, por cierto, de una cuestión opinable, que ha merecido un muy buen análisis por parte de Laplacette. Ver LAPLACETTE, Carlos J., “Derecho constitucional a la reparación de daños”, LA LEY, 2012-E, 1045, TR LALEY AR/DOC/4631/2012.

(87) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., ps. 447-453.

las llamadas “ganancias hipotéticas”, pues allí ambos conceptos están claramente diferenciados. No ocurre lo mismo con el art. 5 de la LRE, pues en el primer párrafo se hace referencia al lucro cesante y en el segundo (aclarativo del primero) se lo define a este como “ganancias hipotéticas”.

Por consiguiente, es razonable interpretar que en la LRE el “lucro cesante” está concebido como una mera “ganancia hipotética”. Obviamente, esto es un error conceptual, pues la Corte Suprema ha establecido, reiteradas veces, que el lucro cesante no es una ganancia meramente hipotética (88). Sin embargo, a partir del texto legal mismo es posible concluir que la LRE no ha excluido de la indemnización a las ganancias reales y comprobables, aunque no estén aún devengadas, sino que ha excluido tan solo a las ganancias puramente hipotéticas y no comprobables (89). Esta interpretación, por lo demás, es coherente con varios de los casos anteriormente citados en los cuales el lucro cesante fue admitido por vía de principio, pero fue rechazado en el caso concreto por falta de prueba. Tal es el caso, por ejemplo, de “El Jacarandá” (90).

IV. Síntesis

Como síntesis de lo dicho, señalo lo siguiente:

1. La responsabilidad del Estado no es una materia aislada o insular del Derecho, sino que es un capítulo de la responsabilidad civil en general, aunque posee dos notas propias: (a) la responsabilidad del Estado es objetiva y directa; y (b) el Estado puede ser responsable por su obrar lícito;

2. la LRE regula tan solo la responsabilidad del Estado como tal, pero no la de las otras personas jurídicas estatales;

(88) Así, en “Consultora Megator S. A. c/ Estado Nacional”, Fallos 338-1477 (2015), repitiendo lo dicho en otros casos sostuvo que “[...] el lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas, cuya admisión requiere una acreditación suficiente del beneficio económico (Fallos: 306:1409; 311:2683 y 328:4175), y que en supuestos como el que el a quo entendió configurado debe existir un concreto grado de probabilidad de que el daño se convierta en cierto (Fallos: 317:181; 320:1361; 326:847, entre otros)”.

(89) En la doctrina administrativa se admite, incluso, que el lucro cesante puede llegar a formar parte del daño emergente. BALBÍN, Carlos E., “Tratado de Derecho Administrativo”, La ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 518.

(90) Fallos 328-2654 (2005).

3. la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto establece un mecanismo de pago que impide ejecutar las sentencias de condena contra el Estado. Sin embargo: (a) no se aplica en casos de extrema necesidad; (b) el Estado —o sus entes descentralizados— solo puede emplearla una sola vez; y (c) la previsión presupuestaria debe incluir los intereses devengados;

4. la responsabilidad por actividad legislativa es un capítulo de la responsabilidad del Estado por actividad lícita y se rige por sus mismas reglas;

5. la prerrogativa del Estado de modificar en forma discrecional el ordenamiento jurídico no implica, en modo alguno, que aquel no deba responder por los daños que esos cambios puedan producir;

6. el “sacrificio especial” es el que sufre una persona o grupo de personas en relación con toda la comunidad comprendida en la ley; por ello no debe confundírsele con la intensidad del perjuicio singular o individual que cada uno de los perjudicados pueda haber sufrido, pues se trata de dos cuestiones completamente diferentes;

7. la LRE no ha excluido de la indemnización a las ganancias reales y comprobables, aunque no estén aún devengadas, sino que ha excluido, tan solo, a las ganancias puramente hipotéticas y no comprobables por medio de prueba fehaciente. ♦

DEL BIENESTAR AL MALESTAR Y VICEVERSA: INCERTIDUMBRE EN LOS HECHOS E INSEGURIDAD DEL DERECHO

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*) (**)

¿Qué se puede aportar en esas circunstancias? ¿Puede subsistir el Derecho y qué suerte corre el constitucionalismo institucionalista? De un año al otro el devenir presenta la inconcreción, es decir, el *samplear* del desorden y alboroto de lo no concretado. El sobrevenir como proceso mediante el cual se hace o llega a ser como un cambio de progresión continua: no acontece.

I. Pensemos en torno de lo dicho y de la acción al revés de lo que lógicamente debe ser o suceder. Es obvio que en la sociedad cunda la “nervadura”, siendo esta el conjunto de los nervios que nos acosa. Bien decía Jorge Luis Borges que aflora algo así como “la penuria imaginativa” (*sic*) en que esa facultad pasa a ser “el complemento” —o si se prefiere, el reverso— de la escasa imaginación, aunque “más grave que la falta de imaginación es *la falta de sentido moral*” (1). No era ajeno al decir del *Martín Fierro* de José Hernández, con su sentencia de “los hermanos sean unidos, porque esa es la ley primera” y “tengan unión verdadera en cualquier tiempo que sea, porque si entre ellos se pelean, los devoran los de afuera”.

Los temores y angustias del pueblo se manifiestan a través de las más variadas expresiones, que van desde el ilusionismo hasta el derrotismo, aunque iterables (que se repiten) de esos procesos, testimonian circunstancias y momentos que predominan en los extremos del color *gris* y lleguen al tono *negro* del pesimismo y la desazón general. Las creencias vierden fases expresivas de la depresión, en que el *escepticismo* ocupa un gran

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 23 de septiembre de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) El propio Borges añadía enfáticamente diciendo: “es inevitable que me parezca de algún modo a quienes denuncio...”

espacio social, con descreimiento acerca de una eventual futuridad que reanime el *modus vivendi* de la ciudadanía que está en juego y aspira a que se avecine alguna imagen como es el dicho campero en el sentido de que “la noche tan oscura abre la aparición del amanecer” (*sic*).

Los extremismos se suelen caracterizar por el estilo barroquizante, excesivamente, con el predominio de pronunciamientos recargados en su estilo político con la reiteración de líneas curvas, que en su obrar ideológico se asemejan a un estilo de época rebuscada (¡Siglos XVII y XVIII...!). Pero como los extremismos se trasladan de un lado a otro, en un quehacer “basculante”, se pasean inclinándose excesivamente hacia algún lado u otros desplazamientos. Son antojos con necesidades que pueden llegar hasta el infinito (aunque la finitud tiene límites...); hasta que aparece un “fisgador” para actuar con poder (o poderes) para clavar o hincar en su facultad inmutable en su cualidad y cognición (o sea, con espacio para conocer). Allí y así surgen los sujetos preparados para “impeler”; y con un empuje para producir “movimiento”, incitando y estimulando a los afines al nuevo proceso, modosos en cuanto a guardar nuevos modos y posturas en su conducta. En definitiva, saben modificar los factores que intervienen en el proceso, para obtener distintos resultados variando el valor de la amplitud operativa, su frecuencia o fase de una onda portadora en función de un signo o señal política e institucional. ¿Qué se proponen esos “revolucionarios” o insurrectos de circunstancias?: apuntan a una suerte de metástasis para tener a mano la propagación de un “foco canceroso” distinto al *status* de aquello que era existente a lo del inicio, usando todos los medios para ello, desde el engaño metabólico de sintetizar lo complejo a partir de lo más simple (degradando a aquellas para obtener a estas), hasta el engaño con la “metáfora” para trasladar el sentido recto a otro figurado, sugiriendo una comparación con otra a fin de facilitar su comprensión. Estamos en la era del “maniqueísmo”, tendiente a interpretar la realidad sobre la base de una valoración dicotómica, con principios de unos para el bien y otros para el mal: es la división por partes (aunque dicotómico equivale a dividir en dos), ya que es el método de clasificación en que las divisiones y subdivisiones solo tienen dos partes.

También se conoce el “sincronismo”, en cuanto se llega a obtener que coincidan en el tiempo dos o más movimientos o procesos políticos, aun diferentes en sus partes. Pero es conocido el “sinécdoque”, cuando se altera de algún modo la significación de las palabras para designar un todo con el nombre de una de sus partes o viceversa. En fin: conocemos de todo, pues también se conoce la “sinarquía”, en la que se da la influencia, generalmente decisiva, de un grupo de empresas o de personas poderosas en los asuntos políticos y económicos de un país. Y a veces se producen

los fenómenos de “sonsacamiento”, con el fin de extraer la verdad desde el fondo oculto, procurándose que se descubra lo que se sabe, pero se reserva (con agentes cautelosos...). No son casos de vulgarismo; pues nunca falta la “pasota”, que es la indiferencia ante las cuestiones que importan o se debaten en la vida social, frecuentemente por hostilidad a esta (*sic*). El escritor francés François Mauriac afirmaba que “el tiempo está maduro y la pregunta es para qué”, a lo que acotaba que “nuestra vida vale lo que nos ha costado en esfuerzo”; y lo dicho por él vale también para el pueblo y la sociedad. Y el argentino José Ingenieros consideraba que “los gobernantes no crean al estado de cosas y de espíritus: lo representan” (!).

Todos estos conceptos varían: para algunos vale de muchos uno (de *pluribus unum*) y para otros pueblos es lo contrario: *de uno muchos...* ¿Quiénes tendrán la razón? Bierce sostenía (1842-1914) que “la duda es la madre del descubrimiento”..

El tema da para mucho y las disquisiciones también, ya sean exámenes rigurosos considerando cada una de sus partes o bien fuere divagación o digresión, lo cierto es que la “nomofilaxis” que se impone en pro de la constitucionalidad debe ser la protección de la norma jurídica y “el guardián de las leyes” como orden supremo.

II. El tránsito o camino constitucional por “viceversa” y con finalidad de alcanzar la re-constitucionalidad en el marco de una re-institucionalización es un logro de ímprobo esfuerzo y problemático alcance. Pero es factible, a la postre; y en el intento puede parecer un acto o esfuerzo “alienígena”, en el sentido de extraño o hasta parecer de otro planeta (*sic*) como si fuera del extranjero o no natural, venido desde el espacio exterior. No se trata de milagros, sino de esfuerzos arduos (*res severa verum gaudium*). ¿Qué elementos coadyuvan para ello? Es bueno recordar al académico de Harvard Dani Rodrik que en su obra “Paradojas de la globalización” formulara el “trilema” compuesto por la globalización económica, la democracia política y la soberanía natural (aunque se conformara con desarrollar dos de ellos...). Todo ello requiere “tiempos recios” (al decir de Vargas Llosa), que deben ir acompañados de la “reflexión” (con lo filosófico, lo psicológico y lo didáctico y el sostén de la educación), para prolongarse en la procuración de un desarrollo sustentable y un crecimiento económico; pero claro está que todo ello necesita combinarse con el “*constructo*”, que es la construcción teórica para comprender un problema determinado. De no tomar en cuenta esos ingredientes, es preferible acudir a la sabia advertencia de Wittgenstein al señalar que: “de lo que no puede hablarse más vale callar” (y añadido al respecto, no caer en el tono rimbombante de los farsantes y los déspotas).

Si en los procesos de cambios o retornos constitucionales es menester tomar en cuenta “las novedades” ya experimentadas en otros ejemplos paradigmáticos, no está de más computar lo bien conocido. Recordemos que los griegos convocaban a personajes foráneos (*sic*) a fin de dictar *imparcialmente* las leyes de su *polis*; y en tren de valoración, Hipócrates sentenciaba que “la vida es breve”, “el arte es largo”, “la ocasión es fugaz”, “*la experiencia es riesgosa*” y “*el juicio es difícil*”; y siglos después, con sabiduría y criterio nos decía Maurice Duverger que “el Derecho es un mar de dudas”; y acaso las dudas conduzcan al juego limpio (*fair play*). El riesgo —sin embargo— aparece con la “posverdad”, o sea, con la distorsión deliberada de una realidad que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes de la sociedad: los demagogos son maestros de la posverdad!, por lo que conociéndolos es razonable acudir a la ontología (como parte de la metafísica) para un tratamiento de sus propiedades trascendentales de su ser en general; como del mismo modo hay que examinar la fobia a las personas pobres o desfavorecidas (“aporofobia”).

La visión general se observa al estar ante el conocimiento estructural de la situación política e institucional, para detectar la disposición y el modo de estar relacionadas las distintas partes del conjunto, generalmente “ordenado” de los argumentos predicados.

Ante el protagonismo de los operadores es bueno observar que la acción sin pensamiento es ciega, pero que el pensamiento sin acción es estéril; y que a igual capacidad, acompaña igual oportunidad (*sic*). Hay que recordar que los griegos examinaban el *ethos* a través del conjunto de los rasgos y modos del comportamiento que conforman el carácter y la identidad de las *personas* y *de la comunidad* en sus costumbres. Por lo general es que se cumple la previsión de “el que dura vence” (*quae perstat vincit*), como también la recomendación del “apresúrate lentamente” (*festina lente*); aunque las idiosincrasias pueden exhibir los más variados estilos, como la práctica política de “disparar por elevación” o los que escapan cuando pueden, como “los viudos del Poder” (*sic*), cuando emerge un “lío” grande al presumir “un océano ilimitado e inmenso con una profundidad de... veinte centímetros...”!

Las opiniones más lúcidas traen a colación el famoso pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando sentenció afirmando que “Fuera de la Constitución solo cabe esperar la anarquía o la tiranía”, en 1941 (Fallos 191:197). Defendiendo esos *principios* se rebate el desánimo y el desaliento, opacando a los pesimistas y hasta a los derrotistas, que se debe motivarlos anticipadamente y si es posible por adelantado (“in advance”), por cuanto no es dable probar o sucumbir: para los que

todo lo consienten, ya descartaba José Ingenieros a los sumisos, con una condena: “si te arrastraste como gusano, no te quejes si te pisan”...! A esa enseñanza cabe traer al tiempo vivido la fatal y letal expresión de quien proclamara temerariamente que “*el relato está por encima de la Constitución Nacional*” (según Coscia, exdiputado...), en una jactancia emitida con desprecio hacia la Ley Suprema, que tenemos presente y sin olvido: una historia vivida con la experiencia (“une histoire vécue”). Una necesidad terribilísima (“fait accompli”), para que nunca se olvide a la Nación y a la Patria: “no hay espacio en la distancia, sino solo en el *olvido*”; y es por ello que si pactar es más o menos “generoso” —y algunos se oponen (“I’m against it”)—, el camino del *compromiso* puede desembocar en la vía del *acuerdo* para comprometerse entre todos con un serio arreglo (“*commitment*”). ¿Tendría un resultado exitoso? “¡O juremos con gloria morir!” (Odas de Horacio, incorporadas al Himno Nacional por Vicente López y Planes).

Quedando afuera los “intratables” y superados que resultarían los errores y equivocaciones (“or by mistake”), quedaría expedito el camino para la *transubstanciación* de una mudanza sin crisis de gobierno (“remaneuvering”) con la habilidad, pericia y experiencia (“expertise”), con algún sentido del humor, con bromas y chistes (“by joke”) y si hace falta con un bromista (“joker”).

El tema judicial es un capítulo aparte, habida cuenta de la importancia que reviste una cuestión tan zarandeada en los tiempos recientes. Y vale comenzar por una humorada de Mark Twain cuando exclamaba: “Para triunfar en otras profesiones, hay que demostrar *capacidad*; en el ejercicio de la *justicia* es más recomendable *ocultarla*”. Y también se le ocurrió a José Hernández en su *Martín Fierro* que “la Justicia es como la tela de araña: *el bicho grande la rompe*...” Y Heine pensaba que “todo delito que no se convierte en escándalo no existe para la sociedad”. ¿Y los jueces?

III. Las expresiones argentinas son inagotables. La nominación de “viceversa” alude tanto a lo que “contrario por contrario” son cambiadas un par de cosas recíprocamente, o sea, por una acción al revés de lo que lógicamente debe ser o suceder. Son tales los cambios inversos que se llega a decir que “la Argentina es un huésped de hotel”, a tenor de Eduardo Mallea (*sic*). Y el mismo Borges se animó a detectar —irónicamente— sobre los argentinos, diciendo o afirmando que “son una maravilla y tienen todo el pasado por delante”; queriendo así significar nuestras reiteraciones inútiles o absurdas. Frente al humor de los escritores argentinos, se habrían de acentuar las verdades con la previsión del italiano Cesare Pavese (gran escritor) que expresó “el futuro vendrá de un largo dolor y un largo silencio”, siendo cierto que en cuanto a los argentinos el padecimiento ya

es bastante prolongado (*sic*). Parecería, pues, que nuestra mentalidad se dirige a la costumbre del “renacer”, que es en realidad la forma de renovar reiteradamente algo, de algún lado a otro...! Con sabiduría oriental se reconoce que la torpeza del derrotismo forma parte de un sentir y pensar; y acaso sea por ello que en un proverbio hindú se manifiesta algo terminante: “ni siquiera un Dios puede cambiar la derrota de quien ya se ha derrotado a sí mismo”.

Los argentinos estamos emplazados a entender que la democracia es una meta que difícilmente se alcanza, *pero que es posible*. Y entre la inteligencia conducente a las metas, está incluido el quehacer de los hombres de la legalidad como mandato inexcusable, para quienes es aplicable la máxima testimonial de Eduardo Couture, cuando advirtió que “la abogacía no se puede ejercer si no se sigue *estudiando el derecho*”. Porque la Política necesita del Derecho (y en particular del derecho constitucional y público en general), porque su espacio es muy grande en el quehacer institucional; y tanto es así en su amplitud y extensión, que Ortega y Gasset llegó a decir que “la política es la arquitectura completa... incluidos los sótanos” (*sic*). Para ello está el Derecho Constitucional, habida cuenta de la verdad de Aristóteles al afirmar que “siempre se debe preferir la soberanía de la ley a la de uno solo de los ciudadanos”, pues esas sabias ideas perduran y hasta no envejecen.

¿Por qué estamos constantemente así? ¿Cuál es la razón que se repite? A la vista, está el *desmembramiento* ocasionado por la persistencia de las travesías argentinas, con divisiones sin cesar. Algunos epígonos terminan refugiándose en el silencio o desaparecen de la cotidianidad sumergidos en el “búnker del ocaso”; otros reaparecen con indiferencia por el pretérito. También aparecen las mayores divisiones separatorias, apartándose los miembros del cuerpo. En la sociedad cunde el *desánimo* y el desaliento, con decaimiento del ánimo y el desfallecimiento de las fuerzas. ¡Una gran falta de entusiasmo!

Por su parte, el escepticismo crea la desconfianza, o la duda en torno a la verdad; o de la eficacia de algo que se espera. De repente se descubre lo que Durkheim ya caracterizaba hace tiempo: que se agita en la superficie, pero las placas profundas permanecen incambiadas y una utopía regresa activando la nostalgia de fugaces tiempos dorados, pero el sendero de progreso y modernidad no llega: el pasado no pasa.

Como expresión de deseos, místicamente el Papa Francisco expresó en octubre de 2020 “que además de habilitar una sana política que no esté sometida al dictado de las finanzas, tenemos que volver a llevar la dig-

nidad humana al centro y sobre ese pilar se construyan las estructuras sociales alternativas que necesitamos”.

IV. Confundir una cosa o persona por otra (*quid pro quo*) es tan grave como desconocer la función del juez natural en su *perpetuatio jurisdictionis* de la alta función que le compete. Por ello es fuerte el pensamiento enunciado por el *justice* Jackson (USA) cuando pronunció su afirmación en el sentido de que “los jueces del Supremo no son los últimos porque sean infalibles, sino que son infalibles porque son los últimos” (caso “Brown versus Allen”, 1953). Y lejos de la justicia, Pareto pontificaba que “las razones políticas eficaces suelen ser las menos racionales y más *emotivas*”; como si se tomara en cuenta el decir de Dante al exclamar que “no menos que el saber me place el *dudar*”. No parece muy razonable que sea así, para “atar cabos”, cuando se unen asuntos —cosas o personas— que hasta entonces no tienen o tenían nada que ver entre sí... Me parece tan simple como la ocurrencia de decir que “en la tumba no recibiremos cartas” (dicho por Samuel Johnson).

Sin embargo, la cercanía con el Derecho y la Justicia reúne afinidades con las fundamentaciones que brotan literalmente de creencias y afirmaciones que pueden ser valaderas para la comprensión de los problemas a conceptualizar. Así, por ejemplo, la separación entre el “conocimiento” (*Episteme*) y la “opinión” (*Doxa*); o la suposición de Manuel Azaña de que “la multitud es responsable de sus actos” (¡ojalá fuera así!); o estimar el valor o el mérito de “siempre la energía hasta en finales” (“always strong in the finish”); o la orden de *hazlo tú mismo* (*do it yourself*); o sentencias fulminantes como la de Goethe (por “Fausto”) en la certidumbre de que “los hombres se extravían en la búsqueda de su objeto” (*sic*); o la fiel afirmación de Alberdi —de buena fe— al estimar que “no se sabe a dónde se va, cuando no se sabe de dónde se viene” (por lo general: una verdad); o hasta la “dictocracia” entendida como los funcionarios de “mal gobierno”; o cuando no se quieren reconocer la existencia de delitos aberrantes consistentes en “atrocidades”, actos horripilantes, degeneraciones, o sea, delitos “monstruosos”. ¡Que los hay, los hay...! *Verdaderos ilícitos deleznales*.

V. Vaivenear con el vaivén. O sea, causar produciendo movimientos alternativos que después de recorrer una línea vuelve a describirla en sentido contrario, con una variedad inestable y de inconstancia en su duración y logro, pudiendo revestir o asumir encuentros o riesgos que se exponen a perder lo que se intenta o malograr lo que se han propuesto. Bajo el signo del “va y viene” del ciclo político de las instituciones del Estado de Derecho.

Los cambios del “va y viene” encierran por momentos la posibilidad —y perspectiva— de ir aplicando paulatinamente y, *servatis servandis*, el mismo proyecto en busca de otros beneficios para el Estado en sus detentadores (con ayuda económica notable mediante). En el cuento de Borges titulado “Funes el Memorioso” acontece que *Ireneo Funes* le confiesa al narrador: “mi memoria, señor, es como un vaciadero de basuras”, y en el recuerdo de ese pasado en el presente, eso que *Funes el Memorioso* no pudo lograr, se encuentra una de las claves del futuro. La antítesis del caso puede aquilatarse en lo que evoca Antoine de Saint-Exupéry, cuando señala que “el mundo entero se aparta cuando ve pasar a *un hombre que sabe a dónde va*”. La Real Academia Española de la Lengua tiene una expresión referida a la definición de los escrúpulos de cierta variedad, ridiculeces o petulancias que por extensión aluden al vocablo “*tiquismiquis*” (*sic*), que es un fulano que incurre en banalidad expresiva o que frecuenta lisonjas pavotas.

Borges se preguntaba ¿qué país queremos? y se contestaba a sí mismo: “cualquier vida se compone de un solo momento, el momento en que un hombre *descubre de una vez por todas quién es él*”. Hay muchas respuestas a este interrogante y tenemos a mano lo pensado por Koestler, al decir: “¿Cuál es el valor de un individuo en la ecuación social? y la respuesta *puede ser cero o infinito*”. Y desde un miraje religioso Chesterton notó que el drama de quien no cree en Dios no es que no crea en nada, sino *que es capaz de creer en cualquier cosa* (*sic*).

Para la comprensión del caso argentino vale tomar en cuenta la obra de José Ingenieros de hace muchos años, titulada “Las fuerzas morales”, que ya entonces advertía el problema, diciendo: “La dependencia pasiva es incompatible con la dignidad. Los mansos y los ignorantes, por falta de confianza en sus propias fuerzas, *entregan su destino a la complicidad de los demás. Todo lo esperan de la beneficencia providencial del Estado*”. ¡Una gran verdad y de siempre actualidad nacional!

Para la realidad política argentina, empero no cabe el consejo de Marco Tulio Cicerón al creer que los mejores consejos son los que uno se pueda dar a sí mismo, dado que los niveles del pensamiento tienen altibajos alarmantes en su discernimiento, que es bueno computar para cada caso; y parece prudente y apropiado tomar en cuenta el dicho de Francis Bacon: “quien *no quiere* pensar es un fanático; quien *no puede* pensar es un idiota; y quien *no osa* pensar es un cobarde”. Las limitaciones en el “pensar” influyen mucho en las consecuencias políticas también, por lo que estimo cierto lo afirmado por Wittgenstein cuando asegura: “Creemos ver *el mundo*, pero lo que vemos no es sino el *marco de la ventana* por la que lo miramos”. ¡Es para tomar en serio!

Alguien me aconsejó: hacer a un lado a los pseudofilósofos que desprecian la claridad y denuestan a la *ciencia*. *Nec timeas, recte philosophando*: “no temerás, si filosofas correctamente”.

VI. Hay políticos: sí, algunos tienen líderes; pero faltan “Estadistas”. Y pensar que los hubo en otrora.

¿Allá lejos y hace tiempo? El porqué de la cadencia política parece inexorable; quizás como consecuencia de un abandono de los valores o también pueda deberse obedeciendo al descuido cultural y el descenso cultural, y hasta el abandono literal. En este último caso, para la Real Academia Española la “estupidez” es torpeza notable en comprender las cosas; y para el *Webster*, todo es *lento en aprender*, con *carencia de inteligencia* y ausencia de agilidad mental (*sic*). Albert Camus —verdadero barómetro moral en tiempos difíciles— manifestó que “un pueblo vale lo que vale su lenguaje, a la luz de lo que se lee y se escucha cada día” (*sic*). En el caso argentino parecería que en ciertos momentos nos asemejáramos a lo que un escritor (Baudelaire) detectaba para algunos “estar en el centro del mundo y, a la vez, permanecer escondido al mundo”: algo así como una “entropía” con la medida de la incertidumbre existente, ante un conjunto de mensajes de los cuales se va a tener uno solo; pero en el terreno político vale la prioridad de los tres elementos esenciales señalados por Ortega y Gasset, o sea, la *vocación*, la *misión* y el *proyecto*. Lo grave es que en la álgida confrontación es común desbarrarse al discurrir fuera de la razón con la consecuencia de errar en lo que se dice o pronuncia, al escurrirse al mismo tiempo lo que se hace. En tales medidas de tiempo y escasa reflexión es que “la *desesperanza* está fundada en lo que sabemos, que es nada, y la *esperanza* sobre lo que ignoramos, que es todo” (Maurice Maeterlinck *dixit*). O sea, la frecuente incertidumbre. Para Descartes es “el *pienso*, luego existo” y para Pascal “*creo*, luego existo”.

En síntesis: nada es perfecto ni está completo. Ninguna regla es absoluta, aunque envuelva matices. Hasta el concepto mismo de la *cultura* se ciñe a una amplitud que es relativa. Póngase como ejemplo la versión del DRAE (Real Academia) cuando se remite “al resultado o efecto de cultivar los *conocimientos* humanos y de afirmarse por medio del ejercicio las facultades intelectuales del hombre” (¿más impreciso, imposible...?). Hasta los poetas y literatos han consentido tales limitaciones: como ejemplo, el versículo de Shakespeare en “La Tempestad”, cuando reconoce en el monólogo final que:

“Ahora que mi magia he resignado/
solo mi propia fuerza me ha quedado/
que ya es poca”

¡Un himno al desencanto! Qué más cierto que el alcance del “poder”. Un pensador como Michael Foucault llegó a manifestar que el poder no es un objeto ni la posesión de ciertas personas o clases, ni está ubicado en un sitio específico, sino que circula en la sociedad a través de diversos dispositivos, con una distribución *capilar*: se eleva o deprime según las circulaciones, en todos los sitios, por lo que *se pueden encontrar poderes y contrapoderes*. O sea, que no es el Estado el sitio donde el poder se asiente, lo que significa una diferencia con las ideas tradicionales; concluyendo el autor citado que “el poder no se posee, sino que se ejerce”. Es pues mutable; tal como sucede con los seres y con las etapas políticas, pues ya lo decía Nietzsche al recordar que “el destino de los hombres está hecho de momentos y toda la vida los tiene, pero no de épocas (exitosas)”. Para Borges era a la inversa: “en un día del hombre están los días del tiempo y entre el alba y la noche está la historia universal” (*sic*).

En el libro de Kant “Qué es la ilustración” aparece el mandato de “pensar por sí mismo”, que es el *sapere aude* del consejo “atrévete a pensar”. Son expresiones tan consabidas con el *carpe diem* de “vive el momento” o de “no dejes para mañana lo que puedas hacer hoy”.

Pasando del Occidente al Oriente, me remito al “Utatane”, que es la palabra japonesa que describe la fase intermedia “entre la vigilia y el sueño, entre el control de la consciencia y el disuadir libre de lo onírico”.

VII. En todas partes aparecen gobernantes y gobernados que acometen “chafarrinadas”, con borrones y manchas que deslucen las cosas y los hechos. Hasta suele ocurrir con los mayores (los senescentes que empiezan a envejecer) y se consideran estar a tiempo para “chocarrear” con fullerías o trampas que hieren a otros (correligionarios o amigos) en forma muy estomagante, causando fastidio y enfado. Son una “panda” de deplorables en jaleo y alboroto. En la vida pública operan con aprensión, siendo sumamente pusilánimes.

Ha llegado el momento de extraer datos suministrados por testimonios de algunos autores que se han atendido a situaciones acompañadas de realidades, a su entender. Veamos pues:

Alexandre Koyré (1882-1964) elabora la obra “Reflexiones sobre la mentira”, que publica en 1943 en New York, en que no puede ocultar su exasperación visceral ante la amenaza de la expansión del totalitarismo. Se trata de un pensador francés de origen ruso. Poco tiempo después, en 1950, Gibert lanza su “Psicología de la dictadura”, emitida también en New York. Por su parte el escritor alemán Thomas Mann (1875-1955) ya había anticipado que “la tolerancia es un crimen cuando lo que se tolera es

la maldad" (*sic*); el italiano Arturo Graf (1848-1913) había recordado con muchísima antelación que "el saber y la razón hablan, mientras que la ignorancia y el error gritan"; y el filósofo francés de origen búlgaro Tzvetan Todorov había advertido en 1939 que "las afirmaciones hechas durante una campaña política no tienen como objetivo la búsqueda de la verdad, sino el contribuir a la conquista del Poder" (*sic*).

Asimismo, tuvieron su aparición los negadores tendenciosos que salieron del escondite para "no admitir la existencia de algo". Obsecuentes u *obsesivos de lo negable*, asumen una postura ideológica: "el negacionismo", pretendiendo rechazar hechos históricos muy graves no obstante que están ya aceptados como tales (por ejemplo, el Holocausto) a contramano de la investigación histórica-científica. Y pensar que todavía aparece gente ilustre que responde como aquel político venal descrito por Flaubert que "pagaría por venderse" (*sic*).

El repertorio puede ser muy numeroso; y a veces surge o emerge sin guía ni dirección, como morralla que mezcla lo inútil y depreciable.

La biografía es cuantiosa y habría que remitirse a la *resiliencia* con la capacidad del ser humano de hacer frente a tantas adversidades para internalizar, concientizar y vencer la oscuridad de los casos históricos. Se cuenta con límites plausibles y opiniones a ser consideradas. Por ejemplo, la afirmación de Walter Benjamin en el sentido de que "la revolución necesaria (?) no consiste en *acelerar* la historia hacia el desastre, sino *activar un freno de alarma*". Por su parte, Ramón Pérez de Ayala ya sostenía de antaño que "la función más señalada del intelectual se refiere a la fijación, estabilización y, por así decirlo, *acuñación de ideas*, pues el intelectual es el creyente en las ideas madres y en las ideas-fuerzas".

Las "ideas" no tienen por qué convertirse en golpes tales como avisos que causen sobresalto de *aldabada* (o aldabonazo o aldabón), pues no es menester la violencia oral para ser recio en las posturas doctrinarias; ya en 1644 John Milton exclamaba pidiendo que "por encima de cualquier otra libertad, la de poder conocer, hablar y debatir sin impedimentos y según mi conciencia...". Y en otro plano de debate, sostuvo Max Planck que "para las personas creyentes, Dios está al principio, pero para los científicos está al final de todas sus reflexiones" (*sic*!).

VIII. En la actualidad lo principal es recuperar *el vigor del pensamiento*, teniendo en cuenta que su debilitamiento menoscaba la fuerza de las instituciones democráticas y republicanas, al punto de que se pierde o aleja la credibilidad en ellas por parte del pueblo y sociedad. Se ha dicho que hasta carecemos de "un estado donde la sociedad piense sobre sí misma"

(Durkheim), sumándose que re-construirlo es un requisito para lograr “políticas de Estado” (*sic*). Hace ya casi dos siglos que se viene diciendo que el mundo está con estadistas, pero a quienes las deformaciones de las democracias (no todas) han degradado convirtiéndolos en “políticos” —dicho por Benjamin Disraeli (1766-1848)...!—. Y pensar que ese estadista creía que ningún gobierno puede mantenerse fuerte mucho tiempo sin una oposición temible (*sic*).

Es obvio que *el poder* es sensible ante las fortalezas y todas las debilidades y también las corruptelas. Según Esquilo los dioses envidiaban el éxito de los humanos y mandaban la *maldición de Hybris* a quien estaba en la cumbre, enloqueciéndolo. Owen ha desarrollado una teoría sobre *la borrachera del poder* que padecen algunos gobernantes, con desmesura, soberbia y pérdida del sentido de la realidad. El fenómeno ha sido estudiado por psicólogos y otros científicos en lo que se denomina “pensamiento de grupo”. El “grupo” en cuestión se cierra a sí mismo con sus criterios propios y fulmina cualquier opinión ajena rechazando todo lo que le contradigan. ¡Las consecuencias pueden ser catastróficas!

Y son muchos los casos que se registran como consecuencia del delirio mental juntamente con la vocación “autoritaria-totalitaria” que se derrama en más que un Continente (por desgracia para las democracias genuinas...).

Ante las exteriorizaciones del “va y viene” o del “viceversa” de las inclinaciones políticas desconstitucionalizadoras es de esperar que los Estados se inclinen por la actitud del “bascular”, terminando de desplazarse de un lado a otro para al fin inclinarse hacia una preferencia u opción entre varias, sin vacilar. Esa es la vía para “des-atascar”, sacando del atascadero para limpiar y dejar libre algo obstruido, con lo que se saca a un Estado de una dificultad (“qui distinquit bene docet”). Para el pueblo es un alivio, al superarse la alienación de sufrir un estado espiritual que provocaba la pérdida del sentimiento de la propia identidad; con la displicencia causada por el desagrado desabrido de los descontentadizos desdeñosos (*sic*). ¡Una buena praxis!, pues el resultado es tentetioso, ya que se comprueba que con el cambio movido en la dirección se vuelve a quedar en el Derecho, por lo que para un buen “connaissanceur” se supone que sus congéneres lo comparten al cambio recuperado. Y acaso —así— se va salvando medio mundo (el “hemimundo”) saliendo del atolladero; aunque algunos países latinoamericanos sufren otra vez una perturbación repentina y violenta que les depara una conflagración a sus pueblos y que cuesta mucho sobrevivir *a posteriori* del suceso.

Los regímenes sólidos y positivos no pueden permitir barrabasadas por vías de acciones de atropellos con el juego de impostaciones y grisuras de mediocridades que se produzcan de improviso por falta de energía del Poder Político institucionalizado con vigor y fuerza, con atonía en desmedro del sistema constitucional. Si un *maremágnum* se convoca como confusa muchedumbre estropajosamente de mandras ferósticos, díscolos e irritables engañados por fanchos (*sic*), que se proponen abochornar al pleno de la ciudadanía legítima. Los conspiradores suelen ir contra la corriente (“against the stream”).

IX. Hay que evitar un constitucionalismo desvanecido, como así también sus instituciones. Las normas de la Ley Suprema no deben ser rebajadas a la trastería de los elementos jurídicos que no se quieren usar para convertirse en *un imaginario degradado* a la deriva: eso se convertiría para la sociedad civil en una pesadilla con desvalimiento, o sea, de falta de ayuda y sin fervor de la aplicación constitucional: lo que equivale a una “levitación” al crear una sensación de mantenerse en el aire sin ningún punto de apoyo y sin intervención de agentes legítimos de estímulo conocidos. La Constitución no es —ni debe entenderse— que sea un jergológico: no es difícil de entender o de interpretar; ¡es entendible hasta por los profanos de la ley! No hace falta “adensarla”, pues lo denso no ayudaría al entendimiento y la claridad en la aplicación de sus normas. No conviene los textos jurídicos “aglomerados” ni los que ofrecen poca consistencia, siendo preferible “armonizar” a fin de aunar su adherencia con todo el resto del contenido legal. Es preferible evitar el “epítome” entendido como una repetición de lo mismo dicho para enfatizar lo que ya se dice (*sic*).

Para efectivizar el cumplimiento respetuoso del *poder constituyente* y de los *poderes constituidos* es fundamental la sanción de los actos de insumisión debidos a la inobediencia o rebeldía en el acatamiento del *derecho*; lo que es equivalente a una oquedad de vacío e insustancialidad ante el cumplimiento de la juridicidad que el Estado de Derecho debe contar, a fin de alcanzar la plenitud del ordenamiento legal en su totalidad de respeto y coherencia. De lo contrario se produce un descabalamiento de desorden de la legalidad desorganizando o alternando las piezas formativas de la “pirámide jurídica”, que es imprescindible para no echar a perder el completo cabal que es asumible para no descoyuntar cualquier pieza articulada en el plexo normativo. Es patético cuando el ordenamiento queda al margen, puesto que corresponde que el criterio legal exija un denodado esfuerzo para su respeto y cumplimiento.

Téngase presente que cuando se verifica en la cultura que impera “una movilidad descendente” (tanto en lo social como en lo legal), Alain Tou-

raine lo denomina la “desafiliación” al sistema: una marginación (Cfr. “Después de la Crisis”, Ed. Paidós, 2011). El derecho en su integridad no se puede “despiezar” dividiéndolo en un atolladero de partes descompuestas entre sí que desconozcan la coherencia del caso concreto, si se divide una parte que de esa forma “despiece” al conjunto compacto.

En definitiva, para unir los fragmentos con tal coherencia sin tratarse de resultar una masa sino un elemento integral, lo “conglomerante” es capaz de unir fragmentos y dar cohesión al conjunto por efecto de transformaciones que originan nuevos compuestos. ¡De la física al Derecho! Son cosas que pasan en las ciencias diversas; y, al decir de un sabio como Einstein, creyó que “Dios no juega a los dados con el mundo” (*sic*). Estamos en el ángulo: el “azimut”. Y toda clase de cuestionamientos emergieron a lo largo de la historia alrededor del descreimiento: quizás el más negativo haya sido el pensamiento del revolucionario francés Jean Paul Marat, cuando exclamaba “¿de qué sirve la libertad política para los que no tienen pan? Solo tiene valor para los teorizantes y los políticos ambiciosos” (*sic*), dicho en medio del descreimiento. Mucho antes, Platón enunciaba una dicotomía en la clasificación de que las divisiones y subdivisiones solo tienen dos partes: uno, el mundo sensible o de los sentidos, y el otro, el mundo real o de las ideas, solo alcanzable por la razón. ¿En cuál estaremos conformes, me pregunto? Es una incógnita, pues Wittgenstein se preguntaba: ¿qué modo de esconderse es el hablar a los demás con un lenguaje incomprensible? En otro ángulo de la cuestión, el chino Gao Xingjian, exiliado en París y Premio Nobel del año 2000, exclamaba que “en la literatura está la verdadera vida y solo bajo la máscara de la ficción se puede decir la verdad” (*sic*). Por su parte, el filósofo alemán Karl Jaspers (1883-1969) sostenía que en filosofía son más esenciales las preguntas que las respuestas; y subrayaba “que es la búsqueda de la verdad y no la posesión de la verdad lo que da valor a la filosofía”. Y el poeta Shakespeare pensaba que “pocos quieren oír los pecados que les gusta cometer” (*sic*): un escéptico! Otro descreído, como Aldous Huxley, afirmaba que “cuanto más siniestros son los deseos de un político, más pomposa en general se vuelve la nobleza de su lenguaje”.

Cabría recordar el consejo que *Dédalo* le dio a su hijo *Ícaro*, que “si pretendía vivir, era tan *peligroso volar demasiado bajo como dejarse embriagar al punto de la ceguera por la tentadora seducción de las alturas*”.

Por último, el consejo que el *Viejo Vizcacha* le dio a *Martín Fierro*: “no andes cambiando de cueva; hacé lo que hace el ratón: conservate en el rincón en que empezó tu existencia, pues la vaca que cambia querencia se atrasa en la parición”. ♦

RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA Y COMPLIANCE

POR GUILLERMO J. YACOBUCCI (*)

I. Introducción (**)

Dentro de los debates que han caracterizado históricamente la formulación de la ciencia penal moderna, el que gira en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica integra —a mi modo de ver— junto con la noción de *libre arbitrio* y el concepto de *bien jurídico*, un elenco de notoria significación, no solo por su tratamiento perdurable en el tiempo y constante variedad de argumentaciones, sino por no mostrar un cierre definitivo que permita entender superada la cuestión, a pesar de la profundidad de las disputas.

En el Derecho Penal argentino, la doctrina dominante durante décadas asumió la posición que se resume en el enunciado *societas delinquere non potest* (1), que algunos remiten al derecho romano, aunque según los últimos relevamientos hermenéuticos se encuentra por primera vez en el

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 14 de octubre de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) En este punto Ricardo Núñez expresaba que “cuando se habla de responsabilidad penal de las personas morales, no se puede hablar en el mismo sentido que respecto de las personas físicas. No es posible desconocer la necesidad de que en ciertos casos, sobre todo en el Derecho penal y económico y fiscal, los entes ideales no queden al margen de las consecuencias penales de los delitos de sus órganos. Pero el planteamiento y la solución correctos del problema no se pueden lograr mediante la declaración de una autoría o participación delictual de esos entes, que repugna a su incapacidad de incurrir en las acciones u omisiones presupuestas por el fin de la pena. Toda afirmación de que las personas ideales son delincuentes es una tesis contraria a la razón justificadora del Derecho penal”. NÚÑEZ, R., “Tratado de Derecho Penal. Parte general”, Ed. Bibliográfica, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 213 y ss. En sentido análogo, Soler sostenía que “la acción, para ser tal, debe consistir en una efectiva expresión del psiquismo del sujeto, sea este normal o anormal”. Esto es así, pues a su criterio, el hecho como comportamiento es la “efectiva exteriorización de la personalidad del su-

manual de von Liszt a fines del siglo XIX, siguiendo el estilo de la obra de Feuerbach de usar fórmulas latinas para expresar el significado de las reglas (2).

Esa posición restrictiva se adoptó sobre la base de ciertos principios y reglas fundamentales del Derecho Penal que ponen en crisis la posibilidad de imputar voluntad, conducta, dolo y culpabilidad —entre otros aspectos— a la empresa. En definitiva, el Derecho Penal está configurado en tanto orden legal y ciencia explicativa —fundamentos— de cara a los comportamientos de las personas humanas.

Desde esa misma aproximación, se entendió que en la reflexión del *common law* la atribución de responsabilidad al ente ideal no ha encontrado dificultades, sobre todo asumiendo casos de naturaleza vicarial (3) e incluso aceptando supuestos de *strict liability* que suponen un modo diferenciado de expresar los presupuestos de la culpabilidad, sin perjuicio de reclamar la *mens rea* como complemento relevante del *actus reo*, dentro del esquema ordinario de imputación.

Claro está, este cuadro comparativo trazado con pinceladas dialécticas extremas no consulta, sin embargo, toda la línea histórica del análisis occidental en la materia, ya que es posible encontrar en la reflexión medieval criterios relacionados con la responsabilidad colectiva dentro de la llamada *cultura continental* (4), como, del otro lado, críticas explícitas a esa posibilidad en el pensamiento del *common law* (5).

Si bien, como reflejo de las discusiones del derecho comparado, el posicionamiento del pensamiento nacional que niega la aceptación de culpabilidad propiamente penal en el ente ideal ha encontrado excepciones,

jeto, tal como esta es". Cfr. SOLER S., "Derecho Penal Argentino", Ediar, Buenos Aires, 1988, t. I, p. 329 y ss.

(2) MARTÍNEZ PATON, V., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, La doctrina *societas delinquere non potest*", BdeF, Buenos Aires, 2019, p. 19 y ss.

(3) Ese carácter vicarial es asumido en la medida que se entiende que hay una transferencia de responsabilidad desde el agente —persona física— a la organización, por la que esta debe responder de aquel obrar ilícito desenvuelto por el individuo. ROOT, V., "Complex Compliance Investigation", *Columbia Law Review*, vol. 120, March 2020, p.258.

(4) MARTÍNEZ PATON, V., *ob. cit.*

(5) Así, ORTIZ de URBINA, I., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", *The American Way*, en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Mir Puig, Corcoy Bidasolo Gómez Martín (dir.), BdeF, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2014, pp. 36 y ss.

en nuestros días ya puede decirse que hay una importante corriente de penalistas que adoptan la operatividad —con ciertas especificidades— de ese tipo de responsabilidad de la persona jurídica (6).

Esta toma de partido científica acompaña los nuevos criterios de política criminal que se observan en el ámbito de tradición jurídica continental —Francia, España entre otros— y que han sido plasmados en reformas de la codificación penal, donde se presenta a las organizaciones —sobre todo empresas— como sujetos de culpabilidad dentro del *ius pœnale*. La política criminal argentina —también la chilena— no ha sido extraña a esa reacción y ha dispuesto legislativamente, aunque de forma limitada —en punto solo a ciertos delitos— la atribución de culpabilidad al ente ideal.

A pesar de la intensidad del problema que esto plantea, dentro de este trabajo solo se atenderá el tema en relación con algunas de las disposiciones legales de la ley 27.401, que ha establecido la responsabilidad que denomina *penal* de las personas jurídicas y, en virtud del contexto y fundamentación político-criminal de su aprobación legislativa y promulgación pocos años atrás, la relación que este régimen guarda con la constitución de programas de integridad, identificados internacionalmente como *compliance*, más precisamente, en nuestro caso, *criminal compliance*, por su referencia a los ilícitos señalados en la norma. La novedad de la empresa como sujeto de imputación propiamente penal y la coexistencia de requerimientos de autorregulación y buenas prácticas, paradójicamente, en algunos supuestos, disciplinadas por reglas, estándares y criterios indicados estatalmente, ha puesto en progreso una profunda discusión en el terreno local, que va acompañada por aquella que se suscita en el ámbito comparado, en particular, el español, más allá de la impronta global de sesgo anglosajón que la potencia.

Dos aspectos son los seleccionados para este análisis que, sin perjuicio de alguna dosis de arbitrariedad en su señalamiento, parecen representar adecuadamente buena parte del debate:

1) La forma en que la ley 27.401 establece la responsabilidad de las personas jurídicas que denomina *penal* y su contraste con los principios e instituciones del Derecho Penal. En ese marco, se intentará mostrar críticamente las dificultades en liza y la distinción con los enfoques de responsabilidad administrativa sancionadora que pueden hallarse dentro

(6) GÓMEZ-JARA DIEZ, C., “Derecho Penal Económico”, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2014, Cap. IV.

del orden legal nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2) Las implicancias de los requerimientos que expresan los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 sobre los Programas de Integridad, su relación de congruencia con los esquemas comparados de *compliance* y las funciones que se espera de aquellos en relación con la responsabilidad de la empresa.

II. La caracterización de la responsabilidad de la persona jurídica en la ley 27.401

II.1. Siendo un producto de exclusiva configuración normativa por el legislador, la identificación de los presupuestos de atribución de responsabilidad considerada penal respecto de las organizaciones exige una remisión estricta a los enunciados legales. En ese punto, lo primero a considerar es la determinación del sujeto a imputar, ya que entran en juego no solo los *outputs* del individuo —gerente, administrador, empleado etc.—, sino también aquello que se pone a cargo o dentro de la competencia del ente.

En ese orden, la norma establece que el régimen promulgado es aplicable solo a las *personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal* —art. 1—, pero, al mismo tiempo, dispone la independencia de acciones dirigidas contra la persona jurídica respecto de las orientadas hacia la persona humana que integra su estructura —art. 6. Esto se infiere por el hecho de que la empresa puede ser condenada, aun cuando no se hubiera identificado o juzgado al sujeto humano. En definitiva, hay formalmente cierta autonomía en la imputación a la persona jurídica en relación con la persona humana.

Resulta importante atender a la vinculación entre estas disposiciones, pues adelantan en cierto modo la constitución de la *ratio* que puede fundar la responsabilidad de la organización. En una primera aproximación podría entenderse que hay una culpabilidad vicarial del ente, esto es, por transferencia del individuo, ya que en definitiva responde por lo que ha hecho el miembro de la empresa.

Tomado esto sin más, podría entrar en colisión con uno de los principios fundamentales del Derecho Penal, como es el *principio de culpabilidad* que, entre sus exigencias, establece que la responsabilidad solo puede ser personal. Solo se carga por aquello que está dentro de la propia compe-

tencia del agente, no por lo que corresponde a la de un tercero (7). Vale aclarar que no se trata de una comprensión fáctica de lo que se “hace” empíricamente, sino de lo que entra en el ámbito de atribución de cada sujeto, sin importar que este actúe o no de “propia mano”. Por eso, más allá de su expresividad didáctica, no es aceptable normativamente el dicho de que *solo respondo por lo que yo hago, pero no por lo que hace otro*, ya que jurídicamente un sujeto puede responder por lo que otro hace, en la medida que sea *competente* (8)—por ejemplo, como garante— de esa situación que involucra la actuación de otro agente.

Dentro de ese marco, entonces, se observa que la norma que permite la condena de la empresa, aunque no haya reproche posible a la persona humana, será operativa en la medida que se establezca —merced a las circunstancias del hecho— que *el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica*.

Este presupuesto de la atribución de responsabilidad —*tolerancia*— muestra que hay una cierta “intervención” de la organización que habilita un fundamento para cargar con las consecuencias del hecho que el legislador define como penales. Es más, puede entenderse que ese tolerar, normativamente, debe ser comprendido como la omisión, incumplimiento o violación de ciertas incumbencias o incluso deberes positivos —de control o vigilancia, entre otros— que pesan o disciplinan a la empresa.

La identificación de esas cargas será posible en gran medida, justamente, merced a la constitución de los programas de *compliance* —código de ética, protocolos etc.— que disponen incumbencias y obligaciones que han de respetarse en la actuación dentro de la organización y en sus relaciones hacia fuera de esta —*due diligence*, posibles conflictos de intereses, por ejemplo—. En particular, por la orientación de la ley, con especial referencia a los intercambios con la administración pública o estatal.

Por eso resulta importante integrar en esta ponderación el estándar que establece la ley mediante el art. 9, b). Allí se indica en relación con la posible *exención de pena* para la empresa, que la actuación ilícita haya exigido

(7) YACOBUCCI, G., “El sentido de los Principios Penales”, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2014, Cap. IX.

(8) YACOBUCCI, G., “Modelos de atribución de responsabilidad penal en la empresa”, en Derecho Penal Empresario, Yacobucci (dir.) Laporta y Ramírez (Coord.), BdeF, 2020, reimpresión, ps. 3/39. Ricardo Robles recuerda que por competencia se entiende el círculo de deberes concretamente asumidos por un sujeto, que determinará o no su responsabilidad. ROBLES, R., “Principios de Imputación en la Empresa”, en Delito y Empresa, Ragués i Vallés/Robles Planas (dirs.). Atelier, Barcelona, 2018, ps. 23 y ss.

un *esfuerzo de los intervinientes* para superar o eludir los sistemas y procedimientos de *compliance* establecidos. Dicho de otro modo, el *output* delictivo debe ser analizado críticamente a la luz de las previsiones del programa de integridad, de modo tal que este se muestre *ex ante* como eficaz para prevenir lo que finalmente aconteció.

En la práctica, esto reclama que los mecanismos de *compliance* no sean meramente cosméticos o una fachada sin mayor aptitud o eficacia para regular los riesgos —*red flag* y *risk report*— que afronta la empresa. Esta solo podrá evitar la sanción en la medida que esas previsiones puedan ser interpretadas como un dispositivo serio para mantener *la fidelidad al derecho de la organización* y que, por lo tanto, han demandado del actor un esfuerzo especial para eludirlas.

El contenido material de la noción de *tolerar, al igual que la ponderación sobre la eficacia del compliance*, sin embargo no pueden ser analizados más que en función con aquellas posiciones o situaciones de talante jurídico o asumidas como análogas —sujetos competentes— a través de las cuales el legislador ha pretendido definir la responsabilidad de la organización.

II.2. Por eso resulta necesario identificar *los distintos títulos que habilitan, dentro de la ley, la imputación a la empresa*. El art. 2 establece que la organización responderá frente a aquellos delitos que se hubieran realizado —*directa o indirectamente*— con su *intervención*, en su *nombre, interés o beneficio*. El análisis sistemático de este enunciado dentro de las consecuencias y exigencias de la ley 27.401 pone en evidencia que el legislador, de alguna manera, desarrolla criterios de responsabilidad de la organización desde una perspectiva que se puede denominar *mixta*. Esto es, que si bien predominan criterios de transferencia de responsabilidad desde el sujeto humano al ente ideal, también se identifican en la configuración de este último indicador de favorecimiento, tolerancia o incentivación de los ilícitos. En esto consistiría el presupuesto por el cual la empresa debiera responder —como algo relativamente “propio”— y, frente al cual opera la exigente del *compliance*.

a) Justamente, la noción de *intervención* pretende expresar que la empresa ha tomado parte en el *iter* delictivo, esto es, que puede comprobarse que se encuentra relacionada con lo acontecido, no le ha sido ajeno, no es consecuencia del acaso, la naturaleza o el infortunio, sino que implica que logra identificarse como una condición de lo sucedido. Si bien no puede hablarse de que la empresa ha intervenido a través de comporta-

mientos (9) —ya que estos son propios de las personas humanas—, sí es posible verificar un *estado de cosas*, de talante criminógeno o al menos desorganizado que provoca un riesgo jurídicamente inaceptable. Precisamente, del tipo de riesgo que el sistema de *compliance* pretende neutralizar o reducir.

Ha puesto entonces una instancia en el progreso del ilícito, aunque sea indirectamente. En este punto juegan una función especial los estándares constitutivos de la *due diligence* que, incluso, opera en ciertos casos como una contracara del principio de confianza o de la actuación neutral.

La *intervención, aprendida normativamente*, se concretará a través de un estado de cosas que habilite omisiones y comisiones, según las características del suceso, pues lo sustancial de la cuestión depende de la naturaleza de los deberes —negativos o positivos— e incumbencias que pesan sobre la organización en las circunstancias del hecho. Así habrá situaciones, por un lado, donde lo exigido a la empresa es evitar un procedimiento que pueda dañar intereses o derechos jurídicamente garantizados; y, por el otro, surgirán obligaciones de actuar mediante aportes, asistencias, controles o vigilancia.

Así puede establecerse una *intervención* dentro de un *output* delictivo merced a una cultura criminógena que favorece o induce, por ejemplo, a negociar por fuera de las formas legítimas. Precisamente, el *código de ética* tiende a neutralizar esos sesgos empresarios que, por cierto, no son exclusivos de la empresa fachadas o directamente formadas y orientadas a la realización de delitos, sino que pueden identificarse en organizaciones con obvios fines lícitos, pero que, a través de incentivos sobre resultados o negociaciones, impulse comportamientos inaceptables jurídicamente.

En otros contextos, la *intervención* podrá atribuirse a la empresa en la medida que se compruebe una falta de control eficaz, un estado de cosas antijurídicas en su estructura o funcionamiento que viole estándares técnicos, reglas corporativas en la materia, regulaciones estatales, etc. En sentido práctico, no ha puesto bajo aseguramiento los riesgos implicados —identificables a partir de un correcto programa de *compliance*—, de modo que ha dado lugar al progreso del suceso ilícito en el trato con la administración pública.

(9) Desde una posición contraria, se suele hablar de una ciudadanía corporativa, de la empresa como ciudadano corporativo, para, sobre esa base, sostener la posibilidad de una culpabilidad semejante a la del sujeto individual. Así, GÓMEZ-JARA DIEZ, "Derecho Penal Económico," BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2014, p. 42 y ss.

b) Cuando el título de imputación se concreta merced a una actuación *en nombre* de la organización, en buena medida se expresa aquello que tradicionalmente ha formado parte de la teoría del órgano o de la función, pues se fundamenta en la posición jurídica dentro de la estructura que permite ligar la actuación del sujeto con el ente. Hay, pues, un ámbito formal que depende del modelo societario o de las reglas internas de la entidad que permite identificar a quien está en el rol que habilita la acción.

En este supuesto, parte de la doctrina señala que, a pesar del comportamiento de la persona humana dentro del negocio jurídico, legalmente lo hace como actuación propia de la empresa, de modo que no sería pertinente hablar de una responsabilidad vicarial o por transferencia en ese contexto. En esa línea Silvina Bacigalupo entiende que el enunciado "*en nombre*" puede descartar la idea de transferencia y dar lugar a una acción propia de la persona jurídica. Es más, considera que "el problema de la acción ha sido la cuestión que, probablemente, con mayor facilidad se ha logrado resolver" gracias a nociones elaboradas por la ciencia penal respecto de la coautoría y de la autoría mediata aplicables, a su modo de ver, a la capacidad de acción de los entes ideales. Por eso afirma que esa capacidad "de la persona jurídica se ha reconocido, bien entendiendo que la acción de los órganos de la misma constituye en realidad una acción propia de la persona jurídica, o bien entendiendo que, aunque la acción solo puede ser propia del individuo que la ha realizado (y, por lo tanto, su opinión personal puede diferir de la expresada como miembro de un órgano)". Así, "una acción realizada en nombre de la persona jurídica debe ser considerada como acción propia de la misma" (10).

Sin embargo, el progreso de ese análisis encuentra ciertas dificultades. La más clara, atendiendo a los enunciados del Derecho Penal comparado en la materia, es el problema para distinguir los presupuestos de actuación de la persona física y de la persona jurídica, ya que los textos legales imputan a ambos "agentes." La afirmación de Silvina Bacigalupo considerando que "no parece imposible pensar que la acción del órgano de una persona jurídica que actúa solo en nombre de la misma pueda ser considerada como una acción de la persona jurídica" depende de un punto de partida discutible: "que esas acciones solo vinculan a la persona jurídica y no a la persona física que en su nombre las realizó", pues en la praxis esa afirmación entra en crisis pues uno y otro pueden ser responsables (11).

(10) Cfr. BACIGALUPO, S., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Bosch, Barcelona, 1998, p. 150 y ss.

(11) *Ibíd.*, p. 151/154.

La identidad que a su criterio habilita entonces el actuar “*en nombre*” exige una instrumentalización de alguna de esas entidades —la humana o la ideal— y, en tanto tal, una sola imputación. A menos que se intente aplicar una especie de autor detrás del autor, en referencia a sujetos de naturaleza diferente.

Por cierto, esto muestra uno de los aspectos que entran en la discusión de fondo sobre la posibilidad de entender que existe una culpabilidad penal en el ente jurídico, ya que el obrar que constituye el ilícito esta siempre gobernado por la persona humana, como sujeto consciente que se dispone frente a las exigencias normativas (12). Precisamente, no puede hablarse de una consciencia en la persona jurídica, que asuma los caracteres de identidad, comprensión, voluntad que son propios de los seres humanos. El rol o posición, aunque estable como tal, se modifica en su constitución material merced a la presencia del ser humano particular que lo desempeña. Así, la persona jurídica responderá en realidad por lo que han hecho las personas humanas que constituyen su organización.

c) Ya en el supuesto de un hecho en *interés o beneficio* de la organización, la cuestión se relaciona con la teoría del beneficio, donde lo relevante es la comprobación de que aquello que constituye el ilícito ha representado un resultado beneficioso para la empresa. Resultado que no necesariamente deba contabilizarse como todo saldo positivo en sus registros. También un quebranto puede resultar de interés si de lo que se trata es de ocultar, transformar o blanquear, las consecuencias de un negocio ilícito. Por eso, el análisis puede derivar a situaciones fácticas, habitualmente calificadas como la actuación de un administrador de hecho, la existencia de un mandato tácito, testaferreros, etc., que carecen por principio del rol formal para vincular a la empresa, pero, aun así, han obtenido beneficios para esta. El rechazo expreso —no reconocimiento de lo actuado— de asumir esos favores —incluso con reintegro— parece ser el único expediente idóneo para que el ente pueda evitar la imputación. Ya se verá en las reglas que disciplinan la exención de pena que una de las exigencias para esa finalidad es reintegrar lo obtenido ilegítimamente. De hecho, en los códigos de ética o protocolos es posible encontrar una mención a esas consecuencias.

Por eso, previendo esos casos, la ley atribuye responsabilidad a la organización aún en situaciones donde quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero *que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella*, siempre que la persona jurídica

(12) Así, SILVA SÁNCHEZ, J., “La eximente de “modelos de prevención de delitos. Fundamento y Bases para una Dogmática”, en Delito y Empresa, ya citado, Cap. 9.

hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. Una consecuencia lógica de esa regla es que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si la persona humana *que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.*

En ese marco, Silva Sánchez, aunque tomando como referencia el art. 31 bis del Código Penal español, indica que el criterio del beneficio se suma al criterio del favorecimiento como fundamentos para avanzar en la responsabilidad de la organización. Sin embargo, explica que las consecuencias jurídicas que se imponen a la empresa no tienen carácter retributivo, no son propiamente penas, sino “correctivos preventivos” o “cuasi penas”. De hecho, evocarían un enriquecimiento injusto o una participación lucrativa de aquella en el comportamiento del agente (13).

III. Los delitos alcanzados

Seguramente como consecuencia del contexto en que fue gestada esta legislación en Argentina —también en Chile— el señalamiento de los ilícitos que provocarían la responsabilidad definida como penal por el legislador está acotado a un número de delitos que vinculan la actividad empresarial con la función pública. Así se señalan al *cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional* —arts. 258 y 258 bis, Cód. Penal—, *negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas* —art. 265 del Cód. Penal—, *concusión* —art. 268 del Cód. Penal—, *enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados* —art. 268 1 y 2 Cód. Penal—, *balances e informes falsos agravados* —art. 300 bis Cód. Penal—.

Esta responsabilidad de las organizaciones limitada a los ilícitos antes recordados plantea un interrogante sistemático y operativo en razón que, dentro del Código Penal, años antes de esta legislación en trato, el legislador identificó una responsabilidad de las personas jurídicas frente a delitos cometidos en el ámbito económico y financiero que constituyen el Título XIII del Libro Segundo del ordenamiento penal. El bien jurídico allí identificado es de naturaleza macro o colectiva, pues se refiere a un recto orden de la economía y las finanzas donde los agentes relevantes son empresas y personas que operan en esos campos.

La redacción volcada a ese Título pone el acento en las sanciones a las personas jurídicas en casos de lavado de activos e incluso prevé la existencia de procedimientos internos —*compliance*— al momento de graduar

(13) SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 234/235.

las consecuencias jurídicas —arts. 303 y 304 del Cód. Penal (14)—. También integra sanciones en el art. 313 del Cód. Penal en aquellos supuestos de financiamiento de terrorismo —art. 306, que debe ser leído junto con el art. 41 quinquies del Cód. Penal—, *insider trading* —art. 307 del Cód. Penal—, actividades financieras ilícitas y en mercado de valores —arts. 309 al 311 del Cód. Penal— y corrupción en entidades financieras y del mercado de valores —art. 312 del Cód. Penal—.

La previsión de esas consecuencias jurídicas para la empresa, según he sostenido en su momento, supone una responsabilidad que expresa un carácter administrativo, más precisamente, propio del orden administrativo sancionador (15). Sin embargo, ahora, con la existencia de una legislación que etiqueta la responsabilidad del ente ideal como “penal”, se reedita el tema sobre la interpretación que cabe otorgar a la posición de la empresa dentro de los delitos de ese Título XIII. Desde los presupuestos que aquí adopto, al desconocer la posibilidad desde la ciencia penal de una responsabilidad de esas características en las organizaciones, parece claro que, aun con la nueva legislación sobre el particular, no se modifica la valoración que entonces hiciera sobre las características del título de atribución que fundamenta las consecuencias jurídicas dispuestas contra la empresa.

(14) El art. 304 del Cód. Penal, sin hacer mención a la naturaleza de la responsabilidad de la organización, establece los vínculos que deben existir entre el ilícito y el ente, disponiendo las siguientes consecuencias jurídicas: “Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: 1. Multa de dos a diez veces el valor de los bienes objeto del delito. 2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez años. 3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez años. 4. Cancelación de la personería, cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. 5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere. 6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica. Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica. Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

(15) YACOBUCCI, G., “La responsabilidad de la persona jurídica en el delito de legitimación de activos”, en el Tratado de Leyes y Normas Federales en lo Penal, Palacio de Caeiro (dir.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 485/549

De todas formas, para quienes no encuentran óbice a la culpabilidad “penal” de las organizaciones, la aproximación al análisis del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal puede hacerse con identidad de significación que en los supuestos de la ley 27.401. Es más, como planteó Rodríguez Estévez en su oportunidad (16), dentro de ese marco de comprensión podría cuestionarse si esta última legislación, al configurar institutos de exención de sanciones y responsabilidad, no operaría incluso como una ley penal más benigna. De hecho, aplicable, entonces, en lo que resulte favorable, a los ilícitos del Código Penal que predicen alguna forma de responsabilidad del ente.

Entiendo, frente a ese interrogante y, más allá del tema de fondo, que la regla del art. 4 del Cód. Penal neutraliza esa posibilidad, en razón de la especificidad de la ley 27.401 que permite cierta autonomía en institutos que le son propios y que, por sus características, carecen de un presupuesto constitucional que los haga extensivos necesariamente a todo el orden penal en razón de su peculiaridad, que progresa *ad-hoc* según criterios de oportunidad y conveniencia del legislador.

Por eso resulta de interés observar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aun sin definir el problema de la responsabilidad “penal” de la persona jurídica, ha volcado históricamente una serie de precedentes donde analiza la cuestión desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador.

IV. Responsabilidad de la empresa en la jurisprudencia de la Corte Suprema

IV.1. Analizando desde perspectiva histórica los precedentes de la Corte sobre responsabilidad de los entes ideales se pueden observar dos aspectos de interés para este estudio. El primero de estos muestra la impronta clásica sobre el tema, en buena medida representada en la reflexión de Vélez Sarsfield que fuera integrada en la nota donde explica el sentido del art. 43 del Código Civil previo a la reforma de la ley 17.711. En ese texto se asume la clara distinción entre las competencias que pueden cargar a la organización en distintas áreas del orden jurídico respecto de aquella específica del Derecho Penal. En la nota sostiene que la eficacia de la representación de la persona de existencia ideal por parte del sujeto de existencia real se transfiere y produce efectos “en el derecho civil, pero jamás

(16) Así, en la ponencia presentada por Juan Rodríguez Estévez en la reunión del Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2021.

en el criminal”, ya que para castigar a la persona jurídica como culpable de un delito, se violaría “el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado”. Este argumento se puede encontrar incluso, en nuestro tiempo, desarrollado en la dogmática penal por Jakobs (17).

Vélez aclara que la capacidad de los entes ideales, sobre todo en materia contractual, “no excede del objeto de su institución, que es el de hacerle participar del derecho a los bienes”. En ese ámbito dice que resulta “indispensable” esa capacidad. En consecuencia, debiera demostrarse también en el plano del derecho penal que eso es posible y, además, haciendo mérito de política criminal, “indispensable” (18).

El segundo aspecto destacable es que la jurisprudencia vinculada al problema distingue entre una responsabilidad de naturaleza administrativa y otra de tipo penal. En ese marco, se aproxima entendiendo que en la primera no rigen, al menos con la misma intensidad o extensión, los principios que son intangibles en materia criminal. De esa forma se identifican algunos precedentes que desenvuelven la cuestión admitiendo que la empresa puede sufrir consecuencias jurídicas por sucesos antijurídicos, pero esto solo es posible a partir de la caracterización administrativa sancionadora de aquellas, relacionadas con el orden y la seguridad, esto es, con el control de riesgos.

Así, en un antiguo precedente, la Corte ha sentado la regla por la cual se interpreta frente a ciertas contravenciones que en “la penalidad especial de la materia —se refería a los arts. 1027 y 1029 de la Ordenanza de Aduanas— no se aplican las reglas comunes relativas a la responsabilidad por actos delictuosos” y por tanto la acción penal así entendida “puede ir contra las corporaciones” (Fallos 135:197). Esto es reiterado tiempo después en el caso de Fallos 298:440, “Banco Comercial de La Plata”, también citado por “Wlodavsky, Pedro”, donde la Corte, si bien admite la naturaleza “represiva” de las sanciones de la ley 19.359, considera esas conse-

(17) JAKOBS, G., “¿Punibilidad de las Personas Jurídicas?”, en *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Caveró, P., (coord.), Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, Cap. II.

(18) De hecho, la Corte Suprema en su momento —seguramente en relación con los presupuestos atendidos por el entonces art. 43 del Código Civil— afirmaba que las personas de existencia ideal existen por “una ficción legal” (Fallos 126:163). Como es sabido, Savigny tomaba como punto de referencia la noción de derecho subjetivo como expresión propia de los sujetos individuales —reales— y por eso concluía que si bien en el Derecho civil podía operar la asimilación ficta entre individuo y persona ideal, esto no era posible en materia penal, donde se exige del sujeto conciencia y voluntad efectiva.

cuencias como de tipo “penal administrativo” y, justamente, es eso lo que fundamenta que “no se aplican las reglas comunes de la responsabilidad por actos delictuosos, lo que permite dirigir la acción contra personas jurídicas a los efectos de la condena”.

El análisis enlazado a sanciones administrativas encuentra cita adecuada en el precedente donde se sostiene que se pueden aplicar “penas pecuniarias” a las personas de existencia ideal (Fallos, 99:213). Esto adquiere aún mayor precisión en la recordada decisión de Fallos, 126:163, cuando refiere que la persona jurídica puede ser sometida a juicio no “por actos propios materiales”, dado su carácter de “ficción”, sino por las responsabilidades surgidas de los actos contra la renta fiscal “de sus empleados”.

Esta perspectiva interpretativa en verdad se muestra razonablemente estable en el tiempo, pues, frente al caso donde aparecía implicado el Ferrocarril Argentino del Este —se asimilaba la responsabilidad del ferrocarril a la de los capitanes y armadores de buque según la doctrina de Fallos, 66:53—, la Corte consideraba que las sociedades anónimas pueden ser condenadas por hechos de sus empleados o administradores “a penas pecuniarias” que justamente eran las previstas en ciertas contravenciones. Así, entendía que nada se opone a que las “personas de existencia ideal” sean sometidas a responsabilidades y penas pecuniarias por “contravenciones” de sus empleados o dependientes, ya que no es la persona jurídica la que es “sometida a juicio por actos propios materiales” que no puede ejecutar, sino “por las responsabilidades que tales actos de sus empleados les imponen en cuanto pueden perjudicar la renta fiscal” (Fallos, 123:163). La responsabilidad de la que se trata no era propiamente penal y por lo tanto habilitaba sanciones de naturaleza diversa fundadas de modo cuasi vicarial.

Un reflejo de esa distinción puede verse en las exigencias de imputación subjetiva de los hechos, ya que, para la época, en el orden administrativo o contravencional, la operatividad del principio de culpabilidad era relativa. En un caso vinculado al Ferrocarril Nord-Este Argentino, donde se investigaba un fraude a las rentas fiscales, se admitía la aplicación de las ya mencionadas “penas pecuniarias” por las contravenciones a la Ordenanza de Aduana —arts. 1025 y 1026— “no obstante la falta de intención dolosa o ignorancia del hecho” (Fallos, 99:213). Esa apreciación, sin embargo, no puede ser aceptada en nuestro tiempo en la medida que se exige una relación subjetiva para fundar consecuencias sancionadoras —“penas pecuniarias”—.

De todas formas, en esa misma línea de precedentes se encuentran ya fallos donde el Tribunal entiende apartarse de las explicaciones de Vélez,

pero destacando que las penas pecuniarias aplicadas a las organizaciones en realidad tienen una naturaleza propia del orden administrativo. El marco teórico de la época al que cabe atender todavía estaba signado, como se dijo, por la consideración de diferencias materiales entre contravenciones y delitos, de modo que en uno y otro campo podía haber garantías diferenciadas. Explícitamente se entiende que “La acción penal puede ser dirigida contra las personas jurídicas y estas ser condenadas a las penas pecuniarias que las leyes de la materia fijen, como una excepción a la regla general de la irresponsabilidad establecida por el art. 43 del Cód. Civil” (Fallos 216:397). Esa misma consideración se reafirma, pero ahora remarcando el carácter administrativo sancionador de las consecuencias jurídicas, en el precedente de (Fallos 298:432) donde se explica que “En materia penal administrativa no se aplican las reglas comunes de la responsabilidad por actos delictuosos, lo que permite dirigir la acción contra personas jurídicas a los efectos de su condena, en la forma prevista por las leyes especiales”. Puede decirse entonces que hay una consideración sobre el tema que encuentra posible la responsabilidad de la persona jurídica —no propiamente penal— por hechos de sus administradores o dependientes que, a la postre, justifica la aplicación de sanciones (Fallos, 90:234; 95:33; 99:213, 126:163, 135:197, 271:214, 290:202, entre otros). Esto se advierte claramente en un fallo del 23 de septiembre de 1965, donde la Corte hace responsable a la persona jurídica, pero en razón de una falta o contravención. En el dictamen del entonces procurador Marquardt se observa que ello es posible en razón de la “naturaleza” de las normas municipales —se trataba de una responsabilidad emergente por el exceso de humo en los vehículos— (Fallos, 271:14).

De modo análogo, en Fallos 281:293 “S.R.L. Car”, se distingue la responsabilidad aduanera de la penal —Considerando 12)— y se recuerda en igual sentido la doctrina de Fallos 184:417, Considerando 19). En el precedente de Fallos 291:55, con remisión al entonces Procurador Petracchi, se afirma que la idea de “solidaridad” es procedente en tanto no se habla de responsabilidad penal. Lo mismo sucede en Fallos 290:202, “Linch”. Esto último es retomado en Fallos 298:432 por la decisión de la Corte Suprema en materia de aplicación de la ley 19.359. Otro tanto ocurre con el caso “Banco Santander” (Fallos 300:100), donde se distinguen las consecuencias jurídicas y responsabilidades de las personas físicas y jurídicas. La responsabilidad de esta última es administrativa, no propiamente penal

De ese relevamiento es posible inferir que la Corte Suprema, al menos hasta el presente, no ha advertido la existencia de una contradicción insalvable entre los principios constitucionales y la responsabilidad —administrativa, infraccional o, si se quiere cuasi penal— de la persona jurí-

dica, incluso admitiendo la naturaleza de sanciones de tipo “represivo” respecto de las consecuencias atribuidas en tales supuestos.

IV.2. Más próximo en el tiempo, no puede dejar de citarse el voto del juez Zaffaroni en el caso “572. XL.Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario” que, si bien no tiene categoría de precedente, ya que se trata de una opinión que no marca la resolución del caso, ofrece sin embargo, un detalle importante de la problemática que implica hablar de responsabilidad penal respecto de la empresa. Por un lado, señala el elenco de objeciones a la aceptación de una culpabilidad propiamente penal de las organizaciones y, por el otro, en su argumentación, se hace cargo de analizar las sanciones en materia aduanera que son presentadas como penas que se fundan en una real responsabilidad criminal.

En sus argumentos se parte de que la normativa de nuestra Carta y el principio de culpabilidad por el hecho son ya un óbice para la responsabilidad penal de la persona jurídica, más allá de lo que la legislación ordinaria —en ese caso el Código Aduanero— pretendan. En el Considerando 5 indica que sin perjuicio de lo que pueda establecerse en ciertas leyes de naturaleza penal, lo relevante en punto a las personas jurídicas es su imposibilidad de comportamiento en términos congruentes con la ciencia penal y los mandatos constitucionales en la materia. Expresa en esa línea que: “el requerimiento de conducta humana como presupuesto sistemático para la construcción del concepto de delito responde a una mínima exigencia de racionalidad republicana dentro del método dogmático jurídico-penal y su definición se halla condicionada por los contenidos que surgen de ciertos postulados de jerarquía constitucional, entre los cuales se destaca el *nullum crimen sine conducta*”.

Como consecuencia de esa regla, advierte que no cualquier lesión a un bien jurídico es penalmente relevante, sino el emergente de un obrar humano. Por eso explica “Que en tal sentido, cabe relevar que de las expresiones “*hecho del proceso y de la causa*” (art. 18 de la Constitución Nacional) y “*las acciones*” a que refiere el art. 19 constitucional, que *a contrario sensu* serían acciones públicas (o privadas con implicancia pública), surge el principio de materialidad de la acción (*nulla injuria sine actione*) según el cual ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante, sino como efecto de una conducta. Por lo demás, conforme a la incorporación del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, se exige expresamente en varios textos de derecho internacional de los derechos humanos que solo pueden configurar delitos las acciones u omisiones art. 11, 2 párrafo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 15, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 9 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 40, párrafo 2, ap. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

La conclusión a la que arriba en el Considerando 7 es que: “la construcción del concepto jurídico-penal de *acción* halla un límite concreto en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, descriptibles exactamente en cuanto tales por la ley penal”.

En su línea expositiva se enlazan entonces la imposibilidad de considerar como conducta humana el *output* emergente de la persona jurídica y, sobre ese presupuesto, no es factible a su entender hablar de una culpabilidad —al menos penal— del ente de existencia ideal. De suyo, entonces, el *principio de culpabilidad*, constitucionalmente interpretado por Zaffaroni, no admite una responsabilidad penal de la persona jurídica.

Esto se observa claramente en el Considerando 8, cuando el juez afirma que “la operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest (o universitas delinquere nequit)*; el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena”.

Precisando la cuestión en torno a las exigencias de la culpabilidad, Zaffaroni entiende que existen limitaciones “que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas está configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el *principio de culpabilidad*, dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación, negando así la base misma del juicio de reproche. En este sentido asiste razón al fallo apelado cuando afirma que la capacidad penal de una sociedad implica “la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena”.

Para Zaffaroni las consecuencias jurídicas que pueden aplicarse a la persona ideal como lo hace el Código Aduanero revisten el carácter de una medida de tipo administrativo. Por eso, en el Considerando 13 reconoce que lo dicho “no implica negar la posibilidad de que las personas de existencia ideal sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coactivo reparador o administrativo, pues esta posición solo se limita a frenar el impulso por dotar a aquellos entes de capaci-

dad delictiva”. Explica además que esto es congruente con la doctrina de Fallos: 321:2926 y 323:637, donde la Corte sostuvo que del ordenamiento aduanero (art. 1026) surge que las sanciones del art. 876, ap. 1, son accesorias de la pena privativa de la libertad, pues en materia de contrabando la sanción judicial a aplicar es independiente de la decisión del órgano administrativo.

Dentro de esa perspectiva, de todos modos, realiza una distinción entre los campos administrativo sancionador y propiamente penal que en cierto modo habilita la tradición de los precedentes en materia aduanera y cambiaria.

De esa forma, resulta necesario recordar que la ley 22.415 llevaría a admitir la responsabilidad por el delito en relación con las personas de existencia ideal (ver por ejemplo el art. 876 inc. g dentro del capítulo dedicado a las penas). El término *responsabilidad* en esa legislación no parece dejar muchos márgenes de dudas si son asumidos literalmente, en punto a que se trata de un aspecto penal y no limitado al orden administrativo sancionador. Así, conforme se estudian los arts. 887 y 888 del Código Aduanero se observa en su redacción que se habla específicamente de penas pecuniarias en razón de delitos, pero, a la vez, del carácter solidario de esas sanciones en relación con los directores, administradores y socios ilimitadamente responsables patrimonialmente. Sin embargo, no puede obviarse que la noción de “solidaridad” como criterio de imputación penal no resulta satisfactoria, a menos que se entienda en algún sentido que permita aplicar las reglas fundamentales de determinación sobre la base de algún modo de conocimiento e intervención del sujeto real. En esos casos, sin embargo, no parecería procedente hablar de solidaridad sino de responsabilidad por la respectiva intervención en el injusto.

La cuestión sobre la noción de “solidaridad” respecto de las consecuencias jurídicas fue asumida en varios precedentes de la Corte Suprema en otros ámbitos sancionadores. Así, en Fallos 298:440, el procurador Guastavino indica que la noción de “solidaridad” “excluye la idea básica de la pena” aunque puede ser considerada en casos de sanciones pecuniarias. La Corte en su fallo, si bien habla de finalidades represivas —ley 19.359— de esas sanciones, al entender que operan en el campo “penal administrativo”, no ve obstáculo para dirigirlas “contra personas jurídicas”, ya que no se “aplican las reglas comunes a la responsabilidad por actos delictuosos” (Considerando 6).

De allí la relevancia que adquiere la indicación en el mismo enunciado del art. 888 del Código Aduanero, de la excepción a esa imputación en los casos en que los directivos —personas reales— no desempeñaran funcio-

nes o revistieran la condición alegada al momento de los hechos. ¿Puede entenderse esto como un óbice eficaz a criterios de responsabilidad objetiva —descalificados por el sistema punitivo— o por sí sola esa restricción no es suficiente y exige en los supuestos de desempeño de funciones al momento de los hechos un paso más en el análisis tendiente a la demostración del efectivo conocimiento del sujeto individual?

¿Es posible además aplicar sanción a la persona jurídica sin determinación de responsabilidad de alguna persona real? De responderse afirmativamente, la idea de actuación a través de un órgano debería matizarse y la noción de *culpabilidad penal* adaptarse a ciertos criterios diferenciados. Esto es, como ya se adelantó, crear reglas de imputación especial o *ad-hoc* en virtud de la naturaleza del sujeto implicado —persona jurídica—.

En cuanto a la interpretación concreta de la legislación aduanera Zaffaroni —*Fly Machine*— refiere que no se encuentra cuestionada la interpretación de las tipificaciones contenidas en los arts. 863, 864, 865, 871 y 872 del Código Aduanero, pues la discusión planteada no atiende a la estructura de los tipos penales mencionados, sino que remite al análisis de la responsabilidad de un ente ideal.

La Corte Suprema precisó en el precedente “De la Rosa Vallejos” (Fallos, 305:246) que “La atribución de competencia a la Administración Nacional de Aduanas para la aplicación de las sanciones de comiso, multa e inhabilitación previstas en los incs. a), b), c), f) y g) del art. 191 de la Ley de Aduanas no responde a su jurisdicción en cuestiones de infracciones aduaneras, sino a su facultad administrativa de imponer ciertas consecuencias accesorias de la condena penal”.

Y aquí la Corte recuerda que “En el régimen de la ley 21.898 existen dos géneros de ilicitudes, agrupados en las infracciones y los delitos aduaneros; los últimos no pueden ser considerados al mismo tiempo delitos e infracción, basándose en la distinción de las penas y sanciones que la ley prevé para los mismos. De tal manera, las sanciones del art. 196, a aplicar por la autoridad administrativa, son accesorias de la privativa de la libertad a aplicar por los jueces y, en consecuencia dependientes de la existencia de esta”. De esta forma se pone en evidencia que la respuesta a la persona jurídica tiene un presupuesto de responsabilidad administrativo sancionador.

Vista la cuestión en el desenvolvimiento de esa doctrina, la Corte expresa respecto del ordenamiento aduanero que las sanciones son “accesorias de la pena privativa de libertad, toda vez que en materia de contrabando la sanción judicial a aplicar es independiente de la decisión del órgano

administrativo.” Esto, claro está, no es un óbice para la aplicación del sistema de garantías constitucionales en la materia. De allí que sostenga que “el otorgamiento de la atribución de funciones jurisdiccionales a la autoridad aduanera depende de la ley, sin más limitaciones que las que surgen de los principios, garantías y derechos que la Constitución Nacional establece y consagra” (Fallos, 321:2926 y 323:637).

Observando entonces la jurisprudencia constitucional, puede decirse que no ha encontrado obstáculo para atribuir a las organizaciones una responsabilidad de naturaleza administrativa en la medida que en esta las exigencias de personalidad humana que demanda el principio de culpabilidad no rigen con la misma intensidad y extensión que en el derecho criminal. Por eso en algunos fallos se pone en evidencia el carácter vicarial por el que se atribuyen sanciones al ente, ya que remite a la actuación de la persona humana que integra su estructura.

De todos modos, dejando de lado el debate sobre el tipo de responsabilidad con la que carga la empresa, en lo que ahora interesa aunque con distinta operatividad debe atenderse a los dispositivos de integridad, *compliance* o *criminal compliance*, que el legislador ha previsto en la ley 27.401 —en un sentido relevante— y en el Título XIII del Código Penal —en este caso, solo como criterio de ponderación de las sanciones aplicables—.

V. La caracterización del *compliance* en la ley 27.401

Si bien pueden encontrarse previsiones de *compliance* antes de mediados del siglo pasado (por ejemplo, General Electric, 1946), lo cierto es que las importantes crisis económicas y financieras, dentro del contexto de globalización de las últimas décadas, suscitaron su “expansión” generalizada de cara a la actividad de las organizaciones.

Las reflexiones sobre este fenómeno encuentran distintas aproximaciones, pero, en lo que ahora importa, parece necesario señalar las siguientes: a) la empresa desde hace tiempo es vista como un actor relevante en el ámbito social y fuente correlativa de riesgos que la sociedad pretende limitar; b) la imposibilidad o incapacidad estatal para regular eficazmente esos riesgos deriva entonces a la propia estructura empresarial la función de control de esos peligros —*autorregulación*—. pero orientadas por ciertas exigencias indisponibles surgidas del orden estatal; c) la mencionada globalización en materia económica y financiera, con flujo de intercambios, negocios y capitales, impone que esos dispositivos de gestión de riesgos sean tomados en cuenta de modo generalizado; d) la pretensión

de una ética empresarial que repercuta sobre la ética de los funcionarios, permitiendo un cierto grado de transparencia que habilite prevenir hechos ilícitos que puedan alterar la economía global es también un objetivo pretendido por los programas de cumplimiento, en especial a través de los códigos de ética, protocolos y *due diligence*.

VI. El art. 22 de la ley 27.401 caracteriza la función de los *programas de integridad* que podrán establecer las personas jurídicas y que será un requisito cuando estas desarrollen relaciones con el ámbito público. Sin embargo, más allá de esa disposición, cabe señalar que la inexistencia de esos programas en una empresa no tiene una sanción específica.

En esa línea, la norma indica que esos dispositivos consisten *en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley*. Por lo tanto, los objetivos de gestión de riesgos no solo atienden a operar como barrera de posibles delitos, sino también, y de forma que cabe destacar, irregularidades que pueden ser la antesala de aquellos, si aparecen toleradas. La regulación interna de la organización a través de códigos de ética y protocolos de gestión no pueden ser un simple recordatorio del catálogo de comportamientos ilícitos que ya forman parte del Código Penal (19). Esto es un supuesto sobre el cual se desenvuelven los programas de integridad. Lo significativo de sus previsiones surge de aquellas reglas, estándares e incumbencias que disciplinan la actividad de los miembros de la empresa, de modo que actúen como instancia de adelantamiento o flanqueo de posibles conductas criminógenas.

Por eso, como indica la normativa, resulta relevante dentro de los programas definir *los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica*

(19) Sostiene Nuria Pastor que el estatus normativo de los programas de cumplimiento no sería el de hacer de altavoces del ordenamiento jurídico —efecto deseable—, sino que constituirían mecanismos de control para la minimización de outputs delictivos. Señalan así un mandato de organizar la persona jurídica —fuente de peligro— de modo que se reduzca o minimice la posibilidad de que las personas físicas cometan delitos dentro de la organización corporativa, usando el instrumento «persona jurídica». En consecuencia, el Derecho no espera de los programas de cumplimiento una prestación de medios, sino de resultado —prevención, vigilancia, sanción a través de supervisión y programas—. Los medios necesarios para lograrlo serán distintos dependiendo de los rasgos de la organización empresarial, la cultura de la empresa y el sector de actividad. PASTOR MUÑOZ, N., “Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales: una reflexión desde la perspectiva de la responsabilidad penal de la persona física”, en *Compliance Penal*, Ed. La Ley N°5, abril-junio 2021, Walter Kluwer.

realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación. Surge así que la organización del *compliance* no puede desenvolverse o estructurarse en abstracto sin perjuicio de elementos que resulten comunes a cualquier ordenación. Se trata en primer lugar de una tarea de relevamiento de la actividad de la empresa en relación con aquellos aspectos que pueden dar motivo a irregularidades o comportamientos directamente ilícitos. En segundo término, la dimensión de la organización marca sustancialmente la capacidad de estructurar la actividad a través del programa, más allá de la exigencia de un código de ética que tendrá un detalle o profundidad de exigencias proporcional al horizonte de intercambios con el estado que asuma el emprendimiento.

Como consecuencia de estos presupuestos, el art. 23 de la normativa señala contenidos indisponibles de cualquier programa de integridad y otros que se aconsejan o proponen. Mínimamente el establecimiento de un dispositivo de *compliance* deberá contener en nuestro ámbito: a) *Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley, y b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público.*

A pesar de la crítica moderna a una *ética de principios* en favor de una *ética de la responsabilidad*, lo cierto es que un código que asegure la integridad de los sujetos que componen la organización reclama sin duda atender a ciertos criterios y valores que guíen los comportamientos, es decir, puntos de referencia del obrar. Esto, precisamente, son los principios que decide asumir la organización y que, más allá de poner el acento en el *output* con el campo estatal, no puede obviar la previsión también de reglas de conducta al interno de la propia empresa en cuanto se reflejen en la operatoria profesional.

No se trata obviamente de una cuestión de moral individual, aunque dirija al sujeto en particular, sino de directivas surgidas de ciertos principios que han de disciplinar su rol dentro de la entidad (20). La cultura

(20) Por eso, ROOT remarca la importancia de los códigos de ética e, incluso, sobre la base de la experiencia del caso Walmart, observa la importancia de separar el ámbito del *compliance* de la dirección u oficina de legales. Es que no se trata solo de una cuestión de normas jurídicas, sino que el programa de cumplimiento o integridad asu-

empresarial de la organización es en sí un valor que integra tanto el orden interno como externo, pues no hay chance de una dicotomía en ese punto, sin perjuicio de las naturales peculiaridades que el trato con funcionarios públicos impone —por ejemplo, en materia de obsequios, beneficios, bonos etc.—.

Supuestos esos “mínimos” contenidos, la legislación nacional sobre *compliance*, por el contrario, y a pesar de su relevancia en el derecho comparado, establece que el programa *podrá* —no es imperativo que así sea, ciertamente— incorporar además una serie de mecanismos que hacen a la eficacia del dispositivo de integridad y que, a la postre, se mostraran decisivos para la operatividad de la exención de responsabilidad de la persona jurídica prevista en el art. 9 de la ley, ya recordado.

El conocimiento del código de actuación y los procedimientos de gestión ante el aparato estatal no parecen ejecutivos sin su incorporación a la praxis cotidiana de las personas. Por eso se muestra como necesaria la *capacitación periódica* sobre la cuestión de directivos y empleados, al igual que *el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección*, que suele representarse con el estándar: *tone at the top*.

En ese marco, y sin que se requiera una estructura compleja, puede disponerse de un sistema de *whistleblowing*, es decir, de denuncias e informaciones internas —en el orden internacional hay también ámbitos externos— que permitan adelantarse o tomar conocimiento de situaciones irregulares. De allí que se aconseje la incorporación de *los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundido* y, consecuentemente, *una política de protección de denunciantes contra represalias*. Este dispositivo se ha mostrado de notable eficacia, por ejemplo, en el Reino Unido, ya que permite incorporar una atmosfera de control flexible e informal que favorece la adecuación a las exigencias de los procedimientos y código de actuación. Incluso, la Directiva de la Unión Europea 2019/1937 del 23 de octubre de 2019 ha desarrollado, definido y resuelto un número significativo de exigencias sobre la cuestión con el fin de armonizar las distintas opciones de los estados miembros (21).

me un horizonte mucho más extendido. Así en *Complex Compliance Investigation*, ya citado, ps. 261/262.

(21) En su art. 8, la Directiva (UE) 2019/1937 resuelve que los Estados miembros velarán porque las entidades jurídicas de los sectores privado y público establezcan canales y procedimientos de denuncia interna y de seguimiento, previa consulta a los interlocutores sociales y de acuerdo con ellos cuando así lo establezca el Derecho nacional. De todos modos, también asume distinciones sobre el peso de la empresa, en tanto habilita en los casos de entidades que tengan entre 50 y 249 trabajadores que

Cierto que también este mecanismo puede dar lugar a un uso incorrecto, no solo vinculado a motivos personales indeseables del denunciante —*whistleblower*—, sino relacionados con reglas de confidencialidad operativos en el campo empresario. Sin embargo, las precisiones estatales y las del código de ética pueden resultar el soporte para que el oficial de cumplimiento o de quien aparezca señalado en el programa, pondere la información.

Si bien es algo que depende del ámbito de desenvolvimiento de la organización, la mutabilidad de los contextos de actuación empresarial, no solo normativa sino también fáctica —económica, social, medio ambiental, cultural etc.— debe ser atendida por los programas de *compliance*. Y esa necesidad está orientada al *análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad*. Desde ya, los cambios reglamentarios que afecten la actividad de la organización y, por ende, los peligros —liquidación de divisas, contaminación, áreas de intervención pública etc.— han de ser tempestivamente monitoreados para esa readaptación del sistema, sino también las disposiciones que las distintas autoridades públicas reclamen sobre el *compliance*. Por eso la indicación sobre *el cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rijan la actividad de la persona jurídica*.

En ese marco se muestra como un mecanismo idóneo para atender a la eficacia del *compliance* el seguimiento de su performance, que permita ponderar su impacto en la actuación de la empresa. La norma establece así *el monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad*

Uno de los temas que en nuestro ámbito debe ser afrontado con especial atención y prudencia es la previsión de consecuencias —sanciones—

puedan compartir recursos para la recepción de denuncias y toda investigación que deba llevarse a cabo, aunque prevé posibles excepciones en los campos de la salud pública y medio ambiente. El art. 9 dispone que los procedimientos de denuncia interna y seguimiento incluirán: a) canales para recibir denuncias que estén diseñados, establecidos y gestionados de una forma segura que garantice que la confidencialidad de la identidad del denunciante y de cualquier tercero mencionado en la denuncia esté protegida, e impida el acceso a ella al personal no autorizado; b) un acuse de recibo de la denuncia al denunciante en un plazo de siete días a partir de la recepción; c) la designación de una persona o departamento imparcial que sea competente para seguir las denuncias, que podrá ser la misma persona o departamento que recibe las denuncias y que mantendrá la comunicación con el denunciante y, en caso necesario, solicitará a este información adicional y le dará respuesta.

por faltas, incumplimientos o violaciones al código de ética o protocolos de funcionamiento. Algunas serán meras irregularidades en la configuración y gestión de la empresa, otras expresarán posibles hechos ilícitos con relevancia penal o administrativa sancionadora.

Ciertamente una regulación de conductas cuya inobservancia o infracción no implique ninguna consecuencia verá reducida su eficacia y consideración, ya que se presentará como meramente programática, pero sin exteriorizar su relevancia para el buen gobierno y existencia misma de la empresa. De esa forma, se propone en nuestra legislación *un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta*. La naturaleza de esas sanciones parece ser disciplinaria o laboral, según los casos, de modo tal que, en los procedimientos de análisis, el escuchar al posible infractor para que dé explicaciones sobre lo sucedido y recolectar pruebas sobre la cuestión, parecen exigencias suficientes para respetar los derechos.

Sin embargo no puede obviarse la complejidad que en nuestro tiempo tienen los medios informáticos, la conectividad de los instrumentos en uso y el resguardo que cabe tener de la intimidad de los agentes. En ese marco, la reglamentación aceptada por los integrantes de la empresa respecto de ciertos límites a la privacidad e intimidad, el uso exclusivamente profesional de los distintos soportes de conocimiento e interacción aportados por la organización, serán un indicador relevante en los procedimientos de conocimiento sobre lo sucedido.

La *due diligence* se ha convertido en una de las más claras transferencias de competencia al ámbito de las organizaciones, en la medida que modifica la operatividad del principio de confianza. Este principio permite a quien recibe el *output* o prestación de un tercero asumir que esa acción se ejecuta conforme las regulaciones previstas para el caso. Al mismo tiempo implica suponer que la prestación que brinda la empresa a un tercero será utilizada por este de acuerdo con la normativa correspondiente, esto es, legalmente. El principio de confianza, en la práctica, aligera entonces la competencia de la organización en las negociaciones, ya que por regla no tiene que hacerse cargo de evaluar o verificar que lo que recibe u otorga se desenvuelve legalmente, a menos que el negocio exteriorice indicadores de contradicción reglamentario o normativa.

La exigencia de la debida diligencia, por el contrario, pone a cargo de la empresa tomar recaudos para comprobar que en las negociaciones el *input* y el *output* resulten congruentes con los mandatos jurídicos. En la práctica, mayores costos, obligaciones e incumbencias que la harán com-

petente para responder por lo acontecido. Si bien originariamente la *due diligence* encontró su lugar natural en las adquisiciones o transferencias de empresas, en nuestro tiempo su desenvolvimiento se ha expandido notablemente y alcanzado los más diversos tratos o negocios emprendidos por la entidad.

En la regulación nacional esto supone la existencia, dentro del *compliance*, de *procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial. Además, la debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucrada.*;

Finalmente, todos los dispositivos enunciados reclaman la existencia de *un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad*, que naturalmente parece recaer propiamente en un Oficial de Cumplimiento, pero podría estar a cargo de algún director especialmente seleccionado por su idoneidad para esos fines y al que reportara el Oficial (22).

V.2. Sin perjuicio del aporte que pueda obtener una organización de su Programa de Integridad o *compliance* para el buen gobierno, transparencia y funcionamiento de su estructura, así como en términos de reputación, lo cierto es que la normativa local y comparada prevé determinadas consecuencias a favor de la empresa que, atendiendo a los mecanismos arriba detallados, pueda enfrentar una imputación en su contra.

La existencia de este tipo de programas, como quedó dicho en su momento, habilita dentro de la ley 27.041 que la empresa, cumpliendo ciertas obligaciones, resulte eximida de pena. Además, respecto de lo indicado en el Título XIII de la parte especial del Código Penal, esos mecanismos de *compliance* pueden computarse favorablemente cuando se sopesa la sanción a imponer a la organización.

Dicho de otro modo, hay consecuencias prácticas tangibles que han de ser atendidas cuando una empresa evalúa adoptar un sistema de *compliance*, no solo vista la cuestión jurídicamente, sino también de cara a una sociedad que observa la actividad, al menos de las grandes organiza-

(22) Los desafíos que presenta la cuestión son tratados por MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, "El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones", en *Delito y Empresa*, ob. cit., p. 59 y ss.

ciones, como fuente de riesgos financieros, económicos, medio ambientales, significativos.

Ya en el ámbito científico, la discusión gira en torno de la naturaleza que cabe otorgar penalmente a esos sistemas, pues, más allá de la consecuencia general prevista por el legislador de la exención de pena, el tema es determinar si se trata de un estándar de ponderación de riesgos, de modo tal que la existencia de un *compliance* eficaz o al menos no cosmético supone que la actividad de la organización progresa dentro de los riesgos permitidos o si la operatividad del mecanismo es una cuestión a tener en cuenta en el campo de la exigibilidad, esto es, de la responsabilidad de cara a las sanciones, dejando incólume la ilicitud comprobada.

En términos del análisis que habilita el art. 9 de la ley 27.401, entiendo que la existencia de un sistema de integridad, por sí misma, no es un elemento que neutralice la relevancia ilícita de lo acontecido, ya que requiere para evitar la sanción de la empresa, de otras exigencias puntuales. Obviamente, ya en relación con esos programas como elementos a tener en consideración en la evaluación punitiva —Título XIII de la parte especial del Código Penal—, no hay duda de que no inhibe la ilicitud de lo acontecido, aunque puede reducir el grado de antijuridicidad del suceso o, en todo caso, de la culpabilidad.

Como fuera advertido, el art. 9 de la ley 27.401 dispone que quedará *eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurren simultáneamente tres circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.*

Así, puede inferirse del texto la necesidad de reparación y *self reporting* que implica algo más que la constatación de una reducción de riesgos a límites aceptables, ya que en definitiva hay consecuencias jurídicas que impactan en la organización por lo acontecido.

La existencia entonces de un sistema de control y supervisión lleva a considerar el contenido y consistencia de los aspectos señalados en los arts. 22 y 23 de la normativa en trato. Para eso, puede ser de utilidad destacar las fuentes que han dado origen a esas exigencias, pues el contexto de su formulación aporta indicadores que potencian su rendimiento a la hora de constituir un Programa de Integridad.

Como se dijera al inicio, las grandes crisis sufridas a principios del presente siglo han marcado a partir de esas experiencias traumáticas alguno de los aspectos tenidos en cuenta en torno al *compliance*. Así, vale la pena considerar, a pesar de su distinta naturaleza y función, algunos elementos surgidos del ámbito comparado que orientan el tema.

VI. Apuntes para la constitución de un dispositivo de *compliance*

La experiencia acumulada en las primeras décadas de este siglo a nivel comparado en materia de *compliance* —marcada por las crisis económicas y financieras padecidas en los primeros años— puede aportar aspectos relevantes a la hora de corporizar un sistema de integridad con intenciones de eficacia y reconocimiento estatal. Por eso, el análisis aun sin mayor minuciosidad o detalle, de ciertas fuentes que han elaborado disposiciones, recomendaciones, directivas y estándares de cara a esas emergencias aplican como soporte consistente para la elaboración de programas, protocolos, códigos y procedimientos.

En ese marco de mera aproximación y sin pretensiones de una exhaustividad imposible dentro de la naturaleza de este trabajo, no pueden obviarse las Actas del Senado de los Estados Unidos —*Sarbanes-Oxley* (Sox, del 2002) y *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, (Dodd-Frank Act del 2010)— que fueron elaboradas a partir de crisis de impacto global (23). Las *Federal Sentencing Guide Line, chapter 8* que, si bien tienen por objeto indicadores para ponderar las sanciones a aplicar en el campo empresarial, resultan de utilidad para fijar nociones y criterios en temas de *compliance* y responsabilidad de las organizaciones.

También aplican por su notoria especificidad en la cuestión, las reglas de la *Treadway Commission* (COSO) (*Comitee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission*) que, desde fines del siglo XX, desarrolla criterios y estándares en materia de control interno, transparencia y evaluación de riesgos de gestión en las organizaciones. Los riesgos empresariales ocupan la atención de sus esquemas que resultan en gran medida idóneos para satisfacer exigencias surgidas de *Sox*.

(23) En especial, el caso Enron con su declaración de bancarrota de fines de diciembre del 2001, por poner de manifiesto graves fallas en los controles, manipulación de información, datos y estados contables, fraude etc., que arrastró a unas de las más importantes auditoras de la época, Arthur Andersen. Luego, para el 2008, la quiebra de Lehman Brothers que padeció la inconsistencia financiera surgida de los préstamos e hipotecas subprime. Ya en esta crisis, la particularidad es de orden financiera y la falta de adecuado aseguramiento y vigilancia de esos negocios.

Por último, no puede obviarse la elaboración de las normas ISO que, en tanto sistema de gestión de calidad, ha dado criterios operativos de significación en estas cuestiones; históricamente en la ISO 19.600/15 y, actualmente, en las ISO 37.001, especialmente, en la ISO 37.301.

Claro está que, en relación con algunas de las funciones que cabe identificar en la ley 27.401 relacionadas con la corrupción, han de tomarse en consideración, además, las convenciones internacionales en la materia, que han sido reforzadas a través de las leyes 24.759 —que asume la Convención Americana sobre Corrupción— y 26.079 —en referencia a las disposiciones de Naciones Unidas en la materia—.

VI.1. Puede decirse que, en lo sustancial, los aspectos que caracterizaron cada una de esas crisis de impacto global determinó la peculiaridad de los análisis y directivas de cada una de las actas antes mencionadas, *Sarbanes-Oxley* (Sox) y *Dodd-Frank Act*.

En ese marco cobran notoria significación los criterios que son presentados por la *Treadway Comisión* (COSO) y las *Federal Sentencing Guide Line* (FSGl).

Cada una de esas directivas y criterios exponen indicadores que deben estar presentes en los contenidos que todo dispositivo de *compliance* eficaz debe atender.

Los códigos de ética y los mecanismos de control interno, auditoría y *compliance* se ponen de manifiesto en *Sox* desde un comienzo, con los deberes impuestos al *board* de la organización (24), que destaca, en lo que aquí interesa, la necesaria idoneidad e independencia de la auditoría, el código de ética, el control y vigilancia de los procedimientos financieros,

(24) En la Secc. 101 referida a esas obligaciones, se destaca, en lo que aquí importa, el deber de: “(2) establish or adopt, or both, by rule, auditing, quality control, ethics, independence, and other standards relating to the preparation of audit reports for issuers, brokers, and dealers, in accordance with section 103... 4) conduct investigations and disciplinary proceedings concerning, and impose appropriate sanctions where justified upon, registered public accounting firms and associated persons of such firms, in accordance with section 105...” En varias instancias se pone en evidencia la necesidad de transparencia frente a las autoridades y la protección de inversores, así en la Secc. 303 se indica “It shall be unlawful, in contravention of such rules or regulations as the Commission shall prescribe as necessary and appropriate in the public interest or for the protection of investors, for any officer or director of an issuer, or any other person acting under the direction thereof, to take any action to fraudulently influence, coerce, manipulate, or mislead any independent public or certified accountant engaged in the performance of an audit of the financial statements of that issuer for the purpose of rendering such financial statements materially misleading”.

una normativa destinada a evitar irregularidades, conflictos de intereses y lograr transparencia en la información contable, atendiendo a los controles públicos y los inversores.

La Sección 404 de *Sox* muestra la significación que tendrán de aquí en adelante el código de ética, la estructura de control interno y la evaluación de los informes que serán parte del *compliance* (25).

La Dodd-Frank Act se orienta a establecer niveles de transparencia, controles, límites y prohibiciones que han de impactar en la consideración de todo relevamiento de riesgos. El *Title VII*, precisamente, se refiere a *Wall Street Transparency and Accountability*. En lo que aquí interesa, ya en relación con nuestras reformas al Código Penal, en la Sec. 746 se analiza el *Insider Trading* y, en términos que seguramente influyan en la consideración procesal, dispone *subpœna* —concretando el estándar *subpœna duces tecum*— el aporte de testimonios, libros y documentos en general sobre las operaciones que se lleven a cabo, cuando lo requieran las autoridades de control, administrativas y judiciales.

En ese contexto, en la Sección 748 y en la Sección 922, por ejemplo, se remarca la importancia otorgada al mecanismo de *whistleblowing* (26),

(25) La Sec. 404 establece, entre otros aspectos, “(1) state the responsibility of management for establishing and maintaining an adequate internal control structure and procedures for financial reporting; and contain an assessment, as of the end of the most recent fiscal year of the issuer, of the effectiveness of the internal control structure and procedures of the issuer for financial reporting...The Commission shall issue rules to require each issuer, together with periodic reports required pursuant to section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934, to disclose whether or not, and if not, the reason therefor, such issuer has adopted a code of ethics for senior financial officers, applicable to its principal financial officer and comptroller or principal accounting officer, or persons performing similar functions”.

(26) En la Sección 922 del Acta que reforma la Securities Exchange Act of 1934, Sec. 21 F, se identifica la noción de whistleblower, pero además se muestran incentivos y se define cuando lo denunciado encuentra significación: “(The term ‘whistleblower’ means any individual who provides, or 2 or more individuals acting jointly who provide, information relating to a violation of the securities laws to the Commission, in a manner established, by rule or regulation, by the Commission. ...In any covered judicial or administrative action, or related action, the Commission, under regulations prescribed by the Commission and subject to subsection (c), shall pay an award or awards to 1 or more whistleblowers who voluntarily provided original information to the Commission that led to the successful enforcement of the covered judicial or administrative action, or related action, in an aggregate amount equal to— “(A) not less than 10 percent, in total, of what has been collected of the monetary sanctions imposed in the action or related actions; and “(B) not more than 30 percent, in total, of what has been collected of the monetary sanctions imposed in the action or related ac-

definiéndolo, disponiendo incentivos y determinando la consistencia que debe tener la información que aporta el *whistleblower*.

Repárese en ese orden, cuánto se ha desarrollado desde entonces el mecanismo de *whistleblowing* hasta el presente, siendo un ejemplo relevante la ya recordada Directiva (UE) 2019/1937, que en el apartado 43 sostiene que “una prevención efectiva de las infracciones del Derecho de la Unión exige que se conceda protección a las personas que faciliten información necesaria para revelar infracciones que ya hayan ocurrido, infracciones que no se hayan materializado todavía, pero que muy probablemente se vayan a cometer, actos u omisiones que el denunciante tenga motivos razonables para considerar infracciones, así como intentos de ocultar infracciones. Por las mismas razones, también está justificada la protección para las personas que no aporten pruebas concluyentes pero que planteen dudas o sospechas razonables. Al mismo tiempo no debe protegerse a personas que comuniquen información que ya esté completamente disponible para el público, o rumores y habladurías no confirmados”.

En la Dodd-Frank Act, Sección 619, se afronta la exigencia de análisis de los niveles de riesgos en las inversiones, en las relaciones con otras entidades —por ejemplo, no bancarias—, tal como quedará después plasmado en la denominada *Volker rule*. Esta ponderación que, ciertamente, está relacionada con el mercado financiero, exterioriza, sin embargo, un estándar que ha de ser asumido en un campo más amplio relacionado con el *compliance*. En gran medida, los Programas de Integridad deben tomar como punto de partida la identificación de los riesgos propios de las actividades que desarrolla la organización, su monitoreo, límites y restricciones a imponer no solo en función de accionista e inversores, sino también de empleados, consumidores, clientes, proveedores, organizaciones no gubernamentales y demás grupos que giran alrededor de la empresa —*shareholders* y *stakeholders*, incluso en una acepción amplia—.

VI.2. Los estándares y criterios que surgen de los análisis, informes y programas de COSO (I, II y III) tienen como fundamento varias décadas de experiencia y aportes de distintas organizaciones profesionales especializadas. A los fines de este trabajo, basta con recordar que, en los diversos informes realizados, se postula la necesidad fundamental de con-

tions”. En cuanto a los aportes indica que “(A) is derived from the independent knowledge or analysis of a whistleblower; (B) is not known to the Commission from any other source, unless the whistleblower is the original source of the information; and (C) is not exclusively derived from an allegation made in a judicial or administrative hearing, in a governmental report, hearing, audit, or investigation, or from the news media, unless the whistleblower is a source of the information”.

figurar dentro de la empresa modelos de gestión dentro de un ambiente de control y seguimiento, que tiene como eje central la evaluación de los riesgos propios de la actividad que desenvuelve la organización. Esto implica adoptar regulaciones internas, procesos y estructuras de funcionamiento que aseguren su cumplimiento a través de la supervisión.

En el marco de ese análisis los puntos centrales son la importancia de esos riesgos —es decir, una ponderación de su nivel e impacto en el correcto desempeño— la probabilidad de que esos eventos ocurran, midiendo entonces el grado —alto, bajo o mínimo— de contingencia en que se susciten y las medidas que se prevén para neutralizar, contener o reducir esos riesgos.

Por eso resulta necesario que un programa de *compliance* integre actividades específicas de control, que han de valerse de la información que pueda recogerse a fines de supervisar los lineamientos que se han establecidos sobre esos riesgos.

A partir de esos presupuestos se constituye el programa de control interno entendido como un proceso que implica la actuación de personas y, por eso, no se reduce a la mera elaboración de manuales. Al tratarse de orientar comportamientos de personas concretas debe asegurarse que exista una percepción de los miembros de la empresa en punto a la integridad y los valores éticos que la distinguen, de allí la importancia de los códigos de ética que deben incluir incompatibilidades y modos de negociación, como vías a través de las cuales se puedan alcanzar objetivos precisos, en lo operativo, financiero y de confiabilidad.

En esa configuración deben estar comprometidos el Consejo de Administración y la auditoría asumiendo que en ese ámbito de supervisión se opera, por ejemplo, sobre sistemas informáticos, donde se vuelcan datos y debe preservarse la privacidad de quienes son parte de la organización y de quienes interactúan con esta.

Las medidas que surgen del programa de *compliance* para su confiabilidad —eficacia— deben sostenerse en el análisis, la información, las actividades de control, los indicadores de rendimiento y segregación de funciones. Estas operaciones son dinámicas por naturaleza, ya que las evaluaciones, si bien son puntuales, asumen los cambios que se detectan no solo en el entorno donde desenvuelve y progresa la empresa, sino también en la propia estructura interna. La detección de incumplimientos, inobservancias y errores deben ser motivo para reconsiderar la eficacia de las medidas implementadas. Por eso un adecuado sistema de comunicaciones —interno/externo— resulta esencial para asegurar la idoneidad

de las fuentes de información que reclama toda labor de supervisión correcto (27).

VI.3. La ISO 37.301, que viene a remplazar la 19.600/15, tiene la peculiaridad para este trabajo de poner el acento en la naturaleza y funciones del *compliance*, tomando partido dentro de las discusiones técnicas y jurídicas que se desarrollan en la materia, sobre todo a la hora de discernir posibles responsabilidades de parte de los oficiales de cumplimiento.

En esa línea se indica que lo propio del *compliance* es la supervisión, pues por principio no tiene competencias decisorias, a menos que estas le sean delegadas por la alta dirección, por algún motivo. De esa forma, el horizonte de responsabilidad relacionada con la comisión de irregularidades o ilícitos queda limitado y, en todo caso, solo surgiría a través de la identificación de alguna forma de adecuación o solidaridad con algún comportamiento de miembros de la organización. Dicho de otro modo, de participación en el desarrollo del ilícito.

La nueva ISO asume que la labor del *compliance* no se basaría en la concreta obtención de resultados, sino en la adecuada supervisión del progreso del programa, asegurando así su efectivo conocimiento, la realización de prácticas y seguimientos que son allí establecidos. Cabe aquí recordar que Pastor Muñoz señala que en verdad los resultados a los que aspira un programa de cumplimiento son precisamente la supervisión de los riesgos identificados en el relevamiento de la actividad de la empresa. En todo caso, los medios están relacionados en concreto con el ámbito que enfrenta la organización.

Ciertamente, el sistema de *compliance* tendrá un núcleo central para mostrar su corrección e idoneidad, en la identificación de los riesgos que atañen a la empresa, pues de esos señalamientos surgirán los mecanismos, procesos, manuales y códigos con que se pretende neutralizarlos, reducirlos o gestionarlos. Esos relevamientos, en la práctica, determinan las incumbencias y obligaciones que cargan a la organización en general y a ciertos ámbitos o roles en particular. Ese entramado “normativo” que disciplina la actuación de los agentes demanda pues un sistema de control y

(27) La relevancia de los flujos de información interna y la existencia de los denominados silo effect, es decir, compartimentos aislados que impiden el progreso de esos flujos, es destacado en las investigaciones sobre fallas en los programas de *compliance*. Se trata de un problema significativo ya que obstaculiza un valor esencial en el adecuado funcionamiento de los procesos y programas. Cfr. ROOT, Complex Compliance Investigation, ya citado, Part. III y en especial, ps. 266 y ss.

seguimiento de modo que permite identificar o detectar irregularidades en los procedimientos bajo análisis.

Esos mecanismos, entonces, se configuran a través de reglas materiales que habiliten una evaluación de los comportamientos de modo tal de poder distinguir, como ya lo hacia la ISO19600, entre *incumplimientos*, que señalan un apartamiento de las reglas que puede dar lugar a un ilícito y acciones *no conformes* con los procedimientos de la empresa, pero que no alcanzan el nivel de aptitud para constituir un delito.

Sobre esas bases pueden implementarse procesos internos de análisis y juzgamiento de los comportamientos con distinta intensidad en las consecuencias a adoptar. Recuérdese que el art. 9 de la ley 27.401 sobre exención de sanciones a la empresa requiere entre uno de sus presupuestos el *self reporting*, esto es, una denuncia emergente de la consideración de un posible obrar ilícito detectado por el sistema de *compliance*.

De todas formas, el señalamiento de las irregularidades no solo impacta sobre los agentes involucrados, sino también en punto a la consideración crítica de los mecanismos que han sido desatendidos o contradichos en su progreso. La reformulación de aquellos a partir de las irregularidades observadas es algo propio de la dinámica del *compliance*.

VI.4. Precisamente el Capítulo 8 del *Guidelines Manual* está dedicado a las organizaciones; y si bien, como se dijera, su función es determinar estándares de ponderación de sanciones y aplicación de ciertos mecanismos —*probation*, por ejemplo—, lo cierto es que brinda aspectos y definiciones de notoria utilidad para la formulación de programas de *compliance*. En términos generales se infiere de esos indicadores la importancia de mecanismos de *compliance* para fijar estándares de actuación frente a riesgos —merced a un *risk report*— y readecuarlos ante su dinámica. En consecuencia, es importante prevenirlos, detectarlos y neutralizarlos, por eso se remarca la supervisión, la *due diligence*, la capacitación, el monitoreo y la auditoría.

En ese marco se les confiere relevancia a los informes dirigidos a la alta dirección, la eficacia del programa en detectar la irregularidad, la propia denuncia de la organización sobre lo acontecido y que no estén implicados funcionarios del área de supervisión. Claro está, la complejidad de los dispositivos será proporcional a la complejidad —tamaño y área— de la organización. Pero es bueno destacar que, aun en empresas pequeñas, se indica que hay medios de control básicos a realizar —*walking around*—.

Con esos lineamientos y siempre en relación con el tema aquí analizado, vale señalar que en el Capítulo se subraya la importancia de un *effective Compliance and Ethics Program*, como criterio fundamental a la hora de evaluar la responsabilidad de la organización -8 B21-. Justamente, esto pone en crisis la idea de adoptar un mero sistema cosmético, que pretenda sostener una reputación empresarial inconsistente o cumplir solo formalmente con exigencias regulatorias, evitando así el efectivo control estatal.

La reacción de la empresa frente a comportamientos lesivos es objeto de análisis especial —Part B1.1 y B1.2— que se focaliza en las víctimas y la necesaria reparación de daños. Este punto se muestra, junto con el *self reporting*, como sustancial, de cara a la posible concesión de una *probation* o reducción de la sanción. A esto se suma la colaboración con las autoridades y el propio reconocimiento de la ilicitud de lo actuado. En esa vía el tipo de violación cometido pesa en la determinación de las sanciones, sobre todo si se trata de la desatención de una orden de naturaleza judicial.

La adopción de *due diligence* en la actuación de la organización, el compromiso de la alta dirección —*high level*— en el control y respeto por los programas y procesos es tenido especialmente en consideración, pues si se verifica tolerancia o intervención en los ilícitos, esto agrava la responsabilidad de la empresa —v.gr. 8 C2.5—. Es más, la reiteración de esas situaciones es un indicador de peso para resolver las consecuencias jurídicas a aplicar y las sanciones pecuniarias a atribuir —8 C1, 8 C2 y 8 C2.4—.

VII. Epílogo

Del análisis precedente surgen algunas conclusiones que parece oportuno destacar:

a) La legislación nacional sobre la responsabilidad denominada “penal” de las personas jurídicas presenta una configuración mixta, ya que por un lado es posible identificar un proceso de transferencia de responsabilidad desde la persona humana a la organización, pero, por otro lado, se infiere de la comprensión sistemática de la norma una *ratio* propia en aquella que habilita imponer consecuencias jurídicas a la empresa, caracterizadas como sanciones.

b) Esa *ratio* que fundamentaría la responsabilidad se presenta a través de un deficiente estado de cosas, organización o gestión de la empresa favorecedores de los comportamientos criminales de sus agentes. La noción de tolerancia, una cultura que se presente como criminógena y

la obtención de beneficios, son indicadores de esa situación que ha de identificarse frente a los ilícitos de las personas humanas vinculadas a la organización.

c) Estos aspectos son los que llevan a contemplar la promoción de Programas de Integridad, incorporados a un mecanismo de *compliance*, que tiene como aspectos indisponibles un código de ética y la formulación de protocolos de control y vigilancia que disciplinen deberes e incumbencias que constituyan una cultura propia de la organización frente a los riesgos concretos —específicos— que afronta la actividad en particular.

d) Esos programas, además, operan como un dispositivo que, bajo ciertas circunstancias —*selfreporting*, reparación del daño, idoneidad del sistema— permite exonerar de responsabilidad a la empresa, sin perjuicio de la que corresponda a la persona humana.

e) El relevamiento dentro del derecho comparado de los programas de *compliance* pone en evidencia la importancia asignada a la *due diligence* como carga impuesta a la organización en sus intercambios con terceros, de modo tal que en la *praxis* desfigura el peso otorgado habitualmente al principio de confianza.

f) Los canales de información o *whistleblowing* aparecen señalados como un instrumento de notoria utilidad a los fines de controlar y vigilar la actuación de los agentes que componen la estructura de la empresa.

g) Los deberes, incumbencias, funciones y protocolos que forman parte del *compliance* actúan en la instancia de investigación y de imputación, como estándares, criterios y mecanismos aptos para señalar el ámbito de creación de riesgos jurídicamente desaprobados dentro de la estructura —imputación objetiva— y, al mismo tiempo, en virtud de las exigencias de información, comunicación y aprendizaje dirigido a las personas humanas que obran en la empresa, facilita la inferencia de un actuar doloso —con conocimiento— de los agentes comprometidos en el hecho. ♦

INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

POR RAFAEL M. MANÓVIL (*)

I. Justificación del tema de esta comunicación (**)

La historia del reconocimiento de la calidad de sujeto del derecho a entidades ideales distintas de las personas naturales, particularmente de entidades privadas, se extiende a lo largo de siglos (1). Pero una vez instalado el concepto de persona jurídica en la generalidad del derecho universal (2), su uso para los más diversos fines, caracterizado por la se-

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 28 de octubre de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) De ciertos remotos antecedentes del Derecho Romano derivó el concepto de corporación que, a la caída del Imperio, se diluyó durante buena parte de la Edad Media. Sin embargo, existieron unidades patrimoniales separadas, tratadas como persona ficta o como *repraesentata*. Puede verse SAVIGNY, Karl Friedrich, "System des heutigen römischen Rechts", t. II, (1840); SCHNORR von CAROLSFELD, Ludwig, *Geschichte der juristischen Person* (1933) y SCHNITZER, Helmut, "Die juristische Person in der Kodifikationsgeschichte des ABGB", en *Festschrift für Walter Wilburg* (1965), citados por WIEDERMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht*, Ed. C.H. Beck, München, 1980. 191. En particular sobre el origen y la evolución de la persona ficta, DE CASTRO y BRAVO, Federico, "La persona jurídica", Ed. Civitas, Madrid, 1981, ps. 144/64. Para una excelente exposición sobre la persona jurídica, su carácter y su historia CAPUTO, Leandro J., "Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria", Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 1/86 y sus citas.

(2) El comienzo de la historia moderna de la personalidad de los entes ideales comienza a fines del siglo XVII con DOMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, de 1689), que por primera vez coloca a la corporación en el ámbito y la sistemática de las personas, y con PUFFENDORF (*De jure naturae et gentium*, libro octo, de 1672), que acuña el concepto de persona moral (aunque Grocio ya había usado un concepto similar), en el que, en calidad de sujetos de derecho, incluye tanto a las personas naturales como a las ideales. Un siglo después Gustav HUGO (*Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, de 1798) propone la expresión persona ju-

paración de las esferas patrimoniales, de funcionalidad y de actuación de la persona jurídica respecto de sus miembros, ha tenido un crecimiento geométrico. No parece ya necesario explicar la inmensa utilidad de la personificación de entidades que interactúan en la vida económica, en las actividades civiles, comunitarias, solidarias, benéficas, etc.: la observación de la realidad proporciona la evidencia de que es así.

Ya en la primera parte del siglo XIX, sin embargo, se produjeron casos en los cuales, por razones de equidad, los jueces, principalmente de los Estados Unidos, dieron soluciones que se apartaron del reconocimiento de la separación entre persona jurídica y sus integrantes. A partir de esos lejanos antecedentes, y particularmente con el crecimiento cuantitativo de las personas jurídicas, no solo se fueron multiplicando los fallos en la jurisprudencia de los Estados Unidos, sino también comenzaron a darse casos en países del derecho continental. A mediados del siglo XX comienzan a intensificarse los desarrollos teóricos y doctrinarios, particularmente en el derecho alemán. De estos, a su vez, derivan nuevas líneas jurisprudenciales e intentos de sistematización que, en nuestro país, llegaron a culminar con el dictado de la primera norma del derecho positivo universal sobre el punto.

Desde entonces, el peligro del mal uso, del uso desviado o del uso inequitativo de la persona jurídica, para el cual se desarrollaron remedios como el *corrimento del velo*, la desestimación o la inoponibilidad de la personalidad jurídica, tuvo su creciente paralelo con el equiparable peligro de que un remedio creado para resolver casos excepcionales fuera usado en forma cada vez menos rigurosa, convirtiendo la excepción en regla.

Sobre este peligro advertía Antonio Polo en el prólogo a la traducción española de la clásica obra de Rolf Serick, cuando decía que “cuando el derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas, el daño que resulta de no respetar aquellas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga” (3).

rídica, que se divulga rápidamente en el ámbito del derecho germánico y de allí pasa a varios países latinos. Sobre estos temas, DE CASTRO y BRAVO, Federico, “La persona jurídica”, Ed. Civitas, Madrid, 1981, ps. 164/7; y WIEDEMANN, Herbert, “Gesellschaftsrecht”, C.H. Beck, München, 1980, p. 191.

(3) POLO, Antonio, prólogo a Rolf SERICK, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, Trad. del alemán de José Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958, p. 18.

Estas palabras concitaron la reacción de algunos autores enrolados en la tesis del uso expansivo de este instrumento, sobre la base de presumir de que las conductas están dirigidas al fraude hasta que se demuestre lo contrario. De tanto en tanto, confiesan su desconfianza esencial respecto de las personas jurídicas, en especial de las sociedades, y su rechazo a la limitación de la responsabilidad de sus miembros (4). No es propósito de esta comunicación polemizar ni tratar de rebatir esas posturas extremas, pero sí tratar de volver a reflexionar sobre el instituto, especialmente a la luz de la novedad legislativa producida al respecto con la sanción del Código Civil y Comercial.

Como es sabido, siguiendo en ello al Proyecto de 1998, el Código Civil y Comercial incorpora un Título II al su Libro I, destinado a la *Persona Jurídica*. El Capítulo 1 trae una Parte General, en el marco de cuya Sección 1^a, antes aun de establecer la clasificación de las personas jurídicas y de enumerarlas, con alcance para todas ellas, el art. 144 reproduce el instituto reglado desde la reforma de 1983 en el tercer párrafo del art. 54 de la Ley General de Sociedades. Resalto que el Proyecto de Unificación de 1998 no proponía una disposición semejante.

Fundamentalmente en dos aspectos, el texto de la nueva norma se inspira en la propuesta de modificación al art. 54 de la LGS proyectada en 2003 por la comisión ministerial integrada por los Dres. Jaime Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl A. Etcheverry. El primero es que, refiriéndose a la actuación de la sociedad, suprime la expresión “que encubra” para reemplazarla por “que esté destinada a”, evitando así el equívoco que supondría aplicar la inoponibilidad solo cuando la actuación incriminada hubiera sido oculta, pero no cuando esa actuación hubiera sido aparente (5). El segundo consiste en establecer, como lo hace la ley uruguaya de 1989, que la aplicación de la inoponibilidad no podrá afectar los derechos de terceros de buena fe, solución esta sobre la que se volverá más adelante.

(4) Como ejemplo de esta concepción, véase el reciente artículo de NISSEN, Ricardo A., “La naturalización de las anomalías societarias”, LA LEY 01/10/2021, 1, y muchos otros del mismo autor en la misma línea, entre otros, La inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades como ícono del dogmatismo societario. Algunas reflexiones sobre la aplicación del artículo 54 último párrafo de la ley 19.550 a las sociedades por acciones (SAS), Revista de las Sociedades y Concursos, Año 20, 2019-3, ps. 9/17.

(5) Despejar el equívoco es útil, aunque, como se ha señalado, aún con el texto vigente esa interpretación sería absurda (BARREIRO, Marcelo, “La inoponibilidad societaria en el anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades”, JA, 2004-III- 94). Para comentarios sobre este proyecto, ver también LÓPEZ RAFFO, Francisco M., “La inoponibilidad de la personalidad societaria según el Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales”, ED, t. 214, ps. 830/7.

Por lo demás, el art. 144 contiene algunas torpezas propias de usar una norma prevista para las sociedades comerciales, tratando de extenderla a personas jurídicas distintas en su naturaleza y en su elemento causal, como lo son las asociaciones civiles, las fundaciones, las mutuales, las comunidades o entidades religiosas y hasta el consorcio de propiedad horizontal, por no citar a las personas jurídicas públicas (6).

Así, además de incompleta es inadecuada la enumeración de los sujetos pasivos de la imputación de la actuación, cuando la norma enuncia que ello será “a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible”. Mencionar a los socios es superfluo para los de las sociedades, porque a estas, de proceder, se les aplicará lo dispuesto en el art. 54 de la LGS (7). Con la palabra *miembros* debería abarcarse a quienes integran una fundación (fundadores, consejeros), un consorcio de propietarios (copropietarios), una comunidad religiosa, etc., pero no les sienta con exactitud a ninguno de ellos.

El mayor error conceptual anida en la referencia a sus controlantes directos o indirectos. El del control es un fenómeno exclusivamente societario, solo predicable respecto del que es ejercido sobre sociedades, y ni siquiera sobre todos los tipos (8). El control definido en el art. 33 de la LGC describe una situación que permite ejercer un poder orgánico (9) dominante sobre el sujeto dependiente, es decir, permite formar la voluntad social desde fuera de la sociedad. Por sus propias estructuras, no

(6) Sobre estas la aplicación a estas últimas, remito a RICHARD, Efraín H. y PALAZZO, José Luis, “El artículo 144 del Código Civil y Comercial. Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, LA LEY, 2016-B, 850.

(7) Recuérdese que el art. 150 del Cód. Civ. y Com. establece que “las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código”. Cfme.: VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades unipersonales en el derecho privado”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, p. 178 y ss. No obstante, pretendiendo una interpretación integradora, BOQUÍN, Gabriela F., Inoponibilidad de la persona jurídica: Código Civil y Comercial y ley 19.550, Revista de las Sociedades y Concursos, Año 17 2016-1, ps. 97/101. En sentido parecido, JUNYENT BAS, Francisco - JUNYENT BAS de SANDOVAL, Beatriz, “La inoponibilidad de la persona jurídica a la luz del artículo 144 del Código Civil y Comercial”, ED, t. 275, ps. 465/73.

(8) Al respecto me remito a MANÓVIL, Rafael Mariano, “Grupos de sociedades en el derecho comparado”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 357/60.

(9) Dejo de lado el hecho, que considero criticable, de la inclusión en esa norma del llamado control externo de hecho, o sea el establecido por “especiales vínculos”, principalmente contractuales, porque se trata de un fenómeno contractual, regido por el derecho común, y no de la afectación, real o potencial, de la formación orgánica de la voluntad de la persona jurídica societaria.

aplica a una cooperativa, a una mutual o a una asociación civil, donde rige el principio de un voto por cada socio o asociado, y otro tanto ocurre en las comunidades religiosas. Tampoco es compatible con la noción de control el poder ejercido en una fundación por su consejo de administración. Los consejeros, lo mismo que los administradores de cualquier sujeto de derecho, tienen su propio régimen de competencia, facultades, obligaciones y responsabilidades. Carece de sentido hablar de control de una fundación.

Tampoco cuadra el término respecto de un consorcio de propiedad horizontal. Puede darse el caso, por supuesto, de que una sola persona sea titular de la proporción mayoritaria de la superficie y también de la mayoría numérica de unidades (art. 2060, CCyC). Pero eso no la erige en *controlante*. En todo el derecho comparado las reglas especiales en materia de *control* están vinculadas a la prevención de conflictos de intereses empresarios entre controlante y sociedad controlada, que la primera tiene el poder de decidir en favor de sus propios intereses empresarios (10). Un consorcio de propiedad horizontal no realiza actividad productiva alguna: se limita a administrar los sectores comunes y el conjunto inmobiliario que lo conforma.

El art. 144 del CCyC incurre en una incongruencia adicional al duplicar el régimen de responsabilidad. Por una parte repite el último tramo del actual art. 54, tercer párrafo, de la LGC, que establece que quienes hicieron posible la actuación que da lugar a la inoponibilidad “responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”. Por la otra, incorpora íntegro el párrafo del Proyecto de 2003 —el que hace prevalecer los derechos de terceros de buena fe— que dispone que ello es “sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”. No se tuvo en cuenta que, en la fuente, esta disposición reemplazaba al texto vigente y, separando la responsabilidad de la imputación de la relación jurídica, establecía la de quienes hubieran generado la situación dañosa, ampliando así el elenco de los sujetos pasivos al abarcar a todos quienes hubieran intervenido, no solo a los socios o controlantes.

La metodología de trabajo empleada para la confección del Código Civil y Comercial, y la presión del tiempo impuesto por el poder político fueron, sin duda, la causa de que no haya habido la oportunidad de debates

(10) Por ello, el párrafo 15 del AktG alemán de 1965 define la relación de control o dominación calificando al sujeto dominante, cualquiera sea su naturaleza, como empresa. Así lo diferencia del simple accionista mayoritario.

y análisis más profundos sobre la conveniencia de incluir esta disposición y, en su caso, la de una revisión minuciosa de su contenido y alcance.

En mi opinión, la disposición era innecesaria (11) y resultó defectuosa. De todos modos, la sanción de esta norma ha hecho proclamar a algún autor que ello habría erigido al instrumento de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en *principio general del derecho* (12), a ser utilizada en forma amplia y sin atención estricta a los recaudos exigidos por la ley.

(11) Si la jurisprudencia anterior a 1983, y aun la anterior a la entrada en vigencia de la Ley de Sociedades en 1972, pudo construir el instrumento de la desestimación o inoponibilidad de la personalidad, tanto más puede hacerlo respecto de personas jurídicas no societarias contando con una norma como el art. 54, tercer párrafo, LGS, que puede ser aplicada por analogía (Cód. Civ. y Com., art. 2º). Ya en 1971 lo hizo así la Cámara de Civil respecto de una asociación civil sindical en el caso S.U.P.A. s. Concurso. El Sindicato Único Portuarios Argentinos se hallaba en concurso civil, y su actuación fue continuada por un Sindicato Unidos Portuarios Argentinos. Para extender los efectos del concurso civil a esta última, se dijo allí que “puede desestimarse la forma de la persona jurídica cuando por medio de la misma se eluden obligaciones contraídas por otra de la que es transformación. Aun cuando desde el punto de vista formal la nueva persona jurídica sea distinta de la disuelta, ambas pueden considerarse idénticas si la disolución y la nueva fundación fueron realizadas con el fin de liberar a la sociedad de una obligación incómoda. (...) Importaría un grave precedente admitir que un gremio mal administrado y controlado pueda abandonarse por sus asociados en forma masiva para suplantarlos por otro que en su mismo ámbito —o en uno menor— cumpla idénticos fines, burlando sin posibilidad de amparo legal a quienes le han otorgado crédito” (CNCiv., sala D, 16/03/71, JA 9-1971-410).

(12) MARTORELL, Ernesto E., “La inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Responsabilidad por uso disfuncional de la sociedad”, LA LEY, 2014-F, 993, y también en “Hacia un nuevo derecho societario pospandemia. Graves errores pasados y desafíos de la hora”, LA LEY, 2020-E, 949, con invocación de LORENZETTI, Ricardo L., “Presentación del Proyecto, en Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, p. VI. Sin embargo, en los Fundamentos con los que la Comisión Redactora acompañó el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, se lee un criterio distinto: “Rige además la desestimación, prescindencia, inoponibilidad, etcétera, de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación”, explicándose luego que debe extenderse a cualquier persona jurídica, “lo cual fundamenta la previsión del instituto en un sistema general”. Algo parecido dicen GULMINELLI, Ricardo L., “La inoponibilidad de la personalidad jurídica”, LA LEY, 2016-C, 988 y BORDA, Guillermo J., “La recepción generalizada de la teoría de la inoponibilidad (A propósito del artículo 144 del Código Civil y Comercial)”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015-2, ps. 110/2. En contra de la pretensión de elevar la inoponibilidad a principio, con respaldo en jurisprudencia de la Corte Suprema (fallos Aguinda Salazar c. Chevron Corporation, 4.6.2013, LA LEY, 2013-C, 522 y Asociación Superficialarios de la Patagonia c YPF SA, 30/12/2014), CROVI, Luis Daniel, “La parte general de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. 2015-2, p. 16.

Este estado de cosas justifica las reflexiones y el análisis sobre este relevante instrumento del derecho, que abre el ingreso al campo de los *límites* al reconocimiento de la personalidad jurídica o, en otros términos, en el de la *superación o relativización* (13) de la personalidad (14).

II. Desestimación, penetración, levantamiento del velo o inoponibilidad

II.1. Introducción

Cualquiera sea el nombre que se dé al instituto [penetración, prescindencia, desestimación (15), *corrimiento del velo*, redhibición, inoponibi-

(13) Se debate en la doctrina sobre el uso de la expresión “relativización”. Pero debe aceptarse que, particularmente en materia de grupos de sociedades, es indudable que, como dice Behrens, existe “una relativización de la independencia de las personas jurídicas frente a su titular, y de ello deriva, al mismo tiempo, la relatividad de unidad y pluralidad en el grupo” (BEHRENS, Peter, “Der Durchgriff über die Grenze”, en *Rabels Zeitschrift*, Año 46, p. 310). La escuela del análisis económico del derecho encuentra esta relativización de la persona jurídica no solo en la apreciación jurídico-dogmática de los límites del reconocimiento de la personalidad, sino también en su enfoque económico. Al respecto, LEHMANN, Michael, “Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts und Konzernrecht”, en *ZGR*, Año 15, 1986, Nº 3, p. 347 y citas en nota 17, quien llega a afirmar, incluso, que “debe investigarse hasta dónde y hasta cuándo una economía social, sustentada en la competencia, debería mantener la ficción de la persona jurídica sin consideración a su integración a un grupo, sin que esa construcción comience a convertirse en dañosa para el bien común” (ibidem, ps. 247/8).

(14) Este campo no se abrió solo en los derechos nacionales, sino que también provocó un pronunciamiento del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya cuando declaró que la personalidad jurídica no puede ser considerada como un absoluto (Fallo del 5.2.70. en el caso *Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd.* (formalmente, *Bélgica c. España*, publicado en *ED*, T. 48, p. 1005). Se trataba de un pedido de protección diplomática planteado por el gobierno belga contra el gobierno de España respecto de ciudadanos belgas que eran los accionistas principales (88 % del capital) de la compañía canadiense que da nombre al caso. El reclamo fue rechazado, pero no por otorgar rigidez al formalismo del lugar de origen de la sociedad en la atribución del interés nacional en formular el reclamo. Para referencias a otros casos de desestimación de la personalidad, resueltos en el ámbito de la Comunidad Europea, HÜBNER, Ulrich, “Der Durchgriff bei juristischen Personen im europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrecht”, en *Juristenzeitung*, Mohr, Tübingen, 1978, ps. 705/8.

(15) En la doctrina argentina se ha distinguido el concepto de penetración del de desestimación: “La penetración es una superación de la forma jurídica persona adoptada por la pluralidad organizada en unidad, es un levantar el velo de la personalidad, un mirar dentro de ella para atender a sus realidades internas y a la que es propia de quienes conforman o disponen de la voluntad que la ley le asigna. La penetración se efectúa ya normativamente, mediante una disposición legal... bien mediante la acción

lidad, etc.], se trata de la no aplicación del principio de separación de la persona jurídica en alguno de sus aspectos o efectos. O sea, versa sobre la restricción de la norma de separación y, por vía de interpretación, de analogía o de prevalencia de otros principios, de su sustitución por otra norma. Es importante subrayar este preciso punto del problema. No se trata de afectar a la totalidad de la personalidad jurídica: al derecho le interesa solo el efecto concreto necesario para efectuar la correcta imputación de la relación jurídica de la que se trate, mientras que la persona jurídica subsiste con todas sus demás características de sujeto de derecho, ello a todos los demás efectos. Como lo ha descripto un autor alemán, “la penetración le niega a la sociedad su posición propia como centro de imputación, o, contrariando la restricción legal en materia de imputación, le atribuye la actuación del socio (o viceversa). Esto ocurre en consideración a la finalidad de la propia norma objeto de la limitación, para preservar el instituto jurídico al que pertenece la norma en razón de la prevalencia material de otra norma de derecho de igual rango formal, o para la preservación de un principio de ética jurídica de mayor significación” (16).

Nos hallamos, pues, ante un problema de ponderaciones y de valores. Ello hace que, ante la ausencia de normas positivas como las del derecho argentino, las exposiciones que se hicieron en el derecho comparado tropiecen con dificultades de sistematización. Las del derecho norteamericano, cuna de abundante jurisprudencia que dejó sin efecto los límites de la personalidad corporativa, tropiezan con su resistencia a la abstracción y a los conceptos: omitiré tratarlos en este lugar (17). Las del derecho conti-

jurisdiccional que resuelve el caso concreto desestimándola y juzgando... En ambos casos media, en nuestra opinión, penetración de la persona, aunque sea distinto su fundamento, régimen y efecto; pero solo en el segundo caso puede hablarse de desestimación” (SUÁREZ ANZORENA, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, Cap. III de Cuadernos de Derecho Societario (Zaldívar y otros), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, t.I., p. 157).

(16) REHBINDER, Eckard, “Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht (eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht)”, Verlag Gehlen, Bad Homburg v.d.H. Berlin-Zürich, 1969, p. 107, y también en “Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht”, en Festschrift für Robert Fischer, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, ps. 580/1.

(17) Remito al muy completo análisis de DOBSON, Juan M., El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado), Depalma, Buenos Aires, 1991. Se suele citar como primer intento de sistematización de la jurisprudencia de los Estados Unidos el de WORMSNER, Piercing the Veil of the Corporate Entity, en la Columbia Law Review de 1912, p. 496. La evolución del derecho norteamericano en el punto se puede dividir en etapas conceptuales, no necesariamente delimitadas con claridad. En su formulación tradicional, la jurisprudencia de la desestimación o corrimiento del velo (piercing the veil) se aplicó a casos de sociedades con accionistas personas físicas que eran

mental europeo, caen con frecuencia en el defecto inverso. A esto se suma la heterogeneidad de los supuestos a los cuales cabe la aplicación de límites a la personalidad jurídica o a sus efectos, lo cual, precisamente en el terreno de los efectos, genera una gran dispersión de resultados. Además, muchos casos que aparecen resueltos con invocación de la doctrina de la desestimación son, en realidad, aplicación de otros principios del derecho positivo, o pudieron haberse resuelto de igual manera utilizándolos. Es así que en la mayor parte del derecho comparado se recurre a una doctrina directamente derivada de la *equidad*, sin contornos precisos.

El caso más frecuente, que es también el que suelen visualizar quienes escriben sobre el tema, es el de la extensión de responsabilidad por obligaciones sociales a quienes están detrás de la sociedad. Pero está lejos de ser el único. También se ha aplicado el remedio para calificar la nacionalidad de una sociedad en función de la de sus socios a determinados efectos de interés público; el ocultamiento de patrimonio en relaciones familiares, o en fraude a los acreedores; la extensión de los efectos de una obligación de no hacer, o de la obligación de cumplir una prestación en especie; la compensación de créditos y deudas entre un tercero por una parte, y sociedad y socio por la otra, etc. La variedad de situaciones ha hecho difícil en el derecho comparado predicar principios o atribuir efectos uniformes para todos los supuestos.

A mediados de la década del cincuenta del siglo XX se comenzó en el derecho continental a intentar una sistematización doctrinaria de la desestimación de la personalidad con el propósito de superar la juris-

mayoritarios en todas ellas, en los cuales, mantener la separación jurídica y patrimonial resultaba una notoria injusticia. En la década del treinta, en cambio, se fueron delineando pautas o standards de aplicación, entre los cuales uno de singular importancia es el relativo al ejercicio efectivo e intenso del control, como elemento diferenciante de la sola tenencia de la mayoría: en el fallo *Lowendahl v. Baltimore & ORR* se habla de “la completa dominación, no solo de las finanzas, sino también de la política y de la práctica de los negocios respecto de la transacción atacada, de modo tal que la entidad corporativa no haya tenido en ese momento una voluntad separada ni existencia propia” (Publicado en 247 AD 144, 157, 287 NYS 62, 76, y su confirmación en 272 NY 360, 6 NE 2d 56, Año 1936). En otra serie de fallos, se fueron adicionando conceptos como los de actuación fraudulenta, contraria a derecho, moralmente reprochable o esencialmente inadecuada. La falta de cumplimiento de las formalidades de funcionamiento de la sociedad fue también un elemento importante, porque podía implicar una calificación como mera división o parte, o como agente (representante), alter ego, títore o instrumento del sujeto o sociedad controlante. Un análisis más reciente de la doctrina judicial de los Estados Unidos, particularmente referida a supuestos societarios, en GEVURTZ, Franklin, “Report on the United States”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 211/19.

prudencia que la aplicó usando a veces muletillas ambiguas, como la necesidad de tomar en cuenta “la realidad de la vida, el poder de los hechos y las necesidades económicas” (18). De esos años son las obras de Reinhardt (19), Serick (20), Drobnig (21) y Müller-Freienfels (22), comentarista crítico de la obra de Serick. Tanto estos desarrollos como los que les siguieron coinciden en ciertos presupuestos básicos: el rechazo al uso indiscriminado de la equidad para la solución de los casos concretos, la concepción de la persona jurídica como realidad normativa y la relativización del postulado que vincula ejercicio de poder con la responsabilidad de quien lo ejerce (“keine Herrschaft ohne Haftung”) (23), en tanto se lo entienda como negación de la limitación o exclusión de responsabilidad de los socios en los tipos que la admiten (24).

(18) En Alemania RGZ, T. 99, p. 232, T. 129, p. 5 y T. 156, p. 277, citados por WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht*, Ed. C.H. Beck, München, 1980, p. 219).

(19) REINHARDT, R., “Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft”, en *Festschrift für H. Lehmann*, T. II, (1956), citado por LEHMANN, Michael, *Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht*, en ZGR, Año 15, 1986, N° 3, p. 365 p. 576. Para un comentario de la posición de Reinhardt, SCHANZE, Erich, “Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung”, Metzner Verl., Frankfurt, 1975, p. 63.

(20) SERICK, Rolf, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica” (1954, traducción de José Puig Brutau Ariel, Barcelona, 1958), y también “Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen - Unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen”, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe (Cuaderno 42)*, Ed. C. F. Müller Karlsruhe, (1959).

(21) DROBNIG, Ulrich, “Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften”, Metzner Verlag, Stuttgart, 1959.

(22) MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, “Zur Lehre vom sogenannten “Durchgriff” bei juristischen Personen im Privatrecht”, en *Archiv für die Civilistische Praxis*, 1957, ps. 522/44.

(23) Para una posición severamente crítica de este principio, FERNÁNDEZ de la GÁNDARA, Luis, “La atipicidad en derecho de sociedades”, *Pórtico*, Zaragoza, 1977, ps. 453/62.

(24) Así REHBINDER, Eckard, “Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht”, Verlag Gehlen, Bad Homburg v.d.H. Berlin-Zürich, 1969, p. 92; DROBNIG, Ulrich, “Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften”, Metzner Verlag, Stuttgart, 1959, ps. 38 y ss.; MESTMÄCKER, Ernst Joachim, “Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre (Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach Deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten)”, C.F. Müller, Karlsruhe, 1958, ps. 25 y ss.

II.2. La doctrina del abuso de la personalidad en Alemania

Serick elaboró la doctrina del abuso subjetivo de la personalidad. La jurisprudencia del BGH alemán aplicó este criterio a poco de la aparición de su obra, en un fallo en el que estableció que, “como principio, debe agregarse un aspecto subjetivo que caracterice la conducta del socio que invoca la independencia de una SRL, como violatoria de la buena fe o contraria a las buenas costumbres” (25). Pero esa jurisprudencia fue pronto dejada de lado y sustituida por criterios objetivos vinculados con el uso de la persona jurídica en contradicción con su finalidad o contraria al derecho (26).

Contra lo que suele ser la opinión generalizada, Serick, al insistir en la constatación del elemento subjetivo del abuso de la personalidad para admitir su penetración, y al rechazar las doctrinas puramente objetivas, expuso una posición rigurosamente restrictiva y moderadora en su aplicación (27). Tanto es ello así, que en su segundo y menos conocido trabajo sobre el tema concluye haciendo literalmente suyas las prevenciones del prólogo de Antonio Polo a la traducción española de *Apariencia y realidad...* (28). En síntesis, Serick sostiene que:

(i) El juez puede prescindir de la separación entre sociedad y socio para impedir un resultado antijurídico, cuando la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva. El abuso se configura cuando la persona jurídica sirve o ayuda para “burlar la ley, quebrantar obligacio-

(25) Así en el fallo del BGH publicado en WM, 1958, p. 460, citado por WIEDEMANN, Herbert, “Gesellschaftsrecht”, C.H. Beck, München, 1980, p. 219, nota 1. Un año más tarde (sentencia del 9.12.58), en un caso referido a suscriptores de planes de ahorro y préstamo para la adquisición de automóviles Volkswagen, en el que se pretendió responsabilizar a la fábrica (socia única de la sociedad de ahorro), el BGH extendió su doctrina y dijo que “el principio de que debe respetarse la diversidad jurídica de la GmbH y su socio único, solo excepcionalmente puede dejarse de lado. Por ello, para no considerar esa diversidad jurídica, deberá tratarse de una grave violación de la buena fe (Treu und Glauben). Tal vez, este podría ser el caso cuando (y hasta el punto en que) la demandada con sus acciones hubiera despertado en el ahorrista la convicción de que ella cumpliría con los contratos de compraventa, y siempre que tales ahorristas hubieran sido impelidos por esas acciones a adoptar decisiones” (citado por SERICK, Rolf, “Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen. Unter Berücksichtigung von Organschafts und Konzernverhältnissen”, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe (Cuaderno 42), C. F. Müller Karlsruhe, 1959, p. 24).

(26) WIEDEMANN, Herbert, “Gesellschaftsrecht”, C.H. Beck, München, 1980, p. 219.

(27) SERICK, Rolf, “Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen. Unter Berücksichtigung von Organschafts und Konzernverhältnissen”, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe (Cuaderno 42), Ed. C. F. Müller Karlsruhe, 1959, p. 26.

(28) *Ibíd.*, p. 33.

nes contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros” (29). Esto se evita “si se aparta la forma de la persona jurídica y se adoptan medidas que penetren hasta los hombres que se hallan detrás de la misma” (30). Debe mediar mala fe, porque, de lo contrario, en Alemania, por falta de sustento normativo, no cabe aplicar el instituto (31). En cuanto a los efectos de la penetración, se determinan “según la peculiaridad de cada caso concreto” (32).

(ii) No puede descartarse la forma de la persona jurídica por el solo hecho de no poderse lograr la finalidad de una norma o de un negocio jurídico, excepto “cuando se trate de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni siquiera de manera indirecta” (33).

(iii) Las normas referidas a calidades o capacidades humanas deben aplicarse también a las personas jurídicas, “cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas” y “en este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma” (34). El propio Serick señala que aquí “la penetración tiene un carácter diferente. No se trata de la identificación entre la persona jurídica y los socios, ni de una equiparación entre estos y el patrimonio de la sociedad,

(29) SERICK, Rolf, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, trad. del alemán de José Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958, ps. 241/2.

(30) *Ibíd.*, p. 243.

(31) *Ibíd.*, ps. 123/4 y 244.

(32) *Ibíd.*, p. 245.

(33) *Ibíd.*, p. 246..

(34) *Ibíd.*, ps. 251/2. Con ello, se refiere al traslado de la calificación (v.gr., de enemigo, o la nacionalidad) de los socios a la sociedad. Otro ejemplo es el del parentesco en relación a la celebración de negocios impugnables en la quiebra cuando son entre parientes, o al voto en un concurso preventivo: en estos supuestos debe tomarse por pariente a la sociedad dominada por ese pariente. En estos supuestos, como cuestión previa, debe averiguarse si la norma es de aquellas que, por su finalidad, también están destinadas a las personas jurídicas. Antes de aplicarlas (v.gr., una calificación de enemigo) la persona jurídica “debe penetrarse hasta los hombres que la integran para conocer sus cualidades” y, recién así, decidir si corresponde aplicar la norma particular en consideración a la persona jurídica. Sin embargo, al acoplar determinadas normas a la persona jurídica por razones que hacen a la finalidad de aquellas, prescinde de los aspectos subjetivos de la conducta de las personas involucradas: la condición de enemigo que califique a los socios de la sociedad puede resultar del orden natural de su actuación y no de una predeterminación de aquellos, pero no por ello se dejará de penetrar la personalidad jurídica de la sociedad.

sino simplemente de una transferencia de calidades o capacidades de los socios a la persona jurídica” (35).

(iv) Cuando la forma jurídica es empleada para ocultar la identidad de las personas que intervienen en el acto, la personalidad debe descartarse si la norma aplicable presupone necesariamente la efectiva pluralidad de personas (36).

Un autor observó con agudeza que cualquier teoría del abuso es susceptible de ser objetivada: cuando la ley o la doctrina establecen pautas descriptivas de situaciones o conductas que importan definir supuestos en que se utiliza la persona jurídica de modo contrario a su finalidad, desaparece todo elemento intencional como presupuesto para la desestimación (37). Esto explica que se haya formulado una doctrina del abuso objetivo de la personalidad. En algún antiguo fallo del BGH se desarrolló precisamente este concepto: “la figura jurídica de la persona jurídica no puede ser aplicada en la medida que su utilización contradiga a la finalidad del ordenamiento jurídico” (38). Esta doctrina fue la que volvió a prevalecer en la jurisprudencia del BGH luego de los fallos que siguieron a Serick, citados más arriba (39).

Lo cierto es que la doctrina de la aplicación objetiva del remedio se construyó a partir de la observación de que requerir el ingrediente subjetivo importaba restringir el campo de aplicación del instituto y de que, si media un factor subjetivo, aplica la genérica obligación de indemnizar daños intencionales. Serick replicó señalando que el propósito distintivo de la penetración de la personalidad no consiste en generar una acción indemnizatoria, sino que el objeto es que “la acción misma [sea] dirigida al verdadero deudor” (40).

(35) *Ibidem*, p. 256.

(36) *Ibidem*, p. 256. Este caso se presentaría en supuestos de incompatibilidades eludidas por la interposición de una sociedad, como la del juez que dicta sentencia en causa propia, el tutor que contrata con su pupilo, etc.

(37) SCHMIDT, Karsten, “Gesellschaftsrecht”, Carl Heymanns Verl., Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, 4ª ed., p. 222.

(38) Publicado en BGHZ, T. 20, ps. 4 y sigtes, citado por SERICK, Rolf, “Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen - Unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen”, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe (Cuaderno 42), C. F. Müller Karlsruhe, 1959, p. 17, y por SCHMIDT en el lugar citado en la nota anterior.

(39) Así los publicados en BGHZ, T. 42, p. 226, T. 31, p. 258 y T. 68, p. 312, citados por WIEDEMANN, Herbert, “Gesellschaftsrecht”, C.H. Beck, München, 1980, p. 219.

(40) SERICK, Rolf, “Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen - Unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen”, Juristische Studiengesellschaft

Por mi parte, opino que la objetivación de los presupuestos de la desestimación quita al instituto todo carácter sancionatorio y lo torna aplicable a las situaciones que objetivamente lo ameritan.

II.3. Las doctrinas llamadas de “la adecuada aplicación de las normas” o de la finalidad normativa

En su reseña crítica de la obra de Serick, Müller-Freienfels expuso la doctrina de la adecuada aplicación de las normas (41). El punto de partida de esta tesis se apoya en el concepto de persona jurídica como una “abreviación constructiva”, enunciada por Wolff (42). Para esta doctrina, la problemática que se intenta resolver con la desestimación no admite una solución generalizada y unitaria a partir de la persona jurídica, sino que, en cada supuesto, se estará ante un problema de aplicabilidad adecuada de las normas. El hecho de que se halle involucrada una persona jurídica no hace que el conflicto concreto sea un problema de la persona jurídica en sí misma (43), sino de su actuación externa. En lugar, entonces, de plantearse el tema como una violación del principio de la separación de la persona jurídica respecto de sus miembros, se trata de corregir y adecuar la imputación de las relaciones jurídicas. Decidir si corresponde o no penetrar en la personalidad jurídica debe resultar del “sentido y alcance de la norma concreta en su relación con una determinada unidad de imputación”, y ello en el marco del orden público y de los intereses en juego (44). El enunciado de la doctrina puede resumirse diciendo que “la penetración (*Durchgriff*) es la no aplicación de una norma que ubica su imputación o su encuadre en la persona jurídica. Metodológicamente, se trata en ese caso de una restricción a la norma de separación, a ser llenada por otra norma” (45). La norma cuya aplicación se restringe es la norma abstracta general que abarca todos los presupuestos de la persona jurídica, y la norma cuya aplicación se prio-

chaft Karlsruhe (Cuaderno 42), C. F. Müller Karlsruhe, 1959, p. 24.

(41) MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, “Zur Lehre vom sogenannten “Durchgriff” bei juristischen Personen im Privatrecht”, en *Archiv für die Civilistische Praxis*, 1957, ps. 522/44.

(42) WOLFF, Hans Julius, “Organschaft und juristische Person (1933)”, citado por SCHMIDT, Karsten, “Gesellschaftsrecht”, Carl Heymanns Verl., Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, 4ª ed., p. 223.

(43) MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, ob. cit., p. 100.

(44) *Ibidem*, p. 96.

(45) Así la explica REHBINDER, Eckard, “Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht”, en *Festschrift für Robert Fischer*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, p. 580.

riza es la que, de lo contrario, se vería obstaculizada por la existencia de aquella.

A lo expuesto pueden agregarse otras teorías, como las institucionalistas y las contrarias a la desestimación, que sostienen que las soluciones se hallan en la recta aplicación del derecho común. No me detendré en ellas, porque no aportan al objetivo de esta comunicación. En cambio, mencionaré una atinada observación de Karsten Schmidt: “cuando, con fundamento en la “penetración”, además de la sociedad también se llama a responder a su socio, deberá accionarse contra dos sujetos de derecho, precisamente porque existen dos sujetos. Y porque esto es así, el tribunal solamente podrá condenar a los dos demandados cuando existen fundamentos respecto de ambos” (46).

II.4. Digresión: un cambio conceptual en la jurisprudencia alemana

A partir del año 2002 el BGH abandonó sus tradicionales doctrinas para extender responsabilidades en casos de subcapitalización, confusión patrimonial y ejercicio de dominación intensa (la del *qualifiziert faktischer Konzern*), reemplazándolas por la de la *responsabilidad por destrucción de la existencia (Existenzvernichtungshaftung)* de la empresa, particularmente para supuestos de insolvencia (47). La doctrina ve en ello el abandono de las teorías de la penetración o desestimación propiamente dichas, y su reemplazo por la aplicación directa de las normas sobre responsabilidad por daños (48).

II.5. La desestimación en otros países

La doctrina del *corrimiento del velo* tiene aceptación dispar en otros países. Gran Bretaña es tradicionalmente renuente a desestimar la personalidad, en particular de las sociedades, tanto que la doctrina sentada en un caso excepcional en que se declaró la existencia de una única unidad

(46) SCHMIDT, Karsten, ob. cit., p. 194. La Cám. Civ. y Com. de San Martín, sala II, “ITP Electrónica SRL c. Signs Time SRL”, 02/09/1999, LLBA, 2000, 86) rechazó una demanda de inoponibilidad, porque la sociedad no había sido code-mandada.

(47) MOCK, Sebastian, “National Report on Germany”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 380, con cita del fallo Bremer Vulkan, BGH, 17.9.2001, publicado en BGHZ 149, ps. 10 y 16 y ss.

(48) *Ibidem*, con cita del fallo Trihotel, BGH 16.7.2007, publicado en BGHZ 173, p. 246.

empresaria (49) fue abandonada en los que le siguieron (50) con solo dos excepciones, que dieron lugar a controversia (51).

En Bélgica, el fundamento para superar los límites de la personalidad societaria se limita al abuso de la personalidad moral, mediante la declaración de su la inoponibilidad a quienes sean sus víctimas, en todo o en parte (52). La jurisprudencia es frecuente y abarca diversos casos (53). Pero aclara Van Ommeslaghe que, por una parte, nunca la extensión de responsabilidad se derivó del dato objetivo de la participación preponderante de un accionista ni se debió a los errores de gestión de los administradores elegidos por este y, por la otra, que en la mayoría de los casos se

(49) Voto de Lord Denning en *DHN Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets LBC*, 1976, WLR 852, citado por VALSAN, Remus, Report on the United Kingdom, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 634/5.

(50) *The Albazero*, House of Lords, 1977, AC 774; *Wolfson v. Strathclyde Regional Council*, 1978, SC (HL) 90, 1978 SLT 159; *Adams v. Cape Industries Plc*, 1990, Ch 433, 1990 BCLC 479; *VTB Capital Plc v. Nutritek International Corp*, 2013, UKSC 5, 2013 2 AC 337, todos citados por VALSAN, op. cit, p. 636.

(51) *Antonio Gramsci Shipping Corp v. Stepanovs*, 2011, EWHC 333, 2012 BCC 182, y *Prest v Petrodel Resources Ltd*, 2013 UKSC 34, 2013 3 WLR 1. Otras referencias sobre el derecho británico en CAPUTO, Leandro J., "Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria", Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 132.

(52) VAN OMMESLAGHE, Pierre, "Les groupes de sociétés et l'expérience du droit belge", en *Groups of Companies in European Laws, Legal and Economic Analyses on Multinational Enterprises*, Vol. II, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1982, p. 92.

(53) "Sociedades constituidas por una sola persona acompañada de otros fundadores actuando sin affectio societatis; sociedades creadas con un capital y medios de acción manifiestamente insuficientes; sociedades en las cuales los órganos sociales no funcionan y todas las decisiones son tomadas y ejecutadas por orden del "maître de l'affaire", que no respeta "las reglas de juego"; confusión entre el patrimonio social y el del "maître de l'affaire" bajo diversas formas; utilización por el "maître de l'affaire" de activos pertenecientes a la sociedad y viceversa; confusiones creadas respecto de terceros entre la actividad social y la del "maître de l'affaire"; contabilidad llevada de modo irregular que no permite separar entre los bienes sociales y los de los socios; préstamos y adelantos otorgados por el "maître de l'affaire" más allá de toda decisión válida de los órganos sociales" (VAN OMMESLAGHE, Pierre, "Les groupes de sociétés et l'expérience du droit belge", en *Groups of Companies in European Laws, Legal and Economic Analyses on Multinational Enterprises*, Vol. II, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1982, p. 93). Pero aclara este autor que, por una parte, nunca la extensión de responsabilidad se derivó del dato objetivo de la participación preponderante de un accionista ni se debió a los errores de gestión de los administradores elegidos por este, y, por la otra, que en la mayoría de los casos se trató de la extensión de la responsabilidad por pasivos sociales a personas individuales.

trató de la extensión de la responsabilidad por pasivos sociales a personas individuales. En una exposición más reciente, sin embargo, Wymeersch sostiene que aunque usada en algunos países de la Comunidad, la técnica del corrimiento del velo corporativo no se reconoce en Bélgica (54).

En Francia la desestimación de la personalidad es tratada casi exclusivamente en el ámbito de la insolvencia de sociedades. La jurisprudencia de todas las instancias es restrictiva en su aplicación. En sendos fallos de la Corte de Casación de principios de este siglo, se reemplazó el anterior standard de la presencia de *flujos financieros anormales* para pasar a requerir la existencia de *relaciones financieras anormales* entre sociedades de un mismo grupo. Esto ocurre cuando existen transferencias de modo *sistemático* sin contrapartida alguna (55).

En Suecia, el levantamiento del velo societario se funda en la teoría del abuso de la limitación de responsabilidad por las deudas de la compañía, o cuando la compañía es deliberadamente usada para finalidades distintas de las previstas. Por ejemplo, se aplicó en un caso en que una compañía era utilizada como fachada para, en realidad, desarrollar los negocios de otra (56).

En España, luego de críticas de la doctrina por los excesos de la jurisprudencia en decretar la desestimación sobre la base de presumir una concepción patológica de las relaciones societarias, dos fallos del Tribunal Supremo del 29 de julio de 2005 y del 12 de diciembre de 2012, dispusieron que el levantamiento del velo es un remedio excepcional solo justificable cuando media fraude o abuso del derecho (57). Ello fue ratificado

(54) WYMEERSCH, Eddy, "Report on Belgium", en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 678.

(55) CONAC, Pierre-Henri, "National report on France", en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 101, donde cita los fallos *Metaleurop*, Cass. Com., 19.4.2005, *Revue des Sociétés*, 2005, p. 897, y *Gilles Pellegini c. Société Holco*, Cass. Com. 10.1.2006, *Revue des Sociétés* 2006, p. 629. En ambos casos la Corte de Casación rechazó la desestimación de la personalidad.

(56) DOTEVALL, Rolf, "National Report on Sweden", en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 139/40.

(57) FUENTES NAHARRO, Mónica, "National Report on Spain", en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 157.

en una nueva sentencia del 5 de octubre de 2021 en la que se dispuso que el levantamiento debe resultar de una aplicación prudente y ponderada, considerando las circunstancias particulares del caso y su carácter subsidiario a falta de otros remedios legales (58).

En Austria la jurisprudencia que aplica la desestimación de la personalidad se funda en el principio de que nadie debe usar la forma de una persona jurídica para eludir la ley o para causar daño a terceros (59).

El texto original del art. 50 del Código Civil de Brasil de 2003 preveía que en caso de abuso de la personalidad jurídica, caracterizado por un desvío de su finalidad o por confusión patrimonial, el juez puede extender los efectos de determinadas relaciones obligacionales a los bienes particulares de administradores o socios. La norma fue modificada por la ley 13.874/2019 que hizo más rígidas las condiciones de su aplicación. Serán sujetos pasivos solo quienes se hubieran beneficiado del abuso y solo se considera desvío de la finalidad la utilización de la persona jurídica con el propósito de lesionar a los acreedores o para practicar actos ilícitos (60). Además dispone la aplicación de idéntica posibilidad en forma inversa, o sea, extensión de obligaciones del socio o administrador a la persona jurídica.

En Turquía, la desestimación de la personalidad se funda exclusivamente en el abuso del derecho y la jurisprudencia la aplica solo como excepción (61).

En los Países Bajos rara vez se aplica la desestimación de la personalidad. Un caso en que se aplicó fue *Citco*, en el que se trataba de un supuesto de dos sociedades bajo control común, respecto de las cuales se constató un abuso aprovechando la diferencia de identidad de aquellas (62).

(58) Sentencia 673/2021, Sala Civil, Tribunal Supremo, comentada por CAMPUZANO, Ana Belén, *Dictum*, 25.10.21, ps. 1/5.

(59) HEINDLER, Florian, "National Report on Austria", en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 239.

(60) KUYVEN, Fernando, "National Report on Brazil", en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 259/61.

(61) OKUTAN NILSSON, Gül, "Report on Turkey", en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 417.

(62) OLAERTS, Mieke, "National Report on the Netherlands", en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 442/3.

La Corte Suprema de Finlandia resolvió en 2015 que debe levantarse el velo de la persona jurídica cuando la forma de una sociedad fue intencionalmente abusada (63), pero la aplicación de la doctrina es excepcional.

La jurisprudencia de Singapur se fue apartando del uso de estereotipos como *sociedades de fachada* o *fraudulentas*, y se enrolaron en la corriente de levantar el velo en casos de abuso de la forma societaria. En cambio rechazó enfáticamente utilizar el instrumento sobre la base de la unidad económica de diversas sociedades de un grupo (64).

Valga este breve e incompleto recorrido para demostrar que en el resto del mundo la aplicación de este tipo de instituto es excepcional y de aplicación restrictiva (65).

II.6. Supuestos distintos al de la responsabilidad por deudas

Son de variada índole, pero la casi totalidad de ellos corresponden a supuestos en que se hallan involucrados negocios de sociedades: si la transmisión de la totalidad de las acciones o partes sociales encubre, o no, una transmisión de fondo de comercio, con sus consecuencias fiscales, o si el vendedor debe, o no, garantía por vicios ocultos en la empresa subyacente; quebrantamiento de obligaciones contractuales por medio de la sociedad, en especial cuando se trata de obligaciones de no hacer (66); exten-

(63) Fallo citado en PÖNKÄ, Ville, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 499/500. En el caso se trataba del uso de una subsidiaria creada en Estonia para eludir el pago de derechos de autor.

(64) TANG, Samantha, "National Report on Singapore", en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 534.

(65) También la jurisprudencia nacional y la amplia mayoría de la doctrina predica ese carácter.

(66) En el caso *Varas c. Telisa SA* (CCom., Sala C, 30.10.92, ED, T. 155, p. 306) una sociedad vendió un inmueble a otra, integrada por los tres arquitectos que lo habían construido. Se pactó en el contrato la condición de que la sociedad vendedora quedara liberada del pago de los honorarios de estos: la que asumió esta liberación fue la sociedad, pero no personalmente los arquitectos. Cuando estos pretendieron cobrar sus créditos, el tribunal, sin invocar el art. 54 tercer párrafo, dijo que "dado que los actos de las partes deben examinarse a la luz del principio de buena fe, no es dable hacer prevalecer la mera forma de una personalidad jurídica diferenciada, cuando es evidente que los genuinos destinatarios de la opción de compra eran los mismos arquitectos, en cuanto titulares del efectivo control de la voluntad de la entidad renunciante".

sión de una calificación jurídica del socio a la sociedad (67), o viceversa, como la de la buena o mala fe, o el conocimiento de un hecho o acto; la elusión de prohibiciones o incompatibilidades legales, como la de voto sobre ciertos temas; ausencia de una clara separación de las esferas patrimoniales o en la identificación de los sujetos (sociedades con nombres casi idénticos); la pretensión de compensar deudas con créditos contra una sociedad o socio relacionados (68).

III. La desestimación en la Argentina antes de la Ley de Sociedades y antes de su reforma de 1983

Caputo apunta que el art. 48, inc. 2º, del Código de Vélez establecía que el abuso era una causa del fin de la existencia de las personas jurídicas que requerían autorización del Estado (69). No he visto invocada esta norma por la jurisprudencia, pero el antecedente es interesante. De todos modos, ya antes de la entrada en vigencia de la Ley de Sociedades se había hecho abundante aplicación de la desestimación en diversa clase de casos, incluso involucrando entidades estatales (70). El fallo más conoci-

(67) Por ejemplo, en tiempos de guerra, la calificación de enemigo. Es clásica la cita del fallo de la House of Lords en *Daimler Company Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Company (Great Britain) Ltd.*, en el cual dijo que “el carácter de los accionistas en particular no puede afectar el carácter de la compañía; pero el carácter enemigo de accionistas individuales, y su conducta, pueden ser substanciales en la cuestión de si los representantes de la compañía, o las personas que de facto controlan sus negocios, de hecho adhieren a, reciben instrucciones de, o actúan bajo el control de enemigos” (citado por DOELLE, Hans y ZWEIGERT, Konrad, “Gesetz Nr. 52 über Sperre und Beaufsichtigung von Vermögen”, Pöschel Verlag, Stuttgart, 1947, p. 31). Criterios similares aplicaron tribunales franceses durante la primera y la segunda Guerra (citados por VanHAECKE, Michael, “Les groupes de sociétés”, L.G.D.J., Paris 1959, ps. 221/38). También cuadra en esta categoría el caso *Pechenik*, en el cual se había utilizado una sociedad para burlar una prohibición que recaía sobre el socio principal, que había sido suspendido del registro de proveedores del Estado (SC Buenos Aires, “*Pechenik S.A. c. Prov. de Buenos Aires*”, 25/04/1967, ED T. 19, p. 741).

(68) Hubo sendos fallos en Alemania en los cuales se admitió la compensación en casos de sociedades creadas por el Reich durante la Segunda Guerra, cuyo socio único era el Estado, admitiéndose la compensación de créditos de estas con deudas respecto de otras de esas sociedades o contra el Estado.

(69) CAPUTO, Leandro J., ob. cit., ps. 110 y ss. con cita de autores anteriores a la Ley de Sociedades Comerciales, como Malagarriga, Fornieles, Busso y Borda.

(70) Cabe citar: CNCiv., sala A, “*Patrocinio c. Gobierno Nacional*”, 31/03/1966, ED, t. 16, p. 512 (interrupción de la prescripción contra Ferrocarriles del Estado por una demanda dirigida contra el Gobierno Nacional); CS, “*Gómez c. Comisión Administradora de Emisoras Comerciales*”, 28/02/1969, ED, t. 29, p. 186 (identidad del Estado con entidades propiedad de ella misma); CNCiv., sala D, “*S.U.P.A.*”, 16/03/1971,

do fue *Swift-Deltec* (71), cuyos pormenores y contexto político omito por ser harto conocidos, no tanto así su crítica repercusión en el exterior (72).

JA 9-1971-411 y ED T. 36, p. 407, ya citado (se trataba de la extensión del concurso civil del Sindicato Único Portuarios Argentinos a un Sindicato Unidos Portuarios Argentinos, continuador de su actividad y patrimonio); C1aCiv., 21/10/1948, L.L., T. 52, p. 742 (medida precautoria en un caso de fraude conyugal; en este tipo de casos, también otros fallos de la CNCiv., sala B, 13/07/71, ED, t. 41, p. 367; Sala C, 17.6.66, ED, t. 12, p. 58); CNCiv., sala B, "Consortio de Propietarios Alberti 565 c. Arne SCA", 29/06/1972, ED, t. 46, p. 463 (intereses corren desde la notificación a los dos únicos integrantes de la sociedad demandada); CNCiv., sala B., "Giorgi c. Manufactura de Tabacos Imparciales SA", 09/06/72, ED, t. 48, p. 356 (caso de contrato de representación para la venta de productos de una empresa vinculada, imputado también a la controlante); CNCiv., sala B, "Mirenda c. Construcciones Norte Coop. de Crédito", 17/05/1976, ED, t. 76, p. 451 (caso de frustración de derechos del adquirente de un departamento en construcción); CCiv., Sala F, J.A. T. 1971-I, p. 703 (fraude conyugal); CNCiv., sala E., 05/04/60, LA LEY 101, 982 (fraude conyugal); CNCiv., sala A, "Salas c. Di Giorgio", 22/11/1966, ED, t. 19, p. 736 (renuncia al reclamo por derrumbe de una medianera, y posterior pretensión por la misma causa por una sociedad integrada por las mismas personas); JCom. (Francisco Bosch), firme, 29/10/71, caso Talleres Inglemere SA (extensión de quiebra a otras dos sociedades); CNCom., sala C, "Waldrón SA c. Ganadera Tierra del Fuego SA", 14/07/1972, ED, t. 44, p. 378 (transferencia del patrimonio de una sociedad extranjera a dos sociedades nacionales a cambio de las acciones de estas, ante la inminencia de un embargo de los bienes); CNCom., sala C, "SACIMIE c. SACIMIE", 25/11/1970, conocido en su época como caso Todres, ED, t. 46, p. 294 (transferencia fraudulenta de un inmueble en estado de cesación de pagos a otra sociedad formada por las mismas personas), y en relación al mismo asunto, CNCom., sala C, "Pajonal SCA c. SACIMIE", 17/03/69, ED, t. 46, p. 312 (nulidad de una locación a favor de una sociedad del mismo grupo cuando el inmueble locado estaba hipotecado a favor de un tercero); similar a este último, Corte de Justicia de Salta, "Bernis de Soria c. Cuniberti", 02/10/1972, ED, t. 48, p. 362 (tercería de dominio en una ejecución hipotecaria aduciendo que el inmueble hipotecado había sido aportado a una SRL); SC Buenos Aires, "Pechenik S.A. c. Prov. de Buenos Aires", 25/04/1967, ED, T. 19, p. 741, ya citado (utilización de la sociedad para burlar una prohibición que recaía sobre el socio principal, que había sido suspendido del registro de proveedores del Estado); numerosos casos en materia de locaciones urbanas en que se declaró que no había transferencia ilegítima cuando se transformaba una sociedad o los coinquilinos formaban una sociedad, citados en la nota de investigación de jurisprudencia sobre El abuso de la personalidad de las sociedades: la penetración de la persona jurídica en la jurisprudencia argentina., ED, t. 48, ps. 946/998.

(71) Sentencia de la CS, 04/09/1973, ED, T. 51, p. 229.

(72) BLUMBERG, Phillip I., "The Law of Corporate Groups. Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, Including the Law of Corporate Guarantees", Little, Brown & Co., Boston, 1985, ps. 660/8, con cita de GORDON, "Argentine Jurisprudence: The Parke Davis and Deltec Cases", en 6 Law Am. (1974) p. 320 y del mismo GORDON, "Argentine Jurisprudence: Deltec Update", en 11 Law Am. (1979)", p. 43; ROSENN, "Expropriation in Argentina and Brazil: Theory and Practice", 15 Va. J. International Law, 1975, p. 277.

También son conocidos los fallos de la Corte Suprema que hicieron aplicación de la doctrina de la desestimación en materia fiscal (73).

Al sancionarse la Ley de Sociedades Comerciales en 1972, su art. 2º incluyó una limitación a la atribución a todas las sociedades de la calidad de sujetos de derecho: ello era “con el alcance fijado en esta ley” (74). Se dio así sustento normativo a la eventual aplicación de la desestimación. No obstante, y pese a advertir los autores sobre las nuevas posibilidades que abría la norma (75), la jurisprudencia siguió recurriendo al abuso del derecho, incluyendo en esta noción supuestos de fraude a la ley (76). Hubo destacada doctrina civilista que, tal vez sin tener en cuenta las diferencias de efectos, sostuvo que la problemática que se trataba de abordar con la desestimación tenía mejor solución utilizando los remedios tradicionales como el fraude, la simulación y la ineficacia (77).

IV. El régimen de la Ley de Sociedades y del Código Civil y Comercial

Por primera vez en el derecho positivo conocido, el tercer párrafo agregado por la reforma de 1983 al art. 54 de la Ley de Sociedades, introduce una norma específica referida al apartamiento de los límites de la personalidad jurídica societaria. Identifica el alcance de sus efectos al tratar el problema como una forma de ineficacia, la *inoponibilidad* de la personalidad jurídica. Su aplicación no provoca la nulidad de la sociedad (78),

(73) Parke Davies y Cía SA, 31/07/1973, LA LEY 151, 353), Mellor Goodwin SA (LA LEY 152, 352), Rheinstahl Hanomag Cura SA (LA LEY 153, 303) y Ford Motor Argentina SA (LA LEY 155, 760).

(74) En la Exposición de Motivos explicó que, “con esta norma la ley posibilita... una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que excedan las razones de su regulación”.

(75) SUÁREZ ANZORENA, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, Cap. III de Cuadernos de Derecho Societario (Zaldívar y otros), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 140.

(76) OTAEGUI, Julio César, “Inoponibilidad de la personalidad, en Anomalías Societarias”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1992, p. 87.

(77) Se consideraban que “solo se trata de un atajo que permite obviar ciertas dificultades inherentes a la aplicación de las reglas generales de nuestra legislación. Pero el camino que ellas señalan es mucho más fecundo. Son cuestiones de ilicitud, nulidad, inoponibilidad, responsabilidad, y no de personalidad” (BELLUSCIO-ZANNONI, “Código Civil comentado, anotado y concordado”, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 194).

(78) Cfme.: ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, p. 137; VÍTOLO, Daniel Roque, “Las

ni afecta sus vínculos internos, ni tampoco sus restantes relaciones con el mundo jurídico externo: cuando se dan los presupuestos que define la norma, la personalidad de la sociedad se declara inoponible a quien lo haya así invocado y ello al solo efecto del objeto concreto de su reclamo. A diferencia de lo que ocurre con una declaración de nulidad de la sociedad, cuyo efecto es *erga omnes*, la declaración de inoponibilidad solo produce efectos en favor de quien la solicitó y no aprovecha a otros sujetos (79).

La norma se refiere a la *imputabilidad* adecuada de la actuación de la sociedad o de sus socios o controlantes. Su alcance supera el de la mera extensión de responsabilidad a otro sujeto, lo cual demuestra el acierto del legislador en la implementación del instituto como un caso de traslado o extensión de la imputación, y no como una mera atribución de responsabilidad. La norma ubica el problema, pues, en términos de *imputar*, en determinadas condiciones, a socios o controlantes *la actuación de la sociedad* cuya personalidad jurídica se declara inoponible. El art. 144 del Cód. Civ. y Com., más allá de los aspectos críticos que señalé más arriba, sigue la misma estructura lógica.

La declaración de *inoponibilidad* y la consiguiente modificación de la imputación de la relación jurídica del caso puede operar de distintos modos:

IV.1. Imputación de una obligación de la sociedad o persona jurídica al socio, asociado, etc.

El caso más frecuente es el de la extensión de responsabilidad a quien está detrás de la persona jurídica, por obligaciones de ella que no está en condiciones de cumplir. No solo se trata de deudas dinerarias, sino también del cumplimiento de cualquier clase de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Otaegui la llama *inoponibilidad activa directa*.

sociedades unipersonales en el derecho privado”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, p. 187, entre otros.

(79) La CNCiv., sala B, “Ferreti c. Nóbile”, 12/11/2009, LA LEY, 2010-B, 616 (en especial p. 624) dispuso que la inoponibilidad se pronuncia solo en favor del heredero que la reclama no de los demás. Lo mismo en sede comercial, en un importante caso concursal en que el tribunal recurrió al remedio de la inoponibilidad en un supuesto de subcapitalización. Pero dado que la acción fue promovida por un acreedor individual y no por el síndico de la quiebra, la sentencia solo benefició al incidentista y no a la masa (CNCom., Sala F, “Víctor Carballude SRL s. Incidente de Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, 13/05/2014, ED, t. 259, p. 67, y LA LEY, 2014-F, 380, con nota de Manuel Uzandizaga, La carente autonomía de la infracapitalización societaria).

IV.2. Imputación de un derecho de la sociedad o persona jurídica al socio, asociado, etc.

Es el caso inverso: el tercero no pretende la imputación al socio o controlante de una obligación, sino de un derecho. Reconocido este en cabeza del socio, controlante etc., permite al tercero satisfacer su derecho contra este último sujeto. Los ejemplos del derecho de familia y del derecho sucesorio son claros: el cónyuge que pretende que determinados bienes de la persona jurídica sean imputados al otro cónyuge para ser computados en la liquidación de la comunidad; el heredero forzoso que pretende que ciertos bienes sean imputados al patrimonio del causante. Es también el caso del acreedor del socio, que pretende que sean imputados a este bien de la sociedad (80).

En este supuesto no se le imputa, traslada ni extiende la obligación a la persona jurídica, ni esta la asume como propia porque no es el sujeto responsable que hizo posible la infracción a la norma. En cambio, su titularidad de un derecho o de un bien solo es inoponible al tercero, que puede hacerla imputar al socio, etc.

IV.3. Imputación de actos u obligaciones del socio, asociado, etc. a la sociedad o persona jurídica

Es el caso del tercero que requiere la imputación a la sociedad de actos de sus socios. Esto fue admitido en el fallo *Angeleri Szabo c. Szyszkowski* (81). En esta categoría encuadran los supuestos de obligaciones de no hacer asumidas por el socio o controlante, cuya imputación el tercero acreedor pretende que se extienda a la sociedad. Un ejemplo frecuente

(80) MOEREMANS, Daniel E. - RICHARD, Efraim Hugo, "Inoponibilidad de la personalidad jurídica como forma de extensión de responsabilidad de socios o controlantes, en Congreso Argentino de Derecho Comercial", Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 1990, vol. 2, p. 192, opinan que la norma no permite acceder "a la persona jurídica a través del controlante". Tampoco para OTAEGUI, Julio César, ob cit., ps. 106/7, el caso está comprendido en el texto expreso de la norma, pero, admite su aplicación por analogía. Tampoco fue admitido en la sentencia de la CNCiv. y Com. Federal, sala I, "Torino c. Estado Nacional SEGEMAR", citado por ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada, La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, p. 136, nota 335.

(81) CNCCom., Sala A, 05/07/1994, ED T. 162, p. 536. La actora había entregado dinero que fue recibido por una SRL como aporte irrevocable a cuenta de futuros aumentos de capital y reclamó la concreción de ese aumento de capital y su incorporación como socia. El tribunal ratificó que la regla es que, en estos casos, se requiere de una resolución formal de la sociedad aumentando el capital. Pero en el caso concreto, con invocación del art. 54 III

son los pactos de exclusividad o las obligaciones de no competir. Se trata de supuestos de frustración, quebrantamiento o elusión de derechos y obligaciones contractuales, con utilización instrumental de la sociedad o persona jurídica que hace lo que el socio, etc. se obligó a no hacer, o no hace lo que estos se obligaron a hacer: la actuación violatoria de la obligación desplegada por la persona jurídica se le imputará al socio, etc. para dejar establecida su responsabilidad por la violación. La constelación del caso *Mayéutica SRL c. Entrepreneur SA* (82) encuadra en este grupo. Además, cuando el acreedor procura el cumplimiento en especie, pretenderá que la obligación sea también imputada a la sociedad o persona jurídica para forzarla a su cumplimiento futuro.

IV.4. Inoponibilidad alegada por la sociedad o persona jurídica, o por sus socios, etc.

El caso del llamado *freundlicher Durchgriff*, o desestimación amigable, no suele ser aceptado en el derecho comparado (83) pero cuenta con antecedentes en la jurisprudencia argentina (84). Resulta de la analogía y de

(82) CNCom., sala A, 24/03/2000, Fallo 101.976, y en ED 4.8.2000, Fallos 50.213 y 50.214, con comentario de Miguel Ángel Emery, Competencia desleal. Desorganización de la empresa competidora. Un fallo ejemplar. Un socio gerente de la actora puso una empresa competidora, apropiándose de la clientela y el personal. Dijo el fallo: "habiendo quedado demostrado que la sociedad demandada fue constituida a fin de burlar la prohibición de incurrir en competencia desleal y neutralizar la actuación de la actora en el mercado, encubriendo una actuación personal dolosa y fraudulenta de sus socios y administradores, cabe concluir que, por la vía de la desafectación del mecanismo societario, corresponde imputar y responsabilizar directamente a estos últimos, con independencia de la responsabilidad que le corresponde a la accionada".

(83) Así, en el derecho norteamericano la jurisprudencia tiene establecido que el velo societario no se penetra en favor de la sociedad o sus socios (casos *Colin v. Altman*, 333 N.Y.S., 2d. 432, 1972, *Reconstruction Syndicate Inc. v. Sharpe*, Misc. 61 N.Y.S. 2d. 176 y *Matter of Borcha Inc. v. Weaver*, 6 A.D. 2d. 835, 175 N.Y.S., 2nd. 932, citados por DOBSON, Juan M., "El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)", Depalma, Buenos Aires, 1991, ps. 493/4, y notas 26 y 27). Véanse referencias del derecho comparado en PUIG BRUTAU, José, en "Comentario del Traductor", en la traducción de SERICK, Rolf, "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica", trad. del alemán de José Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958, ps. 270 y ss.)

(84) Plenario de la Cámara de Paz de la Cap. Fed. en materia de locaciones urbanas, en el caso "Fernández Anchorena c. Semadeni SRL" (JA 1969-3- 52), que dispuso que no había transferencia prohibida cuando los locatarios habían formado una SRL para explotar el mismo negocio en el local alquilado. En materia fiscal, la Corte Suprema, en fallo del 26.2.85, en el caso *Kellog Cía. Argentina SA* (LA LEY, 1985-B, 414, con comentario de Corti, Arístides H., "El caso "Kellogg" y el restablecimiento de la doctrina "Parke Davis"), sentó la doctrina de que "los tribunales pueden descorrer el

la condena del ejercicio abusivo del derecho del tercero en la invocación de los límites de la formalidad de la persona jurídica cuando la substancia de la relación de derecho está referida a la persona, a su actividad o a sus derechos (85). También cabe que la superación de los límites de la separación de la persona jurídica se invoque en favor de los socios, como en el caso *Marlowe, Randall Jackson c. Banco del Buen Ayre* (86).

Es de citar, en este sentido, un antiguo fallo alemán resuelto a favor de los accionistas de una sociedad cuando, en los comienzos del régimen comunista, Hungría expropió o confiscó empresas privadas. Esa expropiación no se materializó sobre las empresas, sino sobre las acciones, de resultas de lo cual quedaban incluidas en la expropiación las participaciones en sociedades establecidas fuera de Hungría. El fallo reconoció los derechos de los accionistas expropiados sobre una sociedad controlada con sede en Alemania (87).

velo societario en el interés de los mismos que lo han creado, haciendo aplicación positiva de la teoría de la penetración”. Más recientemente un fallo destacó la excepcionalidad de que el remedio funcione a favor de los socios (CNCom., sala A, “Ulloa c. Bence”, 11/05/2007, en Revista de las Sociedades y Concursos, N° 39, Marzo/Abril 2006, p. 140).

(85) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 108/9.

(86) CNCom., sala B, 29/11/94, LA LEY, 1995-C, 280. Se reconoció el perjuicio causado a un matrimonio, al cual el Banco demandado le retuvo indebidamente, por embargo, un certificado de depósito a plazo fijo. Como consecuencia de ello, no pudieron los actores pagar una hipoteca que pesaba sobre el inmueble de su vivienda, la cual era propiedad de una sociedad de la que eran únicos socios. En el voto del juez Butty se hizo mérito de que “en la realidad técnico-económica subyacente, el socio controlante deviene en cierto modo titular cuasi inmediato de tales atributos”. En la jurisprudencia alemana, el BGH resolvió en forma similar un caso en que el socio único de una GmbH sufrió un accidente y, entre los daños, reclamó el sufrido por la sociedad a raíz de su imposibilidad de dirigir sus negocios (publicado en NJW, 1977, p. 1283, citado por REHBINDER, Eckard, “Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht”, en Festschrift für Robert Fischer, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, p. 593).

(87) Fallo del 30/01/1956 publicado en BGHZ 20, p. 4, citado por BEHRENS, Peter, “Der Durchgriff über die Grenze”, en Rabels Zeitschrift, Año 46, ps. 323/4. Dijo el BGH que “la figura de la persona jurídica solo puede ser reconocida en la medida en que su utilización se corresponde con el objetivo del ordenamiento jurídico. No es suficiente que esta figura jurídica sea utilizada conforme a sus propias finalidades. No se configura una utilización conforme con el ordenamiento jurídico, cuando su interposición, o el hecho de su existencia, lleva a que la expropiación sin indemnización de su socio alcance patrimonio que se encuentra fuera del ámbito de la potestad del titular del poder soberano, y no sería alcanzada ni si la expropiación afectara al patrimonio de la sociedad, ni si afectara el patrimonio del socio y el patrimonio extraterritorial le perteneciera a este personalmente”.

V. La mecánica y el alcance de la inoponibilidad

Al disponerse la *inoponibilidad* de la personalidad jurídica se produce una privación parcial de efectos, y ello solo frente al sujeto al que concierne el caso de aplicación de la norma. No es la persona jurídica ni su actuación que quedan privadas de efectos: en principio, la privación de efectos concierne a la *imputación* de la actuación. Sin embargo, no siempre la declaración de inoponibilidad se traduce en privar de sus efectos a la imputación a la persona jurídica. En muchos casos se producirá una *extensión* de la imputación a otros sujetos sin que la persona jurídica se libere de ella (88). En otros, para que se cumpla la función tutelar de la norma, será necesario y suficiente el *traslado* de la imputación al sujeto responsable de la actuación.

La disposición no es identificable con la genérica atribución de responsabilidad a quien causa un daño (89), ni importa una limitación de los efectos del tipo de persona jurídica, como lo sugirió Drobnig (90) en Alemania y Moeremans y Richard en la Argentina (91). Tal interpretación fue también rechazada en un fallo (92). Ello así, porque el art. 54 III —ubicado en la parte general de la LGS y aplicable a todos los tipos, incluso a los que no limitan la responsabilidad de los socios— se refiere a la persona-

(88) Tal liberación es erróneamente supuesta por MOEREMANS, Daniel E. - RICHARD, Efrain Hugo, "Inoponibilidad de la personalidad jurídica como forma de extensión de responsabilidad de socios o controlantes", en Congreso Argentino de Derecho Comercial, 1990, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Vol. 2, Inoponibilidad..., p. 193 y por CABANELLAS, Guillermo, "Derecho societario. Parte General", t. III (La personalidad jurídica societaria), Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 29, nota 6

(89) FARGOSI, Horacio, "Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria", LA LEY, 1985-E, 715.

(90) DROBNIG, Ulrich, "Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften", Metzner Verlag, Stuttgart, 1959, ps. 20 y ss. y 94/5, así como el comentario de REHBINDER, Eckard, "Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht", Verlag Gehlen, Bad Homburg v.d.H. Berlin-Zürich, 1969, p. 95

(91) MOEREMANS, Daniel E. - RICHARD, Efrain Hugo, "Inoponibilidad de la personalidad jurídica como forma de extensión de responsabilidad de socios o controlantes", en Congreso Argentino de Derecho Comercial, 1990, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Vol. 2, ps. 190/3. También un despacho de mayoría de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1989 en San Carlos de Bariloche. Para la bien fundada crítica de esta postura, ROITMAN, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, ps. 138/9. En igual sentido, VÍTOLO, Daniel Roque, "Las sociedades unipersonales en el derecho privado", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2021, p. 167.

(92) C7ª Civ. y Com. de Córdoba, "Varrone c. Viviendas SRL", 27/09/1995, LLCórdoba, 1996, p. 372.

lidad y no al régimen de responsabilidad propio de los tipos societarios. Lo mismo ocurre en el art. 144, Cód. Civ. y Com. Además, ambas normas permiten la imputación también al controlante y la societaria, en especial, al controlante aunque no sea socio: si solo se tratara de privar del efecto de limitación de responsabilidad propio del tipo, no existiría explicación acerca de su alcance a quienes no sean socios.

Como ya dije, la ineficacia relativa de la actuación concreta que está en juego en el caso puede no tener vinculación con deudas de la sociedad, sino referirse, por ejemplo, a la titularidad de un derecho (v.gr, la propiedad de un bien) que el tercero busca tener por reconocido en cabeza del socio o controlante. Al utilizar el verbo *imputar*, la norma permite que el hecho, acto o situación jurídica sea atribuido directamente a la persona de quien haya hecho posible ese desvío. Hay una nueva imputación de la relación jurídica que puede ser el título a la cosa o al bien, o una relación contractual de la persona jurídica, que podrán ser atribuidas a quien no era su sujeto aparente: interesa al tercero imputar al sujeto con quien él mantiene una relación jurídica frustrada o amenazada —deudor, cónyuge, causante, etc.—, el título o el derecho que aparece en cabeza de la persona jurídica, para así satisfacer sus propios intereses. Una mera extensión de responsabilidad nada agregaría a favor del tercero.

Si se trata de la atribución de un bien al socio o controlante para que los acreedores, o el cónyuge, o el heredero, no se vean privados de sus derechos, no puede existir sino un *traslado* de la imputación porque el bien no puede ser de propiedad plena de dos sujetos al mismo tiempo. La imputación será a la persona jurídica o al socio, asociado, miembro o controlante. En el instante en que el tercero interesado ejerce su derecho, y en la extensión en que lo haga, la propiedad del bien se reputará en cabeza del sujeto pasivo, con traslación de la imputación. Satisfecha la pretensión del tercero, volverá a tener vigencia el orden jurídico aparente.

En cambio, cuando se trata de establecer la atribución de un pasivo, de una deuda o de una responsabilidad patrimonial, el caso será el de una *extensión* de la imputación. La norma no libera a la persona jurídica deudora originaria de la obligación. Dado que el propósito del instituto es el de ampliar —no de reducir— el espectro patrimonial del que pueda servirse el tercero perjudicado, tal liberación sería absurda (93). La sociedad no podría exigir que su obligación sea asumida por el socio o controlante

(93) MACAGNO, Ariel A.G., “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales”, Con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y previsional, Revista de las Sociedades y Concursos, N° 23, julio-agosto 2003, p. 37.

liberándose frente al tercero (94). Como regla, la imputación se extiende, sin liberación de la persona jurídica, pero cuando la extensión es incompatible con la naturaleza o estructura de los derechos involucrados, se produce un *traslado* de esa imputación.

VI. Los presupuestos de la inoponibilidad

VI.1. *¿Actuación o acto?*

Ante todo es preciso mencionar que se discute si, atento el texto de la norma, cabe que la inoponibilidad proceda cuando el vicio es genético, desde la constitución misma de la sociedad, o si en esos supuestos cabe otra sanción (95). Me inclino, en razón de la diversidad de situaciones que pueden presentarse, por la respuesta afirmativa, aunque no exista aún el sujeto a cuya *actuación* se refiere la norma.

La actuación a que se refieren los Arts. 54 LGS y 144, Cód. Civ. y Com., no necesariamente constituye un ilícito genérico, como en el supuesto del art. 19 de la LGS. Como señala Butty, en el art. 54 no necesariamente se supone la concurrencia de causa ilícita en la constitución, ni en la gestión de la sociedad (96). La ilicitud a que se refiere el art. 19 LGS deviene del *contenido* de la actividad, y su sanción es la nulidad de la sociedad con pérdida para los socios del patrimonio social. La *inoponibilidad* apunta a la *finalidad* desviada de la actuación, mientras que su contenido puede ser intrínsecamente lícito. Ambas circunstancias pueden coexistir: en tal caso, además de ser inoponible la personalidad a terceros, la sociedad puede ser absolutamente nula.

(94) GULMINELLI, Ricardo L., "Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica", Astrea, Buenos Aires 1997, p. 169

(95) Para esta discusión, CAPUTO, Leandro J., ob. cit., ps. 122 y ss., con opiniones de Gulminelli y del propio autor, en contra de esa posibilidad y la de Vanasco a favor. En su apoyo cita el caso Macoa SA y otros (CNCCom., sala C, 21/05/1979, JA 1980-IV-627, con dictamen del fiscal Di Iorio y voto de Anaya) en el que se declaró nula la constitución de varias sociedades con la clara finalidad de la enajenación de las cascaras. También se ha dicho que la norma aprehende la actuación de la sociedad, no su existencia OTAEGUI, Julio César, ob. cit., p. 93.

(96) BUTTY, Enrique M., "Inoponibilidad", en V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, Córdoba, 1992, t. II, ps. 643/4: "basta para el funcionamiento de la inoponibilidad que la actuación de la sociedad encubra la persecución de una finalidad extrasocietaria, aunque pueda ser lícita en el sentido de no fraudulenta". De ello deriva que el límite del reconocimiento de la personalidad debe establecerse por referencia a la noción de causa final mediata de la sociedad; pero aún establecida la licitud de esta, puede funcionar la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando carece de hacienda mercantil. También CAPUTO, Leandro J., ob. cit., p. 97.

El término *actuación* no debe asociarse necesariamente con una pluralidad de actos, ni con su realización permanente. La *actuación* puede consistir en un solo acto (97). No es necesaria una concatenación ordenada de pluralidad de actos para aplicar el precepto. En numerosos supuestos será un único y solo acto el fundamento para declarar inoponible la persona jurídica: si a una sociedad se le transmitió un bien o un patrimonio para sustraerlo a la acción de los acreedores o del cónyuge, o para violar la legítima hereditaria, bastará esa sola transmisión para fundar la inoponibilidad.

La declaración de inoponibilidad no es una sanción por cómo actúa la persona jurídica en sus negocios, sino que actúa como un remedio por la utilización de la persona misma y de su estructura jurídica para las finalidades reprobadas (98). El remedio versa sobre la utilización de la persona jurídica como tal para los fines reprobados, no respecto de los actos realizados por la sociedad (99). La norma pretende corregir su instrumentalidad para fines no admitidos. Para aventar equívocos sobre el uso del término *actuación*, el Proyecto de Reformas a la LGS de 2019 propone un enfoque más preciso al disponer en su encabezamiento que “puede prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad cuando esta sea utilizada para ...”. Como explica la Nota de Elevación, “es el uso de la sociedad en su condición de tal como instrumento para los fines que luego se enumeran, el que da lugar a la aplicación de la norma, no la sola actividad antijurídica de la sociedad” (Nº 29).

Para la aplicación del precepto no está en juego la apreciación de la totalidad de la actuación de la persona jurídica. Ello ocurrirá en casos como

(97) Cfme.: MOLINA SANDOVAL, Carlos, “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, *Ábaco*, Buenos Aires, 2002, ps. 87/8.

(98) En un fallo se dijo que “la norma del artículo 54 in fine de la Ley se orienta a sancionar la utilización ilegal del contrato de sociedad y no la ilegalidad de los actos por esta realizados” (CNCom., sala E, “London Supply SA c. Alimar SA”, 05/03/2008, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 10, Febrero-Marzo 2008, Nº 50, ps. 340/69)

(99) MACAGNO, Ariel A.G., “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales”, Con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y previsional, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Nº 23, Julio-Agosto 2003, p. 52 y ss., donde justificadamente critica la frecuente jurisprudencia laboral que no hace la adecuada distinción. Sobre el errado uso del instituto en el fuero laboral, también SAN MILLÁN, Carlos Augusto, “Responsabilidad personal de los socios por deudas laborales”, ED 187, p. 1431, donde resalta que “si solo con la personalidad, como herramienta, se puede lograr ese propósito [antijurídico], solo así resulta posible descorrer el velo de la personalidad imputando las consecuencias del acto a los socios o controlantes. No cumplir con una obligación laboral de la sociedad no requiere como causa eficiente el uso de la personalidad” (p. 1434).

la insolvencia u otras situaciones extremas. La inoponibilidad de la persona jurídica se decreta siempre con el limitado efecto que concierne al caso concreto y por ello la apreciación de si medió actuación destinada a obtener fines vedados, también deberá referirse al vínculo de esa actuación con el caso particular. No es necesario que la persona jurídica haya sido *exclusivamente* utilizada como instrumento para fines desviados, ni cuán relevante haya sido esa utilización en el contexto de su actividad general: solo interesa la conexión del desvío con los actos, hechos, omisiones o contratos concretos que se pretenden imputar al socio, controlante, etc. y, en ese marco, la relevancia del desvío.

VI.2. Consecución de fines extrasocietarios o “ajenos a la persona jurídica”

La norma societaria se refiere a la *consecución de fines extrasocietarios* mientras que, tratando de generalizar el concepto, el art. 144 del Cód. Civ. y Com. los describe como fines *ajenos a la persona jurídica*, que deberá entenderse como equivalente a la primera. Se controvierte la interpretación del alcance de la expresión. Conforme a Otaegui, se trata de una simulación ilícita (100). Dobson, en cambio, encuadra la figura en el abuso, porque la sociedad no es ficticia sino real (101).

A mi juicio se trata de contrastar la utilización de la persona jurídica con la que, según su naturaleza, sea su *causa-fin*: en el caso de sociedades, la que deriva del art. 1º de la LGS (102). No obstante, debe tenerse presente que la causa-fin de una sociedad puede ser distinta a la que surge de esa norma. Desde que el art. 3º de la LGS admite que asociaciones civiles utilicen la forma societaria, ello abre el cauce a que se admitan otras finalidades lícitas, como una agrupación de colaboración, una finalidad de beneficencia, etc. El Proyecto de 2019 lo prevé en un párrafo agregado al art.

(100) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 92/3.

(101) DOBSON, Juan M., “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)”, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 416: en lo referido al supuesto de la sociedad como mero recurso, dice este autor que “los problemas pueden ser resueltos mediante la simulación (art. 953 del Código Civil)”; pero en lo atinente a la actuación que encubre fines extrasocietarios, señala que “describe el control, tanto interno como externo, en una sociedad que no es simulada, sino real, pero que se halla bajo control de un tercero. También este es campo tradicional de la teoría del abuso de la personalidad jurídica”. También ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 126, dice que se trata de un caso de abuso del derecho.

(102) Cfme.: CAPUTO, Leandro J., ob. cit., p. 91, quien vincula a la inoponibilidad con el desvío de la causa-fin de la persona jurídica, porque para el desvío de otros datos normativos la legislación prevé otras sanciones.

1º intitulado *Sociedades con otra finalidad* (103). En cambio, no interesan los particulares *motivos* tenidos en mira por los socios o partícipes de la persona jurídica (104): limitarse a los *motivos* tornaría inoperante este elemento. La referencia a fines *extrasocietarios* no tiene relación con el *objeto* de la sociedad o de la persona jurídica (105), por esencia mutable, sino, como dije, a su aspecto finalista substancial, a su *causa-fin* (106).

Es clara la asociación de la expresión legal con el ya mencionado gráfico concepto de *instrumentalidad* de la persona jurídica a que alude la jurisprudencia norteamericana. Cuando la persona jurídica, en particular la sociedad, en su actuación concreta, es un mero instrumento formal para que el socio o controlante consiga satisfacer intereses propios distintos de los que son naturales a aquella, haciendo que realice actos, incurra en omisiones, o adopte medidas que son incompatibles con su autonomía funcional y patrimonial, esa actuación corresponderá calificarse como que responde a fines *extrasocietarios* o, en su caso, *ajenos a la persona jurídica*.

El verbo *encubrir* utilizado en el art. 54 LSG no se interpreta como sinónimo de ocultamiento. No tiene relevancia que la actuación que prevé la norma haya sido oculta o conocida. De lo contrario quedaría liberado de la aplicación de la norma aquel que utiliza la sociedad para las finalidades incriminadas pero, para no ser alcanzado por la ley, las hace públicas. Los proyectos de reforma societaria y el art. 144 CCyC corrigieron este posible equívoco. Otro tanto ocurre respecto de la expresión *mero recurso* para lograr los fines reprobados. De ello derivaría una asociación con la noción de sociedad ficticia, sociedad de paja, sociedad máscara, etc. (107), y por consiguiente también con la simulación (108), pero esa imperfecta calificación, no repetida en el art. 144, Cód. Civ. y Com., ni en los proyectos de reforma a la Ley de Sociedades, no es óbice para disponer la ino-

(103) "Sociedades con otra finalidad. El contrato social o estatuto pueden prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o la forma de aprovecharlos. Pueden prever también el no reparto de utilidades entre los socios. Para introducir esta clase de disposiciones en el contrato social o estatuto de sociedad existente, se requiere el voto unánime de los socios".

(104) CABANELLAS, Guillermo, "Derecho societario. Parte General (La personalidad jurídica societaria)", Heliasta, Buenos Aires, 1994, t. III, ps. 94/5, incurre, a mi juicio, en ese error.

(105) CAPUTO, Leandro J., ob. cit., p. 97.

(106) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., p. 94/5.

(107) DOBSON, Juan M., "El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)", Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 416.

(108) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 92/3.

ponibilidad a otros supuestos. No interesa si la actuación de la sociedad tuvo *solamente* aquella finalidad, sino que ella esté presente, aunque vaya acompañada de otros propósitos no reprobables (109).

VI.3. Violación de la ley y del orden público

La violación de la ley, en sentido amplio, se superpone a menudo con la frustración de los derechos de un tercero. En general, cuando se trata de derechos acordados por la ley, y no derivados de una relación obligatoria convencional, la frustración de los derechos corresponde ser encuadrada como violación de la ley. Así, un grupo de casos en los cuales la jurisprudencia argentina reiteradamente desconsideró la personalidad jurídica, fue el de la violación de la legítima hereditaria (110). Anticipando una cuestión a considerar luego, señalo que en estos casos no siempre se requirió el elemento intencional, ni tampoco siempre se invocó expresamente la desestimación de la personalidad (111).

(109) Cfme.: CABANELLAS, Guillermo, ob. cit., p. 326, nota 550. Otro autor atribuye importancia, al significado de la palabra mero para encuadrar en sus justos límites casos de familia y sucesorios, LOSICER, Jorge Alberto, "Las llamadas "sociedades de familia". La personalidad societaria ante la disolución conyugal y la sucesión", en V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, Córdoba, 1992, t. II, p. 670. En contra FERRER, Germán, "La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y la inoponibilidad de la persona jurídica en la relación de empleo 'en negro'", citado por ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 154. CAPUTO, Leandro J., ob. cit., p. 90, vincula el término mero "introdujo la cuestión de un desvío agravado", con cita de otro trabajo suyo, El encubrimiento y el mero recurso en los términos del art. 54:3, Ley de Sociedades Comerciales, JA 2003-IV-889.

(110) Son clásicos: el fallo de la CCiv. y Com. de Concepción del Uruguay, "Morrigh Bernard", 09/02/1979, LA LEY, 1979-D, 237, con nota de María Josefa Méndez Costa, Legítima y sociedades de familia, que es el caso del heredero que, por propia voluntad, no formó parte de la sociedad entre su padre y sus hermanos; el caso Astesiano c. Gianina SCA, resuelto por la CNCom., sala A, 27/02/1978, LA LEY, 1978-B, 196, con comentario de Eduardo Zannoni, La desestimación de la personalidad societaria -disregard- y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria. En igual sentido, CNCom., sala A, "B., B.I, c. B.", 25/11/2004, LA LEY, 2005-B, p. 690. En otro caso el causante transmitió su patrimonio a una sociedad cuya única accionista era su conviviente, violando la legítima de sus herederos (CNCom., sala A, 25/11/2004, en Revista de las Sociedades y Concursos, N° 33, Marzo-Abril 2005, p. 279). Otra Sala resolvió un caso similar (CNCiv., sala B, "Ferreti c. Nobile", 12/11/2009, LA LEY, 2010-B, 616, con un importante voto del juez Mizrahi).

(111) Esto último ocurrió en el caso Mangosio, en el que el tribunal recurrió a la figura de la simulación ilícita para obligar a colacionar unas acciones (CCiv. y Com. de Bahía Blanca, Sala I, RDCO, Año 26, 1993-B, p. 300). Una solución similar dio la CNCiv., sala E, "Gurevich de Taub c. Gurevich", 05/02/1979, LA LEY, 1979-D, 177, con nota de Carlos H. Vidal Taquini, Colación y donación de gananciales.

Orden público debe entenderse en su sentido estricto, “cuidando de no confundir con la noción de normas imperativas o indisponibles” (112). Normas de orden público son las que inspiran el mantenimiento de la organización social, la moral, las buenas costumbres y las instituciones fundamentales del derecho privado (113). En otros términos, la norma es de orden público cuando hace a la protección inmediata del interés público y solo de modo mediato del interés privado, pero no cuando protege inmediatamente el interés privado y mediatamente el interés público (114).

VI.4. Violación de la buena fe y la frustración de derechos de terceros

“Los derechos deben ser ejercidos de buena fe” (Cód. Civ. y Com., art. 9), lo que hace de la buena fe un principio general del ordenamiento jurídico, una norma moral que domina el deber de conducta en todas las relaciones jurídicas (115). No es admisible utilizar la persona jurídica para violar ese principio.

Por analogía de supuestos, a la buena fe debe equipararse la actuación de la persona jurídica que excede los límites de la moral y las buenas costumbres (Cód. Civ. y Com., art. 10). De no admitirse esta asimilación de supuestos, a tenor del art. 386 del Cód. Civ. y Com. correspondería resolver la cuestión en el terreno de las nulidades absolutas. Empero la dinámica de la actuación de las personas jurídicas genera dificultades muchas veces insalvables para establecer con precisión el objeto de tal nulidad. Los arts. 54 LGC y 144 Cód. Civ. y Com. no imponen una sanción de nulidad, sino que, atenuándola (116) en beneficio de la seguridad jurídica y de la conservación de los actos jurídicos, se limita a una forma

(112) FARGOSI, Horacio, “Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria”, LA LEY, 1985-E, 715.

(113) LLAMBIÁS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, t. I. ps. 150 y 155. La jurisprudencia caracterizó al orden público como aquel que “reúne el conjunto de condiciones fundamentales en la vida social instituidas en la comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos” (CNCiv., sala C, 26/08/1980, LA LEY, 1981-A, 243). Conforme con la aplicación a supuestos contrarios a la moral y las buenas costumbres, ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 159.

(114) BELLUSCIO-ZANNONI, “Código Civil Comentado”, Astrea, Buenos Aires, Vol. 4, p. 715 y la cita de BOFFI BOGGERO.

(115) BELLUSCIO-ZANNONI, “Código Civil Comentado”, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. V, ps. 896/7; LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos, Parte General”, Zavallía, Buenos Aires, 1975, t. I, p. 170 y ss.

(116) DOBSON, J Juan M., “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)”, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 416.

menor de ineficacia, la inoponibilidad de la personalidad y la extensión o el traslado de la imputación.

El supuesto alcanzado por la norma es el de la actuación de mala fe del socio, controlante, etc., a quien se le extenderá o trasladará la imputación, pero no a la mala fe de la actuación de la propia persona jurídica (117), la cual será tratada conforme al derecho común que corresponda al caso.

La frustración de los derechos de terceros constituye un fraude a estos (118) y comprende la frustración de los derivados de cualquier fuente: ocultamiento de bienes por insolvencia fraudulenta o frente a cualquier derechohabiente (v.gr., cónyuge, heredero) y, en especial, los supuestos de quebrantamiento o elusión de obligaciones contractuales.

VI.5. Una causal no legislada: “cuando, sin justificación en una genuina actividad productiva, constituya el obstáculo para acceder al ejercicio de los derechos de aquellos”

Esta causal fue agregada en el Proyecto de Reformas a la LGS de 2019. Es un supuesto propio de las sociedades que se vincula con la mención del art. 1º de la LGS de que el destino de los aportes de los socios es “para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios”. Este dato no es un presupuesto de validez de la sociedad. Si lo fuera, la empresa productiva debería preexistir al acto constitutivo y ello es lógicamente imposible. Además, el art. 31 LGS admite la sociedad *holding* pura, o sea la que solamente es titular de inversiones, cualquiera sea su clase y se pone en duda que este sea un supuesto de producción o intercambio de bienes o servicios. Frente a ello cabe preguntarse sobre el efecto jurídico de la inclusión de ese dato en el concepto de sociedad.

La respuesta se encuentra en la ya citada ponencia de Butty (119): la ausencia o presencia de *hacienda mercantil* o de *genuina actividad produc-*

(117) Cfme.: ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, p. 157; VERÓN, Alberto Víctor, “Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibilidad y responsabilidad”, LA LEY, 2011-D, ps. 1148/57; LÓPEZ RAFFO, Francisco M., “Notas actuales de la inoponibilidad de la personalidad societaria”, RDCO, 2014-B, 81, donde señala que no son los ilícitos de la sociedad, sino el abuso de la herramienta societaria los que castiga la norma.

(118) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 97.

(119) BUTTY, Enrique M., ob. cit., ps. 643/4: “basta para el funcionamiento de la inoponibilidad que la actuación de la sociedad encubra la persecución de una finalidad extrasocietaria, aunque pueda ser lícita en el sentido de no fraudulenta”. De ello deriva que el límite del reconocimiento de la personalidad debe establecerse por referencia a la noción de causa final mediata de la sociedad; pero aún establecida la licitud

tiva es el dato decisivo para hacer lugar o rechazar la declaración de inoponibilidad que se pretende para hacer valer algún derecho. La práctica de los tribunales ha aplicado este *standard* particularmente en casos de derecho de familia o sucesorio: si los bienes que se pretende alcanzar están en una sociedad que no tiene actividad empresaria (120), la sociedad será ineficaz a efectos de incluirlos en la comunidad de bienes matrimoniales o en el acervo hereditario. No en cambio cuando fueron aportados a una sociedad que desarrolla una actividad productiva.

VII. ¿Necesidad de un elemento subjetivo para que proceda la inoponibilidad?

Hice referencia antes a la polémica en Alemania sobre la necesidad de la presencia de un elemento subjetivo para que proceda la desestimación o penetración de la persona jurídica. Serick, y también Drobnig, pero particularmente el primero, hicieron especial hincapié en la necesidad de ese elemento, entre otros motivos, porque sin él no encontraban el fundamento normativo necesario para sus teorías. Ya dije que la posición de Serick quedó en minoría en Alemania: para superar los límites de la personalidad, la doctrina predominante y la jurisprudencia se atuvieron, bajo una u otra forma, a aplicaciones institucionales, objetivas o finalistas de las normas de fondo.

Este debate y sus consecuencias fueron solo ocasionalmente tomados en cuenta por la doctrina argentina, incluso luego de la incorporación del tercer párrafo del art. 54 LGC (121). En el derecho positivo argentino la cuestión no está resuelta por esta norma, ni por el art. 144 Cód. Civ. y Com.. Como ya señalé, exigir la presencia —y, por lo tanto, la prueba— de

de esta, puede funcionar la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando carece de hacienda mercantil.

(120) Ese fue uno de los elementos tenidos en cuenta en un fallo de la CNCiv., sala B, “Ferreti c. Nóbile”, 12/11/2009, LA LEY, 2010-B, 616.

(121) Como excepción, MOEREMANS, Daniel E., y RICHARD, Efrain Hugo, “Inoponibilidad de la personalidad jurídica como forma de extensión de responsabilidad de socios o controlantes”, en Congreso Argentino de Derecho Comercial, 1990, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Vol. 2, ps. 187 y ss. (esp. ps. 190/1). También CORTAGNINO, Silvia Adriana, “La personalidad societaria y su desestimación (Sugerencias para perfeccionar el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación)”, en Congreso Argentino de Derecho Comercial, 1990, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Vol. 2, p. 69, donde propone, de lege ferenda, incorporar la exigencia de intencionalidad, o sea dolo, para la procedencia de la desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica. También lo resolvió así el ST de Jujuy, 18-4-2001 (LL NOA, 2001-554).

intencionalidad abusiva, fraudulenta o dañosa, constituye una restricción al uso del remedio.

Todo indica que el legislador tuvo la intención de ser amplio cuando adoptó criterios que se enraízan tanto en Serick como en otras fuentes, con el agregado de formulaciones originales (122). Sin embargo, no dio ninguna pauta especial sobre el aspecto subjetivo. Parte de la doctrina siguió refiriéndose al abuso de la personalidad (123), sin analizar las implicancias respecto de la exigencia de intencionalidad, y algún fallo requirió especialmente el elemento subjetivo (124). Ello parece implícito también en la caracterización de la inoponibilidad como “un remedio de naturaleza punitiva” (125). En otros fallos se resolvió que no era relevante que no se hubiera procurado una finalidad ilícita al constituir la sociedad (126).

En lo personal, di mi opinión en una ponencia hace muchos años (127): “no es preciso probar la intencionalidad o la culpa, ni se exime de la consecuencia legal quien probare que no obró con dolo, con culpa o con intención de dañar o de violar la ley, el orden público o la buena fe. Para hacer aplicable la disposición, basta que se compruebe el desvío de la finalidad para la cual la ley otorgó a la sociedad la condición de sujeto de derecho” (128).

(122) Así lo explicó PALMERO, Juan Carlos, en su intervención en la discusión en el V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, Córdoba, 1992, (reproducida por GULMINELLI, Ricardo Ludovico, Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, en RDCO, 1993-A, ps. 150/1).

(123) Basta con citar el título de la obra de DOBSON, Juan M., “El abuso de la personalidad”, ob. cit.

(124) CNCom., sala E, “London Supply SA c. Alimar SA”, 05/03/2008 (Revista de las Sociedades y Concursos, Año 10, Febrero-Marzo 2008, N° 50, ps. 340/69) en el que se dijo que “las características propias de la figura exigen de una conducta positiva (elemento subjetivo) que permita llegar a la imputación y descorrimiento de velo societario ... y ... debe ser el dolo... o la culpa notoriamente agravada”.

(125) ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, p. 129. Sin embargo, más adelante el mismo autor dice que la norma no presupone la presencia de una causa ilícita (ps. 148 y ss.).

(126) CNCiv., sala B, “Ferreti c. Nóbile”, 12/11/2009, LA LEY, 2010-B, 616. También sostiene lo innecesario de la prueba de un elemento subjetivo el fallo de la CNCom., sala F, “Víctor Carballude SRL s. Incidente de Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, 13/05/2014, LA LEY, 2014-F, 380.

(127) MANÓVIL, Rafael Mariano, ¿“Imputación” al socio (o controlante) o “responsabilidad”?, en V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, Córdoba, 1992, t. II, ps. 627 y ss.

(128) Este párrafo mereció la crítica de Gulminelli durante el debate, quien señaló que tratándose de un supuesto de antijuridicidad, y por lo tanto de ilicitud, el aspecto

La inoponibilidad y la responsabilidad son dos acciones jurídicamente distintas y separadas (129). La primera, con su efecto de extensión o traslado de la imputación, se diferencia de la responsabilidad de quienes hicieron posible la actuación incriminada, precisamente en que solo esta última requiere que se reúnan todos los elementos propios del régimen de responsabilidad civil, entre ellos el factor de imputación subjetivo. En cambio, para decretar la inoponibilidad, pudo haberse producido una concatenación de acontecimientos que haya resultado en una de las situaciones que la habilitan. Por ejemplo: si en el citado caso *Pechenik* (130), la sociedad de igual nombre, en lugar de constituirse luego de la inhabilitación del socio mayoritario como proveedor del Estado, hubiera preexistido, habría estado ausente el elemento intencional. Sin embargo, la sanción hubiera sido ineficaz de admitirse que una sociedad controlada por la persona sancionada continuara proveyendo al Estado.

Cuando, media un pacto de exclusividad en un contrato de distribución, o una obligación de no establecerse en un contrato de transferencia de un fondo de comercio, o un acuerdo de no competir en un contrato de *joint venture*, si la persona jurídica obligada por el pacto se convierte en controlante de una tercera sociedad que vende sus productos a través de otro distribuidor, puede no haber intención de frustrar los derechos de la contraparte. Sin embargo, objetivamente, se configura un caso de frustración de su derecho de exclusividad o, *mutatis mutandi*, la frustración del pacto de no establecerse o de no competir. Otro tanto ocurre en casos de derecho de familia. Si un matrimonio por decisión de ambos, coloca sus bienes, tanto gananciales como propios, total o parcialmente, en una sociedad de la que son únicos socios, cuando se extingue la comunidad de bienes, ya sea por divorcio como por muerte de uno de los cónyuges, objetivamente la sociedad será un obstáculo para la partición de los bienes: la sola presencia de la sociedad frustra los derechos de los interesados y obstaculiza la aplicación de la ley. La sociedad no fue creada ni recibió los

subjetivo, que estaría implícito en la formulación de la norma, sería también insoslayable para la procedencia de la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Véase, GULMINELLI, Ricardo Ludovico, "Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica", en RDCO, 1993-A, ps. 145/9. En una posición más moderada al respecto, el mismo autor sostiene que la presencia objetiva de la conducta genera una presunción de la actuación deliberada (en *Nuevas Tendencias en la Jurisprudencia Societaria y Comercial*, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs.As. 2009, ps. 239/63).

(129) Distinción ausente en GULMINELLI, Ricardo Ludovico, "Enfoque actual..." citado en la nota precedente", ps. 152/4.

(130) SC Buenos Aires, "Pechenik S.A. c. Prov. de Buenos Aires", 25/04/1967, ED, t. 19, p. 741.

bienes con intencionalidad antijurídica o ilícita. ¿Se negará por ello el derecho de los interesados para obtener la declaración de inoponibilidad?

En conclusión, el funcionamiento del instituto con el alcance querido por el legislador no requiere de la presencia y ni de la prueba de un elemento intencional. Este criterio fue seguido por el Proyecto de Reformas a la LGS de 2019. Al reglar algunas condiciones y efectos del instituto, también aclaró este punto: “la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica, que será apreciada con criterio restrictivo pero sin requerir la prueba de intención fraudulenta o dañosa, solo producirá efectos respecto del caso concreto en que se declara y como accesorio al derecho sustancial que se pretende ejercer”.

VIII. Legitimación

La inoponibilidad es un instrumento para la protección de los terceros. Ello no excluye a los socios, asociados o miembros de la persona jurídica en tanto se trate de su vínculo con ella como terceros. En cambio, no parece ser un medio apto para ejercer derechos internos en la persona jurídica (131). Las normas vigentes guardan silencio, en contraste con el art. 189 de la ley uruguaya, que admite a los socios como legitimados activos, sin hacer distinciones de ninguna naturaleza. El Proyecto de Reformas a la LGS de 2019 incluyó entre las causales de declaración de inoponibilidad que la sociedad sea utilizada “para frustrar derechos de socios o terceros”. El supuesto de los socios es difícil de imaginar, pero si se presentara alguno, aunque no medie su admisión explícita, es de prever que su legitimación se admitirá por analogía (132).

(131) En un fallo se resolvió que “la pretensión de prescindir de la personalidad societaria para proteger los intereses de una de las partes del negocio impugnado, resulta inviable en razón de lo dispuesto por el art. 54 de la ley de sociedades comerciales, en tanto esta norma cierra un círculo de protección de los intereses de terceros” y que “la figura de la inoponibilidad del art. 54... regula supuestos de desestimación en protección de terceros, acreedores de la sociedad o de los socios, pero no abarca —como principio— la redhibición de la personalidad societaria en beneficio de los socios o de la propia sociedad, ya que la propia noción de “inoponibilidad” alude al supuesto de ineficacia de un acto jurídico que, siendo válido entre las partes, no produce efectos respecto de determinadas personas ajenas a él, a quienes la ley autoriza a comportarse como si el ente no existiese” (CNCom., sala C, “Simancas c. Crosby”, ED 184, p. 249). Otra sentencia, que rechazó una pretensión entre socios, estableció que “es necesaria una causal extraordinaria ... cuando esa desestimación es en beneficio de otro de ellos” (CNCom., sala E, “Iglesias c. Textil Iglesias SAIC”, 23/04/2009, en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 11, 2010-1, p. 298).

(132) En favor de la legitimación de los socios, ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II,

La declaración no puede producirse de oficio. Solo en supuestos en que se halle concretamente afectado el interés público, cabe reconocer legitimación a la autoridad competente que tutele ese interés para solicitarla. No tiene legitimación una autoridad pública (v.gr., en casos de sociedades por acciones, la autoridad administrativa, con base en el art. 303, inc. 2, de la Ley) bajo la invocación de genéricos intereses de los particulares (133).

En cuanto a los sujetos pasivos, se ha sostenido que el art. 54 III de la LGS no sería aplicable a los controlantes no socios, en especial, a los controlantes externos (134). No comparto esa restricción interpretativa (135): el texto legal no restringe el efecto de la inoponibilidad —la extensión o el traslado de la imputación de la actuación a otro sujeto— a la calidad de socio. Tampoco lo hace el art. 144 del Cód. Civ. y Com. La mención del controlante carecería de sentido si *además* tuviera que ser socio, asociado o miembro. Tampoco existe obstáculo lógico o jurídico para que la imputación del derecho, la obligación o la titularidad de bienes sea extendida o trasladada al sujeto que corresponda, quienquiera sea, si es el responsable de haber hecho un uso desviado de la persona jurídica, con independencia de cualquier condición de socio, asociado o miembro de la persona jurídica.

Recuérdese, por lo demás, que las relaciones de dominio participativo pueden presentarse en forma escalonada, como está previsto en la definición del art. 33 de la LGS. Con respecto al llamado *control externo*, soy crítico de que la ley equipare este supuesto al control jurídico interno que atañe a la formación de la voluntad orgánica de una sociedad. Empero, a la luz del criterio adoptado por el legislador, aún asignándole una casi nula utilidad práctica respecto del controlante externo, no cabe retacear por vía interpretativa la posibilidad de declarar la inoponibilidad al controlante externo (136).

p. 166.

(133) Así lo resolvió la CNCom., sala C, “Inspección General de Justicia c. Boswil S.A.”, 15/07/2021, TR LALEY AR/JUR/107081/2021, con esclarecedor comentario de FERNÁNDEZ, Leonardo, “Un precedente notable en materia de facultades de fiscalización de la IGJ (Un comentario al caso “Boswil”)”, a ser publicado en t. 2021-F.

(134) OTAEGUI, Julio César, “El art. 54 de la ley de sociedades: inoponibilidad de la personalidad jurídica”, ED, t. 121, p. 813.

(135) Tampoco DOBSON, Juan M., ob. cit., p. 417, donde da por sobreentendido que la norma se aplica a todos los supuestos de control.

(136) Cfme. ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, Ed.La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, ps. 164/5.

El art. 190 de la ley uruguaya prescinde de calificar al sujeto pasivo de la imputación facilita soluciones en el marco de estructuras complejas, como los grupos de sociedades, en los cuales a veces la necesidad del caso requiere alcanzar, por ejemplo, a una sociedad bajo control común (137). Lo mismo hace el Proyecto de Reformas a la LGS de 2019, que prevé que “el efecto de la declaración es extender o trasladar a quien corresponda la imputación de los bienes, los derechos, las obligaciones, el patrimonio o las relaciones jurídicas”.

IX. La responsabilidad

Como ya se señaló, la responsabilidad que se impone en ambas normas es jurídicamente independiente y separada de la inoponibilidad y de su efecto propio, la extensión o el traslado de la imputación de relaciones jurídicas (138). La atribución de responsabilidad puede resultar superflua cuando la satisfacción de los intereses en juego se alcanza con el solo efecto principal del remedio, la imputación al socio, asociado, miembro o controlante.

La responsabilidad del art. 54 LGS y primer párrafo del art. 144 Cód. Civ. y Com. es impuesta a los socios, asociados, miembros o controlantes *que hicieron posible* la conducta incriminada que da lugar a la inoponibilidad. No se restringe a los beneficiarios de esa conducta, ni a los verdaderos titulares de los derechos involucrados: alcanza a quienes incurrieron en la conducta y también a los demás que, por su acción u omisión, la hicieron posible (139). Es una responsabilidad directa y propia de los sujetos alcanzados, derivada de actos propios de ellos (140). En cambio, no se

(137) En el derecho argentino para tal resultado debería recurrirse a una suerte de doble desestimación simultánea, con las complejidades procesales y probatorias consiguientes.

(138) MACAGNO, Ariel A.G., “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales”, con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y previsional, *Revista de las Sociedades y Concursos*, N° 23, Julio-Agosto 2003, ps. 41/2 y 45, donde acertadamente destaca la relevancia de la independencia de ambas acciones, porque para la de responsabilidad se requiere siempre antijuridicidad, lo que no siempre es presupuesto de la imputación a que se refiere la inoponibilidad.

(139) Para la cuestión relativa a otros eventuales responsables, como los administradores, GULMINELLI, Ricardo Ludovico, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en RDCO, 1993-A, ps. 166/7.

(140) VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades unipersonales en el derecho privado”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2021, p. 167; GULMINELLI, Ricardo L., “La inoponibilidad de la personalidad jurídica”, *LA LEY*, 2016-C, 991.

imputa responsabilidad a la propia persona jurídica que se declaró inoponible (141).

Como ya señalé, el segundo párrafo del art. 144 Cód. Civ. y Com., al reproducir el texto del proyecto de reformas a la LGS de 2003, establece también la responsabilidad de “los participantes en los hechos por los perjuicios causados”. El Proyecto de Reformas a la LGS de 2019 utiliza las mismas palabras, pero con el razonable agregado de que ello es “según el grado de su intervención y conocimiento de ellos, si hubieran causado perjuicio”. Así el alcance de las responsabilidades puede extenderse a los administradores de la persona jurídica o a terceros que de algún modo hubieran contribuido a los hechos que dan lugar a la inoponibilidad.

La acción resarcitoria está a disposición de cualquier tercero que haya sufrido un daño, tanto si es por motivo de la conducta que da lugar a la declaración de inoponibilidad, como si es por las consecuencias de la declaración misma, como v.gr., los acreedores de la sociedad declarada inoponible cuando como consecuencia de ello se afectó su patrimonio. Como gráficamente dijo un autor, son daños “causados por la frustración societaria” Cód. Civ. y Com. (142). Incluso la propia sociedad cuya personalidad se declaró inoponible puede ser acreedora de la reparación de un daño que haya sufrido (143).

X. Inoponibilidad y terceros de buena fe

Reconocer la prioridad de los terceros de buena fe puede ser una importante restricción a la efectividad del remedio de la inoponibilidad. No se olvide que el tercero puede ser de buena fe, pero no así el sujeto pasivo de la inoponibilidad. El tema fue motivo de debate en la doctrina y de tratamiento legislativo dispar en la Argentina y en Uruguay. Mientras nuestra ley societaria no lo trató, el art. 190 de la ley uruguaya dispuso que “en ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe”. Ya se dijo que el art. 144 del Cód. Civ. y Com. recogió el texto del proyecto de reformas de 2003 en el mismo sentido, de modo que la discusión debe darse por zanjada en nuestro derecho.

(141) Respecto de las sociedades, en contra: OTAEGUI, Julio César, ob. cit., p. 104, donde sostiene que también responde la sociedad.

(142) SALERNO, Marcelo Urbano, “Los daños derivados de la frustración societaria”, ED, t. 119, p. 976, quien se refiere a supuestos de invalidez de la sociedad, pero igualmente aplicable a este particular caso de ineficacia.

(143) GULMINELLI, Ricardo Ludovico, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en RDCO, 1993-A, ps. 157/60.

No obstante, hubo y hay opiniones encontradas sobre este punto. Otaegui señalaba que “la tutela del tercero de buena fe está presente en nuestro derecho (Código Civil, arts. 970, 1051 y 3430)” (144). En una ponencia se propuso que antes de efectivizarse la imputación de bienes de la sociedad al socio o controlante, debe reducirse el capital de la sociedad y, eventualmente, disolverse y liquidarse, previa garantía en favor de los acreedores sociales (145). También Caputo está a favor de la protección del tercero de buena fe (146).

Sin embargo, cuando la declaración de inoponibilidad cede prioridad a los terceros de buena fe, el instituto pierde parte de su eficacia. En mi opinión, cuando incorporó el tercer párrafo del art. 54 de la LGS la intención del legislador no iba más allá de respetar a los terceros de buena fe que adquirieron derechos concretos sobre el o los bienes involucrados en la inoponibilidad, pero no genéricamente a todos los terceros.

Es interesante destacar que ante una crítica expuesta por Rudolf Reinhardt (147), Serick contestó con un argumento lógico, que comparto, contra el otorgamiento de prioridad a los terceros de buena fe: la aplicación del principio *prior in tempore potior in jure* (148).

XI. Aspectos procesales y prescripción

La pretensión de declaración de inoponibilidad es siempre accesoria de una pretensión principal por medio de la que el actor procura ejercer un derecho. No tendría sentido como pretensión autónoma. Por ello, y porque la necesidad de invocarla puede aparecer como materia de necesario esclarecimiento en las más variadas circunstancias de un conflicto, la inoponibilidad puede plantearse tanto por vía de acción como por vía de defensa (149) y en cualquier tipo de proceso, principal o incidental. En

(144) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 108.

(145) BARGALLO, Miguel Federico - FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “Los acreedores frente a la imputación de activos por inoponibilidad de la persona jurídica (lege lata)”, en V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, Córdoba, 1992, T. II, p. 640.

(146) CAPUTO, Leandro J., ob. cit., ps. 197/201.

(147) REINHARDT, Rudolf, ob. cit., p. 587.

(148) SERICK, Rolf, ob. cit., ps. 25/6. A favor de esta interpretación, con cita de este último, pero anterior al Cód. Civ. y Com., ROITMAN, Horacio, ob. cit., ps. 167/8.

(149) CNCom., sala D, “LC Acción Producciones SA c. Arte Radiotelevisivo Argentino SA”, 27/03/2012, en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 13, 2012, N° 4, p. 169. En el caso se rechazó la pretensión por ir contra los propios actos anteriores de quien la planteaba.

un conocido fallo se admitió incluso que la inoponibilidad de la personalidad jurídica sea demandada como acción meramente declarativa (150). Pero no es viable en la ejecución de sentencia, como lo dispuso la Corte Suprema (151) y también otros tribunales (152), porque violaría el derecho de defensa en juicio.

En razón de su apuntado carácter accesorio, la pretensión de inoponibilidad no tiene un plazo de prescripción autónomo (153). Prescribirá cuando lo haga la acción principal a la que accede.

XII. Cierre

En la exposición precedente no se han abordado enfoques de la inoponibilidad de las personas jurídicas desde otras áreas del derecho fuera de la societaria. No se ha tratado la cuestión en el derecho laboral, fiscal, ambiental, de la concurrencia, ni siquiera en el concursal. El propósito ha sido el de volver a reflexionar sobre el tema a la luz de la evolución de un instituto que es una excelente herramienta para corregir el mal uso

(150) CNCom., sala C, “Vasco Ferrari c. Arlinton SA”, 10/05/1995, LA LEY, 1996-B, 598. En un juicio contra ciertas personas, el actor había procurado embargar un inmueble y un automotor con el resultado de que ambos habían sido transferidos a una sociedad de la que eran accionistas los demandados. Durante el juicio obtuvo, la declaración de que le era inoponible la sociedad y que los bienes pertenecían a sus socios.

(151) CS, “Aguinda Salazar c. Chevron Corporation”, 04/06/2013, LA LEY, 2013-C, 522. En este importante caso internacional, la actora pretendió ejecutar una medida cautelar dictada en Ecuador sobre el patrimonio de sociedades controladas por la demandada. Ello fue rechazado por la Corte que sentó doctrina en varios aspectos: “La personalidad jurídica es un derecho de la sociedad que protege no solo su patrimonio, sino que también atiende a los legítimos intereses de quienes han contratado con ella, por lo cual, este dispositivo excepcional no puede ser puesto en práctica sin la previa sustanciación, por vía principal o incidental, de un proceso contradictorio con efectiva posibilidad de defensa”.

(152) CNCiv., sala A, “Birlen SA c. Von Sanden de Klein”, 29/06/2012 en Revista de las sociedades y concursos, Año 13, 2012-5, ps. 186/7. Se resolvió que era inadmisibile sin previo proceso de conocimiento donde se hubiera establecido el nexo causa. En igual sentido, CNCom., sala A, “Sucesión Rotundo c. Compañía Azucarera Bella Vista SA”, 23/10/2012, en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 14, 2013-1, p. 174.

(153) Que la de inoponibilidad no es una acción autónoma con una prescripción propia fue confirmado por varios fallos. Así CNCom., sala D, “Grosso Fuglini c. Cía. Central de Depósitos SA”, 13/08/2019; CNCom., Sala A, “Ulloa”, 11/05/2007; CNFed. Civ. y Com., Sala I, “Llauró Hnos. Propiedades”, 29/04/1983 referenciados en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 20, 2019-3, p. 87. En contra, ROITMAN, Horacio, ob. cit., p. 199, para quien rige el plazo de la prescripción aquiliana.

de la persona jurídica, pero que debe ser utilizado con ponderación de las circunstancias de cada caso particular; y no dar lugar a excesos que el legislador no ha querido. ♦

EL FUNDAMENTO DEL ORDEN JURÍDICO EN *ANTÍGONA* DE SÓFOCLES

POR SIRO M. A. DE MARTINI (*)

I. El comienzo del día (**)

Las “primeras luces de la madrugada” (1) van dejando atrás la noche de aquel día terrible. El día en que se enfrentaron argivos y tebanos y en las siete puertas se decidió la victoria de Tebas. El día en que mutuamente se dieron muerte Etéocles y Polinices, los últimos varones de la dinastía de los Labdácidas. El día o la noche, en fin, en que Creonte promulgó aquel malhadado edicto por el que dispuso la desigual suerte póstuma de los hermanos.

Las primeras luces de la madrugada anuncian la llegada de un nuevo día. Es el día en que se destruirá la íntima relación fraterna entre Antígona e Ismene. El día en que Antígona entregará su vida por piedad y por amor. El día en que la injusticia de Creonte provocará un desorden en la naturaleza, en la polis y en la vida de los hombres que concluirá en la peor de las desgracias. Este día será, de algún modo, el último día.

Antígona hace salir a Ismene fuera del palacio real. Necesita comunicarle la resolución de Creonte y su propia decisión. Debe hacerlo en la intimidad silenciosa del alba, donde nadie más pueda oírla (2). Y también en la intimidad de amor de las hermanas, de las últimas sobrevivientes de

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 11 de noviembre de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) Descripción de la escena antes del comienzo de la obra. SÓFOCLES, “Antígona” en Sófocles, “Tragedias”, Gredos, Madrid, 1982. Salvo que se diga otra cosa, utilizaremos esta traducción de Asella Alamillo.

(2) V.18.

la familia de Edipo (3). Pero, sobre todo, necesita saber quién es en verdad Ismene, qué destino está dispuesta a asumir (4).

“¡Oh, Ismene, mi propia hermana, de mi misma sangre!” son sus primeras palabras. Ismene nada sabe de la decisión de su tío, tirano reciente de Tebas. Antígona se la revela:

“Pues, ¿no ha considerado Creonte a nuestros hermanos, al uno digno de enterramiento y al otro indigno? A Eteocles, según dicen, por considerarlo merecedor de ser tratado con justicia y según la costumbre, lo sepultó bajo tierra a fin de que resultara honrado por los muertos de allí abajo. En cuanto al cadáver de Polínices, muerto miserablemente, dicen que, en un edicto a los ciudadanos, ha hecho publicar que nadie le dé sepultura ni le llore, y que le dejen sin lamentos, sin enterramiento, como grato tesoro para las aves rapaces que avizoran por la satisfacción de cebarse.

Dicen que con tales decretos nos obliga Creonte a ti y a mí —sí, también a mí—”, enfatiza Antígona personalizando la norma y anunciando quizás su rol protagónico. “Está prescrito —termina de revelar— que quien haga algo de esto reciba muerte por lapidación pública en la ciudad” (5).

El tema de la sepultura —en rigor, el castigo de dejar insepulto un cadáver— revestía para la cultura griega una extrema gravedad de múltiples consecuencias: implicaba ciertamente una deshonra terrena, pero, fundamentalmente, impedía al alma reposar en la vida ultraterrena en el

(3) “Cuando Antígona habla de las aflicciones que Zeus desencadena y desencadenará sobre nosotras dos” emplea el número dual. Este es un accidente gramatical de uso común en el coloquio, como lo sabemos por Aristófanes: aparece en las desinencias de los verbos, nombres sustantivos y adjetivos cuando se trata de dos sujetos designados o cualificados. Nosotros no podemos reproducir en nuestras lenguas este particular instrumento lingüístico. Y sin embargo es fundamental”, STEINER, George, “Antígonas”. Ed Gedisa, Barcelona, 1991, p. 164. Ver también sobre la utilización del dual en la obra, Prada García, Aurelio de: Las cabezas de la justicia: ¿”Antígona-Ismena”? ¿”Antígona e Ismena” ?, ¿”Antígona-” ?, ¿”-Ismena”?. En Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política N° 57, julio-diciembre, 2017, ps. 413-431.

(4) Comenta PRADA GARCÍA, en op. cit., p. 415: “resulta especialmente llamativa en el caso de Ismena, la hermana de Antígona, que ha de enfrentarse con el mismo problema, y tiene, por tanto, la oportunidad de convertirse en protagonista junto con ella, cambiando así el título mismo de la obra e, incluso, el propio carácter trágico del texto, así como el planteamiento inicial de la controversia iusnaturalismo/positivismo”

(5) V.21 y ss.

reino de Hades (6). Además, el cadáver putrefacto envenenaría el aire y los animales —perros, aves de rapiña— muy probablemente mancillarían con la carne arrancada al cuerpo la tierra y aun los altares de la polis (7).

Es decir, el edicto de Creonte decretaba un castigo sin final posible, que recaía sobre un muerto en su misteriosa vida ultraterrena y podía llegar a afectar a la comunidad toda. De esto debían conversar Ismene y Antígona en la soledad del alba.

II. Las hermanas

Escribe Rocha Velasco que “en la muerte, los varones de la familia pasan nuevamente al cuidado del seno femenino. Es un retorno al hogar, un retorno a la primigenia custodia femenina. Desde este punto de vista, los ritos de entierro son tarea particular de la mujer. Esta tarea le corresponde a la hermana, si no están presentes la madre o la esposa” (8).

Por eso, dice Steiner, el “acto de Antígona es el más sagrado que pueda cumplir una mujer” (9).

Esta reconocida obligación fraterna será el trasfondo sobre el que se desarrollará el diálogo —de extraordinaria intensidad— que mantendrán las hermanas.

Antígona ya ha tomado su decisión desde el instante mismo en que conoció el edicto promulgado por Creonte. Habrá de sepultar el cadáver de su hermano Polinices. Habrá de morir, entonces. Su único designio ahora es intentar convencer a Ismene para que la acompañe en su propósito. Se diría que ante el edicto de Creonte se ha conocido a sí misma. Ha conocido su ser y su destino. Se ha descubierto hecha para el amor a su hermano y para el cumplimiento de los sagrados mandatos de los dioses. Y, por lo tanto, se ha descubierta hecha para la muerte. Pero no la muerte de cualquier mortal, sino una muerte trágica, necesaria, inminente; a la cual la conducirán inexorable, gozosa y fatalmente cada uno de sus pasos. Una muerte quizás prevista y deseada por los dioses como una suerte de

(6) GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín, “Antígona: el descubrimiento del límite”, *Revista Persona y Derecho* N° 39 (1998), Universidad de Navarra, p. 87.

(7) ROCHA VELASCO, Omar, “Reverberaciones de la Antígona de Sófocles en Jacques Lacan y Wolfgang Goethe”, *Revista Ciencia y Cultura* n° 25, La Paz (noviembre 2010), apartado 3.

(8) *Ibidem*.

(9) STEINER, G., *ob. cit.*, p. 37.

sacrificio necesario para restablecer el orden que la impiedad de Creonte quebrará en el mundo.

“Antígona —ha escrito Jaeger— se halla determinada por su naturaleza al dolor. Podríamos incluso decir que se halla elegida para él, puesto que su dolor consciente se convierte en una nueva forma de nobleza” (10).

Es cierto que en Antígona se contempla en su máxima expresión ese dolor que tiene la virtud de revelar al héroe su verdadera imagen, su yo más profundo y genuino (11). Por el dolor se conoció Edipo a sí mismo, pero Antígona se conoció a sí misma en el amor y, en él, supo que el dolor era inevitable.

Dicho de otro modo, Edipo y Creonte conocen la verdad de sí mismos en el dolor, Antígona vive en la verdad. Nada se le revela. Lo sabe. Se conoce a sí misma y, en ese conocimiento, descubre y asume su destino (12). Irremediamente trágico, doloroso, heroico, solitario. Pero, a la vez, bello y justo. “Yo lo enterraré, le dice a su hermana, hermoso será morir haciéndolo” (13).

Luego de anunciarle la pena que sufrirá quien desobedezca el edicto de Creonte, Antígona interpela con dureza a Ismene: “Así están las cosas, y podrás mostrar pronto si eres por naturaleza bien nacida, o si, aunque de noble linaje, eres cobarde” (14).

Difícil, además de innecesario, sería juzgar la decisión de Ismene de no acompañar a su hermana en la empresa. Su argumento, ampliamente reiterado, es que sepultar a Polinices es una tarea imposible (15). En rigor, no parece que haya un desacuerdo sobre la posibilidad, sino acerca del modo de actuar ante ella. Ambas saben de su obligación fraterna, ambas saben que dar sepultura a un muerto es una norma divina. Antígona dice que no hacerlo sería un delito de traición a los dioses (16). Ismene pide indulgencia a los dioses, porque actúa coaccionada. Antígona está dispuesta a morir aun sabiendo que fracasará. Ismene, no.

(10) JAEGER, Werner, “Paideia: los ideales de la cultura griega,” FCE, 1968, p. 259.

(11) SANTAMARÍA, Ana Laura, “Ética y tragedia. De la conciencia de lo irremediable a la convicción de lo posible: el caso Antígona.” En <http://itesm.academia.edu/AnaLauraSantamaría>

(12) STEINER, G., ob. cit., p.76.

(13) V. 71.

(14) V. 38/39.

(15) GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín, ob. cit., p. 88. Ver v.39/40, 68, 78/79, 90, 93.

(16) V. 46/46.

Pero unas pocas horas más tarde, también a Ismene la moverá el amor y se ofrecerá a la muerte. Será el amor por Antígona —unido al deseo de honrar tardíamente a Polinices—, será quizás también la presentida soledad ante la muerte inminente de su hermana, pero lo cierto es que Ismene intentará correr la misma suerte que Antígona. Esta se opondrá de modo terminante: “no te lo permitirá Díke” (17). La alusión a la justicia encierra la idea de que no hay justicia sin verdad. E Ismene no ha participado en el intento de enterrar a Polinices. Hay tal vez otra razón, en este caso de orden podríamos decir ontológico: Ismene había ya revelado su ser, y los consiguientes límites de su destino, en su decisión primera. “Sé tú como te parezca” (18) le había dicho Antígona cuando la relación entre ambas se había roto. Ahora, ante el gemido suplicante de Ismene: “¡Ay de mí, desgraciada! ¿Y no alcanzaré tu destino?”, Antígona se limitará a responder: “Tú has elegido vivir y yo morir” (19).

Concluido el Prólogo, en esos iniciales 99 versos, se puede decir que todo está planteado: la opuesta suerte de los cadáveres, la existencia de una norma superior a toda disposición humana, la obligación de cumplir las normas de los dioses, y la decisión de Antígona de morir acatándolas menos por deber que por amor.

III. Del apresamiento a la muerte de Antígona

III.1. *Las leyes de los dioses*

Creonte tenía sus razones. Etéocles era un héroe: había perdido la vida en la defensa de su patria. Polinices, su hermano, —y más allá de los fundamentos que podía tener para ocupar el trono— era un traidor. Un principio intuitivo de justicia parece impedir que se los trate a los dos del mismo modo. Existía la idea, acuñada en luchas de tiempos pasados, conceptualizada luego por los pitagóricos, de que la igualdad es una de las caras de la justicia (20). Quizás la principal. Creonte mismo se encarga de puntualizar la razón por la cual ha ordenado dejar insepulto a Polinices:

“a Polinices, que en su vuelta como desterrado quiso incendiar completamente su tierra patria y a las deidades de su raza, además de alimentarse de la sangre de los suyos, y quiso llevárselos en cautiverio, respecto a este ha sido ordenado por un heraldo a esta ciudad que ninguno le tribute los

(17) V.538

(18) V.71.

(19) V. 554/555.

(20) JAEGGER, Werner, *ob. cit.*, p. 107.

honores postreros con un enterramiento, ni le llore. Que se le deje sin sepultura y que su cuerpo sea pasto de las aves de rapiña y de los perros, y ultraje para la vista. Tal es mi propósito, y nunca por mi parte los malvados estarán por delante de los justos en lo que a honra se refiere” (21).

A Creonte le resulta inimaginable que los dioses puedan no estar de acuerdo con este criterio de justicia. Cuando se le plantea la posibilidad, así sea como mera conjetura, de que hayan intervenido los dioses en la primera violación de su norma, el gobernante “acude a argumentos de carácter racionalista: de una parte, es (humanamente) impensable que los dioses quieran que se honre a los malvados; de otra, es imposible que los hombres logremos afectar u ofender a los dioses (22).

Pero pronto se entera de que su prohibición ha sido violada.

Probablemente durante la noche (23), Antígona había esparcido polvo sobre el cuerpo de Polinices e iniciado los ritos funerarios (24). Desbaratada su obra por los guardianes, lo intenta por segunda vez y es apresada. Entonces Antígona es llevada ante Creonte. Tras unas pocas palabras y al preguntarle el tirano cómo es que se había atrevido a transgredir sus decretos, Antígona da la respuesta que por siglos ha sido estudiada, discutida, citada por filósofos y poetas:

(21) V. 200 y ss. La cuestión de prohibir la sepultura de un cadáver como castigo por lo que la persona había hecho en vida, se había planteado y se plantearía en la vida, la poesía y la filosofía griega. El mismo Sófocles lo había expuesto en la tragedia *Áyax*. En una consideración literaria interesante en torno a la vigencia efectiva de esta ley divina, en *Suplicantes* de Eurípides, Etra dice que violar el deber de dar sepultura a los muertos supone transgredir “las leyes de toda la Hélade” (MAGOJA, Eduardo Esteban, “Derecho, justicia y la representación del *nómos* griego en el ciclo tebano de Sófocles”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 42, número 94, 2017, p. 224). Platón, en cambio, prevé una ley por la que, a los autores de ciertos delitos, luego de ejecutárselos, habrá de impedírseles el acceso al otro mundo dejándolos sin sepultura. Jenofonte cita una ley por la cual los traidores no debían ser sepultados en suelo ateniense; y Plutarco atribuye a Solón una ley que prohibía “a los hombres hablar mal de los muertos”. Es piadoso, sostenía Solón, considerar a los muertos como sagrados (estos últimos tres casos, cit. por STEINER, G., ob. cit., ps. 97/98).

(22) GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín, ob. cit., p. 96.

(23) Ignacio Errandonea resume en “La “Antígona” de Sófocles. Una revisión de su estructura dramática”, *Thesaurus*, t. XVI. Núm. 1 (1961), ps. 127/8, trabajos anteriores en los que desarrolla con sólidos argumentos la idea de que el primer intento de sepultar a Polinices tiene que haber ocurrido la noche previa al comienzo de la trama de Antígona.

(24) V. 245 y ss.

“No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron.

No iba yo a obtener castigo por ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno. Sabía que iba a morir, ¿cómo no?, aun cuando tú no lo hubieras hecho pregonar. Y si muero antes de tiempo, yo lo llamo ganancia. Porque quien, como yo, viva entre desgracias sin cuento, ¿cómo no va a obtener provecho al morir? Así, a mí no me supone pesar alcanzar este destino. Por el contrario, si hubiera consentido que el cadáver del que ha nacido de mi madre estuviera insepulto, entonces sí sentiría pesar. Ahora, en cambio, no me aflijo” (25).

Las palabras con las que comienza el parlamento son quizás las más importantes y decisivas en orden al tema que nos interesa analizar en este artículo: las leyes humanas deben fundarse en un orden superior del cual reciben toda su validez. Se trata de un orden de justicia (*díke*) que el hombre ha recibido de los dioses, y conoce, y que no puede transgredir. No se trata, parece decir Antígona, de una oposición (26) entre la ley divina y la ley humana, sino entre la ley justa y verdadera y el mero abuso de poder bajo apariencia de ley. De algún modo, bajo el aspecto de una rebelión (27), Antígona cumple la ley. La única ley que era tal y que, por ello, debía obedecer. Antígona estaba decidida a acatar la ley de los dioses —la hubiera cumplido aun si el tirano no hubiera sancionado su injusto edicto— y, en rigor, lo que hace Creonte es poner un obstáculo que lleva a que la consecuencia del cumplimiento de la ley sea la muerte.

Estamos ante la afirmación de la existencia y vigencia de leyes no escritas (*ágrapta nómina*) de origen divino. Leyes inquebrantables, es decir, constitutivamente inviolables. Su estabilidad y, por tanto, inmutabilidad (28), se ve reforzada por la idea de que existen desde siempre. Está

(25) V. 450/469.

(26) El tema de la oposición u oposiciones existentes en la obra ha sido ampliamente desarrollado. Ver STEINER, G.: op. cit., p. 179 y ss.; un enfoque que demuestra los alcances del tema en SOARES, Lucas, “El proceso de oposición desarrollado en el fragmento 12 B 1 de Anaximandro, a la luz de su proyección en Antígona de Sófocles”, *Revista de Filosofía y Teoría Política*, La Plata, 2002, ps. 307/316.

(27) PIÑEROS LÓPEZ, Andrés Javier, “La lógica de la desobediencia de Antígona: la primacía de la escena ética” en <https://javeriana.academia.edu/AndrésPiñeros>.

(28) Ver PEPE, Laura, “Escribir las leyes, respetar las leyes no escritas”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 42, núm. 94, 2017, p. 47.

fuera de las posibilidades humanas el conocer si ese “de siempre” puede, sin embargo, tener algún principio y por eso, tal vez, nuestra heroína agrega “y nadie sabe de dónde surgieron”.

El dinámico y fascinante diálogo que sostiene Antígona con Creonte en los versos 507 a 525, nos muestra la actitud de Antígona frente a la vigencia de estas leyes no escritas. Vale la pena citar su parte central (29):

Antígona: No considero nada vergonzoso honrar a los hermanos.

Creonte: ¿No era también hermano el que murió del otro lado?

Antígona: Hermano de la misma madre y del mismo padre.

Creonte: ¿Y cómo es que honras a este con impío agradecimiento para aquel?

Antígona: No confirmara eso el que ha muerto.

Creonte: Si, si le das honra por igual que al impío.

Antígona: No era un siervo, sino su hermano, el que murió.

Creonte: Por querer asolar esta tierra. El otro, enfrente, la defendía.

Antígona: Hades, sin embargo, desea leyes iguales.

Creonte: Pero no que el bueno obtenga lo mismo que el malvado.

Antígona: ¿Quién sabe si allá abajo estas cosas son las piadosas?”

Antígona se para frente a la muerte y se rinde ante su misterio. Ella solo sabe que los dioses quieren que entierre a su hermano. Puede llamar la atención que Antígona ni siquiera ponga en cuestión los crímenes por los cuales Creonte dice que Polinices no merece sepultura (30). No pretende justificar los actos que Polinices realizó en este mundo, tampoco afirma que a los dioses les resulten indiferentes (“¿Quién sabe si allá abajo estas cosas son las piadosas?”), sencillamente no sabe (31). Sabe, sí, que la

(29) Este breve diálogo termina con la magnífica autodefinición de Antígona: “No he sido hecha para el odio sino para el amor”.

(30) LENIS CASTAÑO, John Fredy, “La soledad del héroe trágico. Moral religiosa y decisión ética en Sófocles”, *Lingüística y literatura*, n° 65, Universidad de Antioquía, Colombia, 2014, p. 149.

(31) JUNCO, Ethel, “El mandato del hermano: Antígona para la posmodernidad”, *Alpha* (Osorno) N° 48, julio 2019, p. 57

ley de los dioses no prevé excepciones e instantáneamente comprende y reclama el principio de igualdad ante la muerte: lo que es justo para Etéocles, también lo es para Polinices (32).

III.2. La manifestación cósmica de la injusticia

En un plano teórico de análisis podrían plantearse las razones de ambos protagonistas como argumentos en torno al conflicto entre derecho natural y derecho positivo (33) o, aun, sobre el concepto de justicia. Pero ello implicaría una mera instrumentalización de la tragedia. En la obra hay solo una inicial y aparente confrontación de ideas luego, la obra por sí misma, demostrará la verdad moral de Antígona. Y lo hará del modo en que lo hacen las tragedias: a través de la desgracia y del dolor.

Por una parte, antes o después, todos reconocen la existencia y vigor de las leyes no escritas que mandan enterrar también a Polinices: el Coro (34), Tiresias (35), Hemón (36) y los ciudadanos que hacen oír su voz a través de él. Y Creonte mismo, sobre el final de la trama, cuando arrepentido aún cree que la tragedia puede evitarse, exclama: “Temo que lo mejor sea cumplir las leyes establecidas por los dioses mientras dure la vida” (37).

Por otra parte —y esto es, sin dudas, lo decisivo— los dioses demostrarán la entidad y magnitud de la injusticia de Creonte.

Luego del breve juicio que siguió al apresamiento, Creonte resuelve el modo en que ha de morir Antígona:

“La llevaré allí donde la huella de los hombres esté ausente y la ocultaré viva en una pétrea caverna, ofreciéndole el alimento justo, para que sirva de expiación sin que la ciudad entera quede contaminada. Así, si suplica a Hades —único de los dioses a quien venera—, alcanzará el no morir, o se dará cuenta, por lo menos en ese momento, que es trabajo inútil ser respetuoso con los asuntos del Hades” (38).

(32) HACK, Viviana, “¿De qué estás hablando, Antígona? Ley, decreto y justicia en el diálogo privado entre Antígona e Ismena”, <https://universidadcatolicadesantafe.academia.edu/Viv...>

(33) PRADA GARCÍA, A., ob. cit., p. 414.

(34) V 1270.

(35) V. 998/1090.

(36) V. 683-765.

(37) V. 1114.

(38) V. 774 y ss.

Creonte modifica así el tipo de muerte que debía sufrir el culpable de transgredir la prohibición. El edicto establecía la lapidación, ahora —comenta Alamillo (39)— “vemos que ha cambiado la decisión por la de dejarla morir de inanición, para evitar la violencia física y hacer que la muerte tuviera el aspecto de algo natural y no obra de un hombre”.

Pero este propósito lo presenta en el contexto de otra grave y burlona impiedad: el encierro en la caverna tiene también la finalidad de mostrarle a Antígona “que es trabajo inútil ser respetuoso con los asuntos del Hades”.

Será, como siempre, Tiresias —“el sagrado adivino, el único de los mortales en quien la verdad es innata” (40)— quien le revelará a Creonte la dimensión y consecuencias del crimen que ha cometido.

Ante todo, los signos visibles del trastorno se manifiestan en la naturaleza: los pájaros se despedazan sangrientamente entre sí, los sacrificios de fuego fracasan (41).

El pecado de Creonte ha contaminado la polis. Los altares públicos y privados están infectados por los restos de Polinices arrancados por las aves y los perros. Por ello, los dioses no aceptan súplicas ni sacrificios (42).

Con palabras difíciles, Tiresias termina por explicar la entidad precisa de la injusticia:

“Has arrojado al mundo de abajo a una criatura procedente del mundo de arriba, despiadadamente alojaste un alma viva en el interior de la tumba... luego despojaste a los dioses de bajo la tierra al mantener aquí un cuerpo muerto al aire libre, insepulto, no consagrado por los ritos y los cantos” (43).

Es decir, en palabras de Steiner, que “Creonte no ha cometido un crimen local, limitado... Ha invertido, de una manera que no parece posible para un hombre mortal, la cosmología de la vida y de la muerte... Antígona ha de “vivir muerta” bajo la tierra; Polinices ha de estar “muerto vivo” arri-

(39) En nota 39 de la edición que estamos siguiendo.

(40) Edipo rey, v. 299.

(41) V. 1000 y ss.

(42) V. 1015/1022.

(43) La versión de Robert Fagles. Citado por STEINER, G., ob. cit., p. 217.

ba... Antígona viva es arrojada a las tinieblas; Polinices muerto es dejado a la luz del sol para que se pudra y exhale pestífero hedor. Tiresias nos indica la doble naturaleza del crimen: Creonte contaminó tanto la luz como la oscuridad, tanto el día como la noche” (44).

III.3. La muerte y las muertes

Sófocles es fiel heredero de una concepción de la justicia y el cosmos que proviene de los comienzos del pensamiento y de la poesía de los griegos (45). Los hombres pueden, de hecho, sobrepasar los límites que imponen la naturaleza de las cosas, pero deben pagar por ello. En sus excesos pueden quebrantar el orden, pero esta injusticia traerá aparejada, irremediable y merecidamente, sufrimiento, dolor y, a veces, si el orden no es restablecido, si no vuelve a imperar la justicia, la destrucción final. Edipo tuvo que ser desterrado para que Tebas no pereciera destruida por la peste. Ahora, Antígona debe morir. Morirá como víctima de una norma injusta; morirá, porque prefirió agradar a los dioses antes que a los hombres; morirá, quizás, como sacrificio destinado a aplacar la ira divina.

Creonte se arrepiente, quiere cumplir “las leyes establecidas por los dioses” (46). Pero es tarde y, más aún, es inútil. El mal ha sido consumado. La injusticia del tirano ha corrompido a toda la polis. Pero Creonte no es consciente aún de la dimensión cósmica de sus actos. Se apura en incinerar los destrozos que aún quedan de Polinices y en levantar un elevado túmulo de tierra.

En la gruta lo aguarda la desolación. Antígona se ha dado muerte a sí misma. Pero no basta con la muerte de Antígona. Hemón, su hijo, se arroja contra él en su propósito de matar a quien condenó a su prometida. Falla en el intento por lo que, loco de furia, se entierra su propia espada. Muertos los dos, solo faltará que Eurídice, al enterarse de la suerte corrida por su hijo Hemón, también se suicide, deseándole desgracias a Creonte, su esposo, “asesino de sus hijos” (47).

(44) P. 217.

(45) Ver HESÍODO, “Los trabajos y los días” en Hesíodo: “Obras y fragmentos”, Gredos, Madrid, 1978.

(46) V. 1114.

(47) V.1305. En nota 76 de la edición que empleamos se dice que Megareo, el otro hijo de Creonte y Eurídice, fue sacrificado antes del combate para obtener la victoria de Tebas ante el asedio de los argivos.

IV. El fundamento del orden jurídico

IV.1. *Nómos y Díke*

Se ha dicho que el coro que canta la grandeza del hombre en el estásimo primero (48) (“Muchas cosas asombrosas existen y, con todo, nada más asombroso que el hombre”), sintetiza Antígona en su dimensión filosófica (49).

En efecto, luego de cantar al hombre que ha dominado la naturaleza y creado la civilización, el coro plantea que la habilidad y destreza para “ingeniar recursos, la encamina unas veces al mal, otras veces al bien” (50). De allí que será *hupsípolis*, esto es, estimado por la polis, quien sea capaz de entretejer (o respetar) “las leyes de la tierra y la justicia de los dioses a los que ha prestado juramento” (51).

En otros términos, lo que se plantea desde un principio en la Antígona de Sófocles es que el cometido fundamental del hombre en la polis —lo que es tanto como decir en su vida— consiste en armonizar los planos de la *díke* y el *nomos* (52): la ley humana y la justicia divina.

En el comienzo de la obra, al hacer Antígona referencia al modo en que se ha honrado a Etéocles, dice que a este “por considerarlo merecedor de ser tratado con justicia y según la costumbre, lo sepultó bajo tierra a fin de que resultara honrado por los muertos de allí abajo”. Las palabras que se emplean son *díke* y *nomos*, traducido en este caso por Alamillo como *costumbre*, aunque quizás fuera más apropiado darle el sentido habitual de *ley*, es decir, que Etéocles había sido tratado según correspondía según la ley divina y la ley humana (53).

(48) V. 331/375.

(49) PINKLER, Leandro, “El problema de la ley en la “Antígona” de Sófocles”, *Persona y Derecho*, 39 (1998), p. 169.

(50) V. 365.

(51) V.366/369. Alamillo traduce “respetando las leyes...” Hemos preferido la alternativa “entretejiendo” que cita PINKLER en op. cit.

(52) PINKLER, L., ob. cit., p.171.

(53) HACK, Viviana, ob. cit., escribe: “Pallí Bonnet (1978) traduce $\xi\mu\epsilon\iota\zeta$ como ‘ley’, mientras Asella Alamillo (2001) la considera ‘costumbre’. El Greek-English Lexikon de Liddel, Scott y Jones (1995) incluye costume entre los significados de $\xi\mu\epsilon\iota\zeta$, pero el contexto de la tragedia muestra que Antígona invoca otro $\xi\mu\epsilon\iota\zeta$, relacionado justamente con las divinidades subterráneas ($\tau\epsilon\iota\zeta\ \xi\iota\tau\epsilon\iota$), por lo cual consideramos que resulta más apropiada su semantización como ‘ley’. De esta manera aparece en la versión

Ahora, ¿qué significa entretejer o respetar o armonizar el *nomos* con la *dike*? ¿Cuál es la relación entre ambos? Convendrá que veamos primero cuál es el sentido de *dike* en la tragedia, para luego analizar el modo en que ambos aparecen vinculados.

Lo primero que se destaca en la obra es que Dike es una diosa. En los versos 450/1 se la cita como aquella que, junto con Zeus, tiene la potestad de dictar leyes para los hombres. Y, en lo que resultará decisivo para la tragedia, la norma que prohíbe sepultar a Polinices no solo no ha sido dictada por Dike, sino que es contraria a su voluntad (“No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres”). La presentación de Dike como una diosa —y como una diosa poderosa—, directamente vinculada con la vida social y política de los hombres, se la debemos a Hesíodo, quien seguramente no hizo más que recoger poéticamente lo que era creencia común del pueblo griego. En sus versos, Dike aparece como una hija de Zeus y Temis (54). Es decir, en palabras de Esteban Magoja, Dike posee “un *status* ontológico-cosmológico, y constituye una fuerza que subsiste por sí sola con plena realidad y densidad teológica” (55).

Esta referencia a lo divino se conserva en el uso de la palabra, y de sus derivados, en toda la tragedia. Dike hace siempre alusión a algo superior, a un bien o valor originariamente no humano. En otros términos, dike es una norma que los hombres hemos recibido, no creado, y que debemos procurar reconocer en la realidad misma de las cosas.

Magoja —siguiendo a Lloyd-Jones— afirma que *dike* no solo significa “justicia”, sino “el orden del universo” y, de su propio análisis de la obra, surge que “aquello que Sófocles quiere indicar mediante *dike* es tanto la idea de justicia como la de orden, un *logos* que estructura los acontecimientos mundanos y que opera como marco para el desarrollo de las acciones y su valoración” (56).

Se encuentra, en esta constatación, una continuidad con el extraordinario descubrimiento griego de la íntima vinculación entre *dike* y cosmos, justicia y orden, en el que *dike* se muestra como una clave para penetrar,

de Alemany Bolufer (1957:623), quien traducía “ley divina y humana”, en concordancia con el contexto”.

(54) Teogonía, 902.

(55) MAGOJA, E., ob. cit., p. 236.

(56) *Ibidem*, p. 231.

conocer, mantener y, eventualmente, restablecer el orden de todo lo existente (57).

Este descubrimiento griego de un orden divino del universo (58), como también de las bases para afirmar la existencia de una vida que sobreviene a la muerte —tan presentes ambos en toda la obra—, es algo que trasciende la mera referencia a una concreta divinidad y que permite analizar los problemas y la posición de Antígona, con prescindencia del momento histórico en que la tragedia fue escrita.

Es habitual, y correcto, traducir la palabra *nomos* por ley, aunque corresponde aclarar que, muchas veces, el *nomos* abarca otros o todos los elementos normativos que regulan la vida de los hombres en la sociedad (59).

Sin dudas, hubo momentos en los que la palabra tuvo un sentido solo convencional, mero acuerdo o imposición de los hombres sin referencia a ningún orden objetivo o superior [y de ello es un buen ejemplo la concepción del sofista Trasímaco expuesta en el libro I de *La República* (60)], pero a lo largo del tiempo prevaleció un sentido y una concepción de la ley que la vinculaba con la justicia, de quien era expresión en el orden divino y humano (61). Buen ejemplo de esta íntima relación es la palabra *dikaio syne*, derivada de *dike* y entendida como la *virtud de la justicia*, la cual consistía en el cumplimiento del *nomos* (62). Así aparece en la concepción aristotélica de la justicia legal.

“La ley, se ha dicho, garantiza la vigencia de un modelo en el cual el orden cósmico y divino se articula con el orden humano y lo fundamenta en complejas y variadas formas. Ese orden se encarna en la administración de la pólis y establece reglas de comportamiento justas que no solo están ligadas con los asuntos divinos, sino también con las cuestiones humanas más simples y cotidianas” (63).

(57) JAEGER, Werner, ob. cit. p. 113.

(58) JAEGER, Werner, “Alabanza de la ley”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 22.

(59) MAGOJA, E., ob. cit., p. 235.

(60) 338, c y ss.

(61) WOLF, Erik, “El origen de la ontología jurídica en el pensamiento griego”, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1965, t. I, p. 98, trata la necesaria vinculación del *nomos* con el *logos*.

(62) JAEGER, Werner, ob. cit., p. 109

(63) MAGOJA, E., ob. cit., p. 224. En p. 218 escribe “No considerar que la *dike* constituya uno de los elementos esenciales de toda ley humana es concebir la institución

El *nomos* así entendido no era, entonces, una norma que dependiera del arbitrio de los hombres, sino algo que el legislador debía buscar en las profundidades del ser y luego expresar en lenguaje jurídico y político. “La ley es un descubrimiento de la realidad” escribirá un discípulo de Platón en el *Minos* (64), expresando de este modo el sentido profundo del *nomos*. Por ello, cuando en el mundo griego y, en nuestro caso en Antígona, se habla de leyes divinas no debería pensarse que estamos simplemente ante un modo de calificar una costumbre especialmente valorada por la comunidad (y por ello adjudicada a los dioses), sino ante el descubrimiento de un orden propio de las cosas humanas en cuya creación no ha intervenido el hombre.

Antígona, por tanto, es expresión de este sentido tradicional y profundo del *nomos* y de su necesaria vinculación con *dike*. Las palabras que Antígona dirige a Creonte como explicación de la necesidad de sus actos no dejan lugar a dudas. Por un lado, resalta la existencia de leyes no escritas (*ágrapta nómina*) de origen divino que los hombres deben acatar, por otro, nos dice que las leyes humanas deben ser expresión de las divinas, esto es, de *dike*, y que en esta reside la fuente de su validez.

Habría que detenerse a reflexionar y enfatizar el sentido de esto último que hemos dicho. La afirmación de la existencia de dos clases de leyes — las divinas y las humanas— no deben llevarnos a pensar que se trata de dos ámbitos separados (65). En efecto, si por un lado las leyes humanas deben ser expresión del orden divino designado como *dike*, por el otro, las leyes divinas integran el orden jurídico de la polis. Eran, como expresa un Creonte ya arrepentido, *kathestótas nómous*, esto es, leyes establecidas o vigentes (66).

De algún modo entonces, puede decirse que Sófocles expresa poéticamente —y con singular profundidad— lo que en el campo de la filosofía había escrito Heráclito: “todas las leyes humanas son alimentadas por una [ley] divina” (67). Con su lógica consecuencia: toda injusticia es originariamente una *asébeia*, una impiedad (68).

de manera errónea o desnaturalizarla. Si el *nomos* merece el título de ley es porque recoge también el orden de lo divino, el ritmo universal que gobierna los acontecimientos cósmicos”

(64) *Minos*, 317 d.

(65) MAGOJA, E., ob. cit., p. 217.

(66) V. 1113. Como “vigentes” trad. PEPE, Laura, ob. cit., p. 47.

(67) Frag. 114

(68) PINKLER, L., ob. cit., p. 170.

IV.2. *La interpretación de Aristóteles*

Creo que de lo que llevamos visto surge que en el cosmos que la Antígona de Sófocles es se afirma y justifica que las leyes hechas por los hombres tienen su fundamento y límites en *dike*, la justicia, la cual se expresa a través de leyes no escritas.

Estas leyes no escritas, de origen divino, no son una instancia metajurídica, sino que integran el orden jurídico como su parte central y, según dijimos, fundante.

Unos ciento veinte años después del exitoso estreno de Antígona, Aristóteles —en su *Retórica*— pone el entierro de Polinices como ejemplo de aquello que es justo por naturaleza (*fisei dikaion*). Se refiere allí a “la Antígona de Sófocles al decir que es justo enterrar a Polinices, aunque esté prohibido, porque es justo por naturaleza” (69).

El texto se encuentra en una división que hace Aristóteles entre la ley particular y la ley general, “siendo la particular la que cada comunidad ha determinado para sí misma, bien sea no escrita o escrita, y la general, la que va de acuerdo con la naturaleza” (70). Más adelante, en una singular comparación entre la equidad y la ley general, señala a la inmutabilidad como propia de lo que es justo por naturaleza. Escribe allí que lo equitativo “permanece siempre y nunca cambia, como tampoco la ley general (pues es conforme a la naturaleza)” (71), y ejemplifica nuevamente con las palabras de Antígona en cuanto que las leyes no escritas no son de ahora ni de ayer, sino de siempre.

Podría quizás objetarse que Sófocles no habla de leyes justas por naturaleza, sino de las leyes de los dioses. Pero no se puede pretender que nuestro autor encarara disquisiciones filosóficas en una obra maestra de la literatura universal. Sófocles es un poeta, no un filósofo, y así y todo ha sabido expresar —con no poco detalle— en imágenes, personajes y diálogos cargados de pasión y belleza, toda la tradición griega en lo relativo a *dike* y *nómos* y su íntima y fructífera relación.

Por supuesto, no es la cuestión de los dioses (ni sus nombres) lo que más nos interesa —ya que es claro que nosotros sabemos que Zeus y Díke no son dioses e ignoramos el grado de fe que en su divinidad el mismo

(69) 1373 b 10-1. Empleamos la edición de Alianza, Madrid, 2000. Traducción de Alberto Bernabé.

(70) 1373 b 6-11

(71) 1375 a 28-35.

Sófocles tuvo—, sino la apelación a un orden divino, a la existencia de normas que no han sido creadas por los hombres, y la constatación de que la violación de este orden, de esta realidad recibida, trae necesariamente aparejada la desgracia para la sociedad política y los hombres que la integran. Y es esta la verdad que expresa la *Antígona* de Sófocles y que Aristóteles estudia.

En otras palabras, la idea frente a la cual nos encontramos es que las leyes no escritas de los dioses son justas por naturaleza.

Ahora, si queremos saber cuál es el significado preciso de lo justo por naturaleza que Aristóteles ha visto encarnado en las palabras y hechos de la *Antígona* de Sófocles, debemos abandonar la *Retórica* y recurrir al libro V de la *Ética Nicomaquea*.

En este, tras estudiar lo justo en general (o absolutamente justo), Aristóteles explica qué es lo justo político o sea “lo justo entre los asociados para la suficiencia de la vida, y que son libres e iguales” (72). Luego escribe: “De lo justo político una parte es natural, otra legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación” (73).

Comencemos por la caracterización de *lo justo natural*, para luego reflexionar sobre el modo en que realiza la distinción.

Justo natural, dice en primer término, “es lo que en todas partes tiene la misma fuerza”. Vale decir que su primera nota es su *universalidad*. Al comentar este texto, Santo Tomás de Aquino dice que, según su efecto o virtualidad, lo *justo natural* es aquello que en todas partes tiene el mismo poder y fuerza para inducir al bien y para apartar del mal. Lo cual sucede, agrega, porque la naturaleza —que es la causa de lo justo natural— es la misma en todas partes en todos” (74).

Creo que a esta característica se refiere *Antígona* al decir que hay leyes, las leyes no escritas de los dioses, que han sido instituidas para todos los hombres (“No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres”), y

(72) El texto corresponde a la traducción de Antonio Gómez Robledo. Porrúa, México, 1976, p. 66.

(73) Ídem, p. 67.

(74) Comentario de la *Ética a Nicómaco*, Ediciones CIAFIC, Bs. As., 1983. L V, lección XII, 1018.

que gozan de estabilidad e inmutabilidad: “no son de hoy ni de ayer, sino de siempre”.

La segunda característica de lo justo natural es que “no depende de nuestra aprobación o desaprobación”. Vale decir, que es objetivo. Pero, además y sobre todo, esta caracterización muestra que lo justo natural está por encima de los hombres, es algo que les ha sido dado y, por tanto, que no depende de su parecer ni de su voluntad. Santo Tomás comenta: “muestra lo justo natural según su causa, cuando dice que dicho *justo natural* no consiste en lo que a uno le parece o no le parece, es decir, no se origina a partir de alguna opinión humana sino de la naturaleza”. Y luego explicita que se trata de “ciertos principios naturalmente conocidos, a modo de principios indemostrables —propios del orden operativo— y (de) lo que está próximo a ellos, tales como que hay que evitar el mal, que nadie debe ser dañado injustamente, que no hay que robar y otros similares” (75).

Vemos, pues, que el Aquinate explica *lo justo natural* como lo que en otro lugar de su obra llama *ley natural*, es decir, la participación de la ley eterna en la criatura racional (76).

Con singular fuerza e ironía expresa Antígona esta segunda característica de *díke* cuando dice: “No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses”.

Conviene volver ahora al principio de la división de lo justo político. El texto es: “De lo justo político una parte es natural, otra legal”. Lo *justo político* según habíamos visto, es “lo justo entre los asociados para la suficiencia de la vida”. Vale decir, lo justo concreto, lo justo que regula la vida social de la polis. En términos actuales: el *orden jurídico*. Y bien, lo que nos dice aquí Aristóteles es que lo justo natural es parte integrante del orden jurídico y, dadas sus características, su base y fundamento. Es lo mismo que encontramos en Antígona bajo la expresión *kathestótas nomous*: las leyes de los dioses son leyes establecidas o vigentes.

(75) *Ibidem*.

(76) ST, I-II, 91, 2.

V. El fin de los labdácidas

Antígona ha muerto. Ha marchado hacia su fin atravesada por la angustia y el dolor. Llora por ir a la tumba virgen (77), sin bodas (78) y sin conocer la maternidad (79). Su fortaleza, su decisión, la certeza de estar cumpliendo con su deber no pueden evitar la inmensidad de su sufrimiento.

“Vedme, ¡oh ciudadanos de la tierra patria!, recorrer el postrer camino y dirigir la última mirada a la claridad del sol. Nunca habrá otra vez” (80).

Antígona desaparecerá de la faz de la tierra y con ello se habrá consumado la maldición que pesaba sobre la casa de Lábdaco.

Canta el coro: “Veo que desde antiguo las desgracias de la casa de los Labdácidas se precipitan sobre las desgracias de los que han muerto, y ninguna generación libera a la raza, sino que alguna deidad las aniquila y no les deja tregua” (81). Layo, Edipo, Etéocles y Polinices. Y ahora Antígona.

Solo que Antígona es la única que muere por cumplir la sagrada ley de los dioses. Su abuelo, su padre, sus hermanos, en todos ellos había una culpa; el mismo Edipo —el sufriente por excelencia— aun sin tener conciencia de la dimensión de sus actos, encarna una monstruosa injusticia que debe ser eliminada. Únicamente Antígona tiene un destino glorioso. Quizás sea porque solo ella en su entidad deslumbrante, en su elección de la muerte por amor y por piedad, fue creación pura de Sófocles.

Todas las obras que conocemos, vinculadas con el linaje de los Labdácidas (82), hunden sus orígenes en antiguos mitos que los poetas recrean, modifican, alteran. Pero la historia de Antígona no tiene precedentes. Solo al final de *Siete contra Tebas*, ante el decreto de las autoridades de la ciudad (trasmitido por el heraldo) de no dar sepultura al traidor, Antígona se

(77) V. 867.

(78) V. 876 y 917.

(79) V. 918.

(80) V. 808/10.

(81) V. 593/98.

(82) Ver VILLAGRA DIEZ, Pedro, “Recuperación y ampliación del mito de los labdácidas en Antígona de Sófocles. Su funcionalidad en la dinámica dramática”, *Synthesis*, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, vol. 18, 2011, ps. 97-112

declara dispuesta a dársela. Pero puede conjeturarse que ese pasaje no estaba en el original de Esquilo, sino que fue agregado posteriormente (83).

Quedará Ismene. La última de los labdácidas. Ella también amó y quiso acompañar a Antígona para morir juntas. Pero su destino había quedado sellado en aquel amanecer terrible. Su destino es vivir. Pero es una vida que se apaga. Ismene no tendrá futuro trágico ni literario. Reaparecerá en las recreaciones de la obra de Sófocles, pero su vida será siempre la sombra de su hermana.

Antígona, esa obra inagotable, llega a su fin. Creonte ha perdido su familia, su poder, su honor y, de algún modo, se ha perdido a sí mismo. Pide a sus esclavos: “sacadme cuanto antes, llevadme lejos, a mí que no soy nadie” (84). Él también, como Antígona, como Ismene, se ha conocido a sí mismo. Ha logrado penetrar el sagrado mandato que preside el oráculo de Delfos: *gnóthi seautón*, “conócete a ti mismo”. Y se ha encontrado con la nada. “Llevadme lejos, a mí que no soy nadie”. Ansía una muerte inmediata, pero Sófocles no se la concederá. Creonte ha contaminado la naturaleza, ha quebrado el orden divino del universo. Creonte, el impío, ha querido extender su poder al reino de los dioses. Ha querido, en su torpe osadía, violentar el límite misterioso que separa la vida de la muerte. No habrá paz para él. Está condenado a sufrir, sin consuelo posible, un largo día sin final. ♦

(83) V. 1005 y ss. Ver VILLAGRA DIEZ, Pedro, ob. cit., p. 107. El mismo Polinices aparece en Edipo en Colono (v.1410) pidiendo que se le tributen honras fúnebres, pero es la última obra de Sófocles muy posterior, por tanto a Antígona.

(84) V. 1325.

SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

POR JULIO CÉSAR RIVERA (*)

I. Introducción. Objetivos de esta comunicación (**)

Hace poco más de veinte años presentamos en esta misma Academia un informe sobre posibles reformas a la Ley de Concursos, lo que estaba justificado en la crisis del 2001/2002 (1).

Hoy estamos viviendo un nuevo período de inestabilidad económica, causado por la confluencia de la pandemia que se ha abatido sobre el mundo y por factores propios de Argentina. Y si bien ello no ha ocasionado una catarata de concursos y quiebras como se avizoraba por muchos en la etapa del confinamiento, lo cierto es que pequeñas, medianas y grandes empresas están tratando de superar serias dificultades, todo lo cual renueva el interés por los mecanismos legales que lidian con la insolvencia.

Por lo demás, la revisión de los procedimientos concursales ocupa de manera permanente a abogados, legisladores, profesores, empresarios, bancos y muchas veces a los ciudadanos de a pie, lo que se justifica en que —como hemos dicho más de una vez— esta es la rama del derecho de la insatisfacción permanente, ya que por definición el derecho concursal asume una realidad patológica como es la insolvencia, por lo que siempre estamos tirando de una manta corta. Pero ello no debería conducir a una suerte de nihilismo o conformismo con esta insatisfacción, y por ello

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 25 de noviembre de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) RIVERA, Julio César, “Propuestas para un sistema concursal más eficiente”, Acad. Nac. de Derecho 2001, 284; Cita: TR LALEY AR/DOC/10289/2003; v. también Insolvencia de la persona física (en especial los consumidores), DCCyE 2010 (noviembre), 3, TR LALEY AR/DOC/7286/2010.

permanentemente se buscan nuevas herramientas que ayuden a paliar, aunque sea parcialmente, los defectos que se manifiestan en los procedimientos de que se dispone. Y a ello se ha abocado la doctrina de los autores (2) y muy recientemente un importante congreso organizado por la Universidad Nacional del Sur. Es sobre la base de esos aportes, así como del contenido de la Directiva de la Unión Europea 2019/1023 (3) y de un informe muy reciente del World Bank (4), que presentamos algunas propuestas para la simplificación de nuestros procedimientos concursales.

II. Primera cuestión: la pandemia como oportunidad para la despapelización de los procedimientos

La “despapelización” es un proceso por el cual se suprime o elimina el papel, lo cual es hoy en día posible gracias a las herramientas tecnológicas que permiten la digitalización de los contenidos que originalmente constaban en soporte físico papel.

Se justifica en el costo del papel, en razones ambientales, pues con ello se preservan los bosques, en el peso y el lugar que ocupan los documentos en papel, lo difícil que es transportarlos y conservarlos, su fragilidad, etc.

De modo que la despapelización aparece como un objetivo universalmente compartido en todas las esferas de la actividad humana.

Ello se manifiesta también en los procedimientos judiciales y obviamente ello es aplicable a los inmensos volúmenes de papel que causan los procesos concursales. Los viejos abogados porteños pueden recordar que se crearon secretarías *ad hoc* para atender algunos concursos (*La Ber-*

(2) Solo a título de ejemplo: GRAZIABILE, Darío J., Hacia dónde se dirige (o debiera dirigirse) el derecho concursal local, RDCO 292, 101, TR LALEY AR/DOC/3462/2018; RASPALL, Miguel A., “El derecho concursal argentino en su estado actual”, RDCO 292, 3, TR LALEY AR/DOC/3489/2018; BOTTERI (h.), José D. - DASSO (h), Ariel G., “El derecho concursal argentino y la pandemia de covid-19: propuestas de mejora”, LA LEY, 2020-B, 999, TR LALEY AR/DOC/1234/2020; GERBAUDO, Germán, “Pensar el derecho concursal frente a la pandemia por COVID-19”, JA 2020-II, TR LALEY AR/DOC/1731/2020; VÍTOLO, Daniel, “La reforma de la ley de quiebras en la pospandemia y la necesidad de sancionar un código de bancarrotas, a veinticinco años de vigencia de la ley 24.522”, Doctrina Societaria.

(3) Tuvimos conocimiento de esta Directiva por una presentación del colega Marcelo Gebhardt ante la Asociación Argentina de Derecho Comparado en este mismo año 2021.

(4) Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debt or Regime. Cabe apuntar que de la elaboración de este informe participó el distinguido colega Adolfo Rouillon.

nalesa, por ejemplo), lo que estaba causado no solo en la complejidad del caso sino en la singular cantidad de cuerpos de expedientes que se acumulaban. Y no quiero imaginar lo que podría significar para el juzgado de Reconquista o para el juzgado de una ciudad del interior de Córdoba en los que —respectivamente— tramitan los concursos preventivos de Vicentín y Molinos Cañuelas.

Así, tanto para reducir costos como para cuidar de nuestro planeta, resulta necesario buscar una alternativa al papel, que nos permita gestionar los documentos de manera ágil y simple.

Y la oportunidad para poner en ejecución la despapelización de los procedimientos —o solo concursales sino judiciales en general y también los arbitrales— ha sido la pandemia (5).

Ante la necesidad de no interrumpir *sine die* el curso de los procesos de cualquier índole, los tribunales judiciales tuvieron que improvisar soluciones apelando a la tecnología disponible. Y lo cierto es que lo han hecho con criterios muy apropiados, pues concursos “grandes” o no, nuevos o en trámite, en juzgados especializados o no han sido adaptados a las circunstancias imperantes.

Las soluciones imaginadas por los distintos juzgados con competencia en lo concursal han sido diversas, pero partiendo de criterios básicos comunes, como la posibilidad de que los acreedores justifiquen sus créditos sin acompañar los documentos físicos y que ciertos actos del proceso de concreten por vía de plataformas de comunicación a distancia. Es lo que hoy la doctrina denomina *VNP por verificación no presencial*.

Así, en algún caso se dispuso que las pretensiones verificadoras se enviaran por correo electrónico a la sindicatura, la que podría pedir la exhibición de los documentos físicos al acreedor. Dentro del plazo de 24 hs de vencido el plazo del art. 32 LCyQ, la sindicatura debía enviar un correo electrónico al concursado y a todos los insinuantes con un listado con las verificaciones presentadas. En base a este listado, los interesados podían pedir a la sindicatura que se les enviara por correo electrónico las insinuaciones que se quieran compulsar. Las observaciones a los créditos

(5) En un trabajo reciente se afirma que la pandemia ha actuado como un catalizador de la implementación de soluciones digitales: ZERBINI, César, “Legal tech. El impacto de la tecnología en las profesiones jurídicas. Elementos para un análisis legal”, Revista de Derecho Empresario, núm. 5 - Nov. 2021.

insinuados en el pasivo también se formularían por correo electrónico dirigido a la sindicatura (6).

Un poco más sofisticado fue el procedimiento creado por otro tribunal, pues si bien las verificaciones de crédito se proponían por medio de correo electrónico dirigido a la sindicatura, esta debía digitalizarlas y subirlas a un incidente electrónico creado a tal efecto. Las observaciones a los créditos también se remitirían por correo electrónico a la sindicatura (7).

Otro tribunal de 1ª Instancia avanzó un poco más y dispuso que las verificaciones de crédito se formularan por presentación electrónica de escritos en un incidente creado a tal efecto, al que se denominó “Incidente de insinuación de créditos.” Y previó que el acreedor no contara con asistencia letrada y por ende no tuviera domicilio electrónico para “subir” el escrito a la página del Poder Judicial de la Nación; en ese caso el acreedor debería pedir turno a la sindicatura para presentar la verificación en papel en su oficina; luego la sindicatura digitalizaría la insinuación y procedería a subirla al incidente electrónico (8).

También fueron facilitados otros trámites. Por ejemplo el viejo formulario 3003 se ha remplazado por una comunicación electrónica al Archivo de Actuaciones Judiciales por vía DEO (diligenciamiento electrónico de oficios entre oficinas PJN); el pago de arancel para verificar se suele hacer mediante transferencia a una cuenta bancaria de la sindicatura. Y el libramiento de oficios de inhibiciones, restricciones de salidas del país y en general (siempre que la entidad esté adherida) por vía DEOX (diligenciamiento electrónico de oficios de entidades externas al PJN) (9).

(6) JCom. Nº 6, autos “RP Agropecuaria SA s/ concurso preventivo”. Verificaciones por correo electrónico fueron autorizadas en otros procesos: Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo Comercial núm 29/58, autos “Clienting Group SA”; JCom. Nº 31, autos “Alarcón”.

(7) JCom. Nº 7, autos “Overseas Properties SA”.

(8) JCom. Nº 24, autos “5 Cepas SRL”.

(9) Sobre estos temas pueden verse estos trabajos de Lucas ABAL: <https://abogados.com.ar/el-tramite-de-los-concursos-preventivos-en-tiempos-de-pandemia-algunas-sugerencias-para-asegurar-la-eficacia-del-proceso-concursal/25820> <https://www.linkedin.com/pulse/comentarios-prop%C3%B3sito-del-tr%C3%A1mite-de-un-concurso-preventivo-abal/> <https://www.linkedin.com/pulse/preguntas-frecuentes-sobre-la-gesti%C3%B3n-de-expedientes-judiciales-abal/> También ponencia al Congreso de Derecho Concursal, CORRADO, Florencia, “Las VNP y otros usos de las tecnologías en la justicia”, disponible en <https://congresoconcuralsabahiablanca2021.com/wp-content/uploads/2021/11/TOMO-IV-Modernizacio%CC%81n-del-proceso-concursal.pdf>. Contiene información de varias jurisdicciones.

Pero donde probablemente más notorio ha sido el progreso es en el caso “Vicentín S.A.I.C. s/ concurso preventivo” que tramita por ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Segunda Nominación de Reconquista, Santa Fe, a cargo del juez Fabián Lorenzini.

Este macroconcurso —calificación que hacemos por la envergadura de la empresa, la cantidad de acreedores y la magnitud del pasivo, fue presentado el día 10 de febrero de 2020— tuvo resolución de apertura el 5 de marzo, venciendo el plazo original para verificar el día 9 de junio de 2020. No escapa al menos avisado que a pocos días de la resolución de apertura se dispuso el confinamiento causado en la pandemia COVID-19 y se declaró fería judicial, lo que hizo que el tribunal interviniente prorrogara todos los plazos y se habilitara el proceso de verificación no presencial (10).

El juez consideró que la preparación, presentación y recepción de los pedidos de verificación bajo la modalidad tradicional (presencial en soporte papel en las oficinas habilitadas por el órgano sindical para ello), entrañaba en dichas circunstancias sanitarias un riesgo la salud de los individuos involucrados en el proceso concursal. Por lo que propició un nuevo análisis del art. 32 LCQ, que impone la forma escrita para el pedido de verificación de créditos tradicionalmente interpretada como escritura impresa en papel.

Lo cierto es que la posibilidad de documentar hechos y actos jurídicos de forma electrónica o digital y por ende la alternativa de tramitar la verificación de créditos “sin soporte papel” se encuentran expresamente consagradas en la legislación de nuestro país. Ello es así tanto por las disposiciones de la ley 25.506 (vigente desde noviembre de 2001), como en virtud de lo dispuesto por los artículos 286, 288 y 1106 del Código Civil y Comercial. Sin olvidar el artículo 319 del mismo Código, que es una norma de neto corte procesal y tiene singular importancia a la hora de valorar la eficacia probatoria de los hechos o actos jurídicos ocurridos o realizados a través de medios informáticos, o sea, la prueba electrónica (11).

Es en ese contexto legal que el tribunal gestó el proceso de verificación de créditos no presencial (VNP) que permitió a los acreedores concretar

(10) Resolución del 12/5/2020.

(11) Ponencia al Congreso de Derecho Concursal, DE CÉSARIS, M. Cristina - LORENZINI, Fabián S. “Verificaciones no presenciales. Utilización de tecnologías de la información y comunicación en los procesos concursales. Un salto cualitativo en los sistemas tradicionales de gestión judicial”, disponible en <https://congresoconcuralbahiablanca2021.com/wp-content/uploads/2021/11/TOMO-IV-Modernizacio%CC%81n-del-proceso-concursal.pdf>

sus presentaciones sin necesidad de constituirse físicamente en las sedes designadas por la sindicatura, ingresando en cambio en un portal o vínculo de acceso, habilitado especialmente a tales fines por la Sindicatura Concursal, mediante el uso de las tecnologías digitales disponibles.

La pretensión verifcatoria debería a) Justificar causa o título anterior; b) Indicar monto, causa y privilegio para el caso de existir; c) Formular su petición en forma escrita (no limitada al papel); d) Acompañar los títulos justificativos (enumerar y poner a disposición de la sindicatura tales elementos, por cualquier medio electrónico: archivos adjuntos, discos virtuales, etc.); e) expresar domicilio.

La sindicatura habría de expedir un recibo provisorio y los acreedores están obligados a resguardar la documentación original en condición de depositarios judiciales, debiendo proporcionarla a la sindicatura o al juzgado, en cualquier momento y circunstancias, a simple requerimiento.

A los efectos del cumplimiento del art. 34 LCyQ (que establece que durante los 10 días siguientes al vencimiento del plazo para solicitar la verificación, el deudor y los acreedores pueden concurrir al domicilio del síndico, a efectos de revisar los legajos y formular por escrito las impugnaciones y observaciones respecto de las solicitudes formuladas), la resolución dispuso que todas las pretensiones verifcatorias presentadas (tanto en modo presencial como no presencial) y su documentación respaldatoria, debían estar a disposición de los demás acreedores y de la propia concursada, en el sitio *web* de la sindicatura.

Luego de revisar cada pedido de verificación no presencial, relevar la documental respaldatoria y cotejar el pago del arancel, la sindicatura debía emitir un recibo definitivo en el plazo de 10 días desde que ingresó el pedido de verificación no presencial.

Por su parte la sindicatura interviniente ideó un ingenioso y riguroso procedimiento con el objeto de que los acreedores presenten los pedidos de verificación de créditos bajo la modalidad no presencial evitando de esa forma recurrir a las oficinas sindicales.

Los puntos más novedosos de la VNP fueron los siguientes:

- Era un procedimiento alternativo y optativo. Esto quiere decir que el pretense acreedor podía optar entre verificar su crédito de manera presencial o no presencial.

- La sindicatura contaba con tres canales oficiales de comunicación: una página web y dos direcciones de correo electrónico.

- Los pretensos acreedores tenían que declarar una dirección de correo electrónico y realizar desde allí el pedido de verificación.

- El envío de la información se realizó a través de su carga en un sistema de envío de archivos, y se envió un *link* de descarga de la información.

- Se debía cumplir con la carga de un formulario, donde se detallaba la documentación que debía subirse.

- Los acreedores además debían suscribir una declaración jurada respecto de la veracidad de la información cargada y la documentación subida.

- Se debió realizar también el *hasheo* del paquete de archivos. Esto permite obtener una identificación numérica (*hash*) que asegura su correspondencia y evita cambios o alteraciones en el contenido.

- El 5 de junio de 2020 el juez aprobó el *reglamento de verificaciones no presenciales (VNP) de créditos presentado por la sindicatura*.

En otro concurso también muy importante, en la Provincia de Córdoba (12), donde se habilitó la verificación no presencial en la misma resolución de apertura del concurso de Molinos Cañuelas de trámite por ante el Juzgado Civil y Comercial de Río Cuarto, se aplica el Protocolo de Actuación Profesional de Sindicatura Concursal elaborado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, juntamente con agentes del fuero concursal de la Capital, que había sido aprobado por el Superior Tribunal de la Provincia.

Las reglas de actuación fijadas en dicho Protocolo no son de carácter obligatorio, sino que aspiran a ordenar el proceso concursal conforme a los principios de celeridad, eficacia y eficiencia.

En el punto VI del mentado Protocolo, referido a la “tramitación del proceso concursal, se disponen reglas muy detalladas para la verificación no presencial.

La revisión que venimos haciendo demuestra como los tribunales de distintas jurisdicciones han implementado soluciones que permitieron la continuación de los procesos concursales con mínimas interferencias. Se evidencia además que con el transcurso del tiempo las medidas adoptadas por los tribunales fueron cada vez más precisas, tendiendo siempre

(12) JCiv., Com. y Flía. 6ª Nom., Río Cuarto, “Molino Cañuelas S.A.C.I.F.I.A. - gran concurso preventivo”.

a asegurar el derecho de los acreedores a solicitar oportunamente la verificación de sus acreencias, el control de las mismas por el concursado y otros acreedores, la preservación de la documentación original, etc. El caso de la Provincia de Córdoba evidencia también el involucramiento de los cuerpos profesionales.

En cuanto a los resultados, la sola digitalización de los legajos de los acreedores ha traído beneficios tales como: la conservación a un bajo costo (vs. legajo en papel, que los juzgados no tienen espacio para conservar); mayor facilidad en la búsqueda y trabajo del material; evitar el uso indiscriminado de papel, economizando el proceso y protegiendo el medioambiente; control mucho más amplio por parte de la concursada y los demás acreedores concurrentes, dado que cada legajo podría ser visualizado también vía remota por todos los que tengan un interés legítimo para ello; evitar traslados para aquellos acreedores y patrocinantes que no tengan domicilio en la jurisdicción de la sindicatura (13). Y hasta donde sabemos no se han generado cuestiones causadas en el funcionamiento de las VNP.

Ello plantea entonces dos cuestiones: (i) si estas soluciones ad hoc vinieron para quedarse o si vamos a volver a lo anterior, (ii) si conviene estandarizar estas soluciones integrándolas en la ley.

Quiero señalar que el primero de estos interrogantes no aplica solo a los procedimientos concursales, ni aun a los judiciales. En el mes de septiembre participé de un congreso sobre arbitraje comercial internacional que se celebra anualmente en Madrid donde el tema que más interés concitó y más debate suscitó fue justamente este, o sea si los procedimientos “a distancia” reemplazarían más o menos definitivamente a los procedimientos tradicionales. En este ámbito del arbitraje comercial, debo puntualizar, las instituciones administradoras de arbitrajes habían reaccionado rápidamente dando instrucciones y adoptando reglas para legitimar el uso de herramientas tecnológicas en los arbitrajes.

Lo cierto es que la conclusión casi inexorable es que los procedimientos a distancia y despapelizados han venido para quedarse definitivamente, sin perjuicio de que la gran mayoría de los participantes en aquel certa-

(13) Ponencia al Congreso de Derecho Concursal de DUARTE, M. Luisa; MARTÍNEZ, Rubén; MARZETTI, Belén y ROCCA, Luján, “Algunas consideraciones sobre el expediente digital en Santa Fe y su impacto en el proceso concursal”, disponible en <https://congresoconcursalbahiablanca2021.com/wp-content/uploads/2021/11/TOMO-IV-Modernizacio%CC%81n-del-proceso-concursal.pdf>

men manifestó su preferencia por las audiencias presenciales de testigos, expertos y alegatos.

Lo mismo acaecerá en los procesos concursales y en los judiciales en general. El avance inexorable de la tecnología aplicada a los procedimientos no admite retrocesos.

En cuanto al segundo punto, mi propuesta es que las soluciones que se han introducido por vía pretoriana en este año y medio deberían consolidarse incorporándolas en la legislación. De este modo se uniformarían los distintos criterios existentes, y se daría seguridad a los usuarios.

En este orden de ideas el ya mencionado informe World Bank 2021 propicia que *La ley debería permitir el uso de herramientas y datos electrónicos para simplificar los procesos. Si es posible deberían establecerse formularios normalizados y de presentación en línea* (14).

Esto es un avance pequeño si se quiere frente al gran salto evolutivo que ha planteado Daniel Vítole en un artículo publicado en La Ley del 6/10/2021 (15), en el que anticipa las ventajas de la utilización de la inteligencia artificial en los procedimientos concursales. Lo que fuera anticipado en un trabajo de Hugo Monzón (16).

En definitiva, la VNP puede ser un paso pequeño, pero es un paso adelante en la modernización del sistema de justicia, la despapelización y en orden a una mayor eficiencia en los procedimientos concursales.

(14) Una de las ponencias presentadas en el Congreso de Derecho Concursal 2021 se propuso "...la implementación como elementos integrantes de las presentaciones procesales en el trámite concursal de formularios digitales, con información cuantitativa y cualitativa relevante que acompañe los escritos del concursado, los informes de la sindicatura y las resoluciones judiciales, o incluso los sustituyan, de manera de contar con elementos de análisis permanentes, públicos y transparentes esenciales para la tramitación del caso, la toma de decisiones de acreedores, síndicos y jueces, y para el análisis de los expertos a posteriori. Esto permite además analizar la eficiencia del sistema para cada caso concreto y para la administración "macro" del sistema de tratamiento de la insolvencia": PÉREZ, Fabiana y DASSO, Ariel G., "Modernización e instrumentación de las nuevas tecnologías en el ámbito concursal. Una propuesta concreta. Los formularios inteligentes". Disponible en <https://congresoconcursoalbahia-blanca2021.com/wp-content/uploads/2021/11/TOMO-IV-Modernizacio%CC%81n-del-proceso-concursal.pdf>

(15) VÍTOLO, Daniel, "Inteligencia Artificial (IA) y su utilización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY 06/10/2021, 1.

(16) MONZÓN, Hugo G., "La crisis, los juristas y una eventual reforma concursal", LA LEY 27/08/2020, 1.

III. Algunas cuestiones de fondo

III.1. De la diversidad a la unificación de los procedimientos concursales: la cuestión de las micro, pequeñas y medianas empresas y las personas físicas

Creo que no me equivoco si afirmo que hoy existe una coincidencia virtualmente unánime en la necesidad de generar procedimientos concursales alternativos adecuados a las circunstancias de distintos sujetos. Es que hace décadas ha sido denunciado que no tiene razón de ser que el procedimiento concursal sea básicamente el mismo para una macroempresa que para un pequeño comerciante o para un consumidor sobreendeudado (17).

Ahora bien, este es un tema que a su vez genera múltiples cuestiones, pues como señalara con su agudeza habitual el profesor Héctor Alegria, las personas físicas pueden encajar en situaciones muy diversas, pues hay personas con ingresos regulares (salario, jubilación) (18), así como artesanos, productores primarios (agricultores, ganaderos); y pequeños comerciantes.

A los que puede agregarse el caso del accionista o director de sociedades que por las características del funcionamiento del mercado de crédito en Argentina se obliga como codeudor de las obligaciones asumidas por la sociedad de la que forma parte.

Y también puede haber quienes no encajan en ninguna de estas categorías, pero son consumidores de crédito: amas de casa, hijos de familia que tienen acceso a tarjetas de crédito, dependientes pero que no pueden acreditar una relación regular (“en blanco”), porque trabajan justamente “en negro” y no están bancarizados, pero entonces recurren a crédito directo de casas de artículos del hogar o de financistas marginales (más de uno de Uds. habrá alguna vez recibido volantes que publicitan “dinero en el acto” o semejantes).

Mucho más acá en el tiempo, otro jurista experto en el área concursal, Daniel Truffat, publicó un trabajo sobre concurso, sobreendeudamiento y

(17) Nosotros mismos dedicamos algún trabajo a la insolvencia de las personas físicas, en particular de los consumidores, en el que hicimos un repaso de las soluciones expuestas en el derecho comparado: v. RIVERA, Julio César, “Insolvencia de las personas físicas (en particular de los consumidores)”, TR LALEY AR/DOC/7286/2010.

(18) Criterio que es tenido en cuenta por ejemplo en el derecho de los Estados Unidos entre los que destacan los empleados públicos.

pandemia donde refresca aquellas “categorizaciones” que hiciera Alegría a la luz de las realidades vigentes en este tiempo, aludiendo —a título de ejemplo— a los códigos de descuento de los policías santafesinos o los docentes mendocinos, las prácticas del comercio informal sin *ticket* ni factura y la existencia de un crédito al que califica de “canalla” (19).

Para enfrentar esta realidad partimos de una idea hoy indiscutible: el pequeño concurso de la ley vigente es un procedimiento absolutamente inapropiado para la solución de la insolvencia de las personas físicas, y aun para las micro y pequeñas empresas, pues sus peculiaridades no lo distinguen del procedimiento concursal común.

Por lo que es preciso gestar procedimientos simplificados para estos sujetos. Y aquí se abren varias posibilidades: una, que consiste en generar un procedimiento único para personas físicas que desarrollan algún tipo de actividad económica, y pequeñas empresas en la que queden comprendidas las deudas de consumo; otra, que implica crear un procedimiento de saneamiento de deudas causadas en relaciones de consumo y un procedimiento de concurso simplificado para las pequeñas y medianas empresas.

La mayor parte de la doctrina nacional coincide en que la vía más apropiada es la gestación de dos procedimientos distintos: uno para deudas de consumo y otro para las micro y pequeñas empresas y personas humanas que desarrollan algún tipo de actividad económica. Así, un colectivo integrado por profesores, abogados y contadores que trabajan en el área del derecho concursal, denominado *El Arca* y cuyos trabajos han sido difundidos por autores de reconocido prestigio en el área (20). En concreto en ese trabajo colectivo se postula la creación de un procedimiento al que se denomina “saneamiento por deudas de consumo” y un “concurso preventivo simplificado”.

Al primero podrían acceder personas humanas cuyos ingresos no superen las sesenta canastas básicas familiares, que, exceptuando su vivienda, no sean titulares de bienes registrables que superen el tope establecido como mínimo imponible del impuesto a los bienes personales; que el pasivo no supere el monto de las sesenta canastas básicas familiares. Y el objetivo del procedimiento es negociar deudas causadas en relaciones de consumo.

(19) TRUFFAT, Daniel, “Concurso, sobreendeudamiento y pandemia”, *Doctrina Societaria y Concursal*, noviembre 2021.

(20) v. TRUFFAT, Daniel - MALLO, Rafael, “Un proyecto de reforma de emergencia a la ley de concursos y quiebras”, *DSyC (Errepar)*, setiembre 2020.

Las definiciones del objeto y las condiciones del sujeto beneficiario del procedimiento son un poco estrambóticas en tanto relacionadas con parámetros que varían de tiempo en tiempo y que pueden resultar razonables para la ciudad de Buenos Aires, pero devenir disparatadas para una pequeña ciudad de provincia, o a la inversa. El derecho comparado muestra que las leyes suelen definir de manera mucho más precisa al sujeto que pueda acceder a este tipo de procedimientos especiales.

Por su parte Daniel Vítolo ha propuesto en el Congreso de Derecho Concursal de Bahía Blanca “... un nuevo estatuto concursal sancionando un Código de Bancarrotas, en el cual se regulen tres procesos básicos: I) Un primer sistema, o proceso, conformado por un conjunto de normas dinámicas y ágiles, aplicables a las pequeñas y medianas empresas —personas jurídicas privadas— y a las personas humanas que desarrollen una actividad económica en forma organizada bajo una estructura de empresa, o sean titulares de un establecimiento comercial, industrial agropecuario o de servicios. II) Un segundo sistema o proceso conformado por un conjunto de normas más complejas aplicables a las grandes empresas comerciales, industriales y de servicios, en especial aquellas que recurren a la oferta pública o están sujetas a control o fiscalización estatal permanente. III) Un tercer sistema o proceso destinado a las personas humanas que no desarrollan actividad económica organizada bajo la estructura de una empresa, y que no resultan titulares de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios —la llamada “insolvencia del hombre común” o “insolvencia del consumidor—” (21).

Ahora bien; sea una u otra vía, estamos siempre dentro del ámbito de procedimientos concursales más o menos reglados. Una propuesta más audaz es la de Truffat, expuesta en un trabajo ya citado, (22) donde apunta a un procedimiento fundamentalmente verbal y con audiencias, con dos vistas de causa y un juez que en ellas solucione el tópico.

El informe del World Bank propone como “*Simplified Insolvency Proceedings*” un procedimiento establecido por la ley para la reorganización y liquidación de micro y pequeñas empresas, que debería estar sostenido en las pautas siguientes:

(21) Las ponencias presentadas al Congreso de Derecho Concursal están disponibles en <https://congresoconcursalbahiablanca2021.com/>.

(22) TRUFFAT, Daniel, “Concurso, sobreendeudamiento y pandemia”, *Doctrina Societaria y Concursal*, noviembre 2021.

- el procedimiento simplificado debe estar disponible para personas físicas y jurídicas que califiquen como micro y pequeñas empresas, de acuerdo a criterios simples y bien definidos

- todas las deudas personales y causadas en los negocios deberían estar incluidas en este procedimiento; es decir que no son solo deudas causadas en el giro de los negocios de las pequeñas y microempresas, sino también en el consumo o el abuso del crédito; en otras palabras, cuando el sujeto persona física califica como para ingresar al procedimiento, este debería abarcar todas las deudas, personales y gestadas en la administración de su negocio;

- los presupuestos para la apertura del procedimiento deberían ser la insolvencia o el estado temprano de dificultades financieras

Cabe subrayar que la Directiva UE se pronuncia también por extender los procedimientos de exoneración de deudas a las causadas en el consumo y en los negocios; sobre el punto expone: “El sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social y está estrechamente relacionado con la reducción del exceso de deudas. Además, a menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario derivadas de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional de aquellas en que haya incurrido fuera del marco de esas actividades. Los empresarios no disfrutarían efectivamente de una segunda oportunidad si tuviesen que pasar por procedimientos distintos, con diferentes condiciones de acceso y plazos de exoneración, para obtener la exoneración de sus deudas empresariales y de sus otras deudas fuera del marco de su actividad empresarial. Por tales razones, aunque la Directiva no incluye normas vinculantes en materia de sobreendeudamiento de los consumidores, conviene recomendar a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible, las disposiciones de la presente Directiva en materia de exoneración de deudas” (núm. 21) (23).

Volviendo al informe WB 2021, señalamos que bajo el acápite “Formalidades procesales y plazos” este sugiere que la ley debe especificar la información y los procedimientos mínimos mediante los cuales se simplifica la insolvencia; así como que los procedimientos deben iniciarse y cerrarse, manteniéndolos sencillos, rápidos y económico; y deberían requerir me-

(23) En el número 1 de los considerandos se lee que la Directiva propone “que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad”.

nos formalidades procesales y estas ser menos complejas. En particular, los plazos deberían ser más breves que los de los procedimientos ordinarios de insolvencia, y habría de evitarse o al menos simplificarse reglas complejas y costosas sobre notificaciones, publicaciones, comités de acreedores y asambleas, presentación y resolución de reclamaciones, liquidación de activos del deudor y distribución de los ingresos a los acreedores.

Entre los ejemplos concretos que da el informe del WB está que los planes de reorganización puedan ser votados por medios electrónicos y bajo requerimientos sencillos; y algo que para nosotros es curioso como que el silencio o la falta de negativa del acreedor debidamente notificado sería considerado como aceptación del plan y por ende computado como voto afirmativo.

Y concluye señalando que el procedimiento de insolvencia simplificado debería ser consolidado o coordinado con los procedimientos que traten de las garantías personales dadas en seguridad de las obligaciones del micro y pequeño deudor.

Desde nuestro punto de vista sería conveniente que hubiera un procedimiento que evitara la siempre difícil cuestión de distinguir entre deudas personales o de consumo de las gestadas en el desarrollo de una empresa individual. De todos modos, lo indudable es que es necesario que el legislador ponga manos a la obra y proyecte y sancione un régimen legal que asuma estos casos de insolvencia de pequeñas y microempresas, de personas físicas, consumidores o no, ponderando los proyectos que se han presentado, los trabajos de doctrina y aun la audaz propuesta de nuestro colega Truffat.

III.2. Una digresión: el discharge, descargo, exoneración o saneamiento de las deudas

El informe del World Bank 2021 apunta que el sistema legal debería otorgar la condonación de la deuda a todos los deudores de buena fe — sean empresarios personas físicas— después de un procedimiento de liquidación (24).

(24) El informe aclara en nota que no trata del discharge de deudas de consumidores pues los Principios no tratan de la insolvencia de personas humanas que no realizan actividades de negocios.

Y lo que se propone es un saneamiento muy amplio, pues incluiría tanto deudas personales como comerciales, y las deudas excluidas deberían ser reducidas al mínimo y estar especificada claramente en la ley.

Además este saneamiento debería —según el informe— ajustarse a otras pautas, tales como:

- la ley puede establecer requisitos más estrictos para los descargos posteriores;

- debe presumirse la buena fe, pero la ley debe permitir que los acreedores y otras partes interesadas cuestionen la buena fe de un deudor sobre la base de circunstancias específicas;

- si las partes no han planteado el problema, el tribunal debe poder apreciar y declarar la falta de buena fe por sí mismo movimiento;- la mala fe o el fraude deben ser motivo para retrasar, rechazar o revocar un descargo;

- el saneamiento puede comprender tanto deudas personales como comerciales;

- el período antes de que se conceda el descargo debería ser breve para fomentar un nuevo comienzo, continuación actividades empresariales y reducir el estigma.

- tras la liquidación, las reclamaciones que no pudieron satisfacerse en el procedimiento de insolvencia deben ser extinguidas y las descalificaciones personales minimizadas o canceladas.

En fin, un sistema muy propio del derecho de los Estados Unidos en el que la quiebra o liquidación se considera un avatar propio de los negocios que no debe causar un estigma y por el contrario es visto como un nuevo punto de partida (*fresh start point*). Aunque es imprescindible destacar que la Directiva UE sigue la misma orientación propiciando una rápida exoneración de las deudas del empresario de buena fe para que “puedan empezar de nuevo” (considerando núm. 5).

La exoneración presenta una serie bien extensa de problemas, como ser quiénes pueden ser excluidos de ella y por qué razones, qué sucede con los créditos amparados por garantías reales, la reiteración de procedimientos de exoneración, etc. Pero en particular hay un punto que merece atención particular; y es el referido a las deudas NO descargables.

Y en ese caso debemos precisar cuáles son las deudas excluidas del descargo o condonación.

Sobre el punto el informe del WB dice que las deudas excluidas de la condonación deben mantenerse en un mínimo y han de estar claramente definidas por la ley.

Desde mi punto de vista hay algunas deudas que efectivamente deberían estar excluidas del descargo o condonación, entre ellas: las obligaciones alimentarias impuestas por la ley (25) y las obligaciones tributarias.

III.3. Las soluciones extrajudiciales

En su momento la incorporación del APE fue una novedad importante y operó como herramienta relativamente eficaz para reestructurar las obligaciones grandes compañías afectadas por la crisis 2001/2 (26).

Pero la regulación presenta vacíos que incluso sirvieron para una utilización desviada del instituto como lo denunciara en su momento la Fiscalía de Cámara entonces a cargo de Alejandra Gils Carbó, diciendo: "... no significa despreciar el acierto de la incorporación de este instituto en oportunidad de declararse el estado de emergencia económica, productiva y crediticia... Basta señalar que los tribunales de comercio, ya entonces desbordados de causas, no hubieran podido asimilar todos los trámites concursales que se iniciaron para la reestructuración de la deuda privada... Mas, en mi parecer, urge mejorar y clarificar el mecanismo legal del acuerdo preventivo extrajudicial, pues de la manera que quedó regulado

(25) V. MEDINA, Graciela, "Niños frente al concurso o quiebra de sus progenitores", LA LEY, 2020-F, 226; RIBERA, Carlos, "Algunos interrogantes que se plantean en el proceso concursal relativos al derecho de familia", DFyP 2010 (agosto), 56, TR LALEY AR/DOC/5041/2010.

(26) Abogados sumamente expertos han calificado como positiva la incorporación del APE: FONTANA, Gonzalo J. - CAMPBELL, Martín - CHARAP, Eric Malcom, "Proyectos de reforma a la ley de concursos y quiebras a raíz del coronavirus", 24/6/2020 en <https://abogados.com.ar/proyectos-de-reforma-de-la-ley-de-concursos-y-quebras-a-raiz-del-coronavirus/26179>. Y Truffat lo califica de "genial invención": TRUFFAT, Daniel, "El hilo de Ariadna. Reformas a la ley de concursos y quiebras en tiempos de pandemia", Doctrina Societaria 2021, p. 647 y ss. En realidad el APE no fue una "invención" porque nadie "inventa" derecho; los organismos multilaterales de crédito tenían una visión casi apocalíptica de la situación argentina, visitaron el país varias delegaciones de esos organismos, propusieron distintas medidas y finalmente el presidente Duhalde encargó a Eduardo Amadeo la preparación de proyectos de ley destinados a mejorar la legislación sobre insolvencia. Amadeo se contactó con el autor de este informe y con la colaboración de Emilio Cárdenas redactamos el proyecto de ley que fuera sancionado como ley 25.589: v. AMADEO, Eduardo, "La salida del abismo. Memoria política de la negociación entre Duhalde y el FMI", Buenos Aires, 2003, ps. 177 a 184.

no es idóneo para garantizar el respeto de los derechos y garantías constitucionales de los acreedores...” (27)

Por ello nosotros hemos propuesto —en la obra que publicamos con Graziabile Di Tullio, Carlos Ribera y Casadío Martínez— una serie de modificaciones, destinadas a asegurar la permanencia del instituto y su adecuada utilización.

Que es conveniente mantener un régimen de acuerdos extrajudiciales aparece confirmado por el informe del WB al que hemos aludido reiteradas oportunidades. Con respecto a este punto el WB dice que se deben apoyar los *workouts* para facilitar la reestructuración de los pasivos financieros, pero que como ellos se negocian a la “sombra de la ley” el entorno propicio debe incluir 1) leyes claras y procedimientos que requieren la divulgación o el acceso a información financiera oportuna y precisa sobre la empresa en dificultades; 2) fomentar el préstamo, la inversión en o recapitalización de empresas viables en dificultades; 3) admitir una amplia gama de formas de reestructuración, como cancelaciones de deuda, reprogramaciones, reestructuraciones, y conversiones de deuda a capital; y 4) proporcionar un trato fiscal favorable o neutral para reestructuraciones.

Es más, el mismo informe sugiere que el sector financiero de cada país debería promover un proceso extrajudicial informal para tratar los casos de dificultades financieras corporativas en las que los bancos y otras instituciones financieras tienen una exposición significativa, especialmente en mercados donde la insolvencia empresarial es sistémico.

Por su parte el colectivo *El Arca* propone también conservar un procedimiento extrajudicial con la actuación de componedores. En mi experiencia profesional he conocido casos en los que los bancos y la empresa en dificultades coinciden en la designación de una persona que se sumerja en la empresa para conocerla y que a partir de ese conocimiento formule propuestas de acuerdo entre la empresa y los bancos. Esto sucedía en el ámbito de los clubes de bancos que eran procedimientos informales en los que la empresa acordaba reestructurar extrajudicialmente la deuda con los bancos acreedores y mantenía en cumplimiento razonablemente regular obligaciones comerciales y laborales.

Pero estos clubes de bancos como los APE que funcionaron, siempre se manejaron —como dice el informe del Banco Mundial— en las sombras

(27) Dictamen de la Fiscalía de Cámara Comercial en la causa “Lalor”, fallada por la CNCom., sala D, 18/08/2005, Lexis N° 11/39882.

de la ley; lo cual no quiere decir que sea ilícito ni nada por el estilo, sino en negociaciones regladas solo por el acuerdo de las partes.

El procedimiento sugerido en el proyecto de *El Arca* en cambio es en definitiva un procedimiento judicial más, pues un indefinido “jefe de familia o de hogar (figura que no existe en el derecho común) pueden solicitar la formación del proceso regulado en este capítulo....”, exigiendo al deudor presentar una solicitud de apertura con el cumplimiento de determinados recaudos...

En definitiva nuestra propuesta es mantener el Acuerdo Preventivo Extrajudicial sobre el principio básico de que se trata de una negociación privada sujeto a las reglas que las mismas partes involucradas determinen. Pero que para salir del ámbito puramente privado, obtener homologación judicial y con ello resultar oponible a acreedores que no hayan prestado su consentimiento, debe estar rodeado de una serie de garantías que la ley vigente no explicita debidamente (28).

(28) En RIVERA, Julio César - CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo - DI TULLIO, José Antonio - GRAZIABILE, Darío J. - RIBERA, Carlos Enrique, “Derecho Concursal”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. II, p. 620 y ss., propusimos una serie de medidas concretas, tales como:

- se prevea explícitamente el APE de grupos y garantes;
- se elimine la referencia a la libertad de contenido y en su reemplazo se prevea que la propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial puede contemplar categorías de acreedores debiendo tener cláusulas iguales para los acreedores que las integren, sin perjuicio de las alternativas que pueda contener en cada una de ellas;
- que la propuesta contemple la designación de un comité de control que tendrá las atribuciones previstas en el art. 260 para el comité definitivo; y un régimen de administración y de limitación a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento;
- que se exija mayor información al deudor, entre otras la relativa a la composición de su estado de activo y pasivo, la razonabilidad de la propuesta de categorización;
- se aclare que desde el momento de la presentación del pedido de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial para su homologación, quedan suspendidos los pedidos de quiebra, los actos de ejecución forzada y la ejecución de medidas cautelares que importen el desapoderamiento de bienes afectados a la actividad del establecimiento del deudor que sean necesarios para su funcionamiento, siempre que el deudor acompaña con el pedido de homologación conformidades que representen la mayoría prevista en el art. 73;
- se prevea expresamente que después de la presentación el deudor no pueda realizar actos que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación; pero el juez puede autorizar el pago a los acreedores respecto de cuyos créditos la propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial prevea el pago total y en sus vencimientos ordinarios;
- se disponga expresamente que es aplicable el art. 45 bis;
- en cuanto a las oposiciones de los acreedores, se amplíe el plazo para el acreedor que se domicilia en el extranjero;

III.4. La quiebra transfronteriza

III.4.a. El modelo Uncitral

Una de las consecuencias de la globalización de los mercados es que la insolvencia expande sus efectos por encima de las fronteras nacionales. Cada vez con mayor frecuencia se advierte que las empresas insolventes tienen bienes y acreedores en distintos países, ante lo cual las soluciones de los derechos nacionales resultan insatisfactorias. En efecto, la ausencia de previsibilidad y de certidumbre de los regímenes de insolvencia transfronteriza perjudica el desarrollo económico, los flujos de capitales, desalienta las inversiones extranjeras y aumenta el riesgo país. Ello es confirmado por la Directiva UE en la que dice que “Los inversores mencionan la incertidumbre sobre las normas en materia de insolvencia o el riesgo de largos o complejos procedimientos de insolvencia en otro Estado miembro como una de las razones principales para no invertir o no mantener una relación comercial con un socio fuera del Estado miembro en que tengan su base. Esa incertidumbre tiene un efecto disuasorio que obstaculiza la libertad de establecimiento de las empresas y el fomento del espíritu empresarial y perjudica el correcto funcionamiento del mercado interior” (considerando 7) (29).

- se amplíen las causales de oposición, la que debería poder fundarse en: las omisiones o exageraciones del activo o pasivo, la irrazonabilidad de la categorización, la inexistencia de la mayoría exigida por el art. 73 o las causales previstas en el art. 52, inc. 4;

- se limite la posibilidad del desistimiento del deudor, de modo que sea admisible solo hasta la última publicación de edictos;

- se prevea que el rechazo, el desistimiento o la no homologación del acuerdo impiden que el deudor presente otro acuerdo preventivo extrajudicial, pero no impide al deudor solicitar la formación de su concurso preventivo, sin que le sea aplicable el período de inhibición establecido por el art. 59;

- ha de establecerse que la inclusión en el acuerdo de créditos no denunciados por el deudor o no presentados a oposición, comprendidos dentro de las categorías de acreedores a quienes alcance el acuerdo, se debe efectuar por el procedimiento y con los efectos del artículo 56, con participación del deudor y del comité de control;

- y que la novación prevista en el artículo 55 solo ocurrirá —en la extensión prevista en ese artículo— en la medida que las prestaciones del acuerdo difieran en su naturaleza respecto de las anteriores de cada acreedor.

(29) Actualmente las cuestiones de competencia están regidas por el Reglamento UE 2015/848 del Parlamento y del Consejo. Contempla además de las cuestiones de competencia lo relativo al reconocimiento y ejecución, derecho aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia así como la interconexión de los registros de insolvencia.

A pesar de algún esfuerzo concretado hace ya muchos años, también con motivo de la crisis 2002 y por iniciativa del entonces Ministro de Justicia, Dr. Jorge Vanossi, que concluyó con un proyecto de ley de concurso transfronterizo inspirado en la ley modelo UNCITRAL, lo cierto es que al día de hoy nuestro país no cuenta con un marco regulatorio adecuado para tratar las cuestiones de conflicto que puedan surgir ante un proceso de insolvencia con cuestiones internacionales.

Dicha Ley Modelo incluye entre sus objetivos los siguientes puntos:

a) la cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros;

b) mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;

c) administración eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y partes interesadas;

d) protección de los bienes del deudor, y

e) facilitar la reorganización empresarial para proteger el capital invertido y preservar la fuente de trabajo.

La idea de incorporar la Ley Modelo Uncitral encuentra el apoyo de destacada doctrina (30).

IV. Algunos temas conflictivos

IV.1. La flexibilización de los presupuestos del concurso preventivo y la legitimación de ciertos sujetos para instar procedimientos de insolvencia (de otros)

Como ya apuntamos, durante el año 2021 el colega Marcelo Gebhardt hizo una interesantísima presentación ante la Asociación Argentina de Derecho Comparado sobre la “Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva...” N° 1023 del 20 de junio de 2019 que modifica la N° 1132 del año 2017. La Directiva es muy extensa y está dirigida a orientar a las legislaciones nacionales en la

(30) FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. - RODRÍGUEZ, Mónica S. - SCOTTI, Luciana B., “Hacia una necesaria reforma del Sistema de Derecho Internacional Privado argentino en materia de insolvencia internacional”, disponible en http://www.calp.org.ar/Instituc/Institutos/dipr/jdipr_sf.pdf; SÁNCHEZ de BUSTAMANTE, Estefanía, “Insolvencia transfronteriza. Extensión de la quiebra y la deficiencia normativa”, TR LALEY AR/DOC/1726/2014.

generación de mecanismos de reestructuración de deudas que permitan salvar a empresas de la liquidación por insolvencia y con ello generar beneficios para la economía en general y a la preservación de empleos en particular.

Esta Directiva merecería un análisis detallado, pero nos limitaremos ahora a dos puntos cruciales que han sido también materia de debate entre nosotros. Esto es: (i) si los procedimientos de reestructuración de deuda, como nuestro concurso preventivo, podrían ponerse en funcionamiento antes de que exista propiamente cesación de pagos; y (ii) si estos procedimientos pueden ser instados por terceros, esto es por acreedores y trabajadores.

Con respecto a la primera cuestión, la Directiva señala que “Los marcos de reestructuración preventiva deben permitir, ante todo, la reestructuración efectiva de los deudores en un momento temprano y evitar la insolvencia” (núm. 2) y poco más adelante agrega: “Cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación...” (núm. 22).

Y con respecto a la legitimación para promover procedimientos de reestructuración la Directiva prevé en el mismo Capítulo 2 que “7. Los marcos de reestructuración preventiva establecidos en virtud de la presente Directiva estarán disponible a solicitud de los deudores. 8. Los Estados miembros también podrán establecer que los marcos de reestructuración preventiva establecidos en virtud de la presente Directiva estén disponibles a petición de los acreedores y de los representantes de los trabajadores, a reserva del consentimiento de los deudores. Los Estados miembros podrán limitar ese requisito de obtener el consentimiento del deudor a los casos en que los deudores sean pymes”.

Que los procedimientos de reestructuración puedan promoverse a partir de estadios previos a lo que nosotros conocemos como cesación de pagos es una propuesta que debe ponderarse; sobre el punto la doctrina argentina afirma desde antaño que las soluciones preventivas suelen fracasar porque normalmente “se llega tarde” (31). Aunque parece un poco ingenuo afirmar —como lo hace la Directiva— que ello “permitiría adop-

(31) v. PRONO, Ricardo, “Hacia dónde debe ir el derecho concursal. Prevención de las crisis e insolvencias patrimoniales”, RDCO nov/dic 2021, p. 86 con citas de Rouillon, Gebhardt y Alegría en diferentes obras.

tar medidas antes de que las empresas dejen de poder hacer frente a sus préstamos” (considerando 3). En definitiva en nuestra realidad la cesación de pagos la “confiesa” el deudor con la presentación del concurso preventivo y los acreedores carecen de legitimación para cuestionar tal denuncia de la propia insolvencia (32).

Pero que los marcos de reestructuración preventiva estén disponibles a petición de los acreedores y de los representantes de los trabajadores es harina de otro costal. Desde nuestro punto de vista una solución como esta sería altamente inconveniente, al menos para nuestro medio, pues una denuncia de insolvencia o de situaciones de “alerta temprana” causaría la inmediata recalificación del sujeto como beneficiario de crédito lo que afectaría su gestión comercial. Recordemos que el Banco Central de la República Argentina califica a los deudores en estamentos que van del 1 al 6, siendo la situación 3 “deudores con problemas” y la 4 “deudores con alto riesgo de insolvencia”; con lo cual la promoción de un procedimiento de reestructuración a partir de la denuncia de terceros importaría la inmediata ubicación del deudor al menos en situación 4. Por supuesto que hoy pueden mediar pedidos de quiebra, pero ellos deben ser promovidos por acreedores; los representantes de los trabajadores y estos mismos no tienen legitimación para proponer una declaración de quiebra, a no ser que sean acreedores de una obligación exigible. Por lo demás el pedido de quiebra puede resolverse de manera más o menos sencilla, mientras que lo que se propone es que se habilite a terceros a iniciar un procedimiento de reestructuración. Y ni hablar de que puede haber denuncias de mala fe. En todo caso el daño sería virtualmente irreparable, pues en definitiva conduciría a la cesación de pagos a quien puede no estarlo o que puede superar sus problemas por vías distintas a los procedimientos judiciales de insolvencia. Apuntamos además que la misma Directiva relativiza muy significativamente la iniciativa de acreedores y representantes de los trabajadores, pues “cuando el deudor sea una pyme, los Estados miembros deben exigir el consentimiento del deudor como condición previa para iniciarlo, y también deben poder ampliar dicho requisito a los deudores que sean grandes empresas” (considerando 29).

(32) v. RIBICCHINI, Guillermo E., “El estado de cesación de pagos y su reconocimiento por el peticionario de concurso preventivo como hecho revelador”, LA LEY, 1996-C, 482.

V. Otras cuestiones de fondo

La revisión del proceso concursal debería ser la oportunidad para tratar otros temas de fondo particularmente relevantes al día de hoy. En concreto mencionamos, y solo mencionamos, dos de esos temas.

Uno es el tratamiento del financiamiento post concursal. Sabido es que uno de los principales problemas que afrontan las empresas concursadas es el casi nulo acceso al crédito, siendo que —como lo señala Directiva UE— “A menudo el éxito de un plan de reestructuración depende de si se concede ayuda financiera al deudor para apoyar, en primer lugar, el funcionamiento de la empresa durante las negociaciones sobre la reestructuración y, en segundo lugar, la aplicación del plan de reestructuración tras su confirmación” (considerando 66).

De allí que algunas legislaciones hayan enfrentado este problema generando mecanismos que garanticen un tratamiento privilegiado a quienes —bajo ciertas condiciones— financien al deudor concursado. Entre nosotros existe ya algún proyecto en este sentido (33) y genera interesantes aportes doctrinarios (34).

El segundo es el régimen de privilegios, pues la LCyQ deberá adaptarse al derecho surpanacional de los derechos humanos cuya eficacia inmediata ha sido reconocida por precedentes judiciales muy conocidos. El tema ha sido largamente trabajado en el Congreso de Derecho Concursal de Bahía Blanca, en el que se debatieron múltiples ponencias sobre él.

Por supuesto que existen muchas otras cuestiones de fondo que pueden merecer la atención de los legisladores. Daniel Vítole (35) y Daniel Truffat (36) enumeran decenas de esas cuestiones cuyo tratamiento excedería en mucho el alcance limitado de esta comunicación.

(33) Proyecto del senador Esteban Bullrich y el diputado Cristian Adrián Ritondo y otros sobre régimen especial para contratación de préstamos destinados al capital de trabajo del concursado.

(34) HOLAND, Mario, “La financiación posconcural como base de la reorganización y la incorporación a la propuesta de acuerdo de un régimen de subordinación de los créditos concurrentes a favor de quien suministre dinero fresco”, RDCO 311, 5.

(35) VÍTOLO, “La reforma de la ley de quiebras en la pospandemia...”, ob. cit.

(36) TRUFFAT, Daniel, “El derecho concursal en el siglo XXI”, LA LEY, 2015-A, 525; interesantísimo trabajo en el que desarrolla en pocas páginas la extraordinaria evolución de la materia y la consiguiente necesidad de adecuación de la legislación en aspectos de fondo y de forma.

VI. Prospectiva

La renovación de la legislación concursal aparece como una necesidad. Hoy hemos recorrido algunos aspectos centrales, sobre los cuales debería construirse un nuevo estatuto de la insolvencia de las personas físicas y jurídicas, introduciendo los aportes de la tecnología y haciendo realidad las distinciones que propicia la doctrina.

Y ello puede ser la oportunidad para encarar una revisión de otras muchas cuestiones, por supuesto con la prudencia necesaria, virtud —la de la prudencia— cuyo alcance en materia legislativa fue definido con gran sabiduría por Héctor Cámara (37) diciendo “*La originalidad en el arte es el pórtico del éxito; en las leyes, el heraldo de su fracaso*”. Así podrán evitar cometer los errores (y horrores) que afean el Código Civil y Comercial, como la insólita prohibición de contratar entre cónyuges (38) o el régimen de (ir)responsabilidad del Estado.

(37) CÁMARA, Héctor, “Anotaciones al proyecto de ley de transmisión de fondos de comercio”, JA 1959-IV-54.

(38) Probablemente inspirada en un artículo del inspector de justicia, Ricardo Nissen, que, obsesionado por el fraude, propició tal prohibición siendo que toda la doctrina argentina proponía desde hacía no menos de 70 años la solución inversa, que era la consagrada por el Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. presentado por la comisión.

ADMINISTRACIÓN Y JUSTICIA

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI (*)

I. Preliminar (**)

Uno de los temas más importantes del derecho público es la relación que existe entre la Administración y la Justicia, entendida esta última en cuanto poder u órgano encargado de resolver las contiendas que se suscitan entre los administrados y la Administración (1). Más aún, es también una cuestión de índole política, porque todo lo que implique una limitación al ejercicio de la autoridad, hecha para asegurar los derechos de los administrados, es un campo fértil para la generación de conflictos, como lo demuestran los que se han planteado y se siguen planteando en nuestro país. Para comprobar esta afirmación, basta con leer los diarios.

Este es un tema de actualidad permanente. La República Argentina tiene una larga historia de gobernantes y funcionarios que han ignorado las reglas de un Estado de derecho, de autoritarismo, de arbitrariedad, cuando no de corrupción, así como también de jueces que no han actuado con la responsabilidad y energía que corresponde. Esta lamentable descripción la avala el hecho de que la cantidad de irregularidades incurridas por los primeros es muy superior al de las sentencias que restablecieron la legalidad o que sancionaron a los responsables.

En varias oportunidades me he ocupado de analizar la función que tiene la Justicia en nuestro sistema jurídico político con relación a la Administración. Lo hago una vez más por advertir una diversidad de criterios sobre este tema, que se puede atribuir a varias causas. La primera, la falta de uniformidad en la interpretación de nuestro sistema jurídico político; otra, la creencia

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria realizada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 9 de diciembre de 2021.

(1) Empleamos la palabra "Administración", aun cuando el órgano sea el Poder ejecutivo u otros entes descentralizados y el sujeto la Nación. Lo hacemos, porque lo que interesa es fundamentalmente la función que ejerce la autoridad; y el Poder ejecutivo ejerce también funciones que no son administrativas.

de que aumentando el poder de los jueces se logrará una mejor Administración; otra, es la influencia de la doctrina de autores extranjeros que escribieron para sistemas jurídicos diferentes del nuestro. También están las ideas de quienes quieren “socializar” o “democratizar” la Justicia, entre otras causas.

En esta comunicación trataré de condensar algunas ideas que desarrollé en trabajos anteriores y *que las mantengo*, porque pienso que siempre es útil todo intento de perfeccionar lo dicho antes con el propósito de lograr una mayor claridad, a riesgo de ser en algunos aspectos reiterativo. Me limitaré a señalar lo *elemental*, a concluir y no a describir, pues para relatar lo que ocurre en otros sistemas y las opiniones doctrinales consecuentes ya se han ocupado otros con más erudición y paciencia que la mía.

Como todo estudio de un tema relativo al funcionamiento de los poderes y órganos estatales en un país determinado, es preciso analizar lo que hoy ocurre en el nuestro con las funciones del Estado. No basta con describir lo que debe ser, sino *lo que es*. Porque si todo funcionara como lo imaginaron los constituyentes de 1853 y los gobernantes ilustres que forjaron la grandeza de nuestro país, no tendría sentido machacar sobre cuestiones tan elementales.

II. Anomalías en la división de poderes

En un sistema de gobierno republicano democrático de división de poderes como el que nos rige, el Poder Legislativo legisla, Poder Ejecutivo administra y el Poder Judicial juzga, aunque los tres poderes ejercen algunas funciones que materialmente no se corresponden con las que le dan su denominación. Esta es, a grandes rasgos, la fórmula que adoptaron los constituyentes de 1853.

Tal y como fue previsto en nuestra ley fundamental, la división de poderes cumplió razonablemente con su finalidad, que es lograr un *equilibrio* entre los poderes del Estado para impedir el despotismo. El equilibrio implica que ningún poder ejerza supremacía sobre los otros. Se trató de dar a cada poder una estructura que responda a la índole de la función que ejerce; el Legislativo, formado por los representantes del pueblo elegidos democráticamente, expresa la voluntad de quienes están sometidos a la autoridad del Estado por normas que regulan su conducta y limitan la libertad; el Ejecutivo, también elegido en forma democrática, organizado jerárquicamente y con personalidad jurídica para ejercer sus funciones administrativas y asegurar la prestación de los servicios públicos; y el Judicial, con la independencia necesaria para resolver imparcialmente, por aplicación de la ley, las contiendas que se suscitan entre partes, y aplicar las sanciones que establecen las leyes penales.

Pues bien, desde un tiempo a esta parte las cosas fueron cambiando, y no ha sido para bien. No son estrictamente como deberían ser. Las facultades del Poder Ejecutivo crecieron en progresión geométrica, mientras disminuyeron en igual proporción las que debe ejercer el Poder Legislativo. Los reiterados y múltiples decretos de necesidad y urgencia son una muestra de este avance reprobable, con el agregado de que en la mayoría de los casos no ha existido necesidad ni urgencia. Sucesivas delegaciones, y delegaciones de delegaciones, permitieron, no solo al Poder Ejecutivo, sino también a funcionarios de jerarquía inferior, ejercer funciones que constitucionalmente le corresponden al Congreso.

Los desatinos no quedaron ahí, pues la confusión se fue incrementando. El Poder Legislativo dictó leyes para anular otras leyes, con lo cual ejerció funciones judiciales. Está de más señalar que el legislador puede modificar o derogar una ley, pero no declarar su nulidad, ya que esta es una función propia del Poder Judicial o de un órgano de jerarquía superior, cuando lo hay. El Poder Ejecutivo se ha manejado con decretos de necesidad y urgencia, una forma anómala de legislar que institucionalizaron los constituyentes de 1994, si bien con algunas limitaciones (2). El Poder Judicial pasó a convertirse no solo en legislador, sino también en administrador. Decimos esto, porque con el argumento de que los derechos son operativos, ejerció funciones legislativas al reglamentar y aplicar cláusulas programáticas establecidas en la Constitución nacional, que funcionan como mandatos para que el legislador las instrumente (3). También

(2) El art. 99 inc. 3 de la Constitución nacional prohíbe al Poder Ejecutivo, “bajo pena de nulidad absoluta e insanable,” ejercer funciones legislativas, pero le permite dictar decretos de necesidad y urgencia cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios, lo cual es un contrasentido, porque legitima la excepcionalidad, dejándola librada a una estimativa que en los hechos ha permitido asimilarla a la conveniencia. La necesidad, como enseña el Diccionario de la Lengua, es un “impulso irresistible que hace que las cosas obren infaliblemente en cierto sentido”, “todo aquello a lo cual es imposible sustraerse o resistir”. Si analizamos los decretos de necesidad y urgencia dictados desde la reforma constitucional de 1994, podremos comprobar que en contados casos ha existido un “impulso irresistible” o algo que se le semeje en gravedad.

(3) Como dice Tomás Ramón Fernández, para referirse a derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución española, iguales a los incorporados en nuestra ley fundamental con la reforma de 1994: “Los derechos económicos y sociales, en cuanto derechos de prestación, no están construidos como derechos subjetivos en sentido propio, a diferencia de lo que ocurre con las libertades públicas, cuyo contenido se agota, en principio, en su propia afirmación y consiguiente rechazo de toda injerencia de las autoridades gubernativas. Para alcanzar el carácter de verdaderos derechos necesitan un tratamiento complementario por parte del legislador ordinario, que es quien ha de precisar el contenido de los mismos cuyo disfrute correspon-

ejerció funciones administrativas, al impartir directivas a la Administración que fueron más allá de resolver contiendas y ordenar que se ejecute lo decidido.

En este anómalo esquema de división de poderes no es extraño que aparezcan los más variados intentos para modificar nuestro sistema judicial; y con la excusa de “democratizar” los procesos (sic), apartarse de una de las reglas básicas de la jurisdicción, que es resolver contiendas entre partes por aplicación del derecho vigente, con autoridad de cosa juzgada. Se pretende que los jueces sean protagonistas activos en la defensa de la legalidad objetiva y no garantes de los derechos subjetivos, a la vez de otorgarle participación a la ciudadanía en los asuntos de interés general. Por eso se ha puesto de moda la idea de que cualquiera se pueda erigir en defensor del interés público o, lo que es más grave, que unos se arroguen la defensa de otros sin que esos otros lo pretendan, y que las sentencias tengan efecto aún para quienes no promovieron demanda alguna ni fueron demandados. Todo ello en juicios sumamente abreviados (4), donde no se respetan las reglas básicas del proceso, y en algunos casos sin que la contraparte pueda ejercer plenamente el derecho de defensa. En este escenario intrincado en que nos hallamos no deberían sorprendernos los equívocos en que incurren nuestros gobernantes y en muchos casos nuestros jueces.

III. Naturaleza de la revisión judicial de la actividad administrativa

Juzgar no es controlar. En nuestro sistema jurídico político es en cierto modo impropio hablar de “control judicial de la Administración pública”, no obstante el uso generalizado de esta expresión. Tan generalizada está, que desconocerla parecería una necedad. Los autores, los abogados y los jueces la emplean para referirse a los juicios contenciosoadministrativos promovidos por los administrados, cuando, en realidad, en el orden nacional el Poder Judicial no ejerce *propiamente* un verdadero control sobre la actividad administrativa (5). Más aún, estos juicios son contenciosoa-

da a los ciudadanos individualmente considerados o a grupos determinados de ellos concretamente definidos” (FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 76, año 1992).

(4) Inexplicablemente la reforma constitucional estableció que la defensa de los derechos de incidencia colectiva se debe ejercer por vía de amparo.

(5) La palabra “control” tiene muchos significados, algunos técnicos y otros vulgares. De ahí la necesidad de precisar en qué sentido se emplea. Así, por ejemplo, está el control de tránsito que realizan los policías para verificar si los conductores de

administrativos *por la materia*, pero no porque se tramiten ante una jurisdicción distinta de la judicial o porque los jueces tengan atribuciones diferentes para resolver las contiendas. Salvo los recursos directos, que se sustancian por reglas especiales, los juicios contenciosoadministrativos se tramitan por las reglas del *juicio ordinario* establecidas en Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con algunas particularidades que establece la ley 19.549, de procedimientos administrativos, y las que le conciernen por ser juicios contra el Estado. En el sistema argentino hay *competencia contenciosoadministrativa*, pero no jurisdicción contenciosoadministrativa.

La Justicia juzga las pretensiones deducidas por los administrados en los pleitos en que la Administración es parte, pero no las controla (6). Juzgar es resolver contiendas de intereses suscitadas entre partes, decir el derecho en el caso controvertido con fuerza de verdad legal. Controlar implica verificar, fiscalizar, intervenir, corregir la acción de otro, sobre el cual el controlador ejerce su autoridad, por el mando o preponderancia que tiene. Si bien existen diferentes acepciones de la palabra “control” —pues también se la emplea como sinónimo de supervisión, de comprobación o

vehículos tienen los papeles en regla, el control sanitario de los alimentos, el control que realiza la aduana con las mercaderías que se importan, el control remoto de la televisión, y así un centenar de acepciones que poco o nada tienen en común. Más aún, hasta hace unas décadas la palabra “control” no era admitida por la Real Academia de la Lengua Española, por lo cual se empleaba la voz “contralor”, que identifica al funcionario encargado de verificar las cuentas. Por su similitud, se la empleó en reemplazo de la voz control, para referirse a la revisión que se ejerce en materia administrativa.

(6) Dice Bielsa: “A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en el derecho francés existe un verdadero control jurisdiccional de la Administración, que se efectúa por el recurso por exceso de poder, cuya finalidad es asegurar la legalidad objetiva. De ahí su calificación de recurso objetivo, como medio de control al cual está sometida la Administración en salvaguarda del derecho objetivo. La anulación del acto declarada por el tribunal tiene efecto erga omnes y la autoridad de cosa juzgada alcanza a todos, no solamente a quien promovió el recurso. La decisión no se toma en interés del recurrente, sino de la legalidad. Tanto es así que se lo considera como “un recurso de utilidad pública”, que la jurisprudencia interpreta con sentido amplio el interés exigido para admitirlo, y que se lo pueda asimilar en cierta manera a la acción popular” (CHAPUS, René, “Droit du contentieux administratif”, ps. 213 y siguientes). (BIELSA, Rafael, “Derecho administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires 2015, 7ª ed, t. V, ps. 105 y ss. y monografía presentada en el Seminario organizado por las Naciones Unidas en Buenos Aires, en 1959, sobre “Recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrador”. En el régimen jurídico español la Constitución establece de manera expresa que los tribunales “controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa” (106.1). De ahí que no sean aplicables a nuestro sistema algunos criterios seguidos por la doctrina francesa y española, circunstancia que a veces se ignora.

de inspección— el significado orgánico-funcional lleva implícita la idea de una potestad que se ejerce en virtud de una situación de *supremacía*. Es verdad que no se requiere en todos los casos que el órgano controlador sea de jerarquía superior al controlado, pero también es cierto que el control en sí mismo, como atribución, importa el ejercicio de la autoridad de un órgano sobre otro; y en nuestro país el Poder judicial no ejerce supremacía sobre el Poder Ejecutivo. Cualquier supremacía de un poder sobre otro rompería el *equilibrio* que persigue la separación de poderes.

Este es otro aspecto importante. La división de poderes no tiene como finalidad establecer un esquema donde estos se controlen recíprocamente. Es una *división de funciones* para impedir que la concentración del poder en uno de ellos, *en sus diferentes manifestaciones*, genere un régimen autoritario.

Cuando la Justicia resuelve un juicio promovido por un administrado para atacar un acto de la Administración pública y lo declara ilegítimo, su función se limita a resolver la contienda que se suscitó entre las partes ante el agravio producido por el acto administrativo impugnado o por un comportamiento ilegítimo de la Administración, siempre con referencia al caso concreto que se llevó a juicio, resuelto sobre la base de la *pretensión* y la *defensa* articuladas y de las *pruebas aportadas*. La *pretensión procesal administrativa* es la “materia prima” del juicio, que determina, a su vez, el contenido y límite de la sentencia. Está, por un lado, el interés del actor, que defiende su derecho subjetivo y, por el otro, el del Estado que defiende el interés público, o un interés patrimonial cuando no actúa como poder público o persona de derecho público.

En nuestro sistema el juez no fiscaliza ni interviene en la acción del órgano que dictó el acto; se limita a aplicar el derecho *dentro del marco cognoscitivo del litigio*, *resuelve la pretensión procesal deducida*. La *pretensión procesal* es, como dice Guasp, “una petición de un sujeto activo ante un juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida” (7), y lleva implícita la defensa de un derecho subjetivo. Si el acto es de alcance particular, obviamente será considerado inválido, porque una sentencia así lo declaró *para ese litigio*, que estuvo referida a *ese acto*, incluido en la pretensión. Si se trata de un acto de alcance general (un reglamento), o de un acto de alcance particular con pluralidad de sujetos pasivos, la sentencia no invalidará en forma general el acto administrativo ilegítimo, sino que declarará su invalidez e inaplicabilidad *para el caso concreto*, es decir, para el pleito en el cual se dictó la sentencia. Mientras tanto, el reglamento o el acto pluripersonal continuarán vigentes y se podrán aplicar a todos los

(7) GUASP, Jaime, “La pretensión procesal”, Civitas, Madrid, 1985, p. 20

otros casos en que no se lo cuestionó. Esto es similar a la declaración de inconstitucionalidad de las normas que, en el orden nacional, solo alcanza al caso particular del pleito resuelto (8).

Cuando la justicia hace lugar a la pretensión de un particular dirigida a lograr que la Administración efectúe una prestación determinada o a que se abstenga de realizar cierta conducta (la jurisdicción puede ser negativa o positiva). Los jueces no ejercen un verdadero control sobre la Administración; solamente resuelven contiendas cuyo objeto es decidir sobre la prestación o la abstención controvertida en ese pleito. Es más, si el agraviado formula su pretensión de manera defectuosa o deja de aportar las pruebas necesarias para que el juez pueda hacer lugar a ella, o actúa con una impericia o negligencia tal que impiden acreditar la nulidad articulada, aun cuando el juez tenga la íntima convicción de que está ante un comportamiento antijurídico, no podrá declarar su nulidad —salvo cuando derive de una ley de orden público—, pues la regla general de nuestro derecho es que los *magistrados se deben circunscribir a las pretensiones y defensas articuladas por las partes*. Tal afirmación demuestra que sus decisiones no son actos de control de la Administración, sino de solución de contiendas de intereses entre sujetos. Lo dicho no contradice el principio *iura novit curia*, porque una cosa es aplicar el derecho que corresponde y otra diferente suplir la inexistencia de una pretensión o de una defensa (9).

Pero, como lo contenciosoadministrativo es de orden público, cuando el tribunal juzga la pretensión de un administrado deducida para que se declare la ilegitimidad de un acto administrativo con fundamento en una causal improcedente o no acreditada, pero que al mismo tiempo está afectado por otra ilegalidad también probada en el juicio, el juez debe declarar la nulidad por esta última y no rechazar la demanda por la improcedencia que se invocó en la demanda.

En el orden nacional la demanda contenciosoadministrativa que promueve un administrado se tramita por el procedimiento del *juicio ordinario*, que es básicamente un recurso de plena jurisdicción en los sistemas contenciosoadministrativos, como el francés. En estos juicios lo que se debate es la pretensión del actor y la defensa de la Administración, no solo la legalidad del acto, porque lo que persigue el accionante es el reconocimiento de su derecho y la reparación del perjuicio causado por el

(8) BIELSA, “La protección constitucional y el recurso extraordinario”, ps. 345 y ss.

(9) Una prueba de esta afirmación está en la caducidad de instancia y en la perentoriedad de los plazos procesales, que le son aplicables al Estado, de la misma manera que a los particulares, aun cuando perjudique a la Administración.

acto ilegítimo. A diferencia de estos juicios, en los sistemas donde existe un recurso de anulación el tema debatido es el acto mismo y la sentencia que lo invalide tendrá efecto *erga omnes*. En el orden nacional no hay recurso de anulación.

IV. Resolución de contiendas

Resolver pleitos en los que el Estado es parte no es propiamente controlar a la Administración. Tanto es así que cuando una sentencia declara la nulidad de un acto administrativo, es necesario que la Administración dicte un nuevo acto para cumplir con la decisión judicial. La sentencia no reemplaza ni sustituye, ni modifica el acto administrativo cuestionado. Y si una vez notificada la sentencia, la Administración no la cumple y el actor no pide que se la ejecute, el acto anulado se reducirá a una mera declaración de derecho. Más aún, si la sentencia no es acatada por la Administración, porque de hecho es imposible, sea por extemporánea o por un impedimento de la organización, o por otra causa institucional, el cumplimiento de la decisión judicial se transformará en un resarcimiento para el administrado por el daño que le produjo el acto declarado nulo.

Como enseña Bielsa “el Poder judicial no ha sido instituido para juzgar la Administración pública, si esta no viola un derecho personal, subjetivo, pues la Constitución es individualista (*Fallos de la Corte Suprema* tº 179, p. 113). En nuestro sistema de división de poderes, el Poder judicial no tiene potestad alguna sobre el Poder administrador, que es Poder ejecutivo, y su jurisdicción para conocer y decidir debe tener una justificación de índole constitucional” (10). Si a esto se lo quiere llamar “control”, porque indirectamente se logra el restablecimiento de la legalidad objetiva, no pasa de ser una apreciación discutible —aunque muy generalizada—, porque cuando un deudor no le paga a su acreedor y este promueve un juicio que termina con una sentencia condenatoria, también se restablece la legalidad violada; y cuando un lindero abre una ventana en la medianera y el propietario del fundo vecino lo demanda para obligarlo a que la cierre, también se produce un restablecimiento de la legalidad con la sentencia del juez que así lo dispone, y a nadie se le ocurriría sostener que en nuestro país el Poder Judicial controla la conducta de los individuos en sus relaciones comerciales o de vecindad.

Los efectos reflejos de los fallos judiciales son una forma de restablecer la legalidad; y en este sentido se puede aceptar la idea de que la Justicia

(10) BIELSA, Rafael, “Sobre lo contenciosoadministrativo”, Castelví, Santa Fe, 3ª ed., ps. 191 y 195.

ejerce un cierto control sobre la Administración. Se trata de un control relativo, indirecto, circunscripto al pleito, que, a su vez, por aplicación de los principios de disposición y de aportación, está condicionado a la actividad desarrollada por las partes en el proceso y no exclusivamente a la legalidad considerada en forma objetiva.

Esta es la diferencia sustancial que hay entre nuestro sistema y el contencioso administrativo de Francia, *donde el Consejo de Estado ejerce un verdadero control sobre la Administración activa*. De ahí que sea oportuno reiterarla, para que queden claras las cosas. Esta diferencia es la que tratamos de poner en relieve, porque determina al alcance y efectos de las decisiones judiciales dictadas en los pleitos, en uno y otro sistema.

Por ello, aunque reconozcamos que la expresión *control jurisdiccional* la emplea la casi totalidad de los autores, jueces y abogados para expresar la función que ejerce la Justicia *en el orden nacional* cuando resuelve un pleito promovido por un administrado contra la Administración, utilizamos la expresión "revisión judicial de la actividad administrativa", la cual, aun cuando no sea la más apropiada (11), dentro de las posibles es para nosotros la que mejor expresa la función aludida. Además, sirve para distinguirla del verdadero control, que tiene características diferentes.

V. El control por los órganos de la Administración

El hecho de que en nuestro sistema la Justicia propiamente no controle a la Administración no implica que esta no sea controlada. Hay varias técnicas de control para lograr el imperio de la ley. En el régimen nacional existe un control jerárquico amplio, como atribución de los órganos superiores que la deben ejercer obligatoriamente, pues si no lo hacen, incurrir en responsabilidad, sea administrativa, civil e incluso penal. Más aún, si los ministros o el presidente de la Nación no ejercen ese control en debida forma, pueden ser sometidos a juicio político. Además, está el control de la Auditoría General de la Nación y de la Sindicatura General de la Nación, si bien tampoco ejercen un control propiamente dicho, sino una fiscalización.

Es posible argumentar que cuando los órganos administrativos controlan a la Administración muchas veces resuelven peticiones formuladas por los administrados para cuestionar la legalidad de sus actos o comportamientos y que, por ello, no existirían diferencias con la revisión que

(11) BIELSA, Rafael, "La protección constitucional y el recurso extraordinario", Roque Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., ps. 345 y siguientes.

realizan los jueces en los juicios contenciosoadministrativos. Ambos se pronuncian sobre actos o conductas; y sus decisiones, al restablecer la legalidad, producen efectos similares con relación al interés del agraviado. Pero, no son iguales; hay diferencias importantes entre ambas funciones.

Los órganos de control tienen la facultad de verificar, de fiscalizar, de revisar y también de *enervar* los actos de la Administración activa, *con prescindencia de los agravios que causen a los administrados y de las pretensiones que estos puedan articular*. Ejercen un verdadero control, sin limitación alguna para decidir sobre el restablecimiento de la legalidad. Los únicos presupuestos con los cuales se manejan son *el acto cuestionado y la ley*, en sentido lato (12).

A diferencia de lo que ocurre con los órganos administrativos de control, el juez solo tiene atribuciones para expedirse sobre el caso que le sometieron las partes a su conocimiento y decisión, tal y como estas lo plantearon, con la finalidad de resolver una contienda. El objeto de la decisión jurisdiccional no es solo el acto impugnado, sino *el conflicto planteado, la pretensión procesal y la excepción o defensa* (13). El juez está limitado por lo que cada parte pretende de la decisión jurisdiccional, por las pruebas que aporten y por su actuación en el proceso, y restablecerá la legalidad para el caso concreto en la medida de dichas pretensiones y de la actuación procesal.

(12) Para demostrar el alcance de este control, señalamos un caso en el cual se puso en evidencia lo expuesto. Un agente de la Administración incurrió en faltas que habilitaban una cesantía, pero se le aplicó una suspensión de 30 días. El agente, tal vez mal asesorado, interpuso un recurso jerárquico contra la medida disciplinaria. Elevado el recurso al ministro competente, comprobó que la falta era grave y resolvió declarar su cesantía.

(13) Lo expuesto no es una característica exclusiva de nuestro régimen jurídico. Con referencia al régimen alemán, dice Kruse: "La finalidad del procedimiento judicial no es el control judicial de la Administración, sino la protección de los particulares ante la Administración. No es decisivo el interés general de la legalidad de la Administración, sino el interés individual en la defensa de los propios derechos frente a la Administración" (KRUSE, Einrich, "Derecho Tributario", Edersa, Madrid 1978, p. 508). Luego de relatar la corriente doctrinal que imperó en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial con respecto a la jurisdicción contencioso administrativa, dice González-Varas Ibáñez: "La doctrina mayoritaria de ese período y la posterior ha dejado fuera de toda duda que la protección de los derechos del individuo es la misión esencial de esta jurisdicción" (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, "La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania", Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 85 y ss.).

VI. Atribuciones de los jueces

La inexistencia de un verdadero control de la Administración pública por el Poder Judicial en nuestro sistema constituye una premisa de la mayor importancia. No es una cuestión meramente terminológica. Define la misión y las atribuciones que tienen los jueces cuando resuelven los pleitos contenciosoadministrativos y el efecto de sus sentencias, en un régimen constitucional *individualista*.

Es preciso tener bien en claro cuál es la función que le cabe al Poder Judicial en esta materia, dentro del sistema de división de poderes adoptado por la Constitución nacional (14), y advertir las diferencias que hay con otros sistemas, como es el régimen que existe en Francia, donde el Consejo de Estado no solo juzga, sino que también controla a la Administración activa, o en España, en que el control judicial está enfáticamente establecido en la Constitución.

La sociedad está interesada en que la Administración actúe de conformidad con la ley, pero, en nuestro sistema este no es un *interés jurídico* protegido por el derecho con la acción judicial conferida a los administrados (15).

La actuación ilegítima de la Administración puede perjudicar al administrado como sujeto, o afectarlo de manera indirecta, como integrante de la sociedad. A veces, puede perjudicar a unos y beneficiar a otros, o no afectar a todos de igual manera. Es una realidad que todos los administrados no tienen el mismo interés frente a la legalidad administrativa, y “el interés es la medida de las acciones en derecho” (Ihering).

(14) Nuestro sistema jurídico político ha seguido en este aspecto el criterio de la Constitución de los Estados Unidos de América. En el caso “Marbury v. Madison” se declaró: “El ámbito de competencia de este tribunal es, exclusivamente, decidir sobre los derechos de los individuos, no investigar cómo el Ejecutivo o los agentes del Ejecutivo cumplen con sus deberes confiados a su discreción”.

(15) Desde la promulgación de ley 24.284, existe en el orden nacional el defensor del pueblo de la Nación, incorporado luego a la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994, que tiene una legitimación especial para actuar ante la Justicia en defensa de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, para lo cual es preciso que se produzca una violación concreta de tales derechos, garantías e intereses, que cause un agravio. El defensor del pueblo no está legitimado para impugnar actos del Poder Ejecutivo con fundamento en la pura legalidad. No es un órgano de control de la Administración, como el fiscal de Estado que existe en algunos sistemas provinciales.

Existen dos criterios básicos —diferentes, aunque persigan el mismo objetivo final— según los cuales se estructuran los sistemas de revisión jurisdiccional de la actividad administrativa. Uno, pone énfasis en la legalidad, el otro, tiene en cuenta, fundamentalmente, los derechos e intereses de los administrados. El primero, sustenta la legalidad *objetiva*, no sujeta estrictamente a la existencia de un agravio personal y directo; el segundo, persigue tutelar directamente los derechos *subjetivos* de los administrados, cuando existe una lesión jurídica, y limita la función de los tribunales a lograr ese propósito, frente a la actuación ilegítima de la Administración (16).

Dentro de los sistemas de revisión jurisdiccional, que podríamos llamar “objetiva” tienen cabida el recurso de anulación, la acción popular, el efecto *erga omnes* de las sentencias, y la legitimación activa es amplia, porque se apoyan en el interés general de que la Administración actúe correctamente. En los sistemas de revisión que llamamos “subjetiva” los órganos jurisdiccionales solo ejercen sus funciones cuando un administrado invoca la lesión jurídica de un derecho subjetivo, no existe recurso de anulación ni acción popular, las sentencias tienen efecto entre las partes y para el caso resuelto, solo referidas a la pretensión articulada por el actor.

Esta es tal vez una faceta objetable de nuestro sistema institucional, pues no se tutela jurisdiccionalmente la lesión de un *interés legítimo* que, como tal, también debería estar protegido de alguna manera con esa garantía, como existe en varios sistemas provinciales, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada.

VII. Criterio seguido en el orden nacional

Las únicas referencias que contiene la Constitución nacional sobre la revisión judicial de la actividad administrativa están en los arts. 18 y 116, cuando establecen, respectivamente, que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos” y que les “corresponde a los jueces el conocimiento y decisión de las *causas* en que la Nación es parte”. Quien se considere agraviado en su derecho subjetivo por un acto, omisión o por cualquier otro comportamiento ilegítimo de la Administración pública y persigue el dictado de una decisión jurisdiccional que declare su ilicitud y restablezca el derecho vulnerado, debe promover un *juicio* o, cuando la ley lo prevé de manera expresa, un recurso directo, que sustancialmente

(16) Sobre la aplicación de estos principios en el régimen de impugnación judicial en Alemania, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “La jurisdicción contenciosoadministrativa en Alemania”, Civitas, Madrid 1993, p. 75 y ss.

es también un juicio. El juez resolverá el caso como solución de una contienda. El Poder Judicial tiene competencia para resolver contiendas entre partes por aplicación del derecho objetivo —una de las cuales puede ser la Administración— y asegurar su cumplimiento con la fuerza de la coacción (17). De esta manera garantiza la vigencia los derechos individuales. Sigue el criterio *subjetivo* para la revisión jurisdiccional de los actos administrativos.

Nuestro ordenamiento jurídico político no prevé otros remedios procesales ni otros órganos con facultades para juzgar a la Administración pública, salvo en algunos regímenes de sujeción especial. Además, de ella no resulta que el Poder Judicial tenga competencia para revisar la legalidad de la actividad administrativa sin que exista la *pretensión* concreta de un administrado, sustanciada en una *causa o pleito* (18). Tampoco le confiere expresamente la atribución de invalidar los actos del Poder administrador con efecto *erga omnes*, salvo en los casos de ciertas acciones promovidas para resguardar derechos de incidencia colectiva o que por la naturaleza de la cuestión decidida se extiendan los efectos de las sentencias. El carácter “judicialista” de la revisión jurisdiccional de los actos administrativos es una cuestión política expresada institucionalmente en la armadura de la jurisdicción (19).

Esta es otra garantía que establece la Constitución nacional, para que la Administración sea juzgada con el mayor equilibrio en los pleitos que se planteen con los administrados. El *proceso*, como exigencia previa a la sentencia judicial, como es sabido, constituye una verdadera *garantía*, pues allí se deben cumplir los principios que lo conforman como institución (20).

(17) Cuando el Estado es condenado en un juicio, se aplican reglas especiales. (ver LUQUI, Roberto Enrique, “Revisión judicial de la actividad administrativa”, Astrea, Buenos Aires, 2005, t. II, ps. 389 y ss.).

(18) En el supuesto previsto por el art. 27 de la ley 19.549, es la Administración la que deduce la pretensión.

(19) Como dice Bielsa, “La función de conocer y decidir en toda demanda o recurso que se promueva contra hechos o actos lesivos de derechos subjetivos o intereses legítimos reconocidos o garantizados por la Constitución o la ley, cualquiera sea la persona que ha lesionado ese derecho o interés, o sea ya privada, ya pública, inclusive el Estado mismo, es función judicial y no función administrativa. Tal es nuestro sistema constitucional por virtud de dos principios: a) el de “separación de los poderes” y de funciones; b) el de protección de los derechos y garantías, no importa de dónde provenga la lesión” (BIELSA, Rafael, “Sobre lo contencioso administrativo”, ob. cit., p. 25).

(20) LINARES, Juan Francisco, “El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional”, Buenos Aires, 1944.

Establecer las mismas reglas para las partes en los juicios contenciosoadministrativos que en los demás juicios es una garantía para los administrados, pues refuerza la imparcialidad con que deben ser juzgados. Los jueces no tienen facultades inquisitorias ni privilegio alguno en lo que atañe al debate jurisdiccional. En el dictado de las medidas para mejor proveer no pueden suplir la negligencia del representante del Estado, por más que se sostenga que buscan la verdad objetiva (21).

El principio de objetividad de la jurisdicción, que se apoya en la garantía de defensa y en la división de poderes, determina que los jueces solamente puedan resolver sobre lo que las partes le llevaron para su conocimiento y decisión, el *thema decidendum*, la materia litigiosa, sobre sus pretensiones y defensas. Los jueces no son investigadores ni inquisidores de las conductas humanas o del comportamiento de la Administración pública. Son órganos encargados de resolver litigios entre sujetos, cuando se ha invocado la lesión de un derecho o de un interés protegido por el ordenamiento jurídico. Solo pueden decidir sobre lo planteado por las partes, pues, sobre ello, y nada más, se ha de dictar el acto jurisdiccional. No hay acción sin agravio; y solo puede ser objeto de una sentencia lo pedido por los litigantes. Esto es lo que ocurre en los juicios administrativos.

VIII. Los jueces no pueden sustituir a la Administración

En nuestro sistema jurídico político los jueces no pueden dictar sentencias u otras providencias que importen sustituir a la Administración *en materias que son de su competencia exclusiva*, circunstancia que limita la hipótesis de sentencias constitutivas en materia contenciosoadministrativa (22). Pueden anular los actos ilegítimos, cuando son impugnados por los administrados, pero les está vedado en la mayoría de los casos sustituir

(21) En los últimos tiempos, como consecuencia de la grave situación económica del Estado, que ya es endémica, y la sanción de varias leyes de emergencia, se dictaron normas para impedir que las sentencias condenatorias puedan afectar al Erario. Esta es una patología que solo se puede justificar cuando se invoca el estado de necesidad y este realmente existe.

(22) La Corte Suprema de Justicia descalificó el pronunciamiento de una Cámara Federal que, tras concluir que las resoluciones impugnadas adolecían de nulidad (art. 14, ley 19.549), resolvió, sustituyendo el criterio de la administración, que la universidad debía dictar un nuevo acto que dispusiera la continuación del concurso. Sostuvo el alto tribunal que “el Poder judicial, al comprobar la existencia de dicho vicio en un acto que, como en el caso, fue dictado en ejercicio de facultades discrecionales, debe limitarse a su declaración y a disponer las medidas consecuentes” (Fallos, 317:40) en el mismo sentido Fallos, 300:57 y 304:271.

la voluntad de la Administración (23). De no ser así, los jueces se convertirían en administradores (24). Esta regla es aplicable a las funciones administrativas, pero no cuando la relación se rige por el derecho privado o cuando se trata de un asunto de naturaleza patrimonial.

¿Qué actos de competencia exclusiva de la Administración no pueden sustituir los jueces?: *los que constituyan el ejercicio de una atribución potestativa* (25), no necesariamente discrecional. Puede ser una facultad reglada, pero discrecional en cuanto a la oportunidad de su dictado (26). Lo que importa es la acción que se ejerce por ese acto. Ordenar a la Administración que celebre un contrato, o que reglamente una ley de determinada manera, o que otorgue un permiso de ocupación del dominio público, son acciones propias del poder administrador, que llevan incorporado un ingrediente de discrecionalidad en lo que respecta a la oportunidad y al mérito del acto. Pero, obligar a la Administración a indemnizar los daños y perjuicios infligidos a un particular o a levantar la clausura ilegal de un establecimiento, o a restablecer un permiso o una concesión revocados ilí-

(23) ZANOBINI, Guido, "Corso di diritto amministrativo", Giuffrè, Milano, 1958, t. II, p. 151. Si un administrado impugna la validez de un concurso, el juez podrá declarar su nulidad, pero, no resolver que sea nombrado el actor. Cuando un agente impugna un acto de cesantía, la Justicia no puede resolver que le corresponde una sanción menor. Solamente tiene competencia para declarar la nulidad del acto cuestionado. En situaciones excepcionales la Justicia convirtió exoneraciones en cesantías, porque consideró que la calificación de la medida expulsiva no encuadraba en los supuestos previstos por el estatuto para este tipo de sanción, pero se resolvió de esa manera por considerar a la medida como demasiado severa y, fundamentalmente, porque no se modificó la sanción en cuanto ambas eran expulsivas.

(24) Esta es la regla de nuestro derecho, y también en muchas legislaciones, si bien corresponde poner en relieve que la doctrina no es pacífica. Miguel Beltrán de Felipe ha escrito un estudio bien documentado sobre el tema y sostiene que "la ejecución por sustitución de las sentencias por medio del poder de sustitución, no tiende al desequilibrio de los poderes del Estado", porque "al incumplir la sentencia la Administración ha roto uno de los puntos de equilibrio constitucional del sistema de relación entre los poderes —en realidad las funciones—, y la ejecución forzosa in natura no intenta sino volver a dicho equilibrio" (BELTRÁN de FELIPE, Miguel, "El poder de sustitución de la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración", Tecnos, Madrid, 1995, p. 451).

(25) ORLANDO, Vittorio E., "Principios de derecho administrativo", Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978, trad. de Rodríguez Bereijo, ps. 262 y 263.

(26) Tal el caso de un concurso para elaborar un anteproyecto de desarrollo de un área urbana, según un reglamento (elemento reglado) que la Justicia anula por ilegalidad. El juez no podría llamar a otro concurso, porque la decisión de hacerlo depende de una facultad potestativa de la Administración (discrecionalidad en la oportunidad).

citamente, no son actos que demanden ingrediente alguno de discrecionalidad, sino la consecuencia natural del ejercicio de la jurisdicción (27).

Cuando la condena a hacer es el efecto directo de la nulidad del acto administrativo, por el cual se privó al administrado del derecho de ejercer una actividad concedida por otro acto administrativo legítimo, el juez puede conminar a la Administración para que cumpla con la sentencia tal y como fue dictada. En ese caso la condena a hacer no importará el ejercicio de una facultad propia de la Administración, pues el derecho cuyo restablecimiento se dispone fue adquirido por el administrado en un acto anterior, que recobró su vigencia luego de anularse la decisión. El juez no se sustituiría a la Administración ni dispondría que realice una conducta nueva, pues esa conducta ya fue dispuesta por el órgano administrativo (28). Pero los actos dictados en ejercicio de facultades potestativas o discrecionales de la Administración no pueden ser sustituidos por decisiones judiciales, aun cuando la sentencia declare la nulidad del acto administrativo por el cual se confirió al administrado el derecho cuya protección fue objeto de la sentencia (29).

IX. El control de las facultades discrecionales de la Administración

En nuestro sistema jurídico-político solo son impugnables por los administrados ante la Justicia los actos de la Administración que causan un *agravio jurídico*, o sea los que lesionan un *derecho subjetivo*. De ello se podría deducir que lo estrictamente discrecional, por no ser objeto de regulación jurídica en cuanto tal, estaría en una zona en la cual la Administración ejerce su arbitrio y, por ello, no es de competencia judicial.

La idea de que los actos discrecionales solo son revisables por la Justicia por cuestiones de forma o de competencia se ha seguido no solo en nuestro país, sino también en la mayoría de los países occidentales. Aun

(27) ORLANDO, Vittorio E., ob. cit., p. 262.

(28) Es el caso de un administrado a quien la Administración le otorgó una concesión para explotar una playa de estacionamiento en el dominio público, luego revocada por un acto administrativo ilegítimo. La declaración de nulidad de la revocación restituirá al concesionario en el ejercicio de derechos conferidos por un acto administrativo válido, que restablecieron su vigencia al declarar la nulidad del acto de revocación.

(29) Así, por ejemplo, en la licitación de un balneario, que culminó con la adjudicación a un particular y cuya legitimidad fue impugnada por otro, el juez podrá declarar la nulidad de la licitación y de la adjudicación, pero no podrá condenar a la Administración a adjudicarle el balneario al accionante, aun cuando demuestre que su oferta era la mejor y que le hubieran permitido ganar la licitación.

cuando la revisión judicial se fue ampliando con el objeto de verificar si los actos administrativos cumplen con la finalidad de la ley, por lo general nuestros jueces han mantenido cierta prudencia para no inmiscuirse en temas donde la Administración ejerce facultades discrecionales. Además, no siempre está bien demarcado el límite que separa la legalidad del mérito. Lo dicho se advierte en el hecho de que, no obstante los importantes trabajos de la doctrina extranjera y su recepción en los autores nacionales, nuestra jurisprudencia no ha seguido los criterios modernos de revisión de la discrecionalidad ni la lógica de sus razonamientos (30). En muchos casos nuestros jueces aplican lo que podríamos denominar la regla clásica o tradicional y sostienen que los aspectos discrecionales de los actos administrativos solo son revisables por cuestiones de competencia, forma o procedimiento, o cuando violan en forma manifiesta el fin de la ley. Excepcionalmente, cuando están frente a una clara arbitrariedad o irrazonabilidad y existe un perjuicio evidente, anulan el acto. Cuando no es así, recurren a la fórmula de que por tratarse de cuestiones reservadas al Poder administrador, no son revisables judicialmente.

En el ejercicio de las potestades discrecionales es preciso distinguir dos aspectos: lo concerniente al proceso de generación del acto administrativo y sus requisitos esenciales de validez, y lo que atañe a la discrecionalidad en cuanto tal, es decir, en cuanto valoración o estimación. En realidad, no hay actos exclusivamente discrecionales, sino un poder discrecional de la Administración que se halla en mayor o menor medida en los actos administrativos; y según sea su preponderancia se les asigna ese calificativo (31).

Tanto se trate de actos dictados en ejercicio de potestades regladas, cuanto de potestades discrecionales, los requisitos esenciales son los mismos, al menos eso es lo que surge de la ley y lo sostiene la doctrina (32). Así como no existe norma que impida a los jueces entender en cuestiones donde se debate la legitimidad de actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales, es difícil encontrar en la doctrina

(30) En 1962 Eduardo García de Enterría publicó en el N° 38 de la Revista de Administración Pública el conocido artículo "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo" que, como bien se ha dicho, marcó un hito en la materia, sobre todo para los juristas de habla hispana. En ese estudio señaló la reducción de las inmunidades de la Administración por el control de los hechos determinantes, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del derecho.

(31) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "Discrecionalidad administrativa y control judicial", Tecnos, 1995, 1ª ed., ps. 40 y ss.

(32) CASSAGNE, Juan Carlos, "Ley nacional de procedimientos administrativos", La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 432.

actual autores que sostengan que cuando la Administración ejerce una potestad discrecional, no está obligada a respetar los requisitos esenciales de los actos administrativos.

El proceso de generación de los actos administrativos es uno, siempre uno, reglado por el derecho; y su incumplimiento habilita la impugnación judicial por parte de quien invoque un agravio jurídico, cualquiera que sea la naturaleza de la potestad ejercida por la Administración. Ese proceso es la mecánica contemplada por las leyes para que la Justicia se realice por el derecho como sistema. Su incumplimiento torna al acto ilegal o arbitrario.

De ahí que cuando no se han cumplido los requisitos esenciales de los actos administrativos, los jueces puedan conocer y decidir cuestiones donde se debate la legitimidad de actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales. Solo si se cumplen esos requisitos, el acto se puede considerar como manifestación de la voluntad administrativa y no la personal del funcionario. Más aún, *cuanto mayor sea la discrecionalidad, mayor es la exigencia de motivar el acto*. Del mismo modo que las sentencias judiciales pueden ser atacadas por arbitrarias, también los actos administrativos se pueden impugnar por ese vicio. Claro está, siempre y cuando el peticionario invoque la lesión de un derecho subjetivo material.

La arbitrariedad, a veces confundida con la irrazonabilidad, es y ha sido desde mucho tiempo atrás causal de nulidad de los actos estatales, sean judiciales o administrativos. La necesidad de motivar los actos administrativos, y en especial los actos discrecionales —cuyo incumplimiento importa un vicio de arbitrariedad— fue señalada por la doctrina nacional hace más de medio siglo. Lo mismo ocurre con la irrazonabilidad (33).

La ley 19.549 —que en este aspecto no hizo más que convertir en derecho objetivo, lo que ya existía como principios jurídicos de nuestro ordenamiento— contiene preceptos cuya aplicación importa una fórmula por demás eficaz de interdicción de la arbitrariedad. Sin distinguir la naturaleza de las potestades que ejerce la Administración, establece los requi-

(33) BIELSA, Rafael, “Estudios de derecho público”, ob. cit., t. II, p. 486. Este trabajo se publicó por primera vez en 1938, en la Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral, serie 3^a, t. VII, ps. 5 a 18. En 1948 Bartolomé FIORINI publicó “La discrecionalidad en la Administración Pública”, en la cual aborda el tema. Juan Francisco LINARES escribió sobre la garantía de “razonabilidad ponderativa” o del “debido proceso legal sustantivo”, en la obra “El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional”, editada en 1944 y sobre la discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad en la obra “Poder discrecional administrativo”, publicada en 1958.

sitos de validez de todo acto administrativo (34). Por eso, aun cuando se ejerzan potestades discrecionales, el acto debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable; debe estar motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitirlo; debe cumplir con la finalidad que resulte de las normas; y las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a su finalidad (35).

Un acto ilegal, aunque reglado, no es, por esa sola circunstancia, impugnabile judicialmente. Las normas de organización administrativa pueden predeterminar la conducta a seguir por los órganos administrativos y, sin embargo, las decisiones dictadas en su consecuencia no ser revisables por la justicia, a pesar de su ilegalidad, *porque no afectan derechos o intereses protegidos por el derecho*. Los actos discrecionales o, más propiamente, los aspectos discrecionales de un acto administrativo (en todo acto siempre hay aspectos reglados) no pueden ser impugnados judicialmente en lo que respecta al mérito de la decisión; y ello es así por varios motivos, todos los cuales giran en torno de los derechos y garantías que tienen los administrados frente a la actuación del poder público (36).

El ordenamiento jurídico no confiere a los administrados derechos para debatir ante la justicia si la solución elegida es la mejor o la más conveniente. No tienen acción en lo que concierne estrictamente al mérito. Esa

(34) Estas exigencias, propias de un Estado de derecho, en muchas oportunidades no se cumplen debidamente. Es común leer dictámenes jurídicos previos al dictado de los actos, que se limitan a reproducir textos legales o piezas del expediente sin agregarle una sola ponderación de los hechos y del derecho cuestionado. La fundamentación de un acto requiere de una opinión razonada del órgano asesor y de los motivos presupuestos y determinantes del acto. Esta es una falencia bastante generalizada.

(35) La decisión de imponer una multa determinada —que es una potestad discrecional de la Administración en lo que concierne a su gradación— se debe apoyar en los presupuestos de hecho acreditados en el expediente, no puede tener por ciertos hechos falsos, debe estar motivada, ajustarse el fin previsto por la ley, ser proporcional con la falta cometida. Si al cuestionar la multa el agraviado demuestra que los hechos tenidos en cuenta no son verdaderos, que el acto carece de motivación, que no cumple con el fin perseguido por la ley o que la sanción es desproporcionada, el juez podrá declarar la nulidad del acto, pues todos estos son vicios de legalidad, que atañen a la mecánica contemplada por las leyes para que la justicia se realice por el derecho, como sistema de legalidad.

(36) Si una ley estableciera la competencia para crear entidades autárquicas, como lo hizo la derogada Ley de Contabilidad (dec.-ley 25.354/1956) al disponer que debe ser dictada por ley, y el Poder Ejecutivo decidiera hacerlo por decreto, los administrados no estarían legitimados para impugnar ese acto ni tampoco los que dicte el nuevo organismo creado.

potestad, como todas las que ejerce el Estado, está enmarcada por el orden jurídico, ya sea en lo que se refiere al fin perseguido por la ley, a la forma del acto o a la competencia del órgano y otras que atañen a la legalidad como forma para realizar el derecho, cuya violación determinan la arbitrariedad del acto, las que se deben respetar aun en el ejercicio de potestades discrecionales (37). De igual manera, el arbitrio administrativo no releva del deber que tiene todo órgano estatal de dictar actos razonables, de apoyarse en los presupuestos de hecho y de respetar los principios generales del derecho. Por estas causales es también posible impugnar judicialmente los actos administrativos discrecionales que adolezcan de tales vicios, violatorios del principio de legalidad (arts. 14, 16, 18, 19, 28 y 31 de la Constitución nacional).

Lo dicho demuestra que el quid de la revisión judicial de la discrecionalidad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico no pasa solo por el meridiano de la legalidad objetiva, por discutir si los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales no son revisables judicialmente por tener ese carácter. Todo lo que hace la Administración debe estar sometido al derecho. Pero una cosa es que esté sometida al derecho y otra que todos sus actos puedan ser revisados por la Justicia. También existe un control administrativo de legalidad, y en muchas ocasiones de oportunidad; y la responsabilidad (administrativa, penal y civil) de los funcionarios, cuando no se ajustan actos a la legalidad objetiva, que se ejerce con independencia de la “justiciabilidad” de los actos (38).

La Justicia carece de competencia para revisar el mérito de los actos administrativos. Los jueces solo tienen competencia para revisar la legalidad

(37) La Corte Suprema de Justicia sostuvo que “no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciables, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de octubre de 1962) al no poder hablarse hoy en día de dos categorías y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos, sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda que el control judicial de los actos denominados discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto” (Fallos 315:1361, cons. 10°).

(38) Si un funcionario dicta un acto ilegal que agravia solo a la Administración, ningún administrado lo podría cuestionarlo judicialmente. No obstante ello, la Administración puede revocarlo de oficio —con lo cual ejerce un control de legalidad—, así como también sancionar disciplinariamente al funcionario por la falta cometida, si constituye delito, denunciarlo para que sea juzgado por la justicia penal y si perjudica al Estado, una acción civil por resarcimiento de daños.

o, si se quiere, la legitimidad —que es un concepto más amplio (39)—, pero no la oportunidad y la conveniencia de las decisiones de la Administración. Estos últimos conceptos, que comúnmente son utilizados como sinónimo de discrecionalidad, se deberían subsumir en uno, el mérito, a veces comprensivo de la oportunidad y siempre de la conveniencia.

La oportunidad puede o no ser discrecional. Si la ley le otorga a la Administración la facultad de elegir el momento de ejercerla, será discrecional, pero no así cuando la atribución se confiere como deber jurídico. En este último supuesto la oportunidad de actuación se debe considerar impuesta por la ley. La Administración tiene que ejercer su competencia no bien compruebe que se dan los presupuestos de su actuación.

El *mérito* de un acto administrativo, como de cualquier acto estatal, es la virtud que tiene para satisfacer el fin perseguido, el acierto de ese proceder, la adecuación al fin (Radbruch), lo que razonablemente corresponde para alcanzar el cometido de interés público, la comprobación de que lo decidido constituye un acto de buena administración (40). El mérito concierne al contenido material de la decisión. El análisis del mérito es una cuestión valorativa, de estimación jurídica, de adecuación al fin, que ejerce cada poder del Estado.

Si el mérito se confundiese con la legalidad y la Justicia pudiera revisar en todos los casos la solución adoptada por la Administración, se sustituiría la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial, lo cual, además de ser políticamente desacertado, importaría una alteración

(39) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Filosofía del derecho", Bosch, Barcelona, 1961, ps. 581 y ss.

(40) Para Virga "es la correspondencia entre el contenido del acto y el resultado al cuál este debiere tender" (VIRGA, Pietro, Diritto Amministrativo, t. II, p. 10). Según GIANNINI existen dos significados de la palabra "mérito". "En un primer sentido, que es el más difundido, se corresponde completamente con la oportunidad. En un segundo sentido corresponde al contenido sustancial de la resolución, y comprende juntamente la oportunidad, valuaciones técnicas y calificaciones jurídicas aplicadas (este significado fue puesto en evidencia por AMORTH, A., Il merito dell'atto amministrativo, Milano, 1939). En este segundo sentido, el mérito comprende no solo la ponderación comparativa de intereses que interviene cuando se dicta la resolución (esto es, el momento final del procedimiento), sino todo el iter que va desde el momento en el cual se inicia una instancia para proveer a un interés público hasta el momento final. Actividad de mérito, en este sentido, es por lo tanto mucho más amplia que potestad discrecional" (GIANNINI, Diritto amministrativo, t. I, p. 486).

del principio de división de poderes adoptado por la Constitución nacional (41).

X. Actos administrativos de alcance general

Las sentencias que declaran la nulidad de reglamento normativo, en principio, solo tienen efecto entre las partes y para el caso planteado. En nuestro sistema, la nulidad de un reglamento no produce efecto *erga omnes*. Esto es lo que ocurre con la impugnación directa de los actos de alcance general y, obviamente, con la llamada impugnación indirecta, cuando la nulidad se declara ante el cuestionamiento de un acto de aplicación. El reglamento es una norma y, por consiguiente, por carácter general se entiende al mandato abstracto que contiene.

Es la regla que rige en el orden nacional, resulta de las normas vigentes y ha seguido la jurisprudencia de nuestros tribunales desde siempre. Hay algunas excepciones, que no son tales por apoyarse en una interpretación diferente de la regla expuesta, sino porque resultan de la naturaleza de la pretensión articulada (42). La anulación de un reglamento no es propiamente un acto jurisdiccional. Anular un reglamento con efecto *erga omnes* no es decir el derecho en un caso concreto para resolver un conflicto de intereses suscitado entre partes, *sino legislar*, en sentido material. Tanto se legisla al incorporar una norma al ordenamiento jurídico, como cuando se la declara inválida para la generalidad de los casos futuros, que equivale a derogarla. El recurso de anulación del sistema francés no es verdaderamente jurisdiccional —esto sea dicho, ateniéndonos al concepto de jurisdicción que hemos dado (43), pues hay que reconocer la dis-

(41) En este sentido, dice Parejo Alfonso: “El legislador, al atribuir al poder ejecutivo tareas públicas, está legitimado para conferir a dicho poder (y, de hecho, le confiere con toda normalidad) un ámbito de responsabilidad propia, sobre todo en la valoración de cuestiones técnicas y políticas, en la ponderación de intereses contradictorios y en la apreciación de evoluciones futuras: ámbito de responsabilidad propia del poder ejecutivo, en el que los Jueces no pueden sustituir el criterio de la Administración por el suyo, supuestamente mejor” (PAREJO ALFONSO, Luciano José, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, p. 31).

(42) A partir de la reforma constitucional de 1994, que establece los derechos de incidencia colectiva, esta regla se ha modificado con relación a esos derechos, como más adelante veremos.

(43) Ver: LUQUI, Roberto Enrique, “Revisión judicial de la actividad administrativa”, Astrea, Buenos Aires, 2005, t. I, ps. 17 y ss. Existen en la doctrina muchos y diferentes criterios sobre el concepto de “jurisdicción”. Nos remitimos al breve pero conciso trabajo de LAMPUE, Pedro, “La noción del acto jurisdiccional”, trad. de J. Toral Moreno, Ed. Jus, México, 1947, donde señala que “no hay problema en que reine mayor

paridad de criterios que existe sobre la noción de jurisdicción—, sino un acto de control administrativo de sustancia normativa (44).

En nuestro sistema, que es *de carácter individualista*, para promover una demanda es necesario invocar la lesión de un interés protegido por el derecho, de un derecho subjetivo. La legalidad en abstracto no es un interés protegido por el derecho; es un presupuesto que le sirve de sustento. Entre nosotros no se puede poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado con la finalidad exclusiva de preservar la legalidad. Así como en el orden nacional no es posible invocar como pretensión procesal la pura legalidad, tampoco los jueces tienen atribuciones para invalidar con sus sentencias reglamentos normativos, más allá de lo que concierne al caso concreto y para las partes del litigio.

El error en que a veces se incurre consiste en suponer que en nuestro sistema al declarar ilegal o inconstitucional un acto del Poder Ejecutivo los jueces lo invalidan, cuando en realidad lo que hacen es *declararlo inaplicable al caso concreto*, porque una norma de jerarquía superior así lo determina (art. 31 de la Constitución nacional) (45). La declaración judicial de nulidad no tiene por objeto lograr que desaparezcan de la

confusión y en que aparezcan más divergencias que el de la definición del acto jurisdiccional” (p. 7). También recordamos lo dicho por Niceto Alcalá Zamora y Castillo: “del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etcétera); de la jurisdicción conocemos lo que es, pero no dónde está (si el derecho procesal o constitucional); y de la acción ignoramos lo que es (pugna entre teorías abstractas y concretas) y dónde está (si en el campo del derecho material o en el derecho procesal)” (Proceso. Autocomposición y autodefensa, Universidad Autónoma de México, 1991, ps. 103 y s.).

(44) Lascano, dice al respecto: “El recurso por exceso de poder no es lo que caracteriza la jurisdicción contencioso—administrativa, por más que haya contribuido en alto grado al desarrollo del derecho público moderno. Si bien constituye una facultad que puede conferirse a los tribunales ordinarios, no es de la esencia de su función especial; lo mismo podría pertenecer a la autoridad administrativa, pues incumbe a todo poder público controlarse a sí mismo y anular sus actos ilegales. En ese caso lo llamado contenciosoadministrativo no es contencioso propiamente dicho, y por tanto, no es jurisdicción en su verdadera acepción” (LASCANO, David, “Jurisdicción y competencia”, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1941, p. 126).

(45) El reglamento normativo es una ley en sentido material. Por eso le alcanza la siguiente consideración de Bielsa: “Es creencia general que las decisiones de la Corte Suprema al declarar inconstitucional una ley debe ser acatada como norma por los otros poderes. Pero tanto los principios como la experiencia constitucional están en contra de esa creencia o interpretación. Todo fallo de la Corte Suprema que declara—como se comprende— en juicio o contienda judicial inconstitucional una ley, solamente tiene efecto inter partes y no erga omnes, y menos aún obliga a los otros poderes que tienen, como la Corte Suprema, facultades no solo de interpretar la Constitu-

Administración los actos ilegales, sino, solamente, remover un precepto —hasta ese momento legalmente obligatorio— que impide hacer lugar a la pretensión articulada (46).

El objeto del proceso es *la pretensión* deducida por el actor en defensa de su interés. La legalidad protege el interés, hace posible que lo disfrute su titular, pero no constituye un interés en sí misma. Prueba de ello la tenemos con una sentencia que hace lugar a la pretensión deducida por el actor, pero arbitrariamente, sin tener en cuenta que el fundamento legal articulado le da la razón, pero, por otro motivo, que no se ajusta a lo que establece el ordenamiento jurídico; en ese caso, la ilegalidad no se habría corregido, mas, como se satisfizo el interés del actor, para él desapareció el agravio.

Para impugnar directamente un reglamento la ley exige que afecte o pueda afectar en forma cierta un derecho subjetivo del administrado, esto es, que se invoque un agravio jurídico concreto, un interés vulnerado (47). Sin este requisito no se puede promover una demanda contenciosoadministrativa, lo cual significa que la cuestión a resolver por el juez —la materia litigiosa— no es la legalidad del reglamento en abstracto, sino el agravio al derecho subjetivo, actual o potencial, que produce ese reglamento en la situación de hecho planteada, por ser contrario a una norma de jerarquía superior (constitucional o legal). Frente a tales presupuestos, la decisión judicial solo se podrá expedir sobre la pretensión y la excepción u oposición —que es el “*thema decidendum*”— en virtud del principio de congruencia, que la circunscribe al conflicto de intereses planteado, pero no a la pura legalidad, la cual no constituye en el orden nacional un interés jurídicamente protegido en sí mismo (48).

ción y de dictar leyes en sentido material” (BIELSA, Rafael, “La protección constitucional y el recurso extraordinario”, Roque Depalma, Buenos Aires, 1958, 2ª ed., p.49).

(46) Dice Bielsa: “En nuestro sistema el tribunal judicial no extingue el acto ilegítimo si este tiene carácter de ley, aunque sea solamente en sentido material; vg. un reglamento, una ordenanza. El tribunal puede declarar ilegal el acto general; reglamento u ordenanza, lo mismo que cuando declara inconstitucional una ley, pero en ningún caso extingue la disposición erga omnes. Prácticamente el resultado puede ser el de una anulación con efectos generales o erga omnes, pues todos los que se encuentren en esa situación podrán impugnar el acto por vía de excepción e invocarán en primer término la decisión que lo declara ilegal en un caso, pero no porque esa decisión tenga autoridad de cosa juzgada, sino como antecedente” (BIELSA, Rafael, “Sobre lo contenciosoadministrativo”, ob. cit., p. 278).

(47) Art. 24 de la ley 19.549.

(48) Aunque referido al derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, que en este aspecto es prácticamente igual al régimen nacional, dice Tocqueville: “La segunda característica del poder judicial es la de pronunciarse sobre casos particulares y no

XI. Efecto de las sentencias que anulan un reglamento

La regla vigente en el orden nacional no permite conferirle efectos *erga omnes* a las sentencias que declaran la nulidad de los reglamentos, salvo que por el contenido de la pretensión o por su naturaleza no quepa otra solución que anularlo con carácter general. No importa que el reglamento sea una legislación secundaria o un acto emanado del Poder Ejecutivo, *es una norma*. El juez debe resolver la pretensión conforme al orden de jerarquía establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional. Como explica Bielsa “en nuestro sistema puede un tribunal declarar ilegal o inconstitucional un reglamento de ley y en tal virtud no aplicarlo, pero no puede anularlo” (49).

La ley 19.549 regula la impugnación judicial de los reglamentos en dos supuestos: a) como medida preventiva; y b) como defensa, en ambos casos para lograr que la Administración no lo aplique al sujeto que obtuvo una sentencia por la cual se declaró su nulidad. En el primer caso es una especie de “demanda de ilegalidad”, como la demanda de inconstitucionalidad que rige en la Provincia de Buenos Aires. De ahí la similitud que existe con la acción meramente declarativa regulada por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en contra del efecto *erga omnes* de los fallos judiciales, cuestión que está estrechamente vinculada con las declaraciones abstractas de derecho y con la necesidad de que exista una causa como presupuesto de la competencia judicial (50).

sobre principios generales. Cuando decide una cuestión particular, destruye el principio general por la certidumbre que tiene sobre él. Siendo cada una de las consecuencias de dichos principios abordadas de la misma forma, el principio se hace estéril y permanece en su círculo natural de acción. Pero si el juez ataca directamente el principio general y lo destruye sin tener en cuenta un caso particular, sale de la esfera en la que todos los pueblos están de acuerdo en mantenerlo. Se transforma en algo más importante todavía y más útil quizá que un magistrado, pero cesa de representar al poder judicial” y, más adelante agrega: “No juzga la ley sino que tiene que juzgar un proceso y no puede abstenerse de juzgarlo” (TOCQUEVILLE, Alexis, “La democracia en América”, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, trad. de Luis Cuellar, ps. 91 y 94).

(49) BIELSA, Rafael, “Sobre lo contenciosoadministrativo”, ob. cit., ps. 45 y 278.

(50) Dice González: “Aplicar la ley es el objeto del Poder Judicial, es decir, conocer y decidir todas las causas que se produzcan con motivo de hechos regidos por la Constitución y las leyes. Significa que no puede tomar por sí una ley o una cláusula constitucional e interpretarlas en teoría, sin un caso judicial que provoque su aplicación estricta. No pueden, pues, los jueces de la Corte y demás inferiores, hacer declaraciones generales ni contestar a consultas sobre el sentido o validez de las leyes; su facultad para explicarlas e interpretarlas se ejerce solo aplicándolas a las cuestiones

Los reglamentos son leyes en sentido material, normas jurídicas, previstos expresamente por la Constitución nacional, sean autónomos, de ejecución, delegados o de necesidad y urgencia (art. 99 incs. 1, 2 y 3), por cuyo motivo corresponde darle en este aspecto igual tratamiento que a las leyes, cuando son objeto de una decisión jurisdiccional. Solo se diferencian por el orden de jerarquía normativa. Como nuestros tribunales no pueden enjuiciar las leyes en abstracto, tampoco pueden hacerlo con los reglamentos, aunque sean dictados por el Poder Ejecutivo o por organismos descentralizados. En cuanto normas, su juzgamiento solo puede ser hecho en una causa o pleito, en la medida de la pretensión articulada y para el caso concreto sometido a conocimiento y decisión.

Distinto es cuando la pretensión impugnatoria solo se puede satisfacer si se declara la nulidad del reglamento en forma general. En ese caso la sentencia necesariamente deberá tener efecto *erga omnes*, pero no por haber sido cuestionada como regla abstracta, sino porque es la única forma de proteger el interés del agraviado. El juez solo puede disponer el efecto *erga omnes* de la sentencia cuando por la naturaleza de la pretensión esa es la forma de satisfacerla; o cuando se trata de derechos de incidencia colectiva. Un ejemplo sería el dictado de un reglamento para la elección autoridades en una universidad nacional, donde se disponga que para poder elegir y ser elegido sea imprescindible cumplir determinados requisitos ilegales o manifiestamente irrazonables. La elección no es un acto divisible, sino un procedimiento complejo, en el cual intervienen electores y elegidos. No basta para asegurar el derecho de un elector que la Justicia lo habilite para votar, si al mismo tiempo no puede elegir al candidato que quiere (51). Son casos que encuadran en el supuesto del art. 24 inc. *b* de la ley 19.549, porque el agravio deriva de un acto de aplicación, de una conducta seguida por la Administración, y no en una regla abstracta y general de derecho (52).

que se susciten o se traen entre ellos por las partes, para asegurar el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de sus obligaciones” (GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución argentina”, Ángel Estrada, Buenos Aires, 1959, 25ª ed. ps. 589 y ss. Ver Fallos, 321:1252 y jurisprudencia citada. Ver también jurisprudencia citada por Héctor MAIRAL, “Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento”, en Revista de derecho administrativo, N° 2, p. 253 y ss.

(51) La Corte Suprema ha declarado que cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervinientes en el juicio, dicha regla debe ceder. De otro modo, la tutela de derechos no podría hacerse efectiva y se vulneraría el principio del que ha nacido la acción de amparo (conf. Fallos, 322:3008 disidencia del juez Petracchi), Fallos, 322:111.

(52) Por eso, algunos ejemplos que da Gordillo para señalar la tendencia actual que existe en algunos tribunales de conferirle efecto “*erga omnes*” a las sentencias

Ocurre lo mismo cuando la naturaleza del derecho controvertido solo admite una solución que tenga efecto general (53). Otro ejemplo se da en los llamados derechos de incidencia colectiva, en los cuales el efecto general del fallo *es la consecuencia necesaria de la decisión jurisdiccional*. La naturaleza de estos derechos determina ese efecto en los fallos judiciales. Claro está que el efecto *erga omnes* solo sería procedente si la justicia declara la nulidad del reglamento, pero no si rechaza la pretensión, pues sería impugnabile por quienes no fueron parte en el proceso.

La opinión de los autores nacionales sobre este tema no es uniforme (54). Las razones aducidas para sostener el efecto *erga omnes* de las sentencias que anulan un reglamento son varias. Se sostiene que no altera el principio de separación de los poderes, que no es violatorio del art. 116 de la Constitución nacional en cuanto se refiere a “causas”, que el efecto general evita la reiteración de pronunciamientos y se apoya en la garantía de igualdad ante la ley. También se cita el precedente de *Fallos* 319:3148, que fue un caso atípico, en el cual los efectos de la sentencia no podían tener solo alcance particular, por la naturaleza de la cuestión debatida (55).

anulatorias de actos de alcance general, están referidas a situaciones como la descripta y no a la impugnación de los reglamentos como reglas abstractas y generales de conducta (GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo”, Fundación e derecho administrativo, Buenos Aires, 1998-2000, t. 3, IV 15).

(53) Así, por ejemplo, si un sujeto impugna la legalidad de un reglamento de urbanismo, porque permite la construcción de edificios en altura en una zona residencial, la sentencia que declare su nulidad no puede tener sino efecto general.

(54) Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, “Ley nacional de procedimientos administrativos”, ob. cit. ps. 435 y ss.

(55) En ese fallo la Corte Suprema de Justicia resolvió un conflicto suscitado entre el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina y el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, relativo a la competencia para reglamentar el ingreso a la facultad referida. Mientras la Universidad exigía como requisito para ingresar a cualquiera de las facultades que los aspirantes hayan aprobado el denominado “Ciclo Básico”, la Facultad estableció un “curso preuniversitario de ingreso”, pues sostenía que le correspondía esa atribución. La mayoría de los aspirantes siguieron el curso cuya aprobación requería la Facultad y se generó el problema de determinar cuál de los dos cursos se debían aprobar para ingresar a la Facultad de Medicina. El Consejo Superior de la Universidad dejó sin efecto la resolución de la Facultad, por la cual creó el “curso preuniversitario de ingreso”, no obstante la situación de los aspirantes que lo habían aprobado. Analía M. Monges, que se hallaba en esa situación, impugnó ante justicia la resolución del Consejo Superior de la Universidad, y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal declaró su nulidad. Contra esta sentencia recurrió la Universidad de Buenos Aires, por vía extraordinaria, y la Corte Suprema de Justicia, luego de analizar la “autonomía universitaria” —especie de cuestión “mitológica” de nuestro derecho administrativo, utilizada la mayoría de las veces con finalidades políticas—, resolvió confirmar el fallo de Cámara, pues consideró que

El concepto de *causa*, que es sinónimo de pleito, juicio, presupone necesariamente la existencia de un *proceso previo* a la sentencia, en el cual la “materia prima” es la pretensión procesal administrativa deducida por el actor. *No hay sentencia sin un proceso previo*, aunque el vencido se allane o no presente oposición. Se deben dar los pasos del proceso, aunque exista preclusión.

En el sistema jurídico político nacional no existe el recurso de anulación, porque, como se ha dicho, no se corresponde con las reglas que rigen las causas o pleitos, ya que los efectos anulatorios son en sustancia derogación de normas.

El art. 18 de la Constitución nacional establece *la inviolabilidad de la defensa en juicio*, regla esencial en un Estado de derecho, en el cual no tiene cabida la hipótesis de que quien fue ajeno a un juicio pueda ser alcanzado con una sentencia que se dictó en otro juicio, sin que haya tenido oportunidad de ejercer el derecho de defensa.

No se viola el principio de igualdad ante la ley por el hecho de que una sentencia anulatoria de un reglamento permita que este se aplique a los administrados que no lo impugnaron. Si así fuera, las sentencias firmes que declaran la inconstitucionalidad de una norma deberían producir su abrogación y, como es sabido, en nuestro sistema, si bien los jueces deben respetar los fallos de la Corte Suprema de Justicia, se pueden apartar de ellos dando razones serias que avalen su decisión (56). En esto nuestro sistema jurídico se diferencia del de los Estados Unidos de Norteamérica, donde rige el denominado *stare decisis*, que se apoya fundamentalmente en el principio de igualdad.

La anulación de un reglamento dictada por la Corte Suprema de Justicia, que ponga fin a un litigio donde el Estado ejerció su derecho de defensa a través de todas las instancias y que se halle consentida, será un ante-

la delegación hecha por la ley en esa materia a las facultades era constitucional, pero aclaró su alcance temporal, a fin de que la sentencia rija para el futuro. Señaló que una sentencia donde se resolvió cuál de los dos cursos de ingreso era válido, no podía circunscribir sus efectos a la pretensión deducida por la parte actora. Más aun, por un principio elemental de orden y de seguridad jurídica, debía contemplar, como lo hizo, la situación de los varios miles de aspirantes, cuya suerte dependía de lo que resolviera la Corte Suprema. Este fue un caso.

(56) Los jueces se pueden apartar de la solución dada por la Corte en fallos análogos, cuando a su juicio, expresado con fundamentos serios, sostengan la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado (Fallos: 262:1101; 304:898 y 1459; 307:1094 y 2124; 321: 2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294 262:1101; 302:748; 307:2124; 312:2207; 321:3201, entre otros).

cedente de valor indiscutible y servirá como presupuesto para los juicios en los cuales se discuta el tema de que se trate. Incluso puede servir para sustentar una medida precautoria, pero no tiene efecto *erga omnes*. En un país respetuoso de las instituciones, lo que corresponde en ese caso es que la Administración derogue el reglamento declarado ilegal.

XII. Los nuevos derechos y sus efectos en el sistema jurídico político de revisión judicial

A partir de la reforma constitucional de 1994 se incorporaron nuevos derechos que, en determinados supuestos, modifican el sistema de revisión jurisdiccional de la actividad administrativa. A la luz de esta reforma pasaron a tener sustento normativo intereses jurídicamente protegidos, algunos de los cuales ya habían sido reconocidos por nuestro alto tribunal, tales como los derechos de incidencia colectiva, los intereses difusos, los intereses de grupo (57), así como también a las acciones de clase, los procesos colectivos, y al efecto *erga omnes* de las sentencias que se dicten con referencia a esos derechos. Después, se agregaron los llamados “intereses individuales homogéneos” (58).

La influencia de autores extranjeros —que escribieron para otros sistemas y para otra realidad—, cierta doctrina nacional que considera que la Justicia debe controlar la legalidad objetiva, la creencia de que por ese medio se contribuye a lograr una mejor Administración, y la aparición de nuevas categorías de intereses protegidos por el derecho, son las principales fuentes de esas ideas (59). En los arts. 41 a 43 de la Constitución

(57) Bujosa Vedell pone en relieve la variada terminología utilizada por la doctrina y cita como ejemplos: “intereses de grupo, intereses colectivos, intereses difusos, intereses sociales, intereses de serie, intereses de sector, intereses de categoría, intereses difundidos o propagados, intereses profesionales, intereses fragmentarios, intereses sin estructura, intereses sin dueño o anónimos, intereses supraindividuales, intereses de clase, intereses dispersos, etc.” (BUJOSA VEDELL, Lorenzo, “La protección jurisdiccional de los intereses de grupo”, Bosch, Barcelona 1955, p. 59 y s.)

(58) Uno de los fallos más “avanzados” que dictó la Corte Suprema de Justicia en esta materia fue votado por mayoría (Fallos, 321:111). Con posterioridad otros pronunciamientos muestran que se estaría revirtiendo la tendencia (CS, “Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo”, 15/20/2010; “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional - ley 26.124 s/ amparo”, sentencia del 3 de agosto de 2019).

(59) También tienen su origen en algunos tratados internacionales (especialmente de países latinoamericanos) o en la doctrina que se generó como consecuencia de estos, o en obras escritas por autores italianos, país en el cual rigió durante varios lustros el corporativismo fascista, y todos sabemos que cuando se han vivido muchos años en un régimen totalitario que impone una doctrina oficial, algún resabio queda en la

nacional —donde predominan las cláusulas programáticas— quedaron incorporados a nuestra ley fundamental los derechos: a) a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, presente y futuro; b) a la utilización racional de los recursos naturales; c) a la preservación del patrimonio cultural; d) a la diversidad biológica, y e) a la información y a la educación ambientales (art. 41). Respecto de los usuarios y consumidores, el derecho, a) la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; b) a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a un trato equitativo y digno; c) a la educación para el consumo; d) a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; e) al control de los monopolios naturales y legales; f) a la calidad y eficacia de los servicios públicos; g) a constituir asociaciones de consumidores y de usuarios; y h) a la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control (art. 42). Por último, el art. 43 permite interponer acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a la protección del ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los demás derechos de incidencia colectiva en general, al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización.

De esta manera se incorporaron a nuestra Ley Fundamental —que antes fue un modelo de coherencia— preceptos cuya aplicación depende de circunstancias de diversa índole y no solo de las normas jurídicas que se dicten. Esto es así, porque, como vimos, más que derechos son en su mayoría *cláusulas programáticas*, expresiones de deseo para un buen gobierno y una sociedad feliz, las cuales, para ser operativas, requieren del dictado de leyes que las reglamenten.

La generalidad e imprecisión con que están redactados estos nuevos derechos permite prever hipótesis infinitas de aplicación y un número similar de casos en los cuales se podría invocar la existencia de un agravio.

mente de los individuos, como el aire que se respira inconscientemente en una atmósfera contaminada. También influyó la doctrina brasileña, que desde bastante tiempo atrás tienen la acción popular. No son teorías que se generaron espontáneamente en nuestro país. Si bien existían entre nosotros algunos antecedentes legales y jurisprudenciales, a partir de la reforma constitucional de 1994 esas ideas pasaron a formar parte de nuestra ley fundamental, con bastante poca fortuna, pues están redactadas en forma por demás impropia, confusa y deficiente, que generaron más problemas que soluciones. Entre nosotros, una de las primeras normas en las cuales que reconoce este tipo de legitimación es la ley 24.240, que confiere a los consumidores y usuarios el derecho a iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. También confiere legitimación a las asociaciones de consumidores, dispone la intervención obligada del Ministerio Público, entre otras cosas.

Más aún, de muchos de ellos ni siquiera se puede saber a ciencia cierta en qué consisten o qué quisieron expresar los constituyentes cuando dictaron la reforma. Además, en la mayoría de los supuestos, para que estos derechos puedan hacerse efectivos es necesario que se den determinadas condiciones políticas o económicas, que la Justicia no maneja. La prueba más evidente de esta afirmación está dada por los hechos, que en la actualidad demuestran que son meras declaraciones.

En nuestro sistema jurídico político todos los derechos pueden ser reglamentados por ley, mientras las normas que los reglamentan no alteren su ejercicio. Es lo que disponen los arts. 14 y 28 de la Constitución nacional. Resulta absurdo que los individuos gocen de los derechos allí indicados “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” —no obstante ser derechos fundamentales— y se pretenda que los enumerados en los arts. 14 bis, 41, 42 y 43 sean directamente operativos, pese al carácter programático de estas normas y a la generalidad e imprecisión con que están redactadas. Por eso, dejar en manos de los jueces la facultad de decidir cuál es la forma de poner en ejecución esos mandatos, cometidos y derechos tan imprecisos implica en gran medida reglamentarlos y convertir a los jueces en legisladores.

La potestad de reglamentar los derechos es una atribución del Poder Legislativo y no del Poder Judicial. Al resolver un pleito los jueces pueden aplicar normas no reglamentadas y reconocer la existencia de derechos subjetivos, siempre que se trate de derechos fundamentales o cuando las proposiciones jurídicas surgen claramente de las normas. Pero, si las hipótesis de ejercicio de un derecho son indeterminadas en un grado tal que no permiten extraer de la norma constitucional supuestos objetivos de aplicación, que reúnan las características de generalidad y abstracción y se correspondan con todo el orden jurídico, no se puede considerar como una norma vigente, sino como un mandato constitucional para que el Poder Legislativo dicte las leyes que correspondan, a fin de ejecutar esos mandatos.

Es verdad que la aplicación del derecho por el juez presupone siempre una interpretación de la ley con relación a los hechos de la causa, ya sea por la elección de la norma o por el sentido que se le debe dar o por el modo en que ha de aplicarse al caso litigioso. También es cierto que la interpretación que el juez hace de la ley es, de alguna manera, creación de derecho (norma particular) por su función integradora del orden jurídico. Pero reglamentar una cláusula constitucional, para darle sustento a las normas que se dicten a fin de ponerla en ejecución, no es lo mismo que interpretarla. La reglamentación de los derechos es creación de normas, mientras que la sentencia es interpretación y aplicación de la ley,

nunca es legislación, porque no crea reglas abstractas de derecho. Como dice Coing, “el juez tiene la tarea de formar derecho por corrección” (60), cuando está ante un caso no previsto por la ley y debe resolverlo para no incurrir en denegación de justicia. En nuestro sistema los jueces son de legalidad, no de equidad.

XIII. La ampliación de la legitimación

El reconocimiento de nuevos derechos ha traído como consecuencia la ampliación del espectro de los intereses jurídicamente protegidos. Ante una mayor amplitud de estos intereses se ha ampliado el espectro de los sujetos legitimados, ya que la legitimación activa es la facultad para estar en juicio como actor; y para ello es preciso invocar la lesión de un interés protegido por el derecho objetivo. El corolario de este esquema es que ante el incremento de los sujetos que pueden accionar por considerarse afectados en nuevos derechos, los jueces tengan mayores atribuciones de las que tenían cuando solo estaban protegidos judicialmente los derechos subjetivos.

La inoperancia demostrada por la Administración en los últimos decenios para solucionar problemas de nuestra sociedad que siempre fueron considerados de competencia estatal, se puede entender como un justificativo de estas nuevas tendencias. Tanta fue la despreocupación del Estado por proteger el interés público, que se justificó transferir a los individuos medios jurídicos que los habilite a ejercer su defensa.

Nuestro sistema jurídico político se basó en la idea de proteger al individuo en cuanto tal. De ahí que la lesión de un derecho subjetivo siempre se haya considerado como el presupuesto de la acción judicial. No se consideró suficiente para poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado a los actos u omisiones que afectan al individuo en cuanto integrante de la sociedad, aun cuando la lesión del interés público afecte de manera indirecta el interés individual.

Tradicionalmente el ámbito del interés público fue de competencia administrativa, pues es responsabilidad del Estado tutelarlos. Los problemas se presentan cuando la lesión del interés público produce un agravio indirecto a un sujeto, pero de magnitud; y si la Administración no actúa o procede de manera arbitraria o manifiestamente irrazonable, resulta justificado atribuir a los individuos la posibilidad de accionar judicialmente.

(60) COING, Helmut, “Fundamentos de Filosofía del derecho,” Ed. Asde, Río Cuarto, Córdoba, 1995, trad. esp. de J.M. Mauri, p. 259.

La protección de la salud pública, la seguridad, la defensa de la competencia, al control de los monopolios, la prestación eficiente de los servicios públicos, la defensa del consumidor y del usuario, la protección del ambiente, siempre fueron asuntos concernientes a la Administración. Para resguardarlos el Estado tiene facultades propias de policía y también existe la acción pública para protegerlos. Pero en lugar de ocuparse en hallar una fórmula que mejore la Administración para que cumpla con sus funciones eficientemente, los constituyentes de 1994 decidieron ocuparse de institucionalizar un régimen de legitimación difusa, no exento de contenido demagógico. Optaron por atribuirle legitimación al afectado, a las asociaciones y al defensor del pueblo para que puedan accionar ante la Justicia y sean los jueces los que le ordenen a la Administración lo que tiene que hacer (61). Todo ello, redactado en forma por demás confusa, imprecisa y deficiente, que ha generado más conflictos que soluciones. En suma: en vez de atacar la causa de los males, pusieron la mira en remediar los hechos consumados.

Por estas innovaciones hoy tenemos sentencias que han impedido a la Administración ejecutar obras de innegable interés para la comunidad, otras que obligan al Estado a suministrarles viviendas a indigentes (sin saber de dónde se sacan los fondos para ese fin) (62), o que lo conminan a modificar contratos administrativos porque un individuo aduce una lesión hipotética y potencial del secreto profesional, para dar solo unos ejemplos. Frente a estos casos cabe preguntarnos, ¿en nuestro país, quién administra? ¿los administrados, las asociaciones, los jueces o la Administración?

Distinto es el caso de una acción promovida por un individuo a título propio que genera una sentencia cuyos efectos benefician a terceros que no intervinieron en el pleito, porque es una consecuencia de la naturaleza

(61) La inoperancia de estos nuevos funcionarios para defender los derechos de incidencia colectiva y otros similares se puede comprobar con los resultados que hasta hoy muestran los hechos. En lo que respecta a las asociaciones también se puede comprobar que en muchos casos actúan en defensa de intereses sectoriales o profesionales.

(62) Esta es otra incorporación de derechos hecha con una finalidad demagógica, de la cual no estuvieron exentos los constituyentes de 1994, y que demuestra la improvisación con se actuó. En un país que tiene un 50% de pobres, más del 10% de indigentes, un 70% de hogares sin cloacas y otro tanto sin agua corriente, centenares de asentamientos urbanos irregulares con viviendas precarias (villas de emergencia), sin pavimentos ni servicios públicos, reconocer un “derecho a la vivienda digna” resulta una ironía.

de la pretensión o la forma de satisfacerla (63). Este es el criterio que debería seguir la legislación para ajustarse a los principios y reglas de nuestro ordenamiento jurídico, que atribuye a los jueces competencia para entender en “causas” y resolver las pretensiones y defensas que formulen las partes, ante el agravio a un derecho subjetivo.

En los casos en que la acción u omisión de la Administración agravie a una pluralidad de sujetos o que lesionen el interés público, y por carácter transitivo también a un interés particular de manera directa e inmediata, la cuestión no presenta mayores problemas, pues bastará con que el fallo resuelva la pretensión del actor para reparar los derechos vulnerados.

El tema presenta ribetes más complejos cuando se cuestiona a la Administración por no cumplir con sus funciones o con un deber de prestación, pues en ese caso la justicia debe conminarla a que ejecute una acción, y en muchas ocasiones esa condena implicaría sustituir la voluntad administrativa por la decisión judicial. En tales casos ¿está capacitada la justicia para impartir instrucciones técnicas? ¿puede entender en la oportunidad y conveniencia de la acción administrativa? ¿tiene competencia para ordenar acciones que impliquen erogaciones no contempladas por la ley de presupuesto? Una prueba de lo dicho la tenemos en el caso “Mendoza”, donde la Corte Suprema de Justicia se erigió en legislador y en administrador, con poca fortuna. Todas estas son consideraciones que se deberían formular quienes propician alegremente ampliar la competencia judicial para que ejerza un control objetivo de la Administración.

Otra innovación que comenzó en algunas regulaciones aplicables a la concesión de servicios públicos y pasó a integrar el procedimiento judicial es el de las audiencias públicas, que en los últimos años la adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación para asuntos de una gran repercusión pública. En realidad, se trata de un procedimiento inocuo, porque no tienen carácter vinculante; e inconveniente, porque puede constituir un elemento de presión psicológica para los jueces que deben resolver el caso. Solo se podría apoyar en el principio de publicidad de los actos estatales —que se cumple con la publicación de los fallos—, pero no como forma para lograr consenso en las decisiones judiciales, una especie de asamblea popular que está reñida con nuestro sistema de organización de

(63) Son muchos los ejemplos que se pueden dar. El propietario de una finca linder a un río en el cual un establecimiento industrial desagota líquidos contaminantes promueve una demanda, porque las denuncias que formuló ante la autoridad administrativa no resolvieron el problema. La sentencia que condene al establecimiento a instalar una planta potabilizadora o que decreta su clausura beneficiará a los restantes linderos al río que no fueron parte en el juicio.

justicia y con nuestro sistema de gobierno. Los jueces deben resolver las causas por lo que ellos consideren que es el derecho aplicable a los hechos de la causa y no por lo que opinen los participantes de esas audiencias.

También se instaló la idea de instaurar en nuestro país las llamadas *acciones de clase* propias del derecho norteamericano como lo pretende alguna doctrina y lo ha sostenido recientemente la Corte Suprema de Justicia, que resulta desacertada, por varias razones. En primer lugar, en el sistema norteamericano los precedentes jurisprudenciales obligan a los jueces a fallar las causas de la misma forma que lo resuelto en casos anteriores o por tribunales superiores de la misma jurisdicción (*stare decisis*), mientras que en el nuestro la jurisprudencia es una fuente indirecta de derecho, que no está mencionada en el Código Civil y Comercial (art. 2). Ni siquiera los fallos de la Corte Suprema de Justicia son obligatorios y los jueces se pueden apartar de ellos con fundamentos (64). De ahí que, contrariamente a lo que sostuvo nuestro alto tribunal en el caso “Halabi” (65), nada obsta a que existan sentencias contradictorias. Por el contrario, un fallo posterior puede modificar otro anterior, porque el juez considere que el otro no se ajustaba a derecho. Una de las características de la función jurisdiccional es, precisamente, actuar sin sujeción jerárquica (Kelsen). La solución de nuestro sistema cuando existe una pluralidad de causas y sentencias contradictorias está en los fallos plenarios; y si se trata de causas de distintas jurisdicciones, cada provincia está facultada para que sus jueces apliquen las leyes como consideren jurídicamente justo (art. 75 inc. 12).

Además, la idiosincrasia de nuestro pueblo, la conducta de muchos abogados que lamentablemente no respetan reglas elementales de ética, la ineficacia de los colegios profesionales, la excesiva injerencia de la política en el nombramiento de los jueces, son todos elementos que se debe tener en cuenta a la hora de analizar la oportunidad y conveniencia de trasplantar instituciones que en otros países funcionan razonablemente bien (66). ♦

(64) Fallos, 262:1101; 304:898 y 1459; 307:1094 y 2124; 321:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294 262:1101; 302:748; 307:2124; 312:2207; 321:3201, entre otros.

(65) Fallos, 332:111.

(66) Como es sabido, en Francia la Administración activa es juzgada por el Consejo de Estado, institución centenaria que ha forjado con sus sentencias muchas instituciones del derecho administrativo. Los jueces de ese cuerpo son seleccionados entre los alumnos que egresan con las mayores calificaciones de la Escuela de Administración. No tienen estabilidad, pero, salvo en el gobierno de Vichy, nunca se removió consejero por razones políticas y han sido promovidos por rigurosa antigüedad. En nuestro país, desde el ignominioso juicio político promovido contra los jueces de la Corte Suprema de Justicia en 1947, los miembros de este alto tribunal se cambiaron, por razones políticas, en nueve oportunidades. Así nos va.

II

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. Debido a la pandemia de la COVID-19 las reuniones fueron virtuales, a través de la plataforma Zoom.

En la primera sesión del año, celebrada el 16 de septiembre, la doctora Laura Monti abordó el tema “La Administración Pública frente a la ley inconstitucional e inconvenional”. La expositora efectuó una pormenorizada explicación acerca del papel de la administración frente a la ley inconstitucional e inconvenional y su incidencia en la práctica. Su disertación comenzó con una explicación sobre el sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad adoptado por nuestro país. A continuación, realizó un examen de los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema y las distintas posiciones de la doctrina. Finalmente, la disertante esbozó una serie de planteos acerca de las condiciones que deben reunir los órganos administrativos que realicen el control en cuestión y sobre la posterior revisión judicial. Al finalizar la exposición, se produjo un fructífero intercambio de opiniones entre los miembros del Instituto.

En la sesión llevada a cabo el 21 de octubre, el doctor Jorge Muratorio trató el tema “Tendencias actuales en contratación pública”. El disertante se pronunció en favor de una visión amplia de la contratación pública (comprensiva de todo procedimiento de contratación de la Administración y de contratos regidos por el derecho público y privado). Seguidamente abordó la problemática acerca de la denominada “Contratación pública estratégica” (el paradigma de la calidad, la inversión multipropósito y el enfoque por resultados); la vigencia y auge del principalismo; los modos en que se han globalizado las contrataciones públicas (en materia anticorrupción, con la autorregulación regulada, por la sustentabilidad —agenda ODS 2030— y con la contratación electrónica). Más adelante se expidió sobre el cambio producido en los últimos tiempos en el con-

cepto de oferta más conveniente (desde el precio más bajo hasta el “valor por dinero”) y los mejores sistemas de resolución de controversias, especialmente mencionado los tribunales administrativos como los que funcionan en España. Al culminar la disertación los integrantes del Instituto mantuvieron un enriquecedor intercambio de opiniones.

En la sesión del 18 de noviembre, el doctor Juan G. Corvalán expuso sobre el tema “Actividad administrativa automatizada. Inteligencia artificial y potestad reglamentaria”. El expositor abordó la problemática que plantea para el derecho el uso creciente por la Administración Pública de inteligencia artificial. Así explicó que, como consecuencia de los cambios tecnológicos, se puede hablar de la existencia de una transformación y surgimiento de derechos, deberes y principios en una era de máquinas inteligentes y tratamientos automatizados de datos masivos. Sostuvo que estos principios, que resultan esenciales para ejercer una actividad automatizada compatible con los principios básicos de un Estado constitucional y con el respeto por los derechos fundamentales, son los siguientes: autodeterminación algorítmica; transparencia algorítmica y trazabilidad; derecho de acceso a la información algorítmica; motivación algorítmica y no discriminación algorítmica. También destacó que, una reserva de humanidad y el establecimiento de ciertos pisos mínimos de intervención humana resultan indispensables cuando nos encontramos frente a sistemas automatizados con cierta autonomía, y mucho más cuando usan técnicas sofisticadas de aprendizaje de máquina o el denominado “aprendizaje profundo”. Más adelante se refirió a diversos problemas que se suscitan en torno a la formación de lo que el denominó la potestad reglamentaria algorítmica y a los supuestos de actividad administrativa discrecional. Al culminar la exposición se generó un interesante intercambio de ideas entre los miembros del Instituto.

En la última sesión del año, realizada el 16 de diciembre, el académico presidente, doctor Roberto E. Luqui, expuso el tema “Administración y Justicia”. El disertante abordó en su exposición diversos temas que conciernen al funcionamiento y relación de la Administración y la Justicia, entendida esta última en cuanto poder u órgano encargado de resolver las contiendas que se suscitan entre los administrados y la Administración. En primer lugar, explico que juzgar no es controlar y que en nuestro sistema jurídico político es en cierto modo impropio hablar de “control judicial de la Administración pública”. Ello es así porque, según sostuvo, la Justicia juzga a la Administración, pero no la controla. Juzgar es resolver contiendas de intereses suscitadas entre partes, decir el derecho en el caso controvertido con fuerza de verdad legal. Controlar, en cambio, implica verificar, fiscalizar, intervenir, corregir la acción de otro, sobre el

cual el controlador ejerce su autoridad, por el mando o preponderancia que tiene. Seguidamente destacó que el hecho de que en nuestro sistema la Justicia propiamente no controle a la Administración no implica que ésta no sea controlada, pues existen varias técnicas de control para lograr el imperio de la ley (v.gr. recurso jerárquico). Seguidamente, afirmó que en nuestro sistema jurídico político los jueces no pueden dictar sentencias u otras providencias que importen sustituir a la Administración en materias que son de su competencia exclusiva, como ocurre con los actos que constituyan el ejercicio de una atribución potestativa. Además, si bien pueden anular los actos ilegítimos, cuando son impugnados por los administrados, les está vedado en la mayoría de los casos sustituir la voluntad de la Administración, porque, de lo contrario los jueces se convertirían en administradores. Del mismo modo, afirmó, que la Justicia carece de competencia para revisar el mérito de los actos administrativos, pues los jueces sólo tienen competencia para revisar la legalidad. Más adelante el disertante se refirió a los efectos que acarrearán las sentencias que declaran la nulidad de reglamento normativo afirmando que, en principio, sólo tienen efecto entre las partes y para el caso planteado. Finalizada la exposición se generó un fructífero intercambio de opiniones entre los miembros del Instituto. ♦

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección del académico José W. Tobías, el Instituto resolvió por unanimidad en su sesión del 24 de junio de 2020 que los Estudios del año 2021 versarían sobre “Obligaciones y Responsabilidad Civil” y se realizarían en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas, quien falleciera el 4 de octubre de 2016.

El plenario de la Academia, en su sesión privada del 24 de septiembre de 2020, resolvió adherir al homenaje al recordado académico, invitando a participar de los Estudios a sus miembros y extender la propuesta a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Corolario de ello es la obra “Estudios sobre Obligaciones y Responsabilidad Civil en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas”, en la que han participado 39 autores con 38 artículos – uno en coautoría – de los cuales 13 son de autoría de académicos de nuestra Corporación; 7 de académicos de la entidad cordobesa; 2 de miembros de Institutos Geográficos de la mencionada Academia; 1 miembro de la Academia Nacional de Ciencias (en calidad de invitado especial), 3 son integrantes del Instituto de Derecho Empresarial de nuestra Academia y 13 de miembros de este Instituto de Derecho Civil.

El contenido, precedido de un prólogo homenaje elaborado por el subdirector del Instituto, académico doctor Rubén H. Compagnucci de Caso, comprende los siguientes trabajos: “Significación de la obligación jurídica”, por Mariano Gagliardo; “En torno a las prestaciones divisibles e indivisibles según el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)”, por Marcelo U. Salerno; “El pago al tercero”, por Rubén H. Compagnucci de Caso; “La prescripción de las obligaciones. Suspensión, interrupción y dispensa del término de la prescripción”, por Alejandro Borda; “La resolución por incumplimiento preventiva”, por Andrés Sánchez Herrero; “El ‘derecho flexible’, ‘droit souple’ o ‘soft law’ en el derecho argentino. Su influencia en la responsabilidad civil”, por Noemí L. Nicolau; “La objeción de conciencia institucional negada en la ley de aborto N° 27.610 – Un supuesto de leyes humillantes”, por Armando S. Andruet (h); “La reparación del daño contractual (el art. 1728 del Código Civil y Comercial)”, por Ramón D. Pizarro; “La mora del deudor ante el incumplimiento temporal e imputable de la obligación”, por Carlos A. Calvo Costa; “El consentimiento del damnificado como eximente de responsabilidad (Análisis del art.

1720 del Código Civil y Comercial)”, por José F. Márquez; “La prevención del daño y las inmisiones”, por Nelson G. A. Cossari; “La responsabilidad precontractual. Comparación entre los derechos argentino y francés”, por Julio César Rivera; “La etapa postcontractual, en revisión”, por Luis F. P. Leiva Fernández; “Diligencia exigible para actos de constitución de Derechos Reales”, por José María R. Orelle; “El daño moral y las indemnizaciones sustitutivas y compensatorias por las consecuencias extrapatrimoniales. El precio del bienestar emocional”, por Jorge M. Galdós; “La recepción del daño moral en el Código Civil y Comercial”, por Juan Carlos Hariri; “Los daños punitivos”, por Manuel Cornet y Guillermo P. Tinti; “Los contratos de larga duración (un tema inconcluso)”, por Osvaldo J. Marzorati; “El contrato de teletrabajo y su regulación”, por Carlos A. Etala; “El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima”, por Juan Carlos Cassagne; “La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, por Alberto B. Bianchi; “La responsabilidad del Estado”, por Roberto E. Luqui; “Responsabilidad del Estado”, por Alejandro D. Andrada; “Proyecciones jurisprudenciales del tratamiento de la responsabilidad civil de los administradores societarios como profesionales”, por Mauricio Boretto; “La responsabilidad de administradores y socios con responsabilidad limitada (como conversando con Félix A. Trigo Represas)”, por Efraín H. Richard; “Los daños ocasionados por las personas jurídicas y sus integrantes”, por Luis D. Crovi; “La capacidad de las personas jurídicas privadas: crítica al llamado principio de especialidad y a su vinculación con el objeto”, por Rafael M. Manóvil; “¿Por qué el derecho de la navegación se aparta del derecho civil en materia de responsabilidad?”, por Alberto C. Cappagli; “Responsabilidad por los vicios y defectos de la obra y por la ruina e impropiedad para el destino en obras inmuebles”, por Juan Manuel Aparicio; “Relevancia de la culpabilidad en el ámbito de la relación conyugal”, por Eduardo A. Sambrizzi; “¿La infidelidad, causa o consecuencia de la crisis matrimonial? Responsabilidad civil”, por Zulema Wilde; “Responsabilidad civil de los profesionales”, por Sandra M. Wierzba; “Responsabilidad de los abogados”, por Pascual E. Alferillo; “Nuevamente sobre la responsabilidad por daños causados por las huelgas, esta vez, a la luz de la Opinión Consultiva de la Corte IDH, OC-27/21, de 5-5-2021”, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci; “Responsabilidad por daños generados por las vacunas para prevenir el COVID-19”, por Norma O. Silvestre; “Algunos aspectos de la responsabilidad civil en la quiebra”, por Marcelo Gebhardt; “Principios generales en el derecho privado y su proyección en el derecho ambiental”, por Edgardo I. Saux, y “Responsabilidad por actos involuntarios”, por José W. Tobías.

Como se advertirá, los Estudios que conforman la obra abarcan variados aspectos de las obligaciones y la responsabilidad civil, materias a las

que el homenajeado dedicó, con brillantez, gran parte de su vida. La Editorial Thomson-Reuters La Ley la publicará digitalmente.

Por otra parte, el Instituto adhirió durante el año al que se refiere esta Memoria a las Jornadas sobre “Derecho del Consumo” que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral realizó el 5 de julio en homenaje a la memoria del académico Jorge Mosset Iturraspe. ♦

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL “SEGUNDO V. LINARES QUINTANA”

Bajo la dirección del académico doctor Alfonso Santiago, el Instituto no pudo realizar las habituales reuniones mensuales presenciales como consecuencia de la pandemia y de las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio, salvo la última de ellas, pero las mismas fueron suplidas por la organización de reuniones mensuales virtuales.

Si bien en las reuniones presenciales siempre ha habido un número considerable de miembros que han expuesto temas y participado en forma activa, en las virtuales se mantuvo el número de los asistentes que lo hacían en forma presencial y se sumaron aquellos que por vivir en localidades del interior del país no siempre podían concurrir a las reuniones y que ahora a través de la virtualidad han podido participar.

Siempre hemos contado con miembros interesados que han enriquecido el debate de los distintos temas que se abordaron.

Con la intención de señalar en su real magnitud la tarea desarrollada durante el año 2021, se torna conveniente detallar las fechas de las reuniones, los expositores y los temas que se abordaron. Cabe manifestar que la reunión inicial, del 18 de abril, debió ser suspendida por la imposibilidad de concurrir del expositor doctor Alberto García Lema, en razón de un tema de salud de un miembro de su familia.

Esa disertación se pospuso para el 18 de mayo, cuando el doctor García Lema desarrolló el tema “Consenso en la Encíclica Fratelli Tutti en la reforma de 1994 como base de políticas públicas en el siglo XXI”.

El 15 de junio expuso el doctor Gustavo Béliz sobre “El trabajo del Consejo Económico Social y el diseño de las políticas públicas del futuro argentino”.

El 20 de julio disertó la doctora Estela Sacristán sobre “Constitución y moneda”.

El 17 de agosto el doctor Rodolfo Díaz tuvo a su cargo el desarrollo del tema “Política Pública en materia petrolera. Perspectiva constitucional”.

El 21 de septiembre el doctor Juan Manuel Urtubey disertó sobre “Bases para la elaboración de una ley de coparticipación federal de impuestos”.

El 21 de octubre se presentó el libro “Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, del doctor Pablo Manili. Esta obra fue presentada por los académicos doctores Alberto R. Dalla Vía y Alberto B. Bianchi.

El 17 de noviembre la reunión se realizó en forma presencial. En ella el doctor Enrique Zuleta Puceiro abordó el tema “La construcción socio-institucional de la política pública. Consideraciones sobre el caso argentino”. Atento que esta reunión era la última del año, con posterioridad los asistentes celebraron un encuentro social con intercambio de augurios para el año 2022.

Este variado temario abarcó temas de gran importancia institucional, desarrollados en profundidad. Como ocurrió en años anteriores hubo interés y participación activa. Los aportes efectuados nunca fueron superficiales y tampoco ninguna crítica fue lesiva. Se trabajó con seriedad y responsabilidad, en un ámbito plural y respetuoso de todas las opiniones vertidas. La próxima reunión se fijó para el tercer martes de abril del año 2022. ♦

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

En virtud de las restricciones impuestas por la situación de emergencia sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19, la actividad del Instituto se llevó a cabo en forma limitada, a través de algunas reuniones virtuales que fue posible concretar, y en las que disertaron distintos miembros del Instituto sobre un amplio abanico temático vinculado al derecho comercial.

En la reunión correspondiente al mes de junio el doctor Sebastián Balbín expuso sobre “Actualidad de la sociedad por acciones simplificada”. Tras reseñar el panorama general que caracterizaba al derecho societario argentino antes de la sanción de la ley 27.349 (de Apoyo al Capital Emprendedor) que introdujo como nueva figura la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), el expositor enmarcó dicho nuevo tipo en el contexto más amplio de un fenómeno regional de transformación del derecho societario.

Señaló las características salientes del tipo concluyendo en que más que hablar de un nuevo tipo dentro del fenómeno de la tipicidad societaria hay motivos para encuadrar a la SAS en una nueva tipología societaria, de mayor eficiencia operativa y anclada primariamente en el principio de autonomía de la voluntad, con la libertad contractual como eje del sistema.

Abordó la actualidad registral de la SAS en Argentina, deteniéndose en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en donde progresivamente, desde su creación en 2017, creció, llegando a desplazar en registros a la Sociedad Anónima en 2018 y 2019. Añadió que a partir de marzo de 2020 la Inspección General de Justicia comenzó a dictar una serie de resoluciones reglamentarias del tipo que en la práctica lo tornaron inoperativo en dicha jurisdicción. A partir de entonces, los interesados en ese tipo de sociedad han presumiblemente migrado en su registración hacia otras jurisdicciones, como las de Mendoza y Córdoba.

En la sesión realizada en agosto el doctor Francisco Junyent Bas disertó sobre “Responsabilidad de los administradores societarios”. El expositor centró su exposición en la interacción que cabe ponderar que ha venido a

ser incorporada en el sistema de interpretación de la responsabilidad de los administradores con las normas contempladas fundamentalmente en los arts. 159 y 160 del Código Civil y Comercial.

Otro de los temas que consideró, relacionado con la responsabilidad de los administradores, fue el de la infrapatrimonialización material. Hizo mérito de las normas generales de los arts. 242 y 743 del Código Civil y Comercial, y luego comentó el fallo “Interindumentaria”, de la Sala D de la Cámara Comercial.

También analizó las acciones individuales de responsabilidad y lo dispuso por los arts. 1737 y 1739 del Código Civil y Comercial, como también la cuestión relativa a la incidencia de la promoción del concurso preventivo en el trámite de acciones individuales de responsabilidad. Y consideró asimismo el caso de la acción social de responsabilidad.

En la reunión realizada en el mes de septiembre disertó el académico Mariano Gagliardo sobre el tema “¿Existencia de la sociedad civil?”. El expositor recordó que la sociedad civil, durante la vigencia del Código de Vélez, no resultó un tipo societario usual y frecuente, desconociéndose su utilización, pues al no requerirse registración legal de la misma, se careció de un detalle o estadística de su existencia.

Señaló que no dudaba de la subsistencia de la sociedad civil y trazó en primer lugar un breve panorama de la institución en sus rasgos esenciales. Recordó su origen desde el antiguo derecho romano y completada en el Código de Vélez. También recordó que las finalidades de estas entidades pueden ser diversas: operaciones sobre bienes inmuebles; explotaciones agrícolas o ganaderas; forestales de enseñanza; artesanales; profesionales.

Luego, repasó los proyectos de unidad legislativa en materia de sociedades civiles y comerciales y, en lo que respecta a la fundamentación de su opinión de subsistencia de la sociedad civil, comenzó por preguntarse por la suerte de la existencia de las sociedades civiles creadas durante la vigencia del Código Civil. Y se expidió por su permanencia, en razón de la teoría de los derechos adquiridos. Además, cuando la vigencia de una ley, el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y recaudos en ella previstos para ser titular de un derecho determinado, debe considerarse que hay un derecho adquirido.

Concluyó su exposición afirmando que subsiste la especie asociativa sociedad civil, sea a través de una interpretación armónica del nuevo régimen unificado o bien a raíz de la ultraactividad de normas abrogadas que,

en suma, difieren la cuestión a la Sección IV, Anexo II, de la ley 26.994, posibilitando, además, simplificar el contralor de legalidad, atemperar la publicidad registral, adaptando las cláusulas estatutarias a las nuevas realidades.

En la sesión correspondiente al mes de noviembre el doctor Mauricio Boretto se refirió a “El garante consumidor en la dinámica de las garantías patrimoniales”. El expositor repasó algunos conceptos básicos del Derecho del Consumidor, partiendo de su recepción en el artículo 42 de la Constitución Nacional, la ley 24.240 y sus modificatorias, y el Código Civil y Comercial, que consagra principios y reglas generales que actúan como “protección mínima”, no derogatorias de la ley 24.240.

Se refirió también a las reglas generales de interpretación de la ley y del contrato previstas en el Código Civil y Comercial, recordó la distinción entre relación de consumo y contrato de consumo y también hizo referencia a las reglas generales contempladas en el Código Civil y Comercial sobre cláusulas abusivas, que se complementan con las existentes en la ley especial (art. 37 ley 24240).

Remarcó que, en cualquier caso, resulta aplicable la norma más favorable al consumidor, y luego pasó a considerar las reglas que rigen el control judicial de las cláusulas enfatizando en la necesidad de dotar al consumidor de una tutela judicial efectiva.

De seguido enfocó en los puntos de encuentro del Derecho de Consumo y el Derecho privado de las garantías patrimoniales, partiendo del análisis de algunos casos judiciales. En conclusión, sostuvo que parece abrirse camino y consolidarse en materia de Derecho de consumo la tendencia que propugna una relectura de las normas de derecho privado infra constitucionales a la luz de la Constitución, a los efectos de juzgar la responsabilidad del garante “consumidor” para evitar, de esa manera, la consolidación de situaciones jurídicas abusivas. ♦

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Bajo la dirección del académico Jorge R. Vanossi, el Instituto realizó entre mayo y noviembre cuatro reuniones académicas de carácter virtual, para analizar las preocupaciones y desafíos actuales de la especialidad, con particular énfasis en los intereses de la República Argentina.

Las reuniones, a través de la plataforma Zoom, se organizaron y desarrollaron perfectamente a pesar de las restricciones derivada de la pandemia de la COVID-19, que obligó a suspender las actividades presenciales previstas.

El 22 de junio, el doctor Agustín Blanco Bazán expuso sobre “La visita de buques en alta mar y el derecho de los tratados. El convenio SUA y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”.

El 24 de agosto el doctor Christian G. Sommer abordó “La aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales. Algunas reflexiones sobre fallos recientes”.

El 26 de octubre el doctor Alejandro Chehtman se refirió a “Jurisdicción extraterritorial en América Latina”.

El 23 de noviembre el doctor Nahuel Maisley expuso sobre “El derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional”.

La reunión prevista para el 28 de septiembre sobre “Aspectos jurídicos y políticos respecto a la disputa de delimitación marítima entre Mauricio y Maldivas. Análisis de los argumentos del Tribunal del Mar para admitir el proceso”, a cargo del miembro del Instituto doctor Facundo D. Rodríguez debió suspenderse por razones de fuerza mayor del expositor, y se acordó incluir el tema para las exposiciones del año 2022.

El secretario del Instituto, 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 pudieron participar de las sesiones virtuales. ♦

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

Bajo la dirección del académico Guillermo J. Yacobucci, y a pesar de las dificultades impuestas por la pandemia, que se extendieron durante el año 2021 y que impidieron la presencialidad en las actividades académicas, el Instituto de Derecho Penal pudo llevar a cabo reuniones periódicas con presentación y discusión de ponencias a través de las plataformas Meet y Zoom.

El 15 de marzo tuvo lugar la primera de las reuniones, a cargo del director, con la asistencia del secretario doctor Eduardo Riggi. En esa oportunidad se organizó el cronograma anual, la secuencia de ponencias y los temas. Concretándose, en la misma jornada, la exposición sobre “La Dogmática del Derecho Penal de la Empresa” a cargo del doctor Yacobucci, que presentó un panorama de las instituciones especiales del ámbito penal frente al crimen económico y la imputación a las organizaciones.

El 13 de abril la ponencia estuvo a cargo del doctor Alejandro Freeland, sobre “La infracción tributaria como defensa”. La ponencia se orientó a discutir la posibilidad de atender a situaciones de justificación con fundamento en escenarios críticos para el mantenimiento de la actividad de la empresa. Su análisis derivó en consideraciones de los asistentes sobre la posibilidad de que progresara esa justificación en el campo penal.

El 11 de mayo presentó su ponencia la profesora Carolina Robiglio sobre “El marco legal vigente para la imputación de personas jurídicas”. La exposición suscitó un amplio debate sobre las exigencias de la nueva normativa sobre la responsabilidad penal de la empresa, asumiéndose además cuestiones de índole procesal y práctica frente a esa atribución al ente ideal.

El 10 de agosto el doctor Nicolás Ramírez desarrolló el tema “El sujeto activo en el delito de Administración Fraudulenta”, que fue objeto de la publicación de su libro con igual título y materia de defensa de su tesis doctoral. El análisis determinó animadas discusiones sobre la naturaleza de ese tipo de injusto, dada la posición asumida por el disertante. También se analizaron casos concretos para definir el título de imputación que merecerían.

El 12 de octubre el doctor Félix Lamas disertó sobre “Sanciones administrativas y prevención de lavado de activos”. El ponente presentó un panorama de la legislación vigente en nuestro país e hizo una aproximación crítica sobre las obligaciones impuestas a determinados sujetos para realizar reportes sobre operaciones sospechosas. Los participantes debatieron sobre las responsabilidades emergentes de la presentación de esos reportes.

El 9 de noviembre el doctor Carlos González Guerra expuso sobre “Derecho Penal y Compliance”, analizando la legislación nacional, en especial, en su relación con la responsabilidad penal de la empresa. Detalló las características de los esquemas de integridad, sus características y las obligaciones asumidas por el Oficial de Cumplimiento. Se discutió en particular los contenidos de los códigos de ética y los protocolos de gestión.

El 14 de diciembre tuvo lugar la ponencia del doctor Juan Rodríguez Estévez sobre “Investigaciones internas en la empresa”. El profesor se explicó sobre los derechos y garantías que debieran operar en ese ámbito, consideró la validez de las evidencias recogidas en ese procedimiento frente a un juicio penal y planteó diversas dificultades prácticas. La exposición tuvo un animado intercambio de opiniones.

Por otra parte, durante el año 2021 el académico directo del Instituto doctor Guillermo J. Yacobucci publicó la obra “(In) exigibilidad y pena”, en la editorial BdeF. También se publicó la obra “El sujeto activo en el delito de administración fraudulenta”, del integrante del Instituto doctor Nicolás Ramírez, en la misma editorial. ♦

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, el hábeas corpus y la oralidad, durante el año 2021 editó la obra “El Derecho Procesal, hoy y mañana”, en la que intervinieron el Director del Instituto y los integrantes doctores Miguel A. Almeyra, Roland Arazi, Roberto O. Berizonce, Angela Ledesma, Héctor E. Leguisamón, Mario Masciotra, Eduardo Oteiza, Carlos R. Ponce, Eduardo Sirkin, Víctor Trionfetti y Alejandro C. Verdaguer, y dos profesores invitados, Ignacio A. Falke y María Victoria Mosmann.

Los temas desarrollados fueron los siguientes: “El proceso civil del mañana”, por Carlos R. Ponce; “El rol del juez en el proceso civil del mañana”, por Mario Masciotra e Ignacio A. Falke; “Modificaciones por Acordadas y Resoluciones con incidencia en el CPCCN, tendientes a encaminar, con la digitalización, la tramitación del expediente electrónico”, por Eduardo Sirkin; “¿Con la pandemia el expediente digital vino para quedarse?”, por Héctor E. Leguisamón; “Inteligencia artificial”, por Enrique M. Falcón; “La garantía del contradictorio”, por Roland Arazi; “El contradictorio ‘fuerte’ y su operatividad”, por Roberto O. Berizonce; “Senderos entre lenguaje y proceso”, por Víctor Trionfetti; “Sobre el lenguaje de nuestros curiales”, por Miguel A. Almeyra; “La interacción argumentativa en el proceso civil”, por Alejandro C. Verdaguer; “Reflexiones sobre la posibilidad de habilitar el juicio por jurados en materia civil”, por Angela Ledesma; “Psicología y Proceso (De Wundt a las neurociencias)”, por Enrique M. Falcón y “Violencia de género: Vías procesales para mitigar sus efectos en Argentina (Instrumentos para evitar la revictimización)”, por Eduardo Oteiza y María Victoria Mosmann. Además, fueron publicados los libros por parte de integrantes del Instituto: “La Corte Suprema. Actualidad. Funcionamiento. Propuestas de reforma”, por Leandro J. Giannini; “Sentencias Constitucionales. Teoría y práctica” y “El juicio de amparo”, por Osvaldo A. Gozaíni, y “El control de convencionalidad en el sistema Interamericano. Efectos. Obligatoriedad”, por Juan Carlos Hitters. ♦

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, seis reuniones académicas, las que se llevaron a cabo a través de la plataforma Zoom, en el marco de la pandemia de COVID-19.

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.

En la reunión del 9 de marzo disertó el ingeniero doctor Eduardo Levi Yeyati sobre “Agenda laboral de la postpandemia”.

En la reunión del 28 de abril expuso el señor Gerardo Martínez, Secretario General de la Unión Obrera de la Construcción, sobre temas de actualidad vinculados al Derecho del Trabajo.

En la reunión del 7 de julio disertó el doctor Claudio Moroni, Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, sobre temas de actualidad vinculados al Derecho del Trabajo.

En la reunión del 11 de agosto ofreció una comunicación el doctor Eliseo Devoto sobre “El financiamiento del sistema único de la Seguridad Social. Aportes y contribuciones. Su regulación actual”.

En la reunión del 29 de septiembre expuso la doctora Liliana Litterio sobre “La vuelta al trabajo presencial: situación laboral de los trabajadores que se resisten a trabajar y de los que se niegan a vacunarse”.

En la reunión del 8 de noviembre disertó el doctor Daniel Pérez sobre el tema “Programa de generación y fortalecimiento del empleo argentino (un puente al empleo)”.

Por otra parte, en el mes de octubre el plenario académico hizo lugar al ingreso del doctor Esteban Carcavallo al Instituto.

En tanto, a propuesta de la Academia, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación designó a los doctores Osvaldo Maddaloni

y Mario Ackerman como integrantes de la Comisión de Garantías creada por el decreto 272/06. Asimismo, y en representación de la Unión Industrial Argentina, fue designado en la misma Comisión el doctor Carlos Aldao Zapiola, también integrante del Instituto. Cabe destacar que la citada Comisión se encuentra presidida por otro miembro del Instituto, el doctor Eduardo Álvarez.

En otro orden, fue publicado por la Academia el libro del Instituto que lleva por título “Temas de Derecho Individual y Colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social”.

En dicho libro participaron los académicos Daniel Funes de Rioja y Carlos A. Etala; las doctoras Graciela Cipolletta y Graciela González, y los doctores Carlos Aldao Zapiola, Eduardo Álvarez, Leonardo Ambesi, Marcelo Aquino, Héctor Omar García, Miguel Ángel Maza, Osvaldo Maddaloni y Diego Tula.

Durante el año 2022 están previstas exposiciones de invitados de diversos ámbitos sobre temas vinculados a nuestra disciplina, entre los meses de marzo y noviembre. ♦

III
OTRAS DISERTACIONES
Y TRABAJOS

RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES POR EL CONTENIDO DE SUS DECISIONES JURISDICCIONALES

POR ALFONSO SANTIAGO (*)

I. Presentación del tema

No hace mucho alguien muy vinculado al quehacer judicial de nuestro país se atrevió a afirmar que si el XIX podía ser considerado el “siglo del Poder Legislativo” y el XX “el siglo del Poder Ejecutivo”, el siglo XXI sería el “siglo del Poder Judicial” (1).

Durante el siglo XIX la instalación del principio de la soberanía popular como fuente última de legitimidad de los sistemas de las democracias constitucionales y el desarrollo del racionalismo jurídico que veía en la elaboración de la ley el momento culminante de todo el mundo jurídico, contribuyeron a pensar en la primacía del Poder Legislativo como representante más genuino de la voluntad popular y de su producto principal que es la ley.

A lo largo del siglo XX, en particular a partir de la crisis de 1930, tiene lugar el fenómeno de la expansión del Estado intervencionista, regular y del Bienestar, lo que provoca un notable crecimiento de la Administración Pública cuya conducción y liderazgo ejerce el Poder Ejecutivo. De este modo, a lo largo de todo el siglo XX se advierte un notable crecimiento institucional del Poder Ejecutivo.

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Disertación en el Congreso Mundial de Derecho titulado “El Estado de Derecho en América” organizado por la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y la Asociación Mundial de Juristas, en diciembre de 2021.

(1) En una afirmación, con algunos puntos de contactos con lo que aquí se sostiene, señala Zagrebelsky que “así como el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, el XX ha sido el de la justicia constitucional”, Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008, pág. 36.

Hacia finales del siglo XX y en esta primera década del siglo XXI quienes más han crecido proporcionalmente su participación e incidencia en el proceso social y político han sido los jueces. Los ciudadanos y las organizaciones que ellos conforman ya no sólo llevan sus demandas ante los órganos con representación política directa, sino que también las encauzan por medio de los estrados tribunales. La cultura jurídica de la posmodernidad es una cultura de derechos más que de normas generales y quienes están llamados a darles protección efectiva en situaciones concretas son los jueces integrantes del Poder Judicial. Por eso, se avizora proféticamente que el siglo XXI será el siglo del Poder Judicial.

Más allá de que se comparta o no esta audaz y atrevida predicción es indudable que en los últimos cincuenta años ha ido creciendo significativamente el protagonismo del Poder Judicial en el gobierno del Estado contemporáneo, tanto en nuestro país como en el resto del mundo. Se advierte una progresiva juridización y judicialización del proceso social y político. Los distintos problemas que aquejan al gobierno y a la sociedad, con mucha facilidad, se transforman en causas judiciales, cuya resolución final corresponde a los jueces (2).

Tras su aguda observación de la vida política norteamericana afirmaba con sorpresa Alexis de Tocqueville en su famosa obra *Democracia en América*: “No existe casi ninguna cuestión política que tarde o temprano no se convierta en una cuestión judicial”. Esa afirmación propia en su momento de la realidad norteamericana, bien hoy podría extenderse a los países donde está vigente y consolidado un sistema de democracia constitucional, ya que allí los jueces y tribunales cons-

(2) Describiendo la axiología social que con su actuación está llamado a garantizar, señala Julio Cueto Rúa que “el juez es un miembro de la comunidad, actúa como su órgano, y debe cuidar sus valores: imponer orden para facilitar la predicción de los acontecimientos y la programación del comportamiento humano; lograr y mantener seguridad para dominar los riesgos y preservar la integridad de la vida, y de los bienes; establecer condiciones pacíficas de convivencia para hacer posible el máximo despliegue de la personalidad; cuidar el poder para infundir en el seno del grupo social objetivos y finalidades comunes y para movilizar las energías requeridas para alcanzarlos; promover la cooperación para multiplicar la eficacia de la acción individual y enriquecer los medios operativos y los objetivos realizables; estimular la solidaridad para enlazar las vidas de los integrantes del grupo social de modo tal que la suerte resulte compartida, en las buenas y en las malas. Y, por último, hacer justicia, tratar a los iguales de la misma manera, remunerar en proporción a los méritos, y asegurar el equilibrio y la armonía del conjunto” Cueto Rúa, Julio, *“El buen abogado litigante”*, LA LEY 1988C-712

titucionales han aumentado de modo considerable su protagonismo institucional.

Este importante aumento relativo de la participación del Poder Judicial en el gobierno actual exige tanto su propia mejora institucional, como la de los procedimientos de control, para equilibrar la ecuación constitucional que señala que “a mayor poder político, mayor responsabilidad institucional y mayor necesidad de control” (3). También cabe señalar que a mayor poder también aumenta la conflictividad institucional con los otros poderes y grupos de interés que rigen en la sociedad política. El creciente protagonismo que adquiere el Poder Judicial lo transforma de “actor secundario”, en actor central de la vida política, institucional y social de su país.

El Estatuto del juez iberoamericano parece haber advertido este proceso de crecientes demandas y transformación del Poder Judicial cuando afirma en su Preámbulo: “la evolución de nuestras sociedades ha llevado a un mayor protagonismo del juez, lo cual exige que el Poder Judicial responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas necesidades”

La responsabilidad judicial es un contrapeso necesario de la independencia judicial que la constitución garantiza a los jueces (4). La independencia judicial encuentra su razón última de ser como garantía del justiciable, a quien se le asegura que las causas que él plantee serán resueltas por jueces independientes, imparciales y responsables. El Estatuto del Juez Iberoamericano señala los distintos sujetos ante los que se debe ejercitar la independencia judicial: los otros poderes y autoridades públicas (art. 2), los medios de comunicación (art. 3) y los superiores jerárquicos de los jueces (art. 4), a la vez que establece la necesidad del aseguramiento de los recursos presupuestarios para el adecuado funcionamiento de

(3) “La responsabilidad de los gobernantes por sus actos y omisiones será mayor según sea más prominente la función de gobierno que ejerza, pues a mayor injerencia en la prosecución del bien común, debe corresponder mayor responsabilidad del funcionario ante la sociedad que lo ha investido”, Dictamen del Procurador General, en el caso Moliné O’Connor resuelto por la Corte Suprema el 1-VI-04.

(4) “La independencia del juez llega hasta donde llega el Derecho, y traspuesto ese límite nace la responsabilidad: los jueces se encuentran únicamente sometidos al Derecho y ello determina a la vez un claro límite a la actuación del Estado a través de los jueces como garantía para los individuos”, voto de los Dres. Agendes, Basla, Roca y Sagüés en el caso Murature.

la función judicial (art. 6). Más allá de estas garantías institucionales, la independencia reposa en las convicciones personales que abrace el propio juez (5).

La Constitución española de 1978 parece hacerse cargo de la correspondencia y equilibrio necesarios entre independencia y responsabilidad judicial cuando en su art. 117 señala que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”

Sin responsabilidad institucional, característica propia de la forma republicana de gobierno, o sin mecanismos que la hagan real y efectiva, la independencia se podría convertir en un privilegio corporativo ajeno por completo a esa lógica republicana ya señalada (6).

Tras su aguda observación de la vida y cultura norteamericana, el psiquiatra vienés Victor Frankl, sobreviviente de un campo de concentración en el que vivió durante la segunda guerra mundial, sugería a los ciudadanos de ese país que, así como habían sido capaces de construir la estatua de la Libertad en la costa este, deberían construir una estatua a la Responsabilidad en la costa oeste de su dilatado territorio. Libertad

(5) En este sentido, afirma Zagrebelsky: “Los jueces del Tribunal Constitucional están rodeados de altas murallas para defender su independencia: la prohibición de desarrollar actividades relacionadas con partido o asociaciones políticas; la incompatibilidad con cargos y empleos de cualquier género, públicos o privados; la inmunidad por la opiniones y los criterios expresados en el ejercicio de su función y la protección contra iniciativas judiciales vejatorias; la garantía del retorno al terminar el mandato al puesto de profesor o de magistrado que se ocupaba antes de asumir el cargo; el tratamiento retributivo más que adecuado para una existencia libre y digna, suyo y de su familia, etcétera. Todas estas disposiciones son importantes, pero sólo describen en un marco, un perímetro, dentro del cual hay un espacio vacío de controles e injerencias externas que toca al juez llenar de contenido en el ejercicio cotidiano de sus funciones”, ob. cit., pág. 89.

(6) Ya Alberdi, en su proyecto de Constitución, se hacía cargo de la importancia de asegurar constitucionalmente tanto la independencia como la responsabilidad judicial, proponiendo la incorporación de los siguientes artículos al texto constitucional:

Art. 94: Los jueces son inamovibles y reciben sueldo de la Confederación. Solo pueden ser destituidos por sentencia.

Art. 95: Son responsables de los actos de infidencia, corrupción o tiranía en el ejercicio de sus funciones, y pueden ser acusados.

Art. 96: Las leyes determinarán el modo de hacer efectiva esta responsabilidad, el número y calidades de los miembros de los tribunales federales, el valor de sus sueldos, el lugar de su establecimiento, la exención de sus atribuciones y la manera de proceder en sus juicios.

y responsabilidad son dos valores que se reclaman mutuamente para un adecuado equilibrio vital, tanto a nivel personal como social. De modo análogo independencia y responsabilidad judicial se reclaman mutuamente y son las sólidas bases sobre las que se deben asentar los poderes judiciales, de cara a los desafíos que se le presentan de cara al nuevo milenio.

La indebida utilización de los procedimientos de responsabilidad judicial puede amenazar y dañar la independencia judicial. Por ello, con sabiduría institucional, el art. 19 del Estatuto del Juez Iberoamericano señala que “la exigencia de responsabilidad no amparará los atentados contra la independencia judicial que pretendan encubrirse bajo su formal cobertura”. El estudio y conocimiento de las buenas experiencias sobre el adecuado funcionamiento de los procedimientos de responsabilidad judicial en el derecho comparado, puede ser muy útil de cara a obtener ese adecuado equilibrio institucional. Habrá que estar prevenidos para que en el diseño y práctica de los procedimientos de responsabilidad judicial no se afecte la independencia judicial a la vez que se evite todo riesgo de corporativismo, en el que no existan posibilidad de que órganos ajenos al Poder Judicial pueda tener algún grado de participación en la tarea de control.

Independencia y responsabilidad no son incompatibles y es posible encontrar un adecuado punto de equilibrio entre sus exigencias. Si ello se consigue se refuerza notablemente la autoridad y el prestigio social del Poder Judicial. Para encontrar esos puntos de equilibrio en necesario ponerse en la perspectiva de las expectativas del “justiciable”, del ciudadano común hacia quien va orientado y dirigido el servicio de justicia. El reclama y exige unos jueces independientes que resuelva su caso según su leal saber y entender, superando las inevitables presiones a la que se ve expuesto todo decisor. Pero simultáneamente pide que, si los magistrados judiciales han defraudado con su conducta la confianza pública en ellos depositada, sean rápida y efectivamente sancionados y/o removidos, para de ese modo poder seguir creyendo en sus jueces y poder aceptar sus decisiones porque gozan de legitimidad.

Uno de los temas más debatidos en el ámbito de la responsabilidad judicial es examinar si los jueces pueden ser juzgados y responsabilizados por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales y cómo y de acuerdo a qué criterios debe realizarse esta tarea.

Este aspecto de la responsabilidad judicial plantea el delicado problema de encontrar un adecuado punto de equilibrio entre distintos principios

básicos que informan la organización política de las modernas democracias constitucionales: la necesaria preservación de la independencia del Poder Judicial, la responsabilidad política de los gobernantes por los actos que deciden que es propia de un régimen republicano (7) y los principios de separación y control recíproco entre los órganos de gobierno.

En los últimos años el tema de la responsabilidad judicial por el contenido de sus sentencias ha estado muy presente en el escenario público tanto en nuestro país, como en el extranjero. Por eso, considero que desde el campo académico podemos hacer un aporte proponiendo un criterio para resolver esta cuestión clave para el funcionamiento de nuestro sistema judicial.

II. Tesis propuesta

Considero que:

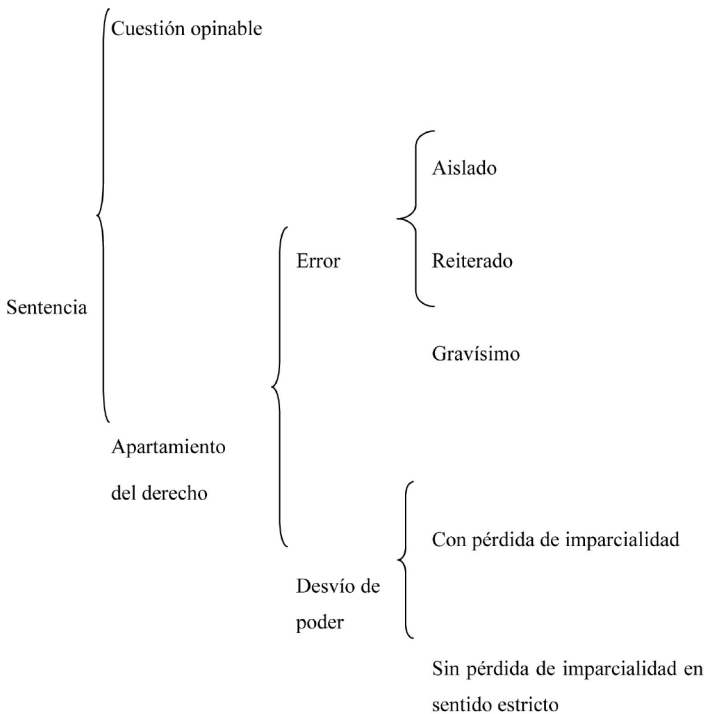
“Los jueces no responden políticamente por el contenido de sus decisiones, salvo en los supuestos de desvío de poder o de error judicial reiterado o gravísimo”

El criterio propuesto parte de un principio general que reconoce la irresponsabilidad política por el contenido de las decisiones judiciales y se reconocen tres excepciones:

- El desvío de poder;
- El error judicial reiterado
- El error judicial gravísimo

Para explicar adecuadamente la tesis que sostenemos puede ser conveniente mostrar y explicar el siguiente cuadro:

(7) “La responsabilidad es la otra cara de la moneda de la independencia judicial. En la consecución de un adecuado equilibrio entre la real independencia de los jueces y magistrados, por una parte, y, por la otra, las formas de responsabilidad personal (civil, penal, disciplinaria y, en su caso, política) está la clave de la efectividad del poder judicial en el cumplimiento de sus funciones de tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos y de control de los demás poderes”, Díez Picasso, Ignacio, Poder Judicial y responsabilidad, La Ley, Madrid, 1990, pág. 9.



Daremos una primera explicación al cuadro para luego profundizar en cada uno de los conceptos y categorías que allí se contienen.

La primera distinción que corresponde hacer es entre sentencias que resuelven de modo jurídicamente fundado un determinado caso eligiendo una de entre varias soluciones posibles (sentencias que resuelven cuestiones opinables), de aquellas que contienen decisiones que no pueden ser reconocidas como jurídicamente válidas (apartamiento del derecho). Así, p. ej., nos parece que es opinable el decidir si la tenencia de estupefacientes puede ser o no considerada una acción privada protegida por el art. 19. No lo es el considerar que de acuerdo a nuestra constitución un presidente puede ser elegido indefinidamente. No hay método de interpretación jurídica que permita concluir o fundar en derecho esa decisión. La práctica judicial muestra y sostiene que no todo argumento y decisión puede ser “histocompatible” con un determinado sistema jurídico. Si no existiera esa histocompatibilidad carecerían de sentido el concepto de

sentencia arbitraria, la figura penal del prevaricato, el recurso de revisión, la institución procesal de la cosa juzgada írrita, etc.

Desde nuestro punto de vista, en los casos en un juez resolvió una cuestión opinable utilizando algunos de los criterios jurídicos disponibles, por más que su decisión haya sido revocada por los órganos superiores y tal vez no haya sido la más apropiada, no es procedente que el Consejo de la Magistratura, ni el Jurado de Enjuiciamientos, ni el Congreso de la Nación intenten poner en marcha ningún procedimiento de responsabilidad política contra el magistrado que dictó la decisión cuestionada.

Por el contrario, sólo en algunos casos en que la incorrección de la sentencia esté fuera de duda y que objetivamente exista de modo evidente un apartamiento del derecho o clara “injusticia”, podrían activarse los mecanismos de responsabilidad política.

Entendemos que el ordenamiento jurídico no siempre nos brinda claramente una solución para un problema y por ello habrá que establecer si la resolución judicial cuestionada utilizó o no una de las opciones interpretativas que le brinda el sistema jurídico. Para ello habrá que verificar si existe un “argumento jurídico”, “canon interpretativo admisible”, “razón aceptable por la comunidad científica”, un desarrollo compatible con un *a well functioning system of adjudication* (8) o, como quiera denominarse a las distintas fuentes del derecho (9). En caso de existir esta fuente racional del derecho en que basar una decisión estaremos ante una cuestión opinable y por su independencia el juez no puede ser cuestionado por sostener una determinada posición jurídicamente admisible. Por el contrario, cuando ella no exista estaríamos frente a un “apartamiento del derecho”.

Sin embargo, apartamiento del derecho no significa necesaria ni automáticamente mal desempeño. Por ello, debemos distinguir si la decisión judicial que se apartó del derecho fue producto de un actuar deliberado o uno negligente del juez que la dictó. Esta distinción tiene sentido desde el momento en que puede incidir en la ponderación del mantenimiento o

(8) Cfr. FERREJOHN, J. y KRAMER, L. “Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint”, *New York University Law Review*, p.962

(9) Aarnio define en sentido amplio este concepto como “toda razón que —de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica^{3/4} puede ser usada como base suficiente de la interpretación”. Entiende que para que estas “razones” sean válidas deben ser “racionalmente” aceptadas por la comunidad, cfr. AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p.123.

no de las condiciones de idoneidad judicial. Habrá “error judicial” cuando el apartamiento del derecho fue producto de una actuación negligente y habrá “desvío de poder” cuando tuvo su origen en una conducta claramente consciente y deliberada.

Por error judicial, nos referimos a los casos en los cuales el juez actúa sin plena advertencia y, por tanto, sin intención de postergar al derecho en la resolución de un determinado caso.

Los errores judiciales pueden consistir en el desconocimiento de la vigencia de una norma que por ello no fue aplicada al caso, o ser el producto de un yerro en la actuación del juez. Por ejemplo, incluir una dirección equivocada en una orden de allanamiento provoca objetivamente un apartamiento del derecho, por cuanto se viola la intimidad de una persona sin indicios de que en su domicilio existan elementos vinculados con la comisión de un delito, que sería en el único caso que legalmente podía ser autorizado.

En base a las anteriores reflexiones, hemos propuesto distinguir entre tres situaciones diferentes: el error aislado, el error gravísimo, y la reiteración de errores.

Sobre el error aislado, postulamos que aquellos errores propios del quehacer judicial a los que están expuestos todas las personas no pueden configurar por sí solos mal desempeño. Allí seguimos la doctrina del Consejo de la Magistratura en torno a que “los errores de los magistrados en la valoración de los hechos o en la aplicación del derecho, no constituyen por sí solos causales de mal desempeño que justifiquen su acusación” (10). En el mismo sentido, sostiene Kiper que “este manifiesto desconocimiento del derecho, en principio, debe ser reiterado, pues nadie está exento hasta de incurrir en un error grosero, salvo que se acredite mala fe -la que no se presume-, esto es, apartarse del derecho notoriamente aplicable a sabiendas de lo que se está haciendo, y sin brindar explicaciones suficientes. Se advierte, una vez más, que, en un caso de estas características, como en el de la comisión de un delito en ejercicio de la función, se está juzgando desde un punto de vista disciplinario la conducta de un juez más que el contenido de la sentencia. La sentencia será una de las pruebas necesarias, pero en principio considero que no puede ser la única; debe estar acompañada de otras pruebas, o al menos de presunciones muy serias y graves.” (11)

(10) Dictamen 10/99 de la Comisión de Acusación en el expediente 92/99.

(11) Kiper, Claudio, *Responsabilidad disciplinaria de los magistrados*, Ed La Ley, Bs. As. 2002, pág. 115

Pero también sostenemos que no puede descartarse automáticamente el mal desempeño por un error cuando él ha provocado un daño gravísimo. La falta de intención no siempre puede ser invocada como eximente de responsabilidad política. La mera ignorancia no exime de responsabilidad a un juez que entrega una menor bajo en custodia a una persona de la cual existen indicios ciertos de que la someterá a maltratos. Estos son ejemplos de lo que hemos denominado “error gravísimo”.

Finalmente, también sobre la actuación negligente, debe distinguirse los casos en los cuales los errores forman parte del patrón de conducta del juez. Nos referimos a los “errores reiterados”; aquellos que, sin ser graves, su repetición resulta un indicio claro para inferir la insuficiente de preparación técnica para desempeñar el cargo o la falta de los mínimos dotes para llevar adelante su tarea con eficiencia.

Por otro lado, hemos denominado como “desvío de poder” al “apartamiento del derecho” consciente y deliberado.

Aclaremos que la determinación de este conocimiento en el caso concreto no ofrece mucho problema porque generalmente se desprende de las resoluciones cuestionada.

Los casos de desvío de poder merecen un mayor reproche que el error judicial y la sanción del juez que incurre en él corresponde en todos los casos. La práctica del desvío de poder impacta sobre la aptitud para desempeñar la función, específicamente, sobre el conjunto de principios de ética judicial sobre los cuales descansa la legitimidad del juez, como pueden ser su sujeción a la Constitución —que le confirió poder y determinó su rol—, su imparcialidad o su honestidad.

Esta actuación configura un “desvío de poder” porque se utiliza una potestad que le otorgada para resolver conflictos conforme a derecho con una finalidad distinta que según el caso puede ir desde imponer su particular visión de la sociedad hasta favorecer o perjudicar una persona determinada.

Por último, en los casos en que el “desvío de poder” tuvo como finalidad favorecer una de las partes consecuentemente perjudicar a la otra, la destitución se impone, pues la imparcialidad perdida radicalmente no se recupera y ella es claramente imprescindible para el buen desempeño.

Una postura muy similar a la aquí expuesta parece derivarse de las pautas que en materia disciplinaria ha elaborado el Consejo de la Judicatura

de la Federación mexicana, según puede verse en los criterios número 82 y 8 que ha elaborado:

Criterio n° 82: “Improcedencia de la queja administrativa. cuando se controvierte el criterio jurídico sustentado en una sentencia dictada por mayoría de votos. Cuando el promovente pretende que se examinen los criterios jurídicos en que se sustentó una sentencia aprobada por mayoría de votos, afirmando que los argumentos que se invocaron en el voto particular deben prevalecer, ello con la pretensión de demostrar que aquélla decisión del tribunal fue irregular, resulta improcedente la queja administrativa, por tratarse de una cuestión de criterio jurisdiccional, cuyo análisis no es facultad del consejo de la judicatura federal”.

Criterio n° 8. “Excepción a la regla que excluye la intromisión del consejo de la judicatura federal en cuestiones jurisdiccionales. La regla que excluye la intromisión del consejo de la judicatura federal en cuestiones jurisdiccionales, por respeto a la autonomía de los órganos, tiene como excepción el caso en que los errores superen el límite razonable de lo tolerable. Los errores de derecho deben juzgarse con prudencia y mesura; y, sólo se deberán considerar constitutivos de responsabilidad administrativa cuando superen el límite de lo razonable, causen gravísimos perjuicios a la administración de justicia y/o a las partes, o permitan presuponer la pérdida de imparcialidad del tribunal”.

Señala Kiper que criterios similares rigen también en Italia cuando hace notar que ese país el contenido de la sentencia no puede ser motivo de sanción salvo los supuestos de error macroscópico, de búsqueda de fines diversos al de administrar justicia y de propósito deliberado de no aplicar la ley (12).

III. Equilibrio entre independencia y responsabilidad judicial en la tesis propuesta

Nos parece que a través de la tesis propuesta se equilibran adecuadamente los principios de independencia judicial y responsabilidad republicana por los actos de gobierno que consagra nuestra Constitución Nacional (13).

(12) Kiper, Claudio, *Responsabilidad disciplinaria de los magistrados*, Ed La Ley, Bs. As., 2002, pág 114.

(13) “Independencia y responsabilidad parecen antitéticas. De una manera general, la independencia se refiere a la prohibición de que otros poderes interfieran en los casos sometidos a juicio. La responsabilidad, a las consecuencias que las decisiones o falta de ellas puede generar para el juez. El sentido común indica que mientras más

El principio general del que se parte es que los magistrados no pueden ser juzgados por el contenido de sus sentencias si ellos ejercen de modo regular su actividad jurisdiccional (14). La independencia judicial, el deber de imparcialidad de los magistrados, la libertad de criterio con la que ellos deben decidir, la opinabilidad propia de las cuestiones jurídicas, la posibilidad de corregir los normales e inevitables errores judiciales a través de los recursos procesales ordinarios, justifican, entre otros motivos, la adopción de este principio general.

Sin embargo, según hemos visto, esta regla general reconoce excepciones. Se podría decir que en materia de responsabilidad de los magistrados ocurre algo parecido a lo que ocurre con el principio y garantía de la cosa juzgada. Se parte de un principio general de la irrevisabilidad judicial de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, pero se reconoce excepciones sumamente limitadas: el recurso de revisión en materia penal, la cosa juzgada írrita, el fraude procesal, etc.

Hemos sostenido que corresponde distinguir entre el simple error judicial, que en principio no genera responsabilidad política de los magistrados en relación al contenido de sus sentencias (15) —excepto cuando

mecanismos existan para garantizar la independencia de los jueces, más difícil será hacerlos responsables, y que mientras se intente hacerlos responsables por sus actos menos independencia tendrán... Bajo determinadas condiciones independencia y responsabilidad no se contraponen. La tarea que nos proponemos es analizar esas condiciones o, en nuestra manera de concebir el problema, las definiciones y los contextos sociales en los cuales la independencia y la responsabilidad son complementarias”, Pérez-Perdomo, Rogelio, Independencia y responsabilidad de los jueces, www.worldbank.org/legal

(14) “La regla es la no intromisión, salvo que los errores superen el límite razonable de lo tolerable” Hidalgo, Enrique, Controles constitucionales sobre funcionarios y magistrados, Depalma, Bs. As., 1997, pág. 120. Por su parte, el voto del Dr. Agúndez en el caso Lona señala: “*como principio general* y de acuerdo a la jurisprudencia de este Cuerpo, como así también a la letra expresa de la ley (Art. 14, Inc. B, Ley 24.937), cabe señalar que los jueces no serán sometidos a procesos de responsabilidad política —remoción— por la interpretación del derecho que realizan ni por el contenido de sus sentencias... La interpretación de las normas aplicables al caso efectuada por el magistrado, contenidas en la sentencia del 9 de septiembre de 1988, más allá de su acierto o error, comporta la adopción de un determinado criterio jurídico en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, materia ajena —*como principio*— al juicio político” (consid. 11).

(15) Así ha señalado la Corte Suprema que “la pretendida contradicción entre dos sentencias de un tribunal no constituye fundamento válido para el enjuiciamiento de sus integrantes, en ausencia del más mínimo indicio de que ello pudiera responder a propósitos inconciliables con el ejercicio de la magistratura”, ED, 51-266.

éste es gravísimo o reiterado—, y el desvío de poder por parte de los magistrados que sí genera la responsabilidad política de los magistrados por el contenido de sus actos jurisdiccionales.

La admisión en supuestos excepcionales de la responsabilidad de los jueces por el contenido de sus sentencias nos parece que no lesiona la independencia judicial en el marco de un Estado de Derecho. Ha señalado en este sentido el Tribunal Supremo español:

“En un sistema democrático como el regulado en la Constitución española, el Poder Judicial se legitima por la aplicación de la ley a la que está sujeto, y no por la simple imposición de sus potestades. De manera que el Estado de Derecho se vulnera cuando el juez, con el pretexto de aplicación de la ley, actúa solo su propia subjetividad concretada en una forma particular de entender la cuestión a resolver, y prescindiendo de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho, acoge un significado irracional de la norma, sustituyendo así el imperio de la ley por un acto contrario de mero voluntarismo. La superación del simple positivismo, que pudiera conducir a actuaciones materialmente injustas, resulta de la Constitución y, especialmente, de sus normas sobre derechos fundamentales, que constituyen al tiempo una guía interpretativa y un límite infranqueable. Desde esta perspectiva, la previsión legal del delito de prevaricación judicial, no puede ser entendida en ningún caso como un ataque a la independencia del Juez, sino como una exigencia democrática impuesta por la necesidad de reprobado penalmente una conducta ejecutada en ejercicio del poder judicial que, bajo el pretexto de la aplicación de la ley, resulta frontalmente vulneradora del Estado de Derecho” (16).

En sentido contrario, algunos de los autores y posturas jurisprudenciales consideran que la independencia judicial y la responsabilidad republicana por los actos de gobierno- en este caso las sentencias de los magistrados- se encuentran en una irreconcilable tensión recíproca. Así, en el alegato de la defensa del Dr. Moliné O’Connor se dice que responsabilizar a los jueces por el contenido de sus sentencias, “significaría lisa y llanamente el fin de la independencia del Poder Judicial respecto de los otros poderes de gobierno”. Se cree que no es posible sostener la vigencia efectiva de ambos principios [“we are told we cannot have it both ways” (17), “independencia y responsabilidad parecieran antitéticas” (18)]. O se opta

(16) STSE 79/2012

(17) FERREJOHN, J. y KRAMER, L. “Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint”, *New York University Law Review*, nº 77, p.962

(18) PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, “Independencia y responsabilidad de los jueces”, p.1

por un Poder Judicial independiente o por uno responsable ante la sociedad y ante los órganos de gobierno establecidos por la propia Constitución para su control.

Aquí se pretende proponer una visión diferente partiendo de la base de que ninguno de estos dos principios son fines en sí mismos, sino que son medios para un fin superior: un sistema judicial en el cual la resolución de los casos concretos se efectúe conforme a derecho [*a well functioning system of adjudication* (19)]. Es decir, se debe superar la concepción meramente abstracta y semántica de ambos principios, que no nos permite delimitar con precisión sus respectivos ámbitos de funcionamiento razonable, para encarar un análisis teleológico de los mismos, que permita compatibilizarlos en miras a su fin común.

Hay una confianza de la sociedad depositada en los jueces, “esperamos que decidan conforme a derecho, es decir siguiendo un conocimiento que se considera valioso en la sociedad y con la virtud personal de no dejarse influir por gratificaciones políticas o económicas” (20). Es para que puedan cumplir con ese fin, para que puedan satisfacer esta expectativa de la sociedad, que se les otorga independencia a los jueces. En última instancia, la independencia y las demás prerrogativas del poder judicial están prevista en beneficio de la sociedad y de los justiciables y no de los propios jueces (21).

Cuando esa confianza que se deposita en los magistrados es puesta en seria crisis, es decir, cuando la independencia judicial no es utilizada acorde con el fin para el que fue otorgada, debe hacerse responsables a los magistrados (22). En este mismo sentido, el juez americano Joseph Story, en sus *Commentaries on the Constitution* sostuvo que “los jueces son susceptibles de ser llevados a juicio político por cualquier violación u omisión de la alta confianza depositada en ellos” (23).

(19) FERREJOHN, J. y KRAMER, L. “Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint”, *New York University Law Review*, p.962

(20) PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, “Independencia y responsabilidad de los jueces”, p.1

(21) Grupo Iberoamericano de Trabajo de la Unión Internacional de Magistrados, Asunción, 2002.

(22) Argumento muy similar (“crisis de la confianza de la sociedad en los magistrados”) es utilizado en el voto minoritario del Tribunal de Enjuiciamiento en el caso “Bustos Fierro”.

(23) STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution*, Boston, 1833, vol. 3, § 1629. En Internet: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a3_1s38.html

Como vemos, tanto *la independencia judicial*, en un primer momento, como la *responsabilidad política*, en el caso de que se presente un desvío imputable al magistrado en el ejercicio de su independencia, son principio que sirven a un fin común: un sistema judicial que resuelva los casos conforme a derecho. Cualquiera de ellos puede ser relativizado —ya que son valores y principios instrumentales—, siempre que esto se haga al servicio de aquel fin último (24).

¿Qué es lo que verdaderamente queremos decir cuando hablamos de la necesidad de independencia judicial? ¿Qué es lo que queremos proteger o prevenir y por qué?

Hay consenso general acerca de que, en un Estado de Derecho, se necesita *decisional independence* (25), es decir, la posibilidad de los jueces de imputar hechos e interpretar la ley en los casos particulares libres de cualquier presión externa, ya sea personal, económica, social (26), mediática, o política, incluyendo cualquier temor a la reprimenda. Se debe procurar evitar las intromisiones políticas de cualquier tipo, provenientes de cualquier fuente, si éstas interfieren con el *well-functioning system of adjudication*, distorsionando el proceso de toma de decisiones judiciales.

La cuestión reside entonces en establecer las pautas que permitan distinguir las intromisiones arbitrarias e impertinentes en el ámbito de la independencia judicial, de aquellos excepcionalísimos casos en los que aquella intromisión —a través de la responsabilidad política de los magistrados— se ve justificada para preservar el propio *well-functioning system of adjudication*.

Cabe aclarar —como bien lo hace Gabriela Iturbide— que lo que principalmente se está juzgando en los procesos de responsabilidad política es la conducta del juez, más que el contenido de la sentencia en sí mismo considerado. En el mismo sentido, la Comisión Acusadora en el caso del juez Moliné O'Connor expresó “revisamos la conducta de Moliné O'Connor, no la sentencia”. Lo que sucede en estos casos es que la conducta del juez

(24) FEREJOHN, J. y KRAMER, L. “Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint”, *New York University Law Review*, p. 964.

(25) El otro aspecto del que habla la doctrina americana es la *institutional independence* del Poder Judicial.

(26)) “Es misión de los jueces resolver con sana reflexión las cuestiones que les son sometidas, aplicando concienzudamente el derecho vigente y ejerciendo su ciencia con independencia de presiones de cualquier índole, aunque se trate de las meramente psicológicas que ejercen los criterios imperantes en el medio social”, caso *Villegas*, Fallos, 320: 277 (1997).

se confunde de algún modo con la sentencia, ya que ésta es el medio por excelencia a través del cual actúan los magistrados, plasmando su trabajo. Es por eso que para poder juzgar la conducta del magistrado —en estos casos— resulta indispensable indagar en el contenido de la sentencia, en el cual se ve concretada su voluntad. Se juzga la existencia de una conducta grave, injustificable del magistrado como agente público, en la que la sentencia es tan sólo un instrumento utilizado para concretarla. (27)

A la hora de juzgar sobre la conducta de los jueces, de modo particular sobre el contenido de sus sentencias, vuelve a surgir la imperiosa necesidad de que esa tarea sea realizada de modo independiente, sin presiones políticas ni sociales, y que también en los procesos de remoción de magistrados funcione adecuadamente “el sistema de adjudicación”, sin lugar tampoco aquí para el desvío de poderes o el desconocimiento de las reglas que rigen este tipo de procesos.

Consideramos que, mediante la separación de la función judicial, ejercida por un poder independiente de las otras ramas del gobierno, se busca promover la imparcialidad, la equidad y la regularidad en la interpretación y aplicación de la ley. Es por eso, que la independencia judicial debe ser defendida con suma firmeza como principio general, ya que hay una fuerte presunción —debido a la confianza depositada por la sociedad en los magistrados— de que la actividad jurisdiccional siempre tiende a concretar estos valores. Sin embargo, no debe olvidarse que es un principio con valor instrumental, es decir, que no tiene un valor final, una justificación en sí mismo: es una independencia para “algo” (28) (para un *well-functioning system of adjudication*), no para que el juez la utilice como se le antoje o como mejor le convenga según sus motivaciones personales. No es una independencia consagrada en el vacío, una independencia omnímoda. Por eso, en aquellos excepcionales casos en donde pretendan escudarse bajo el manto de la independencia judicial (“bill de indemnidad”) las sentencias viciadas por el manifiesto y reiterado apartamiento del derecho vigente o por la parcialidad del magistrado en el supuesto del desvío de poder jurisdiccional, éste debe responder políticamente. La inmunidad judicial absoluta no es un correlato necesario ni conveniente de la independencia judicial (29).

(27) ITURBIDE, Gabriela, “Responsabilidad de los magistrados: el error judicial”, ob. cit., p. 6

(28) PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, “Independencia y responsabilidad de los jueces”, p. 4.

(29) “The privilege of judicial irresponsibility cannot be the price which the collectivity is asked to pay for judicial independence”, Capelletti, Mauro, ob. Cit., pág. 1983.

Nos parece que a través de la tesis propuesta aparecen suficiente y adecuadamente equilibradas las exigencias de los principios constitucionales de independencia y responsabilidad judicial.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL MUNDO JURÍDICO ACTUAL. (IMPLICANCIAS, APLICACIONES Y POSIBILIDADES)

POR ALBERTO B. BIANCHI (*)

Can digital computers think?

Alan Turing (1951) (1)

I. ¿Qué es la inteligencia artificial?

Cuando hablamos de inteligencia artificial (IA) lo más difícil, probablemente, sea ponernos de acuerdo en que queremos decir con ello.

La cuestión no es menor, pues el lenguaje, entre sus muchas funciones, tiende a que logremos un consenso en el nombre que les damos a las cosas, para tener la certeza —siquiera mínima— de que estamos hablando de lo mismo. Ello nos ayuda a no embarcarnos en improductivos diálogos de sordos, que son tan comunes como, muchas veces, imperceptibles. Pensemos si no, cuantas veces —sin darnos cuenta— hablamos de cuestiones diferentes, creyendo que estamos hablando de lo mismo y viceversa.

Mi objetivo, entonces, con este modesto aporte es, en primer lugar, tratar de definir que entiendo por IA —dentro de sus desarrollos actuales, por supuesto— y, en segundo lugar, establecer cuáles son, en mi opinión, las posibilidades de que ésta puede ser aplicada con utilidad en el mundo jurídico actual.

(*) Disertación del Académico doctor Alberto B. Bianchi en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el X Encuentro Interacadémico 2021 sobre “Inteligencia Artificial. Una mirada multidisciplinaria”, realizado junto con otras 17 academias nacionales, en el Aula Magna de la Academia Nacional de Medicina, el día 14 de diciembre de 2021.

(1) Artículo recopilado en la obra: *The Essential Turing: Seminal Writings in Computing, Logic, Philosophy, Artificial Intelligence, and Artificial Life: Plus The Secrets of Enigma*, B. Jack Copeland, Editor, Clarendon Press, Oxford, 2004, pp. 476-493.

Como en muchos otros casos, el Diccionario de la Real Academia Española, nos provee una definición que, como todas, ayuda a comprender inicialmente la idea básica, pero a medida que avanzamos en el análisis del concepto, puede resultar insuficiente.

Según el Diccionario citado, la IA es la “disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”. (2)

De esta definición destaco dos aspectos. En primer lugar, la inteligencia humana es una “capacidad”, sin embargo, la IA está definida como una “disciplina”. En segundo lugar, la IA está limitada a los “programas informáticos”, que ejecutan operaciones comparables a las del cerebro humano.

Mi primera pregunta, es si podemos decir que la IA es una “disciplina”, cuestión bastante discutible, pero dejando esto de lado, pues no es lo que aquí interesa, la segunda cuestión es que la IA parecería estar limitada a los programas informáticos. En otras palabras, según esta definición, la IA estaría identificada con los programas informáticos.

Si esto es correcto, podemos desmitificar el concepto, quitarle toda su pompa y circunstancia, y referirnos, con más sencillez, a los programas informáticos. Obviamente, en tanto hay programas más sofisticados y complejos que otros, habrá programas más inteligentes y menos inteligentes.

Si avanzamos en la búsqueda de otras definiciones, no encontraremos grandes diferencias conceptuales. Por lo general, se entiende por IA la capacidad de simular, por medio de un software, la inteligencia humana traduciendo todo ello en la ejecución de diversos procesos. (3) Y no caben dudas de que esta simulación ha sido tan exitosa que, hoy día, hay quienes están convencidos de que la IA superará, en algún momento, a la inteligencia humana, si es que ya no lo ha hecho. (4)

(2) <https://dle.rae.es/inteligencia?m=form>

(3) <https://searchenterpriseai.techtarget.com/definition/AI-Artificial-Intelligence>; <https://www.investopedia.com/terms/a/artificial-intelligence-ai.asp>

(4) En un trabajo interesante sobre la cuestión Lopez Oneto menciona los documentos internacionales que ya abordan esta preocupación y señala también, como ventaja de la IA, la extraordinaria capacidad de almacenamiento que esta tiene, que puede advertirse por medio de la cantidad progresiva de transistores que pueden acumularse en una microprocesador, una medición que ha ido realizando, desde 1965, Gordon Moore, cofundador de Intel Corporation, el mayor fabricante de circuitos integrados del

Así, hay programas que, instalados en máquinas o artefactos, pueden realizar tareas tan variadas como: jugar al ajedrez; explorar zonas remotas o inaccesibles del cuerpo humano, del océano y del espacio; almacenar y procesar datos; hacer reconocimientos faciales y de voz; convertir las palabras en textos; hacer cálculos y proyecciones matemáticas; movilizar líneas de montaje; crear y administrar moneda, como si fueran bancos centrales; conducir aviones y automóviles; hacer transacciones comerciales “on line” o barrer el piso, por mencionar tan sólo algunas de las múltiples actividades en las que el ser humano ha encontrado más conveniente que lo suplanten las creaciones de su intelecto. Ciertamente, esta es una tendencia tan antigua como la invención de la rueda, pero con la tecnología informática ha tenido una aceleración extraordinaria.

Cada una de las actividades arriba señaladas tiene un programa informático, que les permite ejecutar estas “capacidades” con la gran ventaja sobre el hombre, de que lo hacen mucho más rápido y sin estar expuestas al “error humano”, siempre condicionado, inevitablemente, por otra clase de inteligencia, a la que llamamos “emocional”.

Volviendo al inicio, entonces, si podemos definir a la inteligencia humana como la capacidad natural de conocer, analizar, procesar, entender, aprender, pensar y crear, la IA comprendería todo ello junto, pero creado “artificialmente” por el ser humano, es decir, simulado por medio de un programa y puesto en una máquina o artefacto. En otras palabras, la IA sería la simulación de la inteligencia humana, cargada en una máquina o artefacto por medio de un programa informático.

Aquí es donde tropezamos y debemos detenernos, necesariamente, en la pregunta que formuló hace 70 años Alan Turing, el genio creador de la computadora y héroe anónimo de la Segunda Guerra Mundial, no reconocido en su momento (5) ¿pueden pensar las computadoras digitales?

mundo y autor de la ley que lleva su nombre, según la cual, aproximadamente cada 2 años, se duplica el número de transistores en un microprocesador. Basta pensar que en 1971 un chip podía contener hasta 2.300 transistores y hoy día ya existen chips del tamaño de una uña humana que contienen 30 billones de transistores de 5 nanómetros cada uno. López Oneto, Marcos: *Fundamentos antropológicos, éticos, filosóficos, históricos, sociológicos y jurídicos para la constitución universal de un derecho de la inteligencia artificial (DIA)*, en Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho, director Juan G. Corvalán, La ley, Buenos Aires, 2021, Tomo I, pp. 69-158, notas 2 y 4.

(5) Alan Turing (1912-1954) padre de la computación y precursor de la IA, fue quien durante la Segunda Guerra Mundial logró descifrar las comunicaciones secretas de los nazis, conocidas como código Enigma, algo que tenía prohibido revelar pues era considerado un secreto de Estado. Concluida la Guerra, dada su condición homosexual, en 1952 fue condenado penalmente y, para evitar ir a la cárcel, se sometió a un

Por simple o ingenua que parezca esta pregunta, su contenido es muy profundo, pues traza o marca el umbral cualitativo que separa a una máquina (o, mejor dicho, un programa) puramente “reproductora”, de una máquina que puede aprender y, por ende, pensar y crear por sí misma. Tal es la línea divisoria existente entre los programas que no pueden obrar con autonomía respecto de su creador y aquellos que, en diferentes grados, según el algoritmo que posean, sí pueden hacerlo.

Llegados a este punto, tenemos que adoptar una decisión estrictamente convencional, muy propia del lenguaje, que presenta dos opciones: (a) cuando hablamos de la IA, nos referimos a todos los programas informáticos, no solamente a los meramente reproductores o ejecutores automáticos de una determinada actividad, sino también a los que pueden pensar y crear por sí solos o (b) cuando hablamos de la IA, nos referimos solamente a éstos últimos. En otras palabras, la pregunta sería ¿lo que llamamos IA, abarca toda la tecnología informática o es solamente una parte de ella, la más sofisticada?

Puesto en esta disyuntiva, entiendo que el concepto de IA solo debe ser empleado cuando nos referimos a los programas informáticos que pueden pensar en forma autónoma y tienen, por sí solos, alguna capacidad creativa y de aprendizaje, pues eso es lo que define, precisamente, a la inteligencia humana y, por ende, debería definir también a la IA, que simula comportarse como aquella. De lo contrario, cualquier máquina o artefacto que posea alguna capacidad reproductiva, incluso la que provenga de un medio mecánico y rudimentario, estaría dotada de IA.

En síntesis, no debemos confundir la “tecnología informática” como tal, por sofisticada que ésta sea, con la IA, pues son dos cuestiones diferentes. En todo caso, entre ambas existe una relación de género-especie, pues la IA puede estar comprendida en la tecnología informática, pero existen amplios sectores de ésta que distan de ser IA.

Veamos ahora, cómo se aplican estos dos conceptos en el mundo jurídico.

II. Tecnología informática e IA en el mundo jurídico

Sobre la base de esta clasificación, me atrevería a decir que en el mundo jurídico la tecnología informática es hoy día indispensable y constituye

proceso de castración química cuyos trastornos, finalmente, lo condujeron al suicidio. Murió comiendo una manzana envenenada con cianuro, que inspiró el logo de la empresa fundada años después por Steve Jobs. Turing fue indultado en 2014 por la Reina Isabel II, un desagravio que tardó mucho en llegar.

un soporte del cual ya no podríamos prescindir. Por el contrario, se hace cada día más necesaria. No ocurre lo mismo con la IA. Se oponen a ello las razones que intentaré exponer en los párrafos que siguen.

Para comprender esta cuestión, es preciso recordar que el mundo jurídico se compone, por un lado, de las llamadas “fuentes del Derecho” y, por el otro, de todos aquellos medios que permiten la aplicación de esas fuentes en la realidad. La primeras son, esencialmente las leyes, los actos administrativos, la jurisprudencia, los actos jurídicos de los particulares y la doctrina. Los segundos son los procesos, de variado tipo en los cuales estas fuentes se crean o bien se aplican.

Pues bien, tanto en la creación de las primeras, como en la operación y administración de los segundos, la presencia del ser humano es insustituible. No existe lugar para que la IA, por muy creativa que ésta sea, sustituya a la inteligencia humana en todo ello. No obstante, la tecnología informática es de vital importancia para colaborar, como apoyo, en la mejor y más eficiente realización de tales tareas.

Comencemos por la sanción de las leyes, que son la principal fuente del Derecho. ¿Podría una computadora reemplazar al Congreso? Por supuesto que no. Seguramente en el Congreso existen grandes bases de datos de múltiple y variado tipo que proveen información, en forma ordenada y sistemática, que luego es utilizada en el proceso legislativo. Sin embargo, nada de ello permite que el texto de una ley sea “escrito” autónomamente por un procesador, pues el mismo debe surgir del debate parlamentario. Menos aún, por supuesto, puede imaginarse a un programa informático sancionando una la ley.

Tenemos aquí un ejemplo claro de como la tecnología informática es un apoyo importante, para llevar a cabo una de las principales tareas del mundo jurídico, el proceso de formación y sanción de las leyes, sin que en ello pueda ser reemplazada la inteligencia humana por la IA.

Recordemos también que, a raíz de la pandemia del COVID-19, fue necesario, en la Argentina y en otras legislaturas del mundo, llevar a cabo sesiones legislativas remotas que contaron, incluso, con la aprobación de la Corte Suprema. (6) No caben dudas de que la tecnología informática estuvo muy presente allí para permitir que el Congreso sesionara virtualmente y pudieran “reunirse” en una misma sesión, legisladores que estaban a muchos kilómetros unos de otros. Nada de ello podría haber

(6) Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza, Fallos 343-195 (2020).

sido llevado a cabo sin el apoyo de los medios electrónicos que lo hicieron posible. Sin embargo, ninguna computadora, ninguna IA, reemplazó a los legisladores, quienes estuvieron presentes en las sesiones, bien que virtualmente.

Algo similar ocurre en el mundo judicial, otras de las grandes áreas que componen el mundo jurídico. Aquí la tarea de los jueces consiste en resolver conflictos de intereses por medio de decisiones judiciales a las que llamamos “sentencias.” Pues bien, es indudable que para dictar una sentencia el juez debe, en primer lugar, consultar los hechos del caso que están expuestos quizás en un expediente electrónico; debe verificar, además, cuáles son las normas aplicables al caso, que también pueden ser consultadas en una base de datos y, por último, debe chequear si existen antecedentes jurisprudenciales que puedan, o deban, ser tenidos en cuenta también para resolver el caso y dictar la sentencia, los cuales también, muy probablemente, están cargados en una o varias bases de datos, debidamente ordenadas por voces, nombres de causas, fechas, etc., que en los últimos 25 años ha ido reemplazado, muy eficazmente, a los antiguos ficheros físicos y a las colecciones de jurisprudencia, que hoy en día son más un objeto de decoración, que un instrumento de trabajo.

Ahora bien, una vez obtenida y recopilada toda esa información, el juez no vuelca todos esos datos en una computadora y espera que la IA dicte la sentencia. Pese a todo el apoyo informático previo que el juez posee para llevar a cabo su tarea, la cual actualmente (producto del aislamiento obligatorio del COVID-19) puede realizar incluso, total o parcialmente, desde su domicilio, el procesamiento de todos los datos que puede haber obtenido de fuentes electrónicas, los debe llevar a cabo personalmente, sin intervención de la IA, pues no se supone que un programa informático —salvo en un mundo de ficción— (7) pueda dictar válidamente una sentencia.

Solo para poner un ejemplo muy sencillo, el Código Penal reprime el delito de homicidio con una pena que el juez, conforme los hechos del caso, debe regular entre los 8 y los 25 años de prisión. ¿Podríamos confiar esa tarea a la IA? ¿Podríamos ser condenados por un programa informático y no por un ser humano?

Por muy atractivo y delirante que ello parezca, el sistema constitucional argentino no permite —al menos todavía— que los programadores de

(7) Tal era el caso de la película *Minority Report* (2002), dirigida por Steven Spielberg, donde en un mundo futuro, un programa perfilaba la personalidad de los individuos y podía predecir, con gran certeza, si cometerían un crimen, lo que permitía arrestarlos antes de que consumaran el delito.

computación se conviertan en jueces y que un algoritmo, que bien puede servir para que Google u otros buscadores, escojan tal o cual sitio con preferencia de otro, sustituya la labor judicial. Ello no impide, por cierto, que se esté desarrollando, cada vez más, la llamada “justicia predictiva”, que consiste en la utilización de programas de aprendizaje automático que, basados en el análisis de datos, anticipan las decisiones que deberían tener las controversias judiciales según precedentes análogos. (8) Sin embargo, esto no es más que una predicción informática, que en modo alguno puede reemplazar la tarea del juez. En todo caso, colabora eficazmente con ella en la búsqueda de soluciones.

Vayamos ahora al mundo de los actos jurídicos celebrados entre particulares, donde el “e-commerce” (el comercio electrónico) gana terreno día a día. La compra de productos “on line”, favorecida por la pandemia del COVID-19, pero fuertemente movilizadora también por otros factores permanentes, como sus menores costos operativos y la agilidad y sencillez de las transacciones, se impone cada vez con más fuerza. Naturalmente, todo ello se hace por medio de programas informáticos que ofrecen los productos y permiten efectuar los pagos. Amazon ha sido y es el líder mundial de todo ello, luego imitado por otros muchos, tales como Mercado Libre, en la Argentina.

Ahora bien, no obstante que el perfeccionamiento de tales contratos se hace por medio de un simple “clic” en el teclado de un dispositivo (teléfono celular, tablet, laptop, etc.) toda esa sofisticada tecnología no se pone en marcha sin que la inteligencia humana decida comprar y elija lo que compra. Es cierto que muchas veces la compra está inducida por los productos que la IA del programa nos “ofrece” apenas hemos seleccionado alguno de ellos, pero nada de ello obsta a que el “negocio jurídico”, como tal, lo siguen realizando personas (humanas o jurídicas) y no una entelequia informática.

Quiero decir con ello que, aún en este avanzado estadio de la tecnología informática, los sujetos jurídicos del contrato (en el caso el comprador y el vendedor) siguen siendo las personas, cuya inteligencia y voluntad no ha sido sustituida por un algoritmo o un programa informático. En todo caso éste, como en los dos ejemplos anteriores, ha sido un eficaz y, probablemente, un indispensable soporte para que la compra pudiera llevarse a cabo, pero ello no ha variado la sustancia jurídica del contrato, el cual

(8) Ver: Pastor, Daniel: *Inteligencia Artificial y Poder Judicial. Hacia otra idea de justicia*, en Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho citado en nota 4, Tomo II, pp. 63-76.

sigue siendo una compraventa, como la que tendría lugar entre dos personas que se miran a la cara.

Tampoco puede decirse que los llamados “contratos electrónicos”, cuyo estudio ya está volcado en obras de envergadura, (9) sean un tipo o clase de contratos. En todo caso es electrónico cualquier contrato que sea formalizado en un documento electrónico.

Un desafío interesante a estas afirmaciones lo constituyen los llamados “contratos inteligentes” (smart contracts), una denominación que propuso Nick Szabo, (10) y que está ganando terreno en nuestra doctrina, (11) es decir, aquellos programas o aplicaciones informáticas en el cual las cláusulas del acuerdo, previamente establecidas y escritas en lenguaje de programación, se van ejecutando automáticamente, sin intervención de las partes, de modo tal que cuando se produce una cierta condición ya programada, el programa (contrato) ejecuta la cláusula contractual correspondiente.

Me atrevería a decir, sin embargo, que los contratos inteligentes, así definidos, como subespecie del “contrato electrónico”, no nos ponen ante un nuevo tipo de contrato, pero sí ante un nuevo y muy ágil medio de contratación, porque en lugar de firmar un papel o un documento electrónico, lo que se acuerda por medio de ellos es la puesta en marcha de un programa de computación a cuyas cláusulas y consecuencias hemos adherido previamente. Los contratos inteligentes, entonces, no son un contrato en sí mismo, como tampoco lo es la hoja de papel en el cual el contrato tradicional está escrito. En todo caso, el programa del contrato inteligente y la hoja de papel del contrato escrito son, respectivamente, el soporte electrónico y físico del contrato y, como tal, su medio de prueba.

Como conclusión de esta primera parte, entonces, señalo que ni la creación de las fuentes del derecho, ni la operación de las actividades y procesos en los cuales éstas se aplican, pueden ser llevadas a cabo mediante la IA. Sin perjuicio de ello, la tecnología informática presta actualmente un

(9) Ver Bieli, Gastón E. y Ordóñez, Carlos J.: *Contratos electrónicos. Teoría General y Cuestiones Procesales*, La Ley, Buenos Aires, 2020

(10) <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>

(11) De Diego, Julián: Los “smart contracts” y la uberización del derecho del trabajo, <https://dediego.com.ar/2018/07/24/los-smart-contracts-y-la-uberizacion-del-derecho-del-trabajo-2/>; Granero, Horacio: *Los contratos inteligentes y la tecnología “blockchain” (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)* https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina2.asp?id=10469&base=50&t=j

necesario e indispensable apoyo al mundo jurídico en numerosos y cada vez más variados campos.

De todos ellos, en los párrafos que siguen me referiré tan solo a dos (a) la informática jurídica y (b) el documento informático, pues, en un trabajo de estas dimensiones, no sería posible abarcarlos a todos en una síntesis mínimamente respetuosa.

III. El apoyo de la tecnología informática al mundo jurídico

III.1. Las bases de datos legales y jurisprudenciales. La llamada “informática jurídica”

Históricamente, la tecnología informática ingresó en el mundo jurídico por la puerta de la llamada “informática jurídica”, es decir, por las bases de datos que recopilan y ordenan digitalmente las fuentes del derecho y permiten su conocimiento en forma actualizada. La informática jurídica es de tal forma, la disciplina que se ocupa de la información de las fuentes del derecho por medios informáticos, almacenándolos y ordenándoles en grandes bases de datos previamente digitalizados.

Es necesario y justo reconocer que uno de los precursores de la “informática jurídica” en nuestro país, es el Académico Dr. Roberto E. Luqui, actual Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, quien ha recopilado su vasta experiencia en la materia en una obra reciente. (12)

Tal como explica este autor, la informática jurídica se divide en (a) informática documental, que tiene por objeto el procesamiento y ordenamiento de datos jurídicos y (b) la informática de gestión, que utiliza fórmulas matemáticas para producir, mecánicamente, algunas decisiones que permiten automatizar trámites judiciales y administrativos a fin de estandarizar resultados que responden a premisas iguales. (13)

Para tener una idea aproximada de cuán importante es la informática jurídica, Luqui recuerda que en la Argentina se han dictado hasta la fecha unas 27.000 leyes, pero tan solo un 10% de ellas tiene contenido normativo. (14) Asimismo, de ese porcentaje, no todas están vigentes y muchas

(12) Luqui, Roberto E.: *Acceso a las Fuentes del Derecho en la Era Digital. Aportes de la Informática Jurídica a su Cognoscibilidad*, Astrea, Buenos Aires, 2019.

(13) Obra citada, p. 72.

(14) Obra citada, p. 53

de ellas han sido y son modificadas permanentemente. Si a todo ello sumamos los reglamentos del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública en General, podemos llegar a la conclusión de que el acceso y conocimiento cabal de ese extenso universo legislativo es hoy día imposible si no se cuenta con una base de datos digitalizada.

Esa tarea –en el orden nacional– fue realizada inicialmente por el Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), (15) cuyos orígenes se remontan al año 1979, cuando el Ministerio de Justicia de la Nación celebró un convenio con la Corte de Casación italiana para desarrollar un proyecto piloto de informática jurídica. (16)

Además del SAIJ, la legislación nacional es accesible hoy día, ordenada y actualizada, por medio de INFOLEG, (17) una base de datos oficial que se originó en 1997 en el Ministerio de economía y que, desde 2015, se encuentra en jurisdicción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Por cierto, la versión oficial de toda la legislación debe ser consultada en el Boletín Oficial, hoy día completamente digitalizado, ya sea para las normas nacionales (18) como para las provinciales. (19)

También es esencial el conocimiento de la jurisprudencia, pues ésta es otra de las principales fuentes del derecho. Se entiende por tal el conjunto de fallos que dictan los tribunales interpretando y aplicando las leyes y reglamentos a los casos judiciales en los cuales se resuelven los conflictos de intereses entre los particulares entre sí y entre éstos y el Estado, ya sea nacional, provincial o municipal. Dada la cantidad de tribunales existentes en nuestro país y el alto índice de litigiosidad de nuestra sociedad, la cantidad de sentencias que se dictan a diario es muy elevada.

Todo ello requiere de una compleja tarea de clasificación de estos fallos por tribunal, por materia, por el nombre de las partes y por el contenido de las soluciones, de modo tal que todos esos datos puedan estar accesibles en una forma lo más sencilla y ágil posible. Antiguamente todo ello se recopilaba en las colecciones de jurisprudencia tradicionales, como son “Jurisprudencia Argentina”, “La Ley” y “El Derecho”, cuyos gruesos volúmenes abarcaban miríadas de estantes en

(15) <http://www.saij.gob.ar/> y <https://www.argentina.gob.ar/justicia/saij>

(16) Luqui, obra citada, p. 65.

(17) <http://www.infoleg.gob.ar/>

(18) <https://www.boletinoficial.gob.ar/>

(19) Menciono tan solo, a modo de ejemplo, el de la Provincia de Buenos Aires: <https://www.boletinoficial.gba.gob.ar/>

las oficinas legales y hoy día pueden ser consultadas a través de sus respectivas páginas web, desde cualquier dispositivo manual. También puede hallarse en el SAIJ la jurisprudencia de los tribunales nacionales (20) y provinciales. (21)

Por su lado, muchos tribunales, publican sus fallos en sus sitios de internet. Tal es el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (22) y de la Cámara Nacional Electoral. (23) Asimismo, hoy día todos los poderes judiciales provinciales publican sus fallos digitalmente, tal es el caso del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, (24) de Mendoza; (25) de Córdoba; (26) de Santa Fe, (27) y de la Ciudad de Buenos Aires, (28) por citar tan solo algunos ejemplos. Por último, una fuente importante de toda la actividad judicial, en particular de la Corte Suprema, es el Centro de Información Judicial. (29)

III.2. El documento informático

Luego de la informática jurídica, el segundo campo importante en el cual la tecnología informática ingresa en el mundo jurídico, es en de los instrumentos, públicos y privados, que sirven de soporte a los actos que realizamos. No podemos negar que el mundo jurídico, los actos que lo componen, en buena medida, está representado físicamente en instrumentos.

Ese soporte, que tradicionalmente fue el papel, ha ido mutando progresivamente hacia el soporte informático, es decir, ha ido evolucionando hacia la “desmaterialización” del instrumento y ello genera la necesidad de establecer legalmente, bajo qué condiciones un documento de estas

(20) <http://www.saij.gob.ar/buscador/jurisprudencia-nacional>

(21) <http://www.saij.gob.ar/buscador/jurisprudencia-provincial>

(22) <https://www.csjn.gov.ar/>

(23) <https://old.pjn.gov.ar/jurisprudencia2/consulta.php>

(24) <https://www.scba.gov.ar/>

(25) <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/documental/jurisprudencia/consulta/index.php>

(26) <https://www.justiciacordoba.gov.ar/consultafallosnet/Pages/Default.aspx>

(27) <http://www.justiciasantafe.gov.ar/js/index.php?go=i&id=3684>

(28) <http://jurisprudencia.tsjbaires.gov.ar/jurisprudencia/>

(29) <https://www.cij.gov.ar/inicio.html>

características (30) y su correspondiente firma, son tan válidos como lo es un documento extendido en papel, con firma ológrafa.

Todo ello tiene amplias repercusiones no sólo en los documentos que se generan en las transacciones particulares, sino también en los que se incorporan a un expediente, judicial o administrativo, y forman el comúnmente llamado “expediente electrónico”. (31)

Siendo consciente de la difusión e importancia de esta cuestión, nuestra legislación reconoce la existencia y validez del documento informático rigiendo para ello, desde 2001, la Ley 25.506, (32) que regula la firma digital y la firma electrónica, legislación ésta a la que se han sumado luego los artículos 286 y 288 del Código Civil y Comercial (CCyC).

Así, como regla general, el artículo 286 CCyC establece que “La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

Como vemos, al permitir el uso de “cualquier soporte”, esta norma permite emitir, válidamente, documentos en soporte informático y deja abierta la posibilidad de que, en el futuro, se emplee otro soporte “siempre que su contenido sea representado con texto inteligible”. Esta noción debe completarse con la definición de documento digital —en realidad

(30) Enrique Falcón, miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ha definido a este tipo de instrumento como aquel que ha sido creado sobre un ordenador, grabado en un soporte informático y que puede ser reproducido o bien como un conjunto de campos magnéticos aplicados a un soporte, de acuerdo con un determinado código. Falcón, Enrique: *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé 2006, T. II, p. 897.

(31) Según se ha señalado existen tres clases de instrumentos informáticos: (a) los que circulan “informalmente” en la sociedad, por ejemplo, los de las redes sociales; (b) los que detentan resguardos de seguridad privados, en algunos casos con circulación restringida entre sus adherentes (por Ej. Bancos o Instituciones Financieras) y (c) los que exigen el requisito de la firma digital, que —en rasgos generales— presenta como características salientes la intervención de órganos públicos, y un conjunto de resguardos técnicos específicos: autoridades de aplicación, empleo de claves públicas y privadas, textos protegidos con mecanismos de criptografía, resguardos de los textos en instituciones oficiales, etcétera. Ver: *Código Civil y Comercial Comentado*. Tratado Exegético, Director Jorg H. Alterini, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, Tomo II (José W. Tobías director del Tomo), p. 450.

(32) Boletín Oficial del 14-12-2001.

debería haber dicho documento informático— establecida por el artículo de la Ley 25.506, según el cual “Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”.

Por su lado, el artículo 288 CCyC, especifica un poco más el tema, y establece que “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”.

Esta norma es relevante, pues establece que el requisito de la firma en un documento electrónico se cumple “si se utiliza una firma digital”, lo que impone distinguir la firma electrónica de la firma digital, siendo la primera el género y la segunda una especie, relación que debe establecerse también respecto de los documentos electrónicos y digitales. Los primeros son los que poseen firma electrónica y los segundos lo que poseen firma digital.

Básicamente, la distinción entre ambos tipos de firma, es que la digital otorga mayor certeza jurídica, respecto de quien la emite, pues debe cumplir con una serie de requisitos que no son exigibles para la firma electrónica.

Conforme el artículo 8 de la Ley 25.506, “Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

La firma digital, en cambio, requiere de mayores exigencias. Según el artículo 2 de la citada ley “Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma”.

De ambas definiciones podría decirse que el concepto de firma electrónica es residual, en tanto es electrónica toda firma que no posee las exigencias de la firma digital. Así, por ejemplo, la clave PIN para ingresar

a una cuenta bancaria en un cajero automático, ha sido considerada por la Cámara Comercial como una firma electrónica. (33) Este concepto es aplicable entonces a otras formas de firmas electrónicas que empleamos diariamente. (34) Todo ello exige analizar cuáles son las exigencias de la firma digital, que hoy día puede reemplazar a la firma manuscrita. (35)

Para ello, primero es necesario hacer referencia a la PKI (Public Key Infrastructure, por sus siglas en inglés), una cuestión que está claramente explicada en la obra de Bieli y Ordóñez ya citada. (36)

Según estos autores una PKI se conforma de lo siguiente:

a) Una Autoridad Certificante (CA por sus siglas en inglés), también denominada “Entidad de Certificación o Certificador”. La CA emite y garantiza la autenticidad de sus certificados digitales. Un certificado digital incluye la clave pública u otra información respecto de la clave pública;

b) Una Autoridad de Registro (RA por sus siglas en inglés), cuya función será validar los requerimientos de certificados digitales. La autoridad de registro autoriza la emisión de certificados de clave pública al solicitante por parte de la autoridad certificante;

c) Un sistema de administración de certificados;

d) Un directorio en el cual los certificados y sus claves públicas son almacenados;

e) El certificado digital incluirá el nombre de su titular y su clave pública, la firma digital de la autoridad certificante que emite el certificado, un número de serie y la fecha de expiración;

(33) CNAC, Sala D: Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires, 15-05-2008; SAIJ: FA08971926

(34) Tal es el caso de las claves del correo electrónico (Outlook, Google), redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter, SnapChat), juegos en red (PlayStation Store, Microsoft Store), descarga de aplicaciones para celulares (App Store, Google Play), mensajería instantánea (WhatsApp, Telegram), home banking, facturación electrónica, contratación electrónica (Mercado Libre), billetera virtual (MercadoPago, TodoPago), entre otros.

(35) Conforme el artículo 3º de la ley 25.506 “*Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia*”.

(36) Ver nota 8.

f) Suscriptores: son las personas o entidades nombrados o identificados en los certificados de clave pública, tenedores de las claves privadas correspondientes a las claves, públicas de los certificados digitales;

g) Usuarios: son las personas que validan la integridad y autenticidad de un documento digital o mensaje de datos, en base, al certificado digital del firmante.

Como resultado de ello, para poder configurarse una firma digital es necesario que se den lugar los siguientes requisitos de manera concatenada:

a) debe haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante.

b) Debe ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente. Es así que se debe permitir verificar la identidad del autor de los datos (lo que se denomina autenticación de autoría).

c) Se debe poder comprobar que dichos datos insertos no han sufrido alteración desde que fueron firmados (proporcionándose integridad al documento electrónico).

d) Por último, dicho certificado debe haber sido emitido o reconocido, según el art. 16 de la ley, por un certificador licenciado. Es así que el certificado de firma digital debe haber sido emitido por una entidad certificante licenciada por el Estado, obteniendo la correspondiente autorización por la autoridad de aplicación nacional.

Estos requisitos están recogidos en el artículo 9 de la Ley 25.506, según el cual “Una firma digital es válida si cumple con los siguientes requisitos: a) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; b) Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente; c) Que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, según el artículo 16 de la presente, por un certificador licenciado”.

Cumplidas estas exigencias la Ley 25.506 reconoce a la firma digital dos presunciones (a) presunción de autoría (37) y (b) presunción de integri-

(37) ARTICULO 7º — Presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma.

dad. (38) Asimismo, los documentos electrónicos firmados digitalmente son considerados originales y tiene valor probatorio. (39)

En síntesis, tal como señalan los comentaristas del Código Civil y Comercial antes citado, (40) los instrumentos informáticos tienen hoy día una potencialidad extraordinaria y resulta indudable el avance de ellos en todos los ámbitos del mundo actual.

Aun así, estos autores advierten, con razón, que todavía no se ha llegado a poder vincular la firma digital con la persona viva, en tanto la firma digital, es en términos sencillos, un sello que puede ser utilizado por cualquier persona, sin consentimiento ni conocimiento de su titular. Se han propuesto —sin resultados hasta ahora— métodos de asignación a través de la retina del ojo, la saliva, o la sangre.

Tampoco se han descubierto —hasta la fecha— técnicas que aseguren, con plena certeza, la imposibilidad de acceso por parte de personas no autorizadas, y certeza para evitar de modo pleno accidentes informáticos (cambios de intensidad del suministro eléctrico, obra de insectos, etc.). Por ello, todavía se utiliza de modo preventivo el sistema de back up, o sea copias que permitan recuperar la información en caso necesario. Es por ello que el art. 4º de la ley 25.506 excluye la utilización de la firma digital a las disposiciones por causas de muerte; a los actos personalísimos en general; y a los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes. (41)

IV. Conclusiones

Cuando hablamos de la IA, no nos referimos a todos los programas informáticos, sino tan solo a los que pueden pensar y crear por sí solos, a los que poseen alguna capacidad creativa y de aprendizaje, pues eso es lo que

(38) ARTICULO 8º — Presunción de integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma.

(39) ARTICULO 11. — Original. Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación.

(40) Ver nota 30.

(41) Obra citada, p. 462.

define, precisamente, a la inteligencia humana, a la cual la IA pretende simular.

Sin perjuicio de su extraordinario desarrollo actual, en el mundo jurídico, ni la creación de las fuentes del derecho, ni la operación de las actividades y procesos en los cuales éstas se aplican, pueden ser llevadas a cabo mediante la IA. Ello no impide que la tecnología informática presta actualmente un necesario e indispensable apoyo al mundo jurídico en numerosos y cada vez más variados campos, entre ellos, sin agotar la nómina, el del acceso a las fuentes de información, es decir la llamada informática jurídica y la del documento y firma digital que poco a poco van reemplazando al antiguo documento escrito en papel.

IV

HOMENAJES

PODER JUDICIAL Y PRENSA. EN MEMORIA DEL DOCTOR GREGORIO BADENI

POR ROBERTO E. LUQUI (*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires celebra la realización del seminario sobre “Poder judicial y prensa” que hoy comienza.

Estimo que son varias las razones que avalan la realización de este seminario. La actualidad e importancia de los temas que se van a tratar, la participación de destacados periodistas, académicos y abogados, que aportarán su experiencia y sus conocimientos y, especialmente, el justo homenaje que hacemos a la memoria del doctor Gregorio Badeni, figura indiscutida del derecho constitucional, que dedicó gran parte de sus trabajos al estudio de la libertad de prensa, piedra angular de todo sistema republicano democrático de gobierno.

Como lo señaló Rafael Bielsa, hace ya muchos años, en tiempos oscuros para la prensa, “las restricciones, directas o indirectas, a la prensa libre y respetada es el error más caro, el acto más inepto y poco inteligente de un gobierno”.

Este pensamiento tiene vigencia permanente. La misión de la prensa en una república democrática es contribuir al ejercicio de la libertad política, pues le permite al hombre intervenir en el proceso del poder, y participar —directamente o por sus representantes— en la adopción de decisiones políticas. El control que la ciudadanía hace sobre el poder político, que se traduce en el resultado de las urnas, no sería posible sin la existencia de una prensa libre y responsable.

De ahí la importancia del periodismo de investigación, que ha contribuido al esclarecimiento de casos judiciales de resonancia política, y la

(*) Palabras pronunciadas por el Académico Presidente doctor Roberto E. Luqui el 30 de septiembre de 2021 en la sede de la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA).

necesidad de adecuar las técnicas de difusión a los adelantos experimentados en los últimos años.

Sobre estos y demás temas vamos a escuchar a los distinguidos disertantes.

Me toca pues, dedicar unas palabras a la memoria del distinguido constitucionalista, doctor Gregorio Badeni, con quien mantuvimos una larga amistad hasta su lamentable desaparición.

Una semblanza de Gregorio Badeni se puede hacer desde varias facetas, todas igualmente valiosas: como constitucionalista, como profesor universitario, como autor de importantes obras jurídicas, como abogado litigante, como periodista, por los artículos que publicó en diarios y revistas.

Badeni fue un activo luchador por la libertad, que abrazó el derecho constitucional porque en él se hallan las bases jurídicas en que se sustenta. Dedicó la mayor parte de sus trabajos a la libertad de expresión, porque, como dije, la prensa es el instrumento que tiene la ciudadanía para transmitir sus ideas y ejercer el control social sobre los gobernantes. Badeni ha sido uno de los autores más importantes y reconocidos en esta materia.

Formó parte de tres academias nacionales, la Academia Nacional de Periodismo, la Academia de Ciencias Morales y Políticas y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. De estas dos últimas fue presidente. Fue profesor emérito en la Universidad de Buenos Aires. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo distinguió como personalidad ilustre. Recibió distinciones de universidades argentinas y extranjeras, academias, e instituciones científicas. Escribió varios libros de gran valor científico y docente. Ejerció activamente la profesión de abogado, sin ningún tipo de especulación.

Fue un hombre de voluntad firme, a la cual le puso todas sus energías. Su infancia y su adolescencia fueron duras, e hicieron de él un hombre de lucha. Tal vez esa experiencia de vida le sirvió para forjar una conducta de trabajo y de estudio. Todo lo que obtuvo fue por su propio esfuerzo. Siempre lo recordaremos.

V
DECLARACIONES Y DICTÁMENES

DECLARACIÓN SOBRE EL PODER JUDICIAL

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires observa, con honda preocupación, las manifestaciones efectuadas por algunas autoridades nacionales y medios de comunicación, que afectan el prestigio y la autoridad del Poder Judicial de la Nación, hechas con una inocultable finalidad política.

Estas manifestaciones exceden las críticas que todo individuo o institución pueden formular a los fallos y demás actos judiciales, en ejercicio del derecho de expresar libremente sus ideas. No es lo mismo señalar disconformidad y las deficiencias o errores de los fallos, que atacar institucionalmente a un Poder de la Nación. Por enérgicas que sean las críticas, deben guardar el respeto y la prudencia que corresponde. Los agravios sólo generan resentimiento.

Es preciso preservar la autoridad de la Justicia como Poder del Estado, y si alguno de sus integrantes se aparta de sus deberes, la Constitución nacional establece el procedimiento para separarlo del cargo, con todas las garantías que otorga la defensa en juicio.

Sólo así se cumple con el precepto de nuestro Preámbulo constitucional de afianzar la Justicia, indisolublemente unido al de consolidar la paz interior y constituir la unión nacional.

En tal sentido, la Academia considera que los poderes públicos deben hacer sus mayores esfuerzos para que impere el Estado de Derecho basado en la observancia del espíritu y los fines de la Constitución nacional, particularmente del sistema republicano de gobierno, que garantiza la vigencia de la separación de poderes como principio medular de la organización del Estado.

En el marco de una visión institucional, ajena a cualquiera ideología o interpretación política partidista, la Academia exhorta a los distintos protagonistas que estén a favor o en contra de una reforma de la legislación en materia judicial, para que las normas que se dicten no se aparten del cumplimiento pleno y efectivo del bloque de legitimidad constitucional.

Resulta imprescindible asegurar la independencia de los jueces, pieza central del equilibrio de los poderes y garantía de los derechos fundamentales tendientes a proteger las libertades que gozan todos los habitantes del suelo argentino.

La Academia reitera, una vez más, que la Nación necesita de la plena y auténtica vigencia de los preceptos constitucionales. Tanto de los que establecen su sistema de derechos y garantías, como de aquellos que regulan sus instituciones, y aspira a que se impongan los valores republicanos con el pleno convencimiento que, en el fiel y cabal cumplimiento de la Constitución nacional, alberga la paz y armonía en las relaciones sociales, como también la barrera infranqueable para toda concepción autoritaria.

Buenos Aires, 31 de marzo de 2021.

Roberto Enrique Luqui
Académico Presidente

ÍNDICE

ANALES 2021

I. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

<i>Una respuesta solidaria ante la crisis empresarial nacida de la pandemia: un aporte desde el ámbito concursal.</i> Comunicación del Académico doctor Marcelo Gebhardt, en la sesión privada del 22 de abril de 2021	3
<i>Los derechos humanos y la actividad jurisdiccional interpretativa.</i> Comunicación del Académico doctor Rodolfo Luis Vigo, en la sesión privada del 13 de mayo de 2021	23
<i>Los votos en disidencia en los tribunales colegiados.</i> Comunicación del Académico doctor Alberto R. Dalla Via, en la sesión privada del 27 de mayo de 2021	69
<i>La Ciudad de Buenos Aires como sujeto aforado de la competencia originaria de la Corte Suprema. (Preguntas y reflexiones críticas).</i> Comunicación del Académico doctor Alberto B. Bianchi, en la sesión privada del 10 de junio de 2021	85
<i>La responsabilidad civil. Su actualidad. Nuevas tendencias y desafíos.</i> Comunicación de la Académica doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 24 de junio de 2021	127
<i>¿Crisis del derecho?</i> Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 8 de julio de 2021	153
<i>Reflexiones sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo.</i> Comunicación del Académico doctor Juan Carlos Cassagne, en la sesión privada del 22 de julio de 2021	165
<i>Principio de economía en el derecho procesal.</i> Comunicación del Académico doctor Enrique M. Falcón en la sesión privada del 12 de agosto de 2021	179
<i>Causas de extinción de la comunidad conyugal.</i> Comunicación del Académico doctor Eduardo A. Sambrizzi, en la sesión privada del 26 de agosto de 2021	209

<i>La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. (En busca de una síntesis).</i> Comunicación del Académico doctor Alberto B. Bianchi, en la sesión privada del 9 de septiembre de 2021	227
<i>Del bienestar al malestar y viceversa: incertidumbre en los hechos e inseguridad del derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge Reinaldo Vanossi, en la sesión privada del 23 de septiembre de 2021	247
<i>Responsabilidad de la persona jurídica y compliance.</i> Comunicación del Académico doctor Guillermo J. Yacobucci, en la sesión privada del 14 de octubre de 2021	261
<i>Inoponibilidad de la personalidad jurídica.</i> Comunicación del Académico doctor Rafael M. Manóvil, en la sesión privada del 28 de octubre de 2021	297
<i>El fundamento del orden jurídico en Antígona de Sófocles.</i> Comunicación del Académico doctor Siro M. A. De Martini, en la sesión privada del 11 de noviembre de 2021	343
<i>Simplificación de los procedimientos de insolvencia.</i> Comunicación del Académico doctor Julio César Rivera, en la sesión privada del 25 de noviembre de 2021	363
<i>Administración y justicia.</i> Comunicación del Académico doctor Roberto Enrique Luqui, en la sesión privada del 9 de diciembre de 2021	387

II. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo	425
Instituto de Derecho Civil	429
Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”	433
Instituto de Derecho Empresarial	435
Instituto de Derecho Internacional Público	439
Instituto de Derecho Penal	441
Instituto de Derecho Procesal	443
Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	445

III. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

- Responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales.* Disertación del Académico Alfonso Santiago, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el Congreso Mundial de Derecho titulado “El Estado de Derecho en América” organizado por la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y la Asociación Mundial de Juristas, en diciembre de 2021. 449
- La inteligencia artificial en el mundo jurídico actual. (Implicancias, aplicaciones y posibilidades)* Disertación del Académico doctor Alberto B. Bianchi, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el X Encuentro Interacadémico 2021 sobre “Inteligencia Artificial. Una mirada multidisciplinaria”, realizado junto con otras 17 academias nacionales, en el Aula Magna de la Academia Nacional de Medicina, el día 14 de diciembre de 2021. 467

IV. HOMENAJES

- Poder Judicial y prensa. En memoria del doctor Gregorio Badeni.* Palabras pronunciadas por el Académico Presidente doctor Roberto E. Luqui el 30 de septiembre de 2021. 487

V. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

- Declaración sobre el Poder Judicial 491

